

Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung

der Professoren Dr. H. Brunner in Berlin, Dr. V. Ehrenberg in Göttingen, Dr. O. Gierke in Berlin, des General-Prokurators Dr. J. Glaser, früher in Wien, der Professoren Dr. C. S. Grünhut in Wien, Dr. A. Haenel in Kiel, Dr. A. Heusler in Basel, Dr. P. Krüger in Bonn, Dr. F. v. Martitz in Berlin, Dr. O. Mayer in Leipzig, Dr. A. Mendelssohn Bartholdy in Würzburg, Dr. L. Mitteis in Leipzig, Dr. Th. Mommsen, früher in Berlin, Dr. F. Oetker in Würzburg, Dr. M. Pappenheim in Kiel, Dr. F. Regelsberger in Göttingen, Dr. Lothar Seuffert in München, Dr. R. Sohm in Leipzig, Dr. E. Strohal in Leipzig, Dr. A. v. Tuhr in Straßburg, Dr. A. Wach in Leipzig, Dr. R. Wagner, früher in Leipzig, Dr. C. Wieland in Basel,

herausgegeben von

Dr. Karl Binding,

Professor in Leipzig.

Erste Abteilung, sechster Teil, erster Band:

L. Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians.
Band I.



Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1908.

Römisches Privatrecht

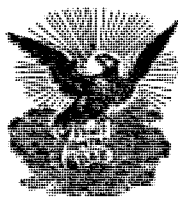
bis auf die Zeit Diokletians.

Von

Ludwig Mitteis.

Erster Band.

Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen.



Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1908.

Das Recht der Übersetzung bleibt vorbehalten.

Dem Universalhistoriker des Altertums

Eduard Meyer

in freundschaftlicher Verehrung

zugeeignet.

Vorwort.

Der nachfolgende Anfang einer Darstellung des römischen Privatrechts ist überall nur bis zu der Zeit des Diokletian geführt worden. Es geschah das nicht in der Meinung, als ob das Pandektenrecht heutzutage, mit dem Verlust seines letzten großen Anwendungsgebiets, seine wissenschaftliche Bedeutung eingebüßt habe; wohl aber wollte ich damit der Überzeugung Ausdruck geben, daß zwischen dem Recht der klassischen Juristen und dem des Justinian ein Gegensatz besteht, der eine zusammenfassende Behandlung ausschließt. Je länger ich an dem Werke arbeitete, desto klarer trat es mir vor Augen, wie sehr die Gedankenwelt der Byzantiner überall eine eigenartige ist, und wie unter Beibehaltung der antiken Rechtsformen das Recht selbst doch überall ein anderes geworden ist. Auch die Schöpfung Justinians ist, trotz mancher Mißgriffe in Einzelheiten, eine bedeutende, und es wird die Aufgabe einer späteren Zeit sein, auch ihren Charakter in seinem Zusammenhang mit der Umgestaltung der Zeiten zu beschreiben; aber eben, weil ich diese Aufgabe nicht verkannt wissen möchte, habe ich eine Darstellung gescheut, welche diese nur bei selbständiger Betrachtung ganz zu würdigenden Vorgänge bloß im Epilog behandelt. Und mehr als das wäre bei einer Verbindung beider Epochen doch nicht möglich gewesen.

Denn die Hauptsache blieb doch immer das nationalrömische Recht, und dieses von der byzantinischen Inkrustation zu befreien, ist allein schon eine erdrückende Aufgabe. Wir sind heute, dank der Vervollkommnung, welche die romanistische Forschung seit einem Vierteljahrhundert durch die Interpolationenlehre, die Epigraphik und die Papyrologie erfahren hat, in der glücklichen Lage, an diese Aufgabe heranzutreten; aber wir dürfen, bei aller Anerkennung dessen, was in dieser Richtung in den letzten Jahrzehnten bereits geleistet worden ist, doch nicht vergessen, daß wir zum großen Teil noch am Anfang stehen. Es gibt keine Gelegenheit,

dies lebhafter zu empfinden, als wenn man im gegenwärtigen Zeitpunkt an eine Darstellung des Ganzen herantritt. Die älteren Werke sind überholt und muten in ihrem orthodoxen Echtheitsglauben fast befremdend an, und die weit zersplitterte zeitgenössische Literatur muß überall erst gesammelt, überprüft und zusammengedacht werden; daneben allenthalben weite Gebiete, die noch nicht mit moderner Methode behandelt worden sind. So wird denn noch vielfacher Umbau und sogar Neubau erforderlich sein, der um so schwieriger von statten geht, als jeder einzelne Baustein, dafern er aus dem justinianischen Bau stammt, auf seine Echtheit neu geprüft und mit andern zusammengepaßt werden muß.

Ich habe mich denn auch oft gefragt, ob die Zeit für eine Gesamtdarstellung bei den großen Umwälzungen, die unsere historische Erkenntnis eben durchmacht, schon gekommen ist, und ob es nicht besser wäre, erst im Detail fortzuarbeiten. Doch hat ein erneuter Versuch eines systematischen Aufbaus vielleicht auch seine Vorzüge. Als ein solcher erschien mir insbesondere die Möglichkeit, gewisse methodische Gesichtspunkte durch das Ganze des Systems hindurch zu verfolgen. In die heutige Geschichtsschreibung des römischen Rechts hat sich eine Anzahl von bedenklichen Anschauungen eingeschlichen, deren Triebe sich weit verzweigen, wie die von starken religiösen Einschlügen ins weltliche Recht, von publizistischen Rechtsgeschäften, von Lites und Jurgia, von der einstigen Alleinherrschaft des Legisaktionenprozesses und anderes. Wohl fehlt es nicht an Opposition; aber sie kommt nicht genügend zur Geltung, so lange die maßgebenden Hand- und Lehrbücher an den bisherigen Traditionen festhalten, und das ist heute unzweifelhaft der Fall. Je mehr ich bei fortgesetzter Prüfung mich zu überzeugen glaubte, daß die quellenmäßige Grundlage jener Anschauungen eine durchaus ungenügende ist, desto notwendiger erschien es mir, einmal eine Darstellung mit Hinweglassung jener Prämissen zu versuchen. Inwieweit ich selbst dabei das Richtige getroffen habe, muß die Zukunft entscheiden.

Mehr als es ihm lieb sein kann, wird der Geschichtsschreiber des römischen Rechts in Zeiträume geführt, wo die Quellen versiegen und das Reich der Hypothese beginnt. Es ist nicht möglich an solchen Stellen überall ein Vakuum der Darstellung eintreten zu lassen; oft ist es ein Postulat der Wissenschaft, auch bloße Wahrscheinlichkeiten anzudeuten, auf welche die verlässliche Überlieferung hinweist, und ich habe mich dieser Anforderung nicht ganz entziehen können und wollen. Doch war ich stets bemüht,

die Hypothese deutlich als solche zu bezeichnen, wie es mir denn überhaupt darum zu tun war, die Grenzen unserer sicheren Kenntnis gegenüber denen der bloßen Vermutung genau abzustecken.

Mit Zitaten und Literaturangaben bin ich sparsam vorgegangen. Zwar bin ich mir bewußt, wo ich von andern gelernt habe, dies gewissenhaft vermerkt zu haben; aber ein Nachschlagebuch habe ich für die Literatur so wenig wie nach irgend einer andern Richtung schreiben wollen. Ohnedies ist der Umfang der Anmerkungen, die oft auf kleine Abhandlungen ausgewachsen sind, größer als ich gewünscht hätte; aber wenn ich dem Leser die quellenmäßige Grundlage meiner Darstellung geben wollte, war es nicht anders möglich. Auch so noch mußte ich, um den Umfang des Buches nicht allzusehr anschwellen zu lassen, die Diktion oft sehr zusammenpressen. Doch glaube ich die in solchen Fällen unleugbar vorhandene Schwierigkeit der Lektüre rechtfertigen zu können; wo, wie z. B. bei der Darstellung der Haftung für kontraktliches Verschulden, mit Dutzenden von Interpolationen zu rechnen war, mußte das Erfordernis der Eleganz hinter jenem der Quellenkritik einfach gänzlich verschwinden.

Die Literatur des letzten halben Jahrs habe ich, um die Fertigstellung des schon im Sommer 1906 begonnenen, aber — durch meine Schuld — nur langsam fortgeschrittenen Drucks nicht weiter zu verzögern, nur sehr unvollkommen berücksichtigen können, wie mir denn überhaupt auf literarischem Gebiet gewiß manches namentlich von ausländischer Literatur entgangen ist. Einzelne Nachträge habe ich in den Addenda et Corrigenda gegeben, welche ich überhaupt den Leser vorweg zur Kenntnis zu nehmen bitte: ich habe zwar bisher nur wenige Corrigenda bemerkt, aber darunter eines, das ich gern vorweg berichtet sähe (S. 36).

Sehr wertvoll war es mir, daß ich die Korrekturbogen der zweiten deutschen Auflage von Lenels Edikt durch die Freundlichkeit des Verfassers wenigstens bei einem Teil der Arbeit noch im Druckstadium benutzen konnte; ebenso wurde mir der Schluß von Wlassaks Abhandlung über den Gerichtsmagistrat sowie Koschakers „Archidikastes“ in meiner Tätigkeit als Schriftleiter der Savigny-Zeitschrift während der Korrektur bekannt und konnte stellenweise noch zitiert werden.

Gern gedenke ich zum Schluß der freundlichen Unterstützung, die mir von befreundeter Seite oft zuteil geworden ist. In philologischen und archäologischen Fragen haben G. WISSOWA, F. STUDNICZKA und H. SWOBODA meinen Anfragen wiederholt in

eingehendster Weise entsprochen; mit U. WILCKEN konnte ich an der Hand der Druckkorrekturen einige Fragen des ägyptischen Urkundenwesens nochmals besprechen; besonderen Dank endlich schulde ich M. WLASSAK, welcher in gewohnter Freundschaft die das objektive Recht behandelnden Paragraphen 1—4 in der Korrektur gelesen hat und dessen freundliche Erinnerungen und Zusätze an mehreren Stellen der schließlichen Fassung des Drucks zugute gekommen sind. Nicht minder fühle ich mich E. RABEL auch diesmal wieder für die bei einem großen Teil des Drucks gütigst geleistete Unterstützung in der Korrektur herzlich verpflichtet.

Wie viel endlich auch die juristische Altertumsforschung dem großen Geschichtswerk verdankt, dessen Verfasser dieser Band gewidmet ist, dessen soll die Zueignung selbst ein Zeugnis sein.

Der bis zur Vollendung dieses Bandes vergangene Zeitraum von mehr als einem Jahrzehnt mag manchem lang erscheinen, keinem wohl länger als mir selbst, der ich während dieser ganzen Zeit eine Reihe mir am Herzen liegender historischer und dogmatischer Spezialprobleme zurückstellen mußte. Das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs und umfassende papyrologische Arbeiten haben bei der Ausarbeitung einen zwar sehr angenehmen, aber doch beträchtlichen, jedenfalls im ganzen mehrjährigen Zeitverlust mit sich gebracht; vor allem aber setzt ein die „Grundbegriffe“ enthaltender Band weitgehende Vorarbeiten auf dem Gebiet der speziellen Teile voraus, und diese vollziehen sich, wie ich bereits sagte, heute langsamer als in früheren Zeiten. Auch habe ich nichts überstürzen wollen; ich weiß zu gut, wie stark die Suggestion anerzogener Anschauungen ist, und wie oft namentlich bei systematisch interpolierten Materien ein stets wiederholtes Durchdenken die Voraussetzung bildet, unter welcher man erst die Notwendigkeit weiterer Untersuchung erkennt. Übrigens kommen jene Vorarbeiten mir hoffentlich in Zukunft zugute; wenigstens glaube ich einen zweiten Band, der das Recht der natürlichen Personen und der Familie behandeln soll, und dessen Manuskript nur noch der Schlußrevision bedarf, in absehbarer Zeit diesem ersten nachsenden zu können.

Leipzig, im Dezember 1907.

Ludwig Mitteis.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite.
Vorwort	VII
Nachträge und Berichtigungen	XVII
Verzeichnis von Abkürzungen.	XVIII

Erstes Buch.

Grundbegriffe.

Verwandtschaftsverhältnisse des Römischen Rechts. Römisches und griechisches Recht.

Verhältnis des römischen Rechts zu den italischen Rechtsordnungen S. 1 f. — Insbesondere zum latinischen Recht. Unsichere Überlieferung vom latinischen Recht S. 4. — Form der Rechtsbewidmung in Salpensa und Malaca S. 5 A. 6. — Über scheinbare Divergenzen zwischen römischem und latinischem Recht S. 7. — Umbro-samnitische Recht S. 8. — Verhältnis zum griechischen Recht S. 10. — Rezeptionen aus dem griechischen Recht in den Zwölftafeln S. 15. — Einfluß der griechischen Philosophie S. 16. — Die Frage der direkten Rezeption in der späteren Zeit S. 16.

Erstes Kapitel.

Das objektive Recht.

- § 1. Jus und Fas 22
Begriffe und Scheidung derselben S. 22. — Religiöses Element im Völkerrecht und Strafrecht S. 23. — Ablehnung einer Einwirkung des Fas auf das Vermögensrecht unter Lebenden S. 26. — Religiöses Element im Familien- und Erbrecht S. 28.
- § 2. Jus und Lex 30
Begriffe S. 31. — Lis und jurgium S. 31 A. 7. — Lex und Jus S. 31 A. 13. — Die Verwendung von legitimus und justus S. 55.
- § 3. Ziviles und honorarisches Recht 38
Bedeutung dieser Lehre S. 38. — Die Theorie von der Alleinherrschaft der Legisaktionen S. 40. — Widerlegung. Hohes Alter des magistratischen Rechtsschutzes S. 42. — Bedeutung desselben für die Rechtsentwicklung, insbesondere des Kontraktsrechts S. 44. — Über die Legis a^o per iudicis postulationem S. 44 A. 11. — Form des voräbutischen Honorarprozesses S. 46, 50. — Die einzelnen Beweise seines Vorhandenseins S. 48. — Alter des äbutischen Gesetzes S. 52 A. 30. — Rezeption prätorischen Rechts in das Jus civile S. 54. — Gegensatz von zivilem und prätorischem Recht S. 59.

	Seite.
§ 4. Jus civile und Jus gentium	62
<p>Begriff des jus gentium S. 62 A. 3. — Gebiet desselben S. 64. — Gegensatz der römischen und griechischen Auffassung von den Grenzen des Rechts S. 64 A. 5, 6. — Formalistischer Charakter der zivilen Geschäfte S. 65. — Jus Quiritium S. 66. — Die Formel „ex jure Quiritium“ S. 67 A. 15. — Personale Geltung der Gesetze S. 68. — Übergang ziviler Institute ins Jus gentium S. 69. — Ausnahmen von der Zivilität des Familienrechts S. 71.</p>	

Zweites Kapitel.

Die subjektive Rechtssphäre.

§ 5. Das subjektive Recht	73
<p>Die Rechtssphäre als Ganzes gedacht S. 73. — Die Forderungen schon ursprünglich sachlich, wenn auch nicht systematisch, zum Vermögen gerechnet S. 74 A. 2. — Manus und Potestas S. 75. — Potestas der Vormünder Gegenstand der Vindikation? S. 76. — Natur des Rechts aus der Familiae Emptio S. 77 A. 11. — Familia und Pecunia S. 79. — Familienvermögen? S. 83. — Bona S. 84. — Systematik der subjektiven Rechte S. 86. — Relatives Eigentum der Urzeit? S. 87. — Jus ad rem S. 88. — Actio, petitio, persecutio S. 89. — Mangel des Anspruchsbegriffs S. 91.</p>	
§ 6. Die Rechtsnachfolge	93
<p>Zusammenhang der Universalsukzession mit dem Familiennexus S. 93. — Alter der Schuldenhaftung des Erben S. 97. — Ausdehnung der Universalsukzession auf extranei heredes S. 100. — Gegensatz des Erben und des Erbescrben S. 101 A. 17. — Familienstellung und Vermögensnachfolge S. 102. — Insbesondere Interpolationen in der Lehre von den sepulera familiaria S. 103 A. 22, 23. — Terminologie für den Intestat- und Testamentserben S. 104. — Mangel und Surrogate der Testamentsvollstreckung S. 105. — Gegenstände der Universalsukzession S. 107. — Singularsukzession S. 112.</p>	
§ 7. Rechtsnationalität	114
<p>Begriff des Kommerzium: nicht auf die Rechtsfähigkeit, sondern auf die Teilnahme am Vermögensverkehr unter Lebenden bezüglich S. 116. — Kommerzium und Zeugnisfähigkeit S. 118 A. 20. — Kommerzium und Sponsio S. 119 A. 23. — Kommerzium und Erbrecht S. 119. — Kommerzium und Usukapion S. 120 A. 29. — Konubium S. 121. — Latini und Peregrini S. 122. — Keine Teilnahme der Nichtbürger am römischen Legisaktionenprozefs S. 123.</p>	
§ 8. Verlust des Heimatsrechts und Postliminium	125
<p>Fälle S. 125. — Exilium S. 126. — Über Cic. p. Balbo 11, 28 und D. 49, 15, 5, 3 S. 126 A. 8. — Kriegsgefangenschaft S. 127. — Der Captivus bei offenem Postliminium nicht Sklave S. 128 A. 11. — Postliminium S. 130. — Beerbung des Captivus und lex Cornelia S. 133.</p>	

Drittes Kapitel.

Das Rechtsgeschäft.

- § 9. Kategorien der Rechtsgeschäfte. 136
- Nexum; die verschiedenen Anwendungen des Wortes S. 137. — Manilius und Mucius S. 133. — Die ursprüngliche Bedeutung des Worts S. 141. — Nexi liberatio S. 141 A. 16. — Spätere Erweiterungen des Nexumbegriffs S. 142. — Actus (actio) S. 144. — Mangel des Verfügungsbegriffs S. 145 A. 27. — Alienatio S. 145 A. 28. — Mangel des dinglichen Vertragsbegriffs S. 145. — Contractus S. 146. — Negotium S. 147. — Pactum S. 148. — Lex S. 149. — Einseitige, insbes. empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte S. 152. — Das Wort „palam“ S. 152 A. 61. — Jus variandi S. 152 A. 63.
- § 10. Schenkung. 153
- Lex Cincia. Donum und Manus S. 153. — Inhalt der Cincischen Bestimmung S. 155. — Imperfekter Charakter S. 159. — Rückforderung verbotener Schenkungen? S. 159 cf. S. 166. — Begriff der Donatio perfecta S. 161. — Die Einreden gegen die Schenkungsklage, insb. die Exceptio in factum S. 161 cf. S. 158 A. 20. — Streitfrage über die Popularität der Exzeptionen: sie beschränkt sich auf obligatorische Schenkungen S. 162. — Schenkung körperlicher Gegenstände S. 163. — Schenkung von Servituten; Auslegung von Fr. Vat. 283. — Schenkung durch Delegation; über D. 39, 5, 21, 1 S. 165. — Morte Cincia removetur S. 166. — Besondere Fälle S. 166.
- § 11. Bedingungen und Termine 167
- Suspensive Bedingung. Ihre Zulässigkeit S. 167. — Schwebende Formalakte S. 170 A. 13. — Kategorien der Bedingungen S. 171. — Wirkung der suspensiven Bedingung: Das Paradigma ist schon in den XII Tafeln gegeben S. 172. — Insbesondere bei dinglichen Verfügungen S. 173. — D. 8, 6, 11 auf die Streitfrage bei Gai. 2, 200 bezüglich S. 173 A. 26. — Bei obligatorischen Verträgen S. 175. — Bedeutung von Gai. 3, 124; Interpolation in D. 45, 1, 59 S. 176. — Auslegung von D. 24, 1, 11, 2 S. 176 A. 42. — Bei Damnationslegaten S. 177. — Resolutivbedingung 178. — Stipulatio praepostera S. 179 A. 52. — Insbesondere die dingliche Wirkung der Resolutivbedingung: Lex manus injectionis S. 181. — Lex commissoria S. 185. Quelleninterpretationen S. 186 A. 72a–74. — Über den Zwölf Tafelsatz J. 2, 1, 41 S. 186 A. 72. — In diem addictio S. 188. — Schenkung auf den Todesfall S. 189 cf. S. 181 A. 58. — Einlösungsrecht des Verpfänders S. 189. — Anfangstermine S. 190. — Endtermin S. 191. — Endtermin und Maß des Rechts S. 192. — Interpolation in J. 3, 15, 3 S. 193 A. 90.
- § 12. Die Auflage 194
- Der Ausdruck „Modus“ nicht klassisch S. 194. — Andere Termini S. 195. — Letztwillige Auflage. Sie kann etwa seit Severus ein Fideikommiss enthalten S. 196. — Behandlung der Fälle, wo dies

nicht stattfindet S. 197. — Testamentarische Multen 199. — Auflage der Schenkung. Gegensatz von Modus simplex und Empfehlung S. 200. — Wirkung der Schenkungsaufgabe S. 200—203.

§ 13. Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften 203

Das Prinzip S. 203. — Der Nuntius S. 205. — Interpolation in D. 36, 1, 37, pr. S. 206 A. 3. — Ausschluß der direkten Stellvertretung im Jus civile: Bei dinglichen Rechtsgeschäften, insbes. Manzipatio und In Jure Cessio S. 207 fg. — Ausnahme für den agnatischen Curator S. 209. — Stellvertretung bei Besitzerwerb und Tradition S. 210. — Obligatorische Geschäfte: Arten des stellvertretenden Kontrahierens S. 214. — Aufhebung der Obligationen S. 218. — D. 46, 4, 13, 10 interpoliert? S. 218 A. 46. — Prätorisches Recht: keine grundsätzliche Ablehnung der Stellvertretung S. 220. — Erteilung von utiles actiones für und gegen den Dominus S. 222. — Praktische Rechtsgestaltung und Ansätze weiterer Entwicklung S. 224. — Die Stellvertreterkontrakte in den Papyri S. 230. — Der Prokurator S. 232 — Erweiterung des Prokuratorbegriffes S. 236.

§ 14. Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte 236

Unklarheit der römischen Terminologie S. 237. — Zivile Unwirksamkeit: meist Nichtigkeit, selten Anfechtbarkeit S. 240. — Relative Nichtigkeit im Zivilrecht 242. — Honorarische Unwirksamkeit S. 244. — Versuche der Rezeption prätorischer Unwirksamkeit ins Jus civile S. 245. — Voraussetzungen der Ungiltigkeit; unvollkommene Gesetze S. 246. — Gegensatz der nichtexistierenden und der unwirksamen Geschäfte S. 249. — Nebenwirkungen des unwirksamen Geschäftes S. 250. — Ausnahmeweise Heilung der Nichtigkeit durch Zeitablauf S. 251. — Veräußerungsverbote S. 253.

§ 15. Geschäftstypen und Rechtsformalismus 255

Äußerer Formalismus. Die Gesta per aes et libram älter als die In Jure Cessio S. 256. — Sie sind ursprünglich Realakte S. 258. — Einwirkung der Münzprägung S. 260 — Steigerung des formalen Elements S. 262. — Resultate S. 264. — Stipulation und Akzeptilation S. 266. Herkunft der Stipulation S. 267. — Akzeptilatio S. 272. — Die Regel prout quidque contractum est 273. — Ursprünglich allgemeine Verwendbarkeit der Libralzahlung S. 273—276. — Die In Jure Cessio S. 276. — Allgemeiner Charakter des äußeren Formalismus S. 279. — Abschwächung desselben S. 282. — Formen im Amtsrecht S. 288. Innerer Formalismus S. 289.

§ 16. Die Urkunde 290

Zeugnisurkunde und Dispositivurkunde S. 291. — Römische Terminologie S. 292. — Überwiegen der Zeugnisurkunden S. 294. — Objektive Fassung derselben S. 295. — Subjektiv gefasste Urkunde (Chirographum) S. 296. — Äußere Ausstattung der Urkunden S. 297. — Innenschrift und Außenschrift, und Versiegelung in römischen und ägyptischen Urkunden S. 299. — Untersiegelung S. 302. — Bedeutung

der Siegelung S. 303. — Unterschrift S. 304. — Subscriptio specialis S. 306. — Öffentliche Beurkundung S. 306. — Gräkoägyptische Papyrusurkunde: Syngrophylaxurkunde S. 307. — Agoranomisches Protokoll S. 308. — Begriff der Homologie und Syngraphe S. 309. — Χειρόγραφον S. 308. — Διαγραφή S. 310. — Ὑπόμνημα S. 312. — Registrierung der Urkunden S. 313.

Viertes Kapitel.

§ 17. Das Zivilunrecht 215

Dolus. Begriff S. 316. — Erweiterungen des Dolusbegriffes: Gegensatz der Bona fides S. 317. — Nachfolgender Dolus S. 318. — Fraus S. 321. — Culpa. Ursprünglich blofs kommissiv S. 322. — Haftung für Verschulden in obligatorischen Verhältnissen. Das julianisch-afrikanische Prinzip S. 323. — Interpolation von D. 50, 17, 23 S. 324 A. 34. — Das ursprüngliche Prinzip: Gegensatz der infamierenden und der nicht infamierenden Klagen; bei ersteren blofs Haftung für Dolus. Stattgehabte Interpolationen S. 324. — Nicht infamierende Kontrakte: Haftung für Diligenz S. 331. — Diligentia quam suis: Älteste verlässliche Anwendung einmal bei Celsus für die Tutel S. 331. — Weniger sicher bei Gaius für die Sozietät S. 332. — In allen übrigen Anwendungsfällen vielleicht interpoliert: in den ersteren Anwendungsfällen aus Erweiterung des Dolusbegriffes erwachsen S. 332—333. — Der Begriff der Culpa lata tritt erst in der severischen Zeit auf und spielt nur auferhalb des Kontraktsrechtes eine Rolle S. 334. — Zusammenfassung S. 335.

Zweites Buch.

Personen- und Familienrecht.

Fünftes Kapitel.

§ 18 Juristische Personen 339

A. Allgemeines 339

Der Begriff der juristischen Personen nur für die Korporationen entwickelt S. 339. — Die römische Formulierung des Korporationsbegriffes S. 340. — Spuren des genossenschaftlichen Gedankens im Gemeinderecht? S. 342. — Im Recht der Privatkorporationen S. 345.

B. Der Staat als Vermögenssubjekt 347

Populus Romanus und Aerarium 347. — Der Fiskus: ein Fonds, nicht ein Vermögen des Kaisers S. 349. — Verhältnis zum Aerar S. 352. — Kaiserliches Privatvermögen (Patrimonium) und Entwicklung desselben zum Krongut S. 354. — Verhältnis des Kronguts zum Staatsgut S. 358. — Unverlässlichkeit der Terminologie der Papyri betreffend Staatsgut und Krongut? S. 357 A. 23. — Der Idios Logos in Ägypten nicht zum Patrimonium gehörig S. 357. — Die Res privata; ihr juristischer Charakter S. 359. — Rechtsverhältnisse des Fiskus S. 362. — Die Unterwerfung des Fiskus unter das Privatrecht ist eine mehr scheinbare als wirkliche S. 363. — Der Rechtsschutz des

Fiskus im einzelnen: Steuern und öffentliche Leistungen; Verwaltungsschulden der Beamten; Heimfälligkeiten; andere Rechtsstreitigkeiten; Rechtsverfahren aus Kontrakten und Gestellungsbürgschaften. Exekutive Natur fiskalischer Ansprüche S. 366. — Sicherung und Vollstreckung der Fiskalforderungen: Relatio inter debitores; Proscriptio; Protopraxie; Schuldhaft u. a. S. 370.

C. Die Gemeinden 376 4

Kategorien der Gemeinden S. 376. — Rechtsfähigkeit der italienischen Gemeinden S. 377. — Insbesondere von ihrer Erbfähigkeit S. 378. — Handlungen für die Gemeinde S. 380. — Rechtsgeschäfte nach publizistischem Stil S. 381. — Rechtsgeschäfte nach privatrechtlichem Stil S. 382. — Rechtsschutz der Gemeinde; Grenzen des ordentlichen Prozesses und der Kognition S. 386. — Privilegien der Gemeinde S. 389. —

D. Die Privatkorporationen 390

Kategorien der Privatkorporationen S. 391. — Entstehung der Korporationen in der Zeit des Freistaats S. 394. — In der Kaiserzeit S. 395. — Rechtsfähigkeit: Der Freistaat kennt keine rechtsfähigen Korporationen S. 398. — Die Rechtsfähigkeit in der Kaiserzeit; Streitfragen S. 399. — Eingreifen Marc Aurels S. 402. Die Rechtsfähigkeit im einzelnen S. 402. — Die Publikensozietäten; Korporationsqualität? S. 404. — Im Innern sind sie jedenfalls nicht korporativ organisiert S. 405. — Manceps und Sozii S. 406. — Insbesondere von dem Einfluß des Todes eines Sozium; Interpretation von D. 17, 2, 59 pr. und 63, 8 S. 409. — Die Affines S. 413

E. Die Stiftungen 414

Das klassische Recht kennt nur unselbständige Stiftungen S. 414. — Stiftung von Todeswegen S. 415. — Stiftung unter Lebenden S. 416.

Sachregister	417
Quellenregister	422

Nachträge und Berichtigungen.

- S. 13 Z. 10 von oben: statt Fälle lies Fülle.
- S. 36 Z. 10 von oben: statt actus lies aetas.
- S. 40 Z. 12 von unten: Das Zitat Z. Sav.St. 25, 126 gehört auf Z. 10 hinter Wlassak, Proz.Ges. 2, 302.
- S. 43 A. 8. Der hier angenommene Parallelismus zwischen der Inschrift von Oianthea und der Rezeption des Peregrinenprozesses wird neuerdings von Hitzig in der Festschrift für Regelsberger S. 69 (des Sep.Abdr.) bestritten.
- S. 92. Die daselbst ausgesprochenen Zweifel gegen die Konkurrenz der Rei Vindicatio mit der A^o negotoria werden jetzt durch die treffliche Untersuchung von Siber, Die Passivelegitimation bei der Rei Vindicatio (1907) S. 88 ff. bestätigt.
- S. 104 A. 28. Vgl. neuerdings noch P. Flor. 4 l. 10—11: τῆς κατὰ διαδοχὴν κληρονομιάσεως, sowie P. Teb. 319 l. 5: κατήντησαν . . . κατὰ διαδοχὴν κληρονομίας. Die letztere Wendung sieht allerdings nicht wie ein Ausdruck für die Intestaterbfolge aus, wie denn de Ruggiero selbst betont (a. O. 105 A. 1), daß einzelne Stellen bei jener Auffassung Schwierigkeiten machen. Dennoch scheint sie mir durch Zeugnisse wie C.J. 6, 62, 1; 2, 7, 15, 1; Nov. Anthem. 1, 1 genügend belegt; wenn daneben auch unklare Verwendungen vorkommen, wäre dies bei einem so vieldeutigen Wort wie διαδοχὴ nicht zu verwundern.
- S. 109 Z. 14 von oben: statt (A. 34) lies (A. 36).
- S. 110 Z. 22 von unten: statt ein lies eine.
- S. 111 A. 44 streiche das Zitat: C.J. 5, 54, 1 und füge hinzu, daß die Strafsburger Ulpianfragmente (Ztsch. d. Sav.St. 24, 418) für unsere Frage keine unmittelbare Föderung bringen.
- S. 228 Z. 3 von oben. Wie ich nachträglich bemerke, ist die Interpolation von Ulp. D. 19, 1, 13, 25 auch schon von Costa, Papiniano 4, 172 f. behauptet worden.
-

Verzeichnis von Abkürzungen.

- P. Amh. = The Amherst Papyri I und II ed. B. P. Grenfell und A. S. Hunt.
Arch. f. Pap.F. = Archiv für Papyrusforschung, herausgegeben von Ulrich Wilcken.
B.G.U. = Aegyptische Urkunden aus den königl. Museen zu Berlin I—IV (Griechische Urkunden).
Bull. d. corr. hell. = Bulletin de correspondance hellénique.
C.J.G. = Corpus Inscriptionum Graecarum.
C.J.L. = Corpus Inscriptionum Latinarum.
C.P.R. = Corpus Papyrorum Raineri I ed. Wessely.
Dittenberger Syll. = Dittenberger Sylloge Inscriptionum Graecarum, 2. Aufl.
Dittenberger Or. = Dittenberger Orientis Graeci Inscriptiones selectae, 1. Aufl.
P.E.R. = Papyrus Erzherzog Rainer, vgl. C.P.R.
P. Fay. = Fayum towns and their Papyri, ed. B. P. Grenfell, A. S. Hunt und D. G. Hogarth.
P. Flor. = Papiri Fiorentini I ed. G. Vitelli.
P. Gen. = Les Papyrus de Genève I ed. J. Nicole.
P. Grenf. 1 = An Alexandrian erotic fragment and other greek papyri ed. B. P. Grenfell.
P. Grenf. 2 = New classical Fragments and other greek and latin Papyri ed. B. P. Grenfell und A. S. Hunt.
P. Hibeh = The Hibeh Papyri I ed. B. P. Grenfell und A. S. Hunt.
P. Leid. = Papyri Graeci Musei Antiquarii Lugduni-Batavi I ed. C. Leemanns.
P. Lips. = Griechische Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig I ed. L. Mitteis.
P. Lond. = Greek Papyri in The British Museum I und II ed. F. G. Kenyon, III ed. F. G. Kenyon und H. J. Bell.
P. Oxy. = The Oxyrhynchus Papyri I—IV ed. B. P. Grenfell und A. S. Hunt.
P. Paris = Pariser Papyri in den Notices et Extraits des Manuscrits de la bibliothèque impériale et autres bibliothèques publiés par l'institut impérial de France; tome XVIII, 2^{me} partie.
P. Petr. = The Flinders Petrie Papyri I und II ed. J. P. Mahaffy; III ed. J. P. Mahaffy und J. G. Smyly.
P. Reinach = Papyrus grecs et démotiques ed. Th. Reinach.
P. Straßsb. = Griechische Papyrus der Kais. Bibliothek zu Straßburg, Heft I ed. F. Preisigke.
P. Teb. = The Tebtynis Papyri I ed. B. P. Grenfell, A. S. Hunt und J. G. Smyly; II ed. B. P. Grenfell und A. S. Hunt.
P. Taur. = Papyri Graeci Regii Taurinensis Musei Aegyptii ed. A. Peyron.
Wessely Specim. = Papyrorum scripturae graecae specimina isagogica ed. C. Wessely
-

Erstes Buch.
Grundbegriffe.

Verwandtschaftsverhältnisse des Römischen Rechts.

Römisches und griechisches Recht.

Mit zweifellosem Recht trachtet eine gesicherte Forschung bei der Geschichte jeder einzelnen Rechtsordnung vor allen Dingen danach, deren Stellung im Kreise der verwandten Rechte zu bestimmen. Der Wert, welchen diese Methode namentlich für die Erforschung des ältesten Rechts besitzt, wo die historischen Quellen dürftig sind und die Nachbargebiete der Forschung sich oft gegenseitig unterstützen müssen, wird heute auch auf Seite der romanistischen Rechtshistoriker mehr und mehr anerkannt. Die Zuversicht, mit welcher die Zeitgenossen Savignys die römische Rechtsgeschichte aus rein römischen Quellen heraus zu schreiben suchten, ist längst dem Wunsche gewichen, die römischen Institutionen in ihrem organischen Zusammenhang mit den Wurzeln und Ästen des gemeinsamen indogermanischen Stammes zu erfassen. Leider ist diesem Wunsch bisher nicht Erfüllung geworden, und es läßt sich bezweifeln, ob sie ihm in absehbarer Zeit werden wird.

Denn man darf nicht übersehen, daß der Bearbeiter der römischen Rechtsgeschichte sich hier in einer ganz anderen, unverhältnismäßig weniger günstigen Lage befindet als der germanistische Rechtshistoriker. Während das deutsche Recht — ganz abgesehen von dem unendlich größeren Reichtum an Quellen aus seiner Jugendzeit, welcher durch seine spätere Entwicklung bedingt ist — sich in zahlreichen Schwester- und Tochterrechten darstellt, ist das römische isoliert, weil es die nächstverwandten italischen Ordnungen selbst erstickt hat, und seine Verwandtschaft zu anderen indogermanischen Rechten ist nur noch eine entfernte.

I. Unsere Kenntnis von den außerrömischen italischen Rechtsordnungen, welche freilich auch auf die Geschichte der römischen ein helles Licht werfen würden, ist nur eine geringe. Dies rührt daher, daß unser Wissen von den ehemals autonomen italischen

Italische
Rechts-
ordnungen.

Städten fast ausschließlich durch römische Schriftsteller vermittelt ist, welche begreiflicher Weise alle Lokaltöne unterdrücken. Dennoch kann an einem Parallelismus zwischen römischer und italischer Rechtsentwicklung kein Zweifel sein. Damit ist freilich nicht gesagt, daß jede einzelne Rechtsinstitution, die für Rom bezeugt ist, auch in Italien in gleicher Gestalt wiederkehren müßte; denn so sicher wie die Einheit der Gattung, die durch die römisch-italische Stammesgleichheit verbürgt ist, ist doch auch die Möglichkeit einer Verschiedenheit der Arten. Die dürftigen uns erhaltenen Daten, welche hier zusammengestellt werden sollen, müssen nach dem Gegensatz des lateinischen und der außerlateinischen Stämme gruppiert werden.

Latinisches
Recht

Für die Privatrechtsordnungen der lateinischen Stammesgenossen wird eine weitgehende Übereinstimmung mit dem römischen Recht mit Beruhigung angenommen werden können. Schon der Umstand, daß zwischen Latium und Rom von altersher und fortwährend das *Commercium* gegolten hat, kann als Ausdruck dieser Übereinstimmung angesehen werden. Denn wenn auch das *Commercium* Gleichheit der beiderseitigen Rechtsinstitutionen nicht notwendig voraussetzt¹ und demgemäß auch dem Nichtlatinern im einzelnen Fall zugestanden werden kann², so ist doch die uralte römisch-lateinische Verkehrsgemeinschaft ohne innere Übereinstimmung der beiderseitigen Rechtsinstitutionen nicht zu denken. Allerdings betrifft das *Commercium* nur das Vermögensrecht; aber es wird kaum zu bezweifeln sein, daß die Rechtsverwandtschaft eine durchgängige gewesen ist und die wesentlichen Grundlagen des Familienrechts bei den Latinern die gleichen waren wie bei den Römern.

Fragt man freilich nach direkten Beweisen dieser Annahme, so führen die erhaltenen Zeugnisse meist nur soweit, daß man aus ihnen auf die Übereinstimmung gewisser Grundbegriffe in den beiderseitigen Rechtsordnungen mit Wahrscheinlichkeit schließen

¹ Dadurch entfällt die Möglichkeit jene Quellen als unmittelbare Zeugnisse des lateinischen Rechts anzusehen, welche im Verkehr zwischen Römern und Latinern die Anwendung des römischen Rechts bestätigen. Die wichtigsten davon bei Mommsen, *Staatsr.* III, 1, 629—639. Insbesondere muß man bei der Verwendung dieser Zeugnisse sich gegenwärtig halten, daß, wenn sie auch in ihrer Gesamtheit einen unmittelbaren Schluß auf die Rechtsverwandtschaft zulassen, immer noch fraglich bleibt, ob das einzelne Institut bei den Latinern genau ebenso gestaltet war, wie bei den Römern. Denn es ist einleuchtend, daß selbst ein lebhafter römisch-lateinischer Rechtsverkehr gewisse Differenzen im einzelnen nicht ausgeschlossen haben muß.

² Ulp. fr. 19, 4.

kann; ausdrückliche Zeugnisse dafür, daß irgend ein bestimmtes Institut in Latium ein vollkommenes Abbild des entsprechenden römischen gewesen sei, sind nur in geringer Zahl vorhanden. Selbst wenn im Stadtrecht von Salpensa eine ganze Reihe von Rechtsinstitutionen genannt sind, welche auch im römischen Recht sich finden, wie *Patria Potestas*, *Manus*, *Mancipium*, *Tutel* und *Patronat*³, die *Manumissio censu* und *Manumissio Vindicta*^{4 5}, so kann doch eine sehr vorsichtige Auffassung auf die Möglichkeit hinweisen, daß es sich hier um bloße Übertragung des stadtrömischen Rechtes auf die latinischen Kolonien handeln könnte und darum der Schluß aus dem Recht der koloniarischen Latiner auf jenes des alten Latiums ein gewagter sei.

Dennoch darf man sich keiner zu weit gehenden Skepsis hingeben; so rätlich es sein mag, in einem einzelnen Fall mit der Möglichkeit zu rechnen, daß das Schema der latinischen Kolonialrechte Bereicherungen aus dem römischen Stadtrecht empfangen hat, so ist es doch wenig wahrscheinlich, daß man diese Städte latinische genannt hätte, wenn nicht ihre wesentlichen Institutionen diesen Namen rechtfertigten⁶.

³ Aes Salp. c. 22, 23, 29. Aes Malac. erwähnt die betreffenden Materien nicht.

⁴ Im Aes Salp. c. 23 ist mit den Worten: „*Si quis . . . apud II viros qui iuri dicendo praeerunt servom suom servamve suam ex servitute in libertate[m] manumiserit*“ unzweifelhaft auf die *man. vindicta* hingewiesen; die darauffolgenden aber „*liberum liberamve esse iusserit*“ können, da in Salpensa die *Duumviri* die Geschäfte der römischen Zensoren besorgen, ganz wohl auf *Man. censu* gedeutet werden, Voigt, *Jus. Nat.* 2, 743, — was auch Mommsen, der früher (Stadtr. 437) an eine Freilassungserklärung zu Protokoll gedacht hatte, später (verm. Schr. 1, 330) zugegeben hat.

⁵ Außerdem findet sich *Manus Injectio* in der latinischen Kolonie Luceria schon in der ersten Hälfte des sechsten Jhd. (C.I.Lat. 9, 732 = Bruns, Fo.⁶ 260).

⁶ Mommsen hat in seinem Kommentar zu den Stadtrechten jene Institutionen sogar ohne weiteres als Zeugnisse des atlantinischen Privatrechts angesehen (z. B. S. 398, 459), und man wird nicht fehlgehen, wenn man dies heute, nachdem Zumpt's Bedenken (*Studia Romana* 269 ff.) gegen den Charakter von Salpensa und Malaca als latinische Kolonien allgemein aufgegeben sind, für die herrschende Ansicht erklärt; ausdrückliche Beistimmung z. B. bei Lenormant und Lécrivain in *Daremb.-Saglio* s. v. *Coloniae* p. 1309 und s. v. *Latinus* p. 977. Die Möglichkeit, daß das salpensanische Privatrecht aus dem römischen Recht entnommen sei, hat Girard (*Organ. judic.* 1, 44) im Vorübergehen angedeutet, jedoch m. E. mit Recht als unwahrscheinlich bezeichnet (vgl. auch denselben a. O. 1, 277 A. 1). — Wer die Sache näher verfolgt, muß sich die Vorfrage vorlegen: In welcher Form wurden die peregrinischen Ge-

Außerdem fehlt es auch, wie bereits angedeutet, nicht ganz an direkten Zeugnissen der zwischen Rom und Latium bestandenen Rechtsverwandtschaft, wenn auch die Zahl dessen, was nach Ausscheidung der bloß indirekten und ungefähren Bestätigungen noch übrigbleibt, überraschend gering ist.

So hat sich bei den alten Schriftstellern das Bewußtsein von derselben erhalten, wenn Servius Sulpicius bei seiner Beschreibung des latinischen Verlöbnisses die Stipulation als einen wesentlichen Teil des Vorgangs bezeichnet, also deren Handhabung in Latium voraussetzt⁷, oder wenn ein nicht genannter Gewährsmann des Gellius von einer Zeit spricht, wo „weder in Rom noch in Latium“ eine Actio oder Cautio rei uxoriae üblich war⁸. Außerdem gehört es hierher, wenn Livius von dem Vorkommnis erzählt, daß um das Jahr 577 d. St. die latinischen Bundesgenossen zur Umgehung eines bestimmten Gesetzes ihre Söhne an Römer ins fiduziarische Mancipium verkauften; denn dies setzt eine der römischen analoge väterliche Gewalt voraus⁹. Hiermit dürften aber auch die unmitttelbaren Zeugnisse erschöpft sein.

Neben der immerhin als zweifellos anzunehmenden Übereinstimmung kann und wird natürlich im einzelnen lokale Rechts-

meinden, um die es sich bei der Erhebung zu latinischen Kolonien handelt, des neuen Privatrechts teilhaftig gemacht? In den erhaltenen Texten der Stadtrechte findet man darauf keine Antwort; sie setzen einfach die Institute wie Manus, Mancipium u. s. f. als anwendbar voraus. Aber das allein kann nicht genügt haben; jedenfalls mußte gesagt werden, daß die Bürger der Kolonien diese Rechte so haben sollten, wie sie irgend eine andere, hierbei als Normalschema zu betrachtende Personenklasse hatte; ich denke mir also eine Verweisung in der Art, wie es im Sullanischen Gesetz über die Volaterraner (Cic. p. Caec. 35, 102) hieß, sie sollen sein „eodem iure, quo fuerint Ariminenses“ (eine von den jüngeren latinischen Kolonien; ähnliche allgemeine Verweisungen auch in l. Salp. c. 28 lin. 26; Gai. 3, 56; vgl. noch Frag. Berol. de dedit. c. 2). Dabei ist es mir aber unendlich wahrscheinlicher, daß der Hinweis sich auf ein latinisches Stadtrecht bezog als auf das römische, zumal die Fiktion, die Latini coloniarii sollten ihre Manus u. s. f. so haben, wie sie die Römer haben, juristisch auf große Bedenken stößt. Allerdings ist richtig, daß es deduzierte latinische Kolonien in der Zeit, wo unsere Stadtrechte entstanden, nicht mehr gab; aber der Begriff des latinischen Rechts war in den prädierten latinischen Kolonien, deren es namentlich seit Cäsar viele gibt, lebendig geblieben, so daß ein Hinweis auf ihn durchaus weder anachronistisch noch unverständlich war: bei den Latini Juniani war er nachweisbar vorgenommen worden (Gai. 3, 56).

⁷ Gellius 4, 4, 1 f.

⁸ Gell. 4, 3, 1.

⁹ Liv. 41, 8.

verschiedenheit gegolten haben; aber unsere Kenntnis der Verhältnisse ist eine so wenig exakte, daß auch diese sich nirgends mit Bestimmtheit nachweisen läßt. Wenn man insbesondere in bezug auf *Tutoris optio*¹⁰, Konsens der Vormünder zur Eheschließung¹¹, *Sacra hereditaria*¹² Divergenzen zwischen latinischem und römischem Privatrecht behauptet hat, so ist dies teils nachweislich falsch, teils willkürlich, und selbst die sehr verbreitete Lehre ist keineswegs einwandfrei, daß in alter Zeit zwar das latinische nicht aber das römische Verlöbnißrecht einen klagbaren Anspruch erzeugt hat¹³. Auf dem Gebiet des Deliktrechts wird

¹⁰ Mommsen, Stadtr. 459 (übereinstimmend noch der von Mommsen selbst revidierte Neudruck, verm. Schr. I, 350) hat daraus, daß in *Salp. c. 22* den salpensanischen Witwen, welche die römische Civität erlangen, das *ius optandi tutorem* besonders vorbehalten wird, „während zahllose andere auch auf der Gewalt ruhende Verhältnisse bloß folgeweise festgestellt werden“, gefolgert, „daß die *Tutoris optio* nicht allgemein latinisches Landrecht war, sondern speziell römisches Stadtrecht.“ Indessen setzt jener Vorbehalt offenbar voraus, daß ihnen jenes Recht noch vor erteilter Civität von ihren latinischen Ehegatten testamentarisch eingeräumt worden ist, bildet daher gerade einen Beweis für dessen Handhabung durch die latinischen Kolonisten. — Eine andere Frage ist es, ob nicht gerade dieses doch sehr anomale Institut den Kolonien nach römischem Muster verliehen und im latinischen Recht ohne Vorbild war.

¹¹ Die Erzählung des *Livius 4, 9* von dem Mädchen aus *Ardea*, welches durch Entscheidung der dortigen Behörden nach dem Wunsch der Mutter gegen den Willen der Vormünder verheiratet wurde, hat Neueren zur Annahme einer Divergenz zwischen römischem und ardeatischem Vormundschaftsrecht Anlaß gegeben (dahingehend, daß in *Ardea* — anders als in *Rom* — die Mutter bei der Heiratsfrage mitzusprechen hatte). Aber die Legende beweist nur, daß zur Zeit, wo sie aufkam, die Macht der Vormünder über die Person des Mündels bereits obrigkeitlicher Kontrolle unterworfen war, was in *Rom* ebenso gut der Fall gewesen sein wird wie anderswo. Die Lehre von der Allmacht der republikanischen Tutoren ist modernes Vorurteil, und *Gaius* belehrt uns, daß selbst der patronatische Tutor, dessen Gewalt doch gerade den ursprünglichen Charakter beibehalten hat, unter Umständen zum Konsens gezwungen werden kann (*Gai. 1, 192*; vgl. *Sev. et Ant. C. J. 5, 4, 1*). S. auch unten S. 42 A. 4 z. E. Zu weit freilich geht *Brunns* (*syr. röm. R.B. zu L. 88*) mit der Annahme, daß die Verheiratung des Mündels die Tutoren nicht angehe, was offenbar nur für die spätere Zeit richtig ist (*Cic. p. Flacc. 34, 84*).

¹² Daß in *Arpinum* die *Sacra privata* den Erben als solchen nicht trafen (*Cato orig. 2* bei *Priscian 4, 21*), entspricht wohl auch den ursprünglichen Ordnungen in *Rom*, von deren allmäliger Erweiterung noch das *Pontifikaledikt* des *Qu. Mucius Scaevola* ein Zeugnis bietet. S. unten S. 94, 96 A. 9.

¹³ Der Stelle des *Gellius 4, 4*, welche dies zu besagen scheint, steht entgegen *Varro de l. l. 6, 71*: (*qui sponponderat filiam*) non . . . si volebat dabat (i. : si nolebat non dabat [Müller]), quod sponsu erat alligatus, — quod tum et prae-

mitunter eine die Realinjurie betreffende Notiz aus Catos Origines auf lateinisches Stadtrecht bezogen, welche, wenn sie wirklich dahingehören würde, gleichzeitig die Verwandtschaft im Ganzen wie die Abweichung im Einzelnen gegenüber dem römischen Recht dartäte; doch ist dieser Punkt nicht zu erhärten¹⁴.

Umbro-
samni-
tisches
Recht.

Noch viel unsicherer steht es um die Überlieferung vom umbrosamnitischen Privatrecht. Wir sind hier fast ganz auf die Hypothese angewiesen, welche dahin gehen muß, eine der Stammverwandtschaft entsprechende Rechtsverwandtschaft anzunehmen, und nur wenige Lichtpunkte vermögen dieses Dunkel zu erhellen. Hierher wird man zwar nicht rechnen können, was von vielen über den „sabinischen“ Ursprung der Konfarreationsehe behauptet worden ist, weil diese Behauptungen auf durchaus unsicheren Grundlagen ruhen¹⁵. Dagegen läßt sich zunächst darauf hinweisen, daß in der bantinischen Gesetzestafel die staatsrechtlichen Begriffe den römischen durchaus entsprechen — wir finden die

torium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur. S. auch in der Geschichte des Verlöbnißes. —

Widerspruch ist auch gegen Pais zu erheben, wenn er (Storia di Roma 2, 345 n. 2) bemerkt, daß der Bericht des Dionys. 6, 1 ein „regime familiare diverso da quello Romano“ voraussetzt. Nach einem vor der Schlacht am Regillersee ergangenen römischen Volksschluß soll nämlich den mit Latinern oder Römern verheirateten römischen und lateinischen Frauen die Rückkehr in die Heimat freigestellt worden sein, wenn sie die Kinder männlichen Geschlechts bei den Vätern zurückließen; die Mädchen durften sie mitnehmen. Es ist jedoch kaum glaublich und mit der auch in Latium anerkannten (Aes Salp. 22) Patria Potestas unvereinbar, daß, wie Pais vermutlich annimmt, bei der lateinischen Scheidung die Töchter der Mutter folgten, ganz abgesehen davon, daß der so gefaßte Volksschluß für die römischen Ehemänner einen unfasslichen Eingriff in die Rechte der väterlichen Gewalt bedeutet hätte. Gerade wegen des letzteren Umstands würde zwar der Bericht für die Annahme von Pais offenbar zu viel, also in Wahrheit nichts beweisen; vor allem aber läßt sich der Verdacht nicht unterdrücken, daß er in seinem letzteren Teil ebenso Erfindung ist, wie bekanntlich (Mommsen, St.R.³ 454 A. 5) der Rest des Kapitels.

¹⁴ Cato in III orig. bei Priscian 6, 69 sagt „si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur“; die Diskrepanz gegenüber dem Zwölftafelrecht liegt in der Ausdehnung der Talion auf das Os fractum. Auf lateinisches Recht wird das Referat bezogen von Mommsen, Strafr. 802 n. 2. (anders Abh. der sächs. Ges. ph. Kl. 1, 258). Doch kann die auch sonst (wegen der Nennung des Kognaten statt Agnaten) nicht unbedenkliche Stelle auf verschiedene Arten gedeutet werden. (Lit. bei Lambert, le problème de l'orig. des XII tables [Paris 1902] p. 3 n. 5.)

¹⁵ Vgl. Rosbach, Röm. Ehe 171 ff. und unten bei der Gesch. der Ehe.

Termini senatus (senatus), commo (comitia), meddix (magistratus), censtur (censor), moltoum (multare)¹⁶. Ebenso ist das Testament — tristamentom — den Oskern, genau unter demselben Namen bekannt wie den Römern¹⁷, ebenso der dolus malus und die Bezeichnung des Vermögens als Familia pecuniaque¹⁸. Die Legis actio und Manus injectio sind auch in diesem Rechtskreis nachweisbar^{19 20}.

Alles in allem sind die Nachrichten, die wir über das außer-römische Recht der Italiker besitzen, so dürftig umrissen, daß irgendeine Aufklärung über das ältere römische Recht daraus an keinem Punkt zu gewinnen ist.

II. Von den außeritalischen Rechtsordnungen der indogermanischen Völkerfamilie stehen zunächst die germanischen und slavischen der römischen anerkanntermaßen ziemlich fern und jedenfalls fern genug, um Analogieschlüsse auf die Rechtsentwicklung nur bei großer Vorsicht zuzulassen. So wenig man die Rechtsvergleichung bei der romanistischen Forschung gänzlich

Außeritalische
Rechtsordnungen.

¹⁶ Tab. Bantin. passim.

¹⁷ Das zeigt die oskische Inschrift bei Zvetajeff Syll. Inscr. 63 aus Curia Isiaca: V. aadirans v. eitiuvam paam vereilai pumpaiianai tristaamentu deded sq. (Vibius Adiranus Vibii f. pecuniam quam iuventuti Pompeianae testamento dedit sq.). Vgl. auch die Inschrift bei Mommsen, Unterit. Dial. 177 n. XIV.

¹⁸ Tab. Bantin. lin. 20 f. Avt svaepis censtonem nei cebnust dolud mallud in eizeic vincter, esuf comenei lamatir pr. meddixud tovtad praesentid perum dorum mallom, in amiricatu allo famelo in ei[tuo] sivom, paei eizeis fust, pae ancensto fust, tovtico estud (at si quis in censum non venerit dolo malo et eius vincitur, ipse in comitio veneat praetoris] magisterio populo praesente sine dolo malo et immercato cetera familia et pecunia tota quae eius erit, quae incensa erit, publica esto).

¹⁹ Tab. Bantin. lin. 23 f.: Pr. svaep praefucus pod post exac bansae fust, svaepis op eizois com altrud ligud acum herest avti pru medicatud manim aserum sq. (Praetor sive praefectus qui posthac Bantiae erit, si quis apud eos cum altero lege agere volet aut pro iudicato manum asserere). Für Etrurien ist auch zu nennen die auf dem etruskischen Sarkophag zu Corneto abgebildete Gerichtsszene (Helbig, Bull. dell' Ist. di corr. archeol. 1866, p. 90 f.), welche entweder eine Legis actio per manus injectionem oder Vindicatio in servitutum darstellt (für ersteres Helbig, Voigt, XII T. 1, 617, C u q, Institut. 1, 422 n. 3, für letzteres Girard, hist. de l'organ. judic. 283).

²⁰ Wenn auch bei diesen Zeugnissen an römischen Einfluß gedacht werden kann, — das Stadtrecht von Bantia ist von römischen Kommissaren gegeben, und der Sarkophag von Corneto kann der Zeit nach der römischen Eroberung angehören — so wird doch auch hier nicht anzunehmen sein, daß den italischen Landschaften ein ihnen völlig fremdes Recht aufgedrängt worden ist, sondern es sich überall um den Fortbestand einheimischer Institute handelt.

aufser Auge lassen darf, so sehr ist doch zu warnen vor der Gepflogenheit neuerer Schriftsteller, das was sich dort findet auch hier ohne weiteres zu postulieren. Allgemeine Grundsätze für die Handhabung der „komparatistischen“ Methode lassen sich heute wenigstens noch nicht aufstellen und es wird in letzter Linie Sache des wissenschaftlichen Feingefühls sein, im einzelnen Fall einen derartigen Schluß zu würdigen; die meiste Wahrscheinlichkeit wird derselbe immer dann für sich haben, wenn er durch innere Indizien aus der römischen Rechtsgeschichte heraus unterstützt wird.

Griechi-
sches
Recht.
Verwandt-
schaft?

Eine besondere Stellung gegenüber dem römischen hat man jedoch von altersher dem griechischen Recht zugeschrieben. Weit verbreitet und von namhaften Vertretern getragen ist eine Annahme, welche zwischen Griechen und Römern eine nähere Verwandtschaft annimmt und dieselbe auf zahlreiche Bindeglieder in Sprache, Religion und Mythologie zu stützen sucht; sie hat sogar der bekannten Hypothese von dem gräkoitalischen Urvolk geführt. Was nun diese gräkoitalische Periode anlangt, so dürfte dieselbe allerdings mehr als fraglich und der Glaube daran nur bei wenigen noch lebendig sein, seit die vergleichende Sprachforschung nachgewiesen hat, daß die lateinische Sprache mit den keltischen Sprachstämmen durch nicht minder zahlreiche und starke Verbindungsglieder verwandt erscheint als mit den griechischen und daß die indogermanischen Sprachstämme nirgends sich in fest abgegrenzten Kreisen voneinander abschließen, sondern überall fließend in einander übergehen²¹. — Dennoch ist die Tatsache, daß zwischen römischem und griechischem Recht zahlreiche Parallelen sich finden, nicht zu leugnen und an diese Tatsache knüpfen sich die Forschungen derjenigen, welche das ältere römische Recht durch Heranziehung griechischer Rechtsinstitute erläutern wollen. Insbesondere zählen hierher die Arbeiten von B. W. Leist, welcher, indem er auch das Recht der Sanskritvölker in Betracht zieht, in einer Reihe tiefangelegter Untersuchungen die „gemeinsamen Rechtsinstitutionen der indo-

²¹ Statt aller verweise ich auf Hirt, Die Indogermanen I (1905), woselbst weitere Literaturangaben. Daß der italische Sprachstamm dem keltischen mindestens ebenso nahesteht wie dem hellenistischen, hat bekanntlich schon Joh. Schmidt (Die Verwandtschaftsverhältnisse der indog. Sprachen 1872) gezeigt. Vom rechtsgeschichtlichen Standpunkt ist dabei daran zu erinnern, daß das Recht der *Patria Potestas* den Römern und Kelten ausschließlich gemeinsam ist (Reichsr. u. Volksrecht 209).

gräkoitalischen Stämme“ zur Darstellung zu bringen sucht, als welche die wesentlichen Grundzüge des Staatswesens, der religiösen und sittlichen Ordnung, die grundlegenden Einrichtungen der Familie, Ehe und Hausgewalt und selbst einzelne Erscheinungen des Vermögens- und Strafrechtes aufgeführt werden.

Aber man wird der Herleitung römischer Rechtssätze aus dem indogräkoitalischen Urrecht, ganz abgesehen von dem obengenannten philologischen Grund, auch von juristischen Erwägungen aus, mit großer Skepsis gegenüberstehen müssen. Erstens enthält für manche der angegebenen Parallelen die unten zu erörternde Annahme einer in historischer Zeit stattgefundenen Rechtsrezeption eine hinreichende Erklärung; und bei dem was übrig bleibt stehen den Übereinstimmungen vielfach Gegensätze gegenüber, welche die Gesetzmäßigkeit der ersteren in Frage stellen. Wenn einerseits die patriarchalische Hausgewalt des Paterfamilias den Griechen fremd, den Römern dagegen mit den Kelten gemeinsam ist, wenn andererseits das griechische Recht beispielsweise im Verfangenschaftsrecht der Kinder²² oder der Anerkennung des Ordals²³ wohl dem germanischen, nicht aber dem römischen Recht ähnelt und in der Intestaterbfolgeordnung zwischen beiden eine Mittelstellung einnimmt, so deutet dies doch darauf hin, daß hier der individuellen Rechtsentwicklung ein sehr großer Spielraum zugestanden werden muß. Wie lose die behaupteten indoitalogräkischen Zusammenhänge sind, läßt sich an einzelnen Beispielen zeigen. So soll die Analogie bestehen zwischen den drei Stufen der altindischen Eheschließung (Vergabung des Mädchens, Handgreifung und Umführung durch den Bräutigam und Geleite in das Ehegemach) mit dem römischen Eheritus (Sponsio puellae, Coemptio per mancipationem, Deductio in domum) und demnach die römische Coemptionsehe der indischen Handgreifung entsprechen; während doch der Frauenkauf fast überall sich wiederfindet, und ebenso natürlich die Verlobung, ganz abgesehen davon, daß gerade bei den Griechen, die doch auch in diesen Kreis gestellt werden, die Handgreifung spurlos verschwunden wäre. Und könnte nicht, wenn die Coemptionsehe schon auf ethnologische Wurzeln zurückgeführt werden soll, auch die Ausbildung jener italo-keltischen Hausgewalt als mitwirkender Faktor sich eingeschoben haben? Durchaus unbeweisbar

²² Reichsr. und Volksr. 68, 336; Thalheim, Griech. R. Altert. 71.

²³ Auf Spuren dessen hat F. Hofmann, Beiträge z. griech. u. röm. R.Gesch. 134 hingewiesen.

und in sich wenig wahrscheinlich ist auch die nachgerade traditionell gewordene Fabel von der Identität der späteren Sponsio mit dem homerischen Trankopfer, worauf an späterer Stelle zurückzukommen ist²⁴. Die feierliche Haussuchung beim Diebstahl ist freilich gewiß den Griechen, Indern und Römern gemeinsam; aber mit ihnen auch den Germanen und also indogermanisches Recht schlechthin. Dabei mögen einzelne Übereinstimmungen allerdings auf die Urgemeinschaft zurückgehen, wie die bei den Sanskritvölkern, den Römern und Griechen in merkwürdiger Gesetzmäßigkeit wiederkehrende Abgrenzung des Verwandtenkreises der drei Generationen; aber ein historisches Gesetz und eine Methode läßt sich daraus nicht ableiten.

Rezeption
aus der
hellenisti-
schen
Kultur

Dagegen hat in bedeutendem Umfang eine Rezeption griechischen Rechts in Rom stattgefunden²⁵. Es ist das eine Teilerscheinung des allgemeinen und sehr weitreichenden Einflusses, den die griechische Kulturwelt auf die römische geübt hat, wobei naturgemäß als Ausgangspunkt des griechischen Einflusses nicht das ferne Altgriechenland zu denken ist, sondern die in Süditalien und Sizilien gegründeten Kolonien.

Das Einströmen der hellenistischen Kultur vollzieht sich auf den verschiedensten Gebieten und es kann hier nicht die Aufgabe sein, diesen Prozeß auf dem Gebiet von Kunst und Wissenschaft, Technik, Handel und Gewerbe gleichmäßig zu verfolgen. Nur um das hohe Alter dieser Einwirkung hervorzuheben, sei daran erinnert, daß die Lateiner vor allem die griechische (d. h. chalkidische) Schrift übernommen haben²⁶, wovon das älteste Dokument — die Fibel von Praeneste²⁷ — bis ins sechste Jahrhundert hinaufreicht. Wohl noch weiter zurück liegen die Anfänge der Einwirkung griechischer Kunst²⁸. Der Kunst und der Schrift schließt sich mindestens seit

²⁴ Vgl. unten S. 27 A. 10.

²⁵ Hierüber sind bekanntlich die Ansichten sehr geteilt und noch heute verhalten sich namhafte Autoren ablehnend gegen jede Annahme fremdländischen Einflusses, während andere hierin zu weit gehen. Literaturbelege anzuführen ist überflüssig; über einzelne charakteristische Äußerungen vgl. Reichsrecht und Volksrecht 3 n. 2 und 13 n. 1; Herzen, Origine de l'hypothèque Rom. (1899) 1 f.

²⁶ Vgl. u. a. Kirchhoff, Studien z. Gesch. des griech. Alphabets⁴ 128 f., 132.

²⁷ Dümmler, Mitteil. des deutschen archaeol. Inst. R. A. 2, 40 f. (= Kl. Schr. 2, 528).

²⁸ Im allgem. Michaelis in Springers Hdb. d. Kunstgesch. 1, 347 ff., 351 mit Liter.Nachweis. — Von der Villanovaperiode und dem ältesten Vasenimport

dem fünften Jahrhundert eine breite Rezeption auf dem Gebiet des Glaubens und der Sage an; im Gefolge der gegen Ende der Königszeit rezipierten sibyllinischen Orakelsammlung²⁹ sind, angeblich seit 495 a. C., unter den Namen Ceres, Liber, Libera die Gestalten der Demeter, des Dionysos und der Kore, ferner Apollo und Hermes³⁰ rezipiert worden; auch der allerdings anscheinend nur indirekt auf dem Weg über andere latinische Städte rezipierte Hercules gehört zu dieser ältesten Schicht religiöser Rezeption³¹. Gleichfalls in früher Zeit sind in die römische Gründungssage die griechischen Heroengestalten rezipiert worden³²; über die Fälle dieses Sagenstoffs belehren uns namentlich Darstellungen in der

abgesehen (Joh. Böhlau in der Festschr. der 26. Vers. d. deutsch. anthrop. Ges. 1895; Hörnes Urgesch. d. bild. Kunst 540 f.), die in vorgeschichtliche Zeiten fallen, kommen etwa im fünften Jhd. v. Chr. die nachweislichen griechischen Einflüsse bei italischen Tempelbauten in Betracht, insbes. bei dem Tempel in Satricum (Barnabei, Notiz. degli Scavi 1896, S. 69, 99; Petersen, Mitteil. d. d. arch. Inst. R.A. 11, 157 f.) und dem stadtrömischen Cerestempel (Plin. h. n. 35, 154).

²⁹ Diels, Sibyllinische Blätter (1890) 81 ff.; Wissowa, Religion und Kultus der Römer 36 f.

³⁰ Der Demeter, dem Dionysos und der Kore wird nach der Tradition im Jahre 496 v. Chr. vom Diktator A. Postumius ein Tempel geweiht (Tacit. Ann. 2, 49); das Ereignis hängt zusammen mit dem Beginn des Getreideimports aus Cumae und Sizilien. Näheres bei Birt in Roschers Lexik. I v. Ceres, und Marquardt-Wissowa, R. St. Verw. 3, 361 f.; Wissowa, Rel. u. Kultus d. Röm. 44 f., 54, 242 f. Der dem Hermes nachgebildete Mercurius erhält einen Tempel 495 v. Chr. (Liv. 2, 21, 7) und die Dioskuren im Jahre 485 zum Lohn für ihren Beistand in der Regillusschlacht (Liv. 2, 42, 5). Apollo, rezipiert aus Cumae, besitzt ein Heiligtum auf den prata Flaminia im Jahre 449 v. Chr. und erhält einen Tempel 433—431 (Liv. 3, 63, 7; 4, 25, 3). Die hier angenommenen Daten müßten freilich um mehr als ein Jahrhundert herabgesetzt werden, wenn die Ausführungen von Pais, Storia di Roma, 2, 340 über die Chronologie der Tempelgründungen sich bewähren sollten; indessen würde, da nach Pais die gesamte ältere römische Geschichte herabzudatieren wäre, der Fehler sich ausgleichen.

³¹ Wissowa, Religion und Kultus 219 f.

³² Verzeichnis derselben bei Schwegler, R.G. 1, 310 f. Positive Daten hierüber gibt es der Natur der Sache nach nicht. Bei einzelnen Gestalten, wie z. B. Hercules (Liv. 5, 13, 6), läßt sich ein Dies a quo in der offiziellen Anerkennung (Lectisternium) nachweisen. Im ganzen anerkennt selbst Pais (storia 2, 224), daß der Prozeß der Rezeption noch im 4. Jhd. v. Chr. abgeschlossen wurde; seinen Beginn hat man unzweifelhaft bedeutend früher anzusetzen. Übrigens hat Pais das Verdienst auch viele andere Punkte der römischen Sagenbildung auf griechische Elemente zurückgeführt zu haben; Storia 1, 381 f. So wird die Erzählung von Tarquinius und Tanaquil mit der Sage von Gordios und seiner Frau, die Tarpejasage mit Skyllas von Megara in Verbindung gebracht u. a.

bildenden Kunst z. T. schon aus dem fünften, besonders aber aus dem vierten und dritten Jahrhundert vor Chr.³³ Wie in Religion und Mythos, so ist auch in dem damit verwandten Begräbniskultus griechischer Einfluß durchwegs und schon früh zu spüren³⁴; unter anderm ist es eine wichtige Tatsache, daß für die Beschränkung des Ceremoniells der Leichenfeier die Zwölftafeln das solonische Recht nachgeahmt haben³⁵. Wie sich an diese ältesten Rezeptionen dann eine immer weitergreifende Einflußnahme des griechischen Geistes anschließt, ist ein Prozeß, dessen Schilderung der Kulturgeschichte angehört³⁶.

³³ Die bedeutendste — nicht die älteste — mythologische Darstellung ist die des Argonautenzugs auf der ikoronischen Kiste (Helbig-Reisch, Führer durch die öff. Samml. Roms II N. 1504) aus der Mitte des 3. Jhd. v. Chr. — Griechische Elemente auf den römisch-kampanischen Münzen: Babelon, monnaies I, 10 f. Insbesondere Pentagonsymbole auf oskischen Münzen: Eckhel, Doctr. Numm. I, 63, 114; Mommsen, Unterital. Dial. 117.

³⁴ So ist der Gebrauch, dem Toten eine Münze als Fährgeld für den Charon zwischen die Zähne zu klemmen, an dem Grab der Furier in Tusculum schon für die Zeit vor dem zweiten punischen Kriege und in pränestinischen Gräbern des fünften und sechsten Jahrhunderts der Stadt nachweisbar. Vgl. über die Funde in den Furiergräbern C.J.L. I p. 27 zu n. 65—72, über die pränestinischen ebda. p. 28 zu II 74—165, Annali dell. Ist. 1855, p. 76. Münzenfunde in etruskischen Gräbern, Zannoni, Scavi della Certosa, p. 71. Zahlreiche Belege aus späterer Zeit bei Marquardt-Mau, Privatleben d. R. I, 349 f.

³⁵ Nicht alles einzelne, was die Zwölftafeln nach Solons Vorgang verbieten, muß aus griechischem Gebrauch übernommen gewesen sein; die Klageweiber z. B., von denen es heißt „mulieres genas ne radunto neve lessum funeris erga habento“ (tab. 10, 4 Schöll), sind eine auch ohne Rezeption verständliche Erscheinung. Wenn Sextus Aelius und L. Acilius erklärten nicht zu wissen was lessus bedeute (Cic. de leg. 2, 25, 59), beweist dies nicht, daß das Wort griechischer Herkunft war, sondern konnte bei archaischer Latinität auch vorkommen. (Etymologische Bemerkungen von Regnaud, mitgeteilt bei Appleton, Le testament Romain [Paris 1903] 16 n. 4.) — Aber wer die im Gesetze aufgestellten Bestimmungen: Verbot der sumtuosa respersio, servilis unctura, das Herumtragen der longae coronae und acerrae (Huschke, Z. f. R.G. 11, 139), die Beschränkung der Zahl der Ricinia auf drei und der Flötenspieler auf zehn, die uns Cicero l. c. mitteilt, mit den griechischen Begräbnisordnungen (Gesetz von Julis im Recueil des Inscr. Jur. Grecq. I, p. 11 sq.; Statut der labyadischen Phratrie § 19, ebenda 2, 188; Plutarch Solon c. 21; Lycurg c. 27 u. a., dazu Hermann-Blümner, Gr. Priv. Altert.³ p. 631 f.; Pottier, Étude sur les lécythes blancs attiques, Paris 1883 p. 1—87) vergleicht, wird sich des Eindrucks nicht entschlagen, daß die bis ins einzelne gehende Übereinstimmung keine zufällige ist.

³⁶ Erwähnt sei noch, daß die Sitte, den siegreichen Feldherrn zu bekranzen, als translatus e Graecia mos auf das Jahr 292 a. C. zurückgeführt wird

Um seine Tragweite für die Rechtsentwicklung zu erkennen, ist auszugehen von der Zwölftafelgesetzgebung. Dafs bei dieser griechische Entlehnung in nicht unbedeutendem Mafse stattgefunden hat, ist eine Tatsache, worüber kein Zweifel zulässig ist. Man kann die Erzählung von der Gesandtschaft, welche das Recht von Athen einholte, sowie von dem Ephesier Hermodoros, der die Dezemvirn inspirierte, für eine Legende oder doch für Entstellung anderer Tatsachen betrachten; aber dafs die Rezeption mindestens auf dem Weg über die süditalischen Griechenstädte stattgefunden hat, lehrt der Inhalt des Gesetzes an vielen Stellen. Das wird auch von jenen zugegeben, die im übrigen das Datum, ja selbst die Authentizität der Zwölftafeln bezweifeln; für sie bildet gerade das hellenisierende Moment im Inhalt ein Argument für den späteren Ursprung. Aber dieses ist hinfällig; denn wenn auch in der Zeit, in welche unsere Quellen das Dezemvirat verlegen, der Prozeß der Hellenisierung erst beginnt und seine volle Höhe erst um Jahrhunderte später erreicht wird, so darf man doch nicht verkennen, dafs das Gesetz die Tat einzelner Personen ist, welche, wie das bei solchen Schöpfungen so häufig ist, ihrer Zeit voraus-eilen; hat man jemals die Rechtsbewidmung böhmischer, polnischer und russischer Städte mit deutschem Stadtrecht deshalb bezweifelt, weil diese Städte von deutschem Einflufs noch nicht genügend ergriffen waren? — Im einzelnen ist vor allem die sprachgeschichtliche Tatsache bezeichnend, dafs die Zwölftafeln das griechische Lehnwort *poena* haben⁸⁷; von den sachlichen Verfügungen kommt in

im Rechts-
gebiet,
insbes.
den Zwölf-
tafeln.

(Liv. 10, 47, 3; dazu allerdings Pais 2, 596 n. 2). Auch die Beifügung griechischer Cognomina zum römischen Gentile reicht, wenn wir der Chronologie auch nur einigermaßen trauen dürfen, ziemlich weit, angeblich bis ins vierte Jhd. zurück (Publilius Philo, Konsul 339; G. Plautius Hypsaeus, Konsul 329; P. Sempronius Sophus, Konsul 304). — Die noch älteren Angaben: Sextus Furius Philo, Consul 488 (Liv. 2, 39) und Agrippa Furius Philo, trib. mil. 399 (Liv. 5, 32) wird man besser ganz außer Spiel lassen. — Um ein paar Tatsachen des privaten Lebens hinzuzufügen sei bemerkt, dafs auch die Sitte des Ringtragens (*Deloche*, le port des anneaux dans l'antiquité Rom. in *Mém. de l'acad. des inscr.* 35 [1896], p. 173) und des Bartrasierens (Varro r. r. 2, 11, 10; dazu Pais, *Storia* 2, 610 n. 1) auf griechisches Vorbild zurückgeführt wird. Weit aus das deutlichste Bild vom Eindringen der hellenistischen Kultur in Rom gibt endlich die Sprache, d. h. die Betrachtung der griechischen Lehnworte im Lateinischen, die von Weise, *Gr. Lehnwörter* (Preisschr. der Jablonowski-Gesellschaft zu Leipzig 1882) trefflich zusammengestellt sind; leider ist oft das Alter der Entlehnung nicht genau festzustellen.

⁸⁷ Das Wort ist sicher erst in Tab. 8, 4 (Gell. 20, 1, 12); in 8, 3 (CL *poenam subito*) ist es nur in Umschreibung überliefert. Etymologisch ist es

Betracht die Regelung der Begräbnisfeierlichkeiten (s. oben S. 14), der a^o finium regundorum³⁸, des Vereinswesens³⁹ und die Bestimmung der längsten Schwangerschaftsdauer⁴⁰; ferner vielleicht der Aufschub des Eigentumserwerbs an gekauften Sachen bis zur Zahlung des Kaufschillings⁴¹, die Anordnung über die Vindiciae secundum libertatem⁴² und das Verbot „privilegia ne irroganto“⁴³.

Einfluss
der griechi-
schen
Philoso-
phie.

Für die spätere Zeit hat man zu unterscheiden zwischen einer direkten Rezeption fremder Rechtsinstitute durch das Gesetz, das prätorische Edikt und Gewohnheitsrecht, und zwischen der Beeinflussung des juristischen Denkens durch griechische Ideen, welche ihrerseits wieder auf die Ausbildung des Juristenrechtes zurückwirkt. Von letzterer finden wir sehr deutliche Beispiele überall bei Cicero und den Rhetoren; die Schriften namentlich des erstgenannten stehen zu der griechischen Geisteswelt in einem ähnlichen Abhängigkeitsverhältnis, wie vor hundert Jahren die eines großen Teils der deutschen Publizistik zu der englischen und französischen staatswissenschaftlichen Literatur gestanden haben. Als ein Beispiel für viele mag es dienen, wenn er (de leg. 2, 9, 22) ohne Nennung einer Vorlage den Gesetzesvorschlag aufstellt: Sacrum sacrove commendatum qui clepserit parricida esto, welcher, wie Wilamowitz richtig erkannt hat⁴⁴, an die platonische Bestrafung der Hierosylia mit dem Tode anknüpft. Ebenso ist die zu Ciceros Zeit von den Juristen ventilirte Streitfrage, ob der Partus ancillae zu den Früchten gehört, aller Wahrscheinlichkeit nach durch philosophische Anschauungen veranlaßt worden⁴⁵ und

zu verbinden mit τίω (Curtius, Griech. Etym. 472, 488). Vgl. Mommsen, Strafr. 13 n. 2.

³⁸ D. 10, 1, 13.

³⁹ D. 47, 22, 4.

⁴⁰ Die Gesetzesbestimmung bei Gellius 3, 16, 12 findet ihr Vorbild in der pythagoräischen Lehre, Censorin. de die nat. 9, 3; 11, 2. — Die für die Zwölf-tafeln nicht bezeugte kürzeste Schwangerschaftsdauer schon bei Homer, Od. 19, 115.

⁴¹ Hofmann, Beiträge 42 f.

⁴² Die Annahme dieses schon von Hofmann vermuteten Zusammenhangs wird unterstützt dadurch, daß überhaupt die Besitzregulierung während des Prozesses dem griechischen Muster folgt; vgl. meine Ausf. Ztsch. d. Sav. St. 297 f.

⁴³ Dazu vgl. das attische Gesetz bei Demosth. c. Aristocr. p. 649: μηδὲ νόμον ἐπ' ἀνδρὶ ἐξείναι θεῖναι, εἰὰν μὴ τὸν αὐτὸν ἐπὶ πάσῃν Ἀθηναίῳ.

⁴⁴ Mitgeteilt bei Mommsen, R. Forsch. 2, 447.

⁴⁵ Cic. de fin. 1, 4, 12. Vgl. Ferrini, Storia della fonti 28; Sokolowski, Philosophie im Priv.R. 446.

noch viel später ist in der Frage, ob die Sklavenkinder und Tierjungen von der Furtivität ihrer Mutter ergriffen werden, wahrscheinlich stoische Lehre im Spiel gewesen⁴⁶, wie denn die Tatsache, daß die Juristen der ausgehenden Republik und der beginnenden Kaiserzeit ihre Theorien vielfach mehr nach doktrinär-philosophischen Lehren als nach rechtspolitischen Erwägungen geformt haben, heute längst allgemein anerkannt ist⁴⁷.

Aber auch die direkte Rezeption griechischer Rechtsinstitute dürfte nicht unbeträchtlich gewesen sein.

Allerdings steht hier die Forschung vor einem sehr schwierigen Punkt; denn die Rezeption ist in sehr vielen Fällen nicht streng beweisbar.

Eine an Sicherheit angrenzende Wahrscheinlichkeit hat sie eigentlich nur dort, wo, wie es in der Kaiserzeit häufig geschieht, gewisse, dem römischen Recht bis dahin sicher fremde, wohl aber im Gebiet des Hellenismus sich vorfindende Institutionen durch positive, insbesondere kaiserliche Verordnung eingeführt werden; denn dann ist die Zurückführung auf eine national-römische Entwicklung von selbst ausgeschlossen.

Die hierher gehörigen Erscheinungen gehören zumeist dem Gebiet nicht des Privatrechts, sondern der Staatsverwaltung an; hier stimmen verschiedene der kaiserzeitlichen Verwaltung angehörige Institutionen, wie gewisse Elemente im Steuerwesen⁴⁸, in den Ordnungen des Fiskus⁴⁹, ein großer Teil der Verwaltungs-

⁴⁶ Dazu Sokolowski, Philosophie im Privatrecht 473 f. — Vgl. (in anderer Beziehung) auch Brassloff, Z. d. Sav. St. 22, 194 A. 1.

⁴⁷ Eine Zusammenstellung der einzelnen republikanischen Juristen, deren hellenistisch-philosophische Neigungen bezeugt sind, gibt Voigt, Jus Nat. 1, 253 f.

⁴⁸ Mehrfache Beziehungen im einzelnen ergeben die Handbücher des römischen Steuerwesens und jetzt bes. Wilcken's Ostraka Bd. I an zahlreichen Stellen. Über den Zusammenhang insb. der centesima rerum venalium mit dem $\tau\epsilon\lambda\omicron\varsigma\ \delta\omicron\nu\tau\acute{\iota}\varsigma$ der Ptolemäer u. a. vgl. Reichsrecht 9 n. 2; dazu vgl. noch die griechischen Steuern für Sklavenverkauf z. B. in Teos, Mitth. des ath. Inst. 16 (1891) 293 n. 11—19. Zweifelhafter ist die Herleitung der vicesima hereditarium aus provinziellen Einrichtungen; dafür u. a. Lumbroso, Recherches 307 ff.; zweifelnd Hirschfeld, Verw.Gesch.² 96. — Die Anklänge der römischen Steuerpacht an die hellenistische sind längst bemerkt worden; Rostowzew, Gesch. der Staatspacht (1902) 41 f. und Lit. das. Anm. 75. Vgl. auch die von Grenfell-Hunt mit Recht betonte Übereinstimmung des römischen Steuerregulativs in P. Oxy. 1, 36 mit den ptolemäischen Revenue laws.

⁴⁹ Das fiskalische Pfand- und Beschlagnsrecht findet sein Muster vermutlich schon in der ptolemäischen $\pi\rho\alpha\acute{\iota}\varsigma\ \delta\acute{\iota}\varsigma\ \pi\rho\delta\varsigma\ \beta\alpha\sigma\iota\lambda\iota\kappa\acute{\alpha}$ (Pap. Petr. 1 n. 16, 2, lin. 14); Binding, Handbuch I. 6: Mitteis, Röm. Privatrecht I.

hierarchie⁵⁰, die Volkszählung und Reichsvermessung, die Prägung mit dem Regentenbildnis, der Eid auf den Genius Principis, die Geburtsfeier für den Kaiser, das Diadem⁵¹, das den Diadochen entlehnte Aurum coronarium⁵², das Hofzeremoniell und zahlreiche andere Dinge so auffallend mit hellenistischen, insbesondere ptolemäischen Ordnungen überein, daß von historisch-philologischer Seite die Entlehnung meist als selbstverständliche Tatsache betrachtet wird.

Auf dem Gebiet des Privatrechts ist gleiche Evidenz selten; es gehört hierher aus der Kaiserzeit die Rezeption des rhodischen Havereigesetzes durch Antoninus, bei der auf das griechische Vorbild sogar ausdrücklich hingewiesen wird, ferner die teilweise Nachbildung drakonischer Gesetze in der *lex Julia de adulteriis*⁵³; und allenfalls kann man auch bei der Einführung des Asylrechts für mißhandelte Sklaven durch Antoninus bemerken, daß sie im römischen Recht sicher keine Wurzel hat, wohl aber anerkannte Vorbilder im Osten⁵⁴.

Viel zweifelhafter sind diejenigen Fälle, welche der Zeit des Freistaats angehören müßten; hier ist es bei unserer relativ geringen Kenntnis der Einzelheiten zumeist nicht ausgeschlossen, statt an Rezeption auch an irgend eine autochthone Entwicklung zu denken, und darum wird eine vorsichtige Forschung irgendwelche

näheres später. Der Satz, daß der Kauf vom Fiskus unentziehbares Eigentum gibt, klingt an im Dekret Euergetes II v. J. 118 v. Chr., Pap. Tebt. 1 n. 5 lin. 99 f.: *προσεταιχάσαι δὲ καὶ τοὺς ἡγορακώτας ἐκ τοῦ βα[σιλικῶν] οἰκ[ία]ς ἢ ἀμπελώνας ἢ παραδείσους ἢ ἄλλα σταθὰ (?) ἢ πλοῖα ἢ ἄλλο τι καθ' ὀντινοῦν τρόπον, μ[έν]ειν κυρίως καὶ τὰς ο[ί]κίας μὴ ἐπισταθμεύεσθαι.* Allerdings ist der Ausdruck unbestimmt gefaßt; doch ist der Grundsatz dem griechischen Recht auch sonst bekannt. Beauchet, *Droit priv. Athén.* 3, 31 f.

⁵⁰ Man vgl. das Verzeichnis der bezüglichen Lehnwörter bei Weise 312; ferner Hirschfeld, *Verw.Gesch.* 2 469 A. 1, sowie Kornemann, *Ägyptische Einflüsse im Römischen Kaiserreich* in den *N. Jahrb. f. d. klass. Altert.* 1899 S. 118 f.

⁵¹ Vgl. über letztere Punkte Breccia in Belochs *Studi di storia ant.* 4, 76, 80, 82, 88.

⁵² Belege für das alexandrinische und seleukidische Reich bei Lumbroso, *Réch. sur l'écon. pol. de l'Égypte* 315, für das ptolemäische bei Wilcken, *Ostr.* 1, 295 f., Breccia a. O. 4, 72 f. In Rom ist es im Jahr 63 v. Chr. nachweisbar, Kubitschek in *Pauly-Wissowa* 1, 2552.

⁵³ Von den Römern selbst bezeugt; *Ulp. D.* 48, 5, 24 pr.

⁵⁴ Vgl. Pernice, *Z. Sav.St.* 17, 178; das griechische Parallelinstitut ist das *πρᾶσιν αἰτεῖν* (Meier-Schömann-Lipsius² 625). — Andere Analogien im Sklavenrecht bei Hitzig, *Z. Sav.St.* 18, 169 f.

bestimmte Behauptung für jeden einzelnen Fall vermeiden. Freilich wäre es unrichtig, deshalb die immerhin beträchtliche Zahl der Fälle übersehen zu wollen, wo schon für die republikanische Zeit die Rezeptionsmöglichkeit gegeben ist; dennoch ist in jedem einzelnen Fall große Vorsicht geboten. Die größte Wahrscheinlichkeit hat für mich, daß der römische Besitzeschutz und die „Vis ex conventu“ beim dinglichen Prozeß dem griechischen Recht entlehnt sind; im allgemeinen aber muß man sich mit der Erkenntnis begnügen, daß gewiß Vieles entlehnt ist, das Einzelne aber nicht festgestellt werden kann⁵⁵.

Nur mit dem im Text gemachten Vorbehalt, daß für keinen der möglichen Rezeptionsfälle eine bestimmte Behauptung aufgestellt wird, soll im nachfolgenden ein Überblick über die Frage der direkten Rezeption, soweit sie nicht schon im Text erörtert ist, gegeben werden. Auf Vollständigkeit kann diese Übersicht schon deshalb keinen Anspruch erheben, weil ganz unsichere Vermutungen, die in großer Zahl aufgestellt worden sind, absichtlich weggelassen werden. Im allgemeinen wird man geneigt sein, das Gebiet der Rezeption auf das Vermögensrecht einzuschränken; das Familienrecht pflegt überall den nationalen Typus rein zu bewahren, und darum sind hier kaum jemals noch ausländische Einflüsse auf das römische Recht angenommen worden. Höchstens wird bemerkt, daß die augusteische Duldung des Konkubinats sich an das Muster des griechischen Paelikats anlehnen könnte (P. Meyer, Konkubinats 31 A. 60), wie auch der Name Paelex anerkanntermaßen aus dem Orient nach Rom gekommen ist; auch ist an die Nachbildung attischer Gesetze in der lex Julia de adulteriis zu erinnern (s. oben S. 18 zu § 59). Daß die beim Zensus zu sprechende Formel „uxorem se habere liberorum quaerendorum causa“ an das attische „γυναίκα ἔχειν ἐν ἀρότῳ παίδων ἴσῳτων“ anklängt, ist, wenn nicht überhaupt bloßer Zufall, doch auf alle Fälle eine ziemlich untergeordnete Tatsache. — Beachtlicheres findet sich im Vermögensrecht.

a) Sachenrecht. Die deductio quae moribus fit hat eine auffallende Analogie in der griechischen ἐξαργωγή (Hofmann, Beiträge 118 f. und Mitteis, Z. Sav.St. 23, 297); ebenso ist aber auch der Besitzschutz als Praeparatorium des dinglichen Prozesses den Griechen früh bekannt (Gortyn I, 1—13; Polyb. 12, 16), und da das letztere Zeugnis sich auf die in Süditalien gelegene Stadt Lokri Epizephyrii bezieht, ist ein Zusammenhang des römischen mit dem griechischen Institut sehr wohl möglich. Ob es etwa auch hierher zu stellen ist, daß der *aº* ad exhibendum im griechischen Recht die *δίτην εἰς ἐμφανῶν κἀράστασιν* entspricht, wage ich nicht zu sagen; doch wird ein Zusammenhang häufig angenommen; jedenfalls aber ist die Übereinstimmung zweier so charakteristischer Institute wie deductio moribus und Besitzschutz in beiden Rechtskreisen eine sehr auffallende Tatsache. — Nur in beträchtlichem Abstand davon ist es zu erwähnen, daß die Verpfändung der Ernte des Pächters für den Pachtzins, welche bei den italischen Pächtern ziemlich häufig geworden ist (Afric. D. 47, 2, 62, 8), schon in den Pachtverträgen von Heraklea sich findet (Kaibel, J.Gr. Sic. et It. n.º 645 tab. 1 l. 112): τὰ ἐν τῇ γῆ πεφυτευμένα

καὶ ψυχοδομημένα πάντα τὰς πόλιν ἔσσονται; ebenso in den graekoägyptischen Pachtkontrakten (Wasz ynski, Die Bodenpacht 1 [1905], 144 f.). Wertlos ist der Hinweis darauf, daß für den römischen Ususfructus sich bei Cicero der Terminus *χρησις* findet (Voigt, Sitz.Ber. d. sächs. Ges. d. Wiss. 1874, 201), und ebenso wird für die Geschichte des Pfandrechts auf die bloßen Termini „Hypotheca, Antichresis u. a.“ um so weniger Gewicht gelegt werden dürfen, als sie nachweislich erst spät verwendet werden (vgl. Pernice, Lab. 3, 144 A. 2; Manigk, Z. Gesch. d. röm. Hypothek 60 f., 132 f.). Auch daß der römischen *Fiducia* eine griechische *ὠνή ἐν πίστει* entspricht (vgl. Pap. Heidelb. No. 1278 a^o 111 a. Chr.; dazu Gradenwitz, Philol. 63, 577 und Gerhard ebenda 575 mit Anführung von Parallelstellen), wird man, so lange nicht mehr vorliegt, nicht für beachtlich ansehen müssen. Nicht minder skeptisch mag man vorläufig gegen die griechischen Einflüsse auf die Prädikatur sich verhalten (trotz Schloßmann, Z. Sav.St. 26, 312). Nachweislichere Einwirkung dagegen hat das Sachenrecht auf dem Weg der indirekten Rezeption erfahren, s. oben S. 16.

b) Im Obligationenrecht ist für die Hypothese direkten Einflusses an folgenden Punkten Anhalt gegeben. Das ädilische Edikt über den Sklavenverkauf hat vielleicht sein Vorbild im attischen Recht (Hitzig a. O. 186 ff.); allenfalls kann auch der Zwölftafelsatz in J. 2, 1, 41 (oben A. 41) auf griechisches Vorbild zurückgehen. Dagegen ist für das *Periculum* beim Kauf nicht einmal das Vorhandensein eines entsprechenden Rechtssatzes bei den Griechen mit Sicherheit nachweisbar (trotz Hofmann, Beiträge 49—62). Eher wieder wird ein Einfluß auf die römische Geschäftssitte von seiten des sehr entwickelten griechischen Bank- und Geschäftsverkehrs (vgl. meine Trapezitika, Z. Sav.St. 19, 198 f.) anzunehmen sein; auch sind die römischen Pächtergesellschaften mit ihren *Mancipes* ähnlich organisiert wie die hellenistischen mit den *ἀρχῶναι* (oben A. 48), und die Versteigerungsklausel bei Cato de agric. 144, 13 (ne quis concedat quo olea legunda et faciunda carius locetur sqq.) erinnert merkwürdig an die bei Wilcken, Ostraka 1, 537 geschilderten Vorgänge. Ferner hat man in den römischen Quittungsformeln (Erman, Z. Sav.St. 20, 208) und in der *Politio* (Pernice, Lab. 2, 1. Aufl., 282) griechische Anklänge erblicken wollen, und wohl zweifellos ist die Nachahmung beim *fenus nauticum*. Aber über den allgemeinen und im Grunde genommen selbstverständlichen Satz, daß im *Jus gentium* viel internationaler Einfluß liegt, den man jedoch im einzelnen oft nicht nachweisen kann, ist derzeit an den meisten Punkten nicht hinauszukommen.

c) Erheblicher sind die direkten Übereinstimmungen wieder im Erbrecht; für die *Bonorum possessio* hat bekanntlich Leist eine merkwürdige Parallele im griechischen *λήξιν λαχάνειν* nachgewiesen; auch ist die Korrespondenz des centumviralen *Color insaniae* mit dem attischen Gesetz bei Demosth. c. Stephan. II p. 1133 recht auffallend (ablehnend jedoch Hitzig, Z. Sav.St. 18, 180). Auch die gegen Ende des Freistaats unvermittelt auftretende *Adoptio testamentaria* (die Beispiele bei Bachofen, Ausgew. Lehren 228—274) ist leichter mit der griechischen *εἰσπολισις* als mit römischen Vorstellungen in Einklang zu bringen (ganz anders allerdings Perozzi, *Instituzioni* 1, 289 n. 1). Natürlich muß man auch hier jeden einzelnen Punkt als unbewiesen bezeichnen; aber der dreimalige Anklang darf nicht übersehen werden.

d) Für das Vereinswesen vgl. etwa den νόμος ἐρανιστῶν C.J.Gr. 126 (εἰ δὲ τις μάχας ἢ θορόβους κενῶν φαίνοιτο, ἐξβάλλεσθαι τοῦ ἐράνου) mit der lex Collegii Lanuvini (Bruns, Fo.⁸ p. 345): si quis in obprobrium alterius dixerit aut tu[m]ultuatus fuerit, ei multa esto H.S. XX n.

e) In Bezug auf das Prozeßrecht ist (vgl. meine Ausff. C.P.R. 1, 270 f. und Hermes 30, 573—576; 32, 644—649, zustimmend Girard, Organ. judic. 1, 331; Wenger, Arch. f. Pap.Forsch. 2, 509) das provinziale System des dicam scribere fast unzweifelhaft der Einleitung des hellenistischen Prozesses entnommen; aber auch für die im 2. Jhd. v. Chr. vollzogene Einrichtung des Centumvirialgerichts läßt sich vielleicht an griechisches Muster denken (Wlassak in Pauly-Wissowa Art. Centumviri 3 p. 1951). Ob auch die Kognitur hierher gehört (so Wlassak, Z. Gesch. der Neg. Gest. 51, 55, dem Voigt, R.G. 1, 295 folgt)? Daß die Cessio bonorum der Julischen Gerichtsordnung mit dem ἀξίωσθαι τῆς οὐσίας des griechischen Rechts zusammenhängt, ist schon von Heroldus angenommen worden (Lit. bei Wlassak bei Pauly-Wissowa 3, 1996) und gehört wohl zu den wahrscheinlichsten Punkten der ganzen Materie. Sehr zweifelhaft ist die Herkunft der fünfjährigen Präklusivfrist gewisser Klagen. Die Fünzfzahl ist auch sonst den Römern geläufig, und insbes. für die fünfjährige Präklusion der Statusklagen bietet das alte Lustrum einen anderweitigen Anhalt. Auch kommt eine quinquennale Präklusion schon in der l. Acilia rep. l. 66 vor, so daß es sehr unsicher ist, sie an die sowohl für das klassische Hellas als jetzt auch für das ägyptische Provinzialedikt (meine Bem. Z. Sav.St. 27, 350 f.) erwiesene Quinquennialpräklusion anschließen zu wollen.

Auch im Strafrecht hat man Beziehungen gefunden; abgesehen auch hier wieder vom Vorkommen von Lehnwörtern wie carcer, lautumiae, das für die spätere Zeit wenig besagt, hat man z. B. das plagium (der Terminus scheint selbst Lehnwort, Mommsen, Strafr. 780), an den ἀνδραποδισμός, die Injuria an die δίκη ατίκας (Hitzig, Injuria [1899] 60 f.; Kübler, Z. Sav.St. 25, 445) angeknüpft. Hier ist jedoch alles sehr unsicher.

An neuester Literatur vgl. zu der Frage bes. Hitzig, Z. Sav.St. 18, 146—196 (passim); J. Pfaff, Prager jur. Vjschr. 1906 p. 129 f.

Erstes Kapitel.

Das objektive Recht.

§ 1. Jus und Fas.

Wie bei allen Völkern, so tritt auch bei den Römern in den Anfängen der Rechtsbildung ein inniger Zusammenhang zwischen Recht und Religion deutlich hervor.

Es darf dieser Zusammenhang nicht dahin gedacht werden, daß die Religion als eine ältere und beherrschende Macht im Volksleben dem Recht von außen ihr Siegel aufgeprägt hätte. Hier ist keines das frühere oder spätere, sondern beide entwickeln sich gleichmäÙsig und gleichzeitig aus dem Gedanken von einer Ordnung, die als notwendig empfunden wird. Es mag sein, daß die älteste Naturreligion und der Fetischismus den Anfängen des Staats- und Rechtslebens vorausgeht; aber in der hier allein in Betracht kommenden Beziehung, als, man gestatte den Ausdruck, soziale Religion ist der religiöse Gedanke nur in enger Verbindung mit dem geordneten äußeren Werden der Gesellschaft und auf Grundlage dieses Werdens vorzustellen. Die transzendente Idee von der ewigen Ordnung der Dinge ist nur die tiefe Empfindung des Gedankens, daß eine zeitliche da ist und da sein soll und kann darum ohne diese und vor ihr nicht begriffen werden.

Gemein-
same
Herkunft.

Scheidung
der beiden
Kreise.

Äußerlich freilich beginnen sich die beiden Betrachtungsweisen sofort zu scheiden, wie die leichtere und die schwerere Luft. Die Vorstellung des Vorhandenseins einer ewigen Ordnung tritt in Verbindung mit den Göttergestalten, welche die Naturreligion erzeugt hat, und damit in den Bereich des Mystizismus und seiner irdischen Vertreter, der Priesterschaft. Die weltliche Ordnung bleibt auf dem realen Boden haften und unter der Obhut der staatlichen Gewalt. So entsteht, gepflegt und verschärft durch die Verschiedenheit seiner Organe, der äußere Gegensatz von Fas und Jus, von göttlicher und menschlicher Weltordnung. Aber ein innerer Widerspruch zwischen diesen Potenzen, wie er vielfach im christlichen Mittelalter sich gebildet hat, hat im Altertum, wo die Religion durchaus Staatsreligion bleibt und die Priesterschaft nur ein Organ des Staats darstellt, nicht entstehen können.

Nur insofern fallen Fas und Jus nicht zusammen, als die äußere Sanktion der Rechtsordnung und die Herstellung weltlichen Rechtsschutzes im Altertum wie zum Teil noch heute hinter dem Wunsch nach beiden vielfach zurückbleibt. So ist es insbesondere auf dem Gebiet des internationalen Verkehrs. Die äußere Garantie dessen, was die steigende Zivilisation hier als notwendig fühlt, ist von jeher eine mangelhafte oder gänzlich fehlende gewesen; für dieses Gebiet hat daher bloß das Fas, nicht auch das Jus seine Vorschriften aufgestellt.

So kommt es, daß das internationale Kriegs- und Friedensrecht recht eigentlich unter dem ausschließlichen Schutz der Religion steht, und ebenso das Fremden- und das Gastrecht¹; und darum trifft auch überall, wo die weltlichen Gesetze fehlen, die Appellation an die Götter, das ist der Eid und Fluch, in seine Kraft^{2 3}.

¹ Der Belege für das öffentliche Recht (Paradigma das Foedus bei Liv. I, 24) bedarf es nicht. Für das private Gastrecht ist die früher wohl in Abrede gestellte (Mommsen, R.Forsch. I, 336) sacrale Begründung jetzt erwiesen durch eine 1895 in Trasacco gefundene Bronze (Barnabei, Notizie degli Scavi 1895 p. 85; Cagnat, Année épigr. 1895 n. 151), eine private tessera hospitalis mit dem Widderkopf und der Aufschrift: T. Manlius T. F. Hospes, T. Staiodius N. F., woraus sich auch die richtige Deutung der Wiener Bronze C.J.L. I 42 (Atilius Saranus C[ai] M[arci] F[ilius] — Widderkopf) ergibt. Der Widder deutet in beiden Fällen auf die sakrale Bekräftigung des Gastvertrags. *Ihm*, Rhein. Mus. 51, 473 f. — Dabei ist die sakrale Ordnung des internationalen Verkehrs offenbar zum Teil voritalischer Herkunft; die Symbole der Kriegserklärung (herba pura und hasta fetialis) stimmen mit der chrene chrua und dem Waffenruf der Germanen überein (Mommsen, R.G. I, 155).

² Es ist bekannt, daß das römische Privatleben den promissorischen Eid nur dort zu verwenden pflegt, wo es am Rechtszwang fehlt; vgl. Mommsen, Forsch. I, 337, sowie St.R. 1³, 235², 247⁴, 249; die ganz undeutliche und vielleicht auf den Zeugen- oder Richtereid (vgl. Gortyn I, 10 ff. und oft) zu beziehende Bemerkung des Cicero de off. 3, 31, 111: „nullum enim vinculum ad adstringendam fidem iureiurando maiores artius esse voluerunt; id indicant leges in XII tabulis,“ beweist natürlich nicht das Gegenteil (irrig Senn, leg. imperf. 63), ebensowenig die theatralischen Eide bei Plautus. Vgl. Gai. 3, 96. In den Rechtsquellen kommt der promissorische Eid beinahe nie vor, und das bestätigen die Papyri der römischen Zeit, wo er bei obligatorischen Verträgen fast gänzlich fehlt (Wenger, Ztschr. d. Sav. St. 23, 230–2). Dagegen stellt er sich sofort ein bei an sich rechtsunverbindlichen Versprechen: iurata promissio operarum, Eidesauflage der Ehelosigkeit bei Freilassung (Bertolini, il giuramento 1886 p. 58 f.), condicio iurisiurandi, vgl. auch die eidliche Bestärkung des Auctoramentum (Mommsen, Festg. für Beseler 263) u. a. (Dabei ist mit der iurata promissio operarum natürlich der erste, vor dem Freilassungsakt geleistete Eid gemeint, nicht der ihm folgende zweite, von dem D. 40, 12, 44 berichtet; denn in diesem Stadium wäre schon ein gültiges Versprechen denkbar.)

³ Auch in den klassischen Rechtsquellen kommt die Berufung auf das

im Straf-
recht.

Wenn im innerstaatlichen Recht, wie gesagt worden ist, zwischen Fas und Jus ein Widerspruch in Rom sich nicht findet, so kann doch die Frage aufgeworfen werden, ob nicht auf die Ausgestaltung des weltlichen Rechts religiöse Vorstellungen eingewirkt haben. Diese Einwirkung, über deren Maß sich klar zu werden eine methodische Notwendigkeit ist⁴, muß jedoch im ganzen als eine geringe bezeichnet werden. Am bedeutendsten erscheint sie noch auf dem Gebiet des Strafrechts; das uralte Institut der Sazertät, welches doch wohl dem Begriff der Friedlosigkeit entspricht, läßt die Gottheit auf diesem Gebiet erscheinen als eine unmittelbar in das irdische Leben eingreifende Macht, welche, wenn ihr nicht der Frevler zur Sühne ausgeliefert wird, die Gemeinde selbst zur Verantwortung zieht. In historischer Zeit jedoch ist jede Strafe auf den festen Boden des staatlichen Rechts gestellt dadurch, daß ihre Voraussetzungen durch das Gesetz genau festgelegt sind und daß, soweit es sich nicht um Vergehen handelt, die ihrer Natur nach bloß das religiöse Gebiet berühren, sie vollzogen wird durch

Fas dort vor, wo die weltlichen Gesetze versagen. So sagt Ulpian von der Eheschenkung, die bei Nichtigkeit der Ehe giltig sein soll und auch durch ein Reskript als solche anerkannt wurde, in mißbilligendem Sinne „sed fas non est eas donationes ratas esse“. Es tritt hierin die Berufung auf die höheren ethischen Postulate hervor; in diesem Sinne ist den Klassikern das Fas ungefähr soviel wie den Neuern das Naturrecht. Vgl. Ulp. D. 3, 2, 13, 4 (Ehehindernis der zu nahen Verwandtschaft, von Papin. D. 48, 5, 39, 2 auch auf das Jus gentium zurückgeführt), Gell. N.A. 5, 19, 10 (offenbar nach juristischer Vorlage): „tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est.“ Vgl. noch Paul. D. 18, 1, 34, 2; Philippus C.J. 8, 55, 1, 3 (= Vat. Fr. 272). — Man erinnere sich der kanonischen Unterscheidung zwischen Ehehindernissen des Jus divinum und Jus humanum.

⁴ Mit der Annahme eines religiösen Einschlags in das weltliche Recht ist früher der ärgste Unfug getrieben worden, wovon die Tabelle bei Ihering, Geist⁴ 1, 310 f. einen Denkstein bildet; aber noch in die neueste Zeit reichen die Ausläufer dieser Richtung herein, vgl. Anm. 10. Neuerdings hat Lambert, Droit civ. comparé, introd. 1, 633 f. diese Dinge wieder in ein System gebracht; unter den Äußerungen des religiösen Gedankens erscheinen da Nexum (im Sinn von Huvelin), Manus injectio, Sponsio, lance et licio quaerere u. v. a. Den Zusammenhang der Leges imperfectae und minus quam perfectae mit dem geistlichen Recht, den Huvelin (ann. internat. d. hist. 1902, 2. Sect. p. 31 n. 1) vermutet und Lambert a. O. 648 annimmt, vermag ich nicht abzusehen, wiewohl die der Behauptung zugrunde liegende Idee Huvelins, jene Erscheinung mit der ursprünglichen Minderkraft der Plebiszite zusammenzustellen, nicht schlechthin von der Hand gewiesen werden darf. Aus der Literatur vgl. außer der bekannten Schrift von Danz, Der sakrale Schutz im röm. Rechtsverkehr (Jena 1857) noch Ihering, Geist⁴ 2, 398 f.; Jörs,

die staatliche Gewalt⁵; wenn es einmal eine Epoche gegeben haben mag, wo die Strafe rein religiös gedacht war, so ist das religiöse Element in historischer Zeit doch nur noch Form⁶ und ein

R. R.W. zur Zeit der Republik 15 ff.; Maschke, Profan- und Sakralrecht in Festschrift f. L. Friedländer (1895) 322 ff.; Pernice z. röm. Sakralrecht (Berl. Sitz.Ber. 1885, 1143 ff.; 1886, 1169 ff.); Girard, Org. judic. 1, 28 ff.; 51 ff.; Wissowa, Religion und Kultus der Römer (1902), 325 ff.

⁵ Hierbei ist zu bemerken, daß auch in historischer Zeit bei jedem gegen die Gemeinde begangenen Frevel der Todesstrafe eine *Consecratio capitis et bonorum* vorhergeht; hieraus hat Mommsen, Str.R. 900—902 (bes. 901 A. 4; 902 A. 1, und 552 A. 5, dem Wissowa a. O. 325 folgt), gefolgert, daß bei jeder Kapitalsentzweiung in alter Zeit Sazertät eingetreten sei, womit er den im Text vorausgesetzten ursprünglichen Gedanken der Friedlosigkeit ausschließt, da ihm die Sazertät nur eine Begleiterscheinung des Todesurteils ist. Aber die dafür angeführte Stelle des Festus p. 318 (*homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium; neque fas est eum immolari, sed qui occidit parricidii non damnatur*) vermag das nicht zu beweisen. Allerdings scheint sie die Sazertät an das Urteil anzuschließen; aber die Worte „*neque fas est eum immolari*“ stehen damit wieder im Widerspruch (vgl. Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 150). Der Bericht ist unklar, und vielleicht hat Festus die *Consecratio capitis* des Urteils mit der alten Friedlosigkeit zusammengeworfen; jedenfalls zeigt der zweite Teil seines Berichts, daß die Idee der letzteren in Rom bekannt war. Darum wird wohl mit Recht von anderen (zunächst Ihering, Geist 1^o, 279, ihm folgend Lange, Kl. Schr. 2, 91—125; Brunnenmeister a. O. 149—156; Pernice, Z. Sav.St. 17, 183 ff.; Girard, Org. jud. 1, 29 n. 1) eine solche für die älteste Zeit angenommen; sie wird nach den Berichten vielleicht auf bestimmte Fälle einzuschränken sein (Mißhandlung der Eltern durch die Kinder, Fest. v. *plorare*; Verletzung des Klienten durch den Patron, Dionys. 2, 10; Serv. ad Aen. 6, 609; Verletzung des Grenzsteins, Dionys. 2, 47, vielleicht auch der Stadtmauer; Verkauf der Frau durch den Ehemann, Plut. Rom. 22). Später mag sie in der *Consecratio capitis* des staatlichen Urteils aufgegangen sein. Eine Repristination hat die alte Sazertät darin gefunden, daß die konstituierenden Gesetze der Republik und des Ständekampfs für gewisse politische Delikte sie wieder statuiert haben (Brunnenmeister a. O. 153; Maschke, Z. Theorie u. Gesch. d. röm. Agrargesetze 19 f.). Natürlich vermag diese jüngere Form, weil sie nur eine nachgebildete und wohl auch denaturierte ist, für ihre Zeit einen religiösen Charakter des Strafrechts nicht zu beweisen.

Wenn außerdem Mommsen weiterhin annimmt, daß auch der Vollzug der Todesstrafe als Opferung gedacht worden sei (so auch Huvelin a. O. 66 f. und Zitt., Wenger, Z. Sav.St. 25, 432, unter Hinweis auf das *ξίπει κατὰ βλήθηνα* in B.G.U. 1024), so wird dies von Wissowa a. O. 326 A. 4, wie mir scheint, mit Recht deshalb bestritten, weil die Opfergabe rein sein muß. Insbesondere ist auch die von Mommsen (916 A. 5) ins Treffen geführte Etymologie von *Supplicium* („Beugung zum Opferstreich“) keineswegs unangefochten (Heinze, Arch. f. lat. Lexikographie 15, 89 f.).

⁶ In den äußeren Formen der Strafe sind bekanntlich uralte religiöse Vorstellungen bis in eine sehr späte Zeit stehen geblieben; die *poena culle*

Verhältnis
zum Zivil-
recht?

geistliches Strafrecht, geistliche Strafjudikatur und geistlicher Strafvollzug bei weltlichen Delikten nicht nachweisbar⁷. — Auch im Staatsrecht ist das Sakral- und Auspizienwesen durchaus nur Form, welche die staatlichen Akte begleitet, und hierarchische Organisation den Römern von jeher fremd gewesen. — Für das in der neueren Rechtsliteratur weitaus am eingehendsten behandelte Zivilrecht freilich ist öfter das Eingreifen religiöser Gedanken in die Ausbildung der einzelnen Rechtsnormen angenommen worden. Es kann dabei abgesehen werden von den phantastischen Ausführungen Mancher, welche namentlich in der anscheinenden oder wirklichen Duplizität gewisser dem ältesten Recht angehöriger Rechtsinstitute Parallelbildungen eines religiösen Rechtssystems neben dem weltlichen haben erblicken wollen⁸, was heute für die meisten ein längst überwundener Standpunkt ist. Aber auch heute noch wird ein solches Entwicklungsferment wenigstens in einzelnen Materien nicht selten als vorhanden angenommen.

Ver-
mögens-
recht unter
Lebenden.

Es gilt jedoch auch hier grofse Zurückhaltung zu üben. Je verlockender es für eine spekulativ angelegte Geschichtsschreibung sein mag, das gegebene an höhere Ideen anzuknüpfen, desto näher liegt die Gefahr einer Willkür, welche die Erkenntnis der richtigen Hergänge verdeckt. Insbesondere das römische Vermögensrecht unter Lebenden hat, wie sich leicht erkennen läfst, schon in seinen ältesten Grundzügen einen durchaus weltlich-bürgerlichen Charakter; wo immer hier von heutigen Rechtshistorikern sakrale Einflüsse angenommen werden, ist dies allemal bodenlose Vermutung⁹. Es läfst sich zuversichtlich behaupten, dafs von einer Einwirkung des Fas im gesamten *Commercium inter vivos* kaum eine einzige ernst zu nehmende Spur vorhanden ist, und es ist nicht der geringste unter den zahlreichen methodischen Mißgriffen der modernen Romanistik, dafs immer

des Vatermörders ist nie ganz verschwunden. Vgl. Pernice, Z. Sav. St. 17, 210 n. 2. Inwiefern dies auf ehemalige Friedlosigkeit des Vatermörders zurückdeutet, muß dahingestellt bleiben (vgl. die vor. Anm.). Auch die *Consecratio capitis et honorum* (vgl. die vor. Anm.) enthält einen sehr deutlichen Überrest des religiösen Elements.

⁷ Mommsen, Strafr. 36 f. — Die Königszeit bleibt hier, da der König auch Oberpriester ist, von selbst außer Betracht; seit Begründung des Freistaats fällt dem Pontifex ein Strafurteil nur noch bei sakralen Delikten zu, und eine Vollstreckungsgewalt hat er dabei (abgesehen von den seiner Disziplinargewalt unterstellten Vestalinnen und Priestern) nicht.

⁸ Vgl. Ihering, Geist⁴ 1, 310.

⁹ Vgl. oben S. 24 A. 4.

wieder die Geschichte einzelner Institute auf diesem selbstgezimmernten Fundament aufgebaut wird^{10 11}. — Im Bereich des Familien-

¹⁰ So hat man die Regel, daß eine Wasserleitungsgerechtigkeit nur ex fonte oder capite bestellt werden kann, mit der religiösen Verehrung der Quellen zusammengestellt (Karlowa R.G. 2, 502; Perozzi Riv. It. 14 [1892], 257; Weber, Z. Sav. St. 14, 292), als ob sie sich nicht einfach daraus erklärte, daß eine vom Unterlauf entlehnte Wasserleitung durch Ableitung der Quelle illusorisch werden könnte. Fast ein Dogma ferner ist die sakrale Herkunft der römischen Sponsio aus dem Eid geworden, während doch der Eid im römischen Privatverkehr sonst immer nur dort erscheint (A. 2), wo der Rechtschutz wegfällt, und von sakraler Verfolgung des Versprechensbruchs bei der Sponsio im gesamten Quellenbereiche nicht die Rede ist. Die Begründung dieser Lehre ist denn auch meist sehr dürftig und ausschließlich auf die Etymologie des Wortes Sponsio abgestellt; die einzige Untersuchung, welche dieselbe auf juristische und nicht bloß phantastische Deduktionen zu stützen sucht, ist die von Pernice, Berl. Sitz.-Ber. 1886, 1190 f., und gerade das dort Gesagte ist nachweislich falsch. Denn wenn die Gültigkeit einer Verbürgung für die ohne Vollwort des Tutors geschehene Zusage eines Unmündigen oder einer Frau (Gai. 3, 119) zurückgeführt wird darauf, daß vom sakralen Standpunkt hier die Hauptschuld giltig ist, so ist erstens zu beachten, daß Gaius nicht sagt si mulier aut pupillus sponderit, sondern promiserit (freilich ist für Pernice beides gleichwertig, womit aber jede Berufung auf die Etymologie von spondeo entfällt) und vor allem, daß Gaius diese Gültigkeit auch annimmt, wenn quilibet post mortem suam dari promiserit — ist man sakral verpflichtet nach dem Tod zu zahlen? Und umgekehrt: Durch die Promission eines Sklaven wird keine Novation begründet (Gai. 3, 176), während doch Pernice lehrt, daß auch der Sklave sakral verpflichtet wird (a. O. 1175). Die richtige Erklärung dieser Rechtssätze s. unt. § 14. Ebenso ist sakraler Charakter der Hausdurchsuchung wegen Diebstahls nicht nachweisbar. (Näheres bei Pernice, Z. Sav. St. 17, 180 f.) — Durchaus willkürlich sind auch die Parallelen, die Ihering, Geist 2⁴, 400 ff. angibt; sie zeigen nur, daß gewisse Denkformen sowohl im geistlichen wie im weltlichen Recht der älteren Zeit wiederkehren, was sich aus der damaligen Denkweise von selbst ergibt. Allerdings läßt sich geltend machen, daß die alten Juristen eben Pontifices waren; aber es bleibt immer fraglich, ob ihre rechtsbildende Tätigkeit durch ihre sakralen Vorstellungen in dem Maß bedingt war, als man behauptet. Soll z. B. wirklich der Satz, daß kein Rechtsgeschäft oder Prozeß zwei verschiedene Rechtsverhältnisse umfassen kann, damit zusammenhängen, daß kein Tempel verschiedene Götter aufnehmen darf (Ihering 401)? Oder der augusteische Begriff der Kaduzität mit der Kaduzität der Auspizien zusammenhängen (a. O. 403)? Vereinzelte Termini und Begriffe mögen wohl aus dem Sakralrecht übernommen sein (vgl. Demelius, Die Rechtsfiktion (1858) passim; Schlossmann, Litiscontestatio 45 u. a.); aber eine gestaltende Beeinflussung ist nicht zu erweisen. — Endlich hat man sogar die Noxae Datio für einen Sakralakt erklärt (Pernice, Lab. 1, 171; zurückgenommen Berl. Sitz.-Ber. 1885, 1159 n. 2). Was über Nexum und Manus injectio in dieser Richtung gesagt wird (Anm. 4), bedarf keiner Widerlegung.

¹¹ Die einzige wenigstens äußerlich ziemlich ansprechende Beziehung auf

Familien-
und Erb-
recht.

und Erbrechts ist allerdings der Zusammenhang mit religiösen Ideen nicht zu leugnen; auf ihn weist schon die Tatsache hin, daß die Kalatkomitien, in welchen einige der wichtigsten hierhergehörigen Rechtsgeschäfte vorzunehmen waren, unter der Leitung des Pontifikalkollegiums stattfinden. Aber auch hier ist sehr vor Mißgriffen zu warnen, insbesondere davor, daß man Erscheinungen, welche nur zwei verschiedene Seiten eines und desselben Entwicklungsprozesses sind, in ein zeitliches Sukzessionsverhältnis bringt. So heißt es die geschichtliche Entwicklung verkennen, wenn immer wieder die Idee des Erbrechts und der Universalsukzession auf den Gedanken zurückgeführt wird, daß der Erbe die *Sacra familiaria* zu prästieren und darum als Nachfolger für das gesamte Vermögen zu gelten habe, oder wenn man die Universalsukzession gar direkt mit dem Seelenglauben in Zusammenhang bringt. In Wahrheit sind Sakralpflicht wie Seelenglaube nicht älter als der Familiennexus und darum mit der Intestaterfolge der Kinder gleichzeitig, nicht vorher und als ihr Grund entstanden; und daß diese Erbfolge auch eine solche in die Schulden ist, hängt mehr mit der Einheitlichkeit der Familie zusammen, von der die Sakralpflicht nur ein Ausdruck ist¹². Als mit dem Aufkommen der Testamente der Zusammenschluß von Erbfolge und Sakralpflicht getrennt wurde, konnten sie denn auch ihre eigenen Wege gehen, bis die pontifikale „Rechtshandhabung oder vielmehr Rechtsbeugung“ den Satz aufstellte — der aber von jenem angeblichen Zusammenhang das gerade Gegenteil ist — daß die Sakralpflicht der Erbschaft folgt¹³. Wenn irgendwo die Einwirkung religiöser Ideen das maßgebende gewesen ist,

das Fas hängt wieder mit strafrechtlichen Gesichtspunkten zusammen, nämlich die Hypothese von Ferrini (*sui frammenti giuridici del palimpsesto di Autun p. 9*), wonach die im Gaius von Autun 4, 81 f. jetzt sich findende Auslieferung des Leichnams einer mit Deliktsschuld belasteten *Persona alieni juris* ursprünglich den Zweck verfolgt hat, dieser das Begräbnis zu entziehen. Es ist klar, daß hier das alte Recht der Privatrache oder richtiger -Strafe nachklingen würde, wenn die Vermutung überhaupt das Richtige trifft. Aber ob dies der Fall ist, bleibt wieder äußerst fraglich; es gibt eine noch viel einfachere und praktischere Erklärung, welche von Mommsen vorgeschlagen worden ist (unten in der Lehre von der Noxalhaftung).

¹² Näheres unten S. 96.

¹³ Cic. de leg. 2, 19, 48: *haec posthac iura pontificum auctoritate consecuta sunt ut, ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent adjuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit*; 2, 21, 52: *sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt*; cf. 2, 20, 50.

so ist das höchstens bei der Adoption der Fall, die allerdings als künstlicher Ersatz der leiblichen Nachkommenschaft den Zweck gehabt haben wird, für die Totenopfer des Erblassers zu sorgen. Sonst ist auch im Familienrecht vom Einfluß des Fas wenig zu spüren; zwar finden wir rituelle Formen bei der Eingehung und Lösung der Konfarreationsehe, aber das sind eben nur Formen und die Voraussetzungen der Eheschließung durch das bürgerliche Recht fest abgegrenzt. Daß die Strafe des sich grundlos scheidenden Ehemannes in Konsekration des halben Vermögens an die Ceres besteht, ist — wenn überhaupt richtig — einmal nicht ältesten Rechts¹⁴ und würde außerdem nur soviel beweisen, daß auf weltliche Vergehen sakrale Strafen gesetzt werden können, was auch sonst selbstverständlich ist. — Was endlich die vielbesprochene Ingerenz der Pontifices auf die Gesetzinterpretation und Ausbildung der Legisaktionen betrifft, so ist letztere an sich noch lange kein Beweis der Beeinflussung der Rechtsbildung und wird auch in den Quellen nicht so aufgefaßt; und die erstere kann sehr wohl auf jenes Gebiet beschränkt werden, wo eben der Einfluß der Religion unbestreitbar ist, also das des Familienrechts und des privaten Sakral- und Kalenderwesens, soweit sie mit dem Zivilrecht sich berühren. Wenn die ältesten Geschäftsformularien wie die der Manzipation und Testamente vom Pontifikat herrühren, so zeigt uns deren Inhalt, daß sie bloß vom juristischen Standpunkt gearbeitet worden sind. Insbesondere wenn es wahr sein sollte, daß für die rituellen Spruchformeln der Satz aufgestellt worden ist, daß Stammeln und Stottern die Rechtskraft des Spruches vernichtet¹⁵, wäre es sehr charakteristisch, daß diese Strenge auf die rechtsgeschäftlichen und prozessualischen nie übertragen worden ist. — Für das Gebiet des Zivilprozesses wird oft angenommen, daß das Sakramentum der bekannten legis actio ursprünglich eine eidliche Beteuerung gewesen sei. Ob das richtig ist, steht freilich dahin, und man sollte nicht vergessen, daß diese Behauptung sich auf nichts anderes stützen kann, als auf das Wort Sacramentum. Aber selbst wenn die Hypothese das Richtige träge,

Prozefs.

¹⁴ Der Kultus der Ceres ist bekanntlich frühestens in der Zeit des Freistaats in Rom eingeführt worden. Über die Frage der Richtigkeit der Mitteilung s. in der Geschichte der Scheidung.

¹⁵ Dafür Pernice, Berl. Sitz.-Ber. 1885, 1145, unter Hinweis auf Plin. h. nat. 28, 2, 11; 11, 174; Cic. d. dom. 55, 140 und (welche Stelle mir am bedeutendsten erscheint) de har. resp. 11, 23: „si aedilis verbo . . . aberravit, ludi sunt non rite facti.“

wäre klar, daß diese Form der prozessualen Rechtsdurchsetzung für die Rechtsbildung keine Folgen hat, und nicht einmal das läßt sich beweisen — was ja an sich für das Zivilprozessrecht von Bedeutung sein könnte — daß der Richterspruch nur über die Reinheit des Eides und nicht über das Dasein des Rechtes selbst erging¹⁶. Nur dadurch hat die pontifikale Tätigkeit dauernde Spuren im Zivilrecht hinterlassen, daß, wie mit Grund angenommen wird, die technische Verwendung der Rechtsfiktion und des Scheinakts durch sie ins Recht eingeführt worden ist; freilich ist auch hier die Verwendung des Mittels eine rein bürgerliche, aber die Idee des „*simulata pro veris accipiuntur*“ stammt allem Anschein nach aus dem Sakralrecht¹⁷.

§ 2. Jus und Lex.

Das objektive Recht wird von den Römern bald als Jus, bald als Lex bezeichnet. Mitunter werden auch beide Ausdrücke verbunden; letzteres geschieht z. B. öfter in der Gesetzessprache: Arrogationsformel bei Gell. 5, 19, 9 (*iure legeque filius siet*)¹; lex Cornelia de XX quaestor. 1, 39; 2, 3 (*ius lexque esto*); cf. 2, 8, 9 (*eo iure ea lege*); l. Antonia de Termess. 2, 18 (*quae leges quodque ius*); l. Urson. c. 66 lin. 36 (*optima lege optuno iure*); c. 79 lin. 6; c. 124 lin. 8; l. Rubria c. 21 lin. 10 (*siremps res lex ius causaque esto utei esset*)²; lin. 14 (*iure lege damnatus*); l. Quinctia de aquaeduct. l. 31 (*siremps lex ius causaque*); l. civit. Narbon. de flamonio provinciae (C.J.L. 12 n. 6038) lin. 3 [*secundum lege*]m iusque eius provinciae; lin. 21 (*siremps lex ius causaque esto*); Sc. de Aphrodis. (C.J.G. 2, 273 II lin. 8: τῶ καλλίστῳ δικαίῳ καλλίστῳ

¹⁶ Die entgegenstehende und seit Keller herrschende Meinung ist neuerdings mit Recht von Jobbé-Duval, *Études* 1, 1896 p. 20 f. angegriffen worden. Richtig bemerkt derselbe, daß der als einziges Zeugnis derselben angerufene Ausspruch des Cicero (p. Caec. 33, 97): „non posse nostrum sacramentum iustum iudicari“ ganz wohl bildlich verstanden werden kann. Vor allem verträgt sich diese Lehre nicht mit der *Condemnatio in rem ipsam*, welche Gaius für den Legisaktionenprozess ausdrücklich bezeugt (4, 48).

¹⁷ Das ist zutreffend nachgewiesen von Demelius, *Rechtsfiktion* (1858) (teilweise abweichend Leist, *Gräco-it. R.G.* 278 f.) — Über die zahlreichen Anwendungen, welche die genannte Technik im Römischen Recht findet vgl. Bechmann, *Kauf* 1, 170—192; Leist a. O. 264—285.

¹ cf. D. 1, 7, 44, wo zu lesen ist: *tam iure legeque*.

² In l. Urson. c. 95 i. f. findet sich dagegen die Zusammenstellung bei sonst gleichem Wortlaut nicht.

τελόμενον)³ 4. Viel häufiger jedoch ist die Trennung, indem ein Rechtsverhältnis entweder auf die Lex oder auf das Jus als seine Quelle zurückgeführt wird.

Man hat früher wohl einen durchgängigen Gegensatz zwischen diesen Begriffen finden wollen und denselben in verschiedener Weise bestimmt; sei es dahin, daß Lex das altpatrizische, Jus das plebejische Element im Recht bedeute⁵, oder daß Jus das ältere vorgesetzliche Recht, Lex dessen teilweise Fixierung in den Zwölftafeln bezeichnen soll⁶; oder auch daß Lex dem in Schriftform oder durch pontifikales Recht festgelegten, Jus dem flüssigen durch die Jurisdiktion der Magistrate erst zu findenden Recht entspricht⁷.

³ Vgl. auch Festus v. viae: Et ita privatae (viae) VIII pedes in latitudine habent iure et lege. — Ulp. D. 1, 3, 33.

⁴ Eine Zusammenstellung des Sprachgebrauchs aus einem Teil der römischen Literatur gibt von Velsen Z. Sav.St. 21, 123.

⁵ Kuntze, Krit. Übersicht 2, 189.

⁶ So Huschke, Z. f. R.G. 7, 168 unter Hinweis darauf, daß die Zwölftafeln, soviel wir sehen können, nicht iure lege sagen, sondern nur iure (zu letzterem Punkt auch Wlassak, Proz.Ges. 2, 229 A. 26). Falls Huschke mit dem „vorgesetzlichen“ Recht gemeint haben sollte, daß es vor den Zwölftafeln keine oder doch keine privatrechtlichen Gesetze gegeben habe, ist dieser Teil seiner Annahme unkontrollierbar. Daß die Zwölftafeln nicht iure lege sagen, sondern nur iure, kann richtig sein; aber das beweist nicht, daß das Zwölftafelrecht selbst nicht auch Jus genannt werden kann (vgl. Anm. 8).

⁷ So Karlowa, Civ.Pr. 9. Derselbe bringt mit dem Gegensatz von lex und ius jenen von lites und iurgia in Zusammenhang: lis der Prozeß mit legis actio (sacramento), iurgium die Rechtshändel, welche vom Magistrat als Träger der Jurisdiktion oder von einem durch ihn vermöge seiner Jurisdiktion, nicht, oder doch nur ausnahmsweise (l. a^o per iudicis postulationem) nach Vorschrift einer lex, ernannten iudex privatus entschieden wurden. Das soll wenigstens beim iurgare (= iurigare, wie fast-igare, clar-igare) auch etymologisch noch erkennbar sein. Daß nun zwischen lis und iurgium irgend einmal geschieden worden ist, wird nicht zu leugnen sein, und es hat nichts zu sagen, daß die Anzeichen dafür nur in literarischen Quellen zu finden sind (Hauptstelle: Cic. de rep. 4 bei Nonius (s. u.); ferner Cic. de div. 1, 45, 102 inque feriis imperandis ut litibus et iurgiis se absternerent, ähnlich de leg. 2, 12, 29; Liv. 5, 13; 38, 51; Ovid. Fast. 1, 73; weiteres Material bei Voigt, J. N. 4, 448). Aber es fragt sich, ob diese Terminologie auf die Zwölftafeln zurückgeht. Man pflegt dies herauszulesen aus Nonius p. 430 sq.: M. Tullius, De rep. lib. III: „Admiror nec rerum solum sed verborum elegantiam. Si iurgant, inquit. Benevolorum contentatio, non lis inimicorum iurgium dicitur. — Jurgare igitur lex putat inter se vicinos, non litigare.“ Dem gegenüber ist zu bemerken: Erstens ist nicht einmal festgestellt, daß das Gesetz, von dem hier Cicero spricht, die XII T. sind, und wenn sie es sind, ist nicht sicher, daß sie das Wort litigare überhaupt und insbesondere im Gegensatz zu iurgare gebraucht haben. Es ist durchaus möglich, daß Cicero diesen Gegensatz aus seinem eigenen Sprach-

Von diesen Deutungen ist die erste schon an sich recht bedenklich; die beiden letzteren, welche übrigens unter sich verwandt

gebrauch in das Gesetz hineinliest, und es könnte wohl sein, daß das Gesetz iurgare als einzigen Ausdruck für den Prozeß verwendet hat, vgl. Huschke, Z. f. R.G. 7, 168. Es ist darum wohl möglich, daß der Terminus iurgare sich von den Legisactionen erst dann zurückzog, als mit dem wachsenden Gebrauch der anders gestalteten Prozesse (unten S. 44f.) diese in deutlicheren Gegensatz zu jenen traten. Dabei ist die nähere Bestimmung des (späteren) iurgium unsicher; wenn Karlowa die *a° per iudicis postulationem* schlechthin zu den Jurgia rechnet (so auch Girard, Org. jud. 1, 95 A. 1), ist das gänzlich unbewiesen, vgl. unten S. 44 Anm. 11 (vgl. auch Wlassak, Proz.Ges. 2, 12 A. 7; Z. Sav.St. 25, 86 A. 3); der (jüngere) Begriff des Jurgium könnte sich vielmehr auf die voräbütischen Formularprozesse (unten § 3) beschränkt haben, obwohl ein eigentlicher Beweis auch hierfür nicht möglich ist.

Jedenfalls aber scheint es mir sehr bedenklich (was freilich von jeher geschieht) auf Grund der dürftigen vorhandenen Zeugnisse den Begriffen von *lis* und *jurgium* sogar einen materiellen Inhalt zu geben: *Lis* der feindliche Streit nach strengem Recht, *Jurgium* der „freundnachbarliche“ Rechtshandel nach billigem Ermessen (Teilungsverfahren, Grenzstreit oder Streit über das „freundnachbarliche *Mutuum*“ im Gegensatz zum *Nexum* oder auch noch über die *Obligaciones bonae fidei*). Man sollte nicht vergessen, daß es hierfür nur zwei Zeugnisse gibt, von denen das eine gar keinen, das zweite nur einen sehr relativen Wert hat. Gar keinen Wert hat das Scholion des Nonius (v. *jurgium*) zu obiger Cicerostelle, weil es jedenfalls nur eine abgeleitete Paraphrase der zu erläuternden Stelle ist; aus eigener Kenntnis hat Nonius von diesen Dingen natürlich nichts gewußt. Aber auch die eigene Äußerung des Cicero beweist sehr wenig: „*Benevolorum concertatio, non lis inimicorum iurgium dicitur—iurgare igitur lex putat inter se vicinos, non litigare.*“ Wie schon oben angedeutet, ist sehr wohl denkbar, daß der Gesetzgeber an die ihm zugemutete Nuance gar nicht dachte; wer sagt uns, daß es dem Cicero nicht gerade bequem war, diese Feinheit künstlich zu schaffen? Sein äußerer Anhaltspunkt war, daß von einem iurgare der *Vicini* die Rede war; das kann Zufall gewesen sein; daß nur von einem solchen die Rede sein durfte, dafür scheint mir sein alleiniges Zeugnis keineswegs voll beruhigend. Irgend einen entfernten Anhaltspunkt mag er ja wohl gehabt haben: als solcher würde es aber z. B. schon vollkommen hinreichen, wenn (s. oben) die voräbütischen Formularprozesse *Jurgia* genannt worden wären. Denn dann könnte sich an diese, wegen des Mangels einer Sukkumbenzgefahr, im Gegensatz zu den teilweise mit Sukkumbenzstrafen versehenen Legisactionen, leicht schon vom prozessualen Gesichtspunkte aus der Nebengedanke des friedlichen Streits angeknüpft haben, obwohl sie materiell den *bonae fidei*-Charakter (zwar teilweise, aber) keineswegs ausnahmslos besaßen; und diese Terminologie hätte Cicero sophistisch auf den Nachbarnstreit übertragen. Wenn in der Kaiserzeit ein paarmal *Jurgium* vom Grenz- und Teilungsverfahren gesagt wird (Belege bei Voigt a. a. O. 449, dazu noch Pap. D. 10, 2, 57), so kann das reiner Zufall sein; eine technische Verwendung ist m. E. nirgends nachzuweisen. Die Verwertung jenes Gegensatzes für die geschichtliche Forschung ist darum ein methodischer Fehler.

sind, enthalten ein richtiges Element, schießen aber insofern über das Ziel hinaus, als sie zwischen den fraglichen Begriffen einen ausschließenden Gegensatz annehmen. Ein solcher aber liegt gar nicht vor; vielmehr konnte wohl von jeher auch das durch Gesetz (lex) geschaffene Recht Jus genannt werden, was die Zwölftafeln selbst bezeugen⁸. Darum ist denn auch keineswegs sicher, daß in der Verbindung „iure legeque“ u. ä. jedem der beiden Glieder ein besonderer Wert zukommt oder jemals zugekommen ist; es ist denkbar, daß hier einfacher Pleonasmus vorliegt, indem zuerst das Ganze genannt, dann noch ein Teil besonders hervorgehoben wird⁹.

Am richtigsten wird daher das Verhältnis der beiden Termini dahin bestimmt, daß bei dem Ausdruck Lex die Vorstellung der ausdrücklichen Satzung und die Erinnerung an die Entstehung des einzelnen Rechtssatzes obwaltet, während Jus mehr das Dasein des Rechts und seine Gesamtheit bedeutet¹⁰. Insofern jedem Rechtssatz das Dasein, nicht jedem aber die Herkunft aus ausdrücklicher Satzung zukommt, kann man Jus als den weiteren Begriff betrachten, und wirklich wird gelegentlich das Gesetzesrecht als ein bloßer Teil des Jus bezeichnet¹¹. Jedoch ist bei den Juristen, welche sich über die Herkunft jedes Rechtssatzes Rechenschaft zu geben pflegen, es beliebt, die gesatzte Rechtsregel ausdrücklich als solche, also als Lex zu bezeichnen, und demgegenüber nimmt Jus oft die engere Bedeutung des ungesetzten Rechts an¹².

⁸ Sie sagen: „Jure caesus“, „dies iusti“ von Tötungen und Fristen, die auf gesetzlicher Bestimmung beruhen. Belege bei Huschke a. O. (Anm. 5).

⁹ Dafür spricht auch, daß die Verbindung erst in der zweiten Hälfte des 7. Jhd. auftritt; noch die l. Acilia rep. sagt bloß „siremps lex esto“ l. 73; ebenso l. Lat. tab. Bant. l. 13. Man vgl. hierzu auch die Entwicklung zum Pleonasmus in der Verbindung Actio Petitio Persecutio (unten S. 90 f.).

¹⁰ Formuliert von Mommsen, St.R. 3, 1, 310.

¹¹ Z. B. Cic. de part. orat. 37, 129 „(ius . . .) dividitur in duas primas partes, naturam atque legem“; top. 28: „ius civile id esse, quod in legibus, senatus consultis sqq. consistat“ (die Auslegung dieser Stelle bei Ehrlich, Beiträge z. Theorie der R.Quellen 247 ff. scheint mir unannehmbar; Gai. 1, 2 u. v. a. Paul. sent. 1, 1, 4 (die Echtheit gesichert durch Consult. 7, 5) gibt statt der Worte „leges plebiscita“ des Edikts (D. 2, 14, 7, 7) einfach den Ausdruck Jus. In der merkwürdigen Stelle Pomp. D. 1, 2, 2, 12 „in civitate nostra aut iure id est lege constituitur aut est proprium ius civile“ könnte es wohl im Original statt iure id est lege geheißsen haben, „iure legitimo“ (i. e. XII tabularum), was die Kompilatoren nicht behalten mochten, um die Kaiserkonstitutionen nicht als jus non legitimum erscheinen zu lassen.

¹² Insbesondere in dem Ausdruck Jus civile; Krüger, R.quellen 26; Kipp, Quellenkunde² 94; Ehrlich, Beiträge §§ 1 ff. Sehr charakteristisch Pomp. D. 1, 2, 2, 1: sine lege certa, sine iure certo.

Demnach kann der Ausdruck *Jus* das gesetzliche Recht sowohl einschließen als auch ihm entgegengesetzt werden. Wenn es dagegen mitunter auch vorkommt, daß der engere Begriff für den an sich weiteren vikariert und ungesetztes Recht als *Lex* bezeichnet wird, so ist dies jedenfalls für die jüngere Zeit¹³ selten und mehr der Laiensprache angehörig¹⁴.

¹³ Für die ältere Zeit müßte man eine ziemlich weitgehende Substitution von „*lex*“ für „*jus*“ annehmen, wenn man unter dem Ausdruck „*lege agere*“ jede Prozeß- und vielleicht gar jede Rechtshandlung verstünde, die sich auf Grund des geltenden Rechts vollzieht, und also nicht bloß jene, welche ihre Grundlage im gesetzlich fixierten Recht besitzt. Die zweifellos vorherrschende Ansicht faßt das Wort im engern Sinn auf und denkt beim *lege agere* an die Beziehung des Akts auf das gesetzliche Recht (s. statt Aller Voigt, *J. Nat.* 3, 21 A. 3; Jörs, *R. Wiss. z. Zeit der Rep.* 1, 67; Wlassak, *Proz. G.* 1, 250 und bei Pauly-Wissowa 1, 303 [„dem Legaltext angepaßt“]; Girard, *manuel* 967; vgl. auch Maschke, *z. Theorie d. Agrarges.* 6 A. 2); daneben steht eine andere, welche jede Rechtsnorm als *lex* im Sinn des *lege agere* ansieht (Sohm, *Inst.*¹¹ 228; vielleicht auch Mommsen, *St. R.* 3, 1, 310; Schlossmann, *In Iure Cessio u. Mancipatio*, S. 38 [Abs. 2 der Anm.] u. a.). Ich halte die herrschende Ansicht für die richtige. Schon vom sprachlichen Standpunkt aus ist zu erinnern, daß die Verwendung von *Lex* im weitem Sinn ungewöhnlich ist; und die auf den ersten Blick für die zweite Ansicht sprechende Tatsache, daß einigemal auch *iure agere* (sehr wohl zu unterscheiden von *Jurgare*, A. 7) gesagt wird (z. B. Quint. decl. 279 und Gell. 20, 1, 30. 43 — fälschlich zitiert der *Thes. l. l.* hierfür auch Cic. p. dom. 42) ist eine späte und wertlose Erscheinung; auch daß in republikanischer Zeit vereinzelt *lex* statt *ius* nachweisbar ist (s. Anm. 14), entscheidet nicht. Sachlich fällt vor allem ins Gewicht, daß die Alten den Ausdruck im Sinn der herrschenden Lehre aufgefaßt haben, wie Gai. 4, 11 zeigt. Auch schlägt es gegen dieselbe nicht durch, daß in der Streitfrage, ob die *Pignoris capio* eine *Legisaktio* sei (Gai. 4, 29), zwischen den durch Gesetz und den durch *Mores* (d. i. wohl magistratische Verordnungen) eingeführten Fällen derselben nicht unterschieden wird: Freilich hätte es nahe gelegen, zu betonen, daß wenigstens die letzteren Fälle gar keine Anwendung des Gesetzes enthielten, wenn der Name *L. A.* wirklich nur von diesem herkam. Aber wie leicht ist es möglich, daß dieses Argument wirklich gebraucht worden ist und Gaius nur unvollständig referiert?

Unbegründet ist es, wenn Mommsen (*Z. Sav. St.* 12, 283) dem Terminus „*lex*“ eine spezifische Beziehung auf das „*Urrecht*“ der römischen Gemeinde geben will; in dem dafür angeführten tutor *legitimus*, heres *l.*, vielleicht auch (s. A. 17 i. f.) *iudicium l.* bezieht sich *legitimus* immer auf ein bestimmtes einzelnes Gesetz, und auch sonst läßt sich nie mehr beweisen, als daß *lex* und *legitimus* das zivile Recht im Gegensatz zum internationalen (Anm. 19) bezeichnen kann, oder daß *lex* kraft einer *Synekdоче* für *Jus* schlechthin gesagt wird, wofür sich in jeder Sprache Parallelercheinungen finden. (Für die „*verm. Schriften*“ (3, 361 fg.) hatte Mommsen seine Ausführungen teilweise, aber nicht durchgreifend abgeändert. [In der Korrektur beigegefügt.]

¹⁴ Ein Beispiel aus der Laiensprache gibt das „*praetorium ius ad legem*“

Ein materieller Gegensatz im Inhalt der Lex und des Jus ist bei diesem Sachverhalt von selbst ausgeschlossen und gar die Annahme, daß *Lege agere*, *Legis actio* (oder was ihr gleichstehen soll: *Lis*) den Prozeß nach strengem Recht, *Jurigare* (= *iurgare*), *Jurgium* den nach freiem Ermessen, also den der Billigkeit bezeichnet, läßt sich in dieser Fassung nicht vertreten¹⁵.

Die gleichen Nüancierungen der Rechtsbegriffe, wie Jus und Lex zeigen auch die Adjektive *iustus* und *legitimus*.

Bei *Legitimus* waltet die Vorstellung der Herkunft aus einem bestimmten Gesetze vor; es ist, wie die Römer selbst sagen, „*quod ex lege aliqua descendit*“¹⁶. Wenn dabei hinzugefügt wird, daß „*per eminentiam*“ die Institute der Zwölf Tafeln *legitim* genannt werden, so ist das keine Abweichung von dieser Regel, sondern nur eine durch die besondere Bedeutung jenes Grundgesetzes ausgezeichnete Anwendung derselben. — Dieser Sinn des Worts *legitimus* ist bei den Juristen, wie *Ulpian* a. O. sagt, der technische¹⁷.

bei Varro, de l. 1. 6, 69; bei Servius in Georg. 1, 31 bedeutet „*in matrimonio sine legibus esse*“ die ungültige Ehe schlechthin. Juristensprache: bei Cic. in Verr. 2, 1, 45, 117 sagt allerdings sogar der Prator: „*tabulae testamenti non minus multis signis quam e lege oportet*“ — während doch die Siegelzahl beim Testament auf Gewohnheitsrecht beruht; indessen ist im Edikt die Bezeichnung des gesamten Zivilrechts als Lex weniger auffallend, als wenn ein über das Zivilrecht schreibender Jurist so sagen würde. Wenn in l. agrar. c. 27 (Bruns fo. 6 1 p. 79) der *fundus optima lege privatus* dasselbe ist wie bei Cicero de l. agr. 3, 2, 7 der *fundus optimo jure privatus*, so ist hier Lex und Jus nicht im Sinn des objektiven Rechts gebraucht, sondern ersteres im Sinn der individuellen Verleihungsklausel (= *lex assignationis*), letzteres im Sinn des subjektiven Besitzrechts.

Im ganzen scheinen die Juristen die weitere Bedeutung von *lex* zu vermeiden, wenigstens bei der Substantivform (charakteristisch sagt *Papinian*, Vat. Fr. 11 „*in fraudem iuris*“, wo nur eine Regel des Jus non scriptum umgangen wird); eher kommt dieser übertragene Sinn beim Adjektiv *legitimus* vor (unten Anm. 18).

¹⁵ Vgl. oben Anm. 7.

¹⁶ Ulp. Fr. 11, 3.

¹⁷ Untersucht man die im Berliner Zettelkatalog verzeichneten Anwendungen (so auch *Mommsen*, Z. Sav.St. 12, 269), so ergibt sich nach Ausscheidung der interpolationsverdächtigen Stellen die Bedeutung von *legitimus* = auf einem Gesetz beruhend: für *heres legitimus*, *tutor l.* (Belege überflüssig); *spatium l.* oder *modus l.* vom gesetzlichen Zwischenraum der Gebäude, D. 11, 8, 3, 1; 8, 2, 14; *latitudo l.*, D. 8, 3, 13, 2; *modus l.* bei der Schenkung, D. 50, 13, 1, 10; 44, 4, 5, 2, 5; *actio l.* (es ist an gesetzliche Deliktssklagen gedacht), D. 9, 3, 5, 12; 19, 5, 14, 3; 35, 2, 32 pr.; 39, 3, 22, 2; Coll. 2, 5, 4, 5 (Ausnahme nur D. 1, 2, 2, 6, wo sicher, und D. 39, 1, 19, wo vielleicht die Zivilklage schlechthin gemeint ist); *horae l.*, Cic. Verr. 2, 1, 9, 25; *numerus l.*,

Daneben und gleichfalls ziemlich häufig, bedeutet es das Rechtsmäßige schlechthin, so daß es auch Gegenstände des ungeschriebenen Rechts umfaßt¹⁸. Außerdem wird es mitunter angewendet, um das nach bestem Bürgerrecht geltende in Gegensatz zu stellen zu minderwertigem Recht, sei es zum prätorischen oder zum *Jus gentium*¹⁹; in einem einzelnen Fall auch um das patrizische Recht vom plebejischen zu unterscheiden²⁰.

von der Maximalzahl der testamentarischen Freilassungen Paul. sent. 4, 1, 16 und der zur Beschlußfassung erforderlichen Zahl der Dekurionen D. 50, 9, 2; pars 1., D. 38, 2, 19 pr. Zweifelhafte sind die für tempus l. und actus l. anzuführenden Belege, wo überall Interpolationsverdacht obwaltet, wie schon Gradenwitz bei Mommsen a. O. bemerkt hat. Endlich von *iudicium legitimum* ist jedenfalls soviel sicher, daß es nicht aufgefaßt werden kann als der dem römischen Unrecht entsprechende Prozeß (so Mommsen, Z. Sav.St. 12, 283; dagegen oben A. 13 z. E.); eine *Legis actio* führt nie zu einem *legitimum iudicium*, das sogar ihr direkter Gegensatz ist (vgl. auch Wlassak, Ztsch. f. Priv. u. öff. R. 19, 729 f.). Zweifelhafte kann nur sein, ob der Ausdruck bedeutet einen Prozeß, der einem bestimmten Gesetz entspricht, nämlich dem äbutischen (so Wlassak), oder ob *legitimus* hier wie auch sonst oft (Anm. 19), das zivilrechtlich Giltige im Gegensatz zum honorarischen bezeichnen soll. Die Wahrheit wird hier wohl die sein, daß man sowohl die eine wie die andere Beziehung in den Terminus hineinlegen konnte. Die besondere Auffassung, welche Naber, Mnemos. 23, 106 f. 347 f. vertritt (*iudicia, de quibus exceptum erat lege vel auctoritate prudentium [?] ne solverentur eo, quod, qui praeceperat, imperium deposuisset*), deckt nur einen geringen Teil der Anwendungen des Ausdrucks.

¹⁸ So *civis Romanus* l. D. 49, 14, 32 (vgl. aber Anm. 23 Z. 12); *usurae* oder *modus usurarum* l. D. 12, 6, 26 pr., 13, 4, 2, 8; 17, 1, 10, 3; 20, 2, 8; 22, 1, 9 pr. u. a.; *numerus l.* von den Testamentszeugen Gai. 2, 109; D. 28, 6, 16, 1; *donatio satis legitime perfecta*, Plin. ep. 10, 3 (richtig Ascoli, bull. 6, 191 gegen Savigny, verm. Schr. 1, 320); *l. agere*, D. 50, 12, 8 u. a. Über *matrimonium, nuptiae, uxor, filius, liberi* l. s. unten Anm. 23 Abs. 2.

¹⁹ *Actio legitima* bedeutet bei Festus v. *Possessio*, Maec. D. 35, 2, 32 pr., vielleicht auch bei Paul. D. 39, 1, 19 (oben A. 17) die Zivilklage im Gegensatz zum Interdikt. (*Actio legitima* bei Pomp. D. 1, 2, 2, 6 allerdings ist nur eine Umschreibung von *legis actio*.) *Cognatio l.* ist die Agnation, Ulp. D. 23, 2, 12, 4; Gai. 3, 10 u. a.; *Conventio l.* bei Ulp. D. 2, 14, 5 ist die zivile Verabredung im Gegensatz zu jener des *Jus gentium* (die Stelle, wird ebenso sicher echt sein als die darauffolgende *Conventio legitima quae lege aliqua confirmatur* in fr. 6 kompilatorisch ist; Pernice, Z. Sav.St. 9, 198 n. 4; a. A. Ferrini in der Jubiläumsschrift für Serafini 31f.); *Ususfructus legitime alicuius factus* (Gegensatz prätorisch bestellter U.) Jul. D. 7, 6, 3. Angesichts dieser Bedeutung von *l.* steht nichts im Weg, auch die *Actus legitimi* bei Papin. D. 50, 17, 77 für echt zu halten; ob der Ausdruck ein technischer ist, mag man bei einem solchen *ἔπαις λεγόμενον* bezweifeln (Ihering, Geist⁴ 2, 592 n. 798).

²⁰ So die *magistratus legitimi* bei Pomp. D. 1, 2, 2, 19.

Angesichts dieser drei möglichen Werte kann es schwierig sein, festzustellen, welcher derselben in einem gegebenen Fall gemeint ist²¹.

Bei dem Adjektiv *justus* ist die Bedeutung des dem Recht entsprechenden, Rechtmäßigen schlechthin wohl die gewöhnlichste; in diesem Sinne kann z. B. auch ein prätorisches und selbst ein nichtrömisches Rechtsverhältnis so genannt werden²². In einem engeren Sinn kann *justus* sich auf das im *Jus civile* Gegründete beziehen, insbesondere im Gegensatz zu demjenigen, was auf dem *Jus gentium* beruht. Auf diesem Gebiet erfährt das Wort jedoch die Konkurrenz des Ausdrucks „*legitimus*“, da jene zivilrechtlichen Verhältnisse, welche auf gesetztes Recht zurückgehen, mit Vorliebe *legitimus* genannt werden; es beschränkt sich daher zumeist auf solche Verhältnisse des *Jus civile*, die dem ungesetzten Recht^{23 24} angehören.

²¹ Bekannte Schwierigkeiten macht insbes. die „*legitimae partis sponsio*“ bei Cic. p. Rosc. com. 10, 14, wo nicht zu ermitteln ist, ob sie sein soll die durch ein Gesetz vorgeschriebene oder die vorschriftsmäßige schlechthin. Vgl. Wlassak, *Proz.G.* 1, 99 n. 31; Pernice, *Lab.* 3¹, 226⁴. Auch wenn bei Cic. p. Caec. 20, 57 es heißt „*is qui legitime procurator dicitur*“ ist fraglich, ob damit gemeint ist der vom Gesetz (*lex Hostilia*?) anerkannte Procurator oder der „eigentliche Procurator“, d. h. welchen man herkömmlich so nennt. Ebenso ist es bei den griechischen Papyri mitunter schwierig zu sagen, ob *νόμιμος* bloß das im weitern Sinn giltige bezeichnen soll oder das zivilgiltige; in ersterer Bedeutung steht es B.G.U. 140 l. 21; 114 l. 13 (in Bezug auf die Nichtigkeit der Soldatenehe); zweifelhaft jedoch B.G.U. 1032 l. 10.

²² Prätorisch: Z. B. Paul. D. 41, 2, 11 „*iuste possidet qui auctore praetore possidet*“. Nichtrömisch: Gai. 1, 77 (*si civis Romana peregrino, cum quo ei conubium est, nupserit, peregrinus sane procreatur, et is iustus patris filius est*); Aes Salp. c. 29. — In diesem Sinn des „Richtigen“ schlechthin kann gelegentlich etwas, was dem positiven Gesetz entspricht, auch *iustum* (statt *legitimum*) genannt werden.

²³ So spricht man (der Sprachgebrauch ist nach dem Berliner Index vollständig untersucht) von *iusta libertas* (D. 36, 1, 17, 17; 40, 1, 8, 3; 40, 5, 28, 3; 40, 9, 29 pr.; Ulp. Fr. 1, 28; Paul. sent. 4, 12, 2. 3 u. a.); *iusta servitus* Gai. 1, 11; Cic. p. Caec. 34, 99); *iusta manumissio* (Ulp. Fr. 3, 4; Dosith. 5 — pleonastisch Gai. 1, 17 *iusta ac legitima manumissio*); *iustus tutor* (Aes Salp. c. 29) ist der zivile Vormund schlechthin, während *legitimus* nur eine bestimmte Art dieser Klasse (die ex l. XII tab.) bezeichnet; *iustum dominium* (D. 6, 2, 16; 17, 1, 57; Gai. 4, 16). *Iusta aetas* ist die (im Gewohnheitsrecht fixierte) Pubertät D. 49, 14, 16, während die auf Gesetz beruhende Grenze der Majorennität fast immer *legitima aetas* heißt und nur einmal (D. 50, 5, 2 pr.) *iusta*. „*Iusta nulla fieri oportet*“ von den altherkömmlichen Totenfeierlichkeiten (*lex Numae* bei Fest. 178); *Iustus civis* in l. Acil. rep. l. 77 (vgl. freilich A. 18). Für alle diese Begriffe wird bei den Juristen *legitimus* geradezu ver-

§ 3. Ziviles und honorarisches Recht.

Die Darstellung des Gegensatzes von zivilem und honorarischem Recht gehört zunächst in die Geschichte der Rechtsquellen; aber sie kann auch in der Geschichte des materiellen Rechts nicht übergangen und durch bloße Verweisung erledigt werden. Da die korrekte Auffassung des Ineinandergreifens der zivilen und prätorischen Rechtsbildung für das richtige Verständnis der materiellen Rechtentwicklung fast in jedem Augenblick die unerläßliche Voraussetzung bildet, ist es erforderlich, über diesen für die Geschichte des Privatrechts maßgebenden Sachverhalt von vornherein möglichste Klarheit zu gewinnen. Dabei kann allerdings vieles als bekannt vorausgesetzt werden; insbesondere braucht hier nicht gesprochen zu werden über die äußere Formulierung jenes Gegensatzes, wonach das aus volksrechtlichen Quellen — Gesetz und Gewohnheitsrecht, später auch Senatsbeschluss — fließende Recht *Ius civile* heißt, *Ius honorarium* dagegen das aus der

mieden (Ausnahmen nur Ulp. Fr. 1, 6; Marcian. D. 49, 14, 32). Bloß Nichtjuristen, wie Varro sprechen z. B. von *dominus legitimus* (r. r. 2, 10, 4); ähnlich vielleicht auch der Testator in Vat. Fr. 69.

Eine eigentümliche Ausnahme macht der Sprachgebrauch der Juristen jedoch bei der Ehe und Filiation. Hier wird von *legitimae nuptiae* (oder *matrimonium*) und *legitimi liberi* ebenso gesprochen wie von *iustae nuptiae* und *iusti liberi*; vgl. Gai. 1, 89 mit 1, 90, 91, ferner Ulp. 5, 10; D. 1, 5, 24; 23, 2, 4 und 57 a, 65, 1 (itp. Fr. 10); 28, 6, 45 pr.; 36, 3, 18 pr.; 43, 5, 12, 12; 50, 2, 3, 2 mit D. 1, 5, 5, 2; 2, 4, 4, 3; 23, 2, 54. 65, 1; 49, 15, 25; Gai. 1, 55. 76; Ulp. Fr. 5, 2 u. v. a. Die Meinung von Ehrlich, Beiträge 1, 55 f., daß *nuptiae legitimae* und *fili legitimi* zumeist die der *l. Julia et Papia* oder sonst einem bestimmten Gesetz entsprechenden Ehen und Kinder bedeutet, wird schon durch *Aes Salp. c. 21* verdächtigt, wo sogar die Ehe der latinischen Kolonisten als *legitim* (in dem Anm. 18 bezeichneten) Sinn genannt wird; außerdem ist jene Auslegung in den von ihm angeff. Stellen (mit Ausnahme etwa von D. 50, 1, 37, 2 — *lex Julia et Pap.* —) teils willkürlich, teils direkt ausgeschlossen.

Eine Erklärung für die eigentümliche Erscheinung, daß *legitimus* hier so oft auftritt, während es bei den oben genannten Instituten fehlt, ist schwer zu geben; sollte hier eine Nachwirkung alter Gesetze über das *Connubium* (*l. Canuleja*?) vorliegen?

²⁴ Ganz ausgeschlossen ist es allerdings nicht, daß *iustus* auch das bedeutet, was einem bestimmten Gesetz entspricht. Ein Fall derart scheint vorzuliegen in Vat. Fr. 194, s. dazu unten § 4 A. 28; auch die „*quidam*“ in Vat. Fr. 168 haben das Wort so ausgelegt. Und völlig unsicher wird die Bedeutung des Worts, wo die Laien es gebrauchen; das betonen die Juristen wiederholt (D. 17, 2, 3, 2; 32, 50, 6).

Rechtssprechung der Prätores und kurulischen Ädilen entspringende¹, sowie über die Fixierung, welche der größte Teil des honorarischen Rechts im Edikt gefunden hat. Überhaupt ist für die klassische Zeit alles hierher gehörige in unseren Rechtsquellen ziemlich durchsichtig; weniger deutlich vermögen wir über die Anfänge dieser Verhältnisse zu sehen.

Und doch sind diese für das Verständnis der älteren Rechtsentwicklung von grundlegender Bedeutung. Die ganze neuere Geschichtsschreibung des altrömischen Rechts krankt daran, daß über das Verhältnis von zivilem und prätorischem Recht für die Zeit des älteren Freistaates nicht die genügende Klarheit besteht, und wenn auch von mehreren Seiten hier das richtige bereits gefühlt und auch stellenweise ausgesprochen worden ist², so

¹ Dabei ist zu beachten, daß auch das aus kaiserlicher Rechtssatzung entspringende Recht nach exakter Auffassung dem Amtsrecht gleichzustellen ist; wenn die römische Theorie der Rechtsquellen die Konzilianz beobachtet, die Konstitutionen als „*legis vice*“ anzusehen, und wenn auch, wo der Terminus *ius honorarium* verwendet oder ein Institut als honorarisch bezeichnet wird, an das prätorische Recht im engeren Sinne gedacht zu werden pflegt, kann doch kein Zweifel sein, daß das Konstitutionenrecht staatsrechtlich diesem gleichsteht und weder dem Begriff der *lex* noch einem für sich stehenden neuen unterstellt worden ist. Eine Dreiteilung des Rechtes in ziviles, prätorisches und kaiserliches gibt es also in der klassischen Zeit nicht. Daß insbesondere der Begriff eines *ius extraordinarium*, den Rudorff und Kuntze für das Konstitutionenrecht geschaffen haben, den klassischen Quellen fremd ist, hat Wlassak, *Krit. Stud.* bes. 35—42, 51—96 gezeigt. Die Quellen kennen nur eine Einteilung der Prozesse in *actiones*, *petitiones* und *persecutiones*, welche aber wohl nur auf die äußerliche und beinahe sinnlose Häufung dieser Worte in der Gesetzessprache (*Aes Salp.* 26; *Aes Malac.* 58, 62; *l. Urson.* 129; vgl. das Nähere unten S. 89) aufgebaut ist und über deren eigentlichen Sinn die Klassiker selbst sich nicht klar sind (*Papin. D.* 44, 7, 28 vgl. mit *Ulp. D.* 50, 16, 178, 2). Eine wirkliche Trichotomie des Rechtes in ziviles, prätorisches und kaiserliches kommt, abgesehen von der wenig beweiskräftigen (*Wlassak*, *Krit. Stud.* 75 f.) und möglicherweise auch interpolierten *Ulpianstelle D.* 50, 16, 10 zum erstenmal in der Weihinschrift eines *Rector provinciae* aus dem fünften Jhd. (*Sitz. Ber. der Berl. Akad.* 1902 p. 836 f.) vor, und dann bei *Justinian*, *J.* 2, 10, 3; es ist möglich, daß diese nachklassische Einteilung an die Trichotomie *actio*, *petitio* und *persecutio* (unten S. 89) in unklarer Weise angeknüpft hat, wozu *Ulpian*s (*D.* 50, 16, 178, 2) Deutung der *persecutio* als einer „*extraordinaria*“ die Handhabe geboten haben mag. S. meine *Bem. Ztschr. d. Sav. St.* 23, 443 f.

² Seit *Huschke*'s (*Anal. litter.* 216—217) glänzender Bemerkung, daß der Formularprozeß sich im Fremdenprozeß sehr früh entwickelt haben muß, ist — etwa seit der zweiten Hälfte des neunzehnten Jhd. — von mehreren Gelehrten die Möglichkeit ins Auge gefaßt worden, ihm auch für Bürgerstreitigkeiten

mangelt es doch noch an einer allseitigen Anerkennung und mehr noch an einer wirklichen Durchführung dieser Erkenntnis durch die Gesamtheit der geschichtlichen Darstellung. Dadurch bleibt vieles in einem unklaren Schwanken. Dasselbe macht sich vielleicht auf keinem Gebiet so stark fühlbar, wie in der Geschichte des Obligationenrechts, die ohne völlig präzise Erfassung dieser Fragen gar nicht behandelt werden kann; aber auch zahlreiche andere Punkte können ihre richtige Beleuchtung erst von hier aus empfangen.

Der, man kann wohl noch immer sagen vorherrschende Zug der heutigen Auffassung, für die es der Belege im einzelnen nicht bedarf, geht dahin, der prätorischen Rechtsbildung erst seit der „Einführung“ des Formularprozesses, das heißt nach dieser Auffassung seit dem äbutischen Gesetze, Bedeutung zuzuweisen. Dafs schon vorher in einzelnen Beziehungen, wie z. B. der Aufstellung von Interdikten und dergleichen, der Prätor das Zivilrecht ergänzt hat, wird dabei nicht geleugnet, immer aber diesen Anfängen des prätorischen Rechts nur eine adminikulierende Tragweite zugeschrieben. Im Fremdenprozeß läßt man den Prätor, insbesondere jenen 'qui inter peregrinos ius dicit' frei schalten und die Heranbildung des *ius gentium* anbahnen; wo es sich aber um das Recht der Bürger handelt, sei der Prätor im wesentlichen gebunden an den hier ausschließlicly geltenden Legisaktionenprozeß, in welchem ihm, abgesehen von etwaiger *Denegatio actionis*³ und den prozeß-

eine durch das prätorische Imperium getragene Anwendung schon für die vor-äbutische Zeit zuzuweisen. Hierher gehören die bedeutsamen Bemerkungen von Bekker, *Proz. Konsumtion* 33 und *Aktion*. 1, 87 f.; vgl. *Z.R.G.* 5, 341 f.; *Z. Sav.St.* 27, 39; Wieding, *Libellprozeß* 68 ff.; dann (in besonderer Schattierung) die in A. 10 genannten Schriftsteller; ferner Jörs, *R.Wiss. z. Zeit der Republik* 1, 174 f.; Wlassak, *Proz.Ges.* 2, 302; *Z. Sav.St.* 26, 131 A. 2; Esmein, *Nouv. Rev. hist.* 17, 166 f.; Sohm, *Jnst.* (11. Aufl.) 244; *Z. Sav.St.* 25, 136 f.; Partsch, *Schriftformel im röm. Prov.Proz.* 1—52. Ablehnend z. B. Pernice, *Z. Sav.St.* 7, 153/4; 20, 132 (Anm.); Girard, *Z. Sav.St.* 14, p. 15 n. 1 und durchaus in der „*Organis. judiciaire I*“; Voigt, *R.G.* 1, 138 A. 16, 139 A. 18; Erman, *Z. Sav.St.* 19, 276, 294 u. v. a. Vor allem ist noch fast die ganze moderne Rechtsgeschichte auf der älteren Lehre aufgebaut.

³ Und selbst diese wird dem Prätor für die voräbutische Zeit oft mit Bestimmtheit abgesprochen (Girard, *Nouv. Rev. hist.* 1897, 256; *Org. jud.* 1, 69 A. 2; Senn, *Leges imperf.* 29 u. ö); wenn man dafür sagt, es mangle für diese Befugnis des Prätors zu jener Zeit an Beweisen, so ist zu entgegnen, dafs es anderer Beweise nicht bedarf, als die im Wesen der Sache liegen: Auch in der Formularperiode gründet sich das *Denegationsrecht* nicht auf das Recht die Formel abzufassen, die vielmehr auch von den Parteien präpariert sein

leitenden Verfügungen, bloß die Rolle passiver Assistenz zukommt. Eine rechtskonstitutive Tätigkeit wird ihm in diesem Kreise fast gänzlich abgesprochen⁴.

kann und deren Wirkungskraft jedenfalls durch ihr gegenseitiges Einverständnis bedingt ist, sondern auf das Recht, über die von den Parteien zu vereinbarenden Formeln den Geschworenen zur Entscheidung zu autorisieren (wie der Statthalter in B.G.U. 114 [freilich extra ord.] sagt: *κριτην οὐ δίδωμι*). Warum der Prator diese Autorisation im Legisaktionsverfahren weniger sollte verweigern können als im formularen, ist nicht abzusehen; denn der materielle Anspruch kann beidemal auf zivilem Recht beruhen, und ob er dann mit Legisaktionsworten formuliert ist oder nicht; bleibt doch wohl gleichgiltig. Es ließe sich in abstracto hören, wenn für das Denegationsrecht zwischen prätorischen Ansprüchen und zivilen ein Unterschied gemacht würde; da dies den Quellen durchaus widerspricht, ist auch eine historische Unterscheidung ganz unzulässig. — Irre ich nicht, so ist die Denegatio actionis im Legisaktionsprozeß sogar bezeugt in dem Edikt des Prators M. Livius Drusus bei Cic. ad Att. 9, 2, 8 (vor 114 a. C.); denn wie immer man sich den Inhalt dieses Edikts vorstellen mag, umfaßt das „me istos liberos non addixisse“ jedenfalls auch den Fall, daß die Freigelassenen die Proclamatio in libertatem erheben, und findet dann keine andere Durchführung als durch Den. act.; daß aber der Freiheitsprozeß damals wenigstens fakultativ noch im Wege der Legisaktio erhoben werden konnte, steht außer Zweifel.

⁴ Das geschieht nicht bloß im Gebiet der streitigen, sondern ebenso auch der freiwilligen Gerichtsbarkeit; man räumt dem Prator hier wohl die legalisierende Mitwirkung bei den von der Jurisprudenz ersonnenen Scheinprozessen (In jure cessio samt ihren Nebenformen, Datio in adoptionem, Emancipatio) ein, eine hierüber hinausgehende Tätigkeit aber (z. B. im Gebiet der Vormundschaftspflege und des sonstigen späteren officium ius dicentis) nur insoweit, als sie ihm etwa durch besondere gesetzliche Bestimmung, wie z. B. die lex Atilia de dandis tutoribus überwiesen ist. Die Quellen enthalten über diese Fragen allerdings wenig; auf einen hierhergehörigen Punkt hat Wlassak, Krit. Stud. 27 f. aufmerksam gemacht. Für den Fall, daß der Tutor gegen sein Mündel einen Legisaktionsprozeß führen will, wird letzterem vom Prator ein Vormund bestellt, welcher tutor praetorius heißt (Gai. I, 184; Ulp. 11, 24); da dieses nicht auf Grund der lex Atilia geschieht, muß die Befugnis zur Vormundsbestellung ursprünglich im Imperium inbegriffen gedacht worden sein, und es empfiehlt sich danach, der lex Atilia de dandis tutoribus nicht die Bedeutung zuzuschreiben, daß sie dem Prator eine bis dahin ihm fehlende Kompetenz beilegte, sondern die, daß sie diese ihm schon früher zustehende Macht durch das Erfordernis der Mitwirkung der Tribuni plebis einschränkte. Was wäre das auch für ein Zustand, wo ein Impubes, der weder einen agnatischen noch einen testamentarischen Vormund hat, völlig schutzlos bliebe? Nur darin kann Wlassak m. E. nicht beigestimmt werden, daß er diesen Vormund als einen solchen des prätorischen Rechtes bezeichnet (p. 30), womit einerseits das Gesagte wieder aufgehoben wird, und es auch nicht vereinbar ist, daß dieser Tutor zivile Auktoritas (zum lege agere) erteilt. (Anders steht es, wenn der Prator für Personen, die nach Jus civile gar nicht unter Vor-

Ursprünglichkeit des Legisaktionsprozesses.

Daneben hohes Alter des bloß magistratischen Rechtsschutzes für Nichtbürger.

Es wird nun zuzugeben sein, daß es eine Zeit gegeben haben muß, wo der Prozeß zwischen Bürgern sich ausschließlich in den Formen der Legisaktio bewegte. Daneben aber muß schon sehr früh ein Prozeß gestanden haben, welcher sich ohne die Legisaktionsform abspielte und in dem die Tätigkeit des Magistrats demgemäß von der Gebundenheit an den solennen Parteispruch befreit war⁵. Hierher gehört vielleicht als der älteste Fall — allerdings muß man dabei das Gebiet der Hypothese betreten — der Prozeß des Klienten⁶.

mundschaft gehören, wie die Minderjährigen u. a., eine Kuratel schaffte.) — Die Auffassung der Klassiker (Ulp. D. 26, 1, 6, 2) ist freilich die, daß erst das Gesetz die obrigkeitliche Vormundschaftsbestellung ins Leben gerufen hat; aber es fragt sich, ob dieselbe dem historischen Hergang entspricht. Es ist überhaupt sehr zweifelhaft, ob die obervormundschaftlichen Befugnisse, die in unseren Quellen auf kaiserliche Verleihung zurückgeführt werden, den republikanischen Prätores gefehlt haben und nicht vielmehr jene späteren Verordnungen nur eine Neuregelung unter allerdings vielfach neuen Voraussetzungen und Kompetenzverhältnissen enthalten. Wenn bei Liv. 4, 9 in einem allerdings nicht in Rom, sondern in Ardea spielenden Fall die Behörden über die Verheiratung eines Mädchens zwischen der Mutter und den Vormündern entscheiden, so deutet dies trotz seines legendenhaften Charakters doch darauf zurück, daß man die Allmacht der Vormünder als einer behördlichen Kontrolle unterworfen dachte. Vgl. oben S. 7 A. 11.

⁵ Dabei darf man daraus, daß Gai. 4, 11 und Pomp. D. 1, 2, 2, 6 die im Text geschilderte ergänzende Entwicklung des prätorischen Prozesses nicht kennen, gegen deren Existenz nichts folgern wollen; denn diese Entwicklung wird der antiken, doch sehr primitiven Geschichtsschreibung nicht wichtig genug erschienen sein, um sie darzustellen. Jedoch ist sehr wohl festzuhalten, daß Gajus und Pomponius sie eben auch nur ignorieren, nirgends aber in Abrede stellen; denn Gai. 4, 11, den man für letzteres anführt, hat durchaus nicht diesen Sinn, vgl. unten (Text zu A. 43). Eine Tradition, dahingehend, daß ohne gesetzliche Ermächtigung der Magistrat unter Bürgern einen Rechtsschutz nicht gewähren konnte, ist in den Quellen nirgends bezeugt; alles, was man hierfür sagt, ist modernes Mißverständnis.

⁶ Es darf hier als bekannt gelten, daß wenigstens ein Teil der plebejischen Bevölkerung dem Prozeß der Einwanderung nichttrömischer Elemente entstammt, welche kraft des Instituts der „Applikation“ an einen Patron sich unter dessen Schutz in Rom niederlassen, ohne jedoch zunächst das Bürgerrecht zu erlangen, und ebenso werden auch die „Dedierten“ nicht sofort des Bürgerrechts teilhaftig; auch sie mögen in alter Zeit als Schutzbefohlene auf die patrizischen Familien aufgeteilt worden sein (näheres bei Mommsen, Röm. Forsch. 1, 355 f.; Staatsr. 3, 1, 57, 64, 76 f.). Da diese Personenklassen des Bürgerrechts entbehren, und die Privatrechtsfähigkeit ursprünglich durch dieses bedingt ist, können sie quiritisches Privatrecht und den bürgerlichen Rechtsschutz nicht genossen haben; andererseits zeigt gerade die durchgängige

Jedenfalls aber gehört hierher der Fremdenprozeß. Auch hier wird nach einer heut immer mehr sich befestigenden und richtigen Meinung der Magistrat ohne Vollzug der *Legis actio*, welche dem Fremden nicht zugänglich ist⁷, Rechtsschutz haben eintreten lassen⁸. Sein Beruf hierzu aber beruht in beiden Fällen

Unterscheidung dieser Klienten von den Sklaven, daß ihnen der tatsächliche Besitz von Freiheit und Privatrechten von jeher zugestanden worden ist, welches hybride Verhältnis man passend als „Halbfreiheit“ bezeichnet hat. Trotzdem können sie des Bürgerprozesses nicht fähig gewesen sein; wenn es sehr wahrscheinlich ist, daß sie im Rechtsgang von ihrem Patron unterstützt oder vertreten werden mußten, so könnte das Verfahren dabei nur ein solches gewesen sein, welches ohne den feierlichen Bürgerspruch auf der allgemeinen rechtsschützenden Tätigkeit der Magistrate beruhte. An *Legis actio* kann schon wegen der hier geltenden Unzulässigkeit der Prozeßvertretung schwer gedacht werden. Die aus dem Repetundengesetz vom Jahre 631 hergeleitete irrite Behauptung, daß der Patron für den Klienten schlechthin per *legis actionem* prozessiert, wird unten zurückgewiesen werden; s. A. 30; hier liegt eine wahrscheinlich gesetzlich festgesetzte Ausnahme vor. Und noch entscheidender ist der Umstand, daß der Halbfreie sich auf die *Lex* nicht berufen kann, weil diese nur für den Bürger gilt.

Zu den Ausführungen von Mommsen, *Röm. Forsch.* 1, 375–376, welcher diese Personenklasse als eine unfreie ansieht, sodann hier eine Vertretung des Patrons im *Legisaktionen*prozeß annimmt und damit rechtfertigt, daß dieser hierbei juristisch eigentlich *suo nomine* klagt, ist zu bemerken, daß von einem Zustand der Unfreiheit der Applizierten — einer der ganzen Überlieferung widersprechenden Verlegenheitsannahme — ebensowenig die Rede sein kann, als davon, daß der Patron deshalb ihre Prozesse führt, weil ihre Rechte nach Analogie des Sklavenverhältnisses eigentlich ihm zustehen. Man versuche nur sich das für die Deliktssklagen — z. B. *Injurie* — auszudenken. Man sieht hieraus nur, wie wenig es möglich ist, diese Dinge unter Zugrundelegung des zivilen Prozeßrechts zu begreifen. — Absichtlich ist in obiger Darstellung die älteste Freilassung übergangen worden; denn so wenig zu zweifeln ist, daß es eine Zeit gegeben hat, welche noch keine rechtsgültige Freilassung kannte, wohl aber das tatsächliche in *libertate morari*, so ist es für diese Art der „Halbfreiheit“ — wenn man den Ausdruck auch hier verwenden will — doch recht zweifelhaft, ob sie jener der Applizierten und Dedierten schon in alter Zeit gleichwertig war.

⁷ Die öfter angenommene *Legisaktionsfähigkeit* der Peregrinen hat sicher nie bestanden; das Nähere unten § 7 z. E.

⁸ Ein unmittelbarer Beweis für den Bestand des Formularverfahrens im Peregrinenprozeß ist der Natur der Sache nach allerdings nicht vorhanden. Das stärkste Beweismittel ist eben immer ein indirektes: die Unmöglichkeit der *Legis actio* (s. Anm. 7). Daß ein ganz ähnlicher Vorgang, wie ihn die Rezeption des Peregrinenprozesses ins zivile Prozeßrecht (*iudicium legitimum*) darstellt, auch für Griechenland durch das Gesetz von Oianthea (E. Meyer, *Forsch. z. alt. Gesch.* 1, 313, 315) bezeugt ist, hat Wlassak (zitiert bei Erman, *Ztsch. d. Sav.St.* 19, 276 A. 2) bereits vorlängst betont.

auf dem Imperium, jener allgemeinen magistratischen Vollgewalt zu befehlen und zu entscheiden, welche zwar durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht zugunsten der Bürgerschaft teilweise gebunden ist, welche aber in ihrer unbeschränkten Kraft hervortritt, wo es sich um Nichtbürger handelt. Es sind das die bekannten und jedenfalls sehr weit zurückreichenden Anfänge des *Judicium imperio continentis*⁹.

Eine noch immer weitverbreitete Meinung geht nun dahin, daß es bei diesem unbedingten Gegensatz: „Bürgerprozeß nur in der Form der *Legisactio* und magistratischer Rechtsschutz nur für Nichtbürger“ bis auf das äbutische Gesetz verblieben sei. Kaum ein Mißverständnis der Quellen ist für die römische Rechtsgeschichte verhängnisvoller geworden als dieses; es hat z. B. eine gesicherte Auffassung über die Entwicklung der *Bonae fidei Contracte* so gut wie ausgeschlossen. Denn einerseits sind diese in der Prozeßform der *Legisactio* nicht leicht unterzubringen. Da die *L. a^{ones} Sacramento* und *per conditionem* schon wegen ihrer auf Ja und Nein gestellten Behauptung eines *Certum* der freien Entscheidung nach Treu und Glauben unzugänglich sind, haben nur jene Gelehrte für die *bona fides* in der *Legisaktion*zeit eine Unterkunft gefunden, welche sich dafür entschieden, der *l. a. per iudicis (arbitrive) postulationem* die entsprechenden prozessualen Funktionen zuzuweisen¹⁰. Da dieser aus verschiedenen Gründen ungangbare Ausweg von vielen abgelehnt wurde¹¹, ist dann oft der Beginn der Klagbarkeit der

⁹ Nicht hierherzustellen ist dagegen die Frage nach dem Rechtsschutz der Korporationen. Freilich hätten sie im *L.A.* Prozeß durch ihre Organe nicht vertreten werden können und daher gleichfalls prätorischen Schutzes bedurft, wenn sie überhaupt Prozesse hätten führen können. Aber diese Bedingung trifft schwerlich zu (§ 18, IV).

¹⁰ Führend ist in dieser Richtung Keller geworden.

¹¹ Die gegen denselben sprechenden Gründe werden kaum jemals in ihrem vollen Umfang erwogen. 1. Zunächst ist es, wenn man ihn betritt, auffallend, daß die republikanische Jurisprudenz in den *Arbitria bonae fidei* den Hort der Billigkeit erblickt, während doch bei jener Voraussetzung die *Legis actio p. j. a. v. p.* genau das Gleiche leistete; ein Jurist wie *Q. Mucius* (bei *Cic. de off. 3, 17, 70*) würde nicht gesagt haben „*summam vim esse in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur ex fide bona*“ (womit die *l. a^o p. j. a. v. p.* um so sicherer nicht gemeint ist, als er noch die *Judicia contraria* erwähnt), wenn dasselbe schon von jeher mit der *Legis actio* zu erreichen war. Dazu noch *Cic. top. 17, 66*: „*in omnibus eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum*“. 2. Unverständlich bleibt bei jener Annahme, wie die, weder dem ältesten Recht angehörigen noch später durch Gesetz eingeführten Ansprüche aus den

freien Kontrakte sehr tief herabgesetzt und angenommen worden, daß der Konsensalkauf, die Miete, Mandat, Sozietät u. a. etwa erst im zweiten Jahrhundert v. Chr. klagbar geworden sind, eine Ansicht, welche für eine hochentwickelte Zeit der römischen Kultur eine erschreckende Rechtlosigkeit anzunehmen gezwungen ist¹².

Konsensalkontrakten durch freies, von keinem prätorischen Machtspruch gestütztes Belieben eines *Iudex privatus* als ziviles Recht anerkannt werden konnten. Wenn auch der Bericht des Gaius 4, 11 die gesetzliche Herkunft nur für die Klagen, nicht auch für die ihnen zugrunde liegenden materiellen Rechte als notwendig bezeichnet (vgl. Ihering, Geist⁴ 2, 650f.), so mußte doch gerade bei der *Arbitri postulatio* der Grund des Anspruchs auch in dem Klagspruch bezeichnet sein; damit aber wäre man zu ganz gesetzlosen Zivilaktionen gekommen, und daß es solche nicht geben konnte, bildet das feste Fundament der älteren Rechtsgeschichte. 3. Verläßt man dieses, so sind die Konsequenzen unabsehbare. Man hat dann eine Allerweltsklage, von welcher nicht zu begreifen wäre, warum nicht jeder den Juristen und Geschworenen passend erscheinende Anspruch darunter gebracht werden konnte; wie konnte das ganze *Jus strictum* viele Jahrhunderte den zivilen Verkehr beengen, wenn ein solches Ventil bestand? 4. Wie sich mit jener Lehre die heute allgemein anerkannten *Formulae in factum conceptae* für *Fiducia*, *Depositum* und *Commodat* vereinigen sollen, ist nicht abzusehen; da hätte man ja das alles schon durch die *Legis actio* geltend machen können. — Und endlich, wäre wirklich die Bedeutung dieser Prozeßform diese gewesen, so war in ihrem Namen das Wort *Arbitrator* so überaus bedeutsam, daß Gaius es nicht weglassen dürfte, sondern eingehend darüber sprechen mußte; aber er nennt die Klage schlechtweg „*per iudicis postulationem*“ (4, 12. 20). Was ihre wahre Bedeutung war, können wir heute nur noch vermuten; am ansprechendsten scheint mir die schon von Puchta (Inst.¹⁰ 1, 555 [§ 179]) und neuerdings wieder von Wlassak, Z. Sav.St. 25, 165 A. 3 vertretene Hypothese: Bestimmt für die Geldliquidation bei *Confessio* auf eine *Res certa*. Daneben wird das *Arbitrium* bei den Teilungsklagen und der *A^o pluviae arcendae* dieser Prozeßform angehören; aber dieses beruht eben nicht auf Geschworenensouveränität, sondern hat in fast allen Fällen nachweisbaren (Ausnahme nur bei der *a^o comm. divid.*) Anhalt im Gesetz (XII Tafeln).

¹² Unzulänglich ist jedenfalls die Abhilfe Bechmanns (Kauf 1, 467f.), aus den Konsensualverträgen sei früher mit *l. a^o sacr.* nach strengem Recht geklagt worden, und die damit zusammenhängende Behauptung Anderer, daß die Frage nach der Klagbarkeit der Konsensualverträge von jener der Entwicklung der *bona fides* zu trennen ist. Zunächst ist dies unbewiesen; denn bei Varro, R. R. 2, 2, i. f., wo Klage auf die gekaufte Sache trotz mangelnder Bezahlung, also entgegen dem Prinzip des *Synallagma* zugelassen scheint, ist beiderseitige *Stipulation* vorausgesetzt. Zweitens aber: Die Tatsache, daß schon früh der Prätor eine Anzahl von *bon. fid. iudicia* ohne *Edikt* in das *Album* aufnehmen konnte, zeigt, daß der Gedanke, nach *Treu und Glauben* zu klagen, schon der *Legisaktionszeit* angehört (s. unten S. 48), und die von Bechmann vorgeschlagene Zerreißen des zweiseitigen Kontraktverhältnisses in getrennte Ansprüche des *ius strictum* ist in vielen Fällen gar nicht durchführbar.

Über-
tragung
desselben
auf Bürger.

All diese Schwierigkeiten verschwinden in dem Augenblick, wo auch für Bürger die Möglichkeit magistratischen Rechtsschutzes kraft Imperiums als von altersher gegebene erkannt wird. Mit Recht ist darum schon von verschiedenen Seiten darauf aufmerksam gemacht worden, daß auch im engeren Kreis der Cives schon vor dem äbutischen Gesetz eine nicht an die Legisaktionen sich bindende Rechtsprechung stattgehabt haben kann.

Prozessualisch hat man sich das früher mitunter so gedacht, daß es den Parteien erlaubt gewesen sei, dem Prätor einen — keinem offiziellen Album iudicum selectorum angehörigen — Mann ihres Vertrauens als Schiedsmann — arbiter — in Vorschlag zu bringen, aber nicht in der Weise, daß derselbe als gewöhnlicher privater Schiedsrichter (arbiter ex compromisso) einen rein privaten, höchstens durch die bekannte Konventionalstrafe des Zuwiderhandelns geschützten Schiedsspruch zu fällen habe, sondern so, daß er vom Prätor zur Urteilsfällung ermächtigt und dadurch staatlicher Geschworener werden soll, dessen Urteil, wie das des iudex, exekutorisch wirkt¹³. Dabei sollen übrigens, wie mitunter hinzugefügt wird, eigentliche Klagformeln in dieser Ermächtigung nicht verwendet worden sein¹⁴.

Man stützte sich hierfür insbesondere auf Stellen des Cicero, welche die Begriffe arbitrium honorarium und arbiter honorarius enthalten¹⁵, indem man aus diesen Wortverbindungen¹⁶ herausgelesen hat, daß hier ein Schiedsrichter aufser dem Album (arbiter) gemeint sei, der durch den Prätor staatliche Urteilsgewalt erhalte

¹³ So Karlowa, Civ.Proz. 140, 252; Hartmann-Ubbelohde, Ordo jud. 271 f. (der freilich in den Belegstellen nicht wählerisch ist); Cuq, Instit.¹ 1, 689 f. (225; 285). — Bekker, Akt. I, 309/10 faßt das Moment der prätorischen Autorisation nicht besonders ins Auge.

¹⁴ So Karlowa a. O. 140: „In der früheren Zeit ernannte der Inhaber der Jurisdiktio bei Streitigkeiten aus solchen Geschäften einen Arbiter, ohne diesen in förmlicher Weise zu instruieren.“ (Anders jetzt Cuq² 225.)

¹⁵ Vorausgesetzt wird hierbei der bekannte Gegensatz zwischen arbitrium und iudicium, wonach ersteres die Rechtsprechung nach freiem Ermessen, insbesondere auch nach bona fides, im Gegensatz zu der nach strengem Recht bezeichnet. Cicero, p. Qu. Rosc. Com. 4, 11: „Quid est in iudicio? Directum, asperum, simplex: si paret H. S. dari . . . Quid est in arbitrio? Mite, moderatum: quantum aequius et melius sit dari.“ Vgl. auch de off. 3, 17, 70: „In omnibus eis arbitriis, in quibus adderetur „ex fide bona“.

¹⁶ Das arbitrium honorarium findet sich genannt in der Rede p. Rosc. Com. 5, 15: „Perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica (letzteres bedeutet das private Schiedsgericht) conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus.“ Der arbiter

und man betrachtete das als unterstützt dadurch, daß nach einer Lesung von Studemund bei Plautus ein *Arbiter extra considium* genannt ist¹⁷, worunter man einen keinem *Album* angehörigen *Arbiter* verstand.

Es mag vorläufig dahingestellt bleiben, ob die prozessuale Seite des Vorgangs gerade in der bezeichneten Weise gedacht werden muß, ja es ist m. E. weit entfernt davon, daß die eben genannten Zeugnisse sich auf die hier behandelten Fragen beziehen¹⁸.

honorarius steht Tusc. Disp. 5, 41, 120: „*Quorum controversiam solebat tamquam honorarius arbiter iudicare Carneades*“ und de fato 17, 39: „*Videtur Chrysippus tamquam arbiter honorarius medium ferere voluisse*.“

¹⁷ Plautus, Casina 5, 966: „*Nunc ego tecum aequum arbitrum extra considium (od. consedium) captavero*.“ Wie Wissowa mir freundlich bemerkt, steht die Lesung *considium* in dem entscheidenden Buchstaben *d* völlig fest; nur das vorausgehende *i* könnte auch ein *e* sein. *Considium* haben die maßgebenden neueren Ausgaben von Fr. Schöll (1893) und F. Leo (1895) aufgenommen; letzterer mit dem Zusatz „cf. Studemund, Herm. 1, 287; *res admodum dubia*“.

¹⁸ Es ist allerdings eine durch vielfache Erfahrung bestätigte Tatsache, daß die in Note 16 zitierten Cicerostellen verschiedener Deutung fähig sind, und zuzugeben ist, daß bei der im Text bezeichneten Auffassung von Karlowa, *Ubbelohde* und *Cuq* eine einheitliche und juristisch klare Terminologie des Cicero sich ergibt: *Honorarius* bedeutet dann allemal das kraft magistratischer Autorität bestehende Schiedsamt. Wenn trotzdem diese Auslegung sicher unzutreffend ist, so beruht das, abgesehen davon, daß Cicero ein viel zu unverlässlicher Logiker ist, um ihm eine geschlossene, verlässliche Terminologie beilegen zu müssen, vor allem auf folgendem. Wer Cicero so auslegt, muß offenbar bei p. Q. Rosc. 5, 15 den Gegensatz von *iudicia legitima* und *arbitria honoraria* identifizieren mit dem bei Gai. 4, 103 festgestellten von *iudicia legitima* und *imperio continentia*, d. h. als einen Gegensatz zwischen *zivilem* und *prätorischem Prozeß* ansehen. Nun ist aber unzweifelhaft schon vor Cicero ein solches *arbitrium honorarium*, wie jene Schriftsteller meinen, durch die *lex Aebutia iudicium legitimum* geworden. Wenn Cicero es trotzdem noch *arbitrium honorarium* nennt, müßte man, wenn man ihn ernst nehmen wollte, annehmen, daß er einen schon seit vielen Dezennien obsolet gewordenen Sprachgebrauch befolgt, was auf große Bedenken stößt. Das Richtige ist vielmehr, daß seine volltönenden Worte nicht ernst zu nehmen sind, und daß er zwei ganz verschiedene Dinge — den Gegensatz von *zivilem* und *prätorischem Prozeßrecht* (darauf deutet der Gegensatz *legitima-honoraria*) und von *strengem* und *freiem materiellen Recht* (darauf deutet *arbitria*) — einfach zusammengeworfen hat. In der Tat führt selbst einer der Vertreter jener Auffassung sie nicht konsequent durch: nach Hartmann 267, 5 bedeutet *honorarius arbiter* den eigentlichen Schiedsrichter (*arb. ex compromisso*), weil sein Amt in ehrenvoller Freiwilligkeit (über diesen Sinn von *honorarius* auch Mommsen, Eph. epigr. 8, 269 f.) übernommen wird. Es ist klar, daß nach dieser Auffassung Cicero den *arbiter honorarius* in ganz anderem Sinne verstanden hätte

Ganz sicher aber trifft die Vorstellung, daß der Prätor schon zur Legisaktionenzeit sich an die Strenge der Legisaktionen nicht unbedingt gebunden hielt, das Richtige.

Zunächst ist diese Vorstellung schon äußerlich keineswegs unbeglaubigt. Sie wird nämlich, wenn man die Quellenzeugnisse ohne vorgefasste Meinung nimmt, wie sie liegen, gestützt durch die Tatsache, daß schon Sextus Aelius, der noch vor dem aebutischen Gesetz¹⁹ wirkte, geraten hat: „Si per emptorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, per arbitrium indemnitatem posse servari“²⁰; hiermit kann unmöglich ein bloß privater Schiedsspruch gemeint sein²¹. Wenn, wie es nicht unwahrscheinlich ist, die lex Aebutia jünger ist als die catonischen Schriften, so führt auf dasselbe auch die Kontraktklausel bei Cato de agricult., wonach, wenn der Redemptor des Wintergrases durch den Verkäufer einen Schaden erleidet oder umgekehrt, oder wenn der Entrepreneur der Öllese und Ölpresung dem Bauern einen Schaden stiftet, dieser nach dem Ermessen eines billigdenkenden Mannes vergütet werden soll²². Das findet denn noch in der klassischen Zeit eine nachträgliche Illustration in der Tatsache, daß im Verfahren mit restitutorischen und exhibitorischen Inter-

als das *arbitrium honorarium*, welches doch jedenfalls nicht das Schiedsgericht bedeutet, und daß, wer ihm eine ernsthafte Terminologie zuschreiben wollte, einen beide Ausdrücke gleichmäßig deckenden Sinn suchen muß; dessenungeachtet wird diese Auffassung gerade das Richtige treffen. — Sehr schwer ist es, mit Voigt, *Jus nat.* 4, 455 das Adjektiv *honorarius* in allen drei Cicerostellen darauf zu beziehen, daß an die prätorische Formel gedacht sei. In diesem Sinne kann man wohl von *arbitrium honorarium*, aber kaum von *arbitrator honorarius* sprechen. Die Stelle des Plautus endlich anzurufen, bedeutet ein arges Mißverständnis. Da mit dem angerufenen *arbitrator extra considium* einfach scherzweise der Knüttel gemeint ist, so bedeutet der Witz nur, daß ein Richter kommen wird, der höchst unoffizielle Funktionen vollzieht. (An Literatur vgl. noch Wlassak, *Art. arbitrator* bei Pauly-Wiss. 2, 409).

¹⁹ Vgl. über diesen Altersansatz unten A. 30.

²⁰ D. 19, 1, 38, 1. Die Bestreitung dieses Zeugnisses durch Girard, *Ztschr. d. Sav. St.* 14, 22 und die daselbst zit. Schriftsteller ist unbegründet; sie geht immer darauf hinaus, dasselbe für irgendwie entstellt zu erklären, um die vorgefasste Meinung halten zu können, daß es zu Aebutius' Zeit noch kein *arbitrium* gab.

²¹ Und ebensowenig die *Legis Actio per arbitri postulationem*. Vgl. oben Anm. 11.

²² Cato l. c. 149, 6; 149, 5; 144, 6—7; 145, 9. Wer die Wirksamkeit dieser Klauseln auf eine hinzutretende Stipulation (*quantum Titio paruerit, dari*) zurückführt, muß sie sich erst dazu denken und annehmen, daß Cato seinem Leser das Wesentlichste verschwiegen habe.

dikten der Prätor dem Beklagten ermöglicht, das strenge Sponsionsverfahren durch Erbittung eines Arbiters zu umgehen²³. Das zeigt nämlich, daß er dem Wunsche der Parteien, die Härte des strengen Rechtes durch ein freies Recht zu ersetzen und die Sachen nicht nach dem Buchstaben, sondern in billiger Weise schlichten zu lassen, entgegenkommt, und es besteht kein staatsrechtliches Bedenken, dasselbe als ein so altes Prinzip anzuerkennen, als die Quellen andeuten.

Denn was diesen letzteren Punkt insbesondere anlangt, ist es durchaus vorgefaßte Meinung, wenn vielfach noch immer angenommen wird, der Magistrat habe zu jener Zeit einen Rechtsschutz nur soweit gewähren können als das System der Legisaktionen reichte und nur in den durch dieses System vorgezeichneten Formen. Vor dieser Behauptung sollte doch schon der unbestritten uralte Bestand des Interdiktschutzes warnen, der ja in Wahrheit nichts ist als ein vom Magistrat auf dem gesetzess-freien Gebiet von sich aus gewährter Rechtsschutz. Und auch abgesehen hiervon führt der Begriff des verwaltungsrechtlichen Imperium, den insbesondere Mommsen so unwiderleglich entwickelt hat, durchaus dazu, dem Magistrat jede obrigkeitliche Maßnahme soweit zuzusprechen, als nicht ein konkretes Gesetz seine primäre Verordnungsgewalt bindet; auf diesem Gedanken ist das ganze römische Staatsrecht aufgebaut, und es ist durchaus falsch, ihn im Gebiet der Jurisdiktion zu leugnen. Daß dies immer wieder geschieht, beruht lediglich auf mißverständlicher Auslegung der Stelle bei Gajus 4, 11, deren wahrer Sinn unten (S. 56 zu Anm. 43) dargelegt werden wird; in dem Augenblick, wo dieses Mißverständnis behoben wird, eröffnet sich der Ausblick auf einen alten Bestand freier magistratischer Rechtsprechung. Daß es eine Urzeit gegeben hat, wo man mit der starren Legisaktio sich begnügte, mag zugegeben sein (vgl. S. 42); das Rechtsschutzbedürfnis der Urzeit ist eben ein primitives. Aber wie gesagt, schon die Ausbildung der ältesten Interdikte zeigt, daß ein Fortschritt hier möglich und wünschenswert war, und es ist nur eine formale Erweiterung dieses Gedankens, wenn man auch andere Formen des magistratischen Rechtsschutzes schon in dieser Periode für möglich hält.

²³ Gai. 4, 163: *Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria et . . . sine periculo exhibet sqq.*

Binding, Handbuch I. 6: *Mitteis, Privatrecht.*

Dazu kommt aber noch folgende Erwägung. Im Fremdenprozeß wurden von jeher Geschworene bestellt, welche von den Fesseln des Urteilens nach Legisaktionen befreit waren und Niemand bezweifelt, daß in ihrer Judikatur sich die Verträge des Jus gentium, soweit es sich um den Verkehr zwischen Bürgern und Nichtbürgern handelt, entwickelt haben. Ist es da nicht an sich höchst wahrscheinlich, daß auch von dem Prätor urbanus auf Wunsch der Parteien das gleiche Verfahren gehandhabt wurde? Liegt es doch eigentlich in der Konsequenz des im Fremdenverkehr sich entwickelnden Jus gentium, daß es für alle Völker, also auch für die römische Bürgerschaft gilt; ist es da denkbar, daß für diese die Entwicklung gebunden geblieben sein sollte durch die Formen und Voraussetzungen der Legisactio?

Und als letztes Moment: für eine Reihe von bonae fidei iudicia, Kauf, Miete, Mandat, Sozietät, Dotaklage hat der Prätor bekanntlich nie ein Edikt, sondern von jeher nur Formeln aufgestellt, während er für andere, wie Depositum, Commodat, Negotiorum Gestio ediziert. Wie erklärt sich das und wie konnte der Prätor darauf rechnen, daß z. B. bei einem Mandat der Geschworene ein dare facere oportere ex f. b. ohne weiteres als gegründet ansehen werde? Will man nicht annehmen, was ganz unwahrscheinlich ist²⁴, daß hier schon in älterer Zeit durch Gewohnheitsrecht eine zivile Verpflichtung sich herausgebildet und selbst für die Legisaktionen gegolten habe, so wird die Erklärung in all diesen Fällen die sein, daß hier durch lange Zeit zwar nicht ziviler aber prätorischer Rechtsschutz²⁵ — wahrscheinlich durch Actio in factum — bestanden hatte, der dann schließlichs ein ziviles Gewohnheitsrecht und ein dementsprechendes dare facere oportere begründet erscheinen läßt (s. unter II).

Die prozessualischen Vorgänge im Einzelnen wird man sich wohl anders vorstellen dürfen, als es die oben (S. 46) geschilderte Auffassung tut. Man wird zunächst, im Gegensatz zu Karlowa (oben A. 14), annehmen dürfen, daß eine der späteren Prozessformeln

²⁴ Vgl. über die diese Annahme ausschließenden Bedenken oben Anm. II.

²⁵ Die Frage, seit wann dies der Fall ist, kann nach der Natur unserer Überlieferung nicht aufgeworfen werden; aber zu erinnern ist daran, daß nach Gai. 4, 28 der Kreditkauf und die Miete bereits für die Zwölfjahreszeit vorausgesetzt werden, vgl. J. 2, 1, 41. Wenn es freilich möglich ist, sich hier durch die Annahme zu helfen, daß der Kauf- und Mietpreis durch besonderen Formalvertrag zugesagt worden sei (noch anders Schloßmann, Schuldrecht 28 a. 1), so zeigen doch diese Notizen, daß die Herrschaft des reinen Bargeschäfts nicht allzutief herabdatiert werden darf.

des Formularverfahrens gleichartige Einrichtung — wahrscheinlich, wie gesagt, *Actio in factum* — schon hier bestanden hat. Und ferner ist es nicht notwendig, für den voräbütischen Formularprozess unter Bürgern anzunehmen, daß es stets Sache der Parteien gewesen sei, einen zum Schiedsamt bereiten Vertrauensmann ausfindig zu machen, und daß eine prätorische Liste solcher Arbitri nicht habe bestehen können. So wenig sich an der Möglichkeit zweifeln läßt, daß auch Personen, die keinem Album angehörten, mit einem arbitrium betraut werden konnten²⁶, so wenig läßt sich anderseits die Möglichkeit ausschließen, daß der Prätor auch für solche Prozesse, seit sie häufiger wurden, eine Geschworenenliste²⁷ aufgestellt hat.

Die wichtigste Frage ist dabei immer, ob ein solches Verfahren geeignet war, in größerem Umfange praktisch zu werden, oder als bloße Ausnahme zu denken ist²⁸. Man wird zunächst erwägen, daß ein Einverständnis der Parteien über die Einleitung eines Arbitrium nicht selten gewesen sein wird, und zweifelhaft kann nur das erscheinen, ob der widerstrebende Beklagte zur Annahme eines derartigen Arbitrium gezwungen werden konnte. Aber auch letztere Annahme ist durchaus nicht unwahrscheinlich²⁹,

²⁶ Die Anschauung, daß auf einstimmiges Verlangen der Parteien ihnen der Mann ihres Vertrauens als Schiedsman zu geben ist, tritt noch in viel späterer Zeit im Kognitionsverfahren (für den Ordinarprozess vgl. Keller, C.Pr. § 9 A. 142) deutlich hervor: C.J.L. 3, 2882: . . . nus Laco [cent(urio)?] leg[ionis] VII iudex [dat]us ex convent[ione]; Pap. D. 49, 1, 23: Ex consensu litigantium citra compromissum a praeside provinciae iudice dato victus potest provocare. (Dagegen kann D. 26, 5, 4 hierfür nicht zitiert werden, weil hier die entscheidenden Worte „compromissarius — sententia“, wie Wlassak mir bemerkt, nach C.J. 2, 3, 29, 2; 3, 1, 14 und 16 interpoliert sind; die Hand der Kompilatoren ist auch sonst zu erkennen, Pernice, Z. Sav.St. 14, 177.)

²⁷ Ob er auch Geschworene aus der Liste der legitime iudicantes ohne weiteres heranziehen konnte, ist, weil ein solcher Prozess nicht legitim war, zu bezweifeln; denkbar jedoch, daß er durch besonderes Edikt erklärte, sie auch über ihren eigentlichen Wirkungskreis hinaus für *judicia imperia continentia* zu verwenden. Zum ganzen vgl. noch Wlassak, Proz.G. 2, 200 A. 24 und Citt.

²⁸ Es ist möglich und sogar wahrscheinlich, daß der in den älteren Quellen wiederholt auftretende Gegensatz von *lites* und *jurgia* (oben S. 31 A. 7) zurückgeht auf die Unterscheidung dieser honorarischen Prozesse von den zivilen. Bestimmtes läßt sich hierüber nicht sagen.

²⁹ Das wird freilich vielfach auf Bedenken stoßen, weil es der Herrschaft des Legisaktionenprozesses zu starken Abbruch zu tun scheint. Aber wer einmal an dieser Alleinherrschaft zweifelhaft geworden ist, wird staats- und prozessrechtliche Bedenken dagegen, daß der Prätor auf die Annahme eines arbitri gelegentlich auch durch Zwangsmittel hingewirkt habe, kaum finden

und wenn sie zutrifft, tritt in ihr die über die Legisaktionen hinausreichende Richtertätigkeit des Prätors deutlich hervor. Formell waren solche Prozesse natürlich immer *Judicia imperio continentia*; *Judicia legitima* sind sie erst durch das aebutische Gesetz geworden³⁰.

können. Man wird natürlich auch hier ein allmähliches Fortschreiten anzunehmen haben; solange die Legisaktionen das praktische Bedürfnis befriedigten, wird eine Abweichung von denselben als unerhört gegolten haben; seit die Bevölkerung selbst auf Arbitri provozierte, wird es schwerlich jemand dem Prätor verdacht haben, wenn er sein Imperium in dieser Richtung zur Anwendung brachte. — Am naheliegendsten und billigsten mußte solcher Zwang erscheinen, wo die Parteien schon bei Eingehung eines Kontrakts sich die Annahme eines Arbitrium boni viri versprochen hatten, und es hängt vielleicht damit zusammen, daß wir solche Abmachungen bei Cato (oben S. 48) und wohl auch in den *Cautiones rei uxoriae* (Anm. 31) finden.

³⁰ Über das Alter dieses Gesetzes läßt sich eigentlich nur die eine bestimmte Zeitgrenze nachweisen, daß es der Zeit nach 550 der Stadt angehören muß. Allerdings nicht, weil es jünger sein mußte als die *l. Furia legatorum* (angeblich, was aber zudem m. E. durchaus unbewiesen ist, wie an späterer Stelle zu erörtern, nicht vor 550, Bruns, *Kl. Schr.* 2, 311), da die Statuierung der *Manus injectio* durch dieses Gesetz keineswegs den reinen Legisaktionenprozess voraussetzt. Sondern weil es nicht älter sein kann als die *Triperitita* des *Sex. Aelius*, welche den reinen Legisaktionenprozess als das einzige legitime Verfahren voraussetzen, *Pomp. D.* 1, 2, 2, 38. Alle Angaben näherer Daten (bes. Girard, *Z. Sav. St.* 14, 49, welcher das Gesetz zwischen 605 und 630 ansetzt) gehen von teilweise unrichtigen Prämissen aus. So ist aus dem Auftreten der ältesten nachweisbaren Mandatsklage (a^o 637—639, Girard p. 35) nichts zu schließen; denn es könnte prätorischer Rechtsschutz im früher entwickelten Sinn vorliegen; ebenso bei den Klagen des *bonorum emtor* der *lex agraria* von 643 (Girard a. O. 36). Ebenso wenig beweist es, daß die *l. Calpurnia de repet.* nur den Sakramentsprozess kennt: vor einem ständigen Gerichtshof hat es nie Formeln gegeben, und das ist auch der Grund, weshalb hier sogar die *Peregrinen* (oder ihre *Patrone*) ausnahmsweise sich der *L. a^o* bedienen müssen. Die — ohnedies nicht genau zu fixierende — *lex Vallia* gibt gleichfalls kein Datum; der Prozess mit *Manus injectio* ist durch die *lex Aebutia* nicht abgeschafft worden, konnte also auch noch gesetzlich modifiziert werden. — Dessenungeachtet spricht eine ganz überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, daß das Gesetz erst dem Ende des sechsten oder Anfang des siebenten Jahrhunderts der Stadt angehört. Die Tatsache, daß die *Plautinischen Komödien* (bis etwa 565 d. St. reichend) zahlreiche Spuren der *Legisactio* aufweisen, aber keine einzige der *Formula*, die Lebenskraft, welche die formalistische Rechtsanschauung noch im letzten Jahrhundert des Freistaats überall aufweist und die noch tief in die Kaiserzeit hinein anhält (s. u. § 15), und die Erwägung, daß der hybride Zustand des gleichberechtigten Nebeneinanderstehens von Legisaktions- und Formularprozess nicht allzulang angesetzt werden darf, haben die neuere Geschichtsforschung mit Recht dazu geführt nicht über jenen Ansatz zurückgehen zu wollen, und darum ist oben (Text zu A. 19) der Ausspruch des *S. Aelius* als voräbutisch

Aber auch der Inhalt dieses Gesetzes wird um vieles verständlicher wenn man annimmt, daß es auf die Bürger nicht ein neues, ihnen bisher unzugängliches Prozeßsystem aus dem Fremdenrecht übertrug, sondern nur das ihnen schon früher zugängliche Verfahren mit den Wirkungen eines wahren zivilen Prozesses ausstattete.

Von diesem Standpunkt aus ist anzunehmen, daß das honorarische Recht schon viel früher, als gemeiniglich angenommen wird, neben dem zivilen einen sehr bedeutenden Umfang gehabt hat; die Entwicklung des Vertragsrechts, der Dotalklage⁸¹ und wahrscheinlich auch mancher prätorischer Strafklagen hat sich hier abgespielt und was uns als starre Dürftigkeit des zivilen Rechts erschien und Rechtszustände annehmen ließ, welche dem lebensvollen Verkehr der werdenden Großstadt in keiner Weise entsprachen, wird ergänzt und umrankt von dem überall sich anschließenden und aushelfenden Rechtsschutz des Imperium.

Bei dem allen scheint freilich noch ein letztes Bedenken übrig zu bleiben, nämlich die Tatsache, daß den meisten der hierher gehörigen Rechtsinstitute der Stempel prätorischer Herkunft fehlt und dieselben vielmehr als zivile erscheinen. Auch dies findet seine Erklärung in dem wichtigen Prozeß der Rezeption prätorischen Rechtsstoffes in das Jus civile.

angesehen worden mit aller Beruhigung, die in solchen Dingen eine wohl-erwogene communis opinio geben kann, und wahrscheinlich ist dies auch bei dem ebenda angeführten Text des Cato das Richtige, wobei noch zu erwägen ist, daß dieser doch nur der Niederschlag einer offenbar nicht plötzlich entstandenen Praxis ist.

⁸¹ Das Nähere über letzteren Punkt im Dotalrecht. — Hier sei bemerkt, daß die von Gellius 4, 3 für eine jedenfalls ins sechste Jahrhundert d. St. zurückreichende Epoche bezeugte *Cautio rei uxoriae* ein vor Eingehung der Ehe geschlossenes, vom Prätor geschütztes Paktum auf eventuelle Einsetzung eines arbirer über die Rückstellungsfrage gewesen sein dürfte. Eine Stipulation wäre in allen Fällen, wo die Frau *sui juris* war und ihr zurückgegeben werden sollte, durch die bei der (damals noch vorherrschenden) Manusehe eintretende *Capitis deminutio* der Frau vernichtet worden, und auch die Zuziehung eines *Tertius stipulator* hätte dagegen nicht geschützt, weil der Anspruch der Frau gegen diesen gleichfalls zugrunde gegangen wäre. Das prätorische Paktum ist von der *cap. dem.* ursprünglich unabhängig gewesen, was noch später in der hier stattfindenden Annahme eines Naturalrechtes (D. 4, 5, 8) nachklingt. — Die (auch in anderer Beziehung keineswegs einwandfreie) Abhandlung von Pernice, *Ztschr. d. Sav.St.* 20, 130 f. sucht die *aº rei uxoriae* wie andere Ediktsbestimmungen an altes Gewohnheitsrecht anzulehnen; in welchem Forum dieses anerkannt worden sein soll wird nicht gesagt. Ganz zutreffend hatte Esmein, *Nouv. Rev. hist.* 17, 166 hier eine voräebutische Formel angenommen.

Rezeption
prätorischen
Rechtes in
das Jus
civile.

II. Der Kreis des Zivilrechts ist nämlich gegenüber dem honorarischen kein unabänderlich abgesteckter. Es ist vielmehr die Möglichkeit gegeben und in mehrfachen Fällen auch verwirklicht worden, daß amtsrechtliche Grundsätze dadurch, daß sie fortdauernd befolgt wurden, sich von ihrer Herkunft losgelöst haben und als ziviles Gewohnheitsrecht erschienen sind³². So kann z. B. ein Ausspruch, der durch Jahrhunderte vom Prätor geschützt wird, allmählig so tief in das allgemeine Rechtsbewußtsein eindringen, daß er als gewohnheitsmäßiges und daher ziviles *dare facere* oportere erscheint³³.

Dieser Rezeptionsprozefs ist in klassischer Zeit mehrfach nachweisbar.

Am deutlichsten tritt er darin hervor, daß an mehreren Stellen des prätorischen Edikts für gewisse Kontraktansprüche, für welche Zivilformeln aufgestellt sind, der prätorische Schutz noch durch besondere Ediktsbestimmung und durch eine dieser entsprechende *a°* in factum verheißsen wird. Diese anomale und vom Standpunkt des fertigen Rechts unverständliche Erscheinung erklärt sich historisch so, daß in solchen Fällen Edikt und *a°* in factum das ältere, die Zivilformeln das jüngere, und erst dann hinzugetreten sind, als niemand mehr zweifeln konnte, daß jeder Geschworene aus den betreffenden Tatbeständen ein *dare facere* oportere ex fide bona ohne weiteres entnehmen würde³⁴. So liegt es bei *Depositum*, *Kommodat* und *Negotiorum gestio*³⁵. Sehr deutlich läßt sich der

³² Es ist das Verdienst Wlassaks, auf diesen vorher nur von E. Zimmermann (echte und unechte *Neg. Gestio* § 2 N. 13) flüchtig skizzierten Prozefs deutlich hingewiesen zu haben. Wie nahe diese Rezeption den Römern liegt zeigt sich auch darin, daß wiederholt prätorische Schöpfungen als „*moribus*“ eingeführt bezeichnet werden; so die *a°* *injur. aestim.*, *Paul. sent.* 5, 4, 6 und das *Interdiktionsdekret* 3, 4a, 7 (wozu auch *Ulp. D.* 27, 10, 1 *pr.* heranzuziehen ist, wenn man mit den daselbst vorliegenden Kürzungen des Textes rechnet, vgl. unten § 37).

³³ Wlassak (bei Pauly-Wissowa 1, 311) verweist hierzu auf die (nach Ferrini einem klassischen Juristen [Gaius?] entnommene) Stelle *J. 3, 13, 1: civiles (obligationes) sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt*. Ob hiermit freilich der Satz des Textes ausgesprochen sein soll, würde schon an sich zweifelhaft sein, und ist es um so mehr, als der *Passus* sehr nach *Tribonian* klingt (*Perozzi, Oblig.* 141).

³⁴ Vgl. Wlassak, *Neg. Gestio* 164, *Proz.Ges.* 2, 302 A. 10; Bekker, *Z. Sav.St.* 4, 148. So erklärt sich auch, daß die in ihrer Anordnung auf eine alte, auf das Zivilrecht abstellende Vorlage zurückgehenden Institutionen des *Gaius* das *Kommodat* (vgl. noch *Segré, Studi Fadda* 333 f.) und *Depositum* nicht behandeln.

³⁵ Das Nähere in der Geschichte des *Obligationenrechtes*.

Prozeß wie an die *aº* in factum die Rechtsanschauung von einem *dare oportere* sich anschließt, verfolgen bei den *ädilizischen* Klagen; diese waren von den *Ädilen* als *actiones poenales* für den beschränkten Kreis des Marktverkehrs aufgestellt³⁶; aber später hat die Praxis den Zweck der *Redhibition* oder Preisminderung gegebenenfalls in weiterem Umfang und unter Weglassung der durch die *Pönalität* gebotenen Grenzen zu erreichen gewußt, indem sie die *Garantie* für Mängel als eine den *Gewohnheiten* des Lebens und darum der *bona fides* jedes Kaufes entsprechende mit der *aº emti* durchsetzte³⁷. Die Haftung des *Gewalthabers* aus dem *Jussum* zu *Kontrakten* seiner Leute ist *prätorisch*; aber die spätere Praxis erachtet sie für so *selbstverständlich*, daß sie gegen ihn auch *Zivilklage* gewährt³⁸. Die Haftung desjenigen, der sich des *Besitzes* bößlich vor der *Litiscontestatio* entäußert hat, hat aller *Wahrscheinlichkeit* nach der *Prätor* geschaffen³⁹: im zweiten Jahrhundert der *klassischen* Zeit wird sie bei der *zivilen formula petitoria* als gegeben angesehen, auch ohne *Anhalt* in der *Formel*, wobei *freilich* unterstützend sich einschleibt, daß das *Sc. Iuventianum* für die *Caducorum vindicatio* den Gedanken schon früher *rezipiert* hatte. Vielleicht gehört es auch hierher, wenn bei der nach den *Zwölfafeln* erfolgenden *Interdiktion* des *Verschwenders*, die sich ursprünglich nur auf die *Bona paterna avitaque* bezog und erst in *erweiterter* Anwendung durch den *Prätor* auch das *selbsterworbene* Vermögen ergriff, die *Klassiker* doch die

³⁶ Daß die *aº redhibitoria* und *quanto minoris* zunächst bloß für *Sklassen* und *Zugtiere* (nach einem *elogium edicto subjectum* auch sonstiges Vieh) berechnet waren, zeigen *D. 21, 1, 1, 1 u. 38 pr. § 5*. Über den *pönalen* Charakter derselben z. B. *Karlowa, R.G. 2, 1295 f.*; *Pernice, Lab. II², 2, 1, 52.*

³⁷ *Wlassak a. O. 171 f.* — *Preisminderung* bei *tignum vitiosum*: *Julian, D. 19, 1, 13 pr.* (nicht hierher gehört *D. 19, 1, 6, 4*, wo *stillschweigende* *Garantieübernahme* und *Klage* auf das *Interesse* angenommen wird). Daß aber auch auf *Grundstücke* das *ädilische* Recht übertragen worden sei, ist doch wohl nur durch *Interpolation* in die *klassischen* Quellen gebracht; *Labeo (D. 21, 1, 1 pr.)* kann das *unmöglich* schon gesagt haben. Richtig *Kniep, Präscriptio u. Pactum 164.* — *Civiler* Charakter der Haftung: *D. 19, 1, 11, 3; 13 pr.* *Beseitigung* des *Pönalcharakters*: vgl. *Cic. de off. 3, 17, 71* (*Unvererblichkeit*) mit *D. 21, 1, 23, 4* (*Pekuliarhaftung*).

³⁸ Vgl. meine *Nachweisungen* in *Jherings Jahrb. 39, 169—173*. Die Praxis geht mindestens auf *Javolenus* zurück, *D. 17, 2, 84* (jedoch teilweise interpoliert, a. O. 172).

³⁹ Nämlich im *Edikt* über die *alienatio iudicii mutandi causa*: vgl. schon den bei *Savigny, Syst. 7, 105* angef. *Voorda, Interpret. II 10 (Traj. ad Rhen. 1768)*.

zivile Dispositionsunfähigkeit für das Gesamtvermögen des Prodigus auszusprechen scheinen⁴⁰. Auch die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, die unter Erpressung errichtet worden sind, und die In Integrum Restitutio propter errorem sind teilweise oder ganz ins Jus civile übergegangen⁴¹. Die Liste der Rezeptionsfälle liefse sich noch vermehren⁴², doch genügt das Gesagte, um die allmähliche Erweiterung des Volksrechts durch den aus dem Amtsrecht entlehnten Stoff zu verdeutlichen.

Wenn uns so noch in der klassischen Zeit eine langsame Resorption des prätorischen Rechts durch das zivile entgegentritt, so ist das wohl nicht der Beginn, sondern nur die Fortsetzung eines Vorgangs, der in der früheren Zeit wahrscheinlich einen noch größeren Umfang gehabt hat. Dafs man daran nicht zu denken pflegt, beruht darauf, dafs man die Herkunft des prätorischen Rechts herkömmlich so ziemlich mit der lex Aebutia zusammenfallen läfst. In Wahrheit sagen die Quellen nur das eine, dafs das Edikt des Prätors jünger ist als der Ursprung der Legisaktionen⁴³; der Bestand einer prätorischen Jurisdiktion in dem oben angegebenen Sinn wird von den Quellen nicht verneint, sondern bestätigt⁴⁴. Ja, selbst die Anfänge des prätorischen Edikts werden in jene Zeit zurückzudatieren sein; denn, wie gesagt, nur für die Zeit, wo die Legisaktionen entstanden, wird von Gaius das Vorhandensein des Edikts in Abrede gestellt, und dafs das Edikt erst nach der lex Aebutia aufgekommen ist, ist schon deswegen unglaublich, weil die Interdikte bereits früh im Album standen haben müssen.

Doch dürfte diesen voräbutischen Anfängen des Edikts nur ein geringer Umfang zuzuschreiben sein. Es deutet darauf die

⁴⁰ Näheres bei der Prodigalitätslehre; doch ist dieser Punkt hypothetisch.

⁴¹ Vgl. unten § 14.

⁴² Dagegen kann es nicht hierhergestellt werden, dafs prätorische Freilassungsverbote nach Digestenausprüchen Nullitätswirkung haben, während im republikanischen Recht solche sicher noch nicht eintritt (Cic. p. Cael. 26, 98; Asconius zur Rede p. Mil. p. 35, 40; vgl. Mommsen, Strafr. 416). Denn mit jener Nullität (D. 40, 1, 9.; D. 40, 9, 9, 2) hat es seine eigene Bewandnis; ganz abgesehen davon, dafs sie nur eine temporäre ist, beweist die Bezeichnung eines Rechtsgeschäfts als nichtig keineswegs, dafs die Nichtigkeit eine zivile sei; es gibt auch honorarische Nichtigkeit. Näheres im Abschnitt von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

⁴³ Gai. 4, 11. Vgl. die m. E. durchaus zutreffenden Ausführungen von Wlassak, Proz.G. 2, 304 f.; Z. Sav.St 25, 136; Cuq, Inst. 2, 733.

⁴⁴ Vgl. Text zu A. 20, 22.

z. T. schon erörterte Erscheinung, daß für eine Anzahl von Rechtsverhältnissen (Konsensualkontrakte, *res uxoria* u. a.), welche sicher nicht gesetzlich geregelt waren, also zuerst vom Prätor werden geschützt worden sein, dennoch kein Edikt erhalten ist. Da kaum angenommen werden kann, daß ein solches ursprünglich bestanden hat, später aber fallen gelassen wurde, ist es das Wahrscheinlichste, daß hier ein zwar gewohnheitsmäßiger, aber im Edikt nicht verbrieft prätorischer Schutz stattgefunden hat.

Von diesem voräbutischen Bestand des prätorischen Rechtsschutzes ist aber wohl der größte Teil noch in der Zeit des Freistaats in das *Jus civile* übergegangen. Bereits oben (S. 50) ist darauf hingewiesen worden, daß für einen Teil der *Bonae fidei iudicia* Klagformeln ohne Edikt bestehen, und zwar sind dies schon zu Ciceros Zeit Zivilformeln, obwohl diese Institute durch kein Gesetz ins Leben gerufen worden sind. Und wie dort bemerkt wurde, wird sich dies daraus erklären, daß diese Verhältnisse bereits durch lange Zeit als klagbar galten, so daß kein Geschworener daran zweifeln durfte, hier ein „*dare oportere ex fide bona*“ anzunehmen. Vielleicht trifft dasselbe aber auch zu für die *A^o rei uxoriae*, welche in ihrer auf zivile Rückgabepflicht abstellenden Gestalt gewiß nicht hätte ins Leben treten können, wenn nicht auch hier schon ein konstanter Gerichtsgebrauch bestanden hätte. Die Klage des Patrons gegen den Freigelassenen auf die eidlich zugesagten Frohndienste ist eine Zivilklage; aber der Eid ist im gesamten römischen Recht kein Titel eines zivilen Anspruchs — vielleicht erklärt sich auch dies daraus, daß hier von altersher prätorischer Zwang gegen den Eidbrüchigen stattgefunden hatte und schließlic eine zivile Verpflichtung als selbstverständlich galt⁴⁵. Das prätorische Eigentum endlich ist zwar stets vom zivilen scharf unterschieden worden; aber wenn der Erwerb des im prätorischen Eigentum stehenden Sklaven von der zivilrechtlichen Theorie, ohne daß Spuren eines abweichenden Rechtszustands erhalten wären, nicht dem *quiritischen*, sondern dem *bonitarischen* Eigentümer zugewiesen wird⁴⁶, haben wir auch hier den Fall einer frühen — und was besonders merkwürdig ist — stückweisen Rezeption eines prätorischen Instituts in das *Jus civile*.

So scheint der Kreis des prätorischen Rechts gegenüber dem

⁴⁵ Diese von mir längst gehegte Vermutung wird neuestens auch von G. Segré vertreten (*sulle formule relative alla neg. gestio e sull' editto e il iudicium de oper. libert.*, Tur. 1905, p. 25 ff.).

⁴⁶ Gai. 2, 88; 3, 166. Paul. sent. 1, 7, 6. Vgl. noch unten A. 64.

zivilen in älterer Zeit noch weniger abgeschlossen gewesen zu sein als später. Wenn in der Zeit, aus der die juristischen Quellen stammen, der Übertritt amtsrechtlicher Institute in das zivile Recht nur vereinzelt sich vollzieht, so ist das im Grunde natürlich in einer Periode, wo das honorarische Recht als solches im Edikt verbrieft ist und der Gegensatz der beiden Rechtssphären, äußerlich dokumentiert, sich der Rechtstheorie täglich neu aufdrängte. Vor dem Bestand des Edikts war die Grenzlinie weit weniger scharf gezogen und darum die Verschmelzung beider weit eher möglich und so dürfen wir sagen, daß der scharfe Gegensatz zwischen *Jus civile* und *honorarium* die Signatur nicht der alten, sondern der neueren römischen Zeit ist.

Gegensatz
von Civil-
und prä-
torischem
Recht.

III. Von diesem langsam vorschreitenden Resorptionsprozesse abgesehen, wird jedoch zwischen beiden scharf unterschieden. Terminologisch⁴⁷ und sachlich. In ersterer Hinsicht, indem die Institute des *Jus civile* ihre feste Nomenklatur besitzen, welche in korrekter Sprechweise auf die entsprechenden honorarischen nicht übertragen wird⁴⁸. Das meiste des Hierhergehörigen ist allbekannt und bedarf keines Beleges; doch gibt es auch einzelne weniger in die Augen springende Erscheinungen jenes Gegensatzes. So ist im Forderungsrecht möglicherweise der Ausdruck *Obligatio* nicht gleichmäÙig für zivile und prätorische Schulden gebraucht worden⁴⁹; auch ist es vielleicht auf den Gegensatz dieser beiden Arten zu beziehen, wenn die *lex Rubria* neben dem *dare oportere*⁵⁰ noch

⁴⁷ Es gibt zwar eine Stelle in den Digesten, wo Ulpian sogar ein prätorisches Edikt eine *Lex* zu nennen scheint (38, 8, 1, 2); Hesky, Wien. Festgabe für E. Bormann 310 f. (= Bull. dell' Ist. 15, 169 f.) zeigt, daß es sich hier um ein eingeschobenes Stück aus einem Kommentar zur *lex Cincia* handeln wird.

⁴⁸ Nur wird auf Institute, die durch kaiserliche Konstitutionen geschaffen sind, namentlich von späteren Klassikern aus der in A. 1 bezeichneten Rücksicht öfter die zivile Terminologie angewendet.

⁴⁹ Perozzi, *Oblig.* 135 f. hält den Ausdruck „*obligatio honoraria*“ für durchgängig interpoliert. Sicher ist nur der Ausdruck *Actio honoraria*.

⁵⁰ Damit will ich nicht gesagt haben, daß das Wort „*dare*“ (ohne „*oportere*“) spezifisch zivil sei. Die früher weit verbreitete, auf Stellen wie *Gai.* 4, 4, *Ulp. D.* 45, 1, 75, 10, *Paul. D.* 50, 17, 167 gestützte Lehre, daß „*dare*“ in bezug auf dingliche Rechte die zivile Eigentums- oder Servitutenverschaffung bedeute, ist selbst in dieser Beschränkung nicht haltbar: sie scheidet einfach daran, daß selbst die Gesetzessprache ein *dare assignare* von *Ager stipendiarius* an die Untertanen kennt (*lex agrar. c.* 76, 77, 80; vgl. Mommsen, *verm. Schr.* 1, 129 f.). Auch ist heute längst bekannt, daß die Regel, niemand könne sein Eigentum kondizieren, keineswegs ursprünglich ist (vielmehr scheint sie erst von *Proculus* aufgestellt worden zu sein *D.* 12, 4, 15; *Bekker, Act.* 1, 105; vgl. *Trampedach, Z. Sav.St.* 17, 98 ff.). Ebenso

das debere nennt⁵¹. Jedenfalls soll er markiert werden, wenn bei der adjektivischen Haftung einmal zwischen der filii obligatio und patris persecutio unterschieden wird^{52 53}. Überhaupt sind Spuren davon vorhanden, daß die prätorischen Verpflichtungen den zivilen keineswegs theoretisch gleichwertig sind⁵⁴. Auch die Geschäftssprache nimmt auf den Gegensatz beider Rechte Rücksicht, wie es in Testamenten heißt: *quanta pecunia ex hereditate deve bonis*

sagt das Edikt „*cognitorem dare*“ (Vat. Fr. 322), obwohl die Kognitur schwerlich eine zivile Institution ist (s. S. 66 A. 11). Das „*pignori dare*“ braucht nur erwähnt zu werden. Daß in D. 13, 3, 1 pr. sogar eine *Condictio agri vectigalis* erwähnt scheint (also *Intentio: a. v. dare opo?*) führe ich nicht an, weil die Stelle auch eine andere Auslegung verträgt (Rudorff, R.G. 2, 147 n. 13; Lenel, E.P.¹ 190), wohl aber das Damnationslegat am *fundus provincialis* Gai. D. 7, 1, 3 pr. (Lenel, Pal. 494). Vgl. noch Schloßmann, Z. Sav.St. 24, 160 f. Daß unter Umständen die Dare-Pflicht im Sinn der Eigentumsverschaffung verstanden werden konnte (Rabel, Haftung des Verkäufers 1, 124 f.; Erman, Z. Sav.St. 25, 464), ist damit wohl vereinbar. (Über „*dare oportere*“ bei Peregrinen noch Lenel, E.P.² 4 A. 1. [In der Korrektur hinzugefügt.]

⁵¹ l. Rubr. c. 22 lin. 30. Daß in viel späterer Zeit Ulp. D. 13, 5, 1, 8 sagt: „*videtur debitum et quod jure honorario debetur*“ (also die Begriffe nicht identifiziert), kann natürlich nicht als Widerlegung gelten. — Dagegen kann man das neben „*promiserit*“ stehende „*obligatusve erit*“ der *lex Jul. et Pap.* (D. 38, 1, 37 pr.) nicht hierherstellen; dieses ist vielmehr wohl auf die Schadenersatzpflicht wegen Verzugs in der Naturalleistung zu beziehen.

⁵² D. 23, 3, 57.

⁵³ Man ist versucht auch das hierherzustellen, wenn die Gesetze in der Tätigkeit des Gerichtsmagistrats unterscheiden zwischen *iudicem dare* und *iudicare iubere* und dabei an den Gegensatz von legitimem Prozeß (*dare iudicem*) und *jud. imp. continens* zu denken; l. Rubria c. 20 lin 19: *quod ita iudicium datum iudicareve iussum [iudicatumve] erit*, vgl. l. 22; c. 21 l. 13, c. 23 lin. 57; Julisches Repetundengesetz D. 48, 11, 7 pr. Aber daß man sich durch die Disjunktivpartikel (*iudicare-ve*) nicht verleiten lassen darf zwischen dem *iudicare iubere* und *iudicium dare* diesen Gegensatz anzunehmen, zeigt schon l. Rubria l. 22 ff., wo jene beiden Ausdrücke mit der Konjunktivpartikel „*que*“ verbunden sind, und beide auf ein und denselben Prozeß angewendet werden. Der wahre Gegensatz von *iudicem dare* und *iudicare iubere* ist vielmehr vielleicht dieser, daß mit ersterem das Richterbestellungsdekret gemeint ist, das gegenüber den Parteien erfließt, mit letzterem eine korrespondierende Weisung an den Richter; Wlassak, *Proz.G.* 2, 56, und in Pauly-Wissowa, *R.Enz.* II 409, 760, cf. *Litis cont.* 55.

⁵⁴ Einiges zusammengestellt bei Wlassak in Pauly-Wissowas *R.Enz.* I 306 unter III, hinzuzufügen noch D. 30, 28 pr. (Aristo): Es gilt als Vorzug eine *aº civilis* statt einer *honoraria* zu bekommen; um so einleuchtender, da zu Aristos Zeit das Edikt noch nicht den Charakter der Unabänderlichkeit besaß. Sehr deutlich tritt das Bestreben, lieber Zivilklagen zu haben als prätorische, darin hervor, daß man den *Infans* lieber durch einen Sklaven die *aº directa* als durch den Tutor die *utilis* erwerben läßt, D. 26, 7, 9 pr.

meis pervenit⁵⁵. Inwiefern in einem freieren Sprachgebrauch diese Regeln gelegentlich verletzt worden sind, muß hier dahinstehen; oft ist auch die terminologische Grenzziehung zweifelhaft^{56 57}. — Sachlich tritt die Verschiedenheit der Rechtskreise insofern hervor, als überall, wo Rechtsgeschäfte des *Jus civile* eine unmittelbare Verfügung über Rechte bezwecken, sie diese Kraft nur üben gegenüber Rechten, die selbst im zivilen Bereich liegen. Darum kann ein prätorischer *Ususfructus*, ein Pfandrecht, eine *Superficies* oder *Emphyteusis* nicht Gegenstand eines *Vindikationslegats* sein⁵⁸, so wenig als durch zivilen Erlaßvertrag ein prätorischer Anspruch *ipso iure* aufgehoben wird⁵⁹. Schon hieraus ergibt sich, daß die Frage, ob der zivile Begriff der Korrealität auch auf die adjektivische Haftung des *Gewalthabers* Anwendung findet⁶⁰, bei den Römern nie hat gestellt werden können. Beide Begriffe liegen auf ganz verschiedenen Gebieten. Umgekehrt beschränkt noch im Anfang der Kaiserzeit das Vorhandensein eines nur prätorisch geschützten *Jus in re aliena* nicht die zivile Verfügung

⁵⁵ D. 36, 1, 33 pr. u. a.

⁵⁶ Insbesondere über das Wort „*dare*“ s. A. 50.

⁵⁷ In neuerer Zeit ist z. B. gestritten worden über die Frage, ob „*Dominium*“ ein spezifisch zivilrechtlicher Terminus ist und der prätorische Eigentümer überhaupt *Dominus* genannt wurde. M. E. ist nirgends gesagt, daß das Wort jemals für das zivile Eigentum technisch war, zumal es keineswegs der ältesten Rechtssprache angehört (s. unten S. 73 A. 1). Vgl. noch Gradenwitz, Z. Sav.St. 12, 134 f., welcher zutreffend bemerkt, daß man für diese Frage zunächst zwischen der Sprache des Juristen und des *Edikts* unterscheiden müßte.

⁵⁸ Gai. 2, 196; für das Pfandrecht insbesondere ist die Möglichkeit letztwilliger direkter Bestellung erst durch Severus und Caracalla gegeben worden, D. 13, 7, 26. Daß *Superficies* und *Emphyteusis* nicht direkt vermacht werden können (unrichtig Dernburg, Pfandrecht, 1, 282 n. 1), ist danach klar; D. 30, 71, 6 u. 86, 4; 43, 18, 1, 7 beziehen sich deutlich auf *Damnationslegate*; ebenso wohl auch D. 50, 16, 219. — Auch die *In iure cessio* ist hier sicher ausgeschlossen; Belege fehlen. — Vielleicht ist auch die zivile *A^o negatoria* gegen prätorische *Servituten* unzureichend: dazu Lenel, E.P.² 186.

⁵⁹ Es ist bekanntlich bestritten, ob Ulp. D. 46, 4, 13 pr., wonach die durch eidliche Zusage entstandene *Obligatio operarum* *acceptiliter* werden kann, echt ist (dagegen Ferrini, Pand. 645 n. 1; Segré an dem S. 57 A. 45 a. O. p. 44; a. A. Bertolini, Appunti didattici [Turin 1905] 1, 41); aber wenn die Stelle echt ist, enthält sie nicht den Satz, daß eine prätorische *Obligation* durch zivile *Acceptilatio* untergeht, da vielmehr die *Obligation* nach richtiger Ansicht eine zivile ist. S. oben S. 57 und in der Lehre v. d. *Freigelassenen* § 28.

⁶⁰ Die entgegenstehende, übrigens bestrittene Behauptung Neuerer (z. B. Windscheid, Pand. 2, 297, A. 6) wird auf kein Quellenzeugnis gestützt.

über das zivile Eigentum⁶¹. Konsequent ist es, daß das Zivilgesetz für das honorarische Rechtsverhältnis nicht ohne weiteres gilt: Beispielsweise mag es angeführt werden, daß der Ankläger im Extraordinarstrafverfahren nicht dem SC. Turpillianum unterstand, so lange nicht durch besondere Bestimmungen die Subsumtion des amtsrechtlichen Instituts unter das Volksgesetz verfügt wurde⁶². Das Sc. Trebellianum statuiert den Klagenübergang auf den Fiduziar nur für Zivilklagen und ignoriert die prätorischen⁶³. Auch gewohnheitsrechtliche Sätze werden von den Zivilinstituten erst allmählich auf die prätorischen Parallelinstitute übertragen; der Erwerb durch den Servus fructuarius z. B. ist einem Usufruktuar, dessen Recht nur ein prätorisch geschütztes war, nur zögernd zugestanden worden⁶⁴. — Genau genommen sollten nach dem Gesagten auch die streng zivile Capitis deminutio und der Non-usus ihre rechtstilgende Wirkung einbüßen, wo es sich um prätorische Rechte handelt; es wird demnach in den Quellen besonders betont, wenn hier mitunter eine Ausnahme stattfinden soll^{65 66}, was eine Art Rezeption ziviler Grundsätze in das prätorische Recht darstellt.

⁶¹ Das (prätorische) Pfandrecht kann also ursprünglich den Eigentümer nicht hindern, den verpfändeten Sklaven zu manumittieren (anders der zivile Ususfructus, Ulp. fr. 1, 19); nur durch Zuhilfenahme der lex Aelia Sentia konnte man die Manumission für nichtig erklären. Davon finden wir noch Spuren bei Nerva D. 20, 2, 9; Jul. D. 40, 9, 5, 2 und (zerrüttet) in Fr. Dosith. 16, cf. Dernburg, Pfandr. 2, 12 f.

⁶² D. 48, 16, 15, 1.

⁶³ Paul. D. 36, 1, 41 pr.; vgl. Eрман, Z. Sav.St. 24, 425 f.

⁶⁴ Pegasus und Julian bei Ulp. D. 7, 1, 25, 7. Für das bonitarische Eigentum sind die Spuren verwischt (vgl. oben A. 46), aber gewiß ist auch hier nur eine allmähliche Entwicklung vor sich gegangen.

⁶⁵ Vat. Fr. 61, Jul. D. 7, 6, 3 vom Ususfructus tutione praetoris constitutus. Vielleicht geht auch die Widerstandsfähigkeit der A^o rei uxor. gegen Capit. dem. minima darauf zurück (D. 4, 5, 8), daß sie ursprünglich ein bloß prätorischer Anspruch war; vgl. oben A. 31. Das Prinzip ist angewendet bei Gai. 3, 83: „capit. deminutione pereunt — (lites contestatae) legitimo iudicio.“

⁶⁶ Eine von der hier dargestellten wohl zu unterscheidende Erscheinung ist es, daß stellenweise auch der Inhalt des prätorischen Edikts auf die durch die Kaiserkonstitutionen geschaffenen Rechtsinstitute übertragen wird; so wird die Cautio legat. serv. causa auch adoptiert und die damit zusammenhängende Missio in possessionem samt zugehörigem Interdikt vom Prätor auch verliehen zum Schutz von Fideikommissen; Ulp. D. 36, 3, 14 pr.; 43, 4, 3 pr. Dies scheint sich ziemlich leicht vollzogen zu haben, was bei der biegsamen Natur der hier in Betracht kommenden Institute begreiflich ist. Immerhin tritt bei Ulp. D. 43, 4, 3 pr. u. f. deutlich das Bewußtsein davon hervor, daß es für den Extra ordinem jus dicens (hier der Praetor fideicom.) korrekter ist, seine

§ 4. Jus civile und Jus gentium.

Das Prinzip, von dem in dieser Lehre auszugehen ist, kann als bekannt gelten und bedarf keiner weiteren Erörterung; es ist eine geläufige Tatsache, daß das gesamte Recht nach der ursprünglichen Auffassung nur gilt für denjenigen Personenkreis, der durch Staatsangehörigkeit zur römischen Bürgerschaft zählt. Es ist gleichfalls bekannt, daß dieses Prinzip durch die allmähliche Zulassung der Staatsfremden zum römischen Rechtsschutz¹ dahin abgeschwächt worden ist, daß innerhalb gewisser Grenzen² für Römer und Fremde gleiche Rechtsnormen anerkannt worden sind, deren Inbegriff von den Römern als Jus gentium bezeichnet zu werden pflegt, ein Name, welcher unter der freilich nicht allseits zutreffenden Voraussetzung gangbar geworden zu sein scheint, daß dieses Recht erst von den fremden Völkerschaften nach Rom gebracht worden sei³.

magistratischen Mittel zu gebrauchen als sich auf den Succurs des Prätors (urbanus sive peregr.) zu verlassen.

¹ Mit dieser auf Staatsvertrag ruhenden Rechtsschutzgewährung ist es nicht zu verwechseln, daß außerdem bei steigender Kultur auch tatsächlich die Rechtlosigkeit des Fremden praktisch nicht mehr geltend gemacht worden ist. Obwohl die Theorie die alte Strenge festhält (Pomp. D. 49, 15, 5, 2), ist doch an dem fiskalischen Heimfallsrecht an den Gütern der Reichsfremden, das noch die späteste Zeit anerkennt (Cassiodor. Var. 9, 14, 3), deutlich zu erkennen, daß man diese faktisch bei Lebzeiten gleich Rechtsfähigen behandelte. Denn daß bei diesem Heimfallsrecht an Fremde gedacht ist, mit deren Heimatsstaat kein Rechtsschutzvertrag besteht, ist evident; wo solcher vorhanden ist, führt er ja notwendig zur Ausfolgung des Vermögens an die auswärtigen Erben. Überhaupt sind Rechtsschutzverträge für die byzantinische Zeit nicht überliefert; freilich kann dies auf Zufall beruhen.

² Erhalten hat sich die ursprüngliche Rechtlosigkeit der Fremden insbesondere in dem Satz, daß ihnen gegenüber die Koerzition unbeschränkt ist; wenn das materielle römische Strafgesetz, das gleichfalls nach theoretischer Strenge nur für Bürger gilt (unten Anm. 18), vielfach auf die Untertanen ausgedehnt worden ist, so ist diesen, die ja im Rechtssinn immer als Fremde gelten, der Schutz gegen das Strafurteil, den in gewissen Fällen die Provokation bietet, durchaus versagt geblieben.

³ Mommsen, St.R. 3, 1, 9 A. 2 weist darauf hin, daß mit den Gentes in dieser Verbindung nicht (wie man oft annimmt) die Gesamtheit aller Völker — das römische inbegriffen —, sondern die Gesamtheit der auswärtigen Nationen gemeint ist (wozu man als Corollar den Ausdruck ἔθνη zitieren kann, der die nichtitalische Provinzialbevölkerung bezeichnet). Wenn diese Deutung des Terminus, wie mir scheint, die richtige ist, so ist allerdings der ihm zugrunde liegende Gedanke nicht vollkommen sachgemäß; denn unzweifelhaft ist ein Teil der dieser Rechtsmasse zugehörigen Institute in Rom schon vor allem Fremdenverkehr heimisch gewesen, wie die Occupatio bellica,

I. Doch erstreckt sich dieses anationale Recht eben nur soweit, als das Bestehen eines wahrhaft internationalen Verkehrs es Gebiet des
Jus
gentium.

Implantatio, Satio, Inaedificatio u. a.; aber für die meisten wird es allerdings zutreffen, daß sie erst im internationalen Handelsverkehr aufgekommen oder doch zu rechtlicher Anerkennung gelangt sind.

In der Kaiserzeit tritt übrigens die historische Auffassung, welche das Jus gentium als ein von außen gekommenes denkt, zurück hinter dem dogmatischen Gesichtspunkt, daß es ein für alle Völker gleichmäßig geltendes ist. Dabei ist es jedoch noch immer als ein positives Recht, als geltendes Verkehrsrecht gedacht. Doch entwickeln sich Nebenbedeutungen, welche zum Teil (Sallust. Jug. 22, 4; 35, 7) schon gegen Ende des Freistaats nachweisbar sind.

a) Erstens werden die Sätze des Völkerrechts als *Juris gentium* bezeichnet, z. B. Kriegs-, Beute-, und Gesandtenrecht, Sallust. l. c., Tacit. ann. 1, 42; Gai. D. 41, 1, 5, 7.

b) Andererseits nennt man Einrichtungen, von denen man nach empirischer Beobachtung annimmt, daß sie bei allen Völkern sich übereinstimmend vorfinden (Ulp. D. 1, 1, 1, 4), wobei Verschiedenheiten in der Ausgestaltung vorbehalten bleiben (so Freilassung, Ulp. D. 1, 1, 4 pr.; Sklaverei, Flor. 1, 5, 4, 1). In diesem Sinne findet sich oft das Synonymon „*naturalis ratio*“; bes. bei Gaius (vgl. 1, 86 mit 89, ferner 1, 189; 2, 65, 79 u. a.), welches aber, eben weil eine Synonymie vorliegt, nicht neben dem *Jus gentium* stehen kann, weshalb die bei Ulpian, Paulus und Tryphonin scheinbar vorkommende Trichotomie „*jus civile, gentium et naturale*“ (D. 16, 3, 31; 1, 1, 6 pr.; 18, 1, 34, 1; 12, 6, 64) interpoliert sein wird (zutreffend Perozzi, Instit. 1, 66 A. 1).

c) Endlich, was mit dem vorigen nahe verwandt ist, bezeichnen die Klassiker als *juris gentium* mitunter Sätze, die nach dem ethischen Empfinden auch ohne besondere gesetzliche oder sonstige zivilrechtliche Basis überall, also auch in Rom anerkannt werden müssen. Besonders charakteristisch ist Marcell. D. 20, 2, 25 (Condictio auf *Jus gent.* basierend im Gegensatz zur *aº rer. amot.* [m. E. echt trotz Perozzi, Instit. 1, 71]); Cels. D. 12, 6, 47 (Condictio im Gegensatz zur *aº depensi?* vgl. Mitteis in *Symbol. Pragense.* für den 42. Philol. Tag 132); außerdem: Ausschluss der Ersitzung des Götterguts Cic. de har. resp. 32; incestus iur. gent. D. 48, 5, 39, 2 u. a. In diesen letzteren Anwendungen berührt sich der Terminus mit „Fas“, s. oben S. 23 A. 3. Einiges mag übrigens auch hier auf Interpolation beruhen, vgl. Perozzi a. O. 70 A. 1. — Den unter b und c bezeichneten Begriff des J.G. kann man im Gegensatz zum ursprünglichen und dogmatischen des Verkehrsrechts als einen spekulativen bezeichnen.

Darauf übrigens, daß, was Bremer, *Jurispr. Antehadr.* 3 p. XXIII bemerkt, bei den klassischen Juristen der Ausdruck *Jus gentium* erst seit der Hadrianischen Zeit vorkommt, wird wenig Gewicht zu legen sein; denn bei den Nichtjuristen findet er sich schon so früh, und sogar in der erweiterten spekulativen Bedeutung (z. B. Cic. de partit. orat. 1, 37, 130), daß jene Erscheinung wohl nur auf Zufall beruhen kann. — Im allg. vgl. vor allem die Übersicht bei Nettleship, *Journal of Philol.* 13, 172 ff.; Mommsen, *St.R.* 1, 603 f.; Krüger, *R.Quell.* 42 u. bes. 122; Pernice, *Z. Sav.St.* 20, 138 f.; Perozzi a. O. 65—72.

wünschenswert und erforderlich erscheinen läßt, also auf das Gebiet des Vermögensrechtes unter Lebenden; im Familien- und Erbrecht sind mit wenigen die Regel mehr bestätigenden Ausnahmen⁴ Rechtsbeziehungen zwischen Römern und Fremden niemals anerkannt worden. Es ist bemerkenswert, daß hier der römische Staat sehr viel weniger kosmopolitisch gedacht hat als die hellenischen Gemeinden, welche auf diesem Gebiete den Fremden, teilweise schon vor der römischen Zeit, weitergehende Rechte zugestanden haben⁵. Übrigens ist auch im Vermögensrecht unter Lebenden

⁴ Abgesehen von dem ursprünglich auch den Peregrinen zugänglichen, seit Hadrian aber auf den Bürgerkreis restringierten (Gai. 2, 284—285) und eigentlich juristisch anomalen Fideikommissrecht ist insbes. zu bemerken, daß seit Nerva (Ulp. 24, 28) „allen“, also auch den peregrinischen Städten des Reichs ein ziviles Legat hinterlassen werden kann; ja diese Erstreckung auf die nichtrömischen Städte der eigentliche Gegenstand jener Bestimmung gewesen sein wird (unten § 18 III).

⁵ Die Belege s. Reichsrecht 75—76. Hinzuzufügen ist, daß nach einer Inschrift von Thisbae, etwa aus der severischen Zeit (Dittenberger, Syll. 2, n. 533 lin. 50 f.), betr. die Vererbpachtung von Gemeindefländereien dem Erbpächter untersagt wird, seine Erbpacht einem ξένος συγγενής ἢ φίλος zu hinterlassen, in welcher Ausnahmebestimmung das Kommerzium von Todeswegen für Gemeindefremde als Prinzip anerkannt wird. Auch das Reskript von Anton. Pius D. 27, 1, 17, 1, wo die Tutel der Ilienser über auswärtige Mündel als selbstverständliche Möglichkeit hingestellt wird, verdient Beachtung; freilich ist die Stelle insofern auffällig, als Ilios eine nichtrömische freie Stadt ist, und die Juristen sonst von den peregrinischen Verhältnissen (die Stelle ist sicher noch vor der Constit. Antonina geschrieben) nicht zu reden pflegen.

Im übrigen bedarf meine a. a. O. gegebene Darstellung auf Grund der seither erfolgten Forschungen der Verbesserung insofern, als daselbst zwar bereits angenommen ist, daß die griechischen Gemeinden ein gegenseitiges Conubium anerkannt haben, dies jedoch erst als ein Fortschritt der hellenistischen Zeit bezeichnet wird. Mittlerweile hat Hruza, Beitr. z. Gesch. d. griech. u. röm. Familienrechts 2, 102—159 wahrscheinlich gemacht, daß schon das klassische Griechenland denselben Grundsatz befolgt, und daß solche Ehen in privatrechtlicher Beziehung volle Verwandtschaft (einschließlich des Erb- und Vormundschaftsrechts) erzeugen; zustimmend Beauchet, hist. du droit privé athén. 1, 179 f., vgl. 3, 97 (a. A. Kübler, Z. Sav.St. 15, 403). Nur in staatsrechtlicher Beziehung hat der Mangel des Conubiums (in Athen seit einem Gesetz des Perikles v. J. 451) sich bemerklich gemacht. Der Gegensatz des griechischen zum römischen Recht, welches letztere dem Mangel des Conubium auch privatrechtlich die größte Wirkung beilegt, ist danach älter, als von mir angenommen wurde. — Die (von mir schon früher nur mit Reserve angeführten) Untersuchungen von Voigt, Jus nat. 4 Beil. XIII gehen fehl. Voigt behauptet, daß in den älteren Proxeniedekreten die Epigamie besonders erteilt wurde, in den jüngeren fehle und schließt daraus, daß sie später selbstverständlich gewesen sei. In Wahrheit liegt die Sache ganz

die vollständige Ausgleichung der Gegensätze nie eingetreten und sind gewisse Institute spezifisch zivil geblieben⁶, bis sie in der nachklassischen Zeit von selbst abstarben und endlich von Justinian beseitigt wurden. Hierher gehören aus dem Sachenrecht die Mancipatio, In iure Cessio⁷ und Usucapio; aus dem Schuldrecht der Literalkontrakt⁸. Die Erklärung liegt bezüglich der Erstgenannten darin, daß sie auf positivem römischen, die Fremden also ausschließenden (S. 68) Gesetz ruhen; bezüglich des Literalkontraktes in den praktischen Voraussetzungen dieses Institutes, über welches alles bei den bezüglichen Einzeldarstellungen zu sprechen ist.

II. Da die Rechtsgeschäfte des Ius civile hohen Alters sind und durchweg einer Zeit angehören, in welcher das Rechtsleben vom Formalismus in
Zivilrecht. Prinzip des Formalismus beherrscht wurde, erklärt es sich, daß sie fast ausschließlich Formalgeschäfte⁹ sind; ferner greift hier,

anders. Jene „älteren“ Proxenedikrete sind solche, welche ganzen Gemeinden die Isopolitie erteilen (vgl. Szanto, Griech. Bürgerrecht [1902] Cap. 2); wenn hierbei zur Verdeutlichung, als ein derselben inhärierender Bestandteil, die Epigamie (nebst der *ἑκτετακ*) aufgeführt wird, ist ihre staatsrechtliche Wirkung gemeint, wonach die Kinder aus Mischehen das Bürgerrecht erlangen. Die „jüngeren“ Dekrete dagegen sind individuelle Verleihungen; bei solchen aber fehlt die Epigamie, wie H. S w o b o d a mir mitteilt, immer (einzige Ausnahme das Dekret von Kotyrta, Bull. corr. hell. 9, 241 f.). Das ist wohl so zu deuten, daß die individuelle Proxenie das staatsrechtliche Conubium nicht gewähren soll, wenn nicht, wie häufig, dem Proxenos ohnedies das Bürgerrecht verliehen wird. — Einer Erwähnung bedarf noch der von de Ricci in den Berichten der Acad. des Insc. 1905 S. 161 ff. mitgeteilte Papyrus, wonach die Stadt Antinoë in Ägypten von Hadrian Epigamie mit den Ägyptern erhalten hat, was jedenfalls bedeutet, daß bis dahin die Kinder eines Antinoiten von einer Ägypterin nicht das Bürgerrecht von Antinoë erlangt hatten. Privatrechtlich ist die Epigamie wohl auch zwischen Hellenen und Ägyptern schon früher vorhanden gewesen.

⁶ Die besondere Frage, inwiefern die Latiner an denselben teilnehmen konnten, wird in § 7 zur Sprache kommen.

⁷ Soweit die Prädial- und Personalservituten durch Mancipatio und Injureccio erzeugt werden, ist der Fremde auch von ihnen ausgeschlossen, Vat. fr. 47a; aber es unterliegt keinem Zweifel, daß die Entstehung derselben durch pacta et stipulationes auch zu seinen Gunsten möglich war und insofern Servituten nach (praetorischem vgl. A. 16) ius gentium ebensogut bestehen konnten wie das Eigentum, wengleich die Quellen nur vom letzteren dies zu sagen pflegen. Beispiele fehlen; falsch Karlo wa, R.G. 2, 1257 A. 2.

⁸ Streitfrage jedoch für die Transcriptio a re in personam Gai. 3, 133.

⁹ In diesem Sinn spricht Papinian D. 50, 16, 77 von Actus legitimi; Ulpian fr. 11, 27 von Negotia civilia. — Auszunehmen ist der Literalkontrakt, wo die Bucheintragung nicht als Form, sondern als realer Vollzugsakt angesehen werden muß; auch die zugehörige Einwilligung des Schuldners

soweit sie obligierende Wirkungen erzeugen, die Beurteilung nach strictum ius Platz. Umgekehrt sind die Rechtsgeschäfte des Jus gentium vorwiegend formfreie Konsensual- oder Realgeschäfte und werden, sofern sie obligatorisch sind, überwiegend nach dem Prinzip der bona fides beurteilt. Doch gilt in beiden Beziehungen für die Stipulation und für die ihr nachgebildete Acceptilatio eine wichtige Ausnahme; diese Geschäfte haben insofern einen hybriden Charakter. Sie sind offenbar ziviler Herkunft¹⁰, aber früh in das Jus gentium übernommen worden^{10a}, und es erklärt sich letzteres daraus, daß die Stipulation als Mittel prozessualischer Kautionen eine ihrer wichtigsten Verwendungen hat und als solches auch vom Praetor qui inter peregrinos ius dicit, gehandhabt worden sein wird¹¹; auch kam aller Wahrscheinlichkeit nach unterstützend hinzu, daß auch die übrigen Italiker ein verwandtes Parallelinstitut besaßen.

Jus
Quiritium.

III. Das auf die römische Bürgerschaft beschränkte Recht, welches für die älteste Zeit mit der Privatrechtsordnung schlechthin zusammenfällt, später aber nur noch den ursprünglichen, vom Zu-

ist an eine Form nicht gebunden. Auch die formlose Abschließung der freien Ehe scheint nicht zu den negotia civilia in diesem Sinn zu gehören, obwohl sie normalerweise die Zivität voraussetzt. Der Punkt ist insofern bedeutsam, als andernfalls wegen Ulp. 11, 27 das Erfordernis der auctoritas tutoris aufzustellen wäre, das nicht vorgelegen zu haben scheint (s. in d. Gesch. d. Ehe). Der Begriff des Negotium civile ist also, wie es scheint, lediglich auf die (dem alten Zivilrecht entspringende) Formalität des Geschäfts, nicht auch auf die Beschränkung auf den Bürgerkreis abgestellt. Nur soweit erstere vorliegt, dürfte bei Frauen die tutoris auctoritas verlangt worden sein. Bloß bei dieser Auffassung des Negotium civile ist es zu verstehen, wenn (Gai. 2, 85; 3, 171; P. Lond. 470, a^o 168; vgl. Z. Sav.St. 25, 375) zur Akzeptilation einer Frau die Mitwirkung des Tutor verlangt worden ist, die Akzeptilatio also unter die Negotia civilia bei Ulp. 11, 27 gezählt werden muß, während derselbe Ulp. D. 46, 4, 8, 4 sie schlechthin für Jus gentium erklärt. Letzteres bezieht sich eben auf den Umfang ihrer Verwendbarkeit, bei ersterem wirkt der altzivile Satz nach, der zu Formalakten des Jus civile die Auctoritas verlangt. (Andere Verwendung von neg. civile bei Ulp. D. 19, 3, 1 pr.)

¹⁰ Man denke an den rein zivilen Charakter der Sponsio (Gai. 3, 93).

^{10a} M. E. zu reserviert Lenel E. P.² 4 A. 1 (in der Korr. beigefügt).

¹¹ Nicht das Gleiche ist für die Kognitur zu behaupten, die man oft als ursprünglich zivil und erst später (wegen Vat. Fr. 319. [Paulus]: Etiam Graecis verbis cognitorem dari posse inter omnes constat) ins Jus gentium übernommen betrachtet. Vielmehr stimme ich Wlassak, z. Geschichte d. Neg. Gestio 55, z. Gesch. d. Kognitur 60 ff., 72, Z. Sav.St. 26, 422 darin bei, daß der zivile Ursprung der Kognitur unbeweisbar ist; der Umstand, daß der Kognitor certis et solennibus verbis bestellt wird, ist durchaus belanglos, da auch amtsrechtliche Geschäfte bestimmte Formen haben können (unten

wachs des Jus gentium unrahmten Kern derselben darstellt¹², wird von den Römern als Jus Quiritium bezeichnet¹³. Doch kommt dieser Terminus in der klassischen Rechtssprache fast nur noch in formellhaften Wendungen vor¹⁴, während er sonst überall durch den jüngeren Ausdruck Jus civile ersetzt worden ist. Auch die Rechtsformeln haben ihn nur dort, wo es sich um absolute oder dingliche Rechte handelt¹⁵.

§ 15 E). Deshalb beweist es auch nichts, wenn bei der Bestellung des K., wie sich aus Papin. Vat. Fr. 329 und arg. e contr. aus Ulp. D. 3, 3, 3 ergibt, Bedingung (und Befristung?) unzulässig sind. Vgl. auch M. Rümelin z. Gesch. d. Stell. 91 f. Übrigens ist denkbar, daß die Kognitur auf fremdländische Vorbilder zurückgeht; vgl. oben S. 21 Anm. 55 e.

¹² Eine Besonderheit gilt für das Recht an Immobilien. Für sie fällt, da grundsätzlich nur der Boden der römischen Bürgergemeinden in Italien im wahren, abgabenfreien Privatbesitz steht, das quiritische Recht mit dem Privatrecht auch später regelmäßig zusammen. Es ist zwar möglich gewesen (S. 117), daß auch ein Nichtbürger solchen nach Jus gentium erwarb, aber das ist naturgemäß exzeptionell. Jedenfalls erscheint die Fähigkeit im Privateigentum zu stehen, den Römern als eine Eigenschaft des Bodens, und sie sprechen von praedia quae habent ius civile (Cic. p. Flacc. 32, 80). Nur diese sind „private“. Der Provinzialboden, der für Nicht Römer praktisch allein in Betracht kommt, ist, genau genommen, kein Gegenstand wahren Privatrechts, sondern nur eines Quasirechts (possessio). Allerdings fragt es sich, ob diese Theorie von jeher gegolten hat; es ist durchaus möglich, daß sie nicht weiter zurückreicht als bis zum zweiten Jhd. v. Chr., und daß noch die afrikanische Ackerverteilung des Rubrischen Gesetzes v. 121 a. C. den Bürgern dort quiritisches Eigentum gegeben hat. (Mommsen in der Einl. zum 2. Teil der l. agrar. C.J.L. 1, 97 [verm. Schr. 1, 123].)

¹³ Die Etymologie des Wortes ist ebenso hypothetisch wie der Grund seines späteren Absterbens. Über beides vor allem Mommsen, St.R. 3, 1, 5—7.

¹⁴ Zu diesen kann man auch das „ius Quiritium consequi“ bei Gai. 1, 32 bis 35 u. ö. zählen.

¹⁵ Die Quellen kennen von absoluten Rechten ein liberum esse ex jure Quir. (Cic. p. Caecina 33, 96, cf. Gai. 1, 32—35 und sonst), eine Vindicatio „filium suum vel (oder et? D. 37, 10, 8 pr.) in potestate esse ex. j. Q.“ (D. 6, 1, 1, 2, wo bekanntlich ius Romanum und lex Quiritium beide interpolatorisch sind); außerdem ist die Formel nachweisbar bei der Rei Vindicatio, wo sie durch Legis actio oder per sponsionem vollzogen wird (und wird danach auch für die entsprechenden Formen der Erbschaftsklage allgemein vorausgesetzt). Aber auch was die petitorische Formel anbelangt, ist die Behauptung Jherings (Scherz u. Ernst 318), daß die Rei Vindicatio die Worte nur in der Form der leg. aº sacr. und per spons. (Gai. 4, 16 u. 93), nicht aber als formula petitoria enthalten habe (arg. Gai. 4, 92 actor intendit: rem suam esse), m. E. mehr als gewagt; da der Römer sein Eigentum, wenn überhaupt, dann immer e. j. Q. hat, bestehen innere Bedenken gegen die gewöhnlich angenommene Fassung der form. pet. nicht, und es beweisen sie Cic. in Verr. 2, 12, 31

Personale
Geltung
der
Gesetze.

IV. Mit dem fundamentalen Grundsatz, daß die Rechtsordnung nur für die Bürger bestimmt ist, hängt es zusammen, daß die römischen Gesetze ihre Festsetzungen in einer erst allmählich schwindenden Regelmäßigkeit nur für die Bürger treffen. Die Lex ist „Bürgerordnung“, woraus sich von selbst ergibt, daß als Quellen des Jus gentium nur das Gewohnheits- und das Amtsrecht¹⁶ angesehen werden dürfen¹⁷. Ersterer Satz läßt sich sowohl aus allgemeinen Äußerungen der Quellen, welche als Objekt der Legalordnung die Verhältnisse des Populus oder der Civitas bezeichnen, wie auch aus einer großen Reihe spezieller Anwendungen erweisen¹⁸. Erst als später der Gegensatz von Bürgerschaft und

und Gai. 4, 34, 36, 41, 45, 86; vgl. auch frag. inc. Berol. I. Fraglich kann nur sein, ob das e. j. Q. weggelassen wurde, (wenn der Beklagte ein Nichtbürger war. Vgl. noch Wlassak, Proz.G. 1, 118 N. 27 und Text dazu. Über die Ausführungen Jherings in seinen Jhb. 23, 204 N. 2, welche ich für gänzlich verfehlt ansehe, s. in der Lehre vom Eigentum. — Ob die Servitutenklagen ex j. Q. gelautet haben, wissen wir nicht; es wird zumeist nicht angenommen. — Daß den obligatorischen Klagen der Zusatz fehlt, hat nicht den Grund, daß es im Formularprozeß mit Ausnahme der Legaten- und der zivilen Deliktklagen wenige hierher gehörige Klageformeln gibt, welche Zivität des Beklagten voraussetzen. Denn auch die Legis actio sacramento in personam lautet nach Probus auf das schlichte dare oportere, obwohl sie nur unter Bürgern anwendbar ist. Die Erklärung ist vielleicht einfach darin zu suchen, daß das absolute Recht von jedermann anerkannt werden muß, und eben dies in der Formel ex j. Q. zum Ausdruck kommt, während die persönliche Forderung zwar vom Staat geschützt wird, aber die einzelnen nichts angeht.

¹⁶ Daß das Amtsrecht für Peregrine und Römer vielfach identisch ist, zeigt schon die Schlussbemerkung in Fragm. Dosith. 12 i. f. Natürlich aber ist diese Identität keine durchgängige; insbesondere das Provinzialedikt hat nachweislich Teile gehabt, die bloß für Römer galten (z. B. die auf Bonorum possessio bezüglichen) und andere, welche bloß die peregrinischen Rechtsverhältnisse betrafen (über letztere meine Bem. Z. Sav.St. 27, 227).

¹⁷ Übrigens wird bei der römischen Betrachtung, welche Volks- und Amtsrecht regelmäßig vom römisch-staatsrechtlichen Standpunkt einander gegenüberstellt, der Umstand, daß letzteres teilweise auch auf Fremde sich erstreckt, nicht besonders betont, wie denn zu beachten ist, daß die Römer beim Gegensatz von jus civile und jus gentium durchaus nur an einen solchen im Anwendungsgebiet des Rechtes denken und nach den Quellen desselben niemals fragen. Die Ausführung bei Tryphonin D. 16, 3, 31 pr. beweist nicht etwa, daß das ius praetorium als Quelle des ius gentium gedacht wird, sondern im Gegenteil, daß man dieses letztere gelegentlich als unabhängig von den praecepta civilia et praetoria zu denken liebte.

¹⁸ Den Nachweis im einzelnen bei Voigt, Jus Nat. 2, 62 ff., vgl. 69 fg.; Mitteis, Reichsrecht 116 f.; Wlassak, Proz.Ges. 2, 93—182. Zustimmend Lenel, l'édit 1, 245. Teilweise (bez. der l. Appuleja und Furia de sponsu) abweichend Appleton, Z. Sav.St. 26, 18 f. — Schon Mommsen, ad legem

autonomen sowie abhängigen Untertanen sich allmählich in den Gedanken einer allgemeinen Reichsangehörigkeit aufzulösen begann, ist dieses anders geworden. Doch gilt für die Zeit des Freistaates das Prinzip in großer Schärfe; die gewöhnlich angeführten Ausnahmen sind zum Teil nur scheinbar und die wirklichen sind verschwindend gering¹⁹, wenn man nur festhält, daß administrative Normen an diese Schranke natürlich nie gebunden gewesen sind. In der Kaiserzeit ist die Regel mit dem Untergang der Volksgesetze²⁰ allmählich erloschen, die Senatsbeschlüsse jener Zeit haben häufig schon allgemeine Gültigkeit²¹ und in den Kaiserkonstitutionen wird jener Gesichtspunkt kaum mehr beachtet²².

Übergang
civiliter
Institute
ins Jus
Gentium.

V. Von besonderer Wichtigkeit ist eine damit parallelgehende gewohnheitsrechtliche Rezeption des zivilen Gesetzesstoffes in das Jus gentium. Nicht selten werden Normen, welche als gesetzliche nach korrekter Auffassung nur die Bürger treffen, durch die Praxis auf alle Untertanen erstreckt. So ist die Sachbeschädigung und der Diebstahl, begangen von und an Peregrinen, durch die Zwölf-tafeln nicht getroffen; aber die Praxis unterwirft beide der gesetz-

de scribis et viat. p. 20 nahm an, daß die Zwölf-tafelbestimmung über die Usucapion den peregrinischen Eigentümer nicht band: „cum legibus Romanis peregrini non tenerentur.“

¹⁹ Zutreffend bemerkt Wlassak a. O. 154, daß die Erstreckung der l. Fannia durch das didische Gesetz v. J. 143 v. Chr. auf die „Italiker“ durchaus nicht, wie sonst angenommen wird (z. B. Mommsen, St.R. 3, 1, 696) die Bundesgenossen zum Ziel gehabt haben muß, sondern recht wohl auf die den italischen Munizipien und Kolonien angehörigen römischen Bürger bezogen werden kann, denen Rom nur die weitere Heimat war. Das Wuchergesetz v. J. 193 (Liv. 35, 7) beschränkt den Wucher der Peregrinen nur, sofern er gegen Römer verübt werden soll. Die danach noch nachweislichen Ausnahmen (Voigt a. O. 63) sind staatsrechtlicher Natur.

²⁰ Solange es solche noch gibt, halten sie am Prinzip fest, wie die Julische Ehegesetzgebung, die lex Aelia Sentia u. a.

²¹ So wurde von der lex Aelia Sentia der sich auf die Manumissio fraudandorum creditorum causa beziehende Teil auf die Peregrinen erstreckt durch ein Sc. unter Hadrian (Gai. 1, 47), ebenso sind die den Personalstand bei gemischter Ehe betreffenden Senatsbeschlüsse der hadrianischen Zeit von allgemeiner Gültigkeit. Die von Wlassak a. O. 177—182 im gegenteiligen Sinne angeführten Senatsverordnungen fallen deswegen nicht ins Gewicht, weil sie sich größtenteils auf rein zivile Materien (Erbrecht, Patronat u. dergl.) beziehen. — Übrigens ist, wo durch Senatsbeschlüsse solcher Eingriff in die privaten Rechtsverhältnisse der Untertanen stattfindet, es wahrscheinlich, daß sie öfter die Form einer bloßen Anweisung an den Jurisdiktionsmagistrat angenommen haben; deutlich beim Sc. von 698/56 (Cic. ad Att. 5, 21, 11, 12): „Ut qui Ciliciam obtineret, ius ex illa syngrapha diceret.“

²² Vgl. Reichsrecht 120.

lichen Buße durch die fictizische Diebstahlsklage „si civis Romanus esset“²³. Der Aufschub des Eigentumsübergangs bis zur Zahlung des Kaufpreises wird, obwohl volksgesetzlichen Ursprunges, ins Jus gentium übertragen²⁴; dafs bei der ursprünglich zivilen Sponsion und Akzeptilation dasselbe geschehen ist, wurde bereits bemerkt²⁵.

Doch beschränkt sich diese Erscheinung bis gegen Ende der klassischen Zeit auf das Vermögensrecht; und selbst von der halb unrömischen Epoche der Severischen Dynastie ist nicht anzunehmen, dafs sie begonnen hat, Regeln des zivilen Eherechtes auf nichtrömische Ehen zu erstrecken, und damit den Gegensatz von römischem und Fremdenrecht auch auf diesem Gebiete zuerschüttern. Glaubhaft ist dies nur in einem einzigen Fall: Eigentlich gelten die römischen Ordnungen nur für zivile Ehen, und so insbesondere auch das Julische Ehebruchsgesetz; etwa seit Africanus wird das Anklagerecht dem (römischen) Ehemann auch gegen seine peregrine Ehefrau gewährt²⁶. Eine sehr gewichtige Erweiterung würde es freilich auch darstellen, wenn, wie es nach den Digesten den Anschein hat, in der Severischen Zeit durch Deportation der Frau die Ehe nicht gelöst würde, sondern ipso iure als internationale Ehe fortbestünde²⁷; aber vermutlich liegt hier eine energische Interpolation vor²⁸. Hält man noch dazu,

²³ Gai. 4, 37. Mehr als zweifelhaft erscheint es mir, dafs auch die Bestimmungen der lex Cincia auf Nichtbürger angewendet worden sind, wie Huschke (in der Jurisp. Antej.) zu Vat. fr. 310 wegen der daselbst erwähnten exc. in factum annimmt, die er auf diese Fälle der Ausdehnung bezieht. Die Behauptung ist besonders deswegen unannehmbar, weil die Klassiker auf die Rechtsverhältnisse der Nichtbürger keine Rücksicht zu nehmen pflegten und weil die genannte Exceptio eine Manzipation erwähnt.

²⁴ J. 2, 1, 41.

²⁵ S. oben S. 66.

²⁶ Bei Ulp. D. 48, 5, 14, 1; vgl. Coll. 4, 5, 1. Allerdings nur die Anklage „jure extranei“ (Huschke zu Coll. cit.).

²⁷ Die Anregung soll hier schon von Marcellus ausgegangen sein, beistimmend Ulpian D. 48, 20, 5, 1; ebenso Sever. Alexander, C.J. 5, 17, 1; anders Paulus D. 24, 3, 56 (vgl. dazu Hartmann, Ztschr. d. Sav.St. 9, 46); aber es liegt, da nach Inst. Nov. 22 c. 13 der behauptete Satz von Constantin eingeführt worden sein soll, sehr nahe, sowohl in D. 48, 20, 5, 1 als in C.J. 5, 17, 1 eine allerdings sehr geschickt gemachte Interpolation zu vermuten. Vgl. auch H. Krüger, Z. Sav.St. 19, 22 f. Sicher unecht ist Ulp. D. 24, 1, 13, 1.

²⁸ Keinesfalls darf man es ferner hierherstellen, wenn nach Papinian und Ulpian Vat. fr. 194 die injusti liberi von der Vormundschaft befreien (anders P. Meyer, Konkubinats 58). Die Stelle bereitet freilich grosse Schwierigkeiten, weil nicht feststeht, was justus hier bedeutet. Mir erscheint

dafs die Klassiker von einem *matrimonium iuris gentium* niemals sprechen — der Terminus ist vielmehr durchaus moderne Erfindung —, sondern die Mischehe nur negativ als *non justae nuptiae* bezeichnen, so ergibt sich, dafs auf dem Gebiet des Familienrechts die Möglichkeit internationaler Ehe- und Verwandtschaftsverhältnisse noch in der spätesten Zeit des klassischen Rechts zwar faktisch geduldet, aber theoretisch nicht formuliert worden ist²⁹.

Die wenigen, zum Teil auch nur scheinbaren, und sämtlich auf exzeptionelle Verhältnisse zurückgehenden Ausnahmen von der Zivilität des Familienrechts seien im nachfolgenden zusammengestellt.

1. Der nicht in den zivilen Formen freigelassene Sklave erlangt nach Bestimmung des junischen Gesetzes für seine Lebenszeit die Rechtsstellung eines koloniarischen Latiners^{29a}. Doch wird auf ihn, obwohl sonst das Patronatsverhältnis die Zivität des Freigelassenen wie des Herrn voraussetzt, der zivile Patronat erstreckt. Konsequenzen hiervon sind, dafs hier auch eine Tutel des römischen Herrn über den nichtrömischen Freigelassenen resp. dessen Kinder stattfinden kann³⁰ und dem Patron das Ehemonopol³¹ an der also Freigelassenen zusteht³², also ziviles Monopol für eine nicht zivile Ehe. Dieser eigentümliche³³ Sachverhalt ist jedoch nur eine unvermeidliche Folge aus dem zwitterhaften Rechtscharakter der junianischen Latinität; die betreffenden Personen gehören keiner fremden Gemeinde an, sondern sind eigentlich doch nur ein als fremd fingierter Annex der römischen.

2. Nach dem Stadtrecht von Salpensa c. 23 behält ein Bürger dieser latinischen Kolonie, welcher die Zivität erlangt, das Patronat

die Annahme unumgänglich, dafs die *justi liberi* im Sinne von *l. secundum leges Juliam et Papiam quaesiti* zu verstehen sind; nur so vermeidet man Widerspruch zu Ulpian selbst, *Vat. fr.* 168. Ganz unhaltbar ist die Auffassung von Rudorff, Vormundschaft 2, 138. Bei Ehrlich, *Beitr. z. Theorie der Rechtsqu.* 1, 57 ist die Stelle nicht erwähnt; auch ist daselbst unrichtig, in *Vat. fr.* 168 die Schlussworte dem Ulpian zuzuschreiben, während sie gewifs noch dem von ihm zitierten Reskript angehören.

²⁹ Nach Meyer a. O. 64 ist auch der Konkubinat im dritten Jahrh. *iuris gentium* geworden. Doch lassen sich auf dieses schillernde Verhältnis die Kategorien des strengen Rechtes schwerlich übertragen.

^{29a} Mit gewissen, hier nicht interessierenden Vorbehalten.

³⁰ *Gai.* 1, 167; *Ulp.* 11, 19.

³¹ *D.* 25, 7, 1 pr.

³² *D.* 23, 2, 51, 1. Dafs unter der hier erwähnten Freilassung nur die der *lex Junia* verstanden werden kann, zeigen meine Ausführungen in der *Z. d. Sav. St.* 21, 202 ff.; vgl. unten § 13.

³³ Die Anomalie betont *Gai.* 3, 56.

über seine wengleich nicht zur Zivität gelangenden Freigelassenen. Diese der Regel widersprechende³⁴ Behandlung ist wahrscheinlich ein Privileg aller dieser Kolonien gewesen und dürfte auch sonst bei gnadenweiser Verleihung des Bürgerrechts oft vorgekommen sein³⁵.

3. Wenn das Stadtrecht von Salpensa dem latinischen Duumvir zwar die Mitwirkung bei der Freilassung nur für den *municeps Latinus* gestattet, die Vormundschaftsbestellung dagegen stillschweigend auch für den *municeps civis Romanus*, so ist der von ihm bestellte Vormund sicher als rechter behandelt worden³⁶, obwohl er von keinem römischen Magistrat gegeben ist.

4. Auch ist dem koloniarischen — nicht auch dem junianischen — Latiner die Führung wenigstens der testamentarischen Tutel über einen Römer zugänglich³⁷, und ebenso kann anscheinend ein Römer wenigstens in gewissen Fällen die gesetzliche Tutel über einen koloniarischen Latiner haben³⁸.

5. Singulär ist es auch, wenn bei Soldaten kraft kaiserlicher Mandate schon im zweiten Jahrhundert die testamentarische Bererbung über den Kreis des Bürgerrechts hinaus erstreckt wird, soweit es dem ausgesprochenen oder vermutlichen Wunsch des Erblassers entspricht³⁹. Über eine ähnliche, aber bald beseitigte Erscheinung bei den Fideikommissen vgl. oben S. 64 Anm. 4.

³⁴ Vgl. Gai. 3, 56.

³⁵ Vgl. die Belegstellen in Reichsrecht 104 A. 4; 107 A. 1.

³⁶ Vgl. Mommsen, Stadtrechte 439. Daß aber auch peregrinische Magistrate für Römer einen Vormund sollen bestellen können (Ermann, Z. Sav. St. 15, 253) ist unrichtig; das Nähere in der Lehre von der Vormundschaftsbestellung. — Daß die Vormundschaft selbst *ex jure gentium* war (d. h. eines Nichtrömers für einen Römer), ist sicher (abgesehen von der im Text unter 4 erwähnten Ausnahme) ebenso ausgeschlossen geblieben; es wird bei der weiten Verbreitung des Bürgerrechtes in den Provinzen meist möglich gewesen sein, dem Römer einen römischen Vormund zu verschaffen. Wo dies ausnahmsweise nicht möglich war, wird das Institut der Protutel ausgeholfen haben. Das Prinzip zeigt Schol. Sin. 17, 45 (Krüger).

³⁷ Letzteres (Ulp. fr. 11, 16) ist wohl abgeleitet aus der *test. factio*; über beide zusammen vgl. unten S. 120 A. 27.

³⁸ Anscheinend nach der *lex Titia* über seinen in eine latinische Kolonie deduzierten Bruder. Vgl. Schol. Sin. 16, 42 (Krüger). Sehr viel zweifelhafter bleibt Schol. 29, 54, wo Lesung und Verständnis gleich bestritten sind. Näheres in der Geschichte der Vormundschaft.

³⁹ Soldatentestament zugunsten von Peregrinen: Gai. 2, 110. Im Intestatenerbrecht ist es zweifelhaft, ob das Mandat von Hadrian an Q. Remmianus (B.G.U. 140 mit der Revision des Textes bei Wilcken, Herm. 37, 84 ff.), welches den in verbotener Soldatenehe erzeugten Kinder die *b. p. unde cognati* erteilt, auch auf Kinder von nichtrömischen Müttern Anwendung finden soll.

Zweites Kapitel.

Die subjektive Rechtssphäre.

§ 5. Das subjektive Recht.

Das subjektive Recht im weitesten und abstrakten Sinn wird bei den Römern als Jus bezeichnet. Während aber die heutige Systematik vom abstrakten Begriff des subjektiven Rechts zu seinen einzelnen Erscheinungsformen fortschreitet und demgemäß im einzelnen die dinglichen, persönlichen, Familien- und Erbrechte unterscheidet, ist den Römern diese Einteilung fremd; denn die Trichotomie des „Jus quod ad personas, ad res et ad actiones pertinet“ ist keine Einteilung des subjektiven, sondern des objektiven Rechts. Allerdings kennt auch die römische Denkweise den Gegensatz der absoluten und der persönlichen Klage (actio in rem und in personam); aber selbst dieser tritt im römischen Privatrechtssystem gegenüber anderen Kategorien in den Hintergrund und innerhalb des absoluten Rechts ist die feinere Scheidung der dinglichen, erbschaftlichen und Familienrechte im heutigen Sinn überhaupt nicht durchgeführt.

Die älteste Ordnung betrachtet das subjektive Recht weniger in seinen konkreten Beziehungen auf einzelne Lebensgüter¹, als in seiner absoluten Erscheinung, das heißt als die generelle patriarchalische Gewalt des Hausvaters, innerhalb seines Hauses frei schalten zu können nach seinem Belieben. Wenn wir Heutigen uns zunächst als gegeben denken die abstrakte Rechtsfähigkeit des „Rechtssubjekts“ und dessen Rechtssphäre dann aus einer Anzahl

Die Rechts-
sphäre als
Ganzes
gedacht.

¹ Es ist charakteristisch, daß die ältere Sprache keine Bezeichnung für das Eigentumsrecht hat; denn dominium sowohl als proprietas begegnen erst gegen Ende der republikanischen Zeit (Mancipium, das allerdings sehr alt ist, bezeichnet ursprünglich nicht das Eigentum als solches, sondern nur den Rechtserwerb an manzipablen Sachen), wobei freilich auch zu bedenken ist, daß der Begriff des absoluten Eigentums dem ältesten Recht fremd gewesen sein dürfte, wie im Sachenrecht zur Sprache kommen wird; vgl. vorläufig S. 87.

einzelner Beziehungen zusammensetzen, denken die Römer sich die Rechtssphäre von vornherein als ein Ganzes, von dem die einzelnen subjektiven Rechte nur Funktionen sind. Natürlich wird auch ihnen die Erkenntnis nie gefehlt haben, daß zwischen Eigentum, Servitut, ehemännlichem und Vaterrecht tatsächliche Unterschiede bestehn; aber mehr als die verschiedenartige Einzelheit betont das alte Recht die Hausherrschaft schlechtweg, die zwar auf verschiedenartige Objekte Anwendung finden mag, ihrem Wesen nach aber immer dasselbe und ungeteilte Recht ist. Die Denkweise des Privatrechts ist hier dieselbe wie jene des Jus publicum, welches bekanntlich unter Vermeidung jeder Ressortenteilung die Beamten-gewalt als die allseitige und unteilbare Potestas bezeichnet. — Natürlich kann diese einheitliche Herrschaftsgewalt nur dort eine ausreichende Grundlage des Rechtssystems bilden, wo es an Beziehungen zwischen gleichberechtigten Individuen — Obligationen — fehlt; denn der Begriff der Verpflichtung findet in jenem Gewalt-verhältnis keine Unterkunft. Es setzt daher jenes System den Zustand einer bauerlichen oder kleinbürgerlichen Haus- resp. Familienwirtschaft voraus, in welcher die Forderungsrechte gegen dritte, außerhalb des Familienkreises stehende Personen keine nennenswerte Rolle spielen².

² Daß die Forderungen demnach im Sinn der ältesten Systematik nicht zum Vermögen gerechnet werden, ist bereits ausgesprochen worden (vgl. z. B. Pernice, Lab. 1, 326; Jörs in Birkmeyers Enzyklop. 1, 165 u. a.). Man darf aber nicht vergessen, daß die Nichtzurechnung eben auch nur in systematischer Beziehung bezeugt ist; der Versuch der genannten Gelehrten auch eine sachliche einstige Nichtzugehörigkeit aus dem Satz der klassischen Juristen zu beweisen, wonach die Forderungen des Erblassers nicht in die Teilungsmasse geworfen zu werden pflegen (Ulp. D. 10, 2, 2, 5. 4 pr.), geht deswegen fehl, weil letzterer Satz aus der Regel der XII Tafeln abgeleitet sein wird, daß „nomina ipso iure sunt divisa“, wie sich aus Gai. l. c. 1. 3 eigentlich bestimmt ergibt. Denn dort wird dem Teilungsrichter die Einbeziehung der Forderungen in die Teilungsmasse, wenn sie nach der Sachlage wünschenswert ist, freigestellt, wonach man sieht, daß die Nichteinbeziehung nur darauf beruht, daß sie in der Regel nicht erforderlich ist. Damit entfällt der Versuch der genannten Gelehrten, umgekehrt die Notwendigkeit des XII Tafelsatzes aus der Annahme herzuleiten, daß die Forderungen nicht dem Erbteilungsverfahren unterlagen. Besonders künstlich ist es, wenn Pernice (a. O. 326—327 A. 12—13) sogar in Äußerungen der Klassiker Reminiscenzen an die von ihm behauptete Anschauung finden will, welche sagen, daß auch die Forderungen zum Vermögen gehören; wenn irgendwo das Selbstverständliche betont wird, ist das ein sehr unzuverlässiges Zeichen dafür, daß es nicht selbstverständlich sei. In der einzigen Stelle, welche etwas Auffallendes hat (Paul. D. 50, 16, 5 pr.) ist die Erklärung eine ganz andere (s. dieselbe bei

Terminologisch tritt die Einheitlichkeit der hausväterlichen Gewalt in dem weiten Umfang der Begriffe Manus und Potestas hervor. Manus ist bekanntlich in späterer Zeit der technische Ausdruck für einen speziellen Anwendungsfall dieser Gewalt, nämlich für das Recht an der Ehefrau und insofern tritt in den klassischen Quellen die weitere Bedeutung wenig mehr hervor³; aber einerseits ist die Bezeichnung der ehemännlichen Gewalt als Manus gar nicht anders zu erklären, als durch die Annahme einer ursprünglich weiteren Bedeutung⁴, andererseits führt auch die Tatsache, daß dingliche Rechte selbst an unbeseelten Objekten durch die Handauflegung (mancipatio) erworben werden, auf diese Vorstellung zurück⁵. — Wohl ebenso alt ist der Begriff der Potestas (Sansk. = pati-; griech. *πάσις*, goth. faths der Herr). Zwar wird vermöge einer früh eingetretenen Differenzierung der Nomenklatur die Gewalt über die Ehefrau nie mehr Potestas,

Lenel, Z. Sav.St. 2, 43). — Die Feststellung, daß die Nichtzurechnung der Forderungen zum Vermögen lediglich in der Terminologie, nicht in sachlicher Beziehung bezeugt ist, ist deswegen von Wichtigkeit, weil vom Standpunkt der gegenteiligen Auffassung angenommen worden ist, daß erst die XII Tafeln den Übergang der Forderungen auf die Erben verordnet hätten. Dies ist durchaus unbewiesen. Vgl. unten. S. 97—8.

³ Unter den klassischen Juristen sagt nur Ulpian, D. 1, 1, 4: „est manumissio de manu missio; nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est“, und dies ist nur der Worterklärung halber. Dagegen kommt die Manus über Söhne und Sklaven häufig vor in den nichtjuristischen Quellen (Liv. 3, 45, 2; 34, 2, 11; 39, 18, 6; Gell. 18, 6, 9; Plin. Ep. 8, 18, 4; Lactant. div. inst. 4, 29) und in nachklassischen Konstitutionen Just. C.J. 7, 40, 1, 2; 8, 48, 6; auch die Agnatentutel über Frauen erscheint hier als manus (Liv. 39, 18, 6; 34, 2, 11). Man wird daraus schließen können, daß die Sprache des täglichen Lebens die alte Bedeutung festgehalten hat. In diesem vulgären Sinn gebraucht das Wort auch Pomp. D. 1, 2, 2, 1 von der Gewalt der Könige.

⁴ Unter den Neueren ist vielleicht Gans, Scholien zu Gajus p. 138 der erste, welcher diesen Sachverhalt gebührend betont hat; später Christiansen, Röm. R.Gesch. 1, 136f.; neuerlich wieder Jhering, Geist 2⁴ § 32 zu Anm. 221f. und Entwicklungsgesch. d. R. R. 95f.; Voigt, XII. T. 2, 83f. — A. A. Marquardt, Privatleben 1, 2 A. 3.

⁵ Mindestens im letzteren Sinn kann auch die Bezeichnung der Sklavenfreilassung als „Manumissio“ hierhergestellt werden. Denn auch wenn man sie nicht mit Ulpian (A. 3) geradezu als Freilassung „aus der Manus“ auffaßt, sondern als „freigeben mit der Hand“ — entsprechend dem vorhergehenden symbolischen Anfassern — (so Mommsen, Stadtr. 436, zustimmend Wlassak, Z. Sav.St. 28, 4 [anders Lécrivain bei Daremberg-Saglio Art. Manus S. 1586 A. 3]), so hängt doch das Symbol der Handanlegung mit dem Ausdruck Manus = Gewalt zusammen.

sondern ausnahmslos Manus genannt; aber der alte Wortsinn, wonach Potestas das Herrschaftsrecht schlechthin bedeutet, tritt, wie in der Potestas der staatlichen Magistrate, noch darin hervor, daß die Gewalt über Sklaven und Kinder und selbst die stellvertretende Gewalt der Vormünder über Person und Hauswesen ihrer Pfleglinge⁶ gleichmäÙig Potestas genannt wird⁷.

Dabei erheischt die Potestas der Vormünder insofern besondere Beachtung, als beim Vormundschaftsverhältnis die Idee der Herrschaft über die Beherrschung des eigenen Rechtskreises hinausgeht. Man nimmt seit langem und wahrscheinlich mit Recht an, daß die Idee des Pflichtverhältnisses, welche heute die Vormundschaft beherrscht, dem römischen Recht in seiner ältesten Gestalt zwar nicht vollständig fremd gewesen sei, aber hier zurücktrete gegen die Vorstellung, daß in fremdem Hause Macht geübt wird. Wenn diese Macht den Charakter der privaten Berechtigung an sich trug, ist es sogar möglich, daß sie gerichtlich geltend gemacht werden konnte; wir haben davon vielleicht ein Zeugnis in der In Jure Cessio, welcher die Agnatentutel⁸ unterliegt; darin, daß hier der Cessionar — freilich entgegen dem wahren Sachverhalt — das hanc tutelam meam esse aio ausspricht, liegt vielleicht⁹ eine Spur einer in früheren Zeiten bestandenen Möglichkeit dieses Tutelrecht¹⁰ gegenüber jedem dritten als Privatrecht zu verfolgen.

⁶ D. 26, 1, 1 pr.: tutela est ius ac potestas in capite libero. Cic. p. Mur. 12, 27; Gell. 5, 19, 10; Cic. de inv. 2, 50, 148; Lex: Si furiosus escit, adnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.

⁷ Daneben kommt dem Terminus „potestas“ auch die Bedeutung der bloÙ tatsächlichen Beherrschung zu; so bei der Interrogatio des Noxalrechts „an servum in potestate habeat“ (s. unten in der Lehre von der Noxae datio) und in der lex Atinia (D. 50, 16, 215).

⁸ Allerdings aber gilt dies auch nur von der Agnatentutel, Ulp. 11, 6; Gai. 1, 168. Der testamentarischen und atilianischen Vormundschaft kann dieser Herrschaftscharakter für keine Zeit beigelegt werden.

⁹ Vielleicht; sicher ist diese Spur nicht. Denn wie unten (§ 15) noch näher auszuführen ist, ist die In Jure Cessio nicht wahrer ProzeÙ, sondern materiell ein Vertrag in den Formen des Prozesses. Ob man daher aus der hier stattfindenden Verwendung des Vindikationspruchs auf die Zulässigkeit der Vindicatio Tutelae schließen kann, hängt davon ab, inwiefern man annimmt, daß der Zessionsakt an die normalen Bedingungen eines effektiven Prozesses gebunden gewesen ist. In gewisser Hinsicht hat man es ja hier mit den prozessualen Regeln ernst genommen (s. § 15 D) — ob dieser Ernst aber ein durchgängiger ist bleibt fraglich. Vielleicht hierhergehörig, aber zweifelhafter Deutung ist Cic. de orat. 1, 173, dazu Hruza, lege ag. pro tut. 76; Wlassak, Art. Cent. Vir. bei Pauly-Wiss. 3, 1941; Fadda, l'azione popolare 1, 44 f.

¹⁰ Verfolgt würde das Ius tutelae als ganzes; eine andere Frage ist die

Freilich aber gehört dieser Punkt zu denjenigen, wo man nur fragen, aber nicht antworten kann¹¹.

der Vindikation einzelner dem Mündel zustehender Rechte. An sich wäre auch hier denkbar, daß der Tutor diese suo nomine geltend gemacht hätte, etwa mit der Formel: *hanc rem in tutela mea esse aio ex jure Q.*; es wäre das ein Analogon zur Geltendmachung der vormundschaftlichen Gewere (Heusler, Inst. 2, 495) des deutschen Rechts, und es würde das *lege agere pro tutela* dann den Charakter der Ausnahme vom Prinzip der Unzulässigkeit stellvertretender *legis actio* verlieren. Indessen wissen wir auch über diese Frage nichts Näheres. — Insb. zum Verfügungsrecht des *Curator furiosus* Näheres unten in der Stellvertretungslehre.

¹¹ Eine verwandte, nicht minder zweifelhafte Frage ist die, ob nicht auch dem *Familiae Emtor* des Privattestaments ein bloßes muntschaftliches, aber doch mit dinglicher Wirkung ausgestattetes Recht am Nachlaß zukam. Herkömmlich gibt man ihm volles Eigentum am Nachlaß, so daß der Testator nur den Besitz behält und bei etwaiger Untreue des Salmanns — die freilich praktisch nicht zu befürchten war — schutzlos bleibt (von magistratischer Hilfe im Wege des honorarischen Prozesses [oben § 3] abgesehen); dem entsprechend ist man auch geneigt, diesem Testament Unwiderruflichkeit zuzuschreiben, wenigstens für die Zeit, wo die *Familiae Emtio* ernst genommen wurde (Liter. über letztern Punkt bei Rabel, Z. Sav.St. 27, 297). Abweichend hiervon nahm Schulin (das griech. Test. vgl. mit dem röm. 54—60) an, daß der *Fam. Emtor* ursprünglich nur die Stellung eines Muntwalts hatte, welche allerdings (angeblich entsprechend dem *pro tutela agere* der *lex Hostilia*?) auch durch prokuratorische Vindikation des Nachlasses geschützt war. Wiewohl die Beweisführung Schulins im einzelnen keineswegs einwandfrei ist, muß man doch beachten, daß die testamentarische Manzipationsformel bei Gai. 2, 104 sich mit jener der gewöhnlichen Manzipation allerdings nicht deckt. Der Wortlaut der Stelle ist zwar korrumpiert und darum bestritten (näheres bei Salkowski, Z. Sav.St. 3, 197 f.) und die positiven Restitutionsversuche sind so gut wie wertlos (willkürlich bes. Voigt, R.G. 1, 490); aber die negative Tatsache, daß nicht wie sonst „*meam esse ajo*“ gesagt, vielmehr eine *Custodela* des *Fam. Emtor* beansprucht worden ist, ist nichtsdestoweniger klar. Auch bildet es keine Gegeninstanz, wenn man für das Eigentum des *Fam. Emt.* auf den Satz hinweist, daß der testamentarisch eingesetzte Sohn nach den Zwölftafeln (Ulp. 12, 3) keiner *Prodigalitätserklärung* unterliegt, indem man folgert, dies sei darum der Fall, weil er infolge des eingeschobenen Salmann-eigentums nicht mehr „*bona paterna avitae*“ verschwende (so neuerdings wieder Appleton, le testament Rom. 111 f.). Dabei ist, auch abgesehen von der Bedenklichkeit dieses Schlusses, übersehen, daß der Satz auch gilt, wenn ein *Komitialtestament* vorliegt. Dennoch ist Schulins These äußerst zweifelhaft; das Argument aus der Manzipationsformel — so scheinbar es an sich ist — wird etwas abgeschwächt durch die Möglichkeit, daß die von Gaius überlieferte Formel nicht die ursprüngliche ist; und mehr noch ist zu erwägen, daß, wenn der von Muretus und Lenel (Paling.) zu Ulp. D. 48, 18, 1, 6 vermutete ursprüngliche Wortlaut wirklich vorhanden war, man noch in der klassischen Zeit Reminiszenzen an ein (wenngleich nur formalistisches) Eigen-

„Differenzierung der Begriffe.“

Die spätere Terminologie zeigt unverkennbar die Neigung, die Hausgewalt zu spalten; insbesondere leblose Sachen stehn niemals mehr in manu oder potestate, sondern in dominio, und auch für das Recht am Sklaven ist dieser letztere Begriff neben den der Potestas getreten. Auch die erhaltenen Gesetze unterscheiden zwischen potestas manus mancipium¹².

Vindikation der Hausgewalt.

Was aber bis in die späteste Zeit für alle Anwendungen der Hausgewalt einheitlich geblieben ist, das ist die Art ihrer prozessualen Geltendmachung. Diese vollzieht sich mit Auflegung der symbolischen festuca, scheint in allen Fällen abgestellt zu sein auf meum esse ex jure Quiritium und wird immer Vindikation genannt. Ausdrücklich bezeugt ist uns dies, abgesehen von den dinglichen Rechten, allerdings nur von der Geltendmachung der patria potestas¹³; aber dafs auch die Vindikation des Patronatsrechts möglich war, ist kaum zu bezweifeln¹⁴. Die Intentio wird in solchen Fällen immer (vgl. D. 6, 1, 1) gelautet haben „filium, libertum, (tutelam?) meum esse e. j. Qu.“ und ist insofern ganz gleichartig jener der Klagen aus dem sachlichen Eigentumsrecht. Wenn danach auch hier für die ursprüngliche Auffassung kein Gegensatz besteht, so ist auch die Klassifikation der Aktionen einfach

tum des Fam. Emt. gekannt hätte. Die Frage ist mit unsern heutigen Mitteln keineswegs zu entscheiden. — Vgl. zu derselben auch noch Lambert, Droit compar., introduct. 1, 450 ff., dessen Polemik jedoch mehr Schulins Beweisführung als die These selbst angreift.

¹² Dies ist die Reihenfolge in der l. Cincia (Vat. fr. 298, 300) und l. Salp. c. 22 (anders freilich die Rubrik) sowie immer bei Gaius (1, 49; 2, 86, 96) und in den Ulpianischen Fragmenten (7, 4—9; 19, 18). Dagegen hat Probus Exc. Eins. m(anu) m(ancipio) p(otestate). — Wenn in den von den Digesten überlieferten Bruchstücken des prätorischen Edikts blofs in potestate steht, wo man auch manus und mancipium erwarten sollte, kann dies auf Streichungen der Kompilatoren zurückgehen.

¹³ D. 6, 1, 1, 2; Gai. 1, 134 (letzterer mit Weglassung des ex j. Q.). Vermutlich wurde es ebenso gehalten, wenn das Recht an einem Judicatus oder Auctoratus bestritten war. Bethmann-Hollweg, Civ.Pr. 1, 137 f.; Eck, Doppelseitige Klagen 24 f.; ebenso für den Judicatus Jhering, Entwickl.Gesch. 101, dem seine Vorgänger unbekannt geblieben sind. — Dafs später Präjudizien oder Interdikte üblich geworden sind, ist erst jüngere Rechtsbildung.

¹⁴ Nur darf man dies nicht damit beweisen wollen, dafs der Patronat am Latinus Junianus per vindicationem legiert werden kann (Gai. 2, 195: cum legatus fuisset Latinus per vindicationem cf. Plin. Ep. 10, 104); denn dies ist eine Besonderheit der Juniani (s. in der Lehre von der Lat. Jun.). Irrig daher Schmidt, Hauskind in mancipio 15 n. 58, und Ubbelohde, Interdikte 2, 308.

zweiteilig: In personam und in rem¹⁵; dies zeigt, daß zwischen absoluten und dinglichen Rechten ein Unterschied nicht empfunden wird.

Dieser einheitlichen Gewalt des Paterfamilias entspricht auch Familia. eine zusammenfassende Betrachtung und Bezeichnung ihrer Objekte. Hierher gehört der der alten Zeit geläufige Terminus Familia. Indessen ist wohl zu beachten, daß dieser Begriff nicht so weit reicht als die häusliche Gewalt selbst; die freien Mitglieder des Hauswesens, Frau, Kinder und Enkel, sind in dieser Bezeichnung ursprünglich nicht inbegriffen. Das kann insofern auffallen, als gerade sie recht eigentlich die „Familie“ zu bilden scheinen und als auch bei den Römern in späterer Zeit der Terminus familia geeignet ist, die personenrechtliche Gemeinschaft von Kindern und Eltern zu bezeichnen¹⁶. Aber ebenso unzweifelhaft ist es, daß demselben ursprünglich eine engere Bedeutung zukommt, in welcher er nur das sächliche Hauswesen¹⁷ oder einen Teil desselben, mit Ausschluss der freien Familienmitglieder, umfaßt und daß die Bedeutung eines Personenkreises erst eine jüngere ist¹⁸.

¹⁵ Gai. 4, 2, 3. Es steht nicht entgegen, daß hier, wie auch bei Ulpian D. 44, 7, 25 als Objekte der Vindikation bloß, wie es am nächsten liegt, dingliche Rechte genannt werden.

¹⁶ Es ist wohl nur eine einseitige Ausdrucksweise, wenn Mommsen, Staats.R. 3, 1, 10 A. 2 behauptet, daß das „Haus“ (gemeint ist die Gesamtheit von Eltern und Kindern) bei den Römern nicht als familia bezeichnet werde, und überhaupt eine adäquate Bezeichnung in der lateinischen Terminologie nicht gefunden habe. Denn das Gegenteil geht aus der Definition Ulpian D. 50, 16, 195, 2, aus dem Satz, daß mulier suae familiae et caput et finis est, Ulp. l. c. 195, 5, und den zahlreichen Belegstellen bei Brissonius h. v. § 4 deutlich hervor, und richtig ist daher nur, daß das Wort einerseits, wie auch bei uns, auch den Agnatenkreis im weiteren Sinn bezeichnen kann (vgl. Anm. 18), andererseits die Bedeutung „Haus“ erst eine sekundäre ist.

¹⁷ Es genügt an die mancipatio familiae oder die a^o familiae erciscundae zu erinnern. Domus wird in juristischen Formeln überhaupt nicht verwendet; ob domus familiae (Stellen bei Voigt XII T. 2 § 72 A. 1) überhaupt viel älter ist als die Zeit des Cato, wo es zuerst auftritt, kann zweifelhaft sein. Im ediktalen Sprachgebrauch bezeichnet Familia bekanntlich nie das Vermögen, welches hier „bona“ genannt wird, sondern einen Personenkreis, und zwar im Sinn der ursprünglichen Redaktion wohl nur die Sklaven (vgl. Ulp. D. 43 16, 1, 16 u. 20; 50, 16, 195, 3); später sind bei gewissen Ediktssätzen auch die Hauskinder durch die Interpretation darunter subsumiert worden (vgl. Schmidt, Interdikte 175 n. 6). Auch dies zeigt, daß Familia im Sinn des freien Hauses erst eine spätere Übertragung bedeutet. Vgl. A. 16.

¹⁸ Gewiß sind die Ausdrücke Pater-, mater-, filiusfamilias sehr alt; aber sie werden nicht zu fassen sein als Bezeichnung der Position, welche jemand

und
Pecunia.

Familia [altlat. *famelia*, osk. *famelo*, umbr. *fameria*, etwa an Sanskrit *dham* anzuknüpfen?] bezeichnet eben ursprünglich das Hauswesen, und es ist aus dieser Vorstellung durch spiritualistische Fassung der oben bezeichnete genealogische Begriff der *familia* (im modernen Sinn), durch materialistische Betrachtung der Begriff des Vermögens hervorgegangen. — Schwierig ist es, die Begriffe von *Familia* und *Pecunia* gegeneinander abzugrenzen, welche in den Quellen bald verbunden, bald getrennt auftreten¹⁹. Dafs die Worte synonym sein sollten und die Verbindung reine Tautologie wäre, ist ausgeschlossen; schon die Etymologie läfst *Pecunia* in Gegensatz zu *Familia* treten. Zwar kann, wo *Familia* allein vorkommt, angenommen werden, dafs das Wort in einem weitern Sinn auch die *Pecunia* mit umfaßt²⁰; umgekehrt dagegen ist, wenigstens für die ältere Rechtssprache, die Annahme gänzlich ausgeschlossen, dafs *Pecunia*, wo es allein steht, die *Familia* einschließt, und man

im engsten Verwandtenkreise einnimmt, sondern als Benennung der Stellung, welche er zum Familiengut einnimmt, ähnlich wie in Deutschland neben dem Herrn von Reggow die Frau von Reggow und der Junker (Jungherr) von Reggow die Mitberechtigten am Familiengut „derer von R.“ darstellen. — Im übrigen kann der Terminus *Familia* sowohl die Gens als ganzes (Mommsen, *De colleg.* 13) als auch die einzelne Stirps innerhalb der Gens bezeichnen; für letzteres z. B. Liv. 9, 29, 10 *duodecim familiae ea tempestate Potitiorum*; Suet. Nero 1 u. a.; dieser Sprachgebrauch findet sich m. W. zuerst in l. *Acilia* repet. 23.

¹⁹ Verbindung findet sich in technischer Überlieferung m. W. nur dreimal, nämlich in der *lex Osca* tab. Bant. l. 23, in der Formel des Manzipations-testaments „*familia pecuniaque tua esto mihi emta*“ und bei Festus s. v. *Sacratae*: „*Sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque*“; öfter dagegen bei Nichtjuristen, z. B. Petron. sat. 141; Sueton Nero 4; Cic. de leg. 3, 3, 7 u. a. — Die Stelle des Auct. ad Herenn. 1, 13, 23 bietet freilich auch für die Zwölftafeln den Satz „*paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legaverit ita ius esto*“; aber dieser ist wahrscheinlich falsch. S. Anm. 20.

Dagegen findet sich *familia* allein im Terminus *a^o familiae exerc.*, in der l. *Silia* de pond. public. (Bruns, Fo.⁶ p. 47) und in dem Zwölftafelsatz *agnatus proximus familiam habeto* (s. d. folg. Note); umgekehrt *pecunia* allein in der l. *Osca* tab. Bant. l. 18 u. 20 (*eitua*), dann bei Paul. D. 50, 16, 53 pr.; Ulp. Fr. 11, 14; ferner Auct. ad Herenn. 1, 13, 23; Cic. de inv. 2, 50, 148.

²⁰ Das ist sicher bei der *a^o fam. exc.* und auch für den Satz *agnatus proximus familiam habeto* wird man annehmen können, dafs die *familia* hier die *pecunia* als Pertinenz nach sich zieht. Bei letzterem wird angenommen, dafs der obige Wortlaut (A. 19) richtig ist, und es nicht etwa geheissen hat: *familiam pecuniamque habeto*. Diese breitere Fassung findet sich sogar wirklich bei Cic. de inv. 2, 50, 148 und Auct. ad Her. 1, 13, 23, ist aber hier wahrscheinlich falsch (Anm. 23); die kürzere steht bei Ulpian (fr. 26, 1 = Coll. 16, 4, 1 und D. 50, 16, 195, 1).

kann darum der Frage nicht ausweichen, welches der Gegensatz unserer Begriffe ist. Auf die immerhin wahrscheinlichste Lösung führt folgendes²¹.

Wie Cicero uns berichtet, ist durch die Zwölf tafeln dem agnatischen Curator furiosi Macht gegeben „in eo pecuniaque eius“; genannt ist nur die Pecunia, nicht die Familia. Dafs dies exakt ist, würde bestätigt und die Sache zugleich erklärt, wenn, wofür eine Digestenstelle zu sprechen scheint²², der agnatische Wahnsinns pfleger ursprünglich nicht unbeschränkte Veräußerungsbefugnis gehabt hat, sondern nur eine solche, die sich zunächst auf res nec mancipi beschränkt hat und erst durch die Interpretation auf die res mancipi erstreckt worden ist. Daraus würde einerseits folgen, dafs die Zwölf tafeln die Potestas des Kurator nur für einen Teil des Kurandenvermögens festgesetzt haben, anderseits, dafs dieser Teil eben mit den res nec mancipi zusammenfiel. Danach ergäbe sich von selbst, dafs die Pecunia die Summe der res nec mancipi darstellte.

Auch der bekannte Zwölf tafelsatz, der von der Testierfreiheit spricht, wird von Ulpian und Paulus wörtlich übereinstimmend so angeführt: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto²³.

²¹ Die im nachstehenden entwickelte Gleichstellung der Familia mit den Res mancipi ist bekanntlich schon oft vertreten worden (nur das Indiz aus D. 47, 2, 57, 4 ist m. W. noch nicht angezogen worden); vgl. z. B. Kuntze, Exkurse 104 f.; Karlowa, R.G. 2, 73; Ihering, Entwickl.Gesch. 81 f. u. v. a. Wenn dem entgegen neuerdings Jörs in Birkmeyers Enzykl. 1, 165 A. 4 darauf hinweist, dafs bei Plin. n. h. 21, 3, 7 die servi und equi zur Pecunia gerechnet werden, so ist zu bemerken, dafs vom Vieh auch keineswegs behauptet werden kann, dafs es von jeher zu den res mancipi gehörte (vgl. A. 25). Die Servi werden freilich von Anfang an dazu gezählt; aber die Stelle des Plinius beweist auch nicht, das man sie schon zur Zwölf tafelfzeit zur Pecunia rechnete, sondern zeugt nur von seinem eigenen Sprachgebrauch.

²² Jul. D. 47, 2, 57, 4. Die Ausführung folgt in der Lehre von der Cura, unten § 37.

²³ Ulp. 11, 14; Paul. D. 50, 16, 53 pr. Dafs das Wort Pecunia hierbei authentischer Gesetzestext ist, geht, trotzdem Gai. (2, 224) und Pompon. D. 50, 16, 120 einfach sagen „uti legassit suae rei“ daraus hervor, dafs Paulus aus demselben sogar Schlußfolgerungen zieht. Eher könnte man fragen, ob das Zitat vollständig ist und nicht familia pecuniaque im Gesetz gestanden hat. Wirklich heifst es auch bei Auct. ad Herenn. 1, 13, 23 und Cic. de inv. 2, 50, 148: Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legaverit (resp. legassit); aber da in diesem Zitat fast alles nachweislich falsch ist (vgl. Ihering, Entwickl.Gesch. 87 n. 44) wird es methodisch richtig sein, dasselbe gegenüber dem übereinstimmenden Zeugnis zweier Juristen zu ignorieren, zumal die Zitate dieser Quelle auch sonst von jener Seite desavouiert werden (Anm. 20). Wie aus der Ausführung des Scaevola D. 50, 16, 120 folgern soll, dafs er in

Möglicherweise ist auch hier die Auslegung richtig, daß dieses bloß für die nicht manzipable Habe gesagt ist²⁴.

Da das manzipable Vermögen für die alte Zeit den Hauptstock der Habe ausmacht, würde sich eine solche Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung durchaus begreifen lassen. Auch etymologisch ist diese Auffassung ansprechend; da die Pecunia den Viehstand bezeichnet, das Vieh aber wenigstens größtenteils — mindestens alles Kleinvieh²⁵ — nicht manzipabel ist, ließe sich wohl denken, daß

den XII T. hinter *uti legassit* das Wort *familia las* (Pernice, Lab. 1, 324 A. 3), ist mir unerfindlich; wie soll daraus, daß jemand sagt, die Worte „*uti legassit suae rei, ita jus esto*“ geben dem Testator unbeschränkte Verfügungsfreiheit, sich ergeben, er meine eigentlich die Worte *super familia pecuniaque tutelave suae rei*?

²⁴ Indem ich die Möglichkeit feststelle, daß das „*uti legassit super pecunia*“ sich nicht auf das ganze Vermögen bezieht, gehe ich von der Annahme aus, daß die *Mancipatio familiae* an den Treuhänder, wie sie Gai. 2, 102 f. schildert, erst der Zeit nach den Zwölf Tafeln angehört und lege somit dem Zwölf Tafelsatz nur die Bedeutung bei, daß er für das *Testamentum publicum* den Erblasser bezüglich Verfügungen (Legaten) über die Pecunia und Tutela von der Zustimmung der Komitien entbindet und die Komitien daher insofern bloße Zeugnisfunktion ausüben, während ihnen allerdings für die Erbeinsetzung die Genehmigung vorbehalten bleibt. Wer das Geschäft mit dem Treuhänder als den Gegenstand der Zwölf Tafelbestimmung ansieht, kann zwischen Pecunia und Familia nicht weiter unterscheiden; denn daß dieses sich jemals auf die Pecunia beschränkt haben sollte, widerspricht nicht bloß dem Formular bei Gaius — das man ja allenfalls für nicht ursprünglich ansehen könnte — sondern vor allem dem *Terminus Familiae emtor*, der sicher so alt sein wird wie die erbrechtliche Treuhänderschaft selbst. Wer auf jener Seite steht muß also durchaus geneigt sein dem fraglichen Satz die Fassung zu geben „*uti legassit super familia pecunia sqq.*“ Gerade aber weil die verlässlichsten Zeugnisse ihn anders überliefern, halte ich obige Vermutung für sehr wahrscheinlich. Für dieses jüngere Alter der *Manc. fam.* auch *Cuq.* instit. 1¹, 281 f.; Ferrini, Bull. 1, 111 f.; zweifelnd *Appleton*, *le testam.* 107 n. 4. — Danach wäre der Rechtszustand im Sinn der Zwölf Tafeln der gewesen, daß jedes Testament ein *comitiales* (oder in *procinctu*) sein mußte und hierbei durfte die Erbeinsetzung nur auf den Intestaterben lauten, wenn nicht die Komitien eine Abweichung bewilligten; für die *R. nec manc.* dagegen konnte der Testator eine solche nach Belieben herbeiführen, allerdings nur unter Assistenz (nicht aber Zustimmung) der Komitien. Der Verfügungsfreiheit bezüglich der Pecunia wäre dabei die über die Tutela beim Vorhandensein unmündiger *Sui* gleichgestanden, und diese Tutel galt natürlich auch für die Familia. — Vgl. zu der Frage auch noch *Lambert*, *droit comparatif*, *introduc.* 1, 411 f., dessen Bemerkung, daß eine allgemeine Testierfreiheit (sei es im komitialen, sei es im Privattestament) für so frühe Zeit den Ergebnissen der vergleichenden Rechtswissenschaft durchaus zuwiderläuft, nur zu billigen ist.

²⁵ Sogar vom Großvieh ist die *Mancipabilität* für die älteste Zeit be-

man sie den *Res mancipi*, der „Familia“, d. i. dem Haus (dham, domus²⁶?) entgegengesetzt hätte. Volle Gewißheit läßt sich natürlich in derartigen Dingen nicht erreichen und es muß genügen, die Indizien als solche zu bezeichnen.

In späterer Zeit ist die Bedeutung des Gegensatzes abgeschwächt worden und seine ursprüngliche Tragweite wohl ganz in Vergessenheit geraten²⁷. Insbesondere scheinen einzelne Regeln, die sich ursprünglich auf die *Pecunia* allein bezogen, gewohnheitsmäßig auf die *Familia* miterstreckt worden zu sein: so die Veräußerungsmacht des agnatischen Wahnsinnskurators. Vgl. oben (Text zu A. 22).

Nicht mit Sicherheit festzustellen ist es, ob das ältere Recht eine besondere Qualifikation des im Weg der *Intestat*-sukzession von den Eltern und Voreltern ererbten Vermögens (Familienvermögen) von dem selbst oder aus einem Testament der Eltern erworbenen kennt. Dafür spricht etwa, daß die Interdiktionsformel gegen den Verschwender von der Vergeudung der *Bona paterna avitaque* spricht²⁸; doch ist dies so ziemlich der

streitbar, Voigt, *Jus nat.* 4, 566 f., und wenn auch die dort besprochene Stelle des Varro r. r. 2, 6, 3 sehr wenig beweist, kann doch das XII Tafelgesetz über die *Coronae per pecuniam* (i. e. equos) *partae* bei Plin. 21, 3, 7 (s. A. 21) ebensowenig leicht genommen werden als die Tatsache, daß gerade der Sklave und nicht das Vieh ursprünglich *Mancipium* heißt. Das nähere gehört dem Sachenrecht an; vgl. vorläufig Mommsen, *Z. Sav.St.* 23, 438 und oben A. 21.

²⁶ Mommsen, *Staatsr.* 3, 1, 22, *Z. Sav.St.* 23, 438 betont, wohl mit Recht, daß zur Zeit, wo das Wort sich bildete, Immobilienbesitz (abgesehen eben vom Haus noch nicht bestanden haben wird. Daß die Sklaven zur *Familia* nicht bloß gehören, sondern sogar im engeren Sinn so genannt werden (z. B. D. 99, 4, 12, 1; 43, 16, 1, 17—20 u. a.) erklärt sich wohl so, daß sie speziell zum Haus gerechnet werden, wie im Griechischen *οἰκίτης* von *οἶκος* gebildet wird.

²⁷ In der klassischen Zeit werden *Familia* und *Pecunia* oft vikariierend gebraucht; vgl. z. B. Ulp. D. 36, 1, 15, 8. Die Bedeutung des Vermögens schlechthin hat *pecunia* schon bei Cic. *Top.* 6, 29 „*hereditas est pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure*“ u. ö. Die seltsam beschränkte Beziehung auf das Aktivvermögen, welche Labeo in das Wort hineintragen wollte, hatte schon Ciceros Zeitgenosse Servius abgelehnt, D. 32, 29, 2, und dabei ist es geblieben. — Andere Synonyma der klassischen Zeit: D. 36, 1, 17 pr.; 32, 95.

²⁸ S. unten in der Geschichte der *Cura* § 37. Ob man es auch hierherstellen kann, wenn besonders betont wird, daß eine Frau entmündigt werden kann (Paul. 3, 4a, 6)? Wenn das einmal zweifelhaft war, so kann es allerdings darauf beruht haben, daß die Frau keine Familie hinterläßt und man eben nur für diese die *paterna avitaque* erhalten wollte —, aber es ist das nicht die einzige

einzig Anhaltspunkt für jene Unterscheidung, denn was man sonst dafür anführen möchte, ist durchaus nicht überzeugend²⁹. Jedenfalls haben sich von derselben weitere Spuren nicht erhalten; ebensowenig ist nachweislich, daß der Gegensatz von Familia und Pecunia mit diesem Gesichtspunkt zusammenhängt, zumal in dem Namen „paterna avitaque“ eine Beschränkung dieses Begriffs auf die res mancipi nicht anklingt.

Bona. Neben der altzivilen Koordination von Familia pecuniaque wird zur Bezeichnung der vermögensrechtlichen Sphäre schon früh der Ausdruck Bona üblich. Bekanntlich ist derselbe technisch, wo es sich darum handelt, den Inbegriff des vom Prätor anerkannten Eigentums gegenüber dem altzivilen Dominium ex jure Quiritium zu benennen^{30 31}. Indessen darf man daraus nicht schließen, daß ursprünglich die Bona einen Gegensatz zu den Res mancipi gebildet hätten; der Gedankengang von L. Lange, wonach die bona (= du-ona, das heißt, das was man durch bloßes Geben, dare, ohne Manzipation, übertragen kann [?]) mit der Pecunia zusammengefallen sei, ist unbeglaubigt und scheidet daran, daß die in ziemlich frühe Zeiten zurückreichende bonorum possessio und die auf die Bona gestellte, gewiß sehr alte Interdiktionsformel gegen den Verschwender³² auch die Res mancipi mit ergreift. Bona sind einfach die „Güter“³³; daß die Juristen das vom Prätor geschützte Eigentum als einen Bestandteil der bona bezeichnen, ist nur Subsumtion unter einen bestehenden Begriff. Daß dieser die älteren Ausdrücke Familia und Pecunia ver-

denkbare Erklärung. Die Interdiktion kann der älteren Zeit bei der Frau auch wegen des Bestandes der Geschlechtsvormundschaft überflüssig erschienen und erst mit deren Absterben praktisch geworden sein.

²⁹ Daß es ein Vorrecht des Ager patritus gewesen sei, als Kautio bei Kontrakten mit dem Staat dienen zu können (Mommson ad l. agrar. c. 28, Verm. Schr. 1, 114, gestützt auf die hypothetische Auflösung der in der lex agraria vorkommenden Abbrüviaturen p(ro) p(atrito) p(subsignare), ist in dieser Fassung wenig wahrscheinlich; vgl. auch Weber, Agrargesch. 100 A. 87.

³⁰ Vgl. bes. Ihering, Entwickl. Gesch. 82 f.

³¹ In der Ediktssprache ist bona der allein übliche Ausdruck zur Bezeichnung des Vermögens. Wo der Begriff der bona in den Quellen erörtert wird, geschieht es meistens zur Erläuterung ediktaler Verwendung desselben.

³² Paul. sent. 3, 4a, 7.

³³ Es gibt im ganzen Quellenbereich nur zwei Stellen, wo der einfache Begriff des „Vermögens“ den Ausdruck Bona nicht zu decken scheint: Paul. D. 33, 2, 1: id (d. h. ususfructus itineris actus viae) neque ex bonis neque extra bona est. Jedoch bezieht sich das darauf, daß der Jurist, der das

drängt hat, ist begreiflich, weil diese Gegensätze allmählich inhaltsleer wurden: das Privattestament sowie die bonorum possessio erstreckten sich nicht blofs auf die Pecunia, sondern auch auf die familia und auch darin, daß neben die reine Personalexekution die Vermögensexekution trat, welche alle Bestandteile des Vermögens als Haftungsobjekte erscheinen liefs, trat die Einheit des Vermögens deutlich hervor. Gleichzeitig liegt sowohl in der Real- exekution als in der Bonorum possessio ein materialistisches Element; während die Personalvollstreckung sowohl als die zivile Hereditas das subjektiv-persönliche Element in der Schuldenhaftung wie in der Hausherrschaft in den Vordergrund stellen, tritt in den korrespondierenden prätorischen Instituten der objektiv-realistische Gedanke des Sachwertes im Vermögen in den Vordergrund. Infolge dieses allgemeinen Umschwungs der Auffassung ist der Ausdruck auch der Gesetzessprache keineswegs fremd geblieben³⁴.

Vermächtnis eines solchen Ususfruktus für unzulässig erklärt, sich mit dem Wortlaut des Senatuskonsults abzufinden trachtet, wonach an allem, was in bonis ist, der Ususfruktus hinterlassen werden kann; seine Argumentation ist natürlich eine ganz unbefriedigende. Sodann D. 27, 10, 10 pr. (Ulp. 16 ad Ed.): „Julianus scribit eos quibus per praetorem bonis interdictum est nihil trans-ferre posse ad aliquem quia in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta“. Hier wird anscheinend in bonis habere mit der Verfügungsfähigkeit identifiziert. Indessen, da die Interdiktion gerade für die Bona stattfand, ist hier doch die Bedeutung „Vermögen“ vorhanden, allerdings mit der Nüance „verfügbares Vermögen“; die Stelle bezieht sich auf die Frage des rechtmäßigen Erwerbs im Kommentar zum publizianischen Edikt und will den Erwerb vom Prodigus dem vom Nichtberechtigten gleichstellen (Lenel, P. Ulp. 565; vgl. auch Ubbelohde in der Ztschr. f. Priv. u. öff. R. 4, 682.) Wenn schon bei den Juristen, so ist umso mehr bei den nichtjuristischen Schriftstellern der Terminus „bona“ für keine Art des Vermögens spezifisch; wo technische Anklänge vorkommen, wie z. B. bei Cicero (bei dem ich den Sprachgebrauch durch Koschakers freundliche Unterstützung untersuchen konnte) ad fam. 13, 30, 1 die von einem Peregrinen nach auswärtigem Recht angefallene Erbschaft „in bonis“ genannt wird, sind sie unklar gedacht. Auch de rep. 3, 33, 45 ist das Wort keineswegs etwa im Sinn von pecunia zu nehmen, so gut das mit dem oben S. 81 Gesagten übereinstimmen würde. — Die gelegentlich begegnende Unterscheidung von in bonis und ex bonis esse (D. 47, 8, 2, 22) ist scholastisch und wertlos. — Die Zusammenstellung der Terminologie durch Bonfante, Bull. dell' Ist. 8, 296 f. bringt leider mehrfache Fehlzitate.

³⁴ Wieweit der Terminus Bona hier zurückreicht, ist naturgemäß nicht festzustellen und nicht einmal sicher, daß die lex Poetelia (Liv. 8, 28: pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset) ihn wirklich gebraucht hat. Nachweisbar ist er in den Gesetzen zuerst im zweiten Jhd. (l. lat. tab. Bant. l. 11; l. Acil. repet. l. 57).

Der Ausdruck *patrimonium* (*οὐσία*) bedarf keiner Erläuterung³⁵.

Systematik
der sub-
jektiven
Rechte.

II. In dieser Weise wird die subjektive Rechtssphäre als Ganzes bezeichnet. Es wurde schon oben gesagt, daß eine systematische Einteilung der einzelnen subjektiven Rechte den Römern fehlt.

Insbesondere die heute herkömmliche Gliederung der Rechte nach ihrem Inhalt ist ihnen fremd; sie unterscheiden wohl zwischen den Trägern und Objekten des Rechts (*Personae* und *Res*), nicht aber zwischen den dadurch bedingten inhaltlichen Verschiedenheiten der Privatrechte.

So ist vor allem der das ganze Rechtssystem beherrschende Gegensatz zwischen dinglichem Recht und persönlichem Anspruch zwar vorhanden, aber systematisch tritt er nur in der Einteilung der Prozesse (*Vindicationes* und *Actiones*) hervor: im Gebiet des materiellen Rechts ist er wohl überall lebendig und wird gelegentlich auch formuliert³⁶, nicht aber als durchgreifendes Einteilungsprinzip verwendet. Bei Gai. 2, 14 stehen die Obligationen als ein Teil der *Res incorporales* mit den *Servitutibus* und dem Erbrecht systematisch auf einer Stufe.

Ja selbst die wenig bedeutenden systematischen Unterteilungen, die sich im Gebiet des Sachen- und Obligationenrechts finden, sind wenigstens teilweise erst nachklassischer Herkunft. So ist der zusammenfassende, den *Prädialservitutibus* entgegengesetzte Begriff der *Servitutibus personarum* erst justinianische Schöpfung³⁷; so ist die Gliederung der Obligationen in solche „*ex contractu, ex maleficio* und *ex variis causarum figuris*“ (oder *ex delicto* und *quasi ex delicto*) erst von den Kompilatoren geschaffen und den Klassikern nur die Zweiteilung in Kontraks- und Deliktobligationen bekannt³⁸; ebenso ist die Klassifikation der Kondiktionen nach ihren

³⁵ Belanglos ist es, daß Pomponius D. 46, 6, 9 die *Nomina* scheinbar dem *Patrimonium* entgegenstellt; vgl. oben A. 2.

³⁶ So vor allem bei Paulus inst. 2 D. 44, 7, 3 pr.: *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat* sqq.

³⁷ Longo, bull. 11, 281 f.

³⁸ Es ist das Verdienst von Perozzi, *le obbligazioni romane* (Bologna 1903) gezeigt zu haben, daß überall, wo die Drei- oder Viergliederung in den *Digesten* oder *Institutionen* vorkommt, sie interpolatorisch ist; namentlich in den einleitenden Stellen des *Digestentitels* ist massenhaft interpoliert worden. — Eine von der gegenwärtigen wohl zu unterscheidende Frage ist natürlich die, wie alt der einheitliche Begriff der *Obligatio* selber ist; darauf ist hier noch nicht einzugehen. Doch möchte ich daran erinnern, daß derselbe bei Plautus überhaupt noch nicht vorkommt: die einzige Stelle, wo Plautus das Wort „*obligare*“ im juristischen Sinn verwendet, ist, wie F. Marx mir freundlich mitteilt, *Trucul.* 2, 1, 4 und dort bedeutet dasselbe die Verpfändung.

Entstehungsgründen byzantinisches Erzeugnis³⁹ usw. Die weitgehende Entstellung der römischen Denkweise, welche die Byzantiner durchgeführt haben, ist hier, wie überall, noch nicht in ihrer vollen Tragweite erkannt, und es wird noch langjähriger Arbeit bedürfen den antiken Boden freizulegen; aber damit, daß unsere überkommenen Begriffe noch lange nicht überall die römischen sind und wir allerorts auf Umlernen gefaßt sein müssen, wird auf Schritt und Tritt zu rechnen sein.

Auf der andern Seite werden manche Begriffe des römischen Rechts in ihrer Schärfe überspannt. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn man vom dinglichen Recht annimmt, daß dasselbe von den Römern einerseits seit Urzeiten in der vollen Kraft des absoluten Rechts aufgefaßt worden sei, und daß andererseits Zwittergebilde zwischen dem dinglichen und persönlichen Recht, wie sie im deutschen Jus ad rem zutage treten, auf dem römischen Boden niemals vorgekommen seien.

In ersterer Beziehung soll natürlich keinesfalls gelehrt werden, daß Eigentum und Servituten, wie sie in den historischen Quellen formuliert werden, wirklich den reinen, absoluten Charakter an sich tragen, und es hat daneben wenig zu sagen, wenn die Rechtsstellung des publizianischen Besitzers nur eine relativ geschützte ist; denn jedenfalls schließt dieses abgeschwächte Recht nicht aus, daß daneben und darüber das Vollrecht anerkannt wird. Eine andere Frage ist es, ob diese Anerkennung absoluten Eigentums von jeher vorhanden war; wer bedenkt, daß der älteste Vindikationsprozeß (*Legis actio sacramento in rem*) eine beiderseitige Vindikation voraussetzt und dem Besitzer als solchem keineswegs den interimistischen Besitz und die Beklagtenrolle sichert, kann dem Gedanken nicht ausweichen, daß bei einem so angelegten Verfahren ein Beweis absoluten Eigentums nicht verlangt worden sein kann, weil man sonst zu keinem Ausgang gekommen wäre, wenn keine der Parteien diesen erbrachte. Es ist ferner zu bedenken, daß nicht der Beklagte den Kläger fragt, warum er vindiziert, sondern umgekehrt der Kläger mit der Frage „*postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*“ den Beklagten zur Rechtfertigung seiner Kontravindikation auffordert: Auch diese Umkehrung der natürlichen Reihenfolge sieht fast wie ein Überrest aus einer Zeit aus, wo der Vindikationsspruch des Klägers sich nicht auf abstraktes und unsichtbares Eigentum, sondern auf

³⁹ Pernice, *Lab.* 3, 1, 234 f.

einen handgreiflichen Eingriff in seine bisherige Rechtsposition berufen hätte⁴⁰. Über Hypothesen wird ja auf diesem Gebiet nie hinauszukommen sein; aber auch die altüberkommene Meinung von der Ursprünglichkeit des absoluten Eigentumsbegriffs ruht lediglich darauf, daß man den Zustand, wie er sich in der späteren Zeit, namentlich infolge der Einführung des Besitzschutzes entwickelt hat, kritiklos in die Urzeit zurückdatiert.

Ebensowenig ist es aber richtig, daß dem römischen Recht der Gegensatz von dinglichem und obligatorischem Recht stets als ein unüberbrückbarer erschienen ist.

Wenigstens in einem Fall hat es ein Jus ad rem ausgebildet, freilich erst in später Zeit und auf dem auch sonst an Anomalien fruchtbaren Gebiet des Fideikommißrechts.

Ist eine Spezie durch Fideikommiß vermacht, so wird der Fideikommissar durch Missio in possessionem in den Besitz derselben eingewiesen, wenn der Erbe sie an einen mit dem Fideikommißanspruch bekannten Käufer veräußert hat. Die Idee ist allerdings ganz vereinzelt geblieben; aber soweit sie gilt, enthält sie im praktischen Erfolg eine relative Verdinglichung des persönlichen Anspruchs, welche dem Jus ad rem durchaus entspricht⁴¹.

III. Wenn, wie gesagt wurde, eine durchgreifende systematische Einteilung der subjektiven Rechte den Römern fremd ist, so kann doch freilich kein Rechtssystem ganz ohne Gliederung gedacht werden, und so finden sich systematische Gruppierungen der einzelnen Rechte auch hier vor; aber sie gehen nicht sowohl von

⁴⁰ Das Nähere gehört der Darstellung des Sachenrechts an; im ganzen stelle ich mir den ursprünglichen Zustand nicht anders vor, als er im deutschen und im griechischen Recht (Reichsr. und Volksr. 499 f.) gewesen ist. Dem, was von Pflüger, leg. a^o sacram. (1898), und Rabel, Haftung des Verkäufers I, 56 f. gesagt ist, stehe ich schon seit langem sehr nahe.

⁴¹ Paul. sent. 4, 1, 15: „Rem fideicommissam si heres vendiderit, eamque sciens (sc.: quis) comparaverit, nihilominus in possessionem eius fideicommissarius mitti iure desiderat.“ Afric. D. 30, 109, 1: „Heres cuius fidei commissum erat, ut mihi fundum aut centum daret, fundum Titio vendidit; cum electio ei relinquatur, utrum malit dandi, ut tamen alterum solidum praestet, praetoris officio convenire existimo, ut si pecuniam Titius offerat inhibeat fundi persecutionem sqq. Scaev. D. 31, 89, 7 (post alia): „Emtor quaerit an retractari haec venditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hereditas data deprehenderetur . . . Respondi, propter iustam ignorantiam tam mulieris quam emtoris heredem mulieris, ut fundus apud emtorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere.“ Vgl. noch Ulp. D. 32, 20; Hermog. D. 36, 4, 11, 1.

der juristischen als von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus. So ordnet das Edikt in seinem zweiten Hauptabschnitt den Stoff nach den rechtlich geschützten Sachgütern und behandelt als zusammengehörige Gruppen die Klagen aus dem Eigentum an körperlichen Sachen oder wegen Beschädigung solcher, wobei zwischen dinglichem und persönlichem Anspruch kein Unterschied gemacht wird; als weitere Masse erscheinen die obligatorischen Vertragsklagen [Titt. Ed. De Rebus creditis, de bonae fidei iudiciis(?)]; dann wird von Frauen- und Mündelgut gesprochen. Ähnlich steht es im Sabinussystem⁴².

IV. So gibt es denn nur ein Gebiet, wo der Gegensatz der Rechte scharf hervortritt; das ist der Prozeß. Sowie dieser Boden betreten wird, begegnen wir sofort der Einteilung der Actiones in rem und in personam, oder wie es der ältere Sprachgebrauch zu sein scheint, von Vindicationes und Actiones (im engern Sinn)⁴³. Erstere bedeuten, wie oben gezeigt wurde, die Geltendmachung des absoluten, hausherrschaftlichen Rechts, sei es Eigentums- oder Erbrecht, sei es persönliche Familiengewalt⁴⁴. Actio dagegen ist in älterer Zeit vorzugsweise die Actio in personam⁴⁵. Damit hängt es wohl auch zusammen, daß in der klassischen Zeit Actio so häufig schlechtweg das Forderungsrecht bedeutet. Freilich hat hier der Begriff Actio von seiner Schärfe viel verloren und wird im weitern Sinn für jede Klage des ordentlichen Prozesses verwendet, so daß man allenfalls zwischen Actio in engerer und weiterer Bedeutung unterscheiden mag. Andererseits bedeutet Vindicatio jetzt, da die Familiengewalt über freie Personen nur selten im Vindikationsprozeß und regelmäßig durch Präjudizial- und Interdiktenverfahren geltend gemacht wird, die dingliche Klage schlechthin.

Einer Erläuterung bedürfen noch die Bemerkungen von Papinian (D. 44, 7, 28) und Ulpian (D. 50, 16, 178, 2) über Actio und Petitio, wonach diese Schriftsteller Actio auf die Klage aus persönlichem, Petitio auf die aus dinglichem Recht beziehen. Ob dieses richtig ist, läßt sich sehr bezweifeln. Beide Klassiker verfolgen mit ihren Auseinandersetzungen den Zweck, die in

Actio,
petitio,
persecutio.

⁴² Sehr charakteristisch auch die Einteilung der Erbschaftsaktiven bei Maecian D. 35, 2, 30 pr.: fructus, partus ancillarum, stipulationes, rerum traditiones, legata und „actiones“, d. i. Deliktssklagen.

⁴³ Gai. 4, 1 stellt dieselbe an die Spitze des Aktionenrechts. Vgl. ferner Ulp. D. 44, 7, 25 u. a.

⁴⁴ Gai. 1, 134 vindicat filium suum esse cf. Ulp. D. 6, 1, 1, 2.

⁴⁵ Wlassak bei Pauly-Wissowa 1, 306.

Gesetzestexten ziemlich häufige und auch in der stipulatio Aquiliana vorkommende Trichotomie Actio Petitio Persecutio zu erklären⁴⁶; wie leicht solche Erklärungen zur Ungenauigkeit führen, ist bekannt. In unserm Fall besteht dieser Verdacht in doppelter Beziehung. Petitio ist, soviel wir sonst wissen, ein ganz allgemeiner Ausdruck für jede Klage⁴⁷; wenn allerdings die formula petitoria für eine dingliche Klage gegeben ist, so erklärt sich das auf andere Weise⁴⁸ und kommt überhaupt häufig „petere“ auch für die persönliche vor und zwar selbst in Gesetzen⁴⁹ und im Edikt⁵⁰. Eine juristisch feste Unterscheidung von Actio und Petitio hat es also sicher nicht gegeben⁵¹. Über die Bedeutung von *persequi* spricht sich Papinian selbst⁵² dunkel, Ulpian⁵³ unsicher, und beide untereinander widersprechend, aus. Dafs mit *persecutio*, wie Ulpian glaubt (*puto*) die extraordinären Rechtsverfolgungen gemeint sind, ist in dieser Allgemeinheit sicher falsch, da die Gesetze, wo der Ausdruck vorkommt, an solche gewifs nicht denken⁵⁴; zu beachten ist auch, dafs Javolen und

⁴⁶ Lex Col. Jul. Gen. 125, 126, 129, 130–132; lex Salp. 26; lex Malac. 58, 62, 65, 67; D. 46, 4, 18, 1; 46, 8, 23; cf. D. 50, 16, 49. In dem zuerst genannten Gesetz entstammt übrigens die Einschaltung des Worts „*actio*“ anscheinend nicht der ursprünglichen, sondern erst einer späteren Neuredaktion (Mommsen, Verm. Schr. I, 208 f.); demgemäfs ist die Trichotomie im Gesetzesstil vor der Kaiserzeit nicht nachweisbar.

⁴⁷ Richtig Wlassak, Kognitur 3 f. Vgl. z. B. D. 2, 8, 15, 4 *fundi petitio personalis* u. v. a. *Vindicatio* und *petitio* als Gegensätze: Paul. sent. 4, 1, 18 u. a.

⁴⁸ Nämlich daraus, dafs diese Formel den Leistungsanspruch repräsentiert, nicht, wie die *actio in rem per sponsionem*, blofse Feststellung bewirkt.

⁴⁹ Z. B. l. *Mamilia Rosc.* 54 „*eiusque pecuniae qui volet petitio hac lege esto*“ cf. c. 55, l. Jul. mun. 19 u. a.

⁵⁰ Z. B. „*Si certum petetur*“.

⁵¹ Dennoch läfst sich ein Standpunkt finden, von dem wir die Äußerung der beiden Juristen erklären können, ohne sie der reinen Willkür zu beschuldigen: wenn im *Aes Malacit. c. 65* die Verfolgung der *praedes* und *praedia* bezeichnet wird als „*de iis rebus agere (sc. adversus praedes) easque res (sc. praedia) petere persequi*“, so hätten Papinian und Ulpian, ohne freilich hiermit eine bestimmte Differenzierung unserer Ausdrücke zu beweisen, doch zu ihrer Rechtfertigung darauf hinweisen können, dafs hier gegen die Person ein „*agere*“, gegen die Sache ein „*petere*“ stattfindet.

⁵² D. 44, 7, 28.

⁵³ D. 50, 16, 178, 2.

⁵⁴ Richtig, dafs *Persecutio* später für die extraordinäre Rechtsverfolgung mit Vorliebe verwendet wird (z. B. *fideicommissi persecutio* D. 30, 109, 1; 31, 88, 14; 32, 11, 16; 32, 41, 11 u. a.); in D. 32, 11, 21 [*quamvis unum legatum*

Paulus⁵⁵ *persecutio patris* gebrauchen zur Bezeichnung der prätorischen Haftung des Vaters neben der *civilis obligatio* des Sohnes. Bestimmte Bedeutungen lassen sich hier überall nicht erkennen, und so kann man es denn schwer vermeiden, mit Bruns⁵⁶ in „*actio petitio persecutio*“ eine sinnlose Häufung der Ausdrücke zu finden⁵⁷. Übrigens ist hinzuzufügen, daß dieselbe der republikanischen Gesetzessprache noch fremd ist⁵⁸.

V. Der Begriff des Anspruchs endlich ist im römischen Recht ^{Anspruch.} nirgends formuliert. Natürlich kann die Vorstellung desselben, d. h. die Vorstellung eines präsenten gegen einen bestimmten Gegner sich richtenden Verlangendürfens keiner entwickelten Jurisprudenz ganz fehlen und ist daher auch den römischen Juristen oft entgegengetreten, so z. B. der persönliche Anspruch dort⁵⁹, wo von mehreren aus demselben obligatorischen Verhältnis entspringenden Ansprüchen einer allein eingeklagt werden soll und dieserhalb zur Vermeidung einer zu weitgehenden Prozeßkonsumtion

sit, tamen ad persecutionem eius plures admittantur] hat gleichfalls ursprünglich statt *leg. gestanden* „*fideicommissum*“); doch kommt auch *fideic. petitio* vor (D. 32, 41, 11) und hängt die Diktion öfter von stilistischen Bedingungen ab (z. B. 32, 41, 9: *petere-persequi*); sogar *a^o fideicommissi* kommt vor (D. 5, 1, 52 pr.).

⁵⁵ D. 23, 3, 57; 47, 2, 42 pr.

⁵⁶ Ztschr. f. R.Gesch. 12, 118.

⁵⁷ Im ganzen vgl. Eisele, Kognitur u. Prokuratur 31 f. (der die Ausdrücke in bedenklicher Weise auf verschiedene Prozeßstadien bezieht); Wlassak, Krit. Stud. 71—76 und Prozeßges. 2, 11 n. 6; Hartmann-Ubbelohde, Gerichtsverf. 477; Kniep, Präskriptio u. Pactum 45; Mitteis, Z. Sav.St. 23, 444.

⁵⁸ Vgl. Anm. 46. Erwägt man noch, daß auch die Verbindung „*lex jus*“ in den Gesetzen nicht ursprünglich ist, sondern etwa erst im siebenten Jhd. des Freistaats aufkommt (oben S. 33 A. 9), so wird man umso mehr geneigt sein, eine fortschreitende Tendenz zum Pleonasmus anzunehmen.

⁵⁹ Dagegen ist der dingliche Anspruchsbegriff nie entwickelt worden, auch nicht etwa, woran moderne Schriftsteller wohl gedacht haben, in der Richtung, um einer *Mora* (*des m. f. poss.*) vor der *Litiscontestatio* Raum zu geben. Wenn beim Dieb und gewaltsamen Besitzer von solcher die Rede ist, beruht dies auf der obligatorischen Deliktshaftung; im übrigen ist von *Mora* bei Vindikationen erst im Prozeßstadium die Rede (Jul.-Ulp. D. 6, 1, 17, 1; Ulp. l. c. 15, 3), diese beruht aber auf der obligatorischen Wirkung der *Litiskontestatio*. Daß diese *Mora* beim gutgläubigen Besitzer erst nach dem *Arbitratus iudicis* eintreten kann, ist klar, und insofern ist sie identisch mit *Contumacia*. Eben deswegen besteht aber kein Anlaß, mit Pernice, Lab. 2, II, 1, 21 u. 80 bezüglich D. 6, 1, 15, 3 Interpolation anzunehmen. — Vgl. auch Anm. 62 i. f. und 63.

praescriptio pro actore gewährt wird⁶⁰; oder der prätorische im Gegensatz zum zivilen, wenn davon die Rede ist, daß auch der Pater familias selbständig in Mora geraten kann gegenüber seiner Verpflichtung für den Sohn de peculio zu zahlen⁶¹ u. a. Aber theoretische Anerkennung hat der Anspruchsbegriff nie gefunden; er verschwindet stets hinter der Actio⁶², welcher Ausdruck jedoch viel weiter reicht, da ein und dieselbe Actio zahlreiche Ansprüche in sich aufzunehmen vermag⁶³.

Insbesondere wird die Entwicklung des Anspruchsbegriffs dadurch eingedämmt, daß die Intentio der Klagformel — abgesehen von dem engen Gebiet der persönlichen Klagen auf Certum — nicht ihn nennt, sondern auf das Gesamtrecht lautet.

Bedenklich ist jedoch die damit zusammenhängende heutige Lehre (Windscheid, Pand. 1^o, § 198, A. 10), daß der Eigentümer gegen eine von ihm bestrittene zivile Servitut statt der *Actio negatoria* wahlweise auch die *Rei Vindicatio* erheben und so den Gegner zu einer *Exceptio* drängen könne⁶⁴, weil die Intentio „*rem eius esse*“ wahr bleibt. Das würde zur Folge haben, daß im Gebiet der *l. Cincia* selbst zivile Servituten nicht geschenkt werden konnten, weil auf die Schenkung keine *Exceptio* gestützt werden kann. Diese Konsequenz ist kaum annehmbar (vgl. S. 164).

⁶⁰ Gai. 4, 131.

⁶¹ Paul. D. 45, 1, 49 pr., welche Stelle nicht mit Ferrini, Z. Sav.St. 21, 195 f. für interpoliert zu halten ist, trotz Marcian D. 22, 1, 32, 3. — Vgl. auch D. 23, 3, 57 (Javol.): *Filii obligatio, patris persecutio*.

⁶² Charakteristisch die Wendungen: *ex actione debere*, D. 12, 2, 30 pr., *quidquid in actionibus est* u. a. — Allenfalls kann man dem Wort *Res* in der Verbindung *res de qua agitur* (z. B. D. 34, 5, 12), oder den Regeln „*de eadem re alio modo*“ und „*bis de eadem re ne sit actio*“ die Bedeutung von Anspruch beilegen; aber sie bleibt doch ziemlich unentwickelt. Letzteres zeigt sich vor allem darin, daß der (vielleicht den XII T. angehörige) Satz „*bis de eadem re ne sit actio*“ im zivilen Prozeßrecht auf die dingliche Klage nicht erstreckt wird, sondern hier immer *exc. r. in iud. deductae* notwendig geblieben ist, um die Konsumtionsidee auf dieses Gebiet zu übertragen, dem sie an sich fremd ist (vgl. Text zu A. 45).

⁶³ Das Nähere über das Verhältnis von Anspruch und Actio gehört in das Prozeßrecht; einige hierhergehörige Bemerkungen bei Wl assak in Pauly-Wissowa 1, 306—307, 314—315; Z. Sav.St. 25, 160; seiner Polemik gegen die Annahme eines dinglichen Anspruchs im R. R. trete ich vollkommen bei.

⁶⁴ Überhaupt wird auch heute noch vielfach dem Usufruktuar die Notwendigkeit auferlegt, gegen die Vindikation des Eigentümers eine besondere Einrede geltend zu machen. Vgl. darüber und dagegen Kipp zu Windscheid, Pand. 1^o, 207, 212; Hölder, Arch. f. ziv. Prax. 93, 77 f.

§ 6. Die Rechtsnachfolge.

Im vorigen ist die Rechtssphäre vom Standpunkt des Individuums dargestellt worden, dem sie zukommt. Es erübrigt nunmehr, die Frage zu erörtern, wie sich dieselbe im Wechsel der Individuen darstellt. Dies führt auf den Begriff der Rechtssukzession, und zwar, da es sich hierbei zunächst um die Rechtssphäre als ganzes handelt, der Universalsukzession.

Rechts-
nachfolge.
Universal-
sukzession.

Die Idee der Universalsukzession ist bei den Römern eine ursprüngliche; sie kann nur begriffen werden, wenn man sie aus der Tiefe des römischen Familiengedankens heraus betrachtet und jede rationalistische Auffassung geht in die Irre, welche sie aus formell juristischen Erwägungen künstlich zusammensetzen sucht. Das gilt selbst von jenen Erklärungen, welche die Gesamtnachfolge, wie es häufig vorkommt, mit der Haftung der Erben für die *sacra hereditaria* in Zusammenhang bringen, d. h. aus dieser einerseits das Prinzip der Nachfolge in die Erbschaftspassiven, andererseits die Notwendigkeit der Übernahme der den *sacris hereditariis* verfangenen Activen abgeleitet wissen wollen. So bestechend diese auf religiöse Vorstellungen und den Einfluß des Pontifikalrechts zurückgehende und darum altertümlich genug klingende Anschauung für manchen erscheinen mag, trifft sie doch nur eine Teilerscheinung; die ursprüngliche Idee ist voller und umfassender.

Es ist dieses aber die Idee des engsten, persönlichen Familien-nexus zwischen Eltern und Kindern. Die Existenz des Individuums setzt sich fort in dessen Deszendenten, darum nehmen diese an allen Rechten und Pflichten des Familienhaupts notwendig Anteil. Die transszendente Vorstellung der Unsterblichkeit des Individuums in seinem Samen ist der Ausgangspunkt des römischen Erbrechts. Freilich trifft dasselbe in diesem seinem Ausgangspunkt mit den Anschauungen aller übrigen Völker zusammen; aber hier wie überall hat es die Konsequenzen der Idee schärfer und reiner gezogen und dadurch trotz vielfacher fast erschreckender Schärfen der Konsequenz die Überlegenheit über jene erlangt.

Auf dem
Familien-
nexus
beruhend.

Universalsukzession und Abstammung fallen ursprünglich zusammen. Eine Diskrepanz zwischen beiden ist nur insofern und zwar offenbar sehr früh aufgetreten, als die agnatische Deszendenz sich innerhalb des weiteren Kognatenverbands als besondere Gruppe zusammen- und die kognatische Deszendenz von der Familienstellung teilweise ausgeschlossen hat. Von diesem für das Prinzip selbst durchaus nebensächlichen Umstand abgesehen, läßt sich dasselbe für die älteste Zeit deutlich nachweisen.

Parallelen.
Opfer-
pflicht der
Nach-
kommen.

Da ist es nun zunächst allerdings die sakrale Verpflichtung, welche sich an das Kindesverhältnis anknüpft. Die römische Opferpflicht ist bekanntlich nicht eine individuelle, sondern obliegt dem Hause. Und zwar ist es in erster Linie die Familie im natürlichen Sinn, welche die Opfergemeinschaft bildet und „*sacra familiaria*“ besitzt; die korporativen Opfer der *Gentes* werden, wie später zu erörtern¹, eine künstliche Einrichtung der sich korporativ zusammenschließenden gentilischen Adelsverbände sein. Jene privaten Opferpflichten der Familie aber übertragen sich in ältester Zeit vom Vater zum Sohn und Enkel². Wie das mit den spekulativen Vorstellungen von der Unsterblichkeit der Seele und dem Ahnenkultus zusammenhängt — hier wie überall — ist bekannt und braucht nicht weiter ausgeführt zu werden.

Vererbung
des
Hospitium

Ein Verhältnis, welches die Familie als solche trägt, ist ferner die Gastfreundschaft; das geheiligte Band des *Hospitium* gilt nicht als rein persönliches, sondern umschlingt Kinder und Enkel³. Daß dasselbe auch vom Patronatsverhältnis auf seiner aktiven Seite gilt, braucht nur erinnert zu werden; die Schutzpflicht wie die Herrschaftsrechte des Patronats sind Pflichten und Rechte des Hauses, welche fortleben in allen seinen Repräsentanten.

und
Patronats.

Endlich hat der Familiennexus ursprünglich auch bei den Italikern die Pflicht zur Blutrache in sich geschlossen, wo es sich um Sühne für eine Untat handelt, die der Verletzte selbst nicht mehr rächen kann. Es kann als ziemlich sicher gelten, daß wir, wengleich nur in schwindenden Spuren, auch für die älteste italische Zeit die eigentliche Blutrache wahrnehmen können⁴.

¹ S. unten § 23.

² Die *sacra privata* treten in der späteren Überlieferung stark zurück gegenüber den viel stärker entwickelten *sacra gentilicia*; aber daß sie ursprünglicher sind wie diese kann keinem Zweifel unterliegen. Die Literatur über die juristisch maßgebende Stelle bei Cic. de leg. 2, 21, 52 ist bekannt.

³ Vgl. Mommsen, Röm. Forsch. 1, 330. Die römischen *tesserae hospitales* (die älteren bei Bruns Fo.⁶, 343 f.; spätere bei Orelli 2, 3056 bis 3059) sind abgestellt auf die beiderseitige Posterität, ebenso wie die griechischen auf die ἑγγονοί. Beispielsweise C.J.L. 9, 3429 (*Peltuinum*): in *clientelam domus suae recipere*.

⁴ Der den Agnaten darzubringende Sündenbock der Zwölfafeln (Brunnenmeister, Tötungsverbrechen 156 f.) und die Legende vom Tode des Königs Tatiüs (Mommsen, Röm. Gesch.⁸, 147) erschöpfen alles, was davon erhalten ist; aber es sind ausreichende Indizien. — Der gleiche Zusammenhang zwischen Blutrachepflicht und Erbrecht besteht auch im attischen Recht; der verpflichtete und berechnigte Personenkreis ist in beiden Beziehungen derselbe (*μέγρις ἀνεψιαδῶν*, Demosth. 43, 51 vgl. mit 47, 72); Rohde, *Psyche*² 263

Freilich hat sich diese nicht auf die Kinder und Enkel des Getöteten beschränkt; vielmehr haben die zur Rache für den Vorfahr Verpflichteten die gleiche Pflicht sich auch gegenseitig zu erfüllen⁵; aber diese abgeleitete Nebenwirkung vermag den Ausgangspunkt nicht zu verdecken.

Fraglich bleibt es, ob es im ältesten Rom auch eine Familienhaftung gegeben hat, in dem Sinn, daß nicht bloß die Blutrache, was sehr wahrscheinlich ist, sondern auch die staatliche Deliktsstrafe sich gegen die Deszendenz des Missetäters gerichtet hat, wie gegen ihn selbst. Wenn im griechischen wie im mosaischen Recht Fluch und Strafe sich auf Kinder und Enkel erstrecken können⁶, ist uns hierfür aus dem römischen nur eine einzige dürftige und ziemlich unzuverlässige Nachricht überliefert⁷.

Wenn so die Kinder in die Opferpflicht, das Hospitium, den Patronat, den Totenkultus und die Blutrache für den Vater eintreten, also in allem als seine zurückgebliebenen Repräsentanten erscheinen, so ist es nur eine andere Seite dieser einheitlich gedachten Repräsentanz, wenn sie auch in seine materiellen Güter in gleicher Weise und mit Rechtsnotwendigkeit einrücken; sie erlangen mit seinem Tod nicht bloß die ideelle, sondern auch die

n. 1 und über die Blutrache im griechischen Recht überhaupt l. c. 261 f. Über die Gesamtheit des im Text besprochenen Familiennexus vgl. auch Leist, Gräco-ital. R.G. 11—57. Auffallend ist, daß Pernice, Z. Sav.St. 17, 176 die obgenannten Spuren des Fehderechts nicht erwähnt.

⁵ Da der Sündenbock den Agnaten, nicht den Kindern offeriert wird, ist an einer solchen Ausdehnung der Blutrache nicht zu zweifeln. Wie solche Ausdehnung vor sich geht sieht man am *Officium luctus*, welches Rechtspflicht nur in der *linea recta* und für Frauen ist, Vat. fr. 321, aber nach der Sitte auch auf die *linea transversa* ausgedehnt wird, Paul. sent. 1, 21, 13, von Papinian in der *linea recta* auch auf Männer, vgl. Leist a. O. 39.

⁶ Die biblischen Verfluchungen der Nachkommenschaft sind bekannt. Für Griechenland z. B. Kaufkontrakt von Mylasa C.J.G. 2691 c. d. e.: *εἰ δέ τις τὰ ταῦτα παραβαίνοι, ἐξώλη γενέσθαι καὶ αὐτὸν καὶ τοὺς ἐκείνου πάντας*; Stiftung von Teos C.J.G. 3059; Gesetz von Magnesia C.J.G. 3137 l. 69, 70; Inschr. von Mylasa, Lebas-Waddington, Insc. d'As. min. 377 f. u. v. a. Vgl. Ziebarth, Hermes 30, 57 f. — Über Vererblichkeit der Atimie der griechischen Staatsschuldner Thalheim, R. Altert. 19 n. 1, 83 n. 7.

⁷ Bei Dionys. 8, 80 wird an Tötung der Kinder des Sp. Cassius gedacht, und erst der Senat beschließt die grausame und unnütze Sitte abzustellen: *Καὶ ἐξ ἐκείνου τὸ ἔθος τοῦτο Ῥωμαίοις ἐπιχώριον γέγονεν ἕως τῆς καθ' ἡμᾶς διατηρούμενον ἡλικίας, ἀφείσθαι τιμωρίας ἀπάσης τοὺς παῖδας ὡς οἱ πατέρες ἀδικήσωσιν, ἐάν τε τυράννων ὄντες ὡλοὶ τύχῳσιν, ἐάν τε πατροκτόνων, ἐάν τε προδοτῶν . . .* Aber es sieht fast danach aus, als ob dieser Teil des auch sonst mit großer Kritik (Literatur bei Münzer in Pauly-Wissowa 3, 1749) aufzunehmenden Berichtes

Hausherr-
schaft.

materielle Hausherrschaft⁸. Die Vorstellung dieser Hausherrschaft ist eine durchaus einheitliche und unteilbare; gleich der Persönlichkeit des Verstorbenen selbst; wie das *Ärarium* nur ist das Volk in seiner vermögensrechtlichen Betätigung, so ist die Erbschaft nur die auf die irdischen Güter zugewendete Persönlichkeit des Hausvaters. Nur aus diesem bis in die späteste Zeit unverrückbar gebliebenen Grundgedanken, daß nicht das Vermögen als solches, sondern die Persönlichkeit ererbt wird, — aus diesem Gedanken aber auch mit einem Schlag erklären sich die für eine mehr materialistische Denkart rätselhaften Sätze des römischen Erbrechts. — Alle die Institutionen, welche auch bei den Römern den Nachlaß nur erscheinen lassen als einen Sachinbegriff, dessen einzelne Stücke verschiedene rechtliche Schicksale haben können, sind späteren Ursprungs, so die erst durch das Pontifikaledikt⁹ als Notbehelf eingeführte Haftung der Legatäre und befriedigten Gläubiger für die *Sacra hereditaria*, so auch die *Usucapio pro herede* in ihrer jüngern, die *Usucapio* von Erbschaftssplintern bedeutenden Gestalt¹⁰.

Demnach kennt das römische Recht keine Teilung des Nachlasses in verschiedene Massen, welche verschiedenen Berechtigten zufallen: die für das deutsche Erbrecht charakteristische Zerlegung der Erbschaft in Heergewäte, Gerade und Erbe, das Vorrecht auf den Dreifsigsten oder gar das Verfangenschaftsrecht an gewissen Nachlaßsstücken sind ihm nach seinen Grundgedanken von jeher fern gewesen. Man mag wohl für das deutsche Recht auch bei diesen Spezialmassen noch insofern von einer Universalsukzession sprechen, als der „Erbe“ auch in diese Massen nicht *titulo singulari* und nach den Grundsätzen des Einzelerwerbs, sondern kraft ein-

dazu dienen solle die späteren plebejischen *Cassier* (Mommson, Forsch. 2, 155 n. 5) auf diesen Ahnherrn zurückzuführen. Cic. de nat. deor. 3, 33, 90 macht die Strafe der Nachkommenschaft der griechischen Mythologie zum Vorwurf. — Das römische Prinzip ist ausgesprochen in D. 48, 19, 20 u. 26. Politische Gewaltakte (so die Entziehung der Wählbarkeit für die Nachkommen der durch Sulla Geächteten, Liv. ep. 89, oder die Hinrichtung der Kinder des Sejan, Tacit. Ann. 5, 9 u. ä.) beweisen ebensowenig wie die nachklassische Verfolgung der Nachkommenschaft von Majestätsverbrechern (C.Th. 9, 14, 3).

⁸ Die Etymologie von *heres* ist freilich noch immer bestritten, und ob *hères* auf *hërs*, den Herrn, zurückgeht ist wegen der Quantität der Stammsilbe sehr zweifelhaft.

⁹ Cic. de leg. 2, 19, 47 f., 20, 49 zeigt deutlich die sukzessive Erweiterung des ursprünglichen Kerns.

¹⁰ Gai. 2, 54 i. f.

heitlichen Titels und mit einem Schlage einrücken kann; aber der römische Gedanke der Universalsukzession ist doch ein wesentlich anderer, indem er nicht bloß die Art, sondern auch den Umfang des erbrechtlichen Erwerbs als universellen kennzeichnet.

Inwiefern diese universelle Sukzession auch die unbeschränkte Sukzession in die Verbindlichkeiten des Erblassers mit sich bringt, ist eine Frage, die wir wohl für die historische Zeit, naturgemäß aber nicht für die Urfänge mit Bestimmtheit zu beantworten vermögen.

Schuldenhaftung.

An sich läßt sich aus dem Gedanken der Universalsukzession in dem hier entwickelten Sinn die unbeschränkte Haftung für die Schulden des Erblassers noch nicht mit Sicherheit ableiten. Wenn, wie wahrscheinlich, der Ausgangspunkt aller Schuld auch bei den Römern die Deliktshaftung ist, und wenn, wie wir gleichfalls annehmen dürfen, das Delikt schon seit sehr früher Zeit — wenngleich vielleicht erst nach Überwindung eines Stadiums der Blutrache von Generation zu Generation — eine bloß persönliche, nicht vererbliche Haftung erzeugt hat, so kann man vielleicht eine Entwicklungsphase annehmen, in welcher bei dem Tode des Erblassers vererbliche Verpflichtungen nicht gegeben sein konnten. Aber freilich konnte und mußte wohl schon mit der Entwicklung der ältesten Vertragsobligationen der Gedanke auftauchen, für diese den Erben haftbar zu machen. Und hier läßt sich die Frage aufwerfen, ob das Prinzip der unbeschränkten Haftung des Erben für die Vertragsschulden des Erblassers gleich von vornherein entstanden ist, oder ob es einen Zeitraum gegeben hat, in welchem man die Schulden nur als eine Last des Nachlasses betrachtete und eine darüber hinaus reichende Erbenhaftung noch unbekannt war.

Ob das römische Recht dieses Durchgangsstadium jemals durchgemacht hat, diese Frage beantworten zu wollen wäre vernessen. Sicher ist nur, daß, wenn ein solcher Zustand je bestanden hat, er ohne bestimmte (S. 110) Spuren verschwunden ist: für unsere Kenntnis der Dinge steht die unbeschränkte Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten an der Spitze der römischen Geschichte. Es ist uns keine Tatsache überliefert, an welche wir ihre Entstehung mit Verlässlichkeit anknüpfen könnten: insbesondere der Versuch, die Einführung dieser Haftung mit dem Satz der Zwölftafeln in Verbindung zu bringen, wonach die Schulden (und Forderungen) unter den Erben

von selbst sich teilen¹¹, ist durchaus willkürlich. Man muß fast umgekehrt sagen, daß die Form, in der die Teilungsvorschrift des Gesetzes überliefert ist, das Prinzip selbst als ein längst bekanntes vorauszusetzen scheint. Und in der That, der Umstand, daß über eine so folgenschwere Neuerung der Zwölf Tafeln nichts berichtet wird, spricht fast mit zwingender Kraft dafür, das Prinzip auf eine viel frühere Zeit zurückzuführen.

Jedenfalls ist, soweit wir zurückblicken können, die Idee der unbeschränkten Erbenhaftung mit dem Grundgedanken des Erbrechts fest verknüpft, und der Gedanke, daß die Schulden nur auf dem Vermögen liegen, nirgends angedeutet¹². Man wird zwar auf den Umstand, daß die Annalisten die unbeschränkte Verantwortung der Kinder für die Schulden der Väter schon vor die

¹¹ Diesen Gedanken hat Pernice, Lab. 1, 325 f., und Sakralrecht (Berl. Sitz.Ber. 1895 p. 2 n. 4) durchzuführen gesucht; auf den ersten Blick einladend, ist diese Betrachtung doch äußerst bedenklich. Mit Recht hat die neuere italienische Romanistik (s. bes. Bonfante, Bull. 4, 97 f. und dessen citt. Gewährsmänner) an einer mehr spiritualistischen Auffassung energisch festgehalten. Esmein, Mélanges 247 will eine Spur einstiger Unvererblichkeit der Schulden in dem in später Zeit mehrfach bezeugten Vorkommnis erblicken, daß Gläubiger die Beerdigung ihrer zahlungsunfähigen Schuldner gewaltsam verhindern; darin soll ein Nachklang dessen liegen, daß ursprünglich nur die Person des Schuldners, und darum also nach seinem Tod nur sein Leichnam für die Zahlung haftet. Die Tatsache ist sicher bezeugt für die justinianische Zeit (C.J. 9, 19, 6 a° 526; Just. Nov. 60 c. 1 § 1 a° 537, Nov. 115 c. 5 § 1 a° 542 und schon für die des hl. Ambrosius [de Tobia c. 10]); ob auch die in den klassischen Quellen genannten Begräbnisstörungen (Ulp. D. 47, 10, 1, 6; Macer D. 47, 12, 8; Ulp. ibid. 3, 4; 11, 7, 38; Marcian 48, 6, 5 pr.) hierauf zu beziehen sind, ist fraglich. Ich habe die Sitte schon Reichsrecht u. Volksrecht 456 als wahrscheinlich provinziale bezeichnet (vgl. noch Kohler in Ztschr. f. Priv. u. öff. R. 19, 597; die weite Verbreitung der Leichenpfändung zeigen die bei Lucas in der Festschrift für Hirschfeld 263 erwähnten Märchen) und kann daran nur festhalten; die Nachrichten der Quellen, welche mit Sicherheit auf jene Sitte bezogen werden können, sind nicht auf Rom lokalisiert; keine sichere Spur führt für die römische Geschichte auf die Haftung der Leiche des Kontraktschuldners. Übrigens, selbst die Tatsache für römische Verhältnisse zugegeben, könnte man noch daran denken, einen Zusammenhang mit der Haftung des Deliktsschuldners zu suchen, von dem wir jetzt wissen, daß, wenn er *Persona alieni juris* war, die Noxalpflicht auf (Zahlung oder) Auslieferung des Leichnams ging.

¹² Das die *Sacra* betreffende Pontifikaedikt hat, wie gesagt, mit der Schuldenhaftung nichts zu tun (A. 9). Daß man solche Dinge hereinzieht, hängt mit den verkehrten Vorstellungen von der Ableitung des bürgerlichen Rechts aus dem geistlichen (oben § 1) eng zusammen.

Zwölfstafelzeit setzen¹³, wenig Gewicht legen; wohl aber besitzen wir dafür, daß die volle Schuldenhaftung als Essentiale der Erbenstellung als solcher gilt, noch ein direktes Zeugnis darin, daß die Schulden, welche dem Arrogatus oder bei der Coemtions-ehe der Frau als Erben eines Dritten obgelegen waren, nicht wie ihre andern Schulden durch die in beiden Fällen eintretende *Capitis deminutio* untergehen, sondern *ipso iure* dem Pater arrogator resp. Coemtionator zur Last fallen, was Gaius (3, 84) sehr signifikant damit rechtfertigt: „quia ipse pater adoptivus aut coemtionator heres fit, directo tenetur iure“¹⁴. Gerade hier zeigt sich deutlich der Gegensatz zu einer bloßen Realobligation, wie sie z. B. bei den persönlichen Schulden des Arrogierten vom Prätor angenommen wird¹⁵; für die Erbschaftsschulden haftet der Arrogator und Coemtionator schon nach dem Begriff der *Hereditas*. Es hat ja für unsere Begriffe etwas Auffallendes, daß die Erbenqualität auf den Arrogator übergeht, obwohl der Erbfall längst abgewickelt und der Nachlaß zum integrierenden Bestandteil des Erbenvermögens geworden ist. Aber gerade in dieser scheinbaren Irrationalität tritt deutlich die Vorstellung hervor, daß das Erbesein eben nicht eine reine Vermögensangelegenheit ist, die sich mit dem Erbschaftsantritt erledigt, sondern daß darin ein Mehreres liegt¹⁶. Und aus diesem wird hier die Schuldenhaftung abgeleitet.

¹³ So berichtet Dionys. 6, 26 für das Jahr 259 d. St. von einem Mann, der schuldenhalber „ἀπὸ τῆς δοῦλος συν υἱοῦς ὄντα“; Liv. 2, 23 hat an dieser Stelle die Söhne nicht, berichtet aber sofort in c. 24 vom Edikt des P. Servilius: „ne quis militis donec in castris esset bona possideret aut venderet, liberos nepotesve eius moraretur (cf. Dionys. 6, 29). Daß hierbei beide nicht von den Kindern eines verstorbenen, sondern eines abwesenden oder zahlungsunfähigen Schuldners sprechen (vgl. Kleineidam, Personalexek. 281 f.), hat wenig zu sagen; wohl aber ist die Beweiskraft aller derartigen Berichte wegen des Verdachts des Anachronismus gleich Null.

¹⁴ Daß der Satz des Gaius nicht erst eine Anschauung der klassischen Jurisprudenz ist, kann umsoweniger bezweifelt werden, als die Haftung für die Erbschaftsschulden bei jeder Ehe mit einer *mulier sui iuris*, die ihren Vater beerbt hatte, praktisch werden mußte; hätten die *Veteres* die Frage anders behandelt, so hätten die Klassiker sich hier einem festen Gewohnheitsrecht gegenüber gesehen, und davon würde Gaius mindestens eine *Reminiscenz* aufweisen.

¹⁵ Nämlich dadurch, daß er gegen den Arrogierten eine prätorische Schuldklage gewährt und wenn der Gewalthaber ihn gegen diese nicht defendiert, Zwangsvollstreckung in sein früheres jetzt bei letzterem stehendes Vermögen verwilligt.

¹⁶ Es ist das im Grunde nur eine weitere Anwendung des Gedankens: „*Semel heres semper heres*“; denn auch dieser geht darauf zurück, daß

Ausdeh-
nung der
Universal-
sukzession
auf
extranei
heredes.

Wenn hiernach das leitende Prinzip der Universalsukzession in der Intestaterbfolge der *sui heredes* zu finden ist, so muß freilich angenommen werden, daß dasselbe bei den übrigen Fällen der Erbfolge nur durch Analogiebildung zur Anwendung gekommen ist; diese Annahme hat aber auch nichts Bedenkliches. Durch Jahrhunderte war die Kindeserbfolge tatsächlich fast die einzige und jedenfalls die paradigmatische. Insbesondere kann das Erbrecht der Agnaten, wenngleich vielleicht noch vor die Zwölftafelzeit zurückreichend, nur eine geringe praktische Ausdehnung gehabt haben, da auch der kinderlose Erblasser im Weg der Adoption, deren älteste und große Bedeutung ja gerade hier zu finden ist, die Kindeserbfolge herstellen konnte; und von dem Komitialtestament liegt es auf der Hand, daß es eben nur den Zweck gehabt haben kann, im Weg gesetzlicher Ausnahmebestimmung den Erfolg der Kindeserbfolge genau nachzuahmen. Schwerer mit dem Prinzip verträglich scheint das älteste Manzipationstestament, welches bekanntlich keinen eigentlichen *heres* schafft; aber man darf auch nicht übersehen, daß dieses zunächst nur als Notbehelf galt, „*si quis subita morte urguebatur*“ und daneben das Komitialtestament jedenfalls als die eigentliche und richtige Form des vollwirksamen letzten Willens fortdauernd gehandhabt wurde (S. 82 A. 24).

Jedenfalls aber zeigt sich die volle Gedankenscharfe und Konsequenz des römischen Rechts darin, daß es an der ursprünglichen und einmal als richtig erkannten Grundidee des Erbrechts durch die Jahrtausende und vielfachen Wandel des einzelnen festgehalten hat. Denn nur als Wirkungen der primären persönlichen Re-

die Erbeseignschaft sich nicht im Besitz des Nachlasses erschöpft. — Mit der unten (Anm. 17) zu erörternden Regel, daß der Erbeserbe nicht mehr Erbe des ersten Erblassers ist, steht das Gesagte sowie die Erbenqualität des Arrigator nur scheinbar im Widerspruch. Denn wenn auch für den Erben dieser sein Charakter etwas dauerndes ist, so ist er es doch nur so lange er lebt; m. a. W., er ist nicht vererblich; sonst wäre ja des Beerbtwerdens kein Ende. Andererseits aber kann — das ist offenbar der Gedanke bei Gai. 3, 84 — bei Lebzeiten des Erben die Repräsentation des Erblassers nicht dadurch willkürlich beseitigt werden, daß ersterer sich arrogieren läßt. Freilich verliert er jetzt selbst die Repräsentation, was ja fast wie ein Bruch in die Regel „*semper heres*“ aussieht. Aber das ist doch nur deswegen, weil, wer nicht mehr sein eigener Herr ist, es auch nicht für einen andern sein kann: die Regel schlägt jetzt aber dahin durch, daß die Repräsentantenqualität auf den Arrigator übergeht. Das verkennt Pernice, Lab. I, 331 bes. A. 31, dessen Bemerkungen um die Sache rund herumgehn, weil der eigentliche Kernpunkt derselben mit seiner Theorie unverträglich ist.

präsentationsidee sind Sätze zu verstehen, wie der von der Inkompatibilität der Delationsgründe oder der Unverlierbarkeit der Erbenqualität. So unverständlich sie jeder materialistischen Betrachtung des Erbrechts bleiben müssen, so sehr sind sie der unvermeidliche und korrekte Ausdruck der persönlichen Repräsentation des Erblassers. So die Inkompatibilität der Delationsgründe; denn wenn der Testamentserbe den Erblasser vorstellen soll, wie ein leiblicher Sohn es tun würde, ist es sinnwidrig, dieses Bild in Schnitzel zu zerreißen; man mag es zulassen, daß der Erblasser seine Repräsentation auf mehrere überträgt, wie das staatsrechtliche Imperium des Königs auf kollegialische Magistrate übertragen worden ist; aber die potentielle Vertretung der Gesamtpersönlichkeit kann durch die Konkurrenz zwar beschränkt (*partes concursu fiunt*), aber logisch nicht aufgehoben werden, und der *Coheres* des Privatrechts ist zur vollen Akkreszenz ebenso befähigt und berufen wie der staatliche Magistrat zum vollen Imperium. Und ebenso ist der Satz „*semel heres semper heres*“ nur die logische Konsequenz davon, daß der Erbe eine ganze Persönlichkeit in sich aufgenommen hat, die ihm so wenig mehr genommen werden kann wie seine eigene¹⁷.

¹⁷ Lehrreich ist es hierbei, die Stellung des Erben zu vergleichen mit jener des Erbserben (*heres heredis*). Beide sind nicht identisch. Allerdings in rein vermögensrechtlicher Beziehung gelten sie als fungible Größen (z. B. Paul. D. 41, 4, 2, 18; darum ist auch die Bedingung letztwilliger Freilassung, *si decem heredi dederit*, erfüllt, wenn dem *heres heredis* gegeben wird, D. 35, 1, 51, 1 [Mod.]; 94, 1 [Hermog.]; 40, 7, 20, 4 [Paul.], was ja selbst beim Singularsukzessor des Erben schon nach den XII T. gilt [D. 40, 7, 29, 1]; teilweise anders beim *heres legatarii*). Aber dem Erbserben kann kein Legat mehr auferlegt werden, Paul. Sent. 3, 6, 5; er bekommt eben doch nicht aus der Hand des Erblassers. Darum wird er auch durch Anfechtung des Testaments nicht *indignus*, D. 34, 9, 5, 7 und 7. (Zwar sprechen diese Stellen nur von dem Fall, daß die Anfechtung noch vor dem zweiten Erbfall stattfindet; aber l. 7 cit. führt nicht dies als Grund der Entscheidung an, sondern den Mangel der Erbenqualität gegenüber dem ersten Erblasser.) Daß daneben der Erblasser den *heres heredis* zur Befolgung gewisser Sepulcralbestimmungen durch Multen zu verpflichten sucht (*Testam. Galli cuiusdam*, Bruns fo.⁸ 275 f., col. II lin. 4, 5) wird so gedacht, daß der erste Erbe in seinem Testament dem zweiten und so jeder folgende die Verpflichtung durch neue Multa aufzuerlegen hat (wie II 5 deutlich zeigt); hierin liegt gerade eine Bestätigung des Prinzips. Vgl. noch D. 38, 1, 22, 1, sowie die Lehren vom Erwerb der Erbschaft durch Sklaven und *Filifam*. — Gilt Injurie gegen den Erblasser, wie sie als Beleidigung des *heres* angesehen wird (unten A. 24), auch als solche gegen den *heres heredis*? Besondere Kombinationen ergeben sich hier beim Pupillarsubstituten, worüber die Klassiker selbst einen Fortschritt der Meinungen

Familien-
stellung
und Ver-
mögens-
nachfolge.

Wenn so das römische Recht die Konsequenzen der ältesten Familiensukzession mit Festigkeit und selbst mit Starrheit festgehalten und durchgeführt hat durch alle Willkürlichkeit der testamentarischen Erbfolge, so waren doch auch ihm Grenzen gesetzt dort, wo gerade der Gedanke der Familienberechtigung sich diesen Konsequenzen widersetzte. Indem hier die Juristen sich zu Konzessionen gezwungen sahen, ist eine teilweise Ablösung der familienrechtlichen von der erbrechtlichen Repräsentation vor sich gegangen. Das tritt insbesondere deutlich beim Patronatsverhältnis hervor, welches wie ein Familienfideikommiss den Kindern vorbehalten bleibt, auch wo sie den sonstigen Nachlaß nicht erlangen¹⁸. Eine ähnliche Erscheinung ist es, wenn in späterer Zeit die Gräber eingeteilt werden in *sepulcra familiaria* und *hereditaria*¹⁹, von denen offenbar die ersteren der Familie ohne Rücksicht auf die konkrete Erbenqualität vorbehalten bleiben sollen, wie die überaus häufige Formel *hoc monumentum heredem non sequetur* es ausspricht. Es zeigt sich jedoch beim Patronatsrecht ein gewisses Schwanken der Auffassung. So ist es zwar unstreitig gewesen, daß dieses den Kindern vorbehalten ist, zweifelhaft jedoch, ob sie es auch dann erlangen, wenn der Vater es bei Lebzeiten verwirkt hat. Die ältere Auffassung, repräsentiert durch Alfenus²⁰ und die prokulianische Schule, hat dies verneint; ihr ist anscheinend der Zusammenhang des Patronatsübergangs mit der Universalsukzession noch so lebhaft im Bewußtsein, daß sie sich einen Übergang bei Lebzeiten nicht vorstellen kann. Eine jüngere Richtung, etwa seit Julian, hat sich bereits gewöhnt, den Patronat

zeigen; Costa, *Familia und hereditas* (Bologna 1898) 16 f. — Der Universalfideikommissar ist vom Erben allseits zu unterscheiden, D. 32, 96 (in Bezug auf das Grabrecht Mommsen, *Z. Sav.St.* 16, 216 A. 1). — Über das Verhältnis dieser Erscheinungen zu Gai. 3, 84 vgl. oben A. 16).

¹⁸ S. unten bei der Geschichte des Patronats.

¹⁹ Marquardt-Mau, *Privatleben* I, 364 f.; Mommsen, *Z. Sav.St.* 16, 212 f. Wie weit die Einteilung zurückreicht ist nicht festzustellen. — Weitgehende Vorsicht zeigt der Erblasser in C.J.L. 6, 10876: (*h[uius] m[onument]o dolus malus abesto nec aditum in portione dimidia fisco habere*), offenbar im Hinblick darauf gesagt, daß beim *sepulcrum hered.* Kaduzitätsrecht in Anspruch genommen werden könnte. — Singularveräußerung ist nach der Belegung des Grabes natürlich beim *Sep. her.* wegen der Religiosität so wenig möglich, wie beim *familiare*; vor der Belegung dürften hinwiederum beide gleich veräußerlich gewesen sein (C.J. 3, 44, 9).

²⁰ Alf. D. 48, 22, 3; dabei zählt er merkwürdigerweise die *liberti* zu den Dingen, welche a *patre*, non a *genere nobis* tribuuntur.

von der Universalsukzession als reines Familienstück zu trennen und nimmt daher Heimfall an die Kinder des schuldigen Patrons an^{21 22}.

Im übrigen aber zeigt die Rechtswissenschaft immer die Tendenz, eine rein materialistische Auffassung des Erbenverhältnisses hintanzuhalten. So hat sie die Pflicht zur Akkusation wegen eines am Erblasser begangenen Mords, das Surrogat der alten *Necis vindicta*, auch den *Extranei heredes* auferlegt²³ und nicht minder den Satz durchgesetzt, daß Beleidigung des Verstorbenen als Beleidigung des Erben gilt²⁴, auch hier also das alte Prinzip der Repräsentation verwirklicht. Aber freilich auch hier nicht ohne Konkurrenz des Familienverbands; die gleichen Sühnansprüche wie die Erben haben auch hier die Verwandten²⁵. Ein klar durch-

²¹ In Divergenz erscheinen *Proculus*, *Celsus*, *Volus. Maecianus*, *Marc. Aurel.* (älteres Reskript) einerseits, *Julian*, *Marc. Aurel.* (jüngeres Reskript), *Severus-Carac.* anderseits; D. 2, 4, 8, 2; 37, 14, 4 u. 17. Der Streit dauert hiernach bis in die severische Zeit fort. *Dirksen*, Beiträge 96; *Zimmern*, Gesch. 2, 635 n. 6. — Umgekehrt: Erstreckung gewisser Patronatsansprüche auf *Extranei heredes*: C.J. 2, 2, 2 pr.? s. A. 23.

²² Ein Gegenstück hierzu würde es bilden, wenn, wie die Quellen zu sagen scheinen, die Scheidung der *sepulcra familiaria* und *hereditaria*, die einstmals gewiß eine scharfe war, gegen Ende der klassischen Zeit von den Juristen wieder verlassen und dem Satz geopfert worden wäre, daß auch die *extranei heredes* das Recht der Teilnahme am Familiengrab besitzen. Aber es ist zweifelhaft, ob die bezüglichen Äußerungen nicht kompilatorisch sind. Die entscheidenden Stellen: *Sev. Alex.* C.J. 3, 44, 4; *Philipp.* C.J. 3, 44, 8 und 13 sind sämtlich, soweit sie Konkurrenz der Testamentserben am Familiengrab statuieren, interpolationsverdächtig. Bei *Ulp. D.* 11, 7, 6 pr. bezieht sich das „sed in utroque“ gar nicht auf die (von *Gaius*) vorhergenannten Familiengräber, sondern auf die beiden Arten von Erbbegräbnissen, die er kennt; vgl. die Stelle in *Lenels Pal.* (Über andere Fragen des *Ulpian-textes* s. auch *Kalb*, Jagd nach Interpolationen 22.) Ich halte darum die Bemerkungen von *Mommsen*, *Z. Sav. St.* 16, 214—215 für sehr anfechtbar.

²³ Man vgl. die Vorschriften des *Sc. Silanianum*. — Umgekehrt findet sich in einem Reskript *Gordians*, C.J. 2, 2, 2, das Verbot der *In Jus Voc.* durch den *Libertus* auch auf die *extranei heredes* des Patrons erstreckt. Doch scheint mir die Echtheit dessen zweifelhaft, trotz C.J. 6, 7, 3 (a^o 423).

²⁴ *Ulp. D.* 47, 10, 1, 6: *Semper heredis interest defuncti existimationem purgare*. Für das griechische Recht ist diese Gleichstellung des Erben mit den Anverwandten bei der *Injurienklage*, soviel ich sehe, nicht nachzuweisen, obwohl die Philologen beides identifizieren (*Meier-Schömann-Lipsius*, att. Proz.² 2 p. 630; *Rohde* a. O. 245 A. 2).

²⁵ Bevorzugtes Anklagerecht im Fall der Tötung, *D.* 48, 2, 11; 9, 3, 5, 5. Vgl. noch *D.* 47, 10, 1, 3; 1, 12, 1, 10. Wie weit die mittelbare *Injurie* im Verwandtschaftssystem angenommen wird, ist nicht besagt; bezeugt ist sie nur in der *linea recta*.

gearbeitetes Prinzip darüber, wie sich die beiderseitigen Ansprüche der Testamentserben und der Blutsverwandten in solchen Fällen zueinander verhalten, findet sich nicht; das Problem, wie sich die Familie und die Vermögenserben in die ideelle Interessensphäre des Verstorbenen zu teilen haben, ist von den Römern kaum gestreift worden, wie es auch heute noch nicht gelöst ist.

Terminologie.
Διάδοχοι.

Wenn nach dem Gesagten das testamentarische Erbrecht dem Intestaterbrecht in seiner Ausgestaltung nachgebildet ist²⁶, so ist auch in der Terminologie eine Unterscheidung nicht zu erwarten. Die römische Rechtssprache nennt den legitimus wie den testamentarius gleichmäÙsig heres²⁷. Auffallend ist dem gegenüber, daÙ die Sprache der Papyri in der nachklassischen Zeit unterscheidet zwischen κληρονόμοι oder Testamentserben und διάδοχοι, d. h. Intestaterben und dem entspricht die gleiche Gegensätzlichkeit von heredes einerseits, ceteri successores andererseits in den spätkaiserlichen Konstitutionen. Der Gegensatz scheint der hellenistischen Rechtsauffassung zu entsprechen²⁸. Einmal freilich kommt ein Anklang

²⁶ Gibt es überhaupt Unterschiede in der Stellung der Intestat- und Testamentserben? Mir sind nur drei bekannt: a) Der Sohn als Testamentserbe des väterlichen Nachlasses kann nicht lege, d. h. nach Zivilrecht unter Vermögensinterdiktion gestellt werden; vgl. oben S. 77 A. 11. b) Das beneficium separationis ist wahrscheinlich nur gegeben gegen den Testaments- nicht auch gegen den Intestaterben (Ferrini, Bull. 13, 32 f.). c) Die gesetzliche Erbschaft ist vor der Antretung cessibel, die testamentarische nicht. Die beiden ersten Erscheinungen hängen überhaupt nicht mit der Stellung des Erben als solchen zusammen; über die letztere ist im Erbrecht zu handeln.

²⁷ Ich kenne nur einen Fall, wo hereditas die Intestaterbschaft als solche bezeichnet: in der lex agraria v. J. 643 heißt es in lin. 23 „quoive . . . is ager locus testamento hereditati deditioive obvenit“, womit testamentarische, Intestaterbschaft sowie Adrogation (vgl. M. Weber, Agrargesch. 150 n. 46) gemeint sind. Bei dem Alter dieses Zeugnisses kann man vielleicht daraus einen ursprünglichen Sprachgebrauch erschließen; aber für die spätere Zeit kenne ich kein Beispiel. Insbes. bei Cicero soll, soweit das Lexikon von Merguet reicht, nach Mitteilung des H. Ref. Lewald, der den Punkt auf meine Bitte untersuchte, keine Unterscheidung zu konstatieren sein.

²⁸ In voller Entwicklung lautet der Terminus κληρονόμοι και διάδοχοι και διακάτοχοι, d. h. heredes (ex testamento), successores (ab intestato), bonorum possessores. DaÙ der noch von Muller, Arch. f. Pap.Forsch. 1, 438 n. 4 mit successores übersetzte, erst von de Ruggiero (Bull. 14, 101 f.) richtig erklärte Terminus διάδοχος den successor ab intestato bedeuten wird, zeigt auÙer den von Ruggiero angeführten Stellen der nachklassischen Konstitutionen B.G.U. 907 l. 13 (Zeit des Kommodus) διά τῷ τῆς ὑποχρέου κατά διαδοχὴν κληρονόμου υἱοῦ ἴσλου ἀπῆς, vgl. auch Dittenberger Syll.² 729 lin. 29. Dadurch wird auch die noch nicht beachtete lusitanische Inschrift C.J.L. 2, 25 verständlich: heres

darán auch im Okzident vor, aber vielleicht unter griechischem Einfluß²⁹.

Eine andere Vertretung des Erblassers als die durch den Erben hat das römische Recht, soviel wir heute sehn, nicht anerkannt; insbesondere ist ihm die mit der erbschaftlichen Repräsentation konkurrierende des Testamentsvollstreckers nicht geläufig geworden. Nur darf man nicht glauben, daß die Idee den Römern fremd geblieben sei; der Wunsch einen Curator substantiae suae zu hinterlassen, tritt in den von den Quellen überlieferten Testamenten stellenweise deutlich hervor. Surrogate der Testamentsexekution hat es denn auch gegeben, stärkere und schwächere. Aber der legitime Vollstrecker des letzten Willens, dem keiner vollständig gleichkommt, bleibt doch immer der Erbe. Daneben allerdings kann auch das Imperium des Magistrats eingreifen; wie bei den ptolemäischen Testamenten, welche den König zum Testamentsexekutor einsetzen, was nichts anderes ist als die Anrufung der Obrigkeit, so greift auch in Rom gegenüber der Pflichtwidrigkeit des Erben der magistratische Zwang ein³⁰.

Mangel
und Surro-
gate der
Testa-
mentsvoll-
streckung.

per successionem. Vgl. 6, 4267: T. Amathystus sibi et successoribus suis, dagegen über den heres per gradum (sc. successionis?) s. A. 29. — (Das Gegenstück: heres sua [d. h. defuncti] voluntate C.J.L. 9, 5614 oder ex testamento ist auf Inschriften häufig, wobei voluntas wie im Griechischen βούλας das Testament bedeutet, vgl. meine Bem. zu Syr. L. 1, Abh. d. Berl. Ak. 1905, 28. In diesem Sinn steht voluntas auch bei Scaev. D. 44, 3, 14, 1 u. a. bei Longo Bull. dell' Ist. 14, 233 gesammelten Stellen.) — Wo in den Digesten die successores neben den heredes oder bonorum possessores genannt sind, nimmt Longo (Bull. dell' Ist. 14, 150 ff., der von Scialoja auf die Erscheinung aufmerksam gemacht worden ist) ohne weiteres Interpolation an. Der Beweis derselben ist ihm für eine Anzahl von Fällen, wo es sich um Rechtsnachfolge in die Verpflichtung handelt (Ulp. D. 43, 24, 13, 5; Ulp. D. 42, 5, 9, 8) gelungen, und ziemlich sicher ist auch die Itp. in allen übrigen Fällen der Passivsukzession. Bei aktiver Sukzession aber kann man die „ceteri successores“ im Sinn der Klassiker auch auf den Pater arrogator und Ehemann beziehen (welche Beziehung bei der passiven eben ausgeschlossen ist); und darum läßt sich bei Stellen dieser Art über die Frage kein sicheres Urteil gewinnen. Überhaupt wäre eine umfassende Untersuchung über das Wort Successio wünschenswert; einzelnes noch bei Ferrini, Bull. 14, 217; Kübler, Z. Sav. St. 24, 452; Gradenwitz ebd. 26, 362.

²⁹ C.J.L. 2, 25 (Spanien); vgl. die vor. Anm. Gelegentlich ist auf Inschriften auch von einem „heres per gradum“ oder „ex gradu hereditario“ die Rede (C.J.L. 10, 523; 14, 523, 1357); dieser ziemlich dunkle Ausdruck muß wohl nicht auf die (stufenartige) Intestatberufung beschränkt werden, sondern könnte auch die Rechtsnachfolge schlechthin bedeuten.

³⁰ Die Lehre von der Testamentsexekution bei den Römern wird in der

Gegen-
stände der
Universalsukzession.

II. Wenn nach dem Bisherigen der Universalsukzession des Erben der Gedanke zugrunde liegt, daß in den Nachkommen nach römischer Auffassung das Individuum fortlebt, so folgt daraus

Literatur, wenn überhaupt, so nur in der Form des *pium desiderium* berührt. Da das Recht der Auflage auf sie mehrfach zurückführt, ist es wünschenswert, schon hier einen Überblick derselben zu geben; doch muß ich mich auf die Hervorhebung des wesentlichsten beschränken.

I. a) Einen Testamentsvollstrecker für die Gesamtheit des Nachlasses und letzten Willens kann es nicht geben; das anerkennt ganz allgemein der Erblasser in D. 36, 1, 80, 1 (*quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem . . . ut hi restituant nepotibus meis*). Wenn trotzdem vereinzelt Einsetzungen anscheinend genereller Exekutoren vorkommen (C.J.L. 5, 6422 Aur. Paterni mil(iti) leg(ionis) II adiut(ricis) Val. Aper mil(es) pon(endum) cura(vit) cui iudicium suis (*sic*) procurandum iniunxit; B.G.U. 326 col. II l. 16: *Μάρκων Σεμπρώνιον Ἡρακλιανὸν φίλον καὶ ἀξιόλογον ἐποίησα ἐπίτροπον τῆ ἰδία πᾶσι*), so sind diese Spuren schon an sich bei der undeutlichen Wortfassung dieser Urkunden unsicher und widerlegen nicht das Prinzip. (Ob es im Fall der letztgenannten Urkunde in Betracht kommt, daß die eingesetzten Erbinnen *libertae orcinae* des Freilassers sind? Dagegen spricht, daß dieser Umstand allein eine Tutel nicht rechtfertigt; zumal sie volljährig sind, könnte höchstens an den Vorschlag (nicht technische „Datio“, die dem Freilasser nicht zusteht) eines Geschlechtsvormunds gedacht werden; aber die Stellung eines solchen ist an sich eine zu ohnmächtige, als daß er die Erbinnen an den Willen des Erblassers binden könnte. Andererseits aber läßt sich fragen, ob nicht bei der magistratischen Kontrolle, unter welcher alle Freigelassenen stehen, der *ἐπίτροπος* eine mehr faktische Aufsicht über diese Frauen zu führen hatte, in dem Sinn, daß er die Mißachtung der testamentarischen Bestimmungen zur Anzeige zu bringen hatte?) — Erst im spätrömischen Recht scheint die Testamentsvollstreckung voll anerkannt. Das syrische Rechtsbuch hat sie deutlich in P. 11, weniger deutlich L. 30 (vgl. meine Bemerk. Abh. d. Berl. Ak. 1905, 55) und ebenso Nov. Leonis 68. In D. 32, 12 ist der arbiter jedenfalls der *iudex pedaneus* des Fideikommissprozesses.

b) Dagegen gilt als Exekutor des letzten Willens der Erbe. Dies gilt insbes. bei dem den Vermächtnisnehmern auferlegten Modus, D. 32, 19; bei dem einem Teilerben auferlegten Modus können die Miterben mit *aº fam. ercisc.* (nach Umständen sogar Fideikommissklage, D. 4, 3, 32) auftreten; vgl. unten § 12 unter I. Gegenüber dem Alleinerben reicht dies Prinzip nicht aus; hier kann das Eingreifen der Obrigkeit in Frage kommen. Denn

c) auch die Behörde hält sich für berechtigt, die Interessen des Erblassers zu wahren, wenigstens wo es sich um das Begräbnis des Erblassers oder um sein Grabmal oder die von ihm angeordnete Fürsorge für seine Sklaven handelt. Zwar ist die Hauptstelle über diesen Gegenstand, Pomp. D. 33, 1, 7, arg interpoliert (Pernice, Lab. 3, 1, 39 u. 175), dagegen doch wohl echt D. 5, 3, 50 und 11, 7, 12, 6, wo Papinian und Ulpian für Monument und Grab des Erblassers pontificalen, kaiserlichen und prätorischen Schutz annehmen. Betreffs Sklavenfürsorge: Reskript von Severus und Caracalla D. 30, 113, 1 (wo zwar der Magistrat nicht genannt, aber offenbar subintelligiert ist). — Offenbar identisch ist hiermit die Anrufung der königlichen Fürsorge im ptolemäischen

allerdings noch nicht, daß deshalb alle Rechtsbeziehungen der

Reich; Flind. Petr. Pap. 1, 14. 15. 17—19, 21 (Mah.); 3, 1 f. (Mah.-Smyly). — Dagegen in D. 50, 10, 5 pr. wird ein Fideicommiss an die Gemeinde angenommen, wo das Monument des Erblassers stehen soll. D. 50, 8, 6 beruht auf der Verwaltungsaufsicht über die Gemeinde.

II. Sehr häufig ist es dagegen, daß die Verwirklichung einzelner Testamentsbestimmungen der Tätigkeit oder Kontrolle einer bestimmten Person überlassen wird. Im einzelnen kommt in Betracht:

a) bei Bestimmungen über das Begräbnis und Errichtung von Grab- und anderen Monumenten oder Stiftungsbauten wird nur selten (z. B. C.J.L. 6, 2, 9970) der Erbe ohne Kontrolle gelassen; Horaz Serm. 2, 5, 104 betrachtet solches als Ausnahme (*Sepulcrum permissum arbitrio [sc. tuo] sine sordibus extruere; funus egregie factum laudat vicinia*). Die Regel scheint, daß einem Freigelassenen des Erblassers die Kontrolle anvertraut wird; das „*arbitratu liberti fieri monumentum, funus u. dgl.*“ ist in den Inschriften ständig; Typus: C.J.L. 5, 1, 52 L. Aufustius [. . .] Gallus [II vir] quinq. [Polae] ex testam [ento fieri] iussit a[rbitratu] Philero[tis l.]. Vgl. D. 12, 4, 11; Petronius sat. 71: *Ceterum erit mihi curae ut testamento caveam ne mortuus iniuriam capiam; praeponom enim unum ex libertis sepulcro meo custodiae causa* (davon scharf zu unterscheiden ist „*curam agente*“, das sich auf die tatsächliche Besorgung bezieht; deutlich C.J.L. 9, 4447 *arbitratu her[edum]*, *curam egit Rufinus lib.* — Vgl. auch 9, 4976: der *Ordo decur.* setzt ein Monument *curam agentibus quibusdam*). Auch Ingenui werden in dieser Weise beauftragt, z. B. C.J.L. 5, 1, 1431, 4444; 6, 2, 11678 u. v. a.; über C.J.L. 3, 371 s. sub b. — Die rechtliche Bedeutung dieses Aufsichtsrechts ist klar für den Fall, daß auf die Nichterfüllung der vom Erblasser erteilten Anordnungen eine Multa gesetzt ist; sie verfällt, wenn der Arbitrator die Nichterfüllung konstatiert, D. 35, 1, 6 pr., cf. 27, u. z. wird sie doch wohl im Wege der magistratischen Kognition eingetrieben. Aber offenbar kann es zu einer solchen Multa kraft des allgemeinen magistratischen Imperium auch ohne besondere testamentarische Verfügung kommen, wenn die Konvention öffentlichen Vorschriften (z. B. über das Gräberrecht) oder Interessen widerspricht; denn natürlich ist in allen Fällen der Aufsichtsrechte legitimiert und auch verpflichtet, die Anzeige an den Magistrat zu erstatten.

b) Häufig wird eine einzelne Anordnung dadurch gesichert, daß ihr Vollzug einem Unparteiischen aufgetragen wird, dem der Erblasser dazu ein Vermächtnis hinterläßt. Das kann ein Teilerbe sein, der aus diesem Anlaß ein Prälegat erhält, D. 34, 1, 8; 10 pr.; 30, 96, 3 und 107 pr.; 35, 3, 7; aber auch ein Dritter, D. 31, 88, 1; 3, 5, 30, 4; 31, 17 pr. (Schluß itp. Pernice, Lab. 3, 1, 297). Auch bei Lebzeiten schon kann in diesem Sinn *mandatum post mortem* erteilt werden, D. 17, 1, 12 i. f. 13, so vielleicht auch C.J.L. 3, 371. *Fiducia post mortem* enthält D. 17, 1, 27, 1 (cf. Pernice, Lab. 3, 1, 129.) Auch eine Hinterlegung bei einem Dritten mit dem Auftrag zur Ausfolgung nach dem Tode des Erblassers ist möglich, seit das Fideicommissum a debitore relictum durch Antoninus Pius anerkannt ist (vgl. Hellwig, Verträge zugunsten Dritter [1899] 1 f.). Näheres in der Lehre von den Auflagen und den Stiftungen.

c) Ein dem Fideicommissum a debitore relictum verwandter Fall scheint der folgende: Wo der Erblasser seinem testamentarisch eingesetzten Suus

Person vererblich sein müßten. Mindestens in seiner geschichtlichen Zeit kennt das römische Recht auch eine Anzahl höchstpersönlicher Rechtsverhältnisse.

Hierher gehört insbesondere die Deliktshaftung. Es kann allerdings die Frage sein, ob dies schon der ältesten Stufe der Rechtsentwicklung angehörte. Wenn, was wir freilich nicht wissen, die Blutrache und später die öffentliche Strafe (oben S. 95) einmal sich auch gegen die Nachkommen gerichtet hätte, müßten wir die Unvererblichkeit der Deliktshaftung für ein sekundäres Entwicklungsprodukt erklären. Immerhin ist es zu dieser Unvererblichkeit schon früh gekommen, so früh, daß wir von einem abweichenden Zustand keine sichere Kunde mehr haben⁸¹.

Wann eine Klage in diesem Sinn als deliktisch anzusehen ist, wird oft⁸² nicht durch ausdrückliche Gesetzes- oder Edikts-

Heres einen Vormund geben kann, kann er diesem Vormund auch das Fideikommiss auferlegen, mit Erbschaftsmitteln eine Leistung zugunsten eines Dritten zu vollziehen; es scheint dabei die Verleihung der Vormundschaft selbst als Zuwendung zu gelten. Dies zeigt Scaev. D. 40, 5, 41, 2. Diese Stelle ergibt zwar gleichzeitig, daß man aus einer solchen Verfügung auch (et) eine Belastung der Erben selbst abgeleitet hat; aber es tritt doch hervor, daß zunächst der Tutor als Fideikommissverpflichteter galt, also im eigenen Namen, wengleich natürlich auf Leistung aus Erbschaftsmitteln, in Anspruch genommen werden konnte. Freilich tritt, wie begreiflich, seine Verpflichtung gegenüber der Haftung der Erben öfter in den Hintergrund (Pap. D. 31, 69, 2; Diocl.-Maxim. C.J. 4, 1, 5 = 6, 42, 20). Hierauf hat Schirmer in einer wenig beachteten Bemerkung Z. Sav.St. 15, 362 f. aufmerksam gemacht. Praktisch ist diese Maßregel freilich nur unter obigen Voraussetzungen.

d) Eine sehr merkwürdige Erscheinung endlich sind die Arbitratoren, denen letztwillig die Zustimmung zur Ehe eines Mädchens übertragen wird, D. 30, 54, 1; 35, 1, 28 pr.; 33, 4, 14; wobei allerdings ein an die bewilligte Ehe geknüpftes Vermächtnis die Vermittlung bildet.

Im ganzen ist ersichtlich, daß es an Sicherungen der Erfüllung des letzten Willens nicht gefehlt hat, wobei freilich das Eingreifen der Kognition eine sehr wesentliche Rolle spielt. Aus letzterem Grund sind die juristischen Quellen für die Frage wenig ergiebig. Daß vorsichtige Erblasser trotzdem die Nichterfüllung ins Auge fassen (D. 33, 2, 17) ist begreiflich; gelegentliche Vernachlässigungen zeigen die Inschriften (C.J.L. 2, 1359) und Plin. Ep. 6, 10, 3.

⁸¹ Eine Unterscheidung zwischen der pönalen und der reipersekutorischen Seite der Deliktshaftung findet dabei nicht statt; der letztere Begriff ist bekanntlich überhaupt erst relativ späten Datums und hängt wohl z. T. mit der Ausbildung der (beschränkten) Erbenhaftung für Delikte (s. das im Text folg.) zusammen. Vgl. Wlassak bei Pauly-Wiss. 1, 316—318; Hitzig ebenda 4, 2440 f. Erklärung dessen: Jhering, Geist 1⁴ 139.

⁸² Bisweilen ist es im Edikt gesagt, so für das sog. *depos. miserab.*, D. 16, 3, 1, 1 (bezüglich der Duplierung), oder indirekt, d. h. durch Aufstellung be-

bestimmung, sondern durch Gewohnheitsrecht oder Interpretation festgestellt^{32a}; in einzelnen Fällen sind uns Spuren einer hier vor sich gegangenen Entwicklung von der Unvererblichkeit zur Vererblichkeit, d. h. also von der deliktischen zur kontraktlichen Natur noch erhalten³³. — Aber auch, wo die Klage auf die Erben des Delinquenten nicht übergeht, haften sie doch — kraft einer im Lauf der Zeit sich vollziehenden Entwicklung — in quantum ad eos pervenit, d. h. auf die durch das Erbwerden erlangte, Bereicherung³⁴. Der Gedanke lehnt sich wohl an die *A^o quo ea pecunia pervenit* gegen Drittberechtigte an, welche die Reputendengesetze geschaffen haben³⁵; die einzelnen Fälle erzeugen in der ersten Kaiserzeit das Edikt über die *a^o doli* sowie andere Edikte³⁶, endlich später noch kaiserliche Konstitutionen, wonach die

sonderer Formeln gegen die Erben auf die Bereicherung (A. 34). — Auch bei Kontraktklagen können besondere Formeln gegen die Erben des Schuldners proponiert sein, z. B. (D. 17, 2, 35) bei der *a^o pro socio*, was vielleicht mit ihrer infamierenden Natur zusammenhängt, aber keineswegs bei allen infamierenden Klagen nachweisbar ist (vgl. Appleton, Frag. d'Este 26).

^{32a} Schwierige Fragen bestehen bezüglich der passiven Vererblichkeit der Interdiktsansprüche vgl. Schmidt, Interdikte 161f.; Ubbelohde, Interdikte 1, 380 f.

³³ So für die ädilizischen Kaufklagen, vgl. vorläufig Karlowa, R.G. 2, 1296; ferner für die *a^o constitutoria*, Ulp. D. 13, 5, 18, 2; cf. Justin. C.J. 4, 18, 2, 1. Dafs für die *a^o depositi* noch Theophilus 4, 12, 1 die passive Unvererblichkeit behauptet, während im Edikt D. 16, 3, 1, 1 das Gegenteil steht, kann auf eine alte Vorlage zurückgehen, Jhering, verm. Schr. 190. — Streit über die *a^o si iudex litem suam fec.*: Ulp. D. 5, 1, 16. Auch die Klage auf Rückstellung des verbotenen Spielgewinnstes ist ursprünglich Strafklage, später nicht mehr (Karlowa, R.G. 2, 1347 f.; Lenel, E.P.² 170 A. 11); auch hier mag dies im Punkt der Vererbung praktisch gewesen sein.

³⁴ *id quod ad her. pervenit* ist hierbei technisch (doch s. D. 39, 4, 4), während vom Schuldner, der in eigener Person nur auf Bereicherung haftet, sowohl *quod pervenit* gesagt wird (D. 43, 16, 1 pr.; 43, 1, 4) als auch in quantum locupletior est (vgl. Gai. D. 4, 3, 28). M. W. ausschließlich ist letzteres bei der Haftung des Pupillen aus Kontrakten ohne Tutoris auctoritas. Schwankend ist der Sprachgebrauch bei Haftung für Dritte, vgl. D. 4, 2, 16, 1 und 42, 8, 6, 12 mit 15, 1, 3, 11; 25, 2, 3, 4. 4. — Der für die Beurteilung maßgebende Zeitpunkt ist natürlich der des Erbwerdens D. 4, 2, 17; 4, 3, 26; wenn daneben Ulp. D. 4, 2, 20 sagt, die Abschätzung erfolge nach dem Zeitpunkt der Litiskontestation, so ist wohl gemeint, daß zufällige Wertminderung oder Steigerung berücksichtigt wird; kulpöse Wertminderung kann dem Erben nichts genutzt haben. Ebenso ist sicher, daß Konsumtion durch den Erben hier (anders als bei Schenkung unter Ehegatten u. Ä.) die Bereicherung nicht aufhebt. (D. 4, 2, 17 cit.)

³⁵ Zumpt, Kriminalrecht 2, 1, 201 f.; Krim.Proz. 409 f. Stellen bei Mommsen, Strafr. 731⁴. Vgl. auch Voigt, R.G. 1, 698 f.

³⁶ *A^o doli* D. 4, 3, 17, 1 und 26; *quod metus ca.* D. 4, 2, 19; cf. Gai.

Jurisprudenz die Bereicherungshaftung zum allgemeinen Prinzip erhoben hat.

Bei kontraktlichen Verhältnissen ist die Vererblichkeit die Regel. Unvererblich ist der Anspruch aus akzessorischen Stipulationen und die Haftung aus akzessorischen Promissionen (adstipulatio — sponsio, fidepromissio; erst die fidejussio ist passiv vererblich geworden⁸⁷); ob das auf eine Zeit zurückführt, wo alle Schuld unvererblich war und von der ab erst die Differenzierung eintrat, bleibt fraglich⁸⁸. Auch Mandat und Sozietät erlöschen mit dem Tode des Mandatars oder Mandanten und Sozios; doch bleiben die bereits begründeten Ansprüche hier bestehen⁸⁹, das Precarium ist den Klassikern, mit Ausnahme Ulpians, dem Diokletian folgt, passiv unvererblich⁴⁰. Ob vom Pachtvertrag das gleiche gilt, kann zweifelhaft erscheinen⁴¹. Von andern hierher gehörigen Erscheinungen ist an ihrem Ort zu reden⁴².

D. 44, 7, 35; interd. de vi D. 43, 16, 1, 48. Ob Venulejus D. 42, 8, 11 (cf. 10, 25) eine ähnliche Spezialbestimmung für die Fraudationsklage berichten will, kann zweifelhaft erscheinen (Lenel, E.P.¹ 399 n. 1). A. A. Girard, man.⁴ 397 n. 3, welcher diesen Fall sogar für den Urfall der Erbenhaftung hält und auf Gaius Cassius zurückführt; indessen beweist die Berufung auf diesen nur, daß er zuerst irgend ein Edikt über die Erbenhaftung aufgestellt hat. Immerhin ist damit für das Alter der ediktalen Vererblichkeit ein Anhaltspunkt gegeben: Praetur des G. Cassius, circa 27 p. C. (Girard, Nouv. Rev. hist. 1897 p. 266 n. 2). Schon vor der ediktalen Fixierung scheint die Idee vertreten von Labeo D. 39, 4, 4 pr.; Levy, Sponsio 55; dagegen ist ein gleichlautende Äußerung Labeos, D. 4, 3, 13, 1 interpoliert, Pernice, Lab. 2, 1, 201 A. 3. — Später sprechen Reskripte die Rückgabe jedes turpiter quaesitum auch für die Erben aus, D. 4, 2, 16, 2 (teilweise interpol. Ferrini, Bull. dell' Ist. 14, 217) und D. 3, 6, 5 pr. Danach allgemein Pomp. D. 50, 17, 38; Paul. D. 44, 7, 38. — Nicht immer ist sicher, ob die Erbenhaftung speziell vorgeschrieben oder von den Juristen statuiert ist. — Perpetuität der Erbenhaftung: Sabinus, D. 4, 3, 29. — Wegen der Klagformel gegen den Erben vgl. Bekker, Act. 1, 175 (a^o in factum), richtiger als Pernice, Sachbeschädig. 127, Lab. 2, 1, 201 A. 2 (condictio).

⁸⁷ Wenn Pomponius D. 46, 1, 27, 3 besonders betont, daß auch der Erbe des Bürgen die benef. fidejuss. genießt, so liegt dem der Gedanke zugrunde, daß der bürgerschaftliche Charakter der Verpflichtung auch hier noch als ein höchst persönlicher angesehen werden könnte.

⁸⁸ Vgl. Mitteis i. d. Festschrift für E. J. Bekker, S. 133 f.

⁸⁹ Doch vgl. Auct. ad Herenn. 2, 13, 19.

⁴⁰ Ubbelohde, Interd. 1, 382 f. Aktive Vererblichkeit D. 43, 26, 8, 1. 12, 1.

⁴¹ D. 19, 2, 60, 1 (dazu Jhering, Besitzwille 347) scheint es zu sagen, und das klingt ansprechend; aber der Ausspruch ist isoliert und andere Stellen sind eher dagegen (D. 19, 2, 15, 9; C. 4, 65, 10; J. 3, 24, 6).

⁴² Allgemein nur zu bemerken, daß jede tenancy at will (Hermes 30, 606) aktiv unvererblich ist, D. 19, 2, 4. — Willkürlich ist die Behauptung von

Abgesehen hiervon ist die Vererblichkeit aller Kontraktsschulden unbedingt anerkannt. Ob auch die Rechtswirkung der Pacta von jeher auf die Erben erstreckt wurde, läßt sich bezweifeln; es wäre an sich ganz wohl denkbar, daß das Pactum, weil es zivil nicht wirksam ist, irgend einmal als bloß persönliche Angelegenheit betrachtet wurde und die Sorgsamkeit, mit welcher man die Erstreckung desselben auf die Erben festzustellen pflegt⁴³, deutet vielleicht darauf zurück, daß dieser Punkt nicht als ausgemacht galt. Doch sind bestimmte Anhaltspunkte in dieser Richtung nicht gegeben.

Eine eigentümliche Erscheinung endlich ist es, daß unter gewissen — allerdings seltenen — Voraussetzungen der Erbe zwar für Dolus und Culpa lata, nicht aber für Culpa levis des Erblassers haftet. Dies findet statt bei den Erben der mit der Vormundsbestellung befaßten Munizipalmagistrate⁴⁴; angeblich auch bei jenen des Tutors^{44a}.

Im übrigen bringt es der Begriff der Sukzession mit sich, daß der Erbe eben nur in Verhältnisse eintreten kann, welche bereits für den Erblasser begründet waren. Daher reicht die Macht des Erblassers nicht soweit, in der Person seines Erben Rechtsverhältnisse zu begründen, die ihn selbst nicht treffen sollen. Dies hat das römische Recht treffend formuliert in dem Satz, daß die stipulatio post mortem unzulässig und unwirksam ist. Die Wirksamkeit dieser Stipulation könnte nicht mehr begründet werden aus dem Prinzip der Rechtsnachfolge, sondern nur aus dem der Verfügung über den Nachlaß⁴⁵. Ebenso ist es dem Prinzip der Erbenfolge widersprechend erachtet worden, daß der Erblasser

Pernice, Lab. 1, 449, daß man irgend einmal an der Vererblichkeit der *actioes contrariae* (bei Kommodat, Depositum u. ä.) gezweifelt habe; die angeführten Beweise sind nichtig. — Überhaupt muß man sich hüten, überall wo die Vererblichkeit eines Rechtsverhältnisses festgestellt wird, zu schließen, daß dasselbe einst unvererblich gewesen sei. Z. B. D. 22, 1, 27; 2, 14, 40 pr. u. v. a. dürfen nicht als *arg. a contr.* für die ältere Zeit verwendet werden. — Für die Unvererblichkeit der *actio injuriarum*, welche *ex persona filii* angestellt wird, s. u. beim Klagerecht der Haussöhne.

⁴³ Z. B. das pact. de vendendo pignore D. 13, 7, 8, 4 u. a.

⁴⁴ Sev. et Ant. C.J. 5, 54, 1; Alex. Sev. C.J. 5, 75, 2; vgl. Diocl. C.J. 2, 18, 17.

^{44a} Ulp. D. 27, 8, 4; Sev. et Ant. C.J. 5, 54, 1. Dazu s. § 37.

⁴⁵ Daß der Erblasser auch nicht für die Erben ein Recht erwerben kann, ohne es zugleich für sich zu erwerben, zeigt Pap. D. 39, 6, 42 pr.: „non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat“.

eine Verpflichtung für sich und einen einzelnen Erben übernimmt, während die übrigen frei bleiben sollen. Dagegen ist ein liberatorisches Pactum zugunsten eines einzelnen Erben für zulässig erklärt⁴⁶.

Singular-
sukzession.

Der Begriff der Singularsukzession ist im klassischen Recht jedenfalls ein viel beschränkterer als im heutigen, schon deswegen, weil der Gedanke einer Sukzession in Forderungen fehlt und die Rechtsnachfolge nur bei dinglichen Rechten Platz greift. Aber auch bei letzteren ist der Begriff wenigstens der Gesetzgebung noch nicht geläufig⁴⁷. Insbesondere, wo das prätorische Edikt seine Satzungen auf Rechtsnachfolger erstreckt, ist außer dem Erben stets nur der Käufer genannt⁴⁸; die Ausdehnung derselben auf andere Sukzessionsfälle beruht auf Interpretation⁴⁹. Es hängt dies zunächst damit zusammen, daß der Kauf die praktisch weitaus wichtigste Anwendung des Eintritts in fremdes Recht darstellt⁵⁰, ist aber auch schon dadurch bedingt, daß der lukrative Erwerb im klassischen Recht dem onerosen keineswegs durchaus gleichsteht⁵¹. Aber auch wenn

⁴⁶ Cels. D. 2, 14, 33.

⁴⁷ Die lex Malacit. c. 65 sagt zwar „ut ei qui eos praedes... mercati erunt, praedes socii heredesque eorum iique ad quos ea res pertinebit, de is rebus agere easque res petere persequi recte possint“ und an sich könnte man unter denen „ad quos ea res pertinebit“ vielleicht Singularsukzessoren verstehn; doch läßt sich auch an den Bonorum emtor oder Adrogator denken (ebenso auch in l. Malac. 67). Jedenfalls bedeutet in der Ediktsbestimmung D. 12, 2, 7 pr. die gleiche Wendung sicher nicht den Singularsukzessor.

⁴⁸ So bei den Interd. de itinere und de aqua D. 43, 20, 1, 37 (vgl. auch Lenel, Pal. II 829 n. 4); beim Utrubi bezw. der Accessio temporis (Lenel, E.P. § 264). Das Vorbild gaben schon die XII Tafeln, D. 40, 7, 29, 1; ebenso nennt die lex agrar. v. J. 643 l. 23 den Kauf als einzigen Fall der Singularsukzession. Unrichtig ist es, wenn Mommsen, Verm. Schr. 1, 113 auch die daselbst genannte Deditio als Fall der Singularsukzession betrachtet, nämlich als Vermächtniserwerb; dag. s. oben S. 104 A. 27.

⁴⁹ Vgl. Ulp. D. 43, 19, 3, 6—10; 41, 2, 13, 6—11. Schon bei der Interpretation der XII Tafeln findet diese Ausdehnung statt: Q. Mucius bei Pomp. D. 40, 7, 29, 1.

⁵⁰ Man bedenke daß die publizianische Formel und die exc. rei vend. et trad. auf den Kauf abgestellt ist, und daß in der Usukapionslehre ursprünglich stets vom b. f. emtor die Rede ist. Dies entspricht der populären Denkweise; signifikant für diese Cic. de invent. 1, 45, 84: „quoniam habes istum equum, aut emeris oportet aut hereditate possideas aut munere acceperis aut domi tibi natus sit aut si horum nihil est, surripueris necesse est“; vgl. de offic. 2, 23, 81 (wo nur statt der Schenkung die dos erscheint). Die primitive Auffassung unterscheidet also: Erben, Kaufen, Geschenk bekommen.

⁵¹ So scheint die Unschädlichkeit der mala fides superveniens bei der

in den Digesten mehrfach bei der Erläuterung solcher Satzungen es ohne weiteres heißt, daß sie für alle Rechtsnachfolger gelten, so ist dies häufig nachweisbare Interpolation⁵² und der wahre Sachverhalt der, daß die Interpreten, vom ediktal geregelten Fall des Kaufs ausgehend, die analoge Anwendbarkeit des Edikts auf andere Sukzessionen unter vorsichtigem Fortschreiten von Fall zu Fall untersuchen. Nur darf man wegen dieser Tatsache kaum so weit gehn zu behaupten, daß alle Stellen, wo generell von Sukzession in dingliches Recht gesprochen wird, unecht seien und den Klassikern hier jeder allgemeine Begriff vollkommen gefehlt habe⁵³.

Im übrigen ist die Frage, inwiefern der Singularnachfolger in die dingliche Rechtsstellung seines Vormanns eintritt, in verschiedenen Beziehungen sehr verschieden beantwortet worden. So ist bei der zivilen Usucapio die Accessio possessionis erst durch ein Reskript von Severus und Caracalla eingeführt worden⁵⁴, sicher im Anschluß an die wohl kurz vorher erfolgte gleichartige Regelung bei der anscheinend damals eingeführten Longi temporis praescriptio, und in relativ später Nachbildung der gleichartigen prätorischen Ordnung beim Interdictum Utrubi. In scharfem Kontrast hiermit scheint es zu stehn, wenn schon Sabinus einem klagverzichtenden Pactum des Verkäufers Wirkung gegen den Käufer beilegt, selbst dann, wenn solche Erstreckung auf den Rechtsnachfolger nicht ausdrücklich verabredet war⁵⁵. Allerdings ist letzterer Zusatz nicht durchgedrungen; dagegen ist die ausdrückliche Erstreckung auf den Rechtsnachfolger jedenfalls anerkannt. Ebenso ist die Verdinglichung des Teilungsverzichts wohl auch seit Sabinus⁵⁶ unzweifelhaften Rechts geworden. Nicht minder wird

Usukapion erst von Justinian auf den Schenknehmer erstreckt worden zu sein, Huschke, R. d. publiz. Klage 68 f.; Zanzucchi, Arch. giur. 72, 227 f.; Partsch, l. t. praescriptio 147 A. 3; ebenso die utilis actio bei der Zession, C.J. 8, 53, 33. S. ferner A. 57 i. f.

⁵² Evident in D. 44, 3, 14, 1: sive ex contractu sive ex voluntate stimmt mit den darauffolgenden Worten „datur accessio testatoris“ nicht überein; ebenso in D. 43, 19, 3, 2 u. 10 (Longo, Bull. dell' Ist. 14, 238, 242).

⁵³ Viel weiter geht Longo, der überall Interpolationen annimmt.

⁵⁴ J. 2, 6, 13; bestätigt durch Ulp. D. 23, 3, 7, 3; Paul. D. 41, 4, 2, 16 u. 20. Unbewiesen scheint mir demnach die Behauptung von Zanzucchi, Arch. giur. 72, 354 ff., die Akzessio rühre erst von Justinian her.

⁵⁵ D. 2, 14, 17, 5. Mit der unklaren Vorstellung der lex suae rei dicta (Pernice, Lab. 1484) hat dies nichts zu tun. Über den Schlusssatz der Stelle Longo a. O. 247.

⁵⁶ Ulp. (lib. 30 ad Sab.) D. 17, 2, 16, 1; Paul. D. 10, 3, 14, 3. Die Durchführung im einzelnen mag allerdings streitig gewesen sein; vgl. § 14 z. E.

die *exc. rei venditae et traditae*⁵⁷ verdinglicht und vielleicht das markanteste Beispiel in gleicher Richtung gibt die Ausbildung der Servitutenbestellung durch *pactiones* und *stipulationes*, welche sämtlich auf Verdinglichung obligatorischer Abreden⁵⁸ beruhen. Wenn dies anscheinend mit der späten Ausbildung der *Accessio temporis* bei der *Usucapio* in Widerspruch steht, so löst sich dieser doch sehr einfach durch die Erwägung, daß es sich in den zuletzt genannten Fällen überall um bloß prätorisch wirkende Verdinglichung, bei der Usukapionszurechnung um einen Eingriff in das Zivilrecht handelt, und es tritt daher auch hier der tiefe Gegensatz zwischen der biegsamen prätorischen Rechtsentwicklung und der Starrheit des Zivilrechts, der das gesamte römische Recht beherrscht, in seiner Gesetzmäßigkeit zu Tage.

§ 7. Rechtsnationalität.

Vom privatrechtlichen Standpunkt aus werden die Personen eingeteilt in *Cives*, *Latini*, *Peregrini*, und diese Trichotomie gibt den hier stattfindenden Distinktionen, wenigstens für die klassische Zeit, der sie angehört, genügenden Ausdruck, wenngleich sie nicht alle im Lauf der älteren Rechtsentwicklung vorgekommenen Abstufungen der Rechtsfähigkeit umfaßt¹. Zu bemerken ist dabei noch, daß die Dreiteilung zwar die Regel ist, daneben aber gelegentlich auch ein einfacheres Schema durchblickt, welches auf

⁵⁷ Bezeugt ist dies allerdings nur für den Fall des Kaufs *a non domino*, u. z. wie für diesen (bis auf *Marcellus* selbstverständlich (*Erman*, *Z. Sav.St.* 14, 249 f.) in Form einer *exc. in factum* (*Jul. D.* 44, 4, 4, 32 [über *D.* 21, 3, 1, 4 *H. Krüger*, *Exc. doli.* 35, 51, 83, anderseits *Longo a. O.* 252 u. cit.]); und *exc. in factum* (also nicht ediktale) muß bei den Singularsukzessoren wohl auch für den Fall des Kaufs *a domino* vorausgesetzt werden, wie schon *Bonfante*, zit. bei *Longo a. O.* 252 erkannt hat (das Original war mir nicht zugänglich). *Itp.* ist die scheinbare Hauptstelle für diese Materie, *Hermog. D.* 21, 3, 3 (*Longo a. O.* 251 f.). — Eigentümlich wird die *exc. doli specialis* behandelt: Verdinglichung nur gegen den *Successor ex causa lucrativa*, *D.* 44, 4, 4, 27 u. 29.

⁵⁸ Durch die Klausel *neque per te neque per venientes a te personas fieri u. s. f.* Spuren des Entwicklungsprozesses haben wir noch aus der Zeit des *Pegasus*: damals war das Recht des bloß in dieser Form eingesetzten *Usufruktuars* auf den Sklavenerwerb noch bestritten, *D.* 7, 1, 25, 7.

¹ Es kommen hier insbesondere noch die rätselhaften *Forci* und *Sanates* der Zwölftafeln sowie die *Cives sine suffragio* in Betracht. Außerdem genügt die Trichotomie der klassischen Zeit nicht für die staatsrechtliche Auffassung: hier ist bezüglich der *Latini* zu unterscheiden zwischen der älteren *Latinität* und ihren in den Jahren 416, 486 und 577 der Stadt begründeten Wandlungen und Abstufungen, welche insbesondere auf die Freizügigkeit und die Gewinnung

der Zweiteilung in Bürger und Fremde aufgebaut ist und demgemäß auch die Latiner den Peregrinen zuzählt².

Was den römischen Bürger privatrechtlich vom Nichtbürger abhebt, wird als der Besitz des *Jus Quiritium* angesehen und darum der Erwerb des Bürgerrechts als ein „*consequi jus Quiritium*“ oder „*ad jus Quiritium pervenire*“ bezeichnet³. Dieses quiritische Recht ist freilich auch von Pflichten begleitet; denn der Quirit als solcher und nur er ist an die römischen Gesetze gebunden, während die Peregrinen grundsätzlich nur ihrem eigenen Gesetz unterstehen⁴. Auch ist es sicher zu weit gegangen, wenn behauptet worden ist, daß nur dieses quiritische Recht wahres Privatrecht sei; seit es ein *ius gentium* gibt, ist dieses auch bei den Peregrinen als ebenso unantastbar angesehen worden, wie das quiritische. Richtig ist jedoch, daß für Immobilien praktisch ein wahres Privatrecht nur dort anerkannt worden ist, wo dieselben im Gebiet einer des italischen Rechts teilhaften Gemeinde liegen, und da sie dann meist auch in römischem Besitz gestanden haben werden, muß hier das *Jus Gentium* nur eine geringe Rolle gespielt haben⁵.

Die Nichtbürger sind nach der ältesten Auffassung im Prinzip rechtlos (S. 62). Seit sich der Grundsatz entwickelt hat, daß auch die Nichtbürger, sofern sie den römischen Boden kraft Schutzvertrags betreten, als Persönlichkeit behandelt werden, leben sie gemäß dem nunmehr festgehaltenen Prinzip der Personalität des Rechts nach dem Statut ihrer Heimatgemeinde (*origo*)⁶. Ein gemeinsamer Rechtsboden, der sie mit den Römern verbindet, wird erst durch die Entwicklung des *Jus gentium* hergestellt⁷. Doch erleidet dieser

des römischen Stimmrechts zurückwirken. Endlich sind die *Peregrini* in (autonome und nichtautonome) Untertanen und in die Angehörigen selbständiger Staaten einzuteilen, wobei im einzelnen viele Nuancierungen platzgreifen. Alle diese Fragen gehören dem Staatsrecht an.

² Gai. 3, 120 hat, wo er vom *peregrinus fidepromissor* spricht, nur den lateinischen im Sinn (Mitteis, Festschr. für E. J. Bekker, S. 139 f.); auch 1, 79 nennt er die Latini „*peregrinorum numero*“. Varro de l. l. 5, 33; Gabinus quoque *peregrinus (ager)*; Liv. 43, 13, 6 erklärt ein in *Fregellae* vorgekommenes *Prodigium* als ein solches in *loco peregrino*.

³ Gai. 1, 32–35 u. v. a. Vgl. oben S. 67.

⁴ *Lege (s. plebiscito) Quirites tenentur*. Vgl. oben S. 68 f.

⁵ Anwendbar ist es aber auch hier; s. unten Anm. 15.

⁶ Vgl. (noch für die Kaiserzeit) Reichsr. u. Volksr. Cap. 3.

⁷ Soweit freilich einzelne *peregrinische* Gemeinden, wie das bei vielen griechischen der Fall ist, zum Prinzip der Rechtsterritorialität übergegangen waren, kam dies auch den Angehörigen anderer Gemeinden im entsprechenden

Grundsatz Ausnahmen dadurch, daß gewissen Klassen von Nichtbürgern oder doch einzelnen nichtbürgerlichen Individuen das *Commercium* oder das *Connubium* oder auch beides zustehn kann.

Begriff
des com-
mercium.

a) Der Begriff des *Commercium* wird unrichtig gefaßt, wenn man darunter die Teilnahme am zivilen Vermögensrecht versteht⁸. Die römische Definition, welche Ulpian uns überliefert hat⁹, bezeichnet es als das „*emendi vendendique invicem ius*“ und beschränkt es daher auf die Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr *inter vivos*; dadurch wird von selbst vom Begriff ausgeschlossen einerseits die Subsumtion des erbrechtlichen Geschäfts wie z. B. Erbschaftsantritt, der nichts mit dem *Commercium* zu tun hat¹⁰, sowie der Besitz ziviler Rechtsverhältnisse, der nicht durch das *Commercium* bedingt ist, sondern durch die *Zivität*¹¹.

Dabei ist, weil das *Commercium* zumeist zwischen ganzen Gemeinden also zweiseitig besteht, der Begriff desselben genau genommen so zu fassen, daß es auch dem Römer die Beteiligung an Verkehr der auswärtigen, im *Commercium* stehenden Gemeinde gewährleistet¹²; da jedoch die römischen Juristen diese nach außen gekehrte Wirkung der Verkehrsgemeinschaft nicht zu betrachten pflegen und außerdem das *Commercium* auch bloß einzelnen

Umfang zu Gute, folgeweise auch den Römern. S. oben S. 64. Aber die Römer üben hier keine Reziprozität.

⁸ Dies ist öfter geschehen, so z. B. von Böcking Pand. 1, 142; Karlowa, R.G. 2, 71. Das Richtige sieht Huschke Gaius 215; manches Gute auch bei Voigt, J. N. 2, 74 f.; 4, 67 f. Während der Korrektur gehen mir die Bemerkungen von Wlassak, Z. Sav.St. 28, 114 f. zu, welche mit dem obigen vielfach übereinstimmen.

⁹ Ulp. 19, 5.

¹⁰ Das bestätigt der Umstand, daß die Interdiktion gegen den Verschwender, obwohl ihm das *Kommerzium* ausdrücklich entzogen wird (Paul. sent. 3, 4a, 7), das Recht des Erbschaftsantritts nicht berührt, Ulp. D. 29, 2, 5, 1. Die *Erbsunfähigkeit* der Peregrinen ferner wird nicht auf das mangelnde *Kommerzium* zurückgeführt, sondern stellt sich dar als Mangel der *test. factio passiva* und ist nur ein Ausfluß der ihnen nach Zivilrecht allgemein fehlenden *Rechtsfähigkeit*. Wenn bei den koloniarischen Latinern anderes gilt, so wird dies auf besondere Bestimmungen zurückgehn, s. Text zu A. 26, 27.

¹¹ Auch hier zeigt die fortdauernde *Rechtsfähigkeit* der des *Kommerzium* entkleideten Verschwender das Richtige (s. die vor. Anm.).

¹² Natürlich müssen sie dabei sich den Geschäftsformen der auswärtigen Gemeinde unterworfen haben, die freilich praktisch mit den römischen vielfach annähernd zusammengefallen sein mögen.

Fremden für ihre Person, also einseitig verliehen werden kann, erscheint häufig das *Commercium* gedacht als die Fähigkeit des Fremden zum römischen Vermögensgeschäft¹³, wobei selbstverständlich, seit es ein *jus gentium* gibt, nur an spezifisch zivile Geschäfte zu denken ist¹⁴.

Nur bei dieser nicht das *quiritische Recht*¹⁵, sondern nur das *quiritische Geschäft* einschließenden Begriffsbestimmung kommt auch die Etymologie zu ihrem Recht, nach welcher *Commercium* nur den Handel, nicht auch die dadurch erworbenen Rechte bezeichnet. Fraglich ist dabei blofs, ob die *Ulpianische* Definition für das Gebiet der Rechtsgeschäfte nicht zu eng ist. Sie umfaßt, genau genommen, nur die *Manzipation* und schließt, auf die ältere Zeit zurückdatiert, das zivile *Gelddarlehn* (das *Nexumsdarlehn*) aus; daß aber dieses zum *Commercium* nicht mit gehört

¹³ Z. B. *Ulp.* 19, 4: *peregrini quibus commercium datum est.*

¹⁴ Denn daß der Kauf des *ius gentium*, seit es einen solchen gibt, das *Commercium* im technischen Sinn nicht voraussetzt ist klar. Freilich gibt es auch eine weitere Anwendung des Wortes, wonach die Entziehung des *Commercium* jeden Erwerb, auch den nach *ius gentium*, ausschließt, und welche in *D.* 41, 1, 62; 30, 40; 31, 49, 3; 45, 1, 34 vorausgesetzt ist (Beispiele: Kauf der *res litigiosa*, Verbot des Ankaufs in der Provinz bei Beamten u. a.). Auch das *Commercium*, welches bei *Liv.* 43, 5 den gallischen Gesandten zu Ankauf und Ausfuhr von Pferden gegeben wird, gehört vielleicht hierher; ihnen mußte das *privatrechtliche ius gentium* wohl erst erteilt werden.

¹⁵ Ein nur die Frage nach dem Recht, nicht die nach dem Erwerb betreffender, übrigens selten berührter (Ausnahme: *Huschke*, *Gai.* 215; *Voigt*, *Jus nat.* 2, 111 f.) Punkt ist die Frage nach der Fähigkeit des Nichtrömers zum Erwerb römischer Grundstücke, wobei sein Eigentum regelmäßig (vgl. jedoch *Mommsen*, *St.R.* 3, 1, 232 f.) nur nach *Jus Gentium*, nicht auch nach *quiritischem* bestanden haben kann (vgl. *S.* 120). Den *prisci Latini* steht dieser Erwerb anerkanntermaßen zu (*Mommsen*, *St.R.* 3, 1, 631, 632, *verm. Schr.* 1, 104), und für die spätere *Latinität* beweist *Gai.* 1, 33. Im übrigen ist von den Römern an Fremde niemals ein besonderes Recht zum Grunderwerb (etwa analog der griechischen γῆς καὶ οὐράς ἐγκτήσις) verliehen worden; aber es läßt sich eben darum annehmen, daß man dieses im allgemeinen *Jus gentium* inbegriffen erachtete. — Daß insbesondere auch der *Peregrinus* nach dem *Jus gentium* *italische Grundstücke besitzen kann, ist* kaum zu bezweifeln. Wenn (*l. Rubr. c.* 20 *l.* 31 f.) der *Praetor peregrinus* schon gegen Ende des Freistaats ein *Edikt* über die *Cautio damni infecti* hatte, so braucht dieses nicht auf den Besitz von *Latinern* beschränkt zu werden, sondern kann sich auch auf den Besitz anderer *Peregrinen* auf Grund des *Jus gentium* beziehen. Der Fall bei *Serv. in Aen.* 9, 52 ist freilich anomal und setzt schon deswegen ein *Privilegium* voraus, weil hier ein *Kriegsgefangener* erst von *Staatswegen* freigelassen werden muß.

haben, bleibt immerhin zweifelhaft^{16 17 18 19}. Fast sicher ferner ist die Fähigkeit zum Manzipationszeugnis durch die Kommerzialität gegeben²⁰. Und da, seit der Literalkontrakt sich ausgebildet hat,

¹⁶ Wenn das Nexusdarlehn ursprünglich zum *Commercium* gehört hat (s. die folg. Anm.), so würde sich die Weglassung bei Ulpian durch das Absterben dieser besonderen Geschäftsform von selbst erklären.

¹⁷ Bestimmte Zeugnisse in dieser Richtung fehlen. Wenn Cic. p. Caec. 35, 102 von den Volaterranern sagt: *Sulla ita tulit de (Volaterranorum) civitate ut non sustulerit horum nexa atque hereditates* und sie später mit den latinischen Kolonien gleichstellt (Marquardt, St.R. 1, 54), also deutlich den Besitz des *Commercium* und der Erbfähigkeit bezeichnen will, so kann er den Ausdruck *Nexum*, was bei ihm sogar die Regel bildet (§ 9 A. 5), im Sinne von Manzipation gefaßt haben; jedenfalls ist bei der Vieldeutigkeit des Worts aus der Stelle kein Beweis für die Subsumtion des zivilen Darlehns unter das *Commercium* zu erbringen.

¹⁸ Durchaus zweifelhaft bleibt auch, ob es jemals den technischen Ausdruck *Jus nexi mancipiique* gegeben hat; derselbe beruht nur auf einer Konjektur von Huschke (zustimmend Voigt, J.N. 4, 266 und Karlowa, R.G. 2, 71, 72) zu Festus v. Sanates. Und wenn der Ausdruck vorkam, bleibt weiter nach dem Obigen zweifelhaft, ob er ein über das gewöhnliche *Commercium* (im Punkt des Nexusdarlehns) hinausgehendes Privileg bedeutet oder nur ein Synonymon zu jenem darstellt.

¹⁹ Über die Frage, ob Manzipation (und *Nexum*?), wenn mit Latinern vollzogen, die gewöhnliche Form an sich tragen vgl. die folgende Anm.

²⁰ Man nimmt dies wohl auch gewöhnlich an; eine Schwierigkeit liegt freilich darin, daß Gaius an drei Stellen, wo er die Manzipationsform beschreibt (1, 113, 119; 2, 104) gleichmäÙig die Zuziehung von „*quinque cives Romani*“ verlangt. Wer dieses für stringent hält, kommt dazu, den Latinus vom Solennitätszeugnis bei rein römischen Geschäften auszuschließen; er wird folgeweise für den Fall, daß Manzipation (und Nexusdarlehn?) zwischen einem Römer und einem Latiner stattfinden, eine Variante in der Form annehmen müssen, da in diesem Fall latinische Zeugen wohl nicht als ausgeschlossen gelten können: also eine zweite internationale Manzipationsform. Ich bin jedoch geneigt, dem Gaius hier eine Ungenauigkeit zur Last zu legen, in dem Sinn, daß er die Zulässigkeit der Zuziehung latinischer Zeugen zur römischen Manzipation lediglich unerwähnt gelassen hat, was sich immerhin damit erklären läÙt, daß er die Latini als wegen ihres *Commercium* den Römern gleichstehend betrachtet haben könnte. Was mich dazu bestimmt, ist Ulp. 20, 8; hier heißt es ausdrücklich, der Latinus Junianus kann Solennitätszeuge beim römischen Testament sein (womit die Ungenauigkeit des Gajanischen Berichts wenigstens für 2, 104 eigentlich erwiesen ist); und da außerdem diese Fähigkeit des Junianus auf seine (passive) Testamentfactio zurückgeführt wird, diese aber nachweislich mit der allgemein latinischen zusammenfällt und aus ihr abgeleitet ist (Gai. 3, 56), muß auch bei den kolonialischen Latinern der Schluß gezogen werden, daß wer als Partei bei einem Geschäft mitwirken kann, auch als Solennitätszeuge bei demselben zugelassen wird. Anders Wlassak an dem (A. 8) angef. Ort; seiner Ansicht, daß, wo ein Rechtsgeschäft

auch er den mit *Commercium* bedachten Latinern zugänglich gewesen zu sein scheint²¹, ist es wahrscheinlich, daß die Ulpianische Begriffsbestimmung nur als eine ungenaue und ungefähre zu betrachten ist. Sicher ausgeschlossen von dem Begriff ist dagegen die *In Jure Cessio*; diese ist gebunden an die Prozeßfähigkeit²². Gleich ihr ist auch die *Sponsio* (im engeren Sinn) im *Commercium* nicht mit enthalten²³. — Vom Institut der Adoption auf seiner passiven Seite²⁴ und der Fähigkeit in einem römischen Testament eingesetzt zu werden (*test. factio passiva*)²⁵ sind zwar die koloniarischen Latiner nicht ausgeschlossen; doch kann man wenigstens das letztere nicht etwa deshalb, weil in beiden Fällen die *Manzipation* in ihrem erweiterten Anwendungsgebiet auftritt, aus dem *Commercium* ableiten²⁶ und wird vielmehr hier spezielle gesetzliche Zulassung

für „*proprium Romanorum*“ erklärt wird, die Latiner trotz ihrem *Commercium* immer ausgeschlossen seien, vermag ich nicht zu folgen. Inwiefern ich an eine Besonderheit der internationalen *Manzipation* allein glaube, zeigt A. 28 a. E.

²¹ Liv. 35, 7, 1.

²² Genauer gesprochen: an die Parteifähigkeit für den römischen Zivilprozeß. Unmittelbare Belege fehlen; aber es folgt dies aus der Strenge, mit welcher die prozessualische Natur der *In Jure Cessio* als *Legis actio* festgehalten wird. A. A. Girard, *man.* 4 109; wie hier Wlassak, *Z. Sav. St.* 28, 115. Vgl. noch unten Anm. 45.

²³ Das folgt weniger aus Gai. 3, 93 als aus Gai. 3, 120, wo Abweichungen von der Unvererblichkeit der *Sponsio* und *Fidepromissio* nur für den peregrinischen (d. h. latinischen, s. oben A. 2) *Fidepromissor* als möglich erwähnt sind — einen latinischen Sponsor gibt es also nicht. Auch darf man aus Gai. 3, 179 nicht folgern, daß das dem Peregriner etwa erteilte *Commercium*, sowie jenes der Latiner, doch die Fähigkeit zur *Sponsio* mit sich gebracht habe; denn wenn es hier heißt „*nec magis his casibus novatio fit, quam si id quod tu mihi debeas a peregrino, cum quo sponsus communio non est, spondes verbo stipulatus sim*“, so zeigt schon der Indikativ „*cum quo . . . non est*“, daß der betreffende Satz nicht bedingend, sondern begründend gedacht ist. — Die Gründe, weshalb die *Sponsio* nicht, gleich dem *Literalkontrakt*, den Latinern und Peregrinern zugänglich geworden ist, ergeben sich aus dem von mir in der Festschrift für E. J. Bekker unter V Ausgeführten.

²⁴ Bezeugt ist die *Datio in adoptionem* seitens der Latiner an Römer bei Liv. 41, 8, dazu Mommsen, *St. R.* 3, 1, 630 n. 1; der umgekehrte Hergang wird wohl praktisch nicht leicht aspiriert worden sein. Doch darf man ihn nicht deswegen für ausgeschlossen halten, weil dem Latiner die zur Adoption erforderliche *Legis actio* fehlt; denn natürlich muß immer (auch bei der Adoption des Latiners durch den Römer) vorausgesetzt werden, daß die *Manzipation* des Kindes an einen Stammesgenossen des Adoptivvaters erfolgte, mit dem dieser dann nach heimatlichem Recht die *In Jure Cessio* vollzieht.

²⁵ Cic. p. Caec. 35, 102, cf. Gai. 3, 56 vgl. mit Ulp. fr. 22, 3; 20, 8.

²⁶ Der Beweis liegt in dem Anm. 10 Satz 2 Gesagten. Anders Voigt a. O. 4, 115 f. mit unbeweisender Berufung auf Ulp. 20, 13.

annehmen müssen, welche allerdings in sehr alte Zeit zurückgehen mag, so daß in den späteren Quellen die wechselseitige Testamentsgemeinschaft der Römer und Latiner als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Wahrscheinlich ist jene Zulassung bei Normierung des Rechts der zwölf jüngeren latinischen Kolonien ausdrücklich festgelegt worden²⁷; ihre Wurzel mag auf noch viel ältere Staatsverträge zurückgehen.

Immer aber ist es nur der rechtsgeschäftliche Erwerb, den das *Commercium* umschließt; aus dieser Beschränkung folgt einerseits, daß das von einem mit ihm ausgerüsteten Nicht Römer — Latinus oder Peregrinus — erworbene dingliche Recht nie ein solches *ex iure Quiritium* ist²⁸, weiter aber, daß Erwerb durch nichtgeschäftliche Vorgänge mit dem *Commercium* nicht gegeben ist. Demgemäß liegt in demselben nicht das Recht zur zivilen Usukapion, wenigstens nicht in der älteren Zeit²⁹; und ebenso wenig das Recht zur Intestatsukzession in dem (bei Nicht Römern allein in Betracht kommenden) prätorischen *Ordo unde cognati und unde vir et uxor*³⁰.

²⁷ Man wird das aus Cicero an dem in Anm. 25 a. O. schliessen dürfen „*Ariminenses, quos quis ignorat duodecim coloniarum fuisse et a civibus Romanis hereditates capere potuisse?*“ Wie wenig das mit dem *Kommerzium* zu tun hat, sieht man daran, daß der koloniarische Latiner sogar zur Tutel über einen Römer testamentarisch berufen werden kann (arg. Ulp. fr. 11, 16 oben S. 72). Wahrscheinlich liegen hier stehen gebliebene Reste der einstigen weitreichenden latinischen Rechtsgemeinschaft vor.

²⁸ Mommsen, St.R. 3, 1, 630 nimmt für den Latiner Erwerb zu quiritischem Eigentum an; ebenso Karlowa, R.G. 1, 469 (unten); aber Cic. p. Caec. 33, 96 zeigt deutlich, daß nur der ein Recht *ex iure Quiritium* haben kann, der in *numero Quiritium* ist. Demgemäß wird anzunehmen sein, daß ein durch *Manzipation* erwerbender Latiner die Formelworte „(meum) *ex iure Quiritium*“ wegzulassen hatte.

²⁹ So auch Huschke a. O.; abweichend Voigt 4, 109, mit nichtigen Gründen. Daß ursprünglich der Latiner nicht usukapieren kann, scheint mir aus dem Satz *adversus hostem aeterna auctoritas* deutlich hervorzugehen, bei dem die Latiner unmöglich als ausgeschlossen gelten können (A. 42). Eine andere Frage ist, ob nicht in späterer Zeit der Satz einengend interpretiert worden und demnach die Usukapion ins *Kommerzium* einbezogen worden ist. Es ist unzweifelhaft ein seltsames Resultat, daß der Latiner auf die *longi temporis praescriptio* sollte angewiesen gewesen sein und die *Publiciana* nicht handhaben konnte, zumal erstere, wie doch immer sicherer hervortritt (s. meine Bem. zu P. Strassb. n. 22 (ed. Preisigke, 1 p. 86), erst gegen Ende des zweiten Jhd. p. Chr. eingeführt worden sein dürfte. Auch scheint Pap. Vat. fr. 259 Usukapion durch den Lat. (Junianus?) als möglich anzusehen. Andere (schwächere) Stellen führt Voigt a. O. 114 an (Jav. D. 41, 8, 7; Paul. D. 41, 5, 4).

³⁰ Denn es fehlt hier an der römischen Kognition (vgl. Plin. Panegy. 37),

b) *Conubium* bedeutet die Fähigkeit eine zivilgiltige Ehe *Conubium.* einzugehen und kann daher ebenso wie das *Commercium* auch dem römischen Bürger fehlen, was der Fall ist bei Ehehindernissen³¹. Am häufigsten wird der Begriff in Bezug auf Nicht Römer verwendet.

Das *Conubium* kann gleich dem *Commercium* zwischen ganzen Gemeinden bestehen³² und bedeutet dann, daß Angehörige beider beteiligten Gemeinwesen wechselweise eine in jedem derselben vollgültige³³ Ehe schließen können. Praktisch kommt jedoch, da bei dieser die Kinder dem Vater folgen, der Fall, daß die Römerin von ihrem *Conubium* mit Nicht Römern Gebrauch macht, weniger³⁴ in Betracht und hat für die römische Anschauung also vorzugsweise nur der Fall ein Interesse, wo der Römer die Ehe mit einer staatsfremden Frau eingeht³⁵. Die Bedeutung des *Conubium* hat allerdings mit dem römischen Ehe recht selbst sich verändert. So lange die Manusehe in Gebrauch stand, hat das *Conubium* unzweifelhaft die Wirkung des Eintritts in das Geschlecht des Mannes und damit in das volle Bürgerrecht mit sich gebracht und für diese Zeit ist es richtig, wenn das *Conubium* als die Fähigkeit zur Teilnahme am römischen Familienrecht bestimmt worden ist³⁶. Seit die römische Ehe eine lose Verbindung geworden ist, welche im Grunde nur das Substrat zur Erzeugung ehelicher Kinder und allenfalls zur Vornahme eines Ehebruchs bildet, hat das *Conubium* nur noch die Bedeutung, die Ehe zu einem *matrimonium iustum* zu stempeln, bei welchem das Prinzip der Vaterfolge gilt: die Kinder fallen in die *Zivität* und in die *Potestas* des Vaters. Die Frau selbst erwirbt durch die Ehe weder das Bürgerrecht noch

und diese kann durch das auf dem Gebiet des Vermögensrechts liegende *Kommerzium* nicht ersetzt werden. S. noch A. 37 i. f.

³¹ So sprechen die Historiker von dem mangelnden *Konubium* zwischen Patriziern und Plebejern; die Juristen von dem gleichen zwischen Verwandten (Gai. 1, 59 u. ö.) oder bei der *Liberta*, die sich von der Ehe mit ihrem Patron scheidet (Ulp. D. 25, 7, 1 pr.).

³² Mommsen, St.R. 3, 1, 577.

³³ D. h. eine für die Kinder das Prinzip der Vaterfolge induzierende Ehe, vgl. Gai. 1, 77.

³⁴ S. jedoch Gai. 1, 77.

³⁵ Anders stand es, als den Plebejern das mangelnde *Konubium* mit den Patriziern verliehen wurde; hier war es auch für das römische Recht von Bedeutung, daß die Patrizierin den Plebejer ehelichen konnte.

³⁶ So Böcking, Pand. 1, 142. Für die spätere Zeit ist die Definition vollkommen unrichtig.

auch wird sie im zivilrechtlichen Sinn mit ihren Kindern verwandt. Dies so wenig, daß selbst die natürliche Tatsache der Kognition ihre erbrechtliche Bedeutung nicht entfalten konnte³⁷. Höchstens das wird zugegeben werden können, daß der Peregrina in solchem Fall die römische Dotalklage zugänglich gemacht worden sein wird³⁸; die römische Ehebruchsstrafe findet wenigstens seit der severischen Zeit ohnedies auch beim *matrimonium iniustum* statt³⁹.

Mit den Begriffen des *Commercium* und *Conubium* ist nun die privatrechtliche Stellung der *Latini* und *Peregrini* — um von der uns fast unbekanntenen Stellung der *Foreti sanatesque* und der *Cives sine suffragio*⁴⁰ abzusehen — sofort gegeben.

Latini.

Den Latinern kommt in ältester Zeit *Commercium* und vielfach auch *Conubium* zu, und zwar ersteres wohl ohne besondere Verleihung, kraft der allgemeinen den latinischen Bund beherrschenden Rechtsgrundsätze, letzteres vielleicht nur bei spezieller, aber, wie es scheint, verbreiteter Verleihung⁴¹. Die Identität des Privatrechts in den einzelnen latinischen Gemeinden ist damit nicht gegeben; wenn auch kraft der bestehenden Stammverwandtschaft die innere Rechtentwicklung im wesentlichen eine übereinstimmende gewesen sein wird, so hat doch jede Gemeinde formell ihr eigenes Recht und eigenen Rechtsschutz. Insbesondere dieses letzteren sind die Angehörigen der verbündeten Städte nicht ohne weiteres teilhaftig; sie werden insofern zwar durch den Bundesvertrag geschützt, aber doch als Fremde und es wird auf sie, wie noch in

³⁷ Dieser Punkt ist nicht ohne regelmässig übersehene Schwierigkeit. Das *Sc. Tertullianum* setzt Zivität der Frau voraus (Paul. 4, 9, 8), die nur von Latinerinnen unter den Voraussetzungen des *S. C. (ius liberorum)* immer erworben wird (Ulp. 3, 1) und ist daher ebenso unanwendbar auf die *Peregrina* mit *Conubium* wie das *Orfitianum* auf die nichtrömischen — latinischen oder peregrinischen — Kinder einer zur Zeit ihres Todes zur Zivität gelangten Mutter (teilw. abweichend Krüger, R. quell. 117 n. 17; dag. Wlassak, *Proz.G.* 2, 178). Die Edikte über die *bon. poss. unde cognati* und *unde vir et uxor* setzen gleichfalls Zivität, zwar nicht ausdrücklich, aber doch stillschweigend voraus (Huschke, *Gai.* 19 n. 7); dafs in *D.* 38, 11, 1 pr. nur von *ustum matrimonium* die Rede ist, darf nicht irre machen.

³⁸ Ausdrückliche Belege kenne ich nicht.

³⁹ *D.* 48, 5, 14, 1. Vgl. oben S. 70.

⁴⁰ Über die letzteren vgl. *Mommsen*, *St.R.* 3, 1, 577.

⁴¹ Die Belege für das *Conubium* der *prisci Latini* finden sich jetzt zusammengestellt bei *Mommsen*, *St.R.* 3, 1, 633 n. 1, der aber richtig bemerkt, dafs ein allgemeines *Conubium* innerhalb des Stammbundes nirgends bestätigt wird.

klassischer Zeit gelegentlich der Terminus „peregrini“, so in den Zwölftafeln gesetzlich der Ausdruck *hostes* angewendet⁴². — Später, den Zeitpunkt, von dem an diese Praxis begann, kennen wir nicht genau⁴³, erscheint latinisches *Conubium* nur noch als Ausnahme. Durch die Verallgemeinerung des Bürgerrechts zu einem römisch-italischen ist endlich die Latinität in Italien verschwunden; dagegen lebt sie in ihrer jüngern Gestalt fort in den latinischen Kolonien der Provinzen, deren Angehörige ihr eigenes Personalrecht, daneben aber das römische *Commercium*, nicht aber das *Conubium*, haben. Wo die klassischen Quellen von *Latini* schlechthin sprechen, sind meist diese *Latini coloniarii* gemeint⁴⁴. — Von ihnen wohl zu unterscheiden sind die *Latini Juniani*, die ohne Beobachtung der zivilen Formen von einem *Civis* Freigelassenen, welchen, da sie keiner auswärtigen Gemeinde angehören, kein Personalrecht zusteht; sie haben das *Commercium*, sind jedoch im Erbrecht beschränkt durch mangelnde *Testamentifactio activa* und passive Inkapazität, und ermangeln wie alle *Latini* des *Conubium*.

Den *Peregrinen* endlich hat *Commercium* und *Conubium* immer gefehlt, wo es ihnen nicht privilegiarisch verliehen wurde. Letzteres ist beim *Commercium* nur selten und namentlich als Verleihung an ganze Gemeinden wohl nur dann vorgekommen, wenn diese durch Sprach- und Rechtsverwandtschaft sich zum römischen Vermögensverkehr geeignet zeigten; ebenso wird auch das *Conubium* nur ausnahmsweise verliehen, am häufigsten noch in den Soldatenprivilegien.

Endlich ist noch die Frage nach der Prozeßfähigkeit der Fremden zu erörtern. Der *Peregrinus* im engern Sinn ist ursprünglich ganz schutzlos; aber auch seit er durch bestehende öffentliche Gastverträge gedeckt worden ist, ist ihm sicher nie die *Legisactio* im eigentlichen Sinn, sondern nur der Schutz durch prätorischen Prozeß zuteil geworden und es wurde bereits gesagt,

Peregrini.

Prozeßfähigkeit der Nichtbürger?

⁴² Dafs der *status conductusque dies cum hoste* den Prozeß mit dem Latiner mitumfaßt, ja vielleicht diesen, wie er auf Grund der Rekuperationsverträge geführt wird, vorzugsweise im Auge hat, wird sich nicht bestreiten lassen. Demgemäß ist auch für den Satz *adversus hostem aeterna auctoritas* an den Latiner mit zu denken (oben A. 29).

⁴³ Ob er zusammenfällt mit dem Jahr 416 d. St., wovon Liv. 8, 14, 10 berichtet: „*ceteris Latinis populis conubia commerciaque et consilia inter se ademerunt*“ ist fraglich; doch scheint hiermit ein *dies ad quem* gegeben zu sein.

⁴⁴ Vgl. Gai. 1, 79. Doch wird öfter auch der *Latinus Junianus* kurzweg *Latinus* genannt.

daß man hierin sogar den ersten Anlaß zur Schöpfung des späteren Formularverfahrens zu erblicken pflegt. Aber auch vom Latiner muß grundsätzlich angenommen werden, daß das eigentliche bürgerrechtliche Verfahren mit *Legisactio* ihm verschlossen gewesen ist. Zwar ist der vertragsmäßige Rechtsschutz des Latiners in jedem Ort des latinischen Stammes sicher so alt wie dieser selbst; aber die Form des Prozesses kann auch hier dieselbe gewesen sein wie beim Peregrinen, und der Besitz des *Commercium* hat mit der zivilen Prozeßfähigkeit nichts zu tun⁴⁵. Selbst dafür

⁴⁵ Die Frage nach der Legisaktionsfähigkeit der Nichtbürger ist außerordentlich umstritten (Literatur bei Girard, *organ. jud.* 1, 213 n. 4, dazu noch die Zusatznote Mommsens zu den „Stadtrechten“ S. 435 in *verm. Schr.* 1, 327 Anm. 129, und dazu Wenger, *Gött. Gel. Anz.* 1906 S. 411). Daß jeder Fremde schlechthin sie gehabt haben sollte, wird heute freilich kaum mehr behauptet; aber für gewisse Kategorien der Fremden ist sie noch in neuerer Zeit öfter vertreten worden (für die Latini von Schmidt, *Z. Sav.St.* 9, 142—143, und Ortolan, *Législat. Rom.* 3, 475 n. 1; für alle Peregrinen mit *Kommerzium* von Eisele, *Abh.* 69 f., für die Peregrinen, welche die *Repetundenklage* erheben, und wie es scheint, auch für die mit *Kommerzium* von Girard a. O., vgl. bes. 214 n. 1 i. f. und 215 n. 4). Für mich bleibt maßgebend der Ausspruch des Cicero *p. Caec.* 33, 96 wo die *legis actio* den Nichtbürgern bestimmt und allgemein abgesprochen wird, und zwar deswegen, weil sie nicht „*ex iure Quiritium*“ ihren Rechtsanspruch behaupten können, da sie nicht in *numero Quiritium* sind. Dieser für alle Fremden gleichmäßig geltende Grund trifft freilich nur die *legis actio* aus absoluten, nicht auch aus persönlichen Rechten; aber es kann nicht angenommen werden, daß die eine ohne die andere zuständig war. Außerdem stimme ich Wlassak vollkommen bei, wenn er wiederholt (vgl. neuestens wieder *Z. Sav.St.* 23, 118) darauf hinweist, daß das Prozeßverhältnis im *legitimum iudicium* bei *Gai.* 4, 104 das getreue Abbild des durch *Legis Actio* begründeten Prozeßverhältnisses ist; da jenes die Zivität beider Parteien voraussetzt, muß sie auch seinem Vorbild eigentümlich gewesen sein. Vgl. noch Levy, *Sponsio* (1907) 67 A. 2; Wlassak, *Z. Sav.St.* 28, 114 f. Die Gegengründe sind nicht überzeugend und zumeist längst widerlegt; am scheinbarsten ist noch die Tatsache, daß im *Repetundenprozess* der *l. Acilia* (l. 23) mit *legis actio* geklagt wird, aber man darf nicht vergessen, daß hier anomale Verhältnisse vorliegen. Das Geschworenengericht ist ein durch das Gesetz bestelltes, wobei die Bildung der Geschworenenbank für den einzelnen Fall von den Parteien nach fester Norm zu vollziehen ist (*l. Acil. rep.* l. 19 f.), ohne daß der Prätor hierauf einen Einfluß hätte. Geschworene aber, die er nicht ernennt, kann der Prätor auch nicht durch *formula* instruieren; auch würde diese seine Freiheit den ganzen Zweck des *Repetundengesetzes* in Frage gestellt haben. Von diesem Standpunkt aus haben hier die Peregrinen die *legis actio* kraft ausnahmsweiser Sonderbestimmung, und darum ist die Annahme unnötig, daß die Klage durch *Patroni* angestellt wird, etwa nach Analogie der alten Klage des *Patrons* für den Klienten (*Klenze*, *Fragm. leg. Servil. rep.* 1825 p. 13). — Daß in *Salpensa* (*l. Salp.* 29) die *manumissio*

daß gelegentlich einzelnen Latinern privilegiarisch die legis actio im Wege der Fiktion zugestanden wurde, fehlt es an ausreichenden Beweisen⁴⁶.

§ 8. Verlust des Heimatsrechts und Postliminium¹.

Der Austritt aus dem römischen Gemeinwesen kann sich auf verschiedene Weise vollziehen, wobei rechtlich zwischen dem Austritt durch Exil oder unfreiwillige Kriegsgefangenschaft (letztere im folgenden kurzweg als Kriegsgefangenschaft bezeichnet) und den andern Arten des Austritts zu unterscheiden ist. Zu diesen letzteren gehört die nach antikem Völkerrecht zulässige Auslieferung des Bürgers an einen Staat, den er in völkerrechtswidriger Weise gekränkt hat²; ferner Verkauf des Bürgers in die Fremde, welcher durch die Staatsbehörden wegen Desertion, Nichtstellung bei der Soldatenaushebung oder der Bürgerschaft, sowie durch den Hausvater kraft väterlichen Rechts erfolgt³; ferner Selbstdeduction⁴ oder Überlauf⁵ zu den Feinden, sodann die Trans-

Fälle.

vindicta möglich ist, beweist nur, daß auch das latinische Recht einen der legis actio analogen Quasiprozess kennt; eine l. a^o ex iure Quir. folgt daraus nicht. Ein letztes Argument gegen die Legisaktionsfähigkeit der Latiner folgt daraus, daß sie von der römischen Sponsio ausgeschlossen sind (Anm. 23), welche (vgl. unten § 15 II) das eigentliche prozessualische Kautionsmittel des römischen Prozesses ist: Prozessfähigkeit ohne Kautionsfähigkeit kann es nicht geben.

⁴⁶ Insbesondere darf man dafür nicht die Berliner Deditizierfragmente heranziehen; die auf eine fiktizische Vindikation von seitens Latini Juniani abgestellten Ergänzungen stehen in der Luft (bes. kühn Voigt, R.G. 2, 491 n. 69). Vgl. Alibrandi, Opp. 1, 374 f., 386 f.

¹ Die systematisch richtige Stellung für diese Materie ist hier bei der Lehre vom Zusammenhang des Rechts mit der Staatsangehörigkeit, nicht, wie es gewöhnlich gehandhabt wird, im Personenrecht bei der Sklaverei. Das ergibt sich schon daraus, daß das Postliminium auch auf Sachen Anwendung findet.

² Sog. deditio durch den pater patratus, Cic. de or. 1, 40, 181; 2, 32, 137; p. Caec. 34, 98. Beispiel: Verletzung fremder Gesandten, D. 50, 7, 18; andere Anwendungsfälle bei Mommsen, St.R. 3, 1, 45 n. 4.

³ Cic. an den in der vor. Anm. ang. OO.; Gai. 1, 160; D. 49, 16, 4, 10; Dion. 4, 15; 5, 75; Suet. Aug. 24; Zonar. 7, 19.

⁴ D. 49, 15, 17; Liv. 22, 58, 5.

⁵ D. 49, 15, 19, 4; 4, 6, 14. Die defectores (D. 4, 5, 5, 1) werden von den gewöhnlichen Überläufern (transfugae) nur insofern unterschieden, als bei letzteren die Idee der Verletzung einer speziellen Dienstpflicht mehr in den Vordergrund tritt. Mit beiden sind die nach Friedensschluß freiwillig beim Feinde verbleibenden Gefangenen (D. 49, 15, 20 pr.) nicht zu verwechseln; aber die Staatsbürgerschaft verlieren auch diese.

migration in eine latinische Kolonie⁶. In allen Fällen der letzteren Art tritt der Bürgerrechtsverlust definitiv ein⁷.

Davon ist die Wirkung des Exilium und der unfreiwilligen Kriegsgefangenschaft wohl zu unterscheiden.

Exilium.

I. Exilium findet statt, wenn der römische Bürger seinen heimatlichen Wohnsitz aufgibt (*solum vertere*) und einen solchen im Gebiet einer auswärtigen autonomen Gemeinde begründet, falls mit dieser, wie es bei den befreundeten und verbündeten Gemeinden der Fall zu sein pflegt, ein internationaler Vertrag besteht, der diesen Domizilwechsel generell gestattet oder falls beim Abhandensein eines solchen Vertragsverhältnisses der Austritt von der römischen Gemeinde ratifiziert wird. Dadurch geht das Bürgerrecht verloren. Ob mit dem Domizilwechsel der Erwerb des auswärtigen Bürgerrechts sich verbindet, ist dabei gleichgültig. Doch besteht in allen Fällen das Prinzip, daß mit der Rückkehr in das römische Gebiet die Bürgerqualität von selbst wieder auflebt, so daß eigentlich nicht sowohl von einem Verlust als von Suspension derselben gesprochen werden muß. Dies ist es wohl, was die Römer ursprünglich als *Postliminium in pace* bezeichnet haben^{8,9}.

⁶ Vgl. vorläufig Cic. p. Caec. 33, 98; de domo 30, 78; Liv. 10, 21, 10; Dion. 7, 13. Näheres unten in der Lehre von der *Capitis deminutio (media)*.

⁷ Nur war es im Fall der Auslieferung (A. 2) streitig, ob nicht dann, wenn der auswärtige Staat die Annahme des Ausgelieferten verweigerte, *Postliminium* eintreten könne. Vgl. die in A. 2 angeff. Belege; ferner Mod. D. 49, 15, 4 (Kontroverse zwischen Brutus und Q. Mucius); Cic. top. 8, 37. Im Fall bei Val. Max. 6, 3, 3 ist die strengere Praxis befolgt worden.

⁸ Das Einzelne und die Quellennachweise sind bei Mommsen, St.R. 3, 1, 42, 48 f., 656 A. 1, vgl. auch 697, so ausreichend gegeben, daß hierauf lediglich zu verweisen ist. — Im übrigen wird heute wohl nicht mehr behauptet, daß die noch von Aelius Gallus (bei Festus v. *postliminium*) und ebenso auch von Cicero (p. Balb. 11, 28) festgehaltene Möglichkeit dieses „*postliminium cum foederatis*“ auf den Fall eines ausgebrochenen Krieges mit den *foederati* zu beziehen ist (so Rein, Priv.R. 309 A. 2); denn es ist klar, daß diese dann nicht mehr *foederati* sind. Ebenso wenig ist aber in der Festusstelle eine Textänderung (Huschke, Jur. Antej.⁶ p. 95; Hase, *postlimin.* 39) angebracht; das heißt das Wesen des *Postliminium in pace* verkennen. Die spätere Theorie (Procul. D. 49, 15, 7 pr., wo aber statt *quin* zu lesen *quamvis*) hat freilich bei den *foederati* die Möglichkeit des *Postliminium* bestritten, indem sie offenbar diesen die Souveränität abspricht. Insofern zutreffend die Bemerkung am Schlusse von A. 1 bei Mommsen, St.R. 3, 1, 656.

Unrichtig dagegen ist es, wenn Mommsen auch hierstellt die in Wahrheit auf das *Postliminium in bello* bezügliche und eine ganz andere Frage betreffende Meinungsverschiedenheit zwischen Cicero p. Balb. 11, 28 und Pomponius D. 49, 15, 5, 3. Wenn Cicero berichtet: *neque sine causa de G.*

Von den privatrechtlichen Wirkungen des Exils und des ihm entsprechenden Postliminium ist jedoch bei der Bedeutungslosigkeit, welche das Verhältnis nach Ausbildung des Reichs besitzt, in den Rechtsbüchern nicht die Rede; die ersten werden im wesentlichen mit jenen der *Capitis deminutio media* zusammengefallen sein und es ist daher auf das dort Gesagte zu verweisen (§ 20).

II. Die Wirkung der Kriegsgefangenschaft beruht auf dem Prinzip, daß alles Recht national abgeschlossen und daher der Kriegsgefangene in der Fremde, da ihm kein internationales Freundschaftsverhältnis zustatten kommt, rechtlos ist. Dieses gilt auch gegen die Römer selbst, so daß der in dauernde Kriegsgefangenschaft geratene Bürger auch vom römischen Gesichtspunkt aus als Sklave zu betrachten ist; und es gilt auch für römisches Eigen-

Kriegs-
gefangen
schaft.

Publicio libertino homine, quem apud maiores nostros legati nostri in Graeciam proficiscentes interpretem secum habere voluerunt, ad populum latum est ut is Publicius si domum revenisset et inde Romam redisset ne minus civis esset und Pomponius dies als eine überflüssige Maßnahme bezeichnet, weil zum Eintritt des Postliminium der *animus domum revertendi* notwendig sei, der dem G. Publicius (Menandros) gefehlt habe, so ist, wie das „libertino“ zeigt, nicht ein Postliminium nach einem durch *Domizilwechsel* eingetretenen Verlust des (griechischen) Bürgerrechts in Frage, sondern ein Fall der Kriegsgefangenschaft vorausgesetzt. Der Gedanke des Privilegiums ist nämlich dieser, daß, wenn einmal, nach erfolgtem Friedensschluß, der in Rom kriegsgefangene Fremde in seine Heimat zurückgekehrt ist, damit auch die Wirkung des Postliminiums erschöpft ist — wenn er jetzt wieder nach Rom kommt, ist er nicht mehr Römer. Denn er hat ja sein römisches Bürgerrecht nicht durch Kriegsgefangenschaft verloren, und ein zweites Postliminium gegenüber dem ersten kann es nicht geben. Dieser einfache und richtige Gedanke ist von Pomponius auch schwerlich so mißverstanden worden, wie von den neueren Interpreten. Jedenfalls übrigens geht auch aus der Stelle des Pomponius hervor, daß es sich um einen Kriegsgefangenen handelte; denn er behandelt die Sache unter dem Schlagwort „*Captivus*“. Der Fall wird also so zu denken sein, daß G. Publicius im Krieg mit einer der griechischen Städte, die später als (nominell) föderiert behandelt wurden (vgl. Mommsen, R.G. 2⁸, 48 A. 1; Marquardt, St.V. 1², 927), gefangen genommen worden war. — Über das Verhältnis dieser Stellen zu dem in D. 49, 15, 12 pr. erörterten Prinzip s. A. 14 z. E.

⁹ Allerdings ist für die republikanische Zeit der Ausdruck nicht belegt, und die Klassiker, welche gerade hier die Notwendigkeit des Postliminium bestreiten (s. d. vor. Anm.), übertragen den Ausdruck auf den Fall der Entdeckungsreise zu nichtbefreundeten Völkern; vgl. die sich nicht ganz deckenden und demnach die bereits eingetretene Dekomposition des Begriffs verratenden Äußerungen von Tryphon. D. l. 12 pr.; Pomp. D. 49, 15, 5, 2. Jedenfalls kommt in den Rechtsbüchern das P. in pace nur in schematischen Erörterungen vor, die eigentlichen Rechtsfälle beziehen sich immer auf das Postliminium in bello.

tum, welches in dem Moment als erloschen angesehen wird, wo es in Feindesgewalt gerät. Als maßgebende Grenze für den römischen und den feindlichen Machtbereich sind dabei in allen Fällen die beiderseitigen militärischen Vorposten (*praesidia*) zu betrachten.

Dagegen ist der bloße Aufstand eines der römischen Oberhoheit unterworfenen Stammes nicht hierherzustellen; er begründet eine tatsächliche Unordnung im Reich, einen Rechtsverlust für die im Aufstand gefangen genommenen aber ebensowenig als ein solcher beim Aufruhr in Rom selbst eintreten könnte¹⁰.

I. Des Näheren ist nun zwischen der Gefangenschaft bei offenem und bei ausgeschlossenen Postliminium zu unterscheiden.

Die Bedeutung des bei offenem Postliminium eintretenden Rechtsverlustes ist für die Person des Römers die, daß er mit dem Moment der Gefangennahme gleich einem Sklaven betrachtet wird¹¹,

¹⁰ In dem von Servius entschiedenen Rechtsfalle der drei von den Lusitanern gefangen genommenen Römer (D. 3, 5, 20 pr.) handelt es sich also nicht um Kriegsgefangenschaft und Postliminium, weil Lusitanien zur Zeit des Servius bereits Provinz war. — Vgl. D. 49, 15, 21, 1; C.J. 7, 14, 4.

¹¹ Ich sage absichtlich, er wird gleich einem Sklaven betrachtet; die gewöhnliche Auffassung, daß er wirklich Sklave wird, ist mindestens ungenau, wie denn auch die verlässlichen Quellen diesen Fall nicht zu denen der *Capitis deminutio maxima* zählen (unten § 20) und nur von einem „in potestate hostium esse“ sprechen. Denn infolge des möglichen Eintrittes eines Postliminium bleiben alle Verhältnisse in *suspensio*; so wird die vom *Captivus* bekleidete Stelle als *frater Arvalis* nicht erledigt (Plin. nat. hist. 18, 2, 6: *honos . . . his non nisi vita finitur et exules captosque comitatur*), und auch die staatsrechtliche Wirkung der *patria potestas*, welche den Sohn eines mit einem *curulischen* Amt bekleideten Vaters bei dessen Lebzeiten vom *Tribunat* und der *Volksädilität* ausschließt, bleibt während der Gefangenschaft bestehen (Liv. 27, 21, 10; 30, 19, 7). In *privatrechtlicher* Beziehung tritt der Charakter der *Rechtsbeschränkung* als bloßer *Suspension* namentlich darin hervor, daß den zurückgebliebenen Kindern kein *Tutor* bestellt werden kann (Ulp. D. 26, 1, 6, 4), und die gesetzliche *Tutel* des *Captivus* nicht vakant wird (Ulp. D. 26, 4, 1, 2, 3, 5), daß ferner der *filius ab hostibus captus* die *Enkel* vorläufig von der *Intestaterdelation* ausschließt (D. 38, 16, 1, 4), und selbst die *Erbeinsetzung* eines *Captivus* keineswegs ungültig ist (D. 28, 5, 32, 1). Besonders charakteristisch ist ferner die Bestimmung des *hostilischen* Gesetzes (J. 4, 10 pr.), wonach für den Gefangenen und seine *Mündel*, wenn sie bestohlen werden, eine *populäre aº furti* stattfindet, wobei auch der *Fortbestand* der *Tutel* neuerlich hervortritt. Auch in D. 23, 2, 45, 6 ist zwischen Kriegsgefangenschaft und Sklaverei ein deutlicher Unterschied *statuiert*; ebenso unterscheidet das *Edikt* zwischen in *servitute* und in *hostium potestate esse*, Ulp. D. 4, 6, 1, 1. Demgemäß ist in den von Bechmann (*Postliminium* S. 3 ff.) für die gegenteilige Lehre angerufenen

und zwar auch vom Standpunkt des römischen Rechts selbst. Der hiermit gegebene, der *Capitis deminutio maxima* ähnliche (freilich auch nur ähnliche, s. Anm. 11) Zustand suspendiert bis auf weiteres seine sämtlichen Rechtsverhältnisse. Suspendiert ist demgemäß die väterliche Gewalt, suspendiert jedes Vermögensrecht, und auch das vor der Gefangennahme errichtete Testament hinfällig¹². Hier greift nun aber das eigentümliche Institut des Postliminium ein, nach welchem alle diese suspendierten Rechtsverhältnisse wieder aufleben, wenn später der Kriegsgefangene *intra praesidia Romana*

Aussprüchen klassischer Juristen, welche den *Captivus* gelegentlich als *Servus* bezeichnen, nur eine ungenaue Ausdrucksweise zu erblicken.

Die von Bechmann und dem ihm beistimmenden Pernice (Lab. 1, 378 f., 401) weiterhin angezogenen positiven Entscheidungen greifen gegenüber dem obigen nicht durch: 1. die *aº tutelae* ist, wenn der Vormund gefangen wird, sofort zulässig (Ulp. D. 27, 3, 7, 1; 46, 6, 4, 5); dies ist auch bei der Suspension der Vormundschaft begreiflich, und Ulpian's Begründung „*quia finita tutela intelligitur*“ kann gegen das hostile Gesetz und seine eigenen Aussprüche (s. oben) nicht aufkommen. 2. Besitz und Usukapion gelten als verloren resp. unterbrochen (bes. Pernice 379), — natürlich, weil der Besitz *res facti* ist. 3. Paul. D. 3, 5, 18, 5 gibt wegen Geschäftsführung für den Gefangenen die *aº neg. gest.* „*etiamsi (negotia) dominum non habuerint*“; damit wird nur das Bedenken erledigt, ob man während der Suspension von *Negotia* des *Captivus* sprechen kann. 4. Endlich läßt Sabinus (D. 28, 3, 10) den zurückkehrenden Sohn das Testament des Vaters (in dem er schon vor der Gefangenschaft eingesetzt war) brechen, behandelt ihn also wie einen Neugeborenen. Aber Paulus lehnt dies ab und sagt nicht einmal, daß es eine anerkannte Ansicht gebildet hat, und es ist gegenüber dem sonstigen Material eine inkonsequente Singularentscheidung. Daß solche verfehlte und ungenaue Auffassungen gelegentlich unterlaufen sein mögen, kann bei der Grenzstellung des Verhältnisses nicht Wunder nehmen. — Die hier vertretene Ansicht findet sich schon bei Becker, Handb. d. röm. Alt. 2, 1, N. 251, dem Voigt, J.N. 4, 36 f.; Cohn, Cap. dem. 68, und Cuq, Inst.¹ 1, 572 (letzterer freilich viel zu weitgehend und mit mehrfachen Unrichtigkeiten) gefolgt sind; aber sie wird kaum jemals ausführlich verteidigt und ist darum der von Bechmann neu vertretenen älteren Lehre so gut wie erlegen; vgl. etwa Czyhlarz, Inst.⁸ 48, 64; Sohm, Inst.¹¹ 167, 179; Leonhard in Pauly-Wissowa 3 (6) 1555; Costa, corso 1, 358; Perozzi, Inst. 1, 162 u. v. a. Zweifelnd Karlowa, R.G. 2, 256.

¹² Selbstverständlich ist es, daß die in der Kriegsgefangenschaft erzeugten Kinder vom römischen Standpunkt nicht bloß illegitim sind, sondern auch auf ein Postliminium keinen Anspruch haben, und dies gilt auch dann, wenn gefangene Ehegatten ein Kind erzeugt haben. Doch tritt im letzteren Falle nach einem Reskript von Severus und Caracalla eine Ausnahme dann ein, wenn das Kind mit einem oder beiden Elternteilen zurückkehrt. C.J. 8, 50, 1; Ulp. D. 49, 15, 9; Marcian *ibid.* 25; D. 38, 16, 1, 1; 38, 17, 1, 3; cf. auch D. 28, 3, 6, 1, 2.

(oder ad amicos populi Romani¹³) zurückkehrt; allerdings ist dies nur dann unbedingt der Fall, wenn die Rückkehr noch während des Krieges erfolgt, während nach erfolgtem Friedensschluß die Bedingungen des Friedensvertrages maßgebend sind¹⁴.

Soweit nach den bezeichneten Regeln Postliminium ausgeschlossen ist, geht die Suspension der Rechte in dauernden Rechtsverlust über.

Daß von der Kriegsgefangenschaft, welche immer eine unfreiwillige sein muß, der Fall der freiwilligen Ergebung wohl zu unterscheiden ist, wurde bereits bemerkt (oben A. 4).

Post-
liminium.

Durch das Postliminium tritt der Reversus in seine frühere Rechtsstellung wieder ein. Die in der klassischen Zeit so weit verbreitete Pendentztheorie hat sich auch dieses Punktes bemächtigt und im allgemeinen das Verhältnis so behandelt, daß bis zur Entscheidung der Rückkehrfrage Schwebe mit doppelter Rückziehbarkeit vorliegt^{15 16}. Allerdings ist diese künstliche Denkform keines-

¹³ D. 49, 15, 5, 1.

¹⁴ Ist Rückgabe der Gefangenen ausgemacht, so greift das P. ein für jene, die sofort zurückkehren, nicht für jene, die zunächst freiwillig beim Feind bleiben, D. h. t. 20 pr. Enthält der Friedensschluß keine Bestimmungen, so ist die Frage, ob P. ausgeschlossen ist, schwierig wegen der zweifelhaften Lesung bei Tryph. D. h. t. 12 pr.; über den Text daselbst vgl. einerseits Mommsen, in Festgabe für Beseler, S. 258 (Verm. Schr. 3, 4) A. 1, anderseits Karlowa, R.G. 2, 118; eine Entscheidung ist schwer zu treffen, da der Text selbst mit der bekannten Änderung „in pace autem non iis“ (statt in pace autem his) noch schlecht genug ist, um eine tiefer gehende und nicht mehr heilbare Korruption vermuten zu lassen. Wohl zu bemerken ist aber, daß, selbst wenn man „non iis“ liest und demnach bei Stillschweigen des Friedensvertrags über die Rückgabe der Gefangenen das Postliminium zessieren läßt, dies doch nur ausgesprochen ist für die gefangenen Römer; ob die feindlichen Gefangenen es in ihrer Heimat genossen, hatte das dortige Recht zu bestimmen. Dasselbe gilt auch, wenn bei stipuliertem Austausch der in Rom gefangene Fremde nicht sofort zurückkehrt. So erklärt es sich, daß in dem in A. 8 besprochenen Rechtsfall Rom für den gefangenen Griechen die Möglichkeit eines P. ins Auge faßt, trotzdem er nach dem Friedensschluß in Rom geblieben ist.

¹⁵ Vgl. Fitting, Begriff der Rückziehung 7; Bechmann, jus postliminii 28 f., 28 f. Quellen: Julian. D. h. t. 22, 2; Gai. 1, 129; Tryphon. h. t. 12, 1; Ulp. fr. 10, 4. — Die Entwicklung dieser Pendentztheorie wurde gefördert durch die cornelische Fiktion, insbesondere in ihrer unten Anm. 35 darzulegenden Handhabung, wonach, wenn der Kaptivus bei den Feinden starb, er gelten sollte als verstorben schon im Moment des Freiheitsverlustes. Hiermit tritt zu der schon durch die Suspension gegebenen Rückziehung der Reversion als Korrelat die Rückziehung der Nichtreversion. Während die erstere nur sagt: „Der postliminio reversus hat seine Rechte nie verloren,“ für den Fall des Todes in Feindesland dagegen offen läßt, ob Jemand in

wegs ursprünglich (A. 15); wenn man aber die ältere Auffassung dahin zu formulieren pflegt, daß sie einen sofortigen Rechtsverlust mit Vorbehalt des späteren Neuerwerbs an die Gefangenschaft geknüpft habe¹⁷, so ist gerade das Umgekehrte richtig: schon ursprünglich bloße Rechtssuspension, welche erst nach völligem Ausschluss des Postliminium, nur ohne Rückziehung, in definitiven Rechtsverlust übergeht; andernfalls wären die in A. 11 angeführten Entscheidungen — vor allem die Erzählungen des Livius — kaum zu verstehen.

Übrigens gab es Angelegenheiten, bei welchen Suspension und Pendentztheorie undurchführbar war. So konnte man, wenn die vom Kriegsgefangenen zurückgelassenen Haussöhne eine Ehe schlossen, diese nicht wegen der eventuellen Versagung des väterlichen Konsenses bis zum Reversionsfall in schwebende Gültigkeit stellen und ebenso wenig konnte die eigene Ehe des Abwesenden als schwebende behandelt werden. Darum hat man im erstern Fall den Söhnen die Ehe unbedingt erlaubt¹⁸; ebenso ist die bestehende Ehe des Captivus¹⁹

seine Rechte eintritt, gibt die *lex Cornelia* ihm erstens Erben und bestimmt ihre eigenartige Handhabung zweitens, daß diese in seine Rechte eintreten, als ob er bei der Gefangennahme gestorben wäre.

¹⁸ Wenn dagegen Paulus (sent. 2, 25, 1) sich ausdrückt, als ob die Pendentztheorie nicht bestünde, so ist das nur eine in diesem Regelbuch begriffliche Breviloquenz.

¹⁷ So Bechmann a. O. 13 f.; Pernice, Lab. 1, 378; Karlowa, R.G. 2, 119 f. u. a.; vgl. dagegen oben Anm. 11.

¹⁸ Tryphon. D. h. t. 12, 3. Die Erwähnung einer dreijährigen Wartefrist bei Jul. D. 23, 2, 11; Ulp. *ibid.* 9, 1 (innerhalb deren nach Julian nur eine voraussichtlich den Wünschen des Vaters entsprechende Ehe zulässig ist) ist offenbar interpoliert (Bechmann 19; teilweise abweichend Bruns, Bek. Jhb. 1, 99 f.) — woher, ist unbekannt.

¹⁹ Letzteres beruht darauf, daß die römische Ehe ihrem Wesen nach eine verwirklichte Lebensgemeinschaft ist; wo diese Wirklichkeit aufhört, entfällt auch die Ehe. Schlagend ist hierfür die analoge Behandlung der Soldatenehen, welche gleichfalls mit Beginn des (Legions-)Dienstes in Nichtehe verwandelt werden. Das Nähere bei der Darstellung des Eherechts. Darum kann auch aus der Auflösung der Ehe kein Argument dafür abgeleitet werden, daß der Captivus sofort als Sklave gelte. Das Gegenteil ergibt sich gerade für die Ehe aus Ulp. D. 23, 2, 45, 6: Die Ehe des Patrons mit der Liberta dauert bei Kriegsgefangenschaft des ersteren nach Julian (singulärerweise, *propter patroni reverentiam*) fort; anders „si in (aliam) servitutem patronus sit. deductus“. Daß dabei das *aliam* einfach unpräzise ist, und es „*veram servitutem*“ lauten sollte, ist klar; den Sinn vermag die flüchtige Diktion aber nicht zu beeinträchtigen.

als aufgelöst behandelt worden²⁰. Der Antritt einer den hinterbliebenen Söhnen deferierten Erbschaft, dessen Wirkung nicht in Schweben sein kann, ist unmöglich²¹, für die Tutel ist ein Vertreter zu bestellen und für die bisherige Rechenschaft zu fordern²², wenn sie auch nach Umständen durch das Postliminium ohne rückwirkende Kraft wieder belebt werden kann²³. Auch der Besitz erlischt ohne Vorbehalt²⁴. Gegen die von einem Dritten vollzogene Usucapion wurde schon früh die In Integrum Restitutio gegeben²⁵.

Im übrigen wird, seit es das Institut der prätorischen Cura bonorum gibt, das Vermögen des in Feindesgewalt Befindlichen durch einen Curator verwaltet²⁶. Zur Zeit des Formularprozesses vermag dieser auch die Aktiv- und Passivprozesse des Abwesenden nach gewöhnlicher Regel zu führen²⁷; der Umstand, daß die subjektive Zuständigkeit von Recht und Pflicht wenigstens vom Standpunkt der Pendenztheorie ungewiß ist, macht dabei überall dort keine Schwierigkeit, wo es sich um vererbliche Rechte und Pflichten

²⁰ Das Richtige steht bei Paul. D. 24, 2, 1: *dirimitur matrimonium . . . captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum* und Pomp. D. h. t. 14, 1. Interpol. Jul. D. 24, 2, 6; Paul. D. 49, 15, 8, wonach die Frau, wenn feststeht, daß der Mann in der Feindesgewalt lebt, überhaupt nicht, und wenn dies zweifelhaft ist, durch fünf Jahre nicht heiraten kann, wobei Julian die Ehe als „insofern“ fortbestehend, Paulus als trotzdem gelöst, aber die Frau bei Scheidungsstrafe (!) zur Konsenserneuerung verpflichtet (!) erklärt. Die krasse Interpolation stammt zwar nicht aus Nov. 22 c. 7, welche jünger ist als die Digesten, aber aus einem ihr voraufgegangenen ähnlichen Gesetz. Zusammenhang der fünfjährigen Frist mit der lex Jul. et Pap. behauptet Bruns a. O.; daß das Gesetz eine hierhergehörige Bestimmung getroffen hat ist denkbar, aber jedenfalls hat sie anders gelautet.

²¹ Tryph. D. h. t. 12, 1.

²² Gai. 1, 187; D. 26, 1, 14, 2, 15; 26, 4, 1, 2, 3, 5; Ulp. D. 27, 3, 7, 1; 46, 6, 4, 5; Schol. Sin. 17, 47. Wenn einige dieser Stellen von Beendigung der Tutel reden, ist dies bloße Ungenauigkeit, vgl. oben A. 11.

²³ S. die Stellen in A. 22. Papin. D. 27, 3, 8. Nach Umständen, d. h.: wohl nicht, wenn sie *atilianisch* ist.

²⁴ Javol. D. 41, 2, 23, 1; Pap. D. 4, 6, 19; Tryph. h. t. 12, 2.

²⁵ Ulp. D. 4, 6, 1, 1; J. 4, 6, 5.

²⁶ Ulp. 26, 1, 6, 4; Diocl. C.J. 8, 50, 3; Hermog. D. 50, 4, 1, 4.

²⁷ Für die Legisakzonenzeit soll nach J. 4, 10 pr. wenigstens für den Fall eines am Vermögen des Abwesenden begangenen Furtum das hostile Gesetz (unbekannten Alters, Vermutungen bei Voigt, R.G. 1, 282 n. 14) eine Popularklage gegeben haben, eine Mitteilung, an deren Richtigkeit mit Bechmann 68 zu zweifeln ich keinen Grund sehe. — Im übrigen läßt sich vermuten, daß die Schwierigkeiten des Rechtsschutzes, welche wegen des Satzes *nemo alieno nomine lege agere potest* damals bestanden, durch das schon damals zulässige (oben S. 46) prätorische Eingreifen beseitigt wurden.

handelt, welche entweder dem Abwesenden oder seinen Erben zustehn²⁸, also objektiv jedenfalls existieren müssen²⁹. Schwieriger liegt der Fall bei unvererblichen Rechten und Pflichten^{30 21}.

Die empfindlichsten Schwierigkeiten erzeugt der Rechtsverlust des Captivus bei dessen Beerbung. Theoretisch genommen findet hier gar kein Erbgang statt; denn bei Beginn der Captivität liegt kein Todesfall vor und beim Tod ist infolge des Rechtsverlustes (S. 130) keine zu beerbende Person gestorben. Wie man sich demgegenüber in älterer Zeit geholfen hat, wissen wir nicht; daß die Testamente der in Feindesgewalt Gestorbenen hinfällig gewesen sind, zeigt schon die sofort zu besprechende lex Cornelia und man kann höchstens annehmen, daß die Personen, welche bei zivilem Tod die berufenen Intestaterben gewesen wären, vom Prätor gleich solchen geschützt wurden³² — wahre heredes konnten sie nie werden, zumal auch für die Usucapio pro herede hier der Boden fehlte³³. — Das kornelische Gesetz — nach verbreiteter Meinung von Sulla — hat dies gebessert durch die Bestimmung, es soll der Erbgang so eintreten, als ob der Captivus „in civitate“ gestorben wäre³⁴,

²⁸ Dabei ist für die Zeit vor der lex Cornelia vorausgesetzt, daß die damals in der Beerbungsfrage liegende Schwierigkeit vom Prätor als nicht unüberwindlich angesehen wurde; s. das im Text folgende.

²⁹ Natürlich muß dabei die Klagformel entsprechend präpariert worden sein, um nicht die Intentio unter der Unbestimmtheit des Rechts- oder Pflichtsubjekts leiden zu lassen. Vielleicht wurde (wenn das Fortleben feststand) die Gefangenschaft einfach hinweggingiert. — Gegen die Bürgen des abwesenden Schuldners konnte vielleicht mit der gleichen Fiktion geklagt werden (Ulp. D. 46, 6, 4, 5; 27, 3, 7, 1). — Vgl. noch D. 13, 5, 11 pr. (Konstitutsklage): Hier macht schon der Wortlaut der Klagformel eine Fiktion entbehrlich.

³⁰ Hier leugnet Papinian für die Schwebezeit die Klagmöglichkeit, D. 36, 3, 5 pr. Vgl. hierzu Bechmann a. O. 64 f.

³¹ Über Erwerb durch Gewaltunterworfenen s. D. 45, 3, 25; 45, 1, 11 u. 73, 1; 46, 4, 11, 3.

³² Etwas anders Kleineidam, Personalexek. 276 f., welcher auch hier eine Art (zivilen?) Erbgangs annimmt, außerdem aber für alle Fälle das alte „Familieneigentum“ (dazu aber oben S. 83) zu Hilfe ruft. Ersteres (das letztere ist undiskutierbar) führt praktisch zu den gleichen Resultaten wie die Annahme des Textes, gibt aber keine klare juristische Formulierung.

³³ Wohl aber konnten sie durch Singularusukapion das Eigentum der einzelnen körperlichen Gegenstände erlangen, da bekanntlich die älteste Usukapion eines Titels nicht bedarf. Auf diese Weise erlangten sie schließlich doch ziviles Eigentum.

³⁴ Oder vielleicht: als wäre er nicht in potestatem hostium gelangt. Der Sinn ist der gleiche. Für den Wortlaut des Textes übereinstimmend Paul. D. 35, 2, 1, 1; 38, 2, 4, 1; Ulp. 23, 5; D. 38, 16, 1 pr.; für die zweite Fassung Jul. D. 28, 1, 12 und 49, 15, 22 pr. (vgl. auch Jul. 28, 6, 28).

durch welche Rechtsfiktion das Testament derselben konserviert, sodann aber auch eine wahre Intestaterbfolge ermöglicht wurde. Nur dies hat das Gesetz verordnet; die spätere Auffassung, wonach es so angesehen wird, als ob er schon im Moment des Freiheitsverlusts gestorben wäre⁸⁵, ist gewohnheitsmäßige Auslegung, welche in mehrfachen Beziehungen zu ganz andern Folgen führt als die wörtlich genommene Bestimmung. — Auch darin ist die Interpretation selbstherrlich vorgegangen, daß sie die so umgedeutete Fiktion des Gesetzes, welches eigentlich sich nur auf Erbgang⁸⁶ und Vormundschaften⁸⁷ bezog, auch auf alle andern Rechtsbeziehungen der bei den Feinden Verstorbenen erstreckte, so daß der Satz entstand „in omnibus partibus iuris is qui reversus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videtur, quum captus est“⁸⁸.

Post-
liminium
bei Sachen.

II. Das Jus Postliminii findet auch Anwendung auf Rechtsobjekte.

Von beweglichen Sachen sind desselben teilhaftig diejenigen, welche zum Kriegsdienst verwendbar sind, wie Sklaven, Dienstpferde, Schiffe u. dgl.⁸⁹. Auch Grundstücke unterliegen ihm; das

⁸⁵ Am schärfsten formuliert von Ulp. D. h. t. 18; vgl. Papin. D. 41, 3, 44, 7; 49, 15, 10 pr.; Paul. D. 29, 1, 39; Tryph. D. h. t. 12, 1; die Spuren der älteren dem Wortlaut des Gesetzes folgenden Auffassung, wonach nicht der Tod in den Zeitpunkt des Freiheitsverlustes rückdatiert, sondern umgekehrt die Freiheit fiktiv verlängert wird bis zum Zeitpunkt des natürlichen Todes, ziehen sich bis Julian D. 28, 1, 12; 28, 6, 28 (Bechmann 101), und Gai. 1, 129. Daß Jul. D. 49, 15, 22, 2 sich der jüngeren Auffassung nähert, ist wohl nur relativ; er spricht hier nur vom Erwerb, den die Kinder während der Gefangenschaft des Vaters gemacht haben und nimmt für diesen Retroaktion an (so auch Gai. 1, 129). Wahrscheinlich ist aber gerade hierin die Überleitung zur neueren Anschauung gegeben. — Auf einer umgekehrten Retroaktion würde es beruhen, daß nach Diocl. C.J. 8, 50, 9 der Reversus ipso iure heres seines während der Abwesenheit gestorbenen Vaters ist, was auf die lex Cornelia zurückgeführt wird; es fragt sich aber, ob diese Angabe genau ist und nicht bloß eine Anwendung des Jus postliminii vorliegt.

⁸⁶ Unbestritten auf Testamente; aber auch bei Intestaterbschaften besteht (trotz Buhl, Salv. Julianus 256) kein Grund anzunehmen, daß sie im Gesetz nicht erwähnt, sondern nur durch Juristenrecht nach Analogie der testamentarischen behandelt worden seien.

⁸⁷ Legitimae tutelae Paul. sent. 3, 4a, 8, das heißt natürlich nicht im Testament angeordnete (Bechmann 87), welche ja eben schon kraft des Testaments gültig waren (A. 36), sondern bezieht sich auf die gesetzliche Vormundschaft über die sui des Gefangenen.

⁸⁸ Ulp. D. h. t. 18. Anwendungen bei Gai. 1, 129; Tryph. D. c. 12, 1.

⁸⁹ D. h. t. 2; 3; 19, 10; Fest. v. postl. Cic. top. 8, 36; D. h. t. 27; Waffen sind ausgenommen, l. 2, 2 cit.

von den Feinden okkupiert gewesene Grundstück tritt mit der Vertreibung derselben in das Eigentum seines früheren Inhabers zurück u. s. f.⁴⁰.

⁴⁰ D. h. t. 20, 1; 7, 4, 26; 11, 7, 36. Dafs nach letzterer Stelle auch der von den Feinden okkupierte locus sacer die gleiche Eigenschaft zurückgewinnt, ist selbstverständlich, und mitunter archäologisch bedeutsam. Vgl. Benndorf, Öst. Jahreshefte f. Archäol. 1, 127; 6, 257.

Drittes Kapitel.

Das Rechtsgeschäft.

§ 9. Kategorien der Rechtsgeschäfte.

Allgemeiner Begriff des Rechtsgeschäfts nicht vorhanden.

Der abstrakte Begriff der auf die Errichtung oder Abänderung von Rechtsverhältnissen abzielenden Willenserklärung, den wir gegenwärtig mit dem Namen des Rechtsgeschäfts zu bezeichnen gewohnt sind, ist bei den Römern bekanntlich nicht ausgebildet gewesen. Die Fülle der einzelnen zu sehr verschiedenen Rechtsfolgen führenden Rechtsakte auf einen einheitlichen Gedanken zurückzuführen liegt ihnen fern. Man darf darin nicht ein Symptom von mangelndem Abstraktionsvermögen erblicken; vielmehr ist die Betrachtung, welche die Rechtshandlungen nach den durch sie begründeten Lebensverhältnissen individualisiert, eine durchaus natürliche und die abstrahierende Gleichstellung auf diesem Gebiet erst ganz jungen Datums. — Indessen wäre es zu weit gegangen, den Römern in dieser Hinsicht jeden allgemeineren Begriff abzusprechen; sieht man genauer zu, so sind es nur die Geschäfte des Familien- und Erbrechts, welche ohne jede begriffliche Zusammenfassung bloß als Rechtsindividuen bestehn geblieben sind und dies ist bei der durchaus eigenartigen Natur, die jedem dieser Geschäfte zukommt (Ehe, Adoption, Emanzipation, Testament), wohl begreiflich. Dagegen auf dem Gebiet des Vermögensverkehrs unter Lebenden lassen sich allgemeine Begriffe deutlich erkennen.

Teilbegriffe.

Nexum.

I. Schon die alte Zeit kennt einen hierher gehörigen Begriff von allgemeinerer Bedeutung; den des Nexum oder Nexus. Bekanntlich ist demselben durch Huschke eine spezifische Bedeutung beigelegt worden, indem er, an die Berichte der Annalisten anknüpfend, dem Nexum einen besondern publizistischen Charakter und demgemäß, soweit es auf Erzeugung von Obligationen gerichtet ist, publizistische Exekutivkraft beimäfs. Von dieser Seite der Frage kann erst in der Geschichte des Obligationenrechts die

Rede sein; hier ist der Begriff an sich zu erörtern und angesichts der großen, erst neuerdings wieder zutage getretenen Divergenz der Meinungen wenigstens das bestimmt Erkennbare festzustellen.

Die Zeugnisse der Quellen lassen sich in vier Gruppen zerlegen¹. Eine, innerhalb deren Nexus und nectere ausschließliche Beziehung hat auf die aus Geldschulden entspringende Verknechtung, dahingestellt hier, in welcher Rechtsform diese herbeigeführt wurde. Hierher gehört vor allem Livius, bei dem das Wort nie in anderm Sinn vorkommt², sowie eine Stelle des Cicero³ und eine des Varro⁴. — In einer zweiten Gruppe von Stellen steht nexum vikarierend für mancipatio, so meistens bei Cicero⁵, je einmal bei Gaius⁶ und Frontin⁷. — In einer dritten Gruppe endlich ist nexum identisch mit dem Geschäft durch Erz und Wage; das ist die Definition des M'. Manilius (bei Varro de l. l. 7, 105): „Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia“, und genau entsprechend heisst es bei Cic. de orat. 3, 159 „ut nexum, quod per libram agitur“ sowie bei Gallus Aelius (Festus p. 165): „Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, id quod necti dicitur.“ Endlich gibt es eine vierte Gruppe, wo die Wortbedeutung zunächst zweifelhaft ist und erst festgestellt werden muß, welche der obigen Verwendungen vorliegt; hierher ist zu zählen die Äußerung des Q. Mucius (bei Varro l. c.): Mucius (nexum esse scribit) quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeterquam mancipio detur — eine schon wegen des angefochtenen Wortlauts mehrdeutige Stelle, ferner Cicero p. Caecin. 35, 102, wo von den nexa atque hereditates der Volaterraner die Rede ist, sowie der Zwölftafelsatz „cum nexum

Gruppierung der Anwendungen des Nexumbegriffs.

¹ Dankenswert ist die Übersicht über den Sprachgebrauch bei Roby, *Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines* (Cambridge 1902) 2, 296—305; seine sachlichen Ausführungen jedoch, p. 306 ff., bringen nicht vorwärts.

² Liv. 2, 23, 1 und 7; 2, 24, 7; 2, 27, 1; 2, 31, 8; 7, 19, 5; 8, 28, 1 f.; cf. auch Columella 1, 3, 12; Justin. 21, 1, 5; 2, 2.

³ Cic. de rep. 2, 59: Sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum.

⁴ de l. l. 7, 105 gehören hierher die dem Varro selbst angehörigen Worte: liber qui suas operas in servitutum . . . dat dum solveret nexus vocatur. Der übrige Inhalt der Stelle wird im Text erläutert.

⁵ Cic. p. Mur. 2, 3; de har. resp. 7, 14; parad. 5, 35; top. 5, 28; ad fam. 7, 30, 2; wohl auch de rep. 1, 17, 27 und de orat. 1, 38, 173.

⁶ 2, 27 provincialis soli nexum non esse.

⁷ de controv. agr. p. 36, 3 (Lachm.).

faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto⁸. Es ergeben sich daraus drei mögliche Werte des Worts: a) Schuldverknechtung, b) Manzipation, c) Geschäft per aes et libram schlechthin.

Sucht man in diesem Gewirr von Bedeutungen den ursprünglichen Wert des Worts festzustellen, so ist zunächst die eben angeführte Zwölftefelstelle, obwohl die älteste, in dieser Richtung am besten zu ignorieren. Nicht sowohl weil das Wort „mancipiumque“ hier eine spätere Interpolation sein könnte⁹, denn die bloße Möglichkeit dessen beseitigt nun einmal die Überlieferung nicht; wohl aber weil der Satz so unbestimmt ist, daß er verschiedene Auslegungen verträgt; es würde keine einzige der bestehenden Hypothesen beseitigt werden, wenn er wegfiel (s. A. 9). — Genaue Betrachtung dagegen beansprucht als das nächstälteste und außerdem auf juristische Quellen zurückführende Zeugnis die Stelle des Varro de l. l. 7, 105, deren verderbter Text wohl etwa folgendermaßen zu lesen ist¹⁰: „Nexum Manilius scribit omne quod per libram et

Manilius
und
Mucius.

⁸ Gänzlich beiseite zu lassen ist die lückenhafte Stelle bei Festus v. Sanates, wo die Ergänzung von Huschke (Nexum 248): [hinc] in XII: Nex[i mancipiique] forti sanati[sque idem ius esto] eben nur aus anderen Stellen abgeleitet ist, also, selbst wenn sie das Richtige treffen sollte, keinen selbständigen Beweiswert hat.

⁹ Die Annahme, daß es ursprünglich geheissen hat „cum nexum faciet . . . ita ius esto“, ist mit großer Bestimmtheit aufgestellt worden; so von Bechmann, Kauf I, 130; natürlich müßte die Interpolation sehr alt sein. Darum stünde dieser Vermutung nicht entgegen, daß die Klassiker (Paul. Vat. fr. 50: mancipationem et in iure cessionem lex duodecim tab. confirmat) es für echt halten. Indessen sind die für die Interpolation vorgebrachten Beweise doch bei unserer geringen Kenntnis von dem Gesamtinhalt des Gesetzes zu wenig überzeugend, um hier bestimmtes sagen zu lassen. — Daß auch die Streichung des „mancipiumque“ keine Entscheidung über die Bedeutung von Nexum bringt ist klar: a) wer das Nexum (wie Lenel, s. u.) nur für eine Seite der Mancipatio hält, kann darin die kurz gefasste Bezeichnung der Mancipatio erblicken, zumal auch Cicero (z. B. paradox. 5, 35) und Gai. 2, 27 (oben A. 6) nexum synonym mit mancipatio gebrauchen; b) möglich wäre aber auch (vgl. A. 16), die so depurierte Stelle auf den Nexusschuldner zu beziehen und zu übersetzen: „wenn man einen zum Schuldklaven macht, soll es gelten“; c) möglich endlich auch unter dem Namen Nexum jedes negotium per aes et libram von den XII T. sanktioniert zu denken. Es könnte also jede der drei oben verzeichneten (S. 137) quellenmäßigen Verwendungen des Wortes in das Gesetz hineingelesen werden.

¹⁰ Die Rechtfertigung dieser Lesung muß sich beziehen 1. einerseits auf die Worte obligetur praeterquam, 2. andererseits auf das im dritten Satz eingestellte Wort aes. Zu 1. hat der Cod. Florent. „obligentur, praeterquam mancipio detur.“ Huschke (Nexum 32) verbessert praeter quom, ebenso Mommsen; doch ist dies in keiner Weise notwendig, da, wie Kleineidam

aes geritur, in quo sint mancipia. Mucius quae per aes et libram fiunt ut obligetur, praeterquam mancipio detur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit; nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit inde nexum dictum.“ Was die Bedeutung dieser Definitionen des Manilius und Q. Mucius anlangt, wird als sicher angenommen werden können, daß sie an den Satz der Zwölftafeln „cum nexum faciet mancipiumque“ anknüpfen und das Verhältnis von Nexum und Mancipium festzustellen suchen¹¹. Sie tun dies in verschiedenem Sinn. Manilius hält Nexum für den Oberbegriff, welchem einer seiner Unterbegriffe, mancipium, eigentlich überflüssigerweise, beigefügt wird. Welches ist die Meinung des Mucius? Sicher nicht, obwohl dies neuestens behauptet worden ist, die, daß nexum mancipiumque genannt seien als die zwei Seiten des Manzipationsgeschäfts¹²: die Zuwägung des Geldes (nexum) und der Eigen-

(Personalexek. der Zwölftafeln 81), zeigt, praeterquam auch den Sinn von praeter quom haben kann. Immerhin ist dieser Sinn hier zu fordern und insofern stimme ich mit Huschke und Mommsen ganz überein. Jedenfalls aber muß obligetur, wozu das pluralische Subjekt fehlt, in obligetur verbessert werden. Die früher von mir angenommene Lesung der Stelle (Z. Sav.St. 22, 101) gebe ich auf. Der Vorschlag von Lenel (ebenda 23, 94) „praeterquam [quod] manc. d.“ steht und fällt mit seiner Auffassung der Stelle; s. u. A. 12. Die gewöhnliche Lesung „ut obligetur, praeter quae mancipio dentur“ gibt überhaupt keinen Sinn. — Zu 2. beruht die Lesung auf dem überzeugenden Vorschlag von Mommsen, Z. Sav.St. 23, 349 n. 1. Die Hss. haben das sinnlose „nam idem quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Die Verteidigung desselben durch Karlowa, R.G. 2, 552 macht es nicht besser. Huschkes (a. O.), „ideo quia quod. sqq.“ ist willkürlich; Lenels (a. O.) „id quod obligatur“ sowie das herkömmliche „id est quod“ (dafür Schloßmann, Altrömisches Schuldrecht [1904] 36) haben zwar nicht das unerträgliche idem, sind aber saftlos. Offenbar verlangen die Worte neque suum fit das Subjekt „Geld“; also statt idem — id aes. Dazu tritt ausschlaggebend Festus: „Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obligatur.“ Der terminus nexum aes war also technisch, und ihn zieht Varro hier zu einer semasiologischen Erklärung heran. Bei dieser Lesung gewinnen seine Worte ihre volle Prägnanz; auch ist die bei Festus und Varro sich findende Parallele des Ausdrucks „aes obligatur per libram“ zwingend. Dieselbe ist gerade bei Varro auch sonst zu belegen, de l. l. 5, 182: „qui pecuniam alligavit, stipulari et restipulari dicunt.“

¹¹ Dabei kann als selbstverständlich vorausgesetzt werden, daß, auch wenn „mancipiumque“ im Gesetzestext interpoliert sein sollte, es zur Zeit unserer Juristen schon darin gestanden hat. Vgl. oben A. 9.

¹² Dies verteidigt Lenel, Z. Sav.St. 23, 84 f., bes. 96. Die Anschauung wird jedoch von ihm selbst nicht sehr streng durchgeführt; S. 95–96 gibt er selbst zu, daß die älteren Römer den Ausdruck nectere ganz wie wir den Ausdruck „binden“ im weiteren Sinn gebrauchten, als „den juristisch bindenden

tumserwerb des Käufers (*mancipium*); da wäre Mucius ja von Varro, der sonst ein verlässlicher Berichterstatter ist, völlig missverstanden worden, da dieser an seine Meinung sofort die Beispiele des Darlehns- und Verknechtungsvertrags anknüpft. Der beifällige Kommentar, den Varro gibt, zeigt vielmehr, daß Mucius unter *Nexum* die letzteren Verträge verstanden haben muß. Und man kann auch die Tatsache, daß Mucius und Varro unter *Nexum* an den Darlehnsvertrag denken, nicht daraus erklären, daß dieser kraft einer damit verbundenen Selbstmanzipation des Schuldners auf das *Mancipium* zurückgehe; damit wird man dem von Varro a. O. und ebenso von Festus bezeugten Begriff des *Nexum Aes* nicht gerecht; denn dieser Terminus, welcher überhaupt in der Lehre vom *Nexum* den verlässlichsten Kompaß bildet, beweist, daß auch das Geld selbst, nicht bloß der Schuldner, als Gegenstand des *Nexum* gedacht worden ist¹³.

Daraus ergibt sich von selbst, daß von den oben angeführten drei Bedeutungen die der Manzipation schlechthin am wenigsten Anspruch darauf hat, die technische genannt zu werden. Keiner der Juristen, die das Wort definiert haben, hat sie zum Ausgangspunkt genommen oder auch nur erwähnt, nicht Manilius, nicht Brutus, auch nicht Gallus Aelius (bei Fest. v. *Nexum*). Und auch von den drei technischen Verbindungen, in denen *Nexum* gebraucht wird, führen mindestens zwei zurück auf einen Sinn, der der Manzipation fernliegt¹⁴. Wenn bei Cicero und andern öfter auch

Akt als solchen“; „in diesem Sinn enthält jedes Geschäft *per aes et libram* ein *nexum*“. Von dem hier Gesagten weicht danach Lenel nur in zwei Punkten ab: 1. darin, daß er das *Mancipium* als bloßen Teil der Manzipatio dem *Nexum* entgegenstellt (dies deshalb, weil die Verbindung eine *kopulative* — *que* — sei, während, wenn verschiedene Geschäfte gemeint wären, eine *Disjunktivpartikel* erforderlich gewesen sei); aber das gründet sich auf die Voraussetzung der vollständigen Echtheit der Zwölfafelworte *nexum mancipiumque* und entfällt nicht bloß, wenn man *mancipiumque* für interpoliert hält, sondern schon dann, wenn man statt *mancipiumque* liest *mancipiumve*, und es ist auch bei der Annahme authentischer Überlieferung keineswegs zwingend (vgl. noch Kleineidam 96; Kübler, Z. Sav.St. 25, 270). 2. darin, daß er ein Darlehns*nexum* leugnet; wie man dies mit dem *aes quod per nexum obligatur* des Varro und Festus vereinigen soll, sehe ich nicht ab; vgl. auch das im Text folgende.

¹³ Dabei ist es auch, wie Wissowa mir auf meine Anfrage mitteilt, philologisch ganz ausgeschlossen, das *Nexum aes* auf den Begriff der Manzipation etwa so zurückzuführen, daß es ein Geld bedeute, welches durch Selbstmanzipation des Schuldners sichergestellt sei.

¹⁴ Die drei technischen Verbindungen sind: *nexum aes*, *nexi datio*, *nexi liberatio*. Über letztere ist kein Wort zu verlieren. *Nexum aes* ist das zu-

sie schlechthin mit diesem Terminus belegt wird, kann das also nur eine sekundäre Bildung sein¹⁵.

Ebensowenig aber kann die Definition des Mucius von Nexum = Darlehn¹⁶ als erschöpfend angesehen werden. Allerdings gibt es eine Anzahl von Wendungen, die sich mit ihr recht wohl vereinigen ließen; ganz unerklärt bleibt aber dabei der oben erwähnte Sprachgebrauch, welcher auch die Manzipation als Nexum bezeichnet. Denn unmöglich kann man annehmen, daß dieser erst aus Definitionen, wie die des Manilius, sich gebildet habe. Die Definition eines Juristen erzeugt keinen Sprachgebrauch und am wenigsten einen solchen, dessen sich sogar die Laien ganz geläufig bedienen,

gewogene Geld nicht der Manzipation sondern des Darlehns (s. A. 12 g. E.) und nur die nexi datio kann auf die Manzipation mitbezogen werden, bezog sich aber ursprünglich wohl ebenso auch auf das Darlehen.

¹⁵ Daß wir für dieselbe besonders viele Belege besitzen, rührt nur daher, daß wir gerade von Cicero, der ein Anhänger dieses Sprachgebrauchs ist, so viele Schriften haben. Vgl. auch Kübler, Z. Sav.St. 25, 262.

¹⁶ Dabei muß man aber daran festhalten, daß Q. Mucius den Darlehens- und den Verknechtungsvertrag selbst, also das Rechtsgeschäft Nexum nennt. Abzulehnen ist es daher, wenn mir im Anschluß an die Mucianische Auffassung von befreundeter Seite folgender Gedanke zur Erwägung anheimgegeben wird: „Bei Varro (nach Mucius) ist nur der debitor nexus historische Realität, das nexum Schulbegriff; nur als solcher hat es später weite Ausdehnung erlangt; die Zwölftafelstellen können, wenn mancipiumque als interpoliert gestrichen wird, bedeuten: wenn man einen (Schuldner) zum Nexum macht; die nexi liberatio kann aufgefaßt werden als Befreiung des debitor nexus, nicht „Befreiung durch Nexum“. Ich teile diesen Gedanken hier mit als Symptom dafür, wieviel Kombinationen hier möglich sind und um — mit Gestattung seines Autors — seinen und vielleicht auch Anderer späteren Zweifeln entgegenzutreten. Daß der debitor nexus eine große Realität hat ist freilich sicher, und an sich könnte man denn auch die proponierte Deutung der XII T. annehmen. Aber schon das ist zu bestreiten, daß nexi liberatio ursprünglich bedeutet: Befreiung des Nexus. Freilich bedeutet es nicht Befreiung durch, wohl aber Befreiung vom Nexum. In dieser Beziehung teilt Wissowa mir mit: „Nexi liberatio ist gleichbedeutend mit ab eodem nexu absolutio bei Modestin, D. 46, 4, 1; entscheidend dafür ist Cic. de rep. 2, 59, „omnia nexa civium liberata neciticque postea desitum“, aus welcher Stelle hervorgeht, daß man nexum liberare sagte im Sinn von frei machen von der Verpflichtung durch Nexum. Davon ist dann nexi liberatio die normale Substantivkonstruktion mit Gen. obiectivus.“ (Damit erledigt sich die Anregung von Schloßmann a. O. S. 40 Anm. 1.) Vollends unerklärlich bleibt bei jenem Vorschlag endlich der Terminus nexum aes. — Aber auch abgesehen davon kommt man nicht herum um die im Text betonte Tatsache, daß ein weiterer Sprachgebrauch von Nexum existiert, und dieser nicht auf einen Schulbegriff zurückgehen kann.

wie das gerade bei Cicero hervortritt. Der Sprachgebrauch ist also offenbar alt und ursprünglich.

Nexum
Kollektiv-
begriff.

Die zwei Erscheinungen, daß Nexum in der Laiensprache beides bedeutet und ganz gewöhnlich bedeutet — ein Schuldverhältnis und die Manzipation — lassen sich nur vereinigen, wenn man in dem Begriff beides zusammengefaßt findet, wie es Manilius und Gallus Aelius auch wirklich zusammenfassen. Nexum ist ein Kollektivbegriff, dem sich Manzipation und Darlehn gleichmäÙig unterordnen. Etymologisch ist der Ausdruck wohl entstanden aus der bei diesen Rechtsgeschäften stattfindenden Bindung (*nectere*) und entspricht hierin dem späteren *Contractus*. Dabei ist gedacht an obligatorische Bindung, eine dingliche gibt es nicht; erstere aber entsteht nicht bloÙs aus dem Darlehn, sondern auch aus der Manzipation, insofern der Manzipant obligatorisch zur Gewährleistung gebunden wird.

So bedeutet denn Nexum von Haus aus das bindende Rechtsgeschäft des alten Rechts¹⁷. DaÙs dieses zusammenfällt mit dem Kreis der *gesta per aes et libram*, ist freilich für denjenigen verwunderlich, welcher neben diesem Kreis für das älteste Recht auch noch der Stipulation eine selbständige Bedeutung zuschreibt; denn unter dieser Voraussetzung ist es unbegreiflich, warum man nur die Geschäfte jenes Kreises die „Bindungen“ schlechthin nannte. Dieses Bedenken entfällt jedoch bei der später zu begründenden Annahme (vgl. § 15 II), daß die ursprüngliche Bedeutung der Stipulation vorwiegend die eines prozessualischen Kautionsmittels ist, und daß sie im materiellen Rechtsverkehr zwar auch vorkommen konnte, hier aber — auch schon deshalb, weil sie nicht gleich Kauf und Darlehn eine selbständige *Causa debendi* enthält — ursprünglich nur eine untergeordnete, bei andern Geschäften adminikulierende Rolle spielte^{17a}; diese Ansicht und jener Sprachgebrauch sind geeignet, sich gegenseitig zu stützen.

Ursprüng-
licher
Umfang.
Spätere Er-
weiterung.

Seinem ursprünglichen Umfang nach umfaßt der Nexumbegriff

¹⁷ Nexum *aes* daher die fest verknüpfte Geldsumme: eine sprachliche Analogie bildet das *pecuniam alligare* bei Varro de l. l. 5, 132. Zweifelhaft ist mir, ob bei Plaut. *Pseudol.* 2, 2, 34—35 (*Pseud.*: *Dum tu strenuas, res erit soluta. Harpax: Vincam potuis sic servavero*) der gleiche Gedanke an gebundenes (= geschuldet bleibendes) Geld vorliegt. Es kann auch an den zugebundenen Geldbeutel gedacht sein.

^{17a} Z. B. die der Garantieübernahme von seiten der Eviktionsbürgen. Im allgemeinen vgl. meine Ausführungen in der Festschrift für E. J. Bekker (1907) S. 115 f.

nur zwei Geschäfte: Darlehn und Manzipation. Wenn Gallus Aelius ausdrücklich, und stillschweigend schon Manilius auch das Testament hierher zählt, so ist hier eigentlich der Begriff schon denaturiert¹⁸; denn beim Testament entsteht eine Bindung nur ganz zufällig und in untergeordneter Beziehung, wenn es ein Damnationslegat enthält. Offenbar ist die Subsumtion des Testaments unter das Nexum nur eine abgeleitete, entspringend daraus, daß es in der Mancipatio familiae sich mit dieser Sphäre berührt, und es scheint auch der gewöhnliche Sprachgebrauch von dieser künstlichen Schematisierung nichts gewußt zu haben (vgl. Anm. 18). Und ebenso ist es Denaturierung des Begriffs, wenn Manilius und Gallus Aelius auch die Solutio per aes et libram als ein Nexum bezeichnen. Daß hier keine Bindung vorliegt, sondern Lösung ist ja klar und die dennoch stattfindende Subsumtion offenbar nur veranlaßt durch die Verwendung von Erz und Wage und den Namen Nexi liberatio.

Daß aber dieser Name nicht Befreiung durch Nexum bedeutet, sondern Befreiung von der Nexumsverbindlichkeit, also nicht etwa ein neben Manzipation und Darlehn stehendes drittes Nexumsgeschäft, wurde bereits bemerkt¹⁹. In diesem Punkt hat also allerdings der schematisierende Trieb der späteren republikanischen Juristen eine irreführende Begriffsbildung aufgestellt.

Zusammenfassend läßt sich demnach sagen: Es sind zu unterscheiden:

1. Die ursprüngliche Bedeutung: Nexum das rechtsverbindliche Geschäft des ältesten Rechts — Darlehn und Manzipation.

2. Die abgespaltenen Bedeutungen: Nexum entweder auf den alten Schuldkontrakt oder die Manzipation spezialisiert, ersteres stets bei Livius, letzteres vorzugsweise bei Cicero²⁰.

3. Die erweiterte Bedeutung: Nexum omne quod per aes et libram geritur, also auch Testament und Solutio p. a. et l. umfassend; so bei Manilius und Gallus Aelius.

¹⁸ Der ursprünglich engere Sinn ist vielleicht in der Laiensprache besser festgehalten worden als bei den Juristen. Wenn Cicero, p. Caec. 35, 102 sagt: Sulla ita tulit de civitate ut non sustulerit horum nexa atque hereditates, so setzt er das Testament dem Nexum deutlich entgegen.

¹⁹ Oben Anm. 16.

²⁰ Es ist charakteristisch, daß der Historiker Nexum im antiquierten, der Rhetor im lebendigen Sinn nimmt. Ohne Zweifel ist in der Laiensprache der späteren Zeit der von Cicero angenommene Sprachgebrauch der vorherrschende gewesen.

Aus dem allen aber ergibt sich, daß es der ältesten Zeit an einem Begriff des Rechtsgeschäfts als solchen nicht ganz gefehlt hat. Er beschränkt sich zwar auf das private Geschäft und dabei noch auf das des Vermögensrechts und hat dabei einen sehr dürftigen Inhalt; aber der Begriff der Bindung wird dafür terminologisch um so schärfer in den Vordergrund gestellt.

Actio
(Actus).

II. Gleichfalls hohen Alters, jedoch auch in eine weit spätere Zeit herabreichend ist der Begriff Actus. Actus oder actio bedeutet ganz allgemein jeden auf Rechtsbegründung oder Rechterhaltung abzielenden Akt²¹. Es ist sogar behauptet worden, daß dies auch die ursprüngliche Bedeutung von *lege agere* und *legis actio* sei, diese Ausdrücke also nicht notwendig das gerichtliche Handeln bezeichnen; doch ist dieser Punkt recht zweifelhaft²², und jedenfalls wird in späterer Zeit die Verbindung *lege agere* in der juristischen Terminologie auf den Prozeß²³ und die an den Prozeß angelehnten Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit beschränkt. Unzweifelhaft aber ist der simple Actus für den Begriff des Rechtsgeschäfts von altersher eine übliche Bezeichnung²⁴. So werden die *leges Manilianae rerum vendendarum* auch *actiones Manilianae*, die Testamentsformulare des *Hostilius Hostilianae actiones* genannt; vielleicht ist auch bei den *Actiones Cosconianae* an eine solche Formularensammlung zu denken²⁵. Dem-

²¹ Daher denn auch *agere cum populo*, mit dem Volk verhandeln; aber nur im Sinn einer Verhandlung mit rechtlichem Erfolg gebraucht. Daher fällt unter den Begriff nur die Abhaltung der beschlußfassenden Komitienversammlung, nicht auch die der Kontionen, wie Gell. 13, 16, 2, 3 ausdrücklich hervorhebt.

²² Ablehnend dagegen auch Schloßmann, In Jure Cessio u. Mancipatio (1904) 37 A. 1, woselbst Liter.; hinzuzufügen Mommsen, St.R. 3, 1, 310; Wlassak, Z. Sav.St. 25, 86 A. 3 i. f. Auch ich halte es für wahrscheinlich, daß *lege agere* im eigentlichen Sinn nur das Handeln im Legisaktionsprozeß bedeutet. Wenn bei Liv. 26, 15, 9. 16, 3 der Vollzug der Leibesstrafe durch den Lictor *lege agere* genannt wird, so mag auch hier die Bedeutung des Gerichtsverfahrens zugrunde liegen; es wird mit dem Beschuldigten „kurzer Prozeß gemacht“. Im Gebiet des Prozesses kommt l. a. auch sonst kraft einer Synekdoche für jede Verfahrensart vor: Cic. in Verr. 2, 16, 39 (*quis unquam invita Chelidone lege agere potuit?*).

²³ Allerdings auf den Prozeß im weitesten Sinn; denn die Zwangsvollstreckung durch *Manus injectio* fällt normalerweise gleichfalls unter den Begriff. Nur in tab. Bantina Osca l. 24 wird dem *lege agere* das *manum asserere iudicato* entgegengesetzt.

²⁴ Man vgl. das Wort „Actum“ in der Konsulardatierung der Urkunden.

²⁵ Über die *actiones Hostilianae* Voigt, J.Nat. 3, 19^s; Jörs, Röm. Rechtswiss. 1, 88; über die *Cosconianae* Jörs a. O. 89 A. 2.

gemäß wird *civilis actio* als ziviles Rechtsgeschäft dem internationalen entgegengesetzt, Paul. Vat. fr. 47, ähnlich wie *actus legitimus* das Zivilgeschäft in allen seinen Kategorien bezeichnet, und es wird unter den Begriff der *actio* von Paul. D. 17, 2, 65 pr. auch die *Stipulation* subsumiert. Ähnlich ist die Terminologie des prätorischen Edikts, welches mit *actum contractumve* (D. 4, 5, 2, 1) alle möglichen rechtsgeschäftlichen Beziehungen umfassen will; denn „*actum generale est*“ (Labeo bei Ulp. D. 50, 16, 19). Das Wort ist insofern noch weitreichender wie der Terminus *Nexum*, als es dingliche und obligatorische Rechtsgeschäfte von Anfang an gleichmäÙig umfaßt, während *Nexum* auf die dingliche *Manzipation* nur sekundär deswegen angewendet wird, weil diese die *Währschaftshaftung* in sich schließt. Wobei noch dazu der Begriff *Actio* sich auf die bezeichneten Geschäfte nicht einschränkt, sondern, indem er auch die staatsrechtliche Verhandlung mit umfaßt²⁶, über den Begriff des Privatgeschäfts weit hinausgreift.

III. Abgesehen von den *Termini Nexum* und *Actus*, von welchen der erstere mit der Vermehrung der Geschäftsfiguren unzureichend geworden ist, der letztere aber über den Begriff des Rechtsgeschäfts hinausreicht, ist es allerdings richtig, daß den Römern allgemeine Begriffe hier fehlen²⁷. Das macht sich in der klassischen Zeit nicht bloß für die familienrechtlichen (oben S. 136), sondern auch für die dinglichen Geschäfte bemerkbar. Die dinglichen Verträge sind den Klassikern Rechtsindividuen wie *Mancipatio*, *Injurecessio*, *Traditio*, die sich zu einem allgemeinen Begriff weder terminologisch²⁸, noch auch nur in der theoretischen Er-

²⁶ Oben Anm. 21.

²⁷ Insbesondere der Begriff der Verfügung, d. h. der Veränderung, Übertragung oder Beendigung eines bestehenden Rechts ist den Römern ganz fremd; denn die „*alienatio*“ (s. A. 28) fällt damit nicht zusammen. Der Sache nach ist freilich auch ihnen bewußt, daß es rechtliche Dispositionen gibt, welche durch die speziellen *Termini* nicht gedeckt werden; z. B. das Fesseln oder Brandmarken eines Sklaven (Paul. sent. 4, 12, 6—7), welches, indem es nach der *l. Aelia Sentia* einer späteren Freilassung einen Teil ihrer Wirkungen raubt, auch diese Ausübung des Eigentums einschränkt; oder die *Concessio peculii*, mit welcher u. a. die Wirkungen einer Generalveräußerung sich verbinden können (§ 30); oder das *permittere libertae suae in contubernio alieni servi morari* (Ulp. fr. 11, 27); oder die *Mortui illatio*, welche *Religiosität* eines Grundstücks erzeugt (Marcian D. 1, 8, 6, 4; Ulp. D. 11, 7, 2, 7—4); aber zu festen Begriffen hat sich diese Erkenntnis nicht verdichtet. Insbesondere in der Lehre von der Vertretungsmacht der verschiedenen Vertreterkategorien macht sich dieser Begriffsmangel fühlbar; es werden stets nur Einzelpunkte erörtert, wo mit einem festen Begriff alles zu erledigen war.

²⁸ Der Begriff der *alienatio* bezieht sich allerdings hauptsächlich auf *Binding*, Handbuch I. 6: Mitteis, Röm. Privatrecht I. 70

örterung zusammenschließen²⁹; ja es finden sich sogar noch im zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit Spuren einer älteren Auffassung, welche im Gebiet der Dinglichkeit den Vertrag gar nicht als solchen, sondern als eine Aufeinanderfolge zweier einseitiger Handlungen, des Weggebens und des Nehmens betrachtet³⁰. Eine allgemeine Vertragstheorie fehlt daher bei den Römern vollständig. Dagegen treten allerdings einzelne Termini hervor, welche bestimmte Vertragsgruppen charakterisieren.

Con-
tractus.

Contractus ist die technische Bezeichnung für eine gewisse Gruppe obligatorischer Verträge. Das Wort gehört der zivilrechtlichen Systematik an³¹; dem Edikt fehlt es fast gänzlich³². Einen

dingliche Rechtsgeschäfte und schließt jede Verminderung des dinglichen Rechts in sich (C.J.L. 6, 3554: *venundare, fiduciare vel donum dare vel ullo modo alienare* cf. 10219, 13014 u. a.); auch Konsekration (D. 31, 66, 4). Aber er erfafst die Sache nicht ausschließlich vom Standpunkt des Rechtsgeschäfts, sondern mehr faktisch von dem des Weggebens (auch Duldung der Usukapion gehört hierher, D. 23, 5, 16; 50, 16, 28 pr.). Übrigens ist der Terminus sehr schwankend. Während noch Cicero top. 5, 28 ihn auf die *nexu traditio* beschränkt, dehnt Ulpian fr. 11, 27 ihn auch auf Veräußerung von *res nec mancipi* aus; noch weiter fassen ihn die Kommentare zu den Edikten de *alienatione iudicii mutandi causa* und *ne quid in fraudem creditorum fiat* (Brissonius, v. *alienare*). Er wird schließlich über das Sachenrecht hinaus erstreckt; auch Delegation eines Schuldners gehört darunter, D. 46, 3, 15. — Die z. T. in ihrer Beziehung nicht ganz sichern Anwendungsfälle des Worts in den Edikts- und Gesetzeserläuterungen verzeichnet das *Vocab. Jurispr. h. v. sub I.* — Wie sich die einschränkende Definition bei Cicero l. c. erklärt, ist nicht mit Bestimmtheit zu ermitteln; vielleicht hatten die Juristen, denen Cicero folgt, den Satz im Auge, daß Frauen zur Alienation einer *res manc.* eines Tutor bedürfen. Allerdings würde diese Erklärung voraussetzen, daß bei Aufstellung jener Definition das Publizianische Edikt noch nicht bestand; denn seit die Tradition einer r. m. bonitarischen Eigentum erzeugt, bedarf es auch zur Herstellung dieses der Auctoritas (Vat. fr. 1; dazu übrigens S. 155 A. 12).

²⁹ Die allgemeine Ausführung des Javolenus über die Vertragsnatur der Veräußerung D. 44, 7, 55 unterliegt dem Verdacht der Interpolation, Pernice, Z. d. Sav.St. 9, 204²; vgl. auch Perozzi, *Della tradizione* (1886) 4—11.

³⁰ So für die Besitzübergabe in der bekannten Entscheidung des Celsus D. 41, 2, 18, 1. Ähnlich steht es bei der *In Jure Cessio* (die sich freilich nicht bloß auf dingliche, sondern auf alle absoluten Rechte bezieht), indem der Rechtsverlust des Cedenten auch dann eintritt, wenn der Cessionar nicht erwirbt (unten § 14). Vgl. im allg. Pernice, Z. Sav.St. 9, 201 f.; Knip, *Vac. Poss.* 1, 86, 236, 309, und bes. Rabel, Z. Sav.St. 27, 316 f., woselbst auch (S. 317 A. 1) auf den Sprachgebrauch hingewiesen und (S. 321 f.) die Analogie der hellenistischen Tradition nachgewiesen wird.

³¹ Über das (nicht hohe) Alter des Ausdrucks vgl. Pernice, Z. Sav.St. 9, 219. Er rückt an Stelle des verfallenden *Nexum* ein — bei Cicero findet sich nur *Nexum*.

³² De *bonae fidei contractibus* als Ediktüberschrift (Lenel, E. p. 1 230)

weiteren Gebrauch hat das Zeitwort *contrahere*, das nicht blofs untechnisch für jedes „sich belasten“ (*piaculum, religionem, periculum*), sondern überhaupt für jeden wie immer gearteten Vertragsschlufs verwendet wird (*contrahere hypothecam*)³²; auch wer eine Schuld bezahlt, hat in diesem Sinn kontrahiert³⁴.

Nahe verwandt ist die Bedeutung von *Negotium gerere* (auch *Negotium* neg. *contrahere*). Dieser Ausdruck wird, wofern er nicht auf das bekannte quasikontraktbegründende Verhältnis abzielt, in folgenden Bedeutungen verwendet. Einmal enthält er den Gegensatz zu Schenkungen oder sonstigen Liberalitäten³⁵; Paulus will denn sogar die Unwiderruflichkeit des *Kommodats* darauf zurückführen, dafs hier *invicem negotium geritur*³⁶. Es ist jener Sprachgebrauch auch ganz erklärlich; auch heute unterscheidet die praktische Auffassung des Nichtjuristen zwischen Schenkung und Vertrag, und

ist unbeglaubigt. Die Rubrik dürfte eher de b. f. iudiciis gelautet haben (Pernice a. O. 195); so jetzt auch Lenel seit der französ. Ausg. zu § 106. Auch die Rubrik: „Si ex contractibus argentariozum agatur“, Lenel, E. p. 1 § 272 ist unbeglaubigt. Dagegen das Zeitwort *contrahere* ist ediktal (D. 42, 5, 25; 14, 5, 2 pr.; 4, 5, 2, 1). — Dafs daneben *Contractus* im weiteren Sinn auch den Vertrag schlechthin bedeuten kann (gelegentlich sogar jedes nicht deliktische Obligationsverhältnis, z. B. *Neg. Gestio*, Paul. D. 3, 5, 15; *Tutel*, Paul. D. 44, 7, 49) ist bekannt; auch sind einzelne der von Pernice a. O. angeführten Belegstellen für die zivilrechtliche Bedeutung interpoliert. Mehr als dies aber ist der Polemik von Perozzi, *Oblig.* 31 f. nicht zuzugeben; dafs die Klassiker bei der Einteilung in Kontrakt- und Deliktobligationen nur die zivilen im Auge haben, bleibt unanfechtbar.

³² D. 41, 3, 33, 5 (Jul.); D. 20, 1, 4 (Gal.); *contrahere servitutum* in D. 8, 3, 13 pr. (Javol.) ist freilich verdächtig, aber nicht wegen des Sprachgebrauchs. Vgl. noch D. 5, 1, 20; 11, 7, 1 pr.; 42, 4, 3, 3; 44, 7, 21 (diese Stellen zum Teil in Erläuterung einer ediktalen Verwendung des Worts) u. v. a.

³⁴ D. 46, 3, 66, kaum zu verdächtigen (a. A. Pernice a. O. 197²). *Contrahere* heifst nämlich zunächst die zwecksetzende Übereinkunft bei der Anweisung oder Zahlung (D. 12, 1, 32; 12, 4, 9 pr.) und ist hier nur (negativ) auf den abstrakt zahlenden Delegatar übertragen.

³⁵ So heifst es vom *Precarium*, dafs es *magis ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat*. D. 48, 26, 14.

³⁶ D. 13, 6, 17, 3. Sehr scharf ist der Gegensatz auch betont bei Pomponius (D. 41, 1, 19): *quod vero quis ei (libero homini bona fide servienti) donaverit aut ex negotio gesto adquisierit und Scaevola D. 24, 1, 58 pr.: negotium potius gestum videri quam donationem intervenisse* (vgl. Ulp. D. 24, 3, 24, 4); nicht minder Paulus in D. 39, 6, 35, 3: *qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi*; ja schon bei Aristo D. 39, 5, 18 pr.: *negotium mixtum cum donatione*. Vgl. auch Gellius N. A. 20, 1, 41: *hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt...*

wer, wie es auch im Etymon von *negotium* liegt, das „Geschäft“ betont, wird die Schenkung demselben gewiß nicht subsumieren. — Im weiteren Sinn bezeichnet *negotium gerere* den Vertrag überhaupt³⁷, mitunter jedoch mit der Nuance, daß das durch die Vorleistung des einen Kontrahenten klagbar gewordene Geschäft, das Geschäft mit „good consideration“, im Gegensatz zum *nudum pactum* bezeichnet werden soll³⁸. Endlich kann es den nicht deliktischen Tatbestand bedeuten im Gegensatz zum deliktischen³⁹; außerdem, und zwar mitunter schon in der klassischen Zeit⁴⁰ und ganz regelmäßig in der nachklassischen Terminologie den Prozeß. In weitestem Sinn für jede Rechtshandlung verwendet findet sich wenigstens das Zeitwort „gerere“ im prätorischen Edikt⁴¹.

Pactum.

Pacisci ist ursprünglich ein ganz allgemeiner Ausdruck für jede Vereinbarung, vorausgesetzt, daß sie nicht schon durch einen andern Begriff gedeckt ist⁴²; denn *Nexum* oder *Stipulatio* sind gewiß niemals als *pactiones* bezeichnet worden. Namentlich wird mit Vorliebe die Schlichtung bestehender Differenzen über ein

³⁷ D. 12, 1, 32; 45, 1, 83 pr.: *inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur u. a.*

³⁸ So D. 19, 5, 15, wo es vom Innominatkontrakt mit geschehener Vorleistung heißt: *et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod.* Ähnlich D. 19, 5, 19 pr., D. 19, 3, 1 pr. Bekanntlich wird auch die *condictio indebiti* häufig auf die Denkform eines solchen bei der Zahlung stattgehabten *negotium* zurückgeführt, D. 12, 6, 33 (vgl. Anm. 34). Wenn es daher D. 46, 1, 70, 4 heißt: *Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fideiussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessit, sed ne negotium quidem ullum gestum intelligitur*, so ist mit der Negation eines *Negotium* nicht bloß das Abhandensein eines Vertrags festgestellt, sondern gesagt, daß auch nicht — wie beim Darlehen an den *furiosus* — eine materielle klagbare Beziehung (*condictio ob causam dati*) übrig bleibt. (Übrigens wird die Echtheit der in dieser Anm. zuerst genannten Stelle bestritten von Perozzi a. O. 128.)

³⁹ D. 3, 5, 3, 7; 11, 6, 4; 11, 5, 4, 1; 9, 3, 1, 8.

⁴⁰ Edikt in D. 3, 6, 1 pr.; Ulp. D. 37, 15, 5 pr. Im Gegensatz zu *Lis* aber bei Paul. D. 42, 1, 45 pr.

⁴¹ Vgl. Rubr. 39, 104, 221, 225 (Len.); diese Rubriken sind zwar z. T. restituirt, aber mit Anhalt in den Quellen. Vgl. aber auch die einschränkende Bestimmung bei *Labeo* D. 50, 16, 19.

⁴² Die Vereinbarung kann dem Personen- und Familienrecht angehören (z. B. *pacisci* im Fall des *SC. Claudianum* Gai. 1, 84; *puellam pacisci*, *Belege* bei *Forcellini*, v. *pacisci*) oder dem Sachenrecht (*pactio* et *stip.* bei *Servitut*en, *pacisci pignori rem fore*, Gai. 4, 147) oder dem Forderungsrecht. Über die *pactiones* im Vereinswesen *Manenti*, Stud. senesi 7, 155 f.

Rechtsverhältnis oder die GröÙe einer Forderung „*pacisci*“ genannt⁴³, darum ist vor allem der Sühnevertrag über Deliktsansprüche und demnächst jeder Vergleich über einen klagbaren Anspruch *pactum* genannt worden⁴⁴. Insbesondere im ediktalen Sprachgebrauch hat *Pactum* stets den prozessualischen Sinn des einredebegründenden Vertrags; das klagerzeugende *Pactum* führt im Edikt nie diesen Namen⁴⁵. Schon daraus ergibt sich, daß die Unentgeltlichkeit mit dem Begriff des *Pactum* nichts zu tun hat, da der Sühnevertrag vielmehr zumeist ein entgeltlicher ist; völlig willkürlich und auch dem sonstigen klassischen Sprachgebrauch widersprechend⁴⁶ ist es daher, wenn Ulpian⁴⁷ das *Pactum* von der *Transactio* als der entgeltlichen Abfindung unterscheiden will. Im außer-ediktalen Sprachgebrauch ist *pactum* häufig verwendet worden zur Bezeichnung der Nebenverabredungen bei bestehenden obligatorischen Verhältnissen; *pactum adjectum*, *pactum de vendendo*, *pactum dotale* und ist in dieser Beziehung scharf zu unterscheiden von dem *Terminus*

Lex. Dieser Ausdruck bezeichnet

Lex.

1. zunächst den Vertrag in seiner formellen Redaktion, und zwar sowohl als konkretes Übereinkommen⁴⁸ wie auch als abstraktes

⁴³ Dieser Sinn auch im verwandten Substantivum *pax*. Man vgl. *pacisci de finibus*, sich über die streitige Grenze einigen, D. 42, 8, 21; *pacisci se solidum solvere non posse*, l. Jul. mun. 115, den Akkord über eine Konkursquote abschließen; bekannt ist ferner das *pacisci de libertate* zwischen Herrn und Sklaven, d. h. die Einigung über die Höhe des Freilassungsgelds; *pactio* ist die Pauschalierung der Steuerquote, die zwischen den *Publicani* und den Gemeinden getroffen wird, Cic. ad fam. 13, 65 1; in Verr. 3, 40, 92 bedeutet es die Abrechnung des Bauern mit dem Steuerpächter über den Betrag der Ernte u. a.

⁴⁴ Voller: *pactum-conventum* (als asyndetische Verbindung zweier Substantive zu fassen, Karlowa, R.G. 2, 1389). Die Ediktsubrubrik lautet „*de pactis et conventionibus* (trotz *Manenti a. O.* 93 f.).

⁴⁵ Über die Stellung der *Pacta* im Edikt (vor oder hinter der Rubrik *de in ius vocando*?) kann gezweifelt werden; vgl. Karlowa, R.G. 2, 1388 f.

⁴⁶ Z. B. D. 3, 2, 6, 3; 2, 14, 53 u. a.

⁴⁷ D. 2, 15, 1. Dazu Hartmann, Arch. f. civ. Prax. 85, 28 u. Citt.

⁴⁸ So Bechmann, Kauf 1, 264 f.; Burckhardt, Zur Geschichte der loc. cond. 37; Mommsen, St.R. 3¹, 308. Unzutreffend Pernice, Lab. 1, 473 („eigentlich versteht man unter *lex* die Zusätze des Vertrags“), und Karlowa 2, 684, wonach „*lex* überhaupt nie das Geschäft in seinem wesentlichen Inhalt, auch nicht nach seinen formellen Redaktion bezeichnet“. Die Quellen sagen aber *lege comprehenditur*, D. 18, 1, 60; 17, 2, 77; 19, 2, 13, 10, 61; *in lege caverat venditor*, D. 18, 3, 2; *in lege aedium scriptum erat*, D. 8, 2, 33; 19, 1, 13, 14, 17, 6; *legibus praediorum venditorum*

Formular⁴⁹ und Schema. Indessen wird nicht jeder Vertrag *lex* genannt, sondern es beschränkt sich der Terminus in dieser, die Vertragsredaktion als Ganzes bezeichnenden Anwendung ganz wesentlich auf Kauf und Miete, allenfalls auch auf das Statut von Korporationen; niemals kommt eine *lex societatis* oder *stipulationis* vor. Daß dem so ist, erklärt sich aus der ursprünglichen Anwendung des Wortes im Staats- und Verwaltungsrecht: hier ist die *lex* das Übereinkommen, wo der Magistrat die Bedingungen formuliert, und der andere Teil lediglich in diese einwilligt (Gesetzesvorschlag, zensorische Verpachtung usf.). Letzterer Vorgang trifft nun gewiß nie zu bei der privatrechtlichen *Stipulation*⁵⁰ oder *Sozietät*; daß *lex* hinwiederum bei Kauf und Miete auch des privaten Verkehrs wiederkehrt, rührt daher, daß diese bei den Römern ganz regelmäÙig im Wege der Auktion nach vorher festgestellten *Lizitationsbedingungen* vor sich gehen, welche eben auch *lex* genannt werden⁵¹.

2. In engerer Bedeutung ist *lex* die einzelne Bestimmung des Rechtsgeschäfts, die *Klausel*; aber auch hier wird nicht jede Klausel so genannt. Am häufigsten und anscheinend am frühesten geschieht dies wieder bei den Klauseln des Kauf- oder Mietvertrags, sowie der *Dedikation*, insofern hier eben tatsächlich der Verkäufer usf. seinen Willen zu diktieren pflegt⁵². Die Abgrenzung gegenüber dem Terminus *pactum*, der gleichfalls vorkommt, ist dabei die, daß *lex* die vom Verkäufer ausgehende Nebenabrede genannt wird, bei der dieser materiell eine dominierende Stellung einnimmt, also seine Bedingungen diktiert, während, wo er hierzu nicht in der Lage ist, von *pactum* gesprochen wird⁵³. Darum ist die *lex commissoria* das Rückfalls-

cavetur D. 47, 12, 5; *legibus scribendis cavere*, Vitruv. 1, 1, 10. Richtig ist nur, daß *lex*, um den materiellen Inhalt des Geschäfts in seiner Totalität zu bezeichnen, immer noch einen bestimmenden Zusatz verlangt, weil eben *lex* als reines *Abstractum* einen materiellen Rechtsinhalt nicht ausdrücken kann.

⁴⁹ *Lex censoria*, Gai. 4, 28.

⁵⁰ Denn daß die *Stipulationsfrage* vom *Stipulanten* ausgeht, ist nur Form; materiell verhandeln beide Teile.

⁵¹ Plaut. *Capt.* 1, 2, 73: *quasi fundum vendam, meis me addicam legibus*...

⁵² Z. B. *Lex commissoria*. — Andere Beispiele bei Brisson. h. v. *Dedikation*: Bruns, Fo.⁸ p. 261—265 *passim*. Die Anwendungen reichen hier in die republikanische Zeit zurück.

⁵³ Unzutreffend fassen den Gegensatz *Bechmann*, Kauf 1, 277 (*leges* die der staatlichen Praxis nachgebildeten, *pacta* die rein privatrechtlichen Klauseln);

gedinge, ebenso *lex manus injectionis*, wogegen das Rückgaberecht des Käufers beruht auf einem *pactum displicentiae*. Auch die Fiduziarklausel der Manzipation wird *lex* genannt, wenn sie ein Reservatrecht des Manzipanten enthält (Gai. 1, 140. 172: *filium mancipio dare hac lege ut remancipetur*; D. 17, 1, 27, 1; 40, 2, 16, 1; *hominem m. d. ea lege ut manumittatur*). Wenn, wie meist angenommen wird, die *fiducia cum creditore contracta* als *pactum* und nicht als *lex* aufgefaßt worden sein sollte⁵⁴, so wäre eben hier der Verpfänder nicht als der diktierende Teil erschienen⁵⁵. Die Modifikationen, die dem Dotalverhältnis vertragsmäÙig beigefügt werden, heißen zunächst *pacta dotalia*, weil bei ihrer unübersehbaren Mannigfaltigkeit nicht bloÙ der Besteller der maßgebende Teil zu sein braucht; wird ausnahmsweise von *legem doti dicere* gesprochen, so sind einseitige Maßregeln desselben ins Auge gefaßt⁵⁶. Ausnahmsweise werden auch dem Darlehnsgeber, Mandanten und Deponenten, sowie nicht selten dem Schenkgeber *leges dictae* beigelegt; doch ist dieser Sprachgebrauch erst spät nachweisbar⁵⁷. Mit dieser Auffassung hängt die übrigens juristisch wertlose Vorstellung des *legem dicere suae rei* (D. 23, 4, 20, 1 und Kaiserreskripte) zusammen⁵⁸; daÙ diese insbesondere

sowie Karlowa, R.G. 2, 685 (die *pacta* bloÙ von obligatorischer Wirkung, die *leges* auch mit dinglicher Kraft ausgerüstet).

⁵⁴ Was wir übrigens nicht bestimmt wissen; der heute übliche Ausdruck *pactum fiduciae* ist aus den Quellen nur indirekt durch die Baetische Fiduziartafel zu belegen und der Schluf, daÙ man ein solches *pactum* nie *lex* genannt hat, nicht ganz sicher.

⁵⁵ Anscheinend kommt allerdings sogar *lex pignoris* vor, und zwar im Sinn des *pactum de vendendo* bei Scaev. D. 31, 89, 4; indessen ist diese Wendung (obwohl nicht interpoliert — der Vorschlag Stintzings, *Mancipatio* 46, zu lesen „*e lege praediatoria*“ dürfte unannehmbar sein —) nicht von Scaevola selbst gebraucht worden, sondern bildet einen Teil der an ihn gerichteten Anfrage, gehört also zu jener Laiensprache, welche Samter (Z. Sav.St. 27, 151 f.) richtig erkannt hat. Ob die Juristen *lex pignoris* sagten, ist sehr zweifelhaft (bei Paul. D. 20, 5, 10 sind mit dem Terminus *lex pignoris* nur die Bedingungen der Pfandversteigerung gemeint, also eigentlich *leges venditionis*; ein anderes Beispiel ist mir nicht bekannt).

⁵⁶ D. 23, 4, 7, 20, 1.

⁵⁷ Darlehn: Modest. D. 22, 1, 41, 1; Ulp. D. 14, 1, 1, 9; Mandat: Ulp. D. 16, 3, 1, 12; Depositum: Pap. Vat. Fr. 257; Schenkung: Papin. 40, 8, 8 u. a. bei Pernice, *Labeo* 3¹, 23².

⁵⁸ Nicht ganz klar ist, was in C.J.L. 6, 9404 und 10 235 gemeint ist, wenn der Zugang zum Grab gilt als gebührend *ex lege publica*; aber zweifellos ist eine gesetzliche Bestimmung gemeint. Mommsen, *mél. Boissier* p. 2, denkt an die Zwölftafeln, ohne zwingende Notwendigkeit. Jedenfalls kann eine solche

mit dem Zwölftafelsatz *cum nexum facit mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto* keinen Zusammenhang hat, wird heute allgemein eingesehen⁵⁹. Einzelne Anwendungsfälle des Wortes *lex* sind übrigens interpolationsverdächtig⁶⁰.

Einseitige
Rechts-
geschäfte.

IV. Für einseitige Rechtsgeschäfte fehlt überhaupt jede Nomenklatur, und der Begriff wird nirgends entwickelt. Insbesondere von einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften ist als solchen kaum⁶¹ die Rede. Dessenungeachtet ist nicht zu bezweifeln, daß die Sache praktisch kaum anders gehandhabt worden sein wird als heutzutage, d. h. daß das, was wir empfangsbedürftige Willenserklärung nennen, auch in Rom an den Gegner zu richten gewesen sein wird; um wirksam zu sein⁶², und daß umgekehrt, wenn dies vorlag, ein Widerruf nur dort zulässig gewesen sein wird, wo irgend eine Formvorschrift die formlose Erklärung als unbeachtlich erscheinen liefs. Insbesondere die früher wohl aufgestellte Meinung, daß selbst vom Gegner empfangene einseitige Erklärungen in Vertragsverhältnissen den Erklärenden nach römischer Auffassung nicht binden, sondern ein Variationsrecht übrig lassen, ist in dieser Allgemeinheit direkt falsch, da vielmehr gerade das Umgekehrte die Regel bildet⁶³.

Bestimmung nicht in allen Teilen des Reichs gegolten haben; sonst wären Erörterungen wie D. 11, 7, 12 pr.; 47, 12, 5 (dazu Kübler, Z. d. Sav.St. 11, 47); 19, 1, 53, 1 unmöglich gewesen.

⁵⁹ Statt aller Bechmann, Kauf 1, 278 f.

⁶⁰ Pernice, Lab. 3¹, 23⁴.

⁶¹ Ich würde sogar sagen „nie“, wenn mir nicht das Wort „*palam*“, das man gewöhnlich mit „*publik*“ zu übersetzen pflegt, an mehreren Stellen den Sinn einer an den Gegner (nicht an die Öffentlichkeit) gerichteten Erklärung zu haben schiene: Scaev. D. 16, 2, 22 (*palam dicere, utrum velit* von der Ausübung des Wahlrechts bei der Alternativobligation); Pap. D. 40, 7, 34, 1 (*litteris ad eum missis palam faciat*); Ulp. D. 21, 1, 1, 1 (*Qui mancipia vendunt, palam pronuntianto, dem Käufer deutlich mitteilen*), cf. Florent. D. 18, 1, 43 (*palam apparet* was dem Käufer erkenntlich ist) und Gai. 3, 123. Denn das an letzterer Stelle erwähnte „*palam praedicere*“ der *lex Cicereja* muß nicht unbedingt auf eine Erklärung „vor Zeugen“ (Levy, *Sponsio* 78) bezogen werden.

⁶² Wenn in einem Prozesse über die Gültigkeit einer Ehescheidung die Frage erörtert worden ist, ob nicht etwa schon die Eingehung einer zweiten Ehe als Scheidung der ersten gelten kann (Cic. de orat. 1, 40, 183), so beweist das nur, daß der Anwalt der zweiten Ehe auch die bedenklichsten Argumente nicht scheute.

⁶³ Man hat bekanntlich für die Alternativobligationen dem Wahlberechtigten ein *Jus variandi* auch nach geschehener Wahl eingeräumt; dies ist richtig höchstens bei der Stipulation, wo die *Bona fides* keinen Raum hat (D. 45, 1, 138, 1). Aber selbst schon für das *Damnationslegat* hat Julian das

Über die Einteilung der Rechtsgeschäfte in *Negotia civilia* (*Actus legitimi*) und *juris gentium* ist schon früher das Erforderliche gesagt und insbesondere bemerkt worden, daß dieser Gegensatz nicht klar durchgeführt ist, indem bald auf den äußeren Formalismus des Geschäfts, bald auf dessen Zugänglichkeit für die *Peregrinen* gesehen wird⁶⁴.

§ 10. Schenkung.

Im Gebiet der Rechtsgeschäfte nimmt der Begriff der Schenkung eine eigenartige Stellung ein. Allerdings ist die Schenkung nicht sowohl selbst ein besonderer Geschäftstypus als vielmehr ein Charakter, welcher den verschiedensten Rechtsgeschäften zugrunde liegen kann, und dies haben auch die Römer nicht verkannt; wenn trotzdem in den *Sabinuskomentaren* der Titel „*de donationibus*“ unter die *Eigentumserwerbsgründe* eingereiht ist¹, so ist das nur, weil praktisch unter allen Schenkungen die *Sachschenkung* der häufigste Fall ist und wird anderwärts ganz korrekt von *donationis causa mancipare, tradere, promittere* gesprochen². Diese besondere *Causa donandi* ist vielfach unter ein Sonderrecht gestellt. Weitaus den bedeutendsten Raum im Gesichtskreis der römischen Theoretiker nimmt hierbei das Schenkungsverbot der *lex Cincia* sowie das Verbot der *Donatio inter virum et uxorem* ein. Da das letztere in der Geschichte des *Eherechts* zur Sprache zu bringen ist, kann hier nur von der *lex Cincia* die Rede sein.

Das *Cincische Plebiszit*, dessen Datum mit Sicherheit auf das

Die *Lex Cincia. Donum und munus.*

Gegenteil gelehrt, obwohl auch dieses *stricti juris* ist, *D. 30, 84, 9; 31, 11, 1; vgl. auch Scaev. D. 16, 2, 22.* Für *Bonae Fidei-Verhältnisse*: *Papin. bei Ulp. D. 18, 3, 4, 2 (lex commiss. beim Kauf); Scaev. D. 3, 5, 8 (Approbation bei Neg. Gestio), und so wohl auch bei der Degustatio vini, arg. Gai. D. 18, 6, 16.* (Nicht entscheidend *Ulp. D. 32, 11, 5*, wo das „*nisi heres noluerit*“ die Stelle der Bedeutung entkleidet, cf. *D. 45, 1, 112 pr.*)

⁶⁴ Vgl. oben S. 45.

¹ Auch sonst kommt die Schenkung bei den römischen Juristen an verschiedenen Stellen zur Sprache. Die *Digestenwerke* haben sie auch in den Rubriken *de iure dotium* (*Jul. Dig. 17; Marcell. 7 [D. 24, 1, 7; 1. 5, 17]; Scaev. 9 [D. 24, 1, 66]*) — wegen der *retentio propter res donatas* — und unter jener *ad legem Cinciam* (*Cels. 25, D. 39, 5, 21; Jul. 60, D. 39, 5, 2; Marcell. 22, D. 39, 5, 20*); die *Ediktwerke* unter jener „*Si quid contra legem senatusveconsultum factum esse dicitur*“ (*Ulp. 76; Paul. 71; Paul. de brev. 23*); aber auch bei verschiedenen anderen Gelegenheiten (z. B. des *Precarium*, der *lex Falcidia*, *Don. mort. ca.*) wird sie erwähnt.

² In nachlässigem Sprachgebrauch steht freilich *donare* oft für *donationis causa tradere*; besonders auffallend in einem *Reskript* von *Diocletian*, *Consult. 6, 10: donazione mancipatione vel in iure cessione*; ähnlich *Papin. Vat. fr. 259.*

Jahr 550/204 zu setzen ist³ handelt de donis et muneribus⁴. Diese beiden Begriffe verhalten sich vom Standpunkt des Privatrechts^{4a} zueinander wie Genus und Species; munus, eigentlich die Abgabe, ist jenes Geschenk, welches in Befolgung einer sittlichen oder Anstandspflicht aus besonderem Anlaß gegeben wird⁵, wie z. B. die Schenkung des Libertus an den Patron oder des Klienten an den Anwalt, das *solemne munus pro parentibus et cognatis*⁶, das *munus nuptiale* u. a.⁷, ohne daß übrigens die Nomenklatur von den Juristen mit besonderer Strenge eingehalten würde⁸. Wie sich die Unterscheidung von *donum* und *munus* im Cincischen Gesetz geltend machte, ist mit ziemlicher Sicherheit zu ersehen. Aus einigen Zeugnissen wissen wir, daß die Unsitte der Anwälte, von ihren Klienten hohe Dedikationen (*munera*) zu erpressen, einen der Anlässe zum Gesetz gab⁹ und daß dieses die Honorarschenkungen

³ Es ergibt sich aus Cic. de senect. 4, 10, cf. Liv. 29, 20.

⁴ Cic. l. c. und de orat. 2, 71, 286; Liv. 34, 4. — Daher auch *lex muneralis* genannt, Fest. v. *muneralis*. Allgemeine Darstellung bei Senn, *leges perfectae* (1902) p. 17 f., dem ich jedoch vielfach nicht zu folgen vermag.

^{4a} Denn *Munus* ist bekanntlich auch ein Begriff des Verwaltungsrechts.

⁵ So definiert Ulp. D. 50, 16, 194. Umgekehrt entwickelt das Verhältnis Marcian D. 50, 16, 214: *non quodcumque munus id et donum accipiat, at quod donum fuerit, id munus recte dicitur*. Dies rührt daher, weil Marcian auch das publizistische *munus* in die Betrachtung einbezieht; die zweite Hälfte des obigen Satzes ist aber auch von diesem Standpunkt aus nicht zu halten. Im offiziellen Stil stehen *donum munus* als zwei sich ergänzende Termini nebeneinander, D. 1, 18, 18; 38, 1, 37 pr.; 48, 11, 6, 2 (vgl. auch *donum [vel] munus*, D. 1, 16, 6. 2); l. Urson. c. 98 lin. 22; c. 132 lin. 24.

⁶ D. 26, 7, 12, 3.

⁷ D. 26, 7, 13, 2; 27, 3, 1, 5; 24, 1, 36, 1; Geburtstagsgeschenke, D. 24, 1, 31, 8; Geschenke zu den Saturnalien Macrob. Sat. 1, 7, 33; P. Diac. v. Cereos. Was das *munus* in C.J.L. 6, 1375 bedeutet läßt sich nicht ermitteln.

⁸ Gerade im Fall der sog. remuneratorischen Schenkung ist von *donatio* die Rede, D. 39, 5, 34, 1. Daß der Nichtjurist Tacitus bei den Anwälten von *donata* spricht (Ann. 11, 5) hat freilich nichts zu bedeuten.

⁹ Tacit. ann. 11, 5; Liv. 34, 4 (*vectigalis iam et stipendiaria plebs esse senatui coeperat*). Man ersieht freilich bei letzterer Stelle nicht recht, ob die Senatoren als Rechtskonsulenten oder als Patrone von Klienten in Frage stehen; sollte Livius letzteres gemeint haben, so hat er, da das Cincische Plebiszit die *Patroni* nur im Verhältnis zu ihren *Liberti* speziell erwähnt und hier gerade begünstigt, vielleicht eine Verwechslung begangen. Gegen die *Munera* an die Patrone war nämlich ein *plebiscitum Publicium* (angeführt bei Macrob. sat. 1, 7, 33) eingeschritten, welches übrigens jedenfalls schon vor der *lex Cincia* zustande gekommen ist (über die Datierung einerseits Cuq, Inst.¹ 1, 557, andererseits (antechtbar) Girard, man.⁴ 939 A. 4).

an die Anwälte besonders verboten und bei Übertretung des Verbots eine Strafklage gegeben hat¹⁰; daneben aber enthielt das Gesetz noch eine andere allgemeinere Einschränkung der Schenkungsfreiheit, und wahrscheinlich hat dasselbe verschiedene Kapitel gehabt¹¹. In der Bestimmung über die Anwaltshonorare scheint sich aber die besondere Bedeutung der Munera auch erschöpft zu haben; jedenfalls ist bei Privatpersonen von einer prinzipiell verschiedenen Behandlung der dona und der munera in den Rechtsquellen keine Spur erhalten.

I. Die allgemeinere Bestimmung des Cincischen Gesetzes ist uns nur in Umrissen überliefert. Authentisch steht es fest, daß dieselbe eine Reihe von Ausnahmefällen kennt, in denen wegen Nahverhältnisses der Personen (*exceptae personae*) das Gesetz cessiert¹²; aber die Fassung der Regel selbst ist nicht erhalten.

Inhalt der
Cincischen
Bestimmung.

¹⁰ Das zeigt Tacit. ann. 11, 5 (*poena adversus eos qui pretio causas oravissent*); 13, 42; 15, 20. Vgl. Cass. Dio 54, 18; Plin. Ep. 5, 9 (= 21); Ulp. D. 50, 13, 1, 10; Mommsen, Strafr. 705 f., wo die weitere Entwicklung in der Kaiserzeit ersichtlich ist.

¹¹ Beweislos ist die kurz hingestellte Behauptung von Garofalo (*bull. dell' Ist.* 15, 310 f.), daß das Gesetz selbst bloß von den Munera gesprochen habe.

¹² Das Verzeichnis gibt Vat. Fr. 298—309; auch der hier fehlende Fall, den Paul. sent. 5, 11, 6 anführt, mag dem Gesetz angehört haben. — Exemption der Schenkungen des Patrons an seine Liberti?: Schirmer, Z. Sav. St. 12, 23. Zu 307 speziell vgl. Mommsen, St. R. 3, 1, 428; der Text von Huschke ist hier jedenfalls falsch. — Alibrandi, opp. 1, 259, behauptet, daß auch bei den *Personae exceptae* Manzipation zur Schenkung von *res manc.* erforderlich gewesen sei, einfache Tradition also nicht genügt habe, und hält danach C. J. 8, 53 1 für interpoliert. A. A. (im ersteren Punkt) Francke, Civ. Abh. 1, 59. Die Behauptung von Alibrandi ist mir recht zweifelhaft; daß Vat. fr. 263, 293 sie beweisen, kann ich nicht finden, ja in 293 möchte ich die Worte „nam si exceptus fuisti . . . sola traditio sufficit“ gerade auf Schenkung von *Res Mancipi* beziehn. Auch Plin. Ep. 10, 4 (3), 3 beweist nicht. Ich halte es zwar für möglich, daß man in älterer Zeit wirklich Manzipation erforderte und gegen den Widerruf einer bloßen Tradition noch keine *Exceptio doli* gab; für die spätere scheint mir das nicht glaubwürdig. Insbesondere ist bei jener Ansicht Pap. Vat. fr. 264 unverständlich: die Mutter hat dem Sohn „sine tutoris auctoritate praesentes servos“ manzipiert. Daß das für gültig erklärt wird, ist nur vom Standpunkt einer als konkurrierend angenommenen Tradition zu begreifen. Denn die Manzipatio der Frau ohne Auctoritas ist sicher nichtig (Ulp. fr. 11, 27). Freilich bleibt auch so noch eine Schwierigkeit übrig: nach Vat. Fr. 1 kann die Frau ohne Auctoritas auch das bonitarische Eigentum nicht übertragen. Indessen wird dies schon von Julian beschränkt auf den Fall, daß ihr (bei einem Verkauf) der Kaufpreis nicht bezahlt wird, sie also durch Unvorsichtigkeit geschädigt

Doch ist fast mit Bestimmtheit festzustellen, daß das Gesetz nicht Schenkungen schlechthin untersagt hat, sondern nur solche, die ein bestimmtes, aber nicht überliefertes Maß überstiegen. Allerdings ist gerade jene Stelle, welche allein in unsern Quellen sich ausdrücklich hierauf bezogen haben dürfte, Ulp. fr. 1, 1, lückenhaft überliefert¹³. Doch ist das Vorhandensein einer unteren Grenze des Verbots noch mit ziemlicher Sicherheit erkennbar. Denn in den Quellen ist gelegentlich von einem Modus oder einer Quantitas donationis die Rede¹⁴; und wenn auch nicht bei allen hierhergehörigen Stellen der Digesten das Original sich auf die lex Cincia bezogen haben mag¹⁵, bei mehreren außerdem die Maßbeschränkung wohl von Justinian interpoliert ist¹⁶, um das Gebot der Insinuation einer 500 Solidi übersteigenden Schenkung in Erinnerung zu bringen, so bleiben doch noch mehrere Stellen, gegen welche kaum ein Verdacht ausgesprochen werden kann¹⁷.

würde. Bei der Schenkung der Mutter, die hier auf Entgelt nicht rechnet, ging vielleicht die spätere Praxis auf unbedingten Übergang des bonitarischen Rechts: man konnte sich dafür gerade darauf stützen, daß ein Kognat „Persona excepta“ ist, also der Sohn „bona fide“ empfangen habe. Anders freilich, wenn die Frau einer Persona non excepta schenkt; Pap. Vat. Fr. 259: „usu non capta“.

¹³ Insbesondere auch insofern als die Beziehung auf das Cincische Gesetz hier nicht erhalten ist; es heißt nur: prohibet exceptis quibusdam cognatis et si plus donatum sit non rescindit. Doch stimmt diese Beschreibung mit allem, was wir von der Cincia wissen, so wohl überein, daß an der Beziehung schwer zu zweifeln ist, zumal eine andere nicht aufzufinden wäre. (Abweichende Ansichten Älterer zitiert Ascoli, Bull. dell' Ist. 6, 181.) Aber was in der Lücke stand, wissen wir nicht. Die landläufigen Ergänzungen nehmen an, daß ein bestimmtes erlaubtes Maß erwähnt war.

¹⁴ Nämlich bei Paul. sent. 5, 11, 6; D. 39, 5, 9, 1 (Pomp.); 11 (Gai.); 21, 1 (Cels.); 23 (Modest.); 24 (Javol.); 44, 4, 5, 2 u. 5 (Paul.).

¹⁵ Auf Schenkung auf den Todesfall und die lex Falcidia geht Gai. D. 39, 5, 11; auch bei Pomp. D. 39, 5, 9, 1 ist solche Beziehung wenigstens denkbar.

¹⁶ Verdächtig wenigstens das „immodicae“ in D. 39, 5, 21, 1 (Ascoli, Bull. 6, 203); ferner das supra legitimum modum in 44, 4, 5, 2 und 5 (Schirmer, Z. Sav.St. 12, 25).

¹⁷ Ohne Anhaltspunkt für Interpolationsverdacht ist vor allem Jav. D. 39, 5, 24 (so selbst Schirmer, Z. Sav.St. 12, 26, der hier sonst alles für itp. hält). Auch in l. 21, 1 werden die Worte „quod modum legis excedit“ echt sein. Außerdem fällt vor allem das in infinitum donare bei Paul. 5, 11, 6 ins Gewicht, da für eine Deutung der Stelle auf don. mortis causa kein Indiz besteht. (Interpol. nur die Parallelstelle D. 39, 5, 34, 1). In den Vat. Fr. 304 allerdings werden die gleichen Worte von Mommsen, vielleicht mit Recht, als Glossem bezeichnet; nichtssagend auch Cic. de off. 2, 15, 55. — Adminikulierend tritt zu diesen

Von der Annahme ausgehend, daß das Gesetz zwischen Schenkungen unter und über einem bestimmten Maß unterschied, dürfte man seinen Inhalt dahin zu fassen haben, daß über die niederen Schenkungen gar nichts bestimmt, die größeren dagegen verboten waren¹⁸. Dies ist die Auffassung, welche sich mit dem allerdings sehr trümmerhaften und noch dazu infolge von Meinungsverschiedenheiten der Klassiker äußerst schwer festzustellenden Inhalt unserer Quellen am besten vertragen dürfte¹⁹.

äußeren Gründen noch hinzu, daß auch die älteren Legatsgesetze (*lex Furia* und *Voconia*) mit Maßbeschränkungen rechnen.

¹⁸ Durchaus ausgeschlossen ist, daß kleine Schenkungen zwar erlaubt, aber an bestimmte Erfordernisse gebunden, große ganz unerlaubt waren, woran Savigny, Syst. 4, 196 und Puchta (s. A. 19) dachten; diese Meinung war nur möglich, solange man die Perfektionsbedingungen des klassischen Rechts auf das Gesetz selbst zurückführte und muß entfallen, nachdem es heute feststeht, daß das Gesetz eine Erlaubnis mit Beschränkungen nicht kennt, sondern nur ein Verbot schlechthin. S. unten S. 161.

¹⁹ Die Schwierigkeit ist folgende. Wir finden in den Quellen anscheinend zwei mögliche Mängel der Schenkung: einerseits Mangel der erforderlichen Form, andererseits Übermaß; daneben die Begriffe *donatio perfecta* und *imperfecta*. Wie verhalten sich diese Begriffspaare zueinander? Man hat folgendes System vorgeschlagen (Puchta, Inst. 2, 206): 1. kleinere Schenkung ohne Form — imperfekt; 2. kleinere Schenkung in der Form — perfekt; 3. größere Schenkung ohne Form — imperfekt, und zwar in dem das Maß übersteigenden Betrag aus diesem Grund selbst, im geringeren Betrag wegen Formmangels; 4. größere Schenkung in der Form, teilweise perfekt, teilweise imperfekt, wobei Puchta jedoch für möglich hält, daß in späterer Zeit der Form die Kraft beigelegt wurde, die Überschreitung des Maßes zu sanieren. Letzteres würde offenbar bedeuten, daß der ganze Abschnitt des Gesetzes über das Maß von der Praxis ignoriert worden wäre, was schon an sich unmöglich ist und auch mindestens mit Paul. sent. 5, 11, 6 (*Ei qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibetur*) nicht vereinbart werden kann.

Ebensowenig befriedigt die Auffassung von Francke, Civ. Abh. 1, 61: Das Gesetz hat gegen alle Schenkungsklagen *Exceptio* vorgeschrieben und außerdem ein absolutes Schenkungsmaß aufgestellt, das jedoch *lex imperfecta* gewesen ist. Man fragt zunächst zu Ulp. Fr. 1, 1: waren alle Schenkungen einredebehaftet, wie konnte dann Ulpian sagen: *lex non rescindit, si plus donatum sit*? Daran wäre ja nur soviel richtig gewesen, daß die übermäßigen Schenkungen nicht mehr rezindiert waren als die kleineren und allenfalls, daß die Unwirksamkeit nicht *ipso iure* eintrat; aber eine indirekte Reszission lag doch vor, außer wo etwa „*donatio perfecta*“ war. Mag man sich aber auch über dieses Bedenken hinwegsetzen, so bleibt noch folgendes sehr unbefriedigend: Francke behauptet selbst nicht, daß die Schenkung nach eingetretener Perfektion wegen Übermaßes revoziert werden konnte, und es ist auch sicher, daß dies wenigstens im Gesetz nicht stand (A. 26): was ist das aber für ein Gesetz, das neben der Klaglosigkeit jeder

Man hat freilich behauptet, aus der bezeichneten Auffassung folge noch immer nicht, daß die das Maß des Gesetzes nicht übersteigenden Schenkungen schlechthin einwandfrei geblieben sind. Denn es werde von Paulus Vat. fr. 310 neben der *Exceptio legis Cinciae* noch eine zweite in *factum* konzipierte Einrede erwähnt: „*si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*“, und es müsse mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß diese vom Prätor gegeben wurde, um auch Klagen aus kleineren Schenkungen zurückzuweisen²⁰. Doch ist diese Behauptung, abgesehen davon, daß ihr die Quellen keineswegs günstig sind (A. 20), auch deswegen sehr bedenklich, weil man nicht einsieht, warum der Prätor gegen Schenkungen, die das Gesetz selbst noch erlaubt hatte, eingeschritten wäre.

Für die nachfolgende Darstellung begründet es übrigens keinen allzugroßen Unterschied, ob die oben bezeichnete oder eine anderweitige Auffassung vom Gegenstand des Gesetzesverbots zutrifft²¹.

Schenkung noch ein Verbot des Übermaßes aufstellt, ohne jedoch dem eine andere Sanktion zu geben als die der Klaglosigkeit, die das Geschäft schon als Schenkung trifft? Die Argumente Francke's schlagen nicht durch: 1. Paul. Vat. Fr. 310 formuliert die *exc. in factum* so: „*si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*“: das zeige, daß jede Schenkung klaglos war. Aber wer weiß nicht, wie ungenau die Juristen bei der Wiedergabe derartiger Formeln oft vorgegangen sind? Gerade Paulus hat in Vat. Fr. 50 in der Spruchform einer *Legisactio* die Worte „*ex jure Quiritium*“ weggelassen. Warum müßte er hier so peinlich sein? 2. Vat. Fr. 298 führt Paulus den Wortlaut des Privilegs der Kognaten an: „*eis omnibus inter se donare capere liceto*“, ohne den Beisatz „*in infinitum*“ (Paul. 5, 11, 6), als ob anderen jede Schenkung verboten wäre. Aber wenn für diese anderen nur gewisse Schenkungen verboten waren, so ergab sich für die Kognaten der Inhalt der Erlaubnis durch den Gegensatz von selbst. 3. Endlich spricht gegen Francke die von ihm nicht berücksichtigte Stelle D. 8, 4, 17; darüber vgl. die folgende Anmerkung.

²⁰ Dafür Karlowa, Ziv.Proz. 351, R.G. 2, 1287. Dieser Ansicht steht außer dem im Text folgenden auch der Inhalt der Quellen entgegen. Zunächst ist zu beachten, daß Jav. D. 39, 5, 24, welche Stelle echt sein dürfte (oben A. 17) eine *Exceptio* bloß gibt „*fidejussori ejus qui supra modum legis promisit*“. Auch hätte sich Karlowa mit dem Ausspruch des Papinian in D. 8, 4, 17 auseinandersetzen müssen: wie war dieser möglich, wenn selbst die kleinste Schenkung praktisch unzulässig war? Denn interpoliert ist auch hier schwerlich.

Über die wahre Bedeutung der fraglichen *Exceptio* freilich ist es schwer, ein Urteil zu fällen. Unannehmbar Rudorff, E.P. § 290 A. 2 und Huschke (oben S. 70 A. 29); ansprechender Ascoli a. O. 183 f. (s. A. 34).

²¹ Vgl. auch Schirmer, Z. Sav.St. 12, 25 (Z. 14 v. u.).

Denn in den einschlägigen Quellen wird uns teils ausdrücklich gesagt, daß die *lex Cincia* eingreift, teils können wir dies bei praktischen Fällen, wo es sich doch fast immer um größere Wertobjekte handelt, voraussetzen, da das erlaubte Maß gewiß ein ziemlich niedriges gewesen ist²². Zweifelhaft ist daher die Frage, ob mit dem Eingreifen der *Cincia* gerechnet wird, nur bei abstrakten Erörterungen, und hier kann es allerdings für uns zu einer Rechnung mit mehreren unbekanntem Größen kommen.

II. Das Cincische Verbot ist *Lex imperfecta*²³, das heißt gegenüber den *Personae non exceptae* (A. 12) ist das „*donare capere*“ zwar verboten, aber die Schenkung nicht für nichtig erklärt. Die fehlende Sanktion des Gesetzes wird daher nur durch eine Anweisung an die Magistrate zur Durchführung des Gesetzeswillens ersetzt worden sein, ähnlich wie beim *Sc. Macedonianum* und *Vellejanum*²⁴.

Imperfekter Charakter des Gesetzes.

Demnach wird im *Legisaktionenverfahren* der Magistrat mit *Denegatio actionis* vorgegangen sein²⁵; im *Formularprozeß*, über den allein wir hier einigermaßen unterrichtet sind, greift *Exceptio* Platz (s. u. S. 161).

Eine andere Frage ist es, ob wegen der einmal vollzogenen, dem Verbot unterstehenden Schenkung von der Praxis eine *Rückforderungsklage* gegeben worden ist²⁶, als welche zur *Legisaktionenzeit* die *L. aº sacramento in personam* oder *per conditionem*, oder auch eine (damals schon zulässige, oben § 3) *prätorische In factum actio*²⁷, während der *Formularperiode* die *Condictio* (ob *injustam causam*) in Betracht käme.

Rückforderung verbotener Schenkungen?

An sich ist, da auch das *Capere* verboten war, es ansprechend, eine solche *Revokationsklage* anzunehmen. Namentlich für die

²² Man erinnere sich der 1000 Asses der *lex Furia legatorum*.

²³ Vgl. neuestens Senn, *Leges imperf.* 31 f.

²⁴ D. 14, 6, 1 pr.; 16, 1, 2, 1.

²⁵ Irriges bei Senn a. O., welcher an *Deneg. Act.* im *Legisaktionenprozeß* nicht glaubt. Dagegen oben S. 40 A. 3; Wlassak, *Sav.Zs.* 28, 100.

²⁶ Eine von der Praxis gegebene *Rückforderungskondiktio* nimmt Karlowa, *R.G.* 1, 427 A. 5; 2, 587 u. z. auch für die Kaiserzeit an; etwas anders (*Rückforderung* durch das Gesetz selbst gegeben) *Ziv.Proz.* 347 f. Senn an dem in A. 23 a. O. glaubt gleichfalls, daß der *Rückforderungsanspruch* im Gesetz statuiert gewesen sei. Aber da das klassische Recht eine allgemeine *Rückforderungsklage* bezüglich der verbotenen Schenkung nicht kennt (s. u. S. 166), kann sie auch im Gesetz nicht gestanden haben; denn die Praxis hätte nicht die Kraft gehabt, einen gesetzlichen Anspruch zu eliminieren.

²⁷ Auch an eine *Sponsio praejudicialis* kann gedacht werden.

erste Zeit der Geltung des Gesetzes wäre es kaum verständlich, wenn das Verbot des Capere ganz ignoriert worden wäre; für diese Zeit fällt es auch bei der Dürftigkeit der Überlieferung kaum ins Gewicht, daß wir für sie von jener Klage nicht die geringste Spur besitzen.

Anders steht es jedoch bezüglich der klassischen Zeit. Hier ist an ein Rückforderungsrecht nicht zu glauben. Denn nur in zwei Stellen wird Revokation erwähnt, und diese sind für ein allgemeines Prinzip sehr wenig beweiskräftig (unten S. 166). Ihnen steht aber eine Anzahl von Fällen gegenüber, wo die Quellen einfach jede „Donatio perfecta“ für rechtsbeständig erklären²⁸, was bei Bestand eines Rückforderungsrechts in dieser (auf die Größe der Schenkung keine Rücksicht nehmenden) Allgemeinheit unerkklärlich wäre; ja in einem Fall wird eine nachweislich sehr große Schenkung nur deswegen der Rückforderung unterworfen, weil dies ein Privileg der Schenkungen des Patrons an den Libertus sei²⁹.

Man wird demnach annehmen müssen, daß jedenfalls in späterer Zeit das ursprünglich etwa gehandhabte Verbot des „Capere“ gewohnheitsmäßig³⁰ nicht mehr angewendet wurde, und es ist diese Entwicklung auch durchaus begreiflich, da, wenn man es schon verständlich finden mag, den Vollzug der Schenkung zu erschweren, die Rückgabe der vollzogenen auf die Dauer sehr unzeitgemäß erscheinen mußte.

Begriff der
Donatio
perfecta.

Da also in der klassischen Zeit die lex Cincia nur auf Schenkungen wirkt, die noch nicht vollzogen sind, spielt bei den ihr unterfallenden für die klassischen Juristen der Begriff der Donatio perfecta eine Rolle.

a) im
weiteren
Sinn.

Zwar wäre es durchaus irrig zu glauben, daß derselbe bloß mit Rücksicht auf das Schenkungsverbot gehandhabt wird. Vielmehr kommt er auch bei durchaus erlaubten Schenkungen in Betracht. Da nämlich auf dem Gebiet der Liberalität übereilte Verheißungen überaus häufig sind, die dann zurückgezogen werden, taucht, auch abgesehen von jedem Verbot, oft die Frage auf, ob

²⁸ Vgl. Vat. Fr. 275, 310 (282 und 312 kommen nicht in Betracht, weil der Tod des Schenkers hineinspielt); Jul. D. 39, 5, 2, 1 und 2; Pap. D. ibid. 31 pr.

²⁹ Philipp. Vat. Fr. 272. Geschenkt sind ein Fundus, eine Decuria (= 10 Sklaven, Colum. 1, 9) und eine Tribus.

³⁰ Auf einschlägige Reskripte weist Diocl. Vat. Fr. 275 hin; freilich ein spätes Zeugnis derselben.

eine rechtsverbindliche Zuwendung schon vorliegt, und so wird denn die *Donatio perfecta* zu der „*concepta*“ auch blofs in dem Sinn in Gegensatz gestellt, dafs sie den rechtsgiltigen Akt von dem unwirksamen *Pactum* unterscheiden soll. Das geschieht denn sogar auch bei Schenkungen an *Personae exceptae*, wo das Verbot gar nicht in Frage kommt; ja in der Mehrzahl der Anwendungsfälle jenes Begriffs handelt es sich um solche³¹.

Aber allerdings gewinnt derselbe eine prägnante Bedeutung, wenn es sich um verbotene Schenkungen handelt. Diese Bedeutung ist überall anzunehmen, wo eine Schenkung, deren Giltigkeit, abgesehen vom Verbot, ganz ausser Zweifel stehen würde, noch auf die Perfektion hin geprüft wird³².

b) im
engeren
Sinn.

III. Wann die verbotene Schenkung als „perfekt“, d. h. als rechtswirksam zustande gekommen gilt, das ist nicht durch das Cincische Gesetz selbst bestimmt worden, sondern lediglich durch die juristische Theorie³³, welche hier dem Gesetz und dem dasselbe ausführenden prätorischen Edikt blofs die allgemeine Prämisse entnimmt, dafs zur Durchsetzung der noch nicht realisierten Schenkung Rechtshilfe nicht gewährt wird.

Einreden
gegen die
Schen-
kungs-
klage.

Der Prätor gibt nämlich gegen Ansprüche aus der Schenkung zwei Exzeptionen. Die eine ist unter der Rubrik „*Si in ea re nihil contra legem factum sit*“ mitbegriffen (exc. I. *Cinciae*); die andere ist vielleicht auch ediktsässig³⁴, aber jedenfalls in *factum* konzipiert: „*Si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*“ (Vat. Fr. 310). Über die — nicht sicherzustellende — Bedeutung der letzteren vgl. oben S. 158 und Anm. 34. Beide können nach Umständen auch als Replikationen wirken.

a) Dabei bestand jedoch über die persönliche Legitimation zur Geltendmachung dieser Einreden resp. Repliken ein Gegensatz der Rechtsschulen. Die Sabinianer haben die Tendenz, diese Legitimation auf die Person des Schenkers selbst einzuschränken, während

Schul-
kontro-
verse über
die Legiti-
mation zur
Einrede.

³¹ Vat. Fr. 255, 264, 266 a, 268, 278, 293; C.J. 5, 3, 12 (cf. 10); 8, 53, 11; 8, 54, 4. Überhaupt bezeichnet *Perfici* das Giltigsein auch bei anderen Rechtsgeschäften, vgl. D. 18, 1, 63 pr.; 33, 2, 18; C.J. 5, 16, 2; *imperfectus* daher das Ungiltige in D. 29, 3, 2, 1; 46, 4, 14 u. a.

³² So z. B. bei Cels. D. 39, 5, 21 pr.; dafs der Jurist hier sagt „*Donatio valet*“ statt „*perfecta est*“, ist natürlich unbeachtlich.

³³ Dies bedarf, als nach den, wenngleich in anderer Beziehung anfechtbaren, Ausführungen von Francke (A. 19) heute unbestritten, keines weiteren Beweises. Am deutlichsten ergibt es sich aus Paul. Vat. Fr. 310, 311.

³⁴ So *Ascoli* (A. 20): Der Vorläufer der *Exc. in jus concepta*.

die Prokulejaner sie auch Anderen gegeben haben sollen, „quasi popularis sit haec exceptio“³⁵.

Über den Umfang freilich, in welchem diese Streitfrage bestand, vermögen wir nicht klar zu sehen. Es ist aber m. E. anzunehmen, daß sie sich auf obligatorische Prozesse aus Schenkungen beschränkte³⁶; bei dinglichen muß man einig gewesen sein (A. 41).

Insbesondere wird anzunehmen sein, daß sie bestanden hat für schenkweise Delegation eines Schuldners. Hier, wo der Schenker sich eines bereits vorhandenen Vermögenswertes entäußerte, ist wohl glaublich, daß die Sabinianische Schule in dieser Entäußerung bereits eine Perfektion erblickte (vgl. S. 165).

Viel zweifelhafter bleibt es, ob auch bei andern Delegationen und bei Verbürgung eine Streitfrage bestand³⁷. Soweit zunächst die genannten Interzedenten am Schenker Regrefs hatten, ist es geradezu sicher, daß auch die Sabinianer die Einrede gewährten; nachweislich geben sie Cassius und Javolen³⁸ dem regrefsberechtigten Bürgen, und das konnte auch nicht anders sein. Wohl aber kann danach gefragt werden, ob sie etwa die regrefsslosen Interzedenten anders behandelten³⁹ und ihnen die Einrede aus der Person des Schenkers verweigerten. Freilich konnte hier in der Interzession selbst eine neue Schenkung liegen; aber notwendig ist dies nicht, und in der Tat hat Cassius dem regrefsslosen Bürgen für eine Fraueninterzession die Einrede verweigert⁴⁰. Möglicherweise hat der Dissens also auch diesen Punkt ergriffen.

³⁵ Ulp. Vat. Fr. 266: semper (donator) exceptione Cinciae uti poterit, nec solum ipse, verum ut Proculejani contra Sabinianos putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio.

³⁶ Man pflegt dies zu verkennen. Unhaltbare Auffassungen der Popularität: 1. Bruns, Vat. Fr. 126 (nach Schrader): Quivis ex populo soll im Prozeß des Schenkers die Insertion der Einrede verlangen können(?). 2. Rudorff, R.G. 1, 55: Den Kognaten des Schenkers zustehend; Beweis? 3. Huschke, Jurisp. Antej. ad h. l.: „den Erben zustehend“; aber diese erwähnt Ulpian daneben noch besonders. 4. Ascoli: s. A. 41.

³⁷ Daneben käme allenfalls noch ein Pfandbesitzer in Betracht. Wir besitzen darüber m. W. keine Entscheidung.

³⁸ D. 39, 5, 24.

³⁹ Gehört hierher Julian D. 39, 5, 2 pr.? „Si, cum filiusfamilias pecuniam donare vellet, patris jussu eam promisit, valet donatio, perinde ac si fidejussorem dedisset.“ Denn es könnte hier dem Vater die Exceptio deshalb verweigert sein, weil er am Sohn keinen klagbaren Regrefs hat. Doch kann auch an einen Fall erlaubter Schenkung gedacht und die einfache Wahrheit gemeint sein, daß das Versprechen durch das Jussum sofort exigibel wird.

⁴⁰ D. 16, 1, 16, 1.

b) Doch ist bei der Schenkung körperlicher Gegenstände, wir wissen nicht, ob von jeher, aber jedenfalls später, der Satz befestigt worden, daß sie immer als vollgültig zu behandeln ist, sobald infolge der Schenkung das vor derselben bestandene Eigentums- und Besitzrecht vollständig vom Schenker losgelöst und auf den Beschenkten übergegangen ist, während man allerdings, so lange das noch nicht geschehen ist, im Eigentums- oder Besitzprozeß dem Beschenkten jede Berufung auf die zum teilweisen Vollzug der Schenkung erfolgten Rechtsakte abschneidet. Das Prinzip wird dahin formuliert: Bei *Res mancipi* ist erforderlich Zusammentreffen von *Manzipation* (oder *In Jure Cessio* resp. *Usukapion*), *Tradition* und bei *Mobilien* einer solchen Dauer des durch die *Tradition* begründeten Besitzes, daß der Schenker gegen den Beschenkten im *Utrubiprozeß* unterliegen muß⁴¹. Fehlt es an der *Manzipation* oder bei *Mobilien* am *Utrubibesitz*, so kann sich der Schenker durch *Vindikation*⁴² (die natürlich durch vollendete *Usukapion* abgeschnitten wird^{43 44}), resp. *Interdictum utrubi* wieder zum Besitz hinziehen, wobei er eine etwaige *Exc. rei traditae* mit der *Replicatio legis Cinciae* zurückschlägt; bei vorliegender *Manzipation*, aber fehlender *Tradition* schützt er sich gegen die *Rei Vindicatio* des Beschenkten mit *Exc. legis Cinciae*.

Perfektion
der
Schenkungs-
l. bei Sach-
schen-
kungen.

⁴¹ Paul. Vat. Fr. 310, 311; Diocl. ibid. 293. Daß das Abhandensein einer dieser Bedingungen dem Donatar gegenüber auch Dritten zugute kommen mußte, die vom Schenker erworben hatten, halte ich für beinahe selbstverständlich auch vom Standpunkt der sabinianischen Ansicht (oben S. 161a); sonst waren alle jene Regeln praktisch wertlos. Daher kann ich es nicht billigen, wenn *Ascoli a. O.* 215 die „*popularis exc. l. C.*“ der *Prokulejaner* auf diese Konstellation bezieht.

⁴² Beispiel: *Marcell. D.* 41, 6, 2; wahrscheinlich ist auch der Versuch einer *Vindikation* bei *Ulp. D.* 50, 12, 3, 1 auf die *lex Cincia* gestützt zu denken.

⁴³ Wie wenn eine *longi temp. praesc.* platzgreift? Gibt es gegen diese *Replic. l. Cinc.*? Dafür *P. Krüger, Z. Sav. St.* 26, 147; dagegen *Partsch, L. T. Praesc.* 172 f.

⁴⁴ Daß die Schenkung von alters her als *Usukapionstitel* gegolten hat, darf man nicht etwa bezweifeln wegen *Aristo D.* 39, 5, 18, 2: „*Si donationis causa in hoc tradatur (l. mancipio detur) servus, ut post quinquennium manumittatur, sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret;*“ denn die Meinung ist hier nicht die, daß wegen des Schenkungstitels die *Usukapion* zu bezweifeln sei, sondern die, daß sie eben wegen der konkurrierenden Schenkung angenommen werden kann, obwohl *Fiducia* vorliegt. Nur letztere also kann nicht als *Ersitzungsgrund* angesehen worden sein.

Dagegen kommt die Möglichkeit, daß auch nach Zusammentreffen der obigen drei Voraussetzungen der Beschenkte zufällig die Sache an den Schenker verliert, nicht in Betracht; denn jetzt beruft er sich nur noch auf seine abstrakte dingliche Rechtsstellung.

Bei *Res nec mancipi* entfällt natürlich das Erfordernis der Manzipation⁴⁵, bei Immobilien das des Utrubibesitzes.

2. bei
Schenkung
von
Rechten.

c) Auf unkörperliche Gegenstände angewandt ergibt das Realisationsprinzip ähnliche Konsequenzen; also ist die Schenkung einer *Habitatio* durch einfaches *Pactum* ungiltig⁴⁶ wegen Fortbestehens der Zivilklage des Schenkers mit *Replicatio l. Cinciae* gegen die *Exceptio pacti*. Dasselbe Resultat ist vielleicht für alle bloß prätorisch geschützten *Servituten* anzunehmen⁴⁷; umgekehrt dürfte die zivil vollzogene Schenkung von *Servituten* wohl als sofort perfekt gegolten haben. *Replik* gegen das *Pactum de non petendo* gilt beim bloß prätorisch geschützten Forderungsverzicht⁴⁸; unentgeltlicher *Pfandverzicht* freilich bedarf schon deswegen, weil Bereicherung, also wahre Schenkung hier normalerweise nicht vorliegt, keiner weiteren Realisation⁴⁹. Eine ausreichende Verwirklichung der Schenkungsabsicht enthielt die *Akzeptilation*⁵⁰, sowie ein ausnahmsweise zivil wirkender formloser Forderungsverzicht⁵¹.

⁴⁵ Daher für *fundi tributarii* *Diocl. Vat. Fr.* 293.

⁴⁶ *Papin. D.* 39, 5, 27 rettet sie im einzelnen Fall nur durch *Elimination* des Schenkungscharakters.

⁴⁷ Ich wäre geneigt, damit folgende bisher noch nicht erklärte Stelle in Zusammenhang zu bringen. *Diocl. Vat. Fr.* 283: „*Si praediorum stipendiarium proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad te(mpus) proprietas transferri nequiverit. Si vero usumfructum in eam, contra quam supplicas, contulisti, usumfructum a proprietate alienare non potuisti.*“ Es handelt sich um den zweiten Satz. Was *Appleton, Propr. prêt.* 2, 183 und *Pernice, Lab.* 3, 1, 94 darüber sagen, genügt sicher nicht. Ist der Entscheidungsgrund etwa gewesen, daß an *P. stipendiaria* der Niesbrauch hätte amtsrechtlich geschützt werden müssen, was der *Cincia* widersprach? — In *D.* 7, 1, 12, 2. 38, wo gleichfalls nur prätorischer Schutz in Frage steht, ist die *Cincia* wohl ignoriert; die Stellen sind also belanglos.

⁴⁸ *Papin. D.* 20, 6, 1, 1; die richtige *Restitution* dieser Stelle gibt *Francke, Ziv. Abh.* 50 (unrichtig *Lenel Pal. zu Pap.* 657). Es ist von „*donationem*“ bis „*constabat*“ interpoliert.

⁴⁹ *Papin. D.* 20, 6, 1, 1; dazu *Francke (A.)* 48).

⁵⁰ *Ulp. D.* 39, 5, 17.

⁵¹ *Diocl. C.J.* 8, 53, 18.

d) Dem stipulatorischen Versprechen des Schenkers selbst haftet die Exceptio an; sehr große Schwierigkeiten dagegen bereitet die Schenkung durch Delegation.

3. bei
schen-
kungs-
weiser
Delegation.

Es finden sich folgende Entscheidungen: Vorauszuschicken ist, daß für die Aussprüche des Julian in D. 39, 5, 2 nicht ganz sicher ist, ob sie sich auf die lex Cincia beziehen. Doch ist dies, obwohl beim Eingang der Stelle diese Beziehung vielleicht fehlt, das Wahrscheinlichere.

1. Causa donationis zwischen Deleganten und Delegatar. Nach Julian D. 39, 5, 2, 2—3; 44, 4, 7 pr. unanfechtbar, wenn Delegat nicht etwa in der irrümlichen Meinung, Schuldner des Deleganten zu sein, zugesagt hat. Nach Celsus D. 39, 5, 21, 1 ist zwar Delegat dem Delegatar haftbar, gegen diesen stellt aber Delegat *Condictio an* auf den Betrag, der das erlaubte Schenkungsmaß überschreitet. Es ist zunächst möglich, daß dieser Widerspruch überhaupt erst von den Kompilatoren geschaffen sei; denn so sicher die erste mit den Anschauungen der Sabinianer über die Einschränkung der *Exceptio legis Cinciae*⁵² voll harmonisierende Entscheidung echt ist, so sicher haben sie an der Celsusstelle mindestens teilweise geändert⁵³. Sollte aber wenigstens der eben referierte Teil doch authentisch sein⁵⁴, so ließe sich die Entscheidung des Celsus vielleicht mit der prokulejanischen Anschauung von der „*popularis exceptio legis Cinciae*“ (oben S. 161 III a) in Zusammenhang bringen⁵⁵.

2. Besteht Causa donationis zwischen Deleganten und Delegaten, so ist die Sache allerdings viel einfacher: Julian D. 39, 5, 2, 2 ist wieder für Giltigkeit der Schenkung, und hier scheint Celsus D. 39, 5, 21 pr. übereinzustimmen; in der Tat fordert der Delegatar hier gar nicht aus Schenkung, ihm darf also die Rechtshilfe nicht

⁵² Oben S. 161 III a.

⁵³ So sind anerkanntermaßen die Worte *si quidem — exegisti* ihr Werk.

⁵⁴ Nicht unmöglich: Der immerhin sehr gut klingende Satz: „*et meus quidem creditor*“ erfordert einen Gegensatz.

⁵⁵ Sehr hypothetisch sei bemerkt: Eigentlich müßte nach der prokulejanischen Ansicht Celsus dem Delegatar *Exceptio legis Cinciae* geben. Wenn er sie doch versagt, könnte es deswegen sein, weil die von ihm in der Delegations- und Schenkungslehre auch sonst gehandhabte (D. 24, 1, 3, 12) Theorie der Doppeltradition, die er ja wirklich anruft, ihn davon abhält. Aber darunter darf der Delegant nicht leiden: auch bringt die fingierte Doppeltradition es dahin, daß eigentlich er selbst das Geld übergeben hat. Von diesem Standpunkt hätte er das *Interdictum Utrubi* auf Herausgabe des Besitzes der Geldstücke und an dessen Stelle gäbe der Jurist, da man mit fingiertem Besitz doch nichts ausrichtet, eine *Condictio*. (*Salvo meliori*).

verweigert werden, und indem der Delegat sich einem solchen Forderungsrecht unterworfen hat, hat er die Schenkung an den Deleganten perfiziert. Wenn dem anscheinend ein Ausspruch des Paulus D. 44, 4, 5, 5 entgegensteht, wo wieder eine *Condictio* des Delegaten gegen den Deleganten erscheint, ist dieser durchaus dem Verdacht des Tribonianismus unterworfen⁵⁶.

Aus dem Obigen ergibt sich gleichzeitig, weshalb ich an eine allgemeine Rückforderung der verbotenen Schenkung für die Kaiserzeit nicht glaube (oben S. 159): von den beiden besprochenen (einzigen) Zeugnissen ist das zweite sehr verdächtig, und wenn das erste echt ist, kann es mit ganz besonderen Anschauungen zusammenhängen.

Morte
Cincia
removetur.

IV. Das hier dargestellte Cincische Schenkungsverbot hatte ursprünglich absolute Bedeutung, so daß die noch nicht im prägnanten Sinn des Cincischen Rechts perfizierte Schenkung auch für den Erben des Schenkers nicht bindend war. Die Juristen der severischen Zeit handhaben jedoch die Regel „*Morte Cincia removetur*“; das heißt, wenn der Schenker gestorben ist, ohne die Unverbindlichkeit der Schenkung geltend gemacht zu haben, können seine Erben sich auf dieselbe nicht mehr berufen. Es steht ihnen *Exceptio* oder *Replicatio doli* entgegen. Dieser Grundsatz ist durch ein Reskript von Caracalla bekräftigt worden⁵⁷, hat aber wohl schon eine Zeitlang vor ihm gegolten⁵⁸, sei es kraft der Praxis, sei es kraft irgendwelcher Reskripte.

Eine Schenkung, die, auch abgesehen vom gesetzlichen Verbot, noch nicht als perfekt anzusehen wäre, wird natürlich durch diese Regel nicht bekräftigt.

Besondere
Fälle.

V. Endlich gelten für zwei besondere Fälle der Schenkung, wieder abgesehen von der *lex Cincia*, noch folgende Regeln.

⁵⁶ Sicher interpoliert sind die Schlußworte „*ut reddatur*“, vgl. v. Mayr, *Condictio* I p. 230 (wie die Vergleichung mit der *aº rescissoria* bei Celsus D. 39, 5, 21, 1 zeigt, ist dabei die Unterscheidung zwischen dem Zeitraum vor und nach der Zahlung des Delegaten im Sinn der Kompilatoren gelegen und darum auch der von Mayr als möglich bezeichnete Ausweg nicht einladend). Aber auch die Worte „*debitor qui delegavit vel*“ können eingeschoben sein.

⁵⁷ Ulp. ad Ed. 26 Vat. Fr. 266: Daß mit dem „*Imperator noster*“ Caracalla gemeint ist, folgt daraus, daß das 26. Ediktsbuch des Ulpian aus dessen Regierungszeit stammt.

⁵⁸ Denn schon Papinian kennt genau die gleiche *doli replicatio* in l. XII Resp. = Vat. Fr. 294 (cf. auch 250, 259), welche Stelle, da sie die Konvaleszenz der Eheschenkungen auf die „*maximi principes nostri*“ zurückführt, noch bei Severus' Lebzeiten geschrieben ist. Daß die Regel wiederholt eingeschärft

a) auch nach eingetretener Perfektion widerruflich ist die Schenkung des Patrons an den Freigelassenen; doch erlischt auch hier das Revokationsrecht mit dem Tod des Schenkers⁵⁹.

b) Die Schenkung des Gwalt habers an seine Deszendenten ist nach allgemeinen Grundsätzen nichtig und wird noch zu Papinians Zeit durch die lebenslängliche Nichtausübung des Widerrufsrechts nicht bestätigt; Reskripte des dritten Jahrhunderts haben jedoch auch hier dem lebenslänglich unterlassenen Widerruf heilende Kraft gegeben⁶⁰.

c) Umgekehrt soll durch ein Reskript von Antoninus Pius die Schenkung von Eltern an emanzipierte Kinder in Bezug auf die Formerfordernisse begünstigt worden sein; doch ist das Nähere unklar⁶¹.

VI. Von der Schenkung unter einer Auflage ist im § 12 die Rede. Die Schenkung auf den Todesfall ist in der Darstellung des Erbrechts zu besprechen.

§ 11. Bedingungen und Termine.

Bedingungen der Rechtsgeschäfte sind dem römischen Rechtsleben unzweifelhaft von altersher bekannt.

I. 1. Die Suspensivbedingung¹ hat bei den Römern deswegen schon früh eine Rolle gespielt, weil gerade einige der ältesten Rechtsgeschäfte auf sie durchaus angewiesen sind. So das, freilich dem Sakralrecht angehörige, *Votum*. Nicht minder ist dem Testament die Verknüpfung seiner Bestimmungen mit zukünftigen ungewissen Umständen unentbehrlich, und wir wissen, daß schon die Zwölf Tafeln eine Bestimmung über die *Statuliberi* enthielten²,

wurde, ist nicht verwunderlich, wenn man sieht, wie oft in den *Vat. Fr.* solche Widerrufsversuche durch die Erben vorkommen. Vielleicht ist übrigens vor *Caracalla* die Einrede nur durch die Praxis gegeben worden.

⁵⁹ *Imp. Philipp. Vat. Fr.* 272, wohl auf altes Recht zurückgehend.

⁶⁰ S. einerseits *Papin. Vat. Fr.* 294—296; andererseits *ibid.* §§ 274, 277, 278, 281, 290—292; *Syr. R.B.L.* 22.

⁶¹ *Constantin. C. Th.* 8, 12, 4; dazu *Francke a. O.* 55.

¹ In bezug auf die Form der suspensiven Bedingung ist nur zu bemerken, daß sie regelmäßiger und logischer Weise der bedingten Verfügung vorausgeht (Ausnahme *Scaev. D.* 45, 1, 129). Ob freilich, wie *Huschke, Jurisp. Antej.* zu *Paul. sent.* 4, 13, 1 annimmt, hier das „*hoc loco*“ sich auf die im gegebenen Fall dem Hauptsatz erst nachfolgende Beifügung der Bedingung bezieht, ist mindestens sehr zweifelhaft; die Stelle ist schwer verständlich. Über die Frage, ob auch *Paul. D.* 44, 7, 44, 2, mit diesem Punkt zusammenhängt, s. unten A. 52.

² *Ulp. Fr.* 2, 4.

was sich nur auf testamentarische Freilassungen beziehen kann, da die Freilassung unter Lebenden Bedingungen nicht zugänglich ist. Endlich weist der Verbalkontrakt der Sponsio in der Form der Prozeßwette (*sponsio poenalis* und *praeiudicialis*) eine Bedingbarkeit auf, die gleichfalls ziemlich hoch zurückreicht.

Dafs auch bei den freien Kontrakten des Obligationenrechts Bedingungen schon früh vorkamen, haben wir nicht blofs keinen Grund zu bezweifeln³, sondern vielmehr positive Anhaltspunkte zu glauben⁴. Nur für die Sozietät soll die Zulässigkeit von Bedingungen bestritten gewesen sein, falls der bezügliche Bericht nicht auf einem Mißverständnis beruht⁵.

Auch bei der Bestellung dinglicher Rechte, soweit sie nicht durch bedingungsfeindliche (s. u.) Rechtsgeschäfte sich vollzieht, sind Suspensivbedingungen, soweit wir zurückblicken können, anerkannt worden⁶.

³ Freilich wird aus Gai. 3, 146 i. f. herausgelesen, dafs hierüber Streit bestand (Pernice, Lab. 1, 482 A. 29; Kniep, Präscr. 107; A. Kohler, Arch. f. bürg. R. 15, 7); aber die Worte „*iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint*“ sagen nur, dafs die Möglichkeit, ein und dieselbe Sache alternativ zu verkaufen oder zu vermieten, nunmehr feststehe, was auch allein dem Zusammenhang entspricht. Wenn das mißverständene Zeugnis des Gaius wegbleibt, hat auch Paul. D. 19, 2, 20 pr. keine Bedeutung mehr; die Stelle spricht nur das Selbstverständliche aus.

⁴ Wenn, wie unten gezeigt wird (S. 179), schon die Catonischen Lokationsformulare die Resolutivbedingung kennen, kann die Suspensivbedingung hier nicht gefehlt haben.

⁵ Justinian C.J. 4, 37, 6. Man bemerke, dafs als Beispiel angeführt wird: puta „*si ille consul fuerit*“ societatem esse contractam. Es ist nicht ausgeschlossen, dafs hierbei in der klassischen Vorlage fuerit als *Conjunct. perf.* und nicht als *Futur. exact.* gedacht und eine *Conditio in praeteritum collata* gemeint war, und dafs der Streit der Veteres sich gerade nur auf die Zulässigkeit dieser Art von Bedingungen bezog. Man hätte dann an ihnen vielleicht darum Anstoß genommen, weil sie auf beliebige Zeit zurückgestellt werden und so, entgegen der *lex Cincia*, Schenkungen involvieren konnten. Die Byzantiner hätten danach den Inhalt der Streitfrage mißverstanden. — Eine andere Erklärung läßt sich dahin suchen, dafs die bedingte Sozietät nur in dem Sinne als unzulässig galt, dafs jemand bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses nach rückwärts hin als Sozius betrachtet werden sollte; namentlich die Strafsozietät zwischen Patron und Freigelassenen (s. in der Lehre von der Freilassung) mochte hierfür ein Vorbild geben. Die Ungültigkeit solcher Verabredungen ergibt sich schon aus Paul. D. 39, 6, 35, 5.

⁶ Wenn Bechmann, *Dotalr.* 2, 12 A. 2, bemerkt, dafs die bedingte Übertragung dinglicher Rechte ohne Zweifel später anerkannt worden ist als das bedingte Versprechen, so mag das richtig sein, schon weil die Tradition, die allein der Bedingung zugänglich ist, ursprünglich nur in beschränktem Umfang

2. Eine Ausnahme bildet eine Gruppe von Rechtsgeschäften, die die Bedingung nicht zulassen und durch ihre Beifügung ungültig werden. Die Aufzählung derselben durch Papinian D. 50, 17, 77 ist teils von den Byzantinern überarbeitet, indem sie aus der offenbar vom Klassiker angeführten Manzipation die Emanzipation gemacht haben; teils unvollständig, es fehlt (freilich vielleicht wieder infolge byzantinischer Kürzung) z. B. neben der Hereditatis aditio die Cretio, ferner die In Jure Cessio und Manumissio vindicta⁷ 8, wohl auch die Eheschließung⁹; teils irreführend, denn es wird die Datio tutoris schlechthin genannt, während nur die magistratische, nicht auch die testamentarische gemeint ist¹⁰. Nicht ganz unanfechtbar ist auch, daß Papinian die von ihm angeführten Geschäfte als Actus legitimi, d. h. Akte des strengen Zivilrechts bezeichnet¹¹. Zwar liegt dabei eine richtige Beobachtung zugrunde; das ältere Recht hat in der Tat das Bestreben, das Rechtsgeschäft

zur Eigentumsübertragung taugte; aber achtbare Spuren davon sind nicht erhalten. Denn die bekannte Crux Ulp. D. 23, 3, 9, 1 kann als solche nicht gelten, obwohl Ulpian hier scheinbar die Gebundenheit des Erben an die bedingte Veräußerung des Erblassers bezweifelt, was, wenn richtig, immerhin einen noch unfertigen Zustand der bedingten Tradition bedeuten würde. Die Stelle ist sicher heillos entstellt, ganz abgesehen von der aufliegenden Interpolation „sed benignius — indotata“. Die Worte „in dominio effici“ sind sehr verdächtig. Vielleicht ist im Original von einer Mancipatio fiducia causa des Dotators an einen Vertreter die Rede gewesen und eine Erwägung ausgesprochen worden wie die in D. 24, 1, 7, 8; doch ist es nutzlos, den Punkt zu verfolgen. Jedenfalls wird die Gebundenheit des Erben an die bedingte Tradition seitens des Erblassers schon von Julian D. 39, 5, 2, 5 als selbstverständlich vorausgesetzt. Warum Enneccerus, Rechtsgeschäft 468—482 und Ferrini, Pand. 193 A. 2 letztere Stelle für interpoliert, die erstere dagegen für glaubwürdig halten, vermag ich nicht zu erkennen.

⁷ Die suspensiv bedingte Manum. vindicta mortis causa, wovon Marcellus D. 40, 1, 15 gesprochen haben soll, ist offenbar Kompilatorenwerk; Haymann, Freilassungspflicht und Reurecht 30 f. S. unten bei der Lehre von der Freilassung.

⁸ Von der (gleichfalls bedingungsfeindlichen, Vat. Fr. 329) Cognitoris datio ist die zivile Natur zweifelhaft (oben S. 66 A. 11).

⁹ Ein Zeugnis für diese ist mir allerdings nicht bekannt; aber sie setzt die Deductio in domum voraus, also einen Realakt, der nur als unbedingter denkbar ist. — Endlich nennt Pap. selbst, Vat. 329, noch die Expensilatio.

¹⁰ Vgl. einerseits Ulp. D. 26, 1, 6, 1, anderseits Ulp. D. 26, 2, 8, 2.

¹¹ Der Fehler wird nur scheinbar behoben, wenn man mit Schmidt (Wirkung der Rechtsgeschäfte 17 A. 19) den Relativsatz qui non recipiunt sqq. nicht explikativ faßt, sondern taxativ. Denn wozu fügt Pap. dann überhaupt das legitimi hinzu? Damit wäre ja die Eingehung der freien Ehe (A. 9) ausgeschlossen.

als ein in sich vollendetes Ganze auszuprägen, das nicht von außerhalb liegenden Umständen abhängig ist¹², und wenn davon beim Votum oder bei testamentarischen Verfügungen eine Ausnahme anerkannt ist, ist sie durch deren Natur zwingend diktiert. Doch ist es zweifelhaft, ob alle hierhergehörigen Fälle sich auf diesen Gesichtspunkt zurückführen lassen; bei der magistratischen Tutoris Datio z. B. oder der Ehe ist der Ausschluß der Bedingungen wohl mehr durch die gleichen Gründe der Praktikabilität des Rechtsverkehrs diktiert, welche auch neuere Gesetzgebungen vielfach dazu geführt haben, gewisse Geschäfte nur als unbedingte zu erlauben; zumal die freie Ehe gar kein Actus legitimus ist.

Durch die Unzulässigkeit der ausdrücklichen Beifügung von Bedingungen wird es übrigens nicht ausgeschlossen, daß die Wirkung derartiger Geschäfte infolge des Mangels innerer Voraussetzungen ihrer Giltigkeit zeitweise in der Schwebe sei. Vielmehr können auch die zivilen Formalakte unter Umständen in diesem Sinn von suspendierter Wirkung sein¹³.

Übrigens bezieht sich Papinians Ausführung eben auch nur auf suspensive Bedingungen; resolutive Bedingungen der Formalgeschäfte sind wohl überhaupt nicht als solche erschienen, sondern

¹² S. unten § 15. Mehrfach äußert sich dies schon in ihrer auf die Gegenwart gestellten Form, und man hat auch die Erklärung darin gefunden, daß eine Manzipation „hanc rem meam esse ajo, si . . .“ widersinnig wäre. Indessen führt diese Form doch wieder auf jenes Bestreben nach Konzentration zurück.

¹³ Diese auffällige, weil dem Gesetze der Simultanität von Geschäft und Rechtswirkung (unten § 15) widersprechende Erscheinung findet sich mehrfach: 1) wenn beim Vermächtnis einer Servi optio der Erbe vor der Option einen Sklaven aus dem Auswahlkreis freiläßt, ist die Freilassung dann von Wirkung, wenn der Freigelassene nicht optiert wird, Javol. D. 33, 5, 14; Gai. 40, 9, 3; Paul. D. 40, 7, 1, 1. — 2) Die Wirkung der Akzeptilation einer bedingten Schuld ist von der Erfüllung der Bedingung abhängig, s. unten S. 175. — 3) Die Freilassung eines verpfändeten Sklaven kommt zustande, wenn die Pfandschuld gezahlt wird, Scaev. D. 40, 9, 26; die gegen die lex Aelia Sentia verstossende, wenn die Gläubiger nicht geschädigt sind, Paul. D. 40, 7, 1, 1. — 4) Schwebende Akzeptilation in § 14 A. 28. — 5) Allgemeiner Grundsatz bei Pap. D. 50, 17, 77. (Anders geartet ist der bei Paul. D. 8, 4, 18; Cels. D. 8, 3, 11 besprochene Fall). Man könnte zwar bei den Fällen 1 und 3, um das Auffällige der Suspension eines Actus legitimus zu beseitigen, an junianische Freilassung denken wollen; aber Paul. cit. verbietet dies schlechthin. — Daß die unter 1, 3 und 4 genannten Fälle auch unter dem Gesichtspunkt der relativen Nichtigkeit betrachtet werden können (S. 243f.), folgt aus dem Wesen der letzteren: suspensiv bedingte Giltigkeit ist resolutiv bedingte Ungiltigkeit. Eine andere Frage ist, ob diese Behandlung die ursprüngliche ist; vgl. unten A. 38.

eher als (ungewisse) Endtermine; jedenfalls spielen sie beinahe gar keine Rolle. Resolutive Termine können hier zwar vorkommen, aber ihr Eintreten löst das Formalgeschäft nach Jus civile nicht auf (unten S. 191 IV).

3. Die schematischen Kategorien, in welche die klassische Jurisprudenz die Bedingungen einteilt, gehören mehr der Dogmatik als der Geschichte des Rechts an. Diese letztere hat höchstens zu bemerken, daß die römische Rechtsdogmatik hier vielfach durch die zufällige Gestaltung des damaligen Rechts beeinflusst war und auf allgemeine Berücksichtigung in geringerem Maße Anspruch hat, als es wohl oft angenommen worden ist.

Kate-
gorien.

Dies gilt insbesondere von dem Begriff der *Condiciones in praesens vel praeteritum collatae*, dessen praktischer Wert sich fast nur in besonderen Konstellationen des römischen Erbrechts zeigt¹⁴, während er im Verkehr unter Lebenden beinahe scholastisch ist, und welcher nebstbei auch im Erbrecht durchaus nicht einheitlich ausgestaltet wird¹⁵. Auch der Satz, daß unmögliche Bedingungen bei Erbeinsetzung, Vermächtnis und Freilassung gestrichen werden, ist vielleicht mehr durch zufälligen Anstoß¹⁶ als durch theoretische Erwägung veranlaßt, wenngleich die neuerdings aufgestellte Behauptung zu weit gehen mag, daß er in seiner gangbaren, auf „*impossibiles condiciones*“ abgestellten Fassung erst im zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit formuliert worden sei¹⁷. Jedenfalls

¹⁴ Es ist durchaus nicht die Meinung der Klassiker, daß jede derartige Bedingung keine wahre ist. Sie wird nur dort nicht als solche behandelt, wo der *Favor testamenti* dem entgegensteht, Pomp. D. 28, 3, 16: das spätere Testament mit einer in solcher Weise bedingten Erbeinsetzung rumpiert das frühere nicht, wenn die Bedingung nicht zutrifft — *Favor testamenti*. Wie sehr dieser Gesichtspunkt hier maßgebend ist, zeigt der Umstand, daß am Schluß der Stelle, wenn die Interpolation im Sinn Hofmanns (Krit. Stud. 151 f.) und Eiseles (Ztschr. d. Sav.St. 13, 129) redressiert wird, sogar eine unmögliche Bedingung der zweiten Erbeinsetzung nicht wie gewöhnlich gestrichen wird, sondern diese annulliert und das erste Testament rettet. — Von Ulp. D. 28, 7, 10, 1 wird die Erbeinsetzung eines *filius suus* unter *Co. in praesens coll.* für gültig erklärt — *Favor testamenti*.

¹⁵ Während in den Fällen der vorigen Anm. die Bedingung als unechte gilt, ist sie doch imstande, die *Hereditatis aditio*, der sie beigefügt ist, zu zerstören, Afric. D. 29, 2, 51, 2.

¹⁶ *Alibrandi*, Opere 1, 205 f.; *Scialoja*, Bull. 14, 5 f. — Die Streitfrage, ob der Satz sich auf die im Text genannten letztwilligen Verfügungen beschränkt oder auch auf alle anderen bezieht (*Buonamici*, Bull. 8, 31 f.; *Scialoja* ebenda 36 f.) ist hier nicht zu erörtern.

¹⁷ *Scialoja*, Bull. 14, 29: Der Terminus „*condicio impossibilis*“ sei nämlich der älteren Juristensprache fremd: noch Julian D. 30, 104, 1 habe den

wird er nach Bedürfnis in sein Gegenteil verkehrt¹⁸. Das Nähere über diese Fragen gehört der speziellen Darstellung an.

Wirkung
der suspen-
siven Be-
dingung.

4. Was die Wirkung des suspensiv bedingten Geschäfts und, was damit mitunter zusammenhängt, der erfüllten Bedingung anbetrifft, so geht die Behandlung dieser Fragen, wenn man bloß auf die praktischen Entscheidungen blickt und sich nicht durch gelegentliche, übrigens seltene, ungenaue Ausdrücke der Juristen irreführen läßt, auf ein ganz einfaches Prinzip zurück¹⁹.

Dieses ist schon durch die Zwölftafeln festgelegt für den unseres Wissens einzigen Fall des bedingten Rechtsgeschäfts, der dort geordnet ist, nämlich für die suspensiv bedingte testamentarische Freilassung, und es geht dahin, daß das bedingte Rechtsgeschäft *pendente condicione* keinerlei Rechtsänderung erzeugt, daß aber anderseits durch Verfügungen des bedingt Belasteten die Wirkung der erfüllten Bedingung nicht ausgeschlossen oder beeinträchtigt werden kann. Diese Ordnung ist enthalten in der Vorschrift des Gesetzes, daß der Statuliber, auch wenn der Erbe ihn veräußert hat, dadurch, daß er das testamentarisch festgesetzte Lösegeld an seinen neuen Eigentümer bezahlt, die Freiheit erlangt²⁰.

Diese Entscheidung ist, wie Gaius ausdrücklich bezeugt²¹, für die Behandlung suspensiv bedingter Vindikationslegate bei den Sabinianern paradigmatisch gewesen, war es aber wahrscheinlich auch in den andern hierhergehörigen Punkten, vorbehaltlich einzelner alsbald zu erwähnender Abweichungen.

der griechischen Philosophie entlehnten Ausdruck „*ἀδύνατον*“, wovon *impossibilis* erst die Latinisierung ist. Wenn Pomp. D. 35, 1, 6, 1 das Wort scheinbar auf Sabinus und Cassius zurückführt, liege Interpolation vor. Gegen diese Ausführungen s. Rabel in der Festg. für Gérardin (1907) 488 f.

¹⁸ So bei Pomp. D. 28, 3, 16, oben A. 14.

¹⁹ Es wird dies immer wieder verkannt. Der Schaden der Lehre liegt in der Rückziehungsfrage, welche man stets von neuem hereinzieht, obwohl die Entscheidungen der Quellen damit nirgends zu tun haben und nur ganz selten (unten A. 44) die Begründungen in unvorsichtiger Weise mit dem Gedanken der Rückwirkung spielen. Die Verwirrung wird hauptsächlich durch die Pandektenlehrbücher verschuldet, welche die einzelnen historischen Positionen nicht genügend scheiden und durch falsche Verallgemeinerungen künstliche Schwierigkeiten erzeugen.

²⁰ Ulp. Fr. 2, 4. — Von den daraus für die Statuliberi abgeleiteten Entscheidungen ist die charakteristischeste die bei Ulp. D. 40, 7, 16: „Statulibera quidquid pepererit hoc servum heredis est“. Außerdem vgl. noch Gai. 2, 200; Pomp. D. 40, 7, 29 pr.; Ulp. D. 10, 2, 12, 2 i. f.; 40, 7, 2 pr. u. a.

²¹ Gai. 2, 200.

a) Vor allem sind suspensiv bedingte dingliche Verfügungen in diesem Sinn behandelt worden. Dies gilt ausnahmslos von Verfügungen unter Lebenden. Bei Verfügungen von Todeswegen, als welche vor allem die Vindikationslegatate in Betracht kommen²², greift eine scheinbare Beschränkung insofern Platz, als die bezeichnete Behandlung nur von den Sabinianern festgehalten wird, während die Prokulejaner bis zur erfüllten Bedingung schwebendes Eigentum annehmen. In Wahrheit hat aber diese scheinbare Abweichung vom Prinzip mit der Bedingungslehre überhaupt nichts zu tun, sondern ist nur eine Folge davon, daß nach prokulejanischer Ansicht auch bei unbedingten Vindikationslegaten vor der Annahmeerklärung des Legatars ein Zustand schwebenden Eigentums begründet sein soll²³.

Man kann daher für die Bedingungstheorie hier ein uneingeschränktes und klares Prinzip anerkannt finden.

Diesem entsprechend ist der durch die bedingte Verfügung Belastete während schwebender Bedingung noch immer der dinglich Berechtigte: die von ihm über die Sache getroffenen Verfügungen sind vorläufig gültig²⁴, sofern sie der durch das Vorhandensein der Bedingung gegebenen eventuellen Kassation fähig sind, wie Veräußerung des Eigentums, Servitutsbestellung, Verpfändung; selbst Freilassung gilt²⁵. Ferner ist der Belastete noch legitimiert, Servituten zu dem Eigentum hinzuzuerwerben²⁶, die dann auch dem bedingt Berechtigten zugute kommen können; die dinglichen Klagen

²² Aber auch die *Mortis causa donatio* steht wahrscheinlich in gewisser Beziehung unter den gleichen Regeln; s. unten A. 42.

²³ Dies alles ist bei Gai. 2, 200 deutlich zu ersehen.

²⁴ Vgl. Ulp. 2, 4; Pomp. D. 35, 1, 105; Marcell. D. 8, 6, 11, 1; Marcian. D. 20, 1, 13, 1; außerdem können die entsprechenden Entscheidungen bei der resolutiven Bedingung herangezogen werden (Marcell. Ulp. D. 18, 2, 4, 3; 20, 6, 3).

²⁵ Vgl. A. 13. Da jedoch hier die einmal erlangte Freiheit nicht kassiert werden könnte, gilt ihre Wirksamkeit bis zur erfüllten Bedingung als aufgeschoben, Jav. D. 33, 5, 14. — Die dem Satz des Textes scheinbar entgegenstehenden Aussprüche des Gajus D. 40, 9, 29, 1 und Paul. D. 40, 1, 11 sind wohl nur so gemeint, daß die Freilassung nicht unbedingt gilt.

²⁶ Die scheinbaren Bedenken, welche Marcell. D. 8, 6, 11, 1 bei der Bejahung dieser Frage („et magis est dicendum) an den Tag legt, und welche die neuere Literatur mehrfach zugunsten der Rückwirkungsfrage verwirrt haben, erklären sich wohl so, daß es sich in jenem Fall um ein bedingtes Vindikationslegat handelte, wo die prokulejanische Theorie aus dem zu A. 23 bezeichneten Grund tatsächlich auf ein Schwebeverhältnis mit Rückziehung lautete. Darauf allein wird die vorsichtige Fassung zurückgehen; bei Veräußerungen unter Lebenden muß der Punkt zweifelsfrei gewesen sein.

anzustellen u. s. f.²⁷; die Früchte fallen ihm zu²⁸. Verfügungen freilich, die nur als bleibende getroffen werden können, während sie gleichzeitig für das bedingte Recht bedrohlich sind, sind dem bedingt Belasteten in der Zwischenzeit ganz unmöglich²⁹. Selbst mit Zustimmung des bedingt Berechtigten kann er sie nur dort getroffen haben, wo Zustimmung zu einem fremden Rechtsgeschäft dessen Kraft erhöhen kann³⁰.

Von Rückwirkung ist in dieser ganzen Frage, wenn man sich nicht durch die, wie gesagt, gar nicht hierhergehörige prokulejanische Behandlung des Vindikationslegats und damit Zusammenhängendes (A. 23, 26) irreleiten läßt, nirgends eine Spur zu finden. Man ersieht dies am besten aus der Behandlung der Usukapionsfrage; auch nach erfüllter Bedingung wird dem nunmehr Berechtigten seine bisherige dingliche Position nicht für die Ersitzung angerechnet³¹. Ebenso werden die in der Zwischenzeit vom Belasteten begründeten Drittrechte jetzt zwar beendet, soweit sie dem Recht des Erwerbers entgegenstehn; aber eben auch nur beendet — nirgends in den Quellen so betrachtet, als ob sie nie zustande gekommen wären³².

Demnach erzeugt die bedingte dingliche Verfügung nur einen die Sache ergreifenden Zustand dinglicher Gebundenheit; das Recht des Veräußerers hat eine Schranke erhalten. Dieser Zustand scheint, eben weil er dinglich ist, unabhängig vom Tode der Parteien, sich auch auf die beiderseitigen Erben übertragen zu können³³.

b) Bei obligatorischen Geschäften.

β) Nicht anders steht es aber auch bei bedingten obligatorischen Verträgen; obwohl das Prinzip hier, wie sich sofort zeigen wird, etwas verdunkelt wird, liegt es doch in folgenden Tatsachen deutlich

²⁷ Ulp. D. 39, 6, 29; cf. 10, 2, 12, 2; Mod. D. 31, 32, 1.

²⁸ Ulp. D. 40, 7, 16; Mod. 31, 32, 1.

²⁹ Also Verwandlung des Fundus in einen locus religiosus, Paul. D. 11, 7, 34 (cf. Pomp. D. 35, 1, 105); Brandmarkung eines Statuliber; nicht dagegen, wenn ein Sklave unter Bedingung veräußert ist, Manumission, trotz Gai. D. 40, 9, 29, 1, cf. 3; Paul. D. 40, 1, 11; denn die Wirkung derselben ist dann eine von Rechtswegen bedingte (oben S. 173 A. 25).

³⁰ Vgl. unten S. 281. Also wird Verpfändung, formlose Tradition des Eigentums, vielleicht auch Bestellung prätorischer Servituten möglich gewesen sein; nicht aber Mancipatio und In Jure Cessio von Eigentum oder Servituten, ebenowenig Justa Manumissio. Nur sehr bedingt richtig also für das römische Recht, Bekker, Pand. 1 § 116 Beil. 1 c.

³¹ Sabin. Jul. bei Paul. D. 41, 4, 2, 2—4; Paul. D. 18, 6, 8 pr. u. a.

³² Vgl. Fitting, Rückziehung 80.

³³ Jul. D. 39, 5, 2, 5, dazu A. 6 z. E.

ausgesprochen. Erstens darin, daß beim bedingten Kauf die Gefahr nicht auf den Käufer übergeht. Zweitens darin, daß die objektiven Bedingungen für die Giltigkeit des Vertrags erst bei erfüllter Bedingung vorzuliegen brauchen⁸⁴. Beides wäre undenkbar, wenn nach erfüllter Bedingung der Vertrag als sofort zustandegekommener betrachtet würde; der Annahme einer praktisch anerkannten Rückziehungs-idee stehen diese Tatsachen unversöhnlich gegenüber⁸⁵.

Allerdings gibt es einige Erscheinungen, welche bei flüchtiger Betrachtung auf Rückziehung zu deuten scheinen.

a) Bedingte Verpflichtungen unter Lebenden werden von den späteren Klassikern bei dem Verbot des Cornelischen Gesetzes mitgezählt, wonach sich niemand bei demselben Gläubiger innerhalb desselben Jahres für mehr als 20 000 HS. verbürgen darf⁸⁶.

b) Ferner kann die Behauptung einer *Manumissio in fraudem creditorum* auch durch Vorhandensein bedingter Schulden substantiiert werden⁸⁷.

c) Endlich ist die *pendente condicione* erfolgte Novation oder Akzeptilation nicht gegenstandslos, sondern wird nach Eintritt der Bedingung als vollwirksam behandelt^{88 89}.

⁸⁴ Kauf und Stipulation der eigenen Sache sind giltig, wenn sie existente *condicione* dem Gläubiger nicht mehr gehört; Pomp. D. 45, 1, 31; Marcell. D. 18, 1, 61; 45, 1, 98 pr.; Ulp. D. 30, 41, 2.

⁸⁵ Nicht entscheidend ist allerdings der Satz, daß *pendente condicione* die erfolgte Zahlung kondiziert werden kann; er liefse sich auch vom Rückziehungsstandpunkt begründen.

⁸⁶ Hierauf bezieht sich Ulp. D. 44, 7, 42 pr. (Lenel, Pal. ad h. l.).

⁸⁷ Afric. D. 40, 9, 8 pr.; Paul. *ibid.* 16, 4; Hermog. *ibid.* 27 pr.

⁸⁸ Novation Ulp. D. 46, 2, 14, 1 u. a.; Akzeptilation Pomp. D. 46, 3, 16; 46, 4, 12; Pap. D. 50, 17, 77. Übrigens ist es recht fraglich, ob diese Behandlung von jeher allgemein anerkannt war. Die Spuren sind stark verwischt. Wenn bei Gaius D. 42, 1, 7 („*intra dies constitutos quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur*“) statt der hervorgehobenen Worte mit Huschke, *Nexum 235* zu lesen sein sollte „*per aes et libram*“ (was mir trotz Lenel, Pal. 1, 188 A. 8 keineswegs unwahrscheinlich dünkt. vgl. unten S. 290), so wäre, da danach ursprünglich nicht einmal befristete Schulden in dieser Form erlassen werden konnten, von bedingten dasselbe noch viel mehr anzunehmen.

⁸⁹ Schwierig ist die Frage, ob *Litiskontestation* in diesem Stadium konsumiert oder gegenstandslos ist. Für letzteres P. Krüger, Z. R.G. 7, 233, für ersteres *Enneccer us*, *Rechtsgeschäft* 353 f. Doch ist die Annahme, daß Gegenstandslosigkeit eintritt, die weitaus wahrscheinlichere angesichts Paul. D. 21, 1, 43, 9. Auch dies stimmt mit der Behauptung des Textes, daß noch keine Forderung vorliegt, überein.

Angesichts dessen ist mitunter auch von Gegnern der dinglichen Rückwirkung doch für Obligationen eine solche statuiert worden (Enneccerus, Rechtsgeschäft 2, 334—393).

Wie wenig aber in Wahrheit die unter a) genannte Erscheinung beweist, zeigt die einzige Tatsache, daß Gajus (3, 124) die bedingte Forderung für die Anwendung des Cornelischen Gesetzes gerade nicht mitgerechnet wissen will; er erwähnt dabei nicht einmal einer abweichenden Ansicht. Und auch bei Julian ist eine solche nur scheinbar, das heißt infolge einer Interpolation, zu finden⁴⁰. Die Mitzählung der bedingten Forderung ist also hier erst für Ulpian (A. 36) sicher zu konstatieren. Und ebenso reichen die Zeugnisse zu b) (Schutz gegen fraudulöse Manumission) nicht über die Mitte des zweiten Jahrhunderts zurück.

Es hat also sicher im Punkt a) und möglicherweise auch im Punkt b) eine Ansicht gegeben, welche auch hier das Paradigma des Statuliber befolgt.

Daß diese später überwunden worden ist, beweist aber so wenig, als es beweisen würde, wenn sie überhaupt nie bestanden hätte. Denn die Mitzählung bei der Anwendung der *lex Cornelia* und der Schutz gegen Manumission würden sich ja auf alle Fälle schon aus der natürlich auch bei obligatorischen Verhältnissen anzuerkennenden Gebundenheit des Schuldners erklären. Ja diese Gebundenheit scheint die jüngere Behandlungsweise so sehr zu erfordern, daß man es geradezu als eine kräftige Lebensäußerung des die Forderung selbst leugnenden Prinzips ansehen muß, wenn die ältere Schule hier entgegengesetzte Entscheidungen getroffen hat.

Nur der Umstand also, daß bei Obligationen, zu deren Wesen ja neben dem Schulden immer ein Haften gehört, diese Gebundenheit⁴¹ der perfekten Obligation in höherem Grade ähnlich sieht, als die dingliche Gebundenheit dem perfekten dinglichen Recht, erzeugt den Schein, als ob hier nach rückwärts eine Forderung angenommen würde⁴². Der Gegensatz zur perfekten Forderung tritt bei Gajus a. O. immerhin noch deutlich hervor.

⁴⁰ Julian D. 45, 1, 59 (gleichfalls auf die l. *Cornelia* bezüglich); die Worte „vel sub condicione“ werden interpoliert sein, weil im Fortgang der Stelle von der Bedingung nicht mehr die Rede ist.

⁴¹ Diese erklärt auch die bekannte Fähigkeit bedingter Forderungen als Substrat eines Pfandrechts zu dienen. Was daraus für unsere Frage folgen soll, ist nicht recht einzusehen, obwohl man es öfter hereinzieht.

⁴² Selbstverständlich ist es auch aus dieser Gebundenheit vollkommen

Und ebensowenig darf Rückziehung aus der Anerkennung von Novation und Akzeptilation erschlossen werden; diese erklärt sich hinlänglich aus dem früher angeführten Satz (A. 13), daß die Rechtsgeschäfte, und zwar selbst bedingungsfeindliche, wie die Akzeptilation, von außen her unter stillschweigende Suspension gesetzt werden können⁴³.

Bei dieser allzulange verkannten Sachlage dürfen einzelne Aussprüche der Klassiker, welche das Bild der Retrotraktion heranziehen⁴⁴, keineswegs allzu ernst genommen werden; sie enthalten nichts als Redewendungen, deren wahre Bedeutung durch die positiven Entscheidungen auf ihr richtiges Maß zurückgeführt wird.

c) bei bedingten Damnationslegaten tritt gegenüber bedingten obligatorischen Verträgen unter Lebenden noch eine Abschwächung

c) Bei Damnationslegaten.

zu erklären, daß die Personae alieni juris die bedingte Forderung ihren Hausherrn definitiv erwerben, auch wenn existente condicione das Gewaltverhältnis gelöst ist, Pomp. D. 50, 17, 18; Paul. D. 45, 1, 78 pr. (vgl. auch Paul. D. 45, 3, 26; 39, 6, 35, 7). Wahrscheinlich war dies auch bei bedingten dinglichen Verfügungen (unter Lebenden) nicht anders; die Stellen, aus welchen Eneccerus a. O. 455 f. auf das Gegenteil schließt (Ulp. D. 24, 1, 11, 2 ff.), beweisen nicht, denn sie haben Donatio mortis causa im Auge, welche ganz wohl in diesem Punkt nach den Regeln der Vermächtnisse (Gai. 2, 244) behandelt worden sein kann, und daß letzteres wirklich der Fall ist, darauf deutet in 24, 1, 11, 3 die Bemerkung „placuisse scio Sabinianis“: es ist hier allem Anschein nach die bei Gaius a. O. referierte Streitfrage der beiden Schulen über bedingte Vermächtnisse an Hauskinder wiedergekehrt.

⁴³ Außerdem wird die Rückziehungslehre gerade in diesem Punkt bündig widerlegt durch Ulp. D. 46, 4, 13, 6, richtig erklärt bei Pescatore, Altern. Oblig. (1880) 177 (irrig Wendt, Zur Lehre vom bedingten Rechtsgesch. 55). Daß merkwürdigerweise Pescatore trotz seiner zutreffenden Erklärung in der Stelle gerade einen Beweis der Rückwirkung findet, beruht auf einem hereinspielenden Gedankenfehler, der verzeihlich ist in einer Schrift, welche sich nicht eigentlich mit unserm Problem befaßt. Es handelt sich um eine bedingte Stipulation auf „Stichum aut decem“; die pendente condicione erfolgte Akzeptilation des Stichus ist wirkungslos, wenn dieser vor erfüllter Bedingung stirbt. Gewiß beweist das nicht, wie Wendt meint, daß eine pendente condicione erfolgte Akzeptilation an sich unwirksam ist, sondern erklärt sich daraus, daß der Inhalt der Forderung erst existente condicione definitiv festgestellt wird, demnach Stichus sich jetzt als nie geschuldet gewesen, also auch als nicht akzeptilierbar herausstellt. Gerade darin liegt aber ein Beweis der Nichtrückziehung; wenn P. das Gegenteil meint, so hat er einfach Rückziehung der erfüllten Bedingung und die im Text erwähnte Fähigkeit der Akzeptilation, eine stillschweigend bedingte zu sein, verwechselt.

⁴⁴ Z. B. Gai. D. 20, 4, 11, 1; Paul. D. 18, 6, 8 pr. Auch bei Pomp. D. 12, 1, 8 scheint (für dingliche Verfügungen) der Rückwirkungsgedanke hereinzuschlagen.

ein. Es wird nämlich das bedingte Legat gegen fraudulose Veräußerungen des Schuldners (Erben) nicht geschützt: in diesem Sinn ist eine Gebundenheit des Letzteren nicht anerkannt worden⁴⁵. Wenigstens in dieser Beziehung also werden solche Legate nicht nach den Regeln des Obligationenrechts behandelt⁴⁶. Doch bestehen in anderer Richtung Schulstreitigkeiten; die Prokulejaner nehmen an, daß ein bedingtes Damnationislegat zugunsten eines Haussohnes des Erben ungültig ist „quia quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus“⁴⁷; nehmen also in diesem Betracht ein den gewöhnlichen Obligationen (A. 42) ähnliches Bindungsverhältnis an, während die Sabinianer es hier leugnen. Wie weit die Kontroverse praktische Konsequenzen hatte, sehen wir nicht mehr; es ist mithin fraglich, ob die Prokulejaner nicht auch den Erben *pendente condicione* für schuldhafte Vereitlung des Legats verantwortlich machten, ja vielleicht haben dies sogar auch ihre Gegner getan. Es ist nicht einmal sicher, ob die Prokulejaner nicht selbst die Möglichkeit frauduloser Veräußerung gegen den Legatsanspruch statuierten — alle diese Einzelheiten müssen dahingestellt bleiben.

Resolutiv-
bedingung.

II. Auch die Resolutivbedingung reicht — wenn man von der Frage ihrer dinglichen Wirkung zunächst absieht — geschichtlich weit zurück.

A. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die verbreitete Sitte, Sachen und Arbeiten zu versteigern, ihr den ersten Eingang in den Verkehr verschafft hat; denn der Versteigerung ist die kassatorische Klausel durchaus angemessen, welche dem Versteigerer ermöglicht, unter gewissen Voraussetzungen die Lizitation zu annullieren. Insbesondere die Bestimmung, daß der erste Zuschlag kassiert werden kann, wenn eine binnen bestimmter Frist vorgenommene Relizitation ein besseres Resultat ergibt, ist der Staatsverwaltung⁴⁸

⁴⁵ Ulp. D. 44, 7, 42 pr.; Hermog. D. 40, 9, 27 pr.

⁴⁶ Ob Novation hier möglich ist? Daß Ulp. D. 35, 1, 41 (*legata sub condicione relicta non statim, sed cum condicio extiterit, deberi incipiunt, ideoque interim delegari non potuerunt*) sich hierauf bezieht, ist sehr unwahrscheinlich, weil man nicht die Forderung delegiert, sondern den Schuldner. Die Stelle kann sich auf ein Vindikationslegat beziehen und ein Weitervermächtnis desselben durch den Legatar im Auge haben. Vgl. Wölfflin, Z. Sav. St. 9, 9.

⁴⁷ Gai. 2, 244. Übrigens gilt ihre Meinung auch für andere Legate.

⁴⁸ Sev. u. Ant. bei Paul. D. 50, 1, 21, 7 und C.J. 11, 32, 1. Anders in der Gemeindeverwaltung, wo die Klausel nur bei besonderem Privileg Platz greifen darf, ll. cc.

geläufig und vielleicht von hier aus in den Privatverkehr gedrungen⁴⁹.

In diesem wird sie als *In diem addictio* schon von Plautus bezeugt⁵⁰. Aber auch die catonischen Lizitationsformulare zeigen die Resolutivbedingung. Der Zuschlag der Ölernte kann revoziert werden, wenn der Ersterer und seine Kompagnons den ihnen auferlegten Eid darüber verweigern, daß ein Kartell zur Verringerung der Konkurrenz nicht stattgefunden hat⁵¹. Ob auch die sogleich zu erwähnende *lex manus iniectio* beim Sklavenverkauf in die republikanische Zeit zurückgeht, läßt sich nicht feststellen. Von der *lex commissoria* beim Kauf kann dies nicht bezweifelt werden.

Immer aber ist die Resolutivbedingung obligatorischer Kontrakte nur dann *ipso iure* wirksam, wenn ein *Negotium bonae fidei* vorliegt; bei strengen Kontrakten kann sie keinesfalls *ipso iure* gewirkt haben, wenn sie nicht überhaupt den Kontrakt vernichtete⁵².

⁴⁹ Daß die *in diem addictio* der Versteigerung technisch ist, ergibt Paul. D. 18, 2, 1 (mit den Worten *quo res a domino abeat*). Die Addiktionsklausel ist hier gedacht als verlautbart durch den Auktionator, der mit dem Eigentümer der versteigerten Sache (*vv. a domino*) üblicherweise durchaus nicht identisch ist, wie die pompejanischen Quittungstafeln u. a. zeigen. Im ganzen handelt von diesem Institut Senarclens im *Recueil publié par la faculté de droit de Lausanne* (1896) 243 ff.

⁵⁰ *Captivi* 1, 2 vv. 76—78: *Emptum, nisi qui meliorem adferat quae mihi atque amicis placeat condicio magis. Quasi fundum vendam, meis me ad dicam legibus.*

⁵¹ Cato, *De agricult.* 144, 13.

⁵² Wir sind über die Resolutivbedingung der Stipulation schlecht unterrichtet, und es scheint mir nicht unzweifelhaft, ob sie überhaupt zulässig ist oder ihre Befügung den Verbalkontrakt vernichtet. Gewöhnlich erblickt man eine Ausführung hierüber in Paul. D. 44, 7, 44, 2: *„Conditio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti „Centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?“* Sed hoc casu existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali“ (Scheurl, Nebenbestimmungen 120; Schulin, Resolutivbeding. 76 f.; Czychlarz, Resolutivbeding. 76; noch neuestens Girard, *Man.*⁴ 715); man nimmt dabei an, die Stipulation sei gültig und unbedingt, die Resolutivbedingung werde also gestrichen und höchstens vom Prätor durch Exzeptio zu Ehren gebracht. Aber liegt wirklich im obigen Fall ein Beispiel einer Resolutivbedingung vor? Es ist doch etwas künstlich, mit der herrschenden Lehre einen Bedingungssatz, der — freilich anomalerweise (oben A. 1) — nicht vor, sondern nach dem Hauptsatz steht, als eine „nach fertiggestellter Verpflichtung“ beigesezte Bedingung aufzufassen: die Stipulation kommt ja doch erst mit der Antwort des Schuldners zustande. Demnach hat Mommsen ad h. l. die Ordnung des Textes so verändert, daß die angeführte Stipulation als Beispiel einer korrekten Bedingung zitiert erscheint (d. h. er stellt die Worte „non

Die mitunter aufgestellte Behauptung, daß die Resolutivbedingungen ursprünglich als suspensive behandelt wurden, wird sich in dieser Allgemeinheit nicht rechtfertigen lassen; bezeugt ist nur, daß Sabinus die *lex commissoria* als aufschiebende Bedingung der *Usukapion* ansah⁵³, und es ist gewiß, daß, soweit es sich um die dingliche Wirkung der Bedingung handelte, dies die allgemeine Auffassung der Älteren war. In obligationenrechtlicher Beziehung sind die Resolutivbedingungen sicher als solche von den Beteiligten von jeher empfunden und auch praktisch gehandhabt worden⁵⁴. Wenn Cato in seinen Formularien sagt: „*Si non ita iuraverint, pro ea olea legunda et faciunda nemo dabit nec debebitur*“, so ist deutlich seine Meinung die, daß hier der Kontrakt aufgelöst wird.

Bei bereits erfüllten Kontrakten geben die Juristen zur Geltendmachung der obligatorischen Auflösungswirkung bald *a° in factum*, bald — mit Vernachlässigung des darin liegenden logischen Widerspruchs — die Kontraktsklage selbst; in späterer Zeit wird anscheinend auch die *a° praescriptis verbis* erwähnt⁵⁵. Für den

quae post perfectam eam ponitur“ ans Ende des Satzes). Vgl. auch Appleton, *Nouv. Rev. hist.* 1879, 9 f. Bei dieser Lesung enthält die Stelle gar keinen Fall dessen, was wir Resolutivbedingung nennen: das Beispiel, das Paulus gibt, enthält dann vielmehr ein korrekte negative Suspensivbedingung. Als „*Conditio inefficax*“ aber hätte er sich ein nach der Stipulation beigeseztes *Pactum* auf eventuelle Auflösung gedacht: dieses enthält aber gar keine Bedingung im technischen Sinn.

Als einen Fall wahrer Resolutivbedingung bezeichnet Appleton a. O. nur die *Stipulatio praepostera* (J. 3, 19, 14; vgl. auch C.J. 6, 23, 25; *Syr. R.B. R.* II, 158, dazu Mitteis, *Abh. d. Berl. Akad.* 1905, 51); diese hat die Fassung „*si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes*“ und ist darum resolutiv, weil sofort zu zahlen ist, aber die Zahlungspflicht nach rückwärts hin entfallen soll, wenn die Bedingung eintritt. Da diese Stipulation von den Quellen a. O. als nichtig bezeichnet wird, würden also Resolutivbedingungen die Stipulation vernichtet haben, wenn die obige Auffassung zutrifft.

Ob dies der Fall ist, läßt sich bei dem dürftigen Material kaum entscheiden; aber gewiß steht die mit großer Zuversicht vorgetragene herrschende Lehre auf schwachen Füßen.

Das *Foenus nauticum* endlich gehört nicht hierher: hier ist die Bedingung der Rückzahlung suspensiv gefaßt, *Paul. D.* 22, 2, 6.

⁵³ *Paul. D.* 41, 4, 2, 3.

⁵⁴ Es wird wohl niemand glauben, daß eine vor Ausfall der Resolutivbedingung geleistete Zahlung als *Indebitum* kondiziert werden durfte, wie es die Konversion in eine Suspensivbedingung mit sich bringen würde.

⁵⁵ *A° in fact.*: *Proc. D.* 19, 5, 12 für das *Pactum de retrovendendo*. — Kontraktsklage: *Sab. D.* 18, 5, 6 für *Pac. displic.*; *Jul. Ulp. D.* 18, 2, 4, 4

Fall des Pactum displicentiae endlich gibt das ädilizische Edikt eine besondere Formula in factum⁵⁶.

Die dingliche Auflösungswirkung tritt allerdings erst bei Julian hervor, welcher bezüglich der In diem addictio der Meinung der Älteren (Sabinus für die lex commissoria) entgegentritt, wonach beim Kauf mit auflösender Bedingung der Käufer erst mit Ausfall der Bedingung eine dingliche Rechtsstellung erlangt⁵⁷. Wohl noch später ist in die Schenkung auf den Todesfall eine dinglich wirkende Resolutivbedingung hineingelegt worden⁵⁸.

B. Bei der Betrachtung dieser dinglichen Wirkung kommt einem eigentümlichen Geschäft eine Sonderstellung zu, nämlich dem Sklavenverkauf mit der lex manus iniectio⁵⁹.

Dieser ist nämlich durch Konstitutionen besonders geregelt. In den Quellen des zweiten und dritten Jahrhunderts finden wir häufig Sklavenverkäufe mit der Verabredung, daß der verkaufte Sklave unter gewissen Bedingungen an den Verkäufer zurückfallen soll, welches die Quellen dahin ausdrücken, daß diesem die manus iniectio oder auch „abducendi potestas“ vorbehalten bleibt. Als Bedingung der manus iniectio erscheint hier meistens die, daß der Sklave nicht verabredungsgemäß exportiert wird⁶⁰, oder bei Sklavinnen auch die, daß sie vertragswidrig prostituiert werden⁶¹. Dieses Geschäft,

für Add. in diem; Pomp. D. 18, 1, 6, 1 und Ulp. D. 18, 3, 4 pr. für die lex commiss.; letztere Stelle betont die logische Schwierigkeit und zitiert für die Entscheidung ein Reskript von Sev. u. Carac. — A^o praesc. verb. (wahlweise mit Kontraktklage) Sev. Alex. C.J. 4, 54, 2 für das Pactum de retrovendo (für Interpol. dieser Stelle Pernice, Lab. 2, 1², 186 A. 4; dag. Kalb, Jagd nach Itp. 10).

⁵⁶ Lenel, E. P. § 293 Nr. 7.

⁵⁷ Vgl. die Erörterung bei Paul. D. 41, 4, 2, 3 u. 4.

⁵⁸ Sie ist mit Sicherheit erst nachweisbar bei Ulp. D. 39, 6, 29 (s. unten Anm. 78a ff.). Schwerlich kann man (mit Dernburg, Pand. 3 § 117 Anm. 13) Julian hierherstellen, mit Hinweis auf D. 39, 6, 14; hier sind die „vindicantes“ eher die Beschenkten, denn das Rückforderungsrecht des Schenkers faßt Julian sonst als Condictio auf, vgl. D. cit. 19 (cf. 13, wo andernfalls die a^o Publiciana zu nennen war). Übrigens ist, da die Stelle im Zusammenhang des ehelichen Güterrechts geschrieben ist (Lenel, Pal. Jul. 307), ihr eigentlicher Sinn nicht mehr zu ermitteln.

⁵⁹ Papin. Vat. Fr. 6; Paul. D. 18, 7, 9; 18, 1, 56; Ulp. D. 2, 4, 10, 1; Sev.-Anton. C.J. 4, 55, 1, 2; Sev. Alex. C.J. 4, 55, 5; 4, 56, 1; Ihering, Jhb. 10, 547 ff.; Bechmann, Kauf 1, 281 ff. 2, 388 ff.; Leist bei Glück 37/38, 4, 403 ff.; Haymann, Freilassungspflicht und Reurecht 1 f.

⁶⁰ Der Zweck dieser Exportierung ist in der Verhütung von Lebensnachsstellung gegen den Verkäufer zu suchen.

⁶¹ Es konnte auch vorkommen, daß für den Kontrventionsfall nichts

wovon die Klausel wohl zu unterscheiden ist, daß die verkaufte Sklavin im Falle der Prostitution frei werden soll⁶², ist spätestens von Hadrian⁶³ dahin geregelt worden, daß der Verkäufer bei Eintritt der Bedingung die Vindikationsbefugnis hat⁶⁴.

Andere
Fälle der
dinglichen
Resolu-
tion.

C. Die übrigen Fälle, in welchen dingliche Wirkung der Resolutivbedingung in Frage kommt, sind nicht gesetzlich geregelt; soweit also eine solche anerkannt ist, beruht sie auf der Handhabung allgemeiner Grundsätze⁶⁵.

In Betracht kommen hierbei *Lex commissoria*, In diem addictio, *Mortis causa donatio* und das vorbehaltene Einlösungsrecht des Verpfänders beim Pfandverkauf. Dagegen ist beim *Pactum displicentiae* und dem sog. *Pactum de retrovendo* stets nur obligatorische Wirkung der Bedingung anerkannt worden.

Von den vier ersten Fällen gehören aber zwei, nämlich *Mortis causa donatio* und Einlösungsrecht des Verpfänders, erst der severischen Zeit an. Es empfiehlt sich, diese von der Darstellung zunächst auszuschneiden und dieselbe auf die *Lex commissoria* und In diem addictio zu beschränken.

1. Was nun diese betrifft, so ist eins sicher: nach dem Zivilrecht war ein dinglicher Rückfall des Eigentums undenkbar; denn da das *Jus civile* ein resolutiv befristetes Eigentum nicht kennt (S. 192), kann es auch kein resolutiv bedingtes anerkannt haben, und es gibt auch keine Spur in den Quellen, die auf ein solches hinführen würde. Wenn also der Veräußerer bei Eintritt der auf-

Näheres ausgemacht war. Über die Behandlung dieses Sachverhalts vgl. die in Anm. 59 genannten Darstellungen.

⁶² Diese Klausel ist nachweisbar schon für die Zeit des Vespasian, welcher im Falle ihrer Verwirklichung der Sklavin nach Analogie des Statuliber die ipso iure eintretende Freiheit zusicherte. Modest. D. 37, 14, 7 pr.; Ulp. D. 2, 4, 10, 1.

⁶³ C.J. 4, 56, 1.

⁶⁴ Also auch gegen die Rechtsnachfolger des Käufers Paul. D. 18, 1, 56 (cf. Sev. Alex. C.J. 4, 56, 1). Übrigens reicht die dingliche Wirkung nicht so weit, daß sie auch die nach geschehener Exportation erfolgte Freilassung hindern würde; der Sklave wird vielmehr frei, aber wenn er gegen das (also auch ihn bindende) Verbot revertiert, verfällt er dem Fiscus, und wird von Staatswegen in ewige Knechtschaft verkauft. Vat. Fr. 6 cit., C.J. 4, 55, 1.

⁶⁵ Aus der Literatur dieser sehr schwierigen Frage ist hervorzuheben: Czyhlarz, *Resol. Beding.* 38 f.; Schulin, *Resolutivbedingungen und Endtermine* (1875) 80 f.; Bechmann, *Kauf* 2, 487 f.; Appleton, *Hist. de la propriété prétorienne* 2, 110 f.; Erman, *Z. Sav.St.* 11, 272 f.; 13, 204 f.; Senarclens im *Recueil publié par la fac. de droit de Lausanne* 1896, 243 f.; A. Kohler, *Arch. f. bürg. R.* 15, 1 f.; Girard, *Man.* 4 717 f., woselbst auch Angabe älterer französischer Schriftsteller.

lösenden Bedingung dinglich geschützt sein soll, so muß er sein ziviles Eigentum überhaupt behalten.

Wie kann aber daneben der Käufer seinerseits ein resolutiv bedingtes Recht an der Sache haben? Die bloße Besitzübertragung gibt zwar dem Erwerber Besitzschutz, begründet aber natürlich keine dingliche Rechtsstellung. Und ebensowenig steht es an sich im Belieben der Parteien, etwa durch besondere Verabredung dem Käufer eine solche noch neben dem Verkäufer zu verschaffen. Vielmehr scheinen an sich nur zwei Dinge möglich: entweder wird dem Käufer die Sache fest überlassen, dann verliert gleichzeitig der Verkäufer sein Eigentum; oder es wird dem Verkäufer dieses auf irgend eine Weise vorbehalten, dann scheint die durch die Besitzübergabe bezweckte Rechtsstellung des Käufers nur als suspensiv bedingte gedacht zu sein, er hat also vorläufig nur den nackten Besitz.

Und dies ist unzweifelhaft und für alle Fälle auch die Ansicht der Älteren bis in das zweite Jahrhundert p. C. gewesen; als ihr Hauptrepräsentant wird Sabinus genannt (Paul. D. 41, 4, 2, 3).

Diese Meinung war denn auch innerlich wohl begründet. Dennoch hat die spätere Jurisprudenz es als möglich angenommen, daß neben dem beim Verkäufer verbleibenden Eigentum noch eine nicht bloß suspensiv bedingt gedachte Rechtsstellung für den Käufer begründet werde. Dies nämlich dann, wenn besondere Rechtsinstitute eingriffen, welche trotz dem auf feste Übergabe^{65a} gerichteten Willen des Verkäufers doch den Eigentumsübergang kraft Rechtsnotwendigkeit ausschlossen. Als solche Rechtsinstitute lassen sich (vorbehaltlich der folgenden Nachprüfung) zwei denken. Falls der Kaufpreis nicht bezahlt oder sichergestellt ist, der Satz der Zwölftafeln (J. 2, 1, 41), wonach bis zur Zahlung oder Satisfaktion der Eigentumsübergang nicht stattfindet; ferner bei Res mancipi der Nichtvollzug der Mancipatio oder In Jure Cessio.

In solchen Fällen hat man seit Julian dem Erwerber neben dem fortdauernden zivilen Eigentum des Verkäufers doch wenigstens einen prätorischen dinglichen Schutz durch die A^o Publiciana sowie die Usukapionsmöglichkeit zugestanden.

Es ist sofort zu bemerken, daß diese Auffassung keineswegs ohne Bedenken war. Denn es liefs sich einwenden, eben das Bewußtsein des fortdauernden zivilen Eigentumsrechts schliesse die Absicht des Verkäufers aus, dem Verkäufer schon jetzt eine

^{65a} Den Gegensatz dazu s. in der folg. Anm.

dingliche Position einzuräumen. Und dies scheint auch dem Sabinus und seinen Anhängern vorgeschwebt zu haben. In der zuerst von Julian für die *Addictio in diem* ausgesprochenen, alsbald von andern für diese und auch für die *Lex commissoria* rezipierten entgegengesetzten Ansicht⁶⁶ steckt unzweifelhaft eine gewagte Auffassung. Aber ebenso sicher ist es, daß diese, und zwar für beide Geschäfte, vertreten worden ist, denn der bei neueren Schriftstellern immer wiederkehrende Versuch, wenigstens für die *Lex commissoria* die dinglich wirkende Resolution zu bestreiten, ist angesichts der Quellen schlechthin unzulässig (A. 70).

Im übrigen wird die von Julian proklamierte dingliche Rechtsstellung des Käufers dahin gefaßt: Er hat *pendente condicione* den Usukapionsbesitz und demgemäß jedenfalls auch die *Publiciana*, sowie das dingliche Recht des Fruchterwerbs⁶⁷. Gegen die *Vindication* des Verkäufers muß ihm die *Exceptio rei venditae et traditae* zugekommen sein. Mit Eintritt der Bedingung freilich erscheint sein Besitz als ein nunmehr untitulierter, so daß die bezeichneten Rechtsvorteile dahingefallen sein müssen und die *Rei Vindicatio* des Verkäufers wieder durchgriff. Von der Zahlung des Kaufpreises ist diese dingliche Stellung des Käufers, die man vielleicht als bonitarisches Eigentum bezeichnen kann⁶⁸, keineswegs abhängig⁶⁹.

⁶⁶ Jul. bei Paul. D. 41, 4, 2, 4. Für die *lex commissoria* Paulus selbst D. 41, 4, 2, 3; Ulp. D. 18, 2, 2 pr. — Übrigens hebt Ulp. l. c. ausdrücklich hervor, daß im einzelnen Fall der Wille auch auf bloß suspensive Bedingung gehen kann, und vielleicht will auch Paul. D. 41, 4, 2, 3 dies andeuten.

⁶⁷ Ausdrücklich bezeugt sind: Usukapionsbesitz bei der *lex comm.*, Paul. D. 41, 4, 2, 3; Usukapionsbesitz und Fruchterwerb bei *In diem add.*, Jul. Paul. D. 41, 4, 2, 4; Jul. Ulp. D. 18, 2, 2 pr. § 1; vgl. auch für die *lex commiss.* Hermog. D. 35, 2, 38, 2. Die *Publiciana* des Käufers läßt sich aus seinem Recht zur Verpfändung erschließen, das mindestens für die *In diem addictio* anerkannt ist (Marcell. D. 18, 2, 4, 3); ebenso ist bei dieser dem Käufer das *Interd. quod vi aut clam* zuerkannt, Jul. Ulp. 23, 24, 11 §§ 10 u. 12, sowie das Recht, über das Wasser des Grundstücks zu verfügen, Paul. D. 39, 3, 9 pr. — Nerat. D. 18, 3, 5 sollte für das dingliche Fruchtrecht (bei der *lex comm.*) nicht geltend gemacht werden; die Stelle ist vorjulianisch und hat nur obligatorisches Fruchtrecht im Auge.

⁶⁸ So wird der Käufer bei der *In diem addictio* manchmal „*dominus*“ genannt (Marcell. D. 18, 2, 4, 3; Paul. D. 39, 3, 9 pr.), und seine Stellung ist der des Bonitarsiers jedenfalls sehr ähnlich. Fraglich nur, ob er einen resolutiv gekauften Sklaven freilassen konnte. Undenkbar ist aber auch dies nicht; die Freilassung konnte als *ipso jure* bedingt gelten (vgl. S. 170 A. 13).

⁶⁹ Richtig mit durchschlagenden Gründen gegen einzelne Dissidenten Appleton a. O. I, 216 f.

Im einzelnen aber greifen verschiedene Erwägungen ein, je nachdem es sich um die *Lex commissoria* oder um die *In diem addictio* handelt. Daher ist es erforderlich, jedes dieser Geschäfte für sich zu betrachten. Es sei sofort bemerkt, daß in dieser ganzen Frage nach dem heutigen Stand unseres Wissens zu abschließenden Resultaten nicht zu gelangen ist: man muß sich darauf beschränken, die Möglichkeiten und Fragen genau zu präzisieren.

a). *Lex commissoria*. Ganz abzusehen ist von der Ansicht jener heutigen Gelehrten, welche die dingliche Kraft der Resolutivbedingung hier auch für die nachjulianische Zeit bestreiten⁷⁰; daran läßt sich gar nicht zweifeln. Die Frage ist nur, wie die Römer sie begründet haben. Zwei Meinungen kommen hauptsächlich in Betracht.

Lex commissoria.

Einerseits hat man behauptet, daß der Verkäufer trotz *Manzipation* oder *Tradition* sein Eigentum schon von Rechtswegen und bei allen Arten von Sachen (d. h. auch bei *Res Mancipi*) behält, und zwar nach dem *Zwölftafelsatz* über den nicht regulierten Kaufpreis⁷¹.

Von anderer Seite ist statt dessen auch angenommen worden,

⁷⁰ So Czychlarz 54; Bechmann 2, 528 f.; Girard 721 A. 2. Wie man dies gegenüber Scaev. D. 18, 3, 8; Carac. C.J. 4, 54, 1; Sev. Alex. ibid. 4 halten könnte, ist nicht abzusehen. Bei Czychlarz wird die „Vindikation“ dieser Stellen gewaltsam in einen bloß obligatorischen Anspruch umgedeutet; Bechmann und Girard berufen sich darauf, daß der Verkäufer sein Eigentum eigentlich gar nicht verloren hat — darum handelt es sich aber nicht (S. 182 ff.), sondern darum, ob daneben dem Käufer dingliches Recht zukommt. Das einzige, was gesagt werden könnte, ist, daß unsere Zeugnisse für die dingliche Stellung des Käufers bei der *Lex comm. dürftiger* und jünger sind, als bei der *In diem addictio*, wie die Stellen in A. 67 zeigen; sie reduzieren sich eigentlich auf Paul. D. 41, 4, 2, 3 und Hermog. D. 35, 2, 38, 2. Aber deswegen sind sie doch nicht zu ignorieren.

⁷¹ So vor allem Schulin, dessen Ausführungen dieser ganzen Lehre eine neue Wendung gegeben haben. Des Näheren: die *Zwölftafel* erfordern zum Eigentumsübergang bei gekauften Sachen, daß entweder Zahlung oder *Satisfactio* oder „*fidem emtoris sequi*“ vorliegt; die *lex commissoria* zeige, daß es auch an diesem letzteren fehle: wer sich das Eigentum vorbehält, gibt eben keinen Personalkredit. Diese Begründung ist freilich formell fehlerhaft, weil, wie seither Enneccerus (*Rechtsgeschäft* [1888] 1, 250 f.) gezeigt hat, das *Fidem sequi* als Surrogat der Zahlung den klassischen Quellen noch gar nicht bekannt ist. In der Sache jedoch wird gerade durch letzteren Nachweis Schulins Annahme, daß die *lex commissoria* den Eigentumsübergang ausschließt, erst recht erhärtet.

dafs zwar diese Regel hier nicht eingreifen kann⁷², dafs sich aber der Verkäufer bei *Res mancipi* sein Eigentum durch Verweigerung der *Manzipation* sichert und also den blofsen Besitz übergibt; damit verbindet sich dann die Ansicht, dafs bei *Res nec mancipi*, wo dieses Mittel unanwendbar ist, dinglich wirkende *Resolution* ausgeschlossen ist^{72a}.

Die erstere Ansicht ist in ihrer unbeschränkten Fassung unbeweisbar, weil es gar nicht feststeht, dafs der Zwölftafelsatz, J. 2, 1, 41 auch auf *manzipierte* Sachen Anwendung findet⁷³. Es

⁷² So A. Kohler a. O. (zustimmend J. Kohler, Lehrb. d. bürgerl. R. 1, 568), mit der Behauptung, dafs die *lex commiss.* das *fidem sequi* nicht ausschliesse (a. O. 24). Er hat hierbei, wie freilich noch die meisten heutigen Gelehrten, die in A. 71 erwähnte Nachweisung von *Enneccerus* übersehen, wodurch seine Bemerkung gegenstandslos wird.

^{72a} A. Kohler a. O. 17; er macht damit das Fehlen der *Manzipation*, auf dessen Möglichkeit als einen häufig mitwirkenden Umstand schon *Schulin* hingewiesen hatte, zum allein maßgebenden Prinzip. Die Hoffnung, dafs damit die alte *Crux C.J.* 4, 54, 3 (*Alex. Sev.*: „*Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito*“) beseitigt sei (a. O. 17), kann ich nicht teilen; wenn K. annimmt, dafs hier *Manzipation* zwar gefehlt habe, aber die *Stundung* auf zwei Jahre (=: *biennium* statt *certum tempus*) gelaute habe und so der Käufer bei Eintritt der *Verfallklausel* bereits *usukapiert* gehabt habe, so ist zu bemerken, dafs man dabei eine unvollständige *Redaktion* des *Reskripts* voraussetzen muß. Denn es mußte dann gesagt werden, dafs auch der *Besitz* schon seit zwei Jahren beim Käufer war; davon schweigt die Stelle. Überdies würde die *Verfallklausel* in der vorgeschlagenen Fassung eine unbegreifliche *Torheit* des Verkäufers bedeuten. Eine denkbare Lösung der Schwierigkeiten wäre eher die, dafs die Stelle ursprünglich geradezu eine *stattgehabte Manzipation* vorausgesetzt hat, und der *Mittelsatz* „*si non — tradidit*“ von den *Kompiatoren* hergerichtet ist, aber freilich nicht zu *voiler Konkordanz*, vgl. A.

⁷³ Diese Frage ist seit langem streitig. Aber ich halte noch immer die schon von *Heineccius* aufgestellte, später von *Ihering* wieder aufgenommene (s. unten S. 260 A. 14) Ansicht für möglich, dafs die Worte des *Manzipations*spruchs „*aeque mihi emta est hoc aere aeneaque libra*“ eben dazu da sind, um die *Bezahlung* des Kaufpreises in *solenner*, sei es auch nach Umständen *fiktiver* Weise zu konstatieren und so, da das Gesagte, selbst wenn es unwahr ist, als wahr gilt (S. 262), dem Käufer auf alle Fälle das Eigentum zu sichern. Die anscheinend stärkste Instanz dagegen bildet *Gai.* D. 18, 1, 53: „*Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium an eo nomine fidejussor datus sit*“; denn diese Stelle stand im Original unter der Rubrik „*de auctoritate*“ (*Lenel*, Pal. 1, 234). Aber andererseits ist keineswegs ausgeschlossen, dafs *Gaius* in dieser Rubrik einen *Exkurs* auf den Kauf ohne *Manzipation* gemacht hatte, und die fraglichen Worte eben diesem *Exkurs* angehören. — Die für

ist möglich, daß sie voll zutrifft, aber wir wissen es nicht. Findet der Zwölftafelsatz auf manzipierte Sachen keine Anwendung⁷⁴, so kann dem Verkäufer seine dingliche Position bei diesen nur dadurch gewahrt worden sein, daß er die Manzipation unterliefs. Vielleicht ist dies in den Quellen vorausgesetzt.

die Abhängigkeit der Manzipation von der Zahlung eintretenden Ausführungen von Naber, Mnemos. 17, 399f. sind durchaus unzulänglich. Wenn er in D. 7, 1, 12, 5. 25, 1 Fälle findet, wo trotz Manzipation zum Eigentumsübergang noch Satisfaktion verlangt wird, so hat er nicht bedacht, daß die Erwähnung der Satisfaktion interpoliert sein kann: wenn letztere zur Manzipation nicht notwendig war, sondern nur zur Tradition, mußten die Kompilatoren, indem sie die Mancipatio ihrer Vorlage in eine Traditio verwandelten, die Satisfaktion hinzufügen, um den gleichen Tatbestand der Eigentumsübertragung zu behalten. Ulp. D. 14, 4, 5, 18, den Naber, Mnemos. 18, 152 gleichfalls anruft, kann an Manzipation und überhaupt an unsere Fragen nicht gedacht haben; sonst käme heraus, daß er das „in creditum abire“ der Zahlung und Satisfaktion gleichstellt, was doch zu seiner Zeit noch nicht geschieht (oben A. 71). Die aus andern Gründen sehr. sonderbare Stelle ist offenbar arg interpoliert (etwa von „quia res — satisfacto“), aber jedenfalls nicht in dem von Naber gewollten Sinn.

Keinen Widerspruch zu der hier als möglich bezeichneten Meinung bildet es natürlich, daß beim Manzipationskauf die Eviktionsklage durch die Regulierung des Kaufpreises bedingt ist (Paul. sent. 2, 17, 1; cf. Ulp. D. 19, 1, 11, 2). Denn wenn es selbstverständlich ist, daß bei Nichtregulierung dem Eviktionsanspruch eine Exc. non adimpleti contractus ebenso entgegenstehen muß wie dem Anspruch auf die Manzipation selbst, so folgt daraus noch keineswegs, daß die vollzogene Manzipation kein Eigentum übertragen kann.

⁷⁴ Vielleicht erklären sich von diesem Standpunkt einige Reskripte, wo wegen kreditierter Sachen im scheinbaren Widerspruch zu den Zwölftafeln doch die Vindikation des Veräußerers abgelehnt wird, Anton. 4, 49, 1; Alex. Sev. 4, 54, 3; Diocl. 3, 32, 12; es handelt sich um Grundstücke und Sklaven, und man ist versucht, hier stattgehabte Manzipation annehmen und damit wieder die Hypothese von der Unanwendbarkeit des Zwölftafelsatzes bei der Manzipation (A. 73) stützen zu wollen. Diese Auslegung stößt auch auf keine Schwierigkeiten bei der ersten und dritten Stelle; bei der zweiten muß man allerdings eine Interpolation annehmen, vgl. A. 72a z. E., und jedenfalls bleibt hier alles völlig unsicher. — Diocl. C.J. 4, 38, 8 ließe sich keinesfalls auf die gleiche Art erklären, da diokletianische Reskripte sich stets auf die Provinzen beziehen (Reichs- und Volksrecht 11) und gleichzeitig ein Grundstück, also Ager provincialis, in Frage steht, demnach Manzipation nicht vorgelegen sein kann; aber die Stelle kann auch so aufgefaßt werden, daß der Käufer noch gar nicht im Verzug war, und vielmehr der Verkäufer grundlosen Rücktritt versuchte; vgl. C.J. ibid. 12. — Jedenfalls ist die auf obige und andere Stellen gestützte kühne Behauptung Nabers, Mnemos. 18, 58, daß man den Zwölftafelsatz in der Praxis oft vernachlässigt(?) habe, durch das von ihm beigebrachte Material nicht entfernt gerechtfertigt.

Die zweite Ansicht geht fehl in der Annahme, daß eine beigesetzte *Lex commissoria* den Eigentumsübergang nicht ausgeschlossen habe; vielmehr ist dies zweifellos der Fall ⁷⁵. Darum steht der Behauptung nichts im Wege, daß mindestens beim Verkauf einer *res nec Mancipi* die *Lex commissoria* dinglich gewirkt habe. Dagegen kann man vielleicht auf die Idee, daß bei *Res Mancipi* die *Manzipation* immer unterlassen wurde, rekurrieren müssen, nämlich dann, wenn der Zwölftafelsatz auf manzipierte Sachen sich nicht bezog.

Daraus ergibt sich: Auf irgend einem der vorgeschlagenen Wege muß das Richtige zu suchen sein — vielleicht ganz auf dem ersten, vielleicht auf diesem nur teilweise und unter teilweiser Benutzung des zweiten —; aber welche dieser Möglichkeiten zutrifft, wird erst gefragt werden können, wenn der als zweifelhaft bezeichnete Punkt in zweifelsfreier Weise erledigt sein wird.

In diem
addictio.

b) In diem *addictio*. Für diese kommt teilweise der gleiche Gesichtspunkt in Betracht wie bei der *Lex commissoria*, nämlich der, daß der Kaufpreis noch ausständig sein kann; man scheint mitunter während schwebender Bedingung die Zahlung oder wenigstens die Vollzahlung unterlassen zu haben ⁷⁶. Für solche Fälle gilt das unter a) Gesagte. Aber selbst, wenn man annehmen wollte, daß in den uns vorliegenden Quellen Zahlung immer vorausgesetzt sei, könnte dies, da fast alle hierhergehörigen Zeugnisse ausdrücklich von *Res Mancipi* handeln ⁷⁷, darauf zurückgeführt werden, daß die *Manzipation* geflissentlich ausgesetzt und nur *publizianischer* Besitz übertragen worden war; die einzige ernsthafte Schwierigkeiten bereitende Stelle ist vielleicht interpoliert ⁷⁸. Denn sie nimmt dingliche Resolution auch bei *Res nec Mancipi* an; bei diesen aber muß, wenn sie bei erfolgter Zahlung tradiert waren, dingliche Resolution ausgeschlossen gewesen sein.

2. Die beiden erst der severischen Zeit angehörigen, also jüngeren Fälle der dinglichen Resolution teilen mit der bisher besprochenen die Eigenschaft, daß wir über sie nur recht unklar zu sehen ver-

⁷⁵ Oben A. 71, 72.

⁷⁶ D. 18, 2, 4, 6; cf. 20.

⁷⁷ So *Jul. D.* 43, 24, 11, 10; *Ulp. D.* 18, 2, 4, 3; 43, 24, 11, 12; *Marcell. D.* 18, 2, 4, 3; *Paul. D.* 39, 3, 9 pr. Daß *Karlowa*, R.G. 1, 380 die *Manzipation* der *Poppaea Nothe* hierherstellt, hängt mit seiner verfehlten Interpretation dieser Urkunde zusammen.

⁷⁸ Dies ist *Ulp. D.* 6, 1, 41 pr. Dazu den ansprechenden Vorschlag von *A. Kohler* a. O. 15.

mögen; ihre Behandlung ist womöglich noch weniger sicherzustellen.

c) *Mortis causa donatio*. Diese als dinglich resolutiv bedingt zu denken, ist der älteren Zeit fremd; noch Julian ^{78a} und seine nächsten Nachfolger denken hier für den Fall, daß der Schenker überlebt, nur an *Condictio*; auch kommt, wenn das Geschenk durch *Mancipatio fiduciae causa* übertragen war, die *Actio fiduciae* in Betracht ⁷⁹. Erst Ulpian faßt die Möglichkeit ins Auge, daß das Eigentum selbst mit resolutiver Bedingung übertragen wird ⁸⁰. Da die bezügliche Äußerung dem Ediktskommentar über die *Publiciana* angehört, hat man auch hier daran gedacht, daß der geschenkte Gegenstand eine *Res mancipi* gewesen sei, welche nur tradiert gewesen sei. Doch hat man Ulpian auch schon dahin verstehen wollen, daß er dem Schenker nur eine *Publiciana* gegen den Beschenkten zugesteht, diesem selbst das Eigentum zuschreibend; diese „*Publiciana* nach Veräußerung“ wäre dahin zu konstruieren, daß der Schenker sich auf seinen eigenen ursprünglichen Erwerbstatbestand beruft, der ihn ja mindestens auch als Usukapionsbesitzer erscheinen liefs; die *Exceptio domini* des Beschenkten wäre dabei, wegen Resolution der Schenkung, ausgeschlossen worden ⁸¹.

Schenkung
auf den
Todesfall.

d) In hohem Grade unsicher ist endlich der letzte hier zu erörternde Fall. Das Paktum des Pfandverkaufs, welches dem Verpfänder gegenüber dem Pfandkäufer ein Einlösungsrecht sichert, soll nach Ulpian D. 13, 7, 13 pr. zunächst einen persönlichen Anspruch des Gläubigers auf Rückgabe erzeugen, dessen Abtretung der Verpfänder verlangen kann; außerdem soll letzterer auch noch eine direkte *Rei Vindicatio* oder *Actio in factum* haben. Dieser Überfluß von Rechtsmitteln ist so auffallend, daß man wohl an Interpolation des ganzen Nachsatzes denken kann. Was demselben noch einigermaßen den Schein der Echtheit verschafft, ist, daß von zwei direkten Klagen gesprochen wird: *Rei Vindicatio* und

Ein-
lösungs-
recht
des Ver-
pfänders.

^{78a} Oben A. 58.

⁷⁹ Pap. D. 39, 6, 42.

⁸⁰ Ulp., D. 39, 6, 29. Itp. behauptet *Mancaleoni*, *Contributo alla storia della R.V. utilis* (1900) p. 23 n. 1. Sicher itp. ist Jul. Ulp. *ibid.* 37, 1 i. f. (vgl. dagegen Jul. *ibid.*).

⁸¹ Diese Auffassung bei Schulin, *Über einige Anwendungsfälle der publizianischen Klage* (1873) 79; *Appleton* 2, 147 u. a.; übrigens läßt sich statt an die ediktmäßige *Publiziana* auch an eine prätorische in rem gefaßte Dekretalklage denken. Lit. bei v. Mayr, *Z. Sav.St.* 26, 94, der seinerseits gleich *Mancaleoni* (A. 80) an Interpolation glaubt.

A^o in factum — warum sollte Tribonian sich nicht mit einer einzigen begnügt haben? Auch liefse, wenn die Stelle echt sein sollte, gerade diese Duplizität sich etwa so erklären: war das Pfand eine Res mancipi, so konnte der Pfandverkauf nicht das quiritische Eigentum übertragen (S. 208 A. 16): da bliebe also dem Verpfänder eine Rei Vindicatio, der gegenüber die Exceptio aus dem Verkauf mit Replicatio doli zurückgeschlagen wird. Bei Res nec mancipi könnte Ulpian, da hier der Pfandverkauf ziviles Eigentum überträgt, in besonderer Freiheit eine dekretale dingliche Klage vorgeschlagen haben. Aber auch hier ist alles zweifelhaft.

Für alle hier besprochenen Möglichkeiten dinglicher Resolution ist schliesslich zu bemerken, daß der dingliche Rückfall sich auf die Hauptsache beschränkt; eine Revokation der Früchte mit dinglicher Klage ist den Quellen unbekannt. Schon dies deutet darauf, daß der Rückfall nicht ex tunc, sondern ex nunc stattfindet, und erstere Annahme wird auch sonst durch keine einzige quellenmäßige Tatsache gestützt⁸². Daß die kraft des aufgelösten Rechts begründeten Afterrechte mit der Auflösung hinfällig werden (D. 18, 2, 4, 3), ist auch bei der Revocatio ex nunc selbstverständlich.

Anfangs-
termin.
Zulässig-
keit.

III. Der Anfangstermin der Rechtsgeschäfte (dies a quo) scheint, abgesehen von den durch die Lehre von den Actus legitimi bedingten Beschränkungen, im allgemeinen zugelassen worden zu sein⁸³. Ausnahmen machen bekanntlich die Erbeinsetzung, welche wegen des Erfordernisses zeitlicher Kontinuität der Erbfolge eine solche nicht verträgt, und bei Obligationen die Regel: „Obligationes ab herede incipere non posse“, derzufolge die Stipulation und wohl auch jedes

⁸² Wenn Javol. D. 41, 3, 19 bei der l. commiss. dem Verkäufer nach Rückfall die „Zeit“ des Käufers anrechnet, ist das natürlich nicht Ersitzungszeit (bei der es ja damals noch keine Accessio gab), sondern jene für das Interd. Utrubi, wobei zwischen allen rechtmäßigen Besitznachfolgern zusammengerechnet wird.

⁸³ Bestritten war früher die Zulässigkeit eines Vindikationslegats ex die certo. Es gibt für ein solches nur ein einigermaßen bestimmtes Zeugnis, auf welches Fitting, Rückziehung 107 hingewiesen hat, nämlich Pap. D. 35, 1, 72, 5; denn alle übrigen Zeugnisse (kritisch gewürdigt bei Seuffert, Gesetzl. Veräußerungsverbot bei Vermächt. [1858], S. 7) sind unbeweisend; auch der von Fitting a. O. und Arndts (bei Glück 48, 261) für die Zulässigkeit angeführte Ausspruch von Pomp. Ulp. D. 7, 9, 9, 2 gehört nicht hierher, sondern zum Damnationslegat, weil er im Ediktskommentar unter der Rubrik „si ex testamento agatur“ stand. Sev. Alex. C.J. 6, 53, 5 pr., wo ein „do lego ex die certa“ vorkommt, bezeichnet dasselbe als „Fideicommissum vel legatum“, kann also die Fideikommissklausel im Testament gefunden haben. — Paul. Vat. Fr. 49 gehört nicht hierher; vgl. A. 90 z. E.

sonstige Versprechen ungiltig sein soll, wenn die Leistungspflicht erst nach dem Tode des Erblassers beginnt. Diese letztere Regel ist vermutlich als eine Konsequenz aus dem Gedanken der Universalsukzession anzusehen, indem der Erbe in alle für den Erblasser begründeten Rechtsverhältnisse, aber auch nur in solche, eintritt, während hier in Wahrheit ein solches nicht vorliegt⁸⁴. Ungiltig ist ferner die *Stipulatio pridie quam moriar* oder *quam morieris*, weil hier⁸⁵ nicht festgestellt werden kann, ob der Termin eingetreten ist; giltig dagegen, allerdings wohl nur als ein praktischer Mittelweg zwischen den beiden oben bezeichneten ungangbaren, die *Stipulatio „cum moriar oder cum morieris dari“*⁸⁶.

IV. Dagegen sind Endtermine nach Zivilrecht⁸⁷ als durch-

Zulässig-
keit des
End-
termins.

⁸⁴ Falsch ist die rationalistische Erklärung der Regel bei Ihering, Geist⁴ 3, 272 A. 1, wonach sie bezweckt, zu verhindern, daß bei Bemessung der Falzidischen Quart die *post mortem* begründeten Passiven dem Erben allein zur Last gelegt werden (also seine Quart zugunsten der Legatäre schmälern), indem sie angeblich nicht zur Bilanz des Todestags gehören würden. Daß letztere Prämisse schon an sich falsch ist, liegt auf der Hand; und vor allem: diese Regel gilt nicht bloß für die *Stipulatio „post mortem tuam“*, sondern auch für die *„post mortem meam dari“*. — Nebstbei bemerkt: es ist freilich richtig, daß mit der *Stipulatio „post mortem tuam dari“* eine Umgehung gewisser Legatsbeschränkungen angestrebt werden konnte, z. B. eine Zuwendung an einen *Incapax*; aber dagegen greift auch ein besonderer Senatsschluß ein, Paul. D. 39, 6, 35 pr. Wären übrigens derartige Gründe maßgebend gewesen, so hätte man auch die *Stipulation „cum morieris dari“* für ungiltig erklären müssen, was nicht geschehen ist (Gai. l. c.; Maecian D. 35, 2, 32 pr., und vgl. auch für Legate Paul. D. 31, 12, 1). Also hat Gajus vollkommen recht, wenn er jene Regel bloß auf die *Inelegantia juris* zurückführt. — Der dem Dogma der Nullität widersprechende *Passus Ulp. D. 45, 1, 45, 2* ist natürlich interpoliert, und zwar wohl in dem von de Ruggiero, Bull. 15, 49—52 angedeuteten Sinn. — Giltig ist die *Stip. post mortem meam dari*, die ein Sklave errichtet, Paul. Vat. Fr. 57. Dagegen gilt die Regel auch für Legate (s. die Stellen in der folg. Anm.), nicht aber für Fideikommiss, Gai. 2, 277; Ulp. Fr. 25, 8.

⁸⁵ Gai. 3, 100; C.J. 8, 37, 11; J. 3, 19, 3. Dasselbe gilt von Legaten, Gai. 2, 232; Ulp. Fr. 24, 16; Paul. sent. 3, 6, 5, 6; anders bei Fideikommissen, Paul. sent. 4, 1, 11. — Auch diese *Stipulation* kann unter den Begriff der *Stip. praepostera* (Anm. 52) gebracht worden sein.

⁸⁶ Stellen in A. 85.

⁸⁷ Anders z. B. bei dem nicht ins Zivilrecht fallenden Verpfändungsgeschäft; schon Cato hat die Klausel *„donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia . . . pignori sunt“* (de agric. 149, 7; 150, 7), was nicht mit der akzessorischen Natur des Pfandrechts allein erklärt werden kann. Auch die *Servitutsbegründungen* durch *Pacta et stipulationes* werden bei ihrer bloß honorarischen Natur ebenso behandelt worden sein.

aus unwirksam erklärt worden, also bei obligatorischen Geschäften des strengen zivilen Rechts, bei Begründung von Prädialservituten und bei der Übertragung des Eigentums⁸⁸. Dasselbe gilt auch bei der Adoption⁸⁹.

Die Erklärung dieses Sachverhalts hat der neueren Theorie deswegen große Schwierigkeiten bereitet, weil sie denselben nicht richtig präziserte. Denn es müssen sehr wohl die Fälle auseinandergehalten werden, wo die Zeit als Beschränkung eines in bestimmtem Umfang begründeten subjektiven Rechts, und wo sie

⁸⁸ Für Obligationen (Stipulation und Damnationislegat): Jul. D. 45, 1, 56, 4; Pomp. D. 30, 55; Paul. D. 44, 7, 44, 1 (nicht hierhergehörige Stelle in A. 90). Anders bei freien Obligationen, Paul. D. 17, 2, 1 pr. — Für Prädialservituten Sab. Cass. Pap. D. 8, 1, 4 pr.; Jul. D. 45, 1, 56, 4. — In beiden Fällen wird aber der Bestellungsakt durch den Endtermin keineswegs vernichtet, vielmehr wird letzterer nach Jus civile ignoriert und nur vom Prätor berücksichtigt.

Für die Eigentumsübertragung haben wir kein Zeugnis, welches die Giltigkeit der Übertragung und Ignorierung des Endtermins (vorbehaltlich prätorischer Korrektur) bestätigt, sondern nur Aussprüche dahin, daß die Eigentumsübertragung ad diem selbst nichtig ist. Von letzteren ist der wichtigste die allerdings auf das Quasieigentum am Provinzialboden bezügliche, aber ein allgemeines Prinzip formulierende Stelle Diocl. Vat. Fr. 283: „Cum ad te[m]pus] proprietas transferi nequiverit“ (wo nicht mit Appleton, Bull. 1, 194 bloß „ad te“ zu lesen ist, wie die Vergleichung mit C.J. 8, 54, 2 zeigt: die Kompilatoren müssen in ihrer Vorlage ad tempus gelesen haben). Vgl. ferner Ulp. D. 46, 3, 55; Schol. Steph. zu Bas. 16, 1, 4 (Zachariae, Suppl. ed Heimb. p. 63); über Ulp. 76 ad Ed. D. 41, 2, 17, 1 vgl. Kniep, Vac. Poss. 238. Dieser scheinbare Widerspruch zur Behandlung der Prädialservituten erklärt sich (so richtig Czychlarz 16) daraus, daß die bezeichneten Aussprüche stets von Eigentümererwerb durch Tradition handeln; Tradition als Realakt aber ist nichtig, wenn nicht die Substanz des Übertragenen sie zur Eigentumsübertragung macht (aus demselben Grund ist auch eine Traditio fiduciae causa den Quellen fremd). Der formale Manzipationsakt dagegen ruht in sich selbst. Wahrscheinlich war denn auch die Giltigkeit manzipativer Eigentumsübertragung auf Zeit und die hierbei stattfindende Ignorierung des Endtermins wirklich ausgesprochen bei Paul. D. 44, 7, 44, 1: was daselbst über Superficies gesagt ist, ist interpoliert, weil die Streichung des Endtermins, die das Original gehabt haben wird, eben nur bei der Manzipation passte, während der Termin die (in die Stelle eininterpolierte) Tradition vernichtet. So schon Kniep a. O. 239.

Insbesondere die resolutiv betagten Vermächtnisse anlangend, bereitet der Bericht Justinians C.J. 6, 37, 26 Schwierigkeiten, wonach dieselben von den Klassikern für schlechthin ungiltig gehalten worden seien. Ich kann darin nur mit Czychlarz a. O. 19 eine bloße, allerdings sehr ungenaue Ausdrucksweise erblicken. Jede andere Erklärung (z. B. Schulin a. O. 199 f.) führt zu Widersprüchen mit Digestenzeugnissen, welche unlösbar sind.

⁸⁹ Paul. D. 1, 7, 34.

als Maß dieses Rechts erscheint. Es hat zu den größten Unklarheiten geführt, daß man auch letzteres im Sinne der Römer für ausgeschlossen hielt und demgemäß auch bei einer Stipulation auf „decem aureos annuos quoad vivam dare spondes“ den Zusatz der Zeitgrenze als unzulässig und ungiltig erachtete. Diese Auffassung, wonach auch bei einem Mietvertrag die Beisetzung eines Zeitmaßes als unerlaubt und demnach ein auf zehn Jahre gestellter Mietvertrag als ewiger hätte erscheinen müssen, führt zu durchaus unverständigen Resultaten, und es war ein schlechter Trost, daß man diese Rechtsstrenge als nur bei Stipulationen bestehend bezeichnete. In Wahrheit haben die Klassiker, wie es nicht anders sein kann, die Zeit als Maß wiederkehrender oder fortlaufender Verpflichtungen selbstverständlich stets für zulässig gehalten⁹⁰. Anders steht es, wenn die Verpflichtung zu einer Kapitalszahlung auf eine bestimmte Zeit eingeschränkt wird. Dieser Zusatz ist nach Zivilrecht unwirksam. Doch ist diese Auffassung keineswegs so unnatürlich, als man oft geglaubt hat, da sich in der Tat behaupten läßt, daß das, was jemandem einmal gebührt, ihm auch notwendig immer gebührt⁹¹, und der Beisatz einer Zeitgrenze in Wahrheit nur ein zeitlich befristeter Erlafsvertrag ist.

Die Unwirksamkeit eines solchen ergibt sich aber wenigstens

⁹⁰ Wie ich Ztsch. d. Sav.St. 22, 135 f. nachgewiesen habe, ist es nur einer Gedankenlosigkeit der Institutionenverfasser (J. 3, 15, 3) zuzuschreiben, daß dort tatsächlich die Stipulation auf decem aureos annuos quoad vivam dare spondes für eine solche erklärt ist, wonach die Renten bis in ewige Zeit fortzuzahlen wären. Der Beisatz annuos fehlt in den entsprechenden Digestenstellen Jul. D. 45, 1, 56, 4; Paul. D. 44, 7, 44, 1 u. 2. Über Pomp. D. 45, 1, 16, 1 s. a. O. 136 A. 1. Von Afric. D. 4, 6, 43 wird ausdrücklich vorausgesetzt, daß zeitliche Begrenzung eines Rentenrechts ipso iure wirksam ist. Vgl. noch Ulp. D. 2, 14, 52, 3. — Die Zulässigkeit der zeitlichen Maßbeschränkung wird noch bestätigt durch das Sakralrecht, Serv. ad Aen. 11, 558: In sacris legitur, posse etiam operas consecrari ex servis usque dum solvatur caput hominis. Außerdem kann auch ein Ususfructus ad tempus vermacht werden (Paul. Vat. Fr. 48), während sonst ein Legat auf Zeit nach Zivilrecht unmöglich ist; die Frist enthält eben für den Ususfruktus eine Quantitätsbestimmung.

⁹¹ Damit hängt es auch zusammen, daß, wo materiell keine Schuld besteht, wie bei der Haftung des Sponsor und Fidepromissor, schon gesetzlich die Perpetuität der Verpflichtung wegfällt; vielleicht war hier auch eine willkürliche Befristung zulässig; Scheurl, Nebenbestimmungen 63 und Czyhlarz nehmen dies auch an, als eine freilich unbeweisbare Sache, ohne auf die entgegenstehende Äußerung des Paulus D. 17, 1, 59, 5 Rücksicht zu nehmen, dessen ablehnende Haltung nur deswegen weniger ins Gewicht fällt, weil im gegebenen Fall durch die vorhandene mora debitoris eine perpetuatio obligationis in allen Fällen herbeigeführt worden wäre.

bei Stipulationen aus seiner mangelnden Form. Erst der Prätor hat solche Zusätze im Wege der *exceptio pacti* zur Wirkung gebracht. Dafs das Eigentum einer zeitlichen Abschließung widerstrebt⁹², entspricht im Grunde genommen nur der natürlichen Auffassung. Der Formalismus liegt hier nicht in der Anschauung des alten, sondern in der des heutigen Rechts, welches es gestattet, vorübergehende Verhältnisse in das Gewand des Eigentums einzukleiden. Dasselbe gilt von den Prädialservituten, die ja nur eine Qualität des Eigentums sind, während Personalservituten *ad tempus* bestellt werden können⁹³. In gewissem Sinne gehört auch noch der Satz „*semel heres, semper heres*“ hierher, der jedoch an anderem Orte zu besprechen ist.

§ 12. Auflage.

Der moderne Begriff der Auflage, d. h. der an eine einseitige Vermögenszuwendung durch den Geber geknüpften Vorschrift eines bestimmten Verhaltens, ist in den klassischen Quellen nicht formuliert; dieselben kennen zwar die Sache, aber weder gilt für dieselbe eine zusammenfassende Rechtsregel, noch auch besitzt die Rechtssprache einen dem heutigen Begriff entsprechenden Terminus.

Terminologie.

Der Ausdruck „*Modus*“, den die Pandektenwissenschaft adoptiert hat, ist in dem hierhergehörigen Sinn in den klassischen Schriften überaus selten und wohl erst von der frühbyzantinischen Schuldoktrin als ständiger eingeführt, endlich von Justinian durch die Titelnrubriken zu D. 35, 1; C.J. 6, 45; 8, 54 befestigt worden¹. *Lex* ist vieldeutig und kann auch die Nebenbestimmung gegenseitiger Verträge bedeuten², während die Auflage nur bei einseitigen

⁹² Vgl. Ztsch. d. Sav.St. 22, 137. In der Tat ist ein Eigentumsrecht auf acht Tage der natürlichen Auffassung kein wahres Eigentum.

⁹³ Die Zulässigkeit zeitlicher Begrenzung ergibt sich bei ihnen schon durch die Abhängigkeit von der Lebensdauer des Berechtigten.

¹ Dies gezeigt zu haben ist ein Verdienst von Pernice, Lab. 3, 1, 12 f., dessen Darstellung die ganze Moduslehre überhaupt wesentlich geklärt hat. Von den Klassikern haben nur Gaius D. 35, 1, 17, 4 und Ulp. D. 37, 5, 3, 6 *Modus* im Sinn von Auflage; außerdem Caracalla und Gordian C.J. 6, 45, 1, 2, 1. Wo der Ausdruck sonst vorkommt, ist er anders zu verstehen. Aber auch von den eben zitierten vier Stellen ist C.J. 6, 45, 2, 1 *itp.* (s. A. 5), und im gleichen Sinn *itp.* wohl auch die Stelle des Ulpian, welche dieselbe Tendenz verfolgt, den „*Modus*“ dem Vermächtnis gleichzustellen. Die danach noch übrigbleibenden zwei Stellen sind infolgedessen um so verdächtiger.

² Oben S. 150.

Zuwendungen als solche erscheint; anderseits beschränkt sich die Anwendung des Wortes *Lex* auf bestimmte Rechtsgeschäfte unter Lebenden, während die Auflage gerade bei letztwilligen Zuwendungen ihre größte praktische Bedeutung besitzt. Auch der *Terminus Causa* ist nur ein ungenauer. Häufig wird die Auflage als *Conditio* bezeichnet; aber das bedeutet nur die untechnische Anwendung eines Begriffs, der seine eigentliche Ausprägung nach ganz anderer Seite hin empfangen hat³. Als Verbalformen finden sich oft *iubere*, *mandare*, *rogare*⁴ u. a., ohne daß eine davon als ständig bezeichnet werden könnte.

³ Demgemäß kann es im Einzelfall zweifelhaft sein, ob *Conditio* wahre Bedingung bedeutet oder Auflage; doch wird dieser Zweifel meist durch die nähere Bezeichnung des Inhalts der Nebenbestimmung behoben. Daß ein eigentlicher Konditionalsatz auf einen *Modus* gedeutet wird, ist äußerst selten; Beispiele bieten: *Ulp. D. 26, 1, 6, 1* (obrigkeitliche Tutorbestellung): *hanc autem adiectionem quam praesides provinciarum faciunt „tutorem do, si satisdederit“, non condicionem in se habere, sed admonitionem, non aliter ei tutelam committi, quam si satisdederit. hoc est non aliter ei gerere permittendum, quam si rem salvam fore caverit.* — *Papin. D. 37, 7, 8* setzt von einer Hausochter, welche der Vater zur Miterbin eingesetzt hat „*si dotem . . . contulisset*“ voraus, daß sie sich später, ohne zu konferieren „*bonis abstinisset*“; auch hier ist, wenn man die Abstention technisch faßt, die Bedingung als bloße Admonition gedeutet, da sonst vor Erfüllung der Bedingung die Tochter nicht Erbin würde. Freilich ist auch denkbar, daß mit den Worten „*cum se bonis abstinisset*“ die Ablehnung der als wahre Bedingung gedachten Ausgleichung bezeichnet sein soll. Nicht hierher gehört *Paul. sent. 4, 13 1*, wo mit *Huschke*, *Jur. Antej. ad h. l.* statt *si emancipaverit* zu lesen ist *ut emanciparet* (die Entscheidung beruht auf dem Reskript von *Severus D. 35, 1, 92*). Im übrigen wird die Umwandlung einer unzweifelhaft als Bedingung gemeinten Verfügung in einen *Modus* in gewissen Fällen von Rechtswegen vollzogen (*Text zu A. 15 f.*); wenn sie dagegen auch bei *Ulp. D. 12, 4, 3, 9* statuiert scheint, beruht dies auf Interpolation der Worte „*sed in quem — pareatur*“; ebenso findet umgekehrt die Verwandlung des *Modus* in eine Bedingung statt bei *Trebatius, Labeo, Proculus* und *Javolen D. 35, 1, 40, 5* (*Anm. 7*; interpoliert wieder *D. 28, 5, 45 [Alfen.]*; zu letzterer Stelle *Pernice a. O. 43*).

⁴ *Iubere* als Bezeichnung der testamentarischen Auflage ist häufig; aber daneben ist *mandare* nicht selten, z. B. *C.J.L. 2, 2146*; *5, 1, 4057*; *10, 6014* u. a., und keineswegs hat das Erstere hier technischen Wert. Der (in anderem Zusammenhang ausgesprochene), wohl aus *Salpius, Novation 48 f.* abgeleitete Gedanke von *Pernice, Lab. 1, 511 f.*, vgl. *3, 231 A. 4*, daß das *Jussum* ein „*zivilrechtliches Institut*“ sei, ist überhaupt durchaus unklar. *Iubere* heißt nichts anderes wie befehlen; man spricht deshalb vorwiegend von *iubere*, wo jemand in seiner eigenen Vermögenssphäre eine Anordnung trifft, weil er hier wirklich befehlen kann. Das *Mandat* ist mehr der Befehl, daß ein anderer mit seinem Vermögen etwas tue. Daher ist der Befehl an Hauskinder und Sklaven immer *iussum*, ebenso die Delegationsanweisung, und das *Mandat* vorwiegend dort,

Die praktische Behandlung der Auflage ist eine verschiedene bei letztwilligen Zuwendungen und solchen unter Lebenden.

Wirkung
bei letzt-
willigen
Ver-
fügungen.

I. Bei letztwilligen Zuwendungen tritt zwar vielfach Erfüllungszwang ein, doch besteht kein allgemeiner dahingehender Grundsatz, ausgenommen für den Fall, wo die Auflage gleichzeitig aufgefaßt werden kann als fideikommissarische Zuwendung an einen bestimmten Begünstigten.

Letzteres geschieht etwa seit der severischen Zeit⁵ ohne weiteres, sobald ein solcher erkennbar ist, während man bis dahin ein Fideikommiss nur annimmt, wenn eine der prekativen Formeln „rogo“ „peto ut“ u. dgl. verwendet worden ist, nicht auch, wenn der Erblasser etwa sagt „Titio centum do, ita ut“ u. s. f.

Wo ein Fideikommiss nicht angenommen werden kann⁶, was immer der Fall ist beim Mangel eines individuell bestimmten Begünstigten, [in der vorseverischen Zeit aber, wie gesagt, auch bei Vorhandensein eines solchen wegen Mangels besonderer Verba precativa, steht die Sache so:

wo der Mandatar das Vermögen des Mandanten in bestimmter Weise verwenden soll, z. B. Jul. Ulp. D. 17, 1, 6, 6; aber hier beginnt schon der Ausdruck mandare vikariierend hereinzuspielen (vgl. Ulp. D. 17, 1, 10, 8 u. v. a. Stellen dieses Titels). Wenn also, wie gesagt, bei der letztwilligen Auflage vorwiegend von Jubere⁷ gesprochen wird, so ist es, weil der Testator noch Herr seines Vermögens ist.

⁵ Häufig wird angenommen, daß bis auf Gordian III (C.J. 6, 45, 2, 1) nicht jeder einer bestimmten Person zugute kommende Auftrag als Fideikommiss anerkannt worden sei, sondern nur ein solcher, welcher sich als selbständige Verfügung, nicht als bloße Modalität der dem Belasteten gemachten Zuwendung darstellte; also nicht z. B. eine Auflage mit den Worten „Titio relinquo ita ut“. Nur für die fideikommissarische Freilassung sei auch diese Form schon durch ein Reskript von Severus anerkannt worden. Richtig hat jedoch Schirmer, Arch. f. ziv. Prax. 81, 141 erkannt, daß schon Scaevola D. 31, 88, 12 die freiere Ansicht zu vertreten scheint; auch ist eine solche in den Reskripten von Severus-Caracalla und Sev. Alexander D. 36, 1, 30 und 76 pr. zugrunde gelegt. Wenn trotzdem bei Gordian in C.J. 6, 45, 2, 1 eine scheinbare Neuordnung dieses Punktes vorliegt, so wird dies auf Interpolation beruhen (Haymann, Schenkung unter Auflage 1901, 81 ff.). — Noch vor Scaevola würde die fragliche Auffassung nachzuweisen sein bei Pomp. D. 33, 1, 7 (der Auftrag „in municipio imagines poni“ ist nur dann unverbindlich „si non honoris municipii gratia id fecisset, sed sua“), wenn erstens die Echtheit der Stelle und zweitens das unzweifelhaft wäre, daß hier nicht amtswegiger Zwang stattfindet.

⁶ Ob insbesondere die Auflage der Emanzipation statthaft ist, wird unter den severischen Juristen streitig; dafür Ulp. D. 35, 1, 92 (unter Zitat einer kaiserlichen Entscheidung); Paul. sent. 4, 13, 1 (oben A. 3) und Papin. lib. 8 Resp. D. 35, 1, 93; Valer. u. Gallien C. J. 6, 42, 15; dagegen Papin. lib. 9 Resp. (?) D. ibid. 92; Marcian D. 30, 114, 8.

a) Bei Legaten, die unter einer Auflage errichtet sind, greift zunächst indirekter Erfüllungszwang ein. Es verweigert der Prätor die Legatenklage, sei es direkt, sei es im Wege der *exc. doli*, wenn nicht für Beobachtung der Auflage Kautio geleistet wird, was anscheinend auf einen Vorschlag des Trebatius zurückgeht⁷. Das vergessene Kautionsverlangen mochte kraft der um jene Zeit eintretenden Entwicklung der Konditionen bald im Wege einer *Condictio quasi plus debito soluto* nachgeholt werden können⁸.

Auch bei Fideikommissen finden wir den gleichen indirekten Zwang⁹, obwohl hier die freiere Stellung des *extra ordinem* kognoszierenden Beamten auch direkte Zwangsmittel denkbar erscheinen läßt.

b) Das Mittel der Klagverweigerung greift nicht durch, wo die Auflage einem Erben¹⁰ gemacht ist, weil dieser auf die Zuwendung nicht erst Klage zu erheben braucht; und es ist auch bei Vermächtnissen von zweifelhaftem Wert dort, wo der Onerierte an der Erfüllung der Auflage kein persönliches Interesse hat, weil er dann das Vermächtnis oft auch ohne die unter a) genannte Sicherstellung auszahlen wird. Infolgedessen kann auch die Frage des direkten Erfüllungszwangs in Betracht kommen.

Ein solcher hat aber jedenfalls nur in sehr beschränktem Umfang stattgehabt. Es ist wohl anzunehmen, daß, wo die Befolgung der Auflage im öffentlichen Interesse lag oder eine dringende Pietätspflicht darstellte, schon in der klassischen Zeit durch aufser-

⁷ Javolen. D. 35, 1, 40, 5: „Treatatius respondit pro eo habendum ac si ita legatum esset, si satis dedissent se ita id monumentum ex ea pecunia facturos. Labeo Trebatii sententiam probat . . . idem et ego et Proculus probamus.“ Danach wird das Legat zunächst als bedingtes ausgelegt; die darauf zu gründende Klagdenegation durch den Prätor oder *Exceptio doli* besprechen Nerva und Atilicinus D. 32, 19; Jul. D. 40, 5, 48; Ulp. D. 40, 5, 7; vgl. auch Pap. D. 35, 1, 71, 1. — Die Praxis, den Modus in eine Bedingung zu konvertieren, wird noch vorgeschlagen in D. 40, 4, 17, 1, daselbst aber von Julian allerdings durch eine im gegebenen Fall korrektere ersetzt. Vgl. A. 12.

⁸ Pomp. D. 4, 4, 16, 2.

⁹ Scaev. D. 35, 1, 80.

¹⁰ Genauer gesprochen: dem Alleinerben. Wer bloß Teilerbe ist, kann regelmäßig von dem Miterben durch die Erbaugleichungsklage zur Erfüllung der Auflage erhalten werden, sofern dieser an derselben ein Interesse hat, Pomp. D. 33, 1, 7. Diese Fragen sind offenbar schon von Qu. Mucius (im Zusammenhang mit den zur *Cautio Muciana* führenden Erwägungen) angeregt und darum von Pomponius im Kommentar zu Qu. Mucius besprochen worden; für den Fall der schon vollzogenen Teilung kommt Pomponius (D. 10, 2, 18, 2) zum Vorschlag eines *Agere praescriptis verbis*, indem er jedenfalls in den

ordentlichen magistratischen Zwang eingeschritten wurde¹¹. Jedenfalls kommt ferner direkter Zwang vor, wo es sich um einen Auflageverpflichteten handelt, der schon kraft seiner allgemeinen Rechtsstellung der obrigkeitlichen Kontrolle unterworfen ist, wie Gemeinden oder Freigelassene¹²; daß dies nur für Legate und Fideikomnisse, nicht auch für Erbschaften bezeugt wird, ist bei den (erbunfähigen) Gemeinden selbstverständlich, bei den Freigelassenen vielleicht nur Zufall¹³.

Eine allgemeine behördliche Überwachung der Beobachtung des Modus dagegen kennt die klassische Zeit nicht¹⁴. Inwiefern Sicherungsorgane nach Art der heutigen Testamentsvollstrecker den Römern bekannt waren, ist oben erörtert (S. 105 A. 30).

c) Will sich demnach der Erblasser gegen die Gefahr der Nichtbeachtung sichern, so tut er am besten, statt des Modus eine Bedingung anzuordnen. Zwei Arten von Bedingungen sind freilich als solche für unwirksam erklärt worden, nämlich die *Conditio jurisjurandi*, dahingehend, daß der Vollzug des Erblasserwillens beschworen werde, sowie negative Potestativbedingungen, die erst beim Tod des Bedachten erfüllt sein könnten. Die erstere — in der Zeit des Freistaats allerdings noch unbeschränkt zulässig — soll etwa seit Beginn der Kaiserzeit nach dem Edikt gestrichen

Teilungsvollzug ein stillschweigendes *Do ut facias* hineininterpretiert. Vgl. dazu noch Pap. D. 10, 2, 20, 3. Daß die spätere Praxis aus der vollzogenen Teilungsvereinbarung diese Klage schlechthin gibt, ist bekannt (C.J. 3, 36, 14, 23; 3, 38, 7).

¹¹ Für Pietätspflichten Pap. D. 5, 3, 50, 1 (doch wohl echt). Für öffentliches Interesse Scaev. D. 34, 2, 38, 2; wohl auch Ulp. D. 32, 11, 23—25; sodann (in *municipio imagines fieri*) Pomp. D. 33, 1, 7 (oben A. 5). Doch ist bei letzterer Stelle, die ohnedies in vielen Teilen unecht ist, auch der hier maßgebende („nam si — competit“) nicht vollkommen gesichert, auch der Ausdruck unbestimmt.

¹² Unter Tiberius will die umbrische Gemeinde Trebia ein zum Theaterbau hinterlassenes Legat auf Wegverbesserungen verwenden. Der Kaiser setzt sich dafür ein, vermag aber im Senat die Bewilligung nicht zu erzielen, Sueton Tib. 31; cf. Valens D. 50, 8, 6. — Freigelassene werden zur auferlegten Rechnungslegung gezwungen — offenbar unter Intervention der Polizei; Jul. D. 40, 4, 17, 1. Darüber, daß mit dieser Überwachung der Freigelassenen der Testamentsexekutor in B.G.U. 326 zusammenhängen kann, s. oben S. 106.

¹³ Wenn der Testamentsvollstrecker der vorigen Anm. wegen der Überwachung der vom Erblasser gewünschten Nichtveräußerung gewisser Grundstücke aufgestellt wäre, würde er sogar ein Beispiel für Kontrolle des Erben geben.

¹⁴ Bei Pomp. D. 33, 1, 7 ist der bezügliche Schlufspassus sicher interpoliert; Eisele, Z. Sav.St. 13, 141; Pernice a. O. 175.

werden¹⁵; letztere werden jedenfalls bei Vermächtnissen¹⁶ seit der Zeit des Qu. Mucius gegen Kautionsstellung erlassen. Aber dafür tritt im ersteren Fall, sei es nach dem Edikt selbst, sei es nach der Praxis, Erfüllungszwang ein¹⁷; im letzteren liegt er in der Kaution von selbst gegeben, und so erlangt der Erblasser hier doch die volle Sicherheit eines erzwingbaren Modus.

d) Endlich finden sich öfters für den Ungehorsam testamentarische Multen angedroht, allerdings nur zugunsten öffentlicher Korporationen¹⁸. Dafs dieselben unter dem Titel von Vermächtnissen gültig waren, kann schwerlich wegen der sonstigen Ungültigkeit der Poenae nomine relicta bezweifelt werden¹⁹; vielmehr hat anscheinend letzterer Begriff nie soweit gereicht, um auch die Auflegung von Bußen an die öffentliche Gewalt in sich zu schliessen. Außerdem kann der Erblasser auch Verfall der Zuwendung an den Erben oder einen Dritten statuieren²⁰.

¹⁵ Lenel, E.P.² 349. Das Edikt ist dem Cicero in Verr. 1, 47, 123. 124 und Labeo D. 29, 2, 62 pr. noch unbekannt. Zusammenhang mit der l. Papia Poppaea vermutet Pernice a. O. 51.

¹⁶ Der Urfall ist zweifellos das Legat. Auf Erbeinsetzungen ist die Kautionsmöglichkeit, wenn überhaupt, so frühestens erst in der severischen Zeit ausgedehnt worden (Ulp. D. 35, 1, 7, 1; Gai. D. 35, 1, 18 ist so gut wie sicher itp.). Doch ist keineswegs ausgeschlossen, dafs, wie Scialoja, Bull. 18, 273 f. behauptet, auch die Ulpianstelle unecht ist und die Klassiker über die Vermächtnisse mit der Kaution nie hinausgegangen sind (anders Levy, Z. Sav.St. 24, 140 f.). Über die weitere Frage, ob das Kautionsrecht dem zivilen oder dem prätorischen Rechtskreis angehört, vgl. Levy a. O. 122 f.

¹⁷ Nachweisbar allerdings erst bei Jul. D. 35, 1, 26 pr.; Gai. D. 32, 14, 1 Vgl. noch (stark itp.) Ulp. D. 28, 7, 8, 7.

¹⁸ Ausnahme C.J.L. 6, 10246 (Mult an die Liberti des Erblassers), wahrscheinlich inkorrekt. — In den Dig. werden solche Multen erwähnt von Alfen D. 35, 1, 27 und Pompon. ibid. 6 pr. Über Sepulcralmulten in Grabinschriften Merkel in Gött. Festgabe für Ihering 1892 mit Lit.

¹⁹ Die Zurückführung der testamentarischen Multen im allgemeinen auf eine besondere dem Erblasser zustehende Kriminalgewalt (Huschke, Multa 307) oder auf die Eigenschaft des Testaments als lex privata (Pernice a. O. 44) ist durchaus unbefriedigend; namentlich die letztere Erklärung ist deswegen nichtssagend, weil der Terminus lex privata überhaupt nur phraseologisch ist. Öfters lassen sich diese Multen schon in den zu A. 20 bezeichneten Gesichtspunkt einordnen; doch entfällt dies, wo sie die hinterlassene Zuwendung übersteigen (C.J.L. 6, 9626), was freilich auch vom Vermächtnisstandpunkt unkorrekt ist, oder wo sie dem Erben auferlegt sind (D. 35, 1, 6 pr.; 27).

²⁰ C.J.L. 2, 4514; 5, 4488, 5184, 5907; 6, 1925 (Aerarium), 9626 (das Duplum an den Fiskus); 9, 1618; 10, 5654; 11, 1436. Die meisten dieser Fälle erklären sich einfach aus dem Gesichtspunkt der Resolutivbedingung

e) Einen gesetzlichen Anspruch dagegen auf Rückgabe der Zuwendung an den Belasteten wegen Nichtvollzugs der Auflage kennt das klassische Recht weder bei schuldhaftem Ungehorsam noch auch bei zufälliger Unmöglichkeit.

II. Die Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die einer Auflage Raum gewähren, sind Freilassung und Schenkung. Von der Auflage der Freilassung wird bei der Darstellung des Patronatsrechts zu reden sein; es bleibt hier nur die Schenkungsaufgabe zu erörtern.

Wirkung
der Schenkungs-
aufgabe.

Die Auflage einer Schenkung ist wohl zu unterscheiden von der unverbindlichen Empfehlung. Dabei ist es jedoch dem römischen Recht widersprechend, eine unverbindliche Empfehlung immer schon dann anzunehmen, wenn das vom Schenker gewünschte Verhalten lediglich im Interesse des Beschenkten liegt. Die im gemeinen Recht verbreitete Unterscheidung von einfacher Auflage (sogen. *modus simplex*)²¹, welche immer dann vorliegen soll, wenn ein bloß im Interesse des Beschenkten liegendes Verhalten verlangt wird, und qualifizierter Auflage (*modus qualificatus*), welche im Interesse des Schenkers oder eines Dritten beiefügt wird, ist nur insofern zutreffend, als bei ersterer allerdings Erfüllungszwang nie beabsichtigt sein wird. Wo es sich nicht um diesen handelt, stellt schon Julian die einfache Auflage der qualifizierten vollkommen gleich und der unverbindlichen Empfehlung diametral gegenüber²²: Nach ihm liegt Auflage immer dann vor, wenn der Schenker ohne den ihm als wünschenswert erscheinenden Zweck nicht geschenkt haben würde; daß etwa der Zweck ein rein altruistischer im Interesse des Empfängers ist, hat nichts zu sagen.

1. Die praktische Bedeutung der Auflage (einfacher und qualifizierter) im Gegensatz zur Empfehlung ist dabei die, daß bei der Auflage die Schenkung immer zurückgefordert werden kann, wenn die Erfüllung derselben schon zur Zeit der Schenkung unmöglich war oder nachträglich durch Zufall unmöglich wird²³. Bei der bloßen Empfehlung gilt das Umgekehrte.

(eventuell mit Substitution), der nach prätorischem Recht durchaus zulässig ist, wo es sich um Vermächtnisse (nicht Erbeinsetzungen) handelt.

²¹ Der Ausdruck ist bekanntlich Erfindung der modernen Pandekten-theorie; dieselbe betrachtete den *Modus simplex* als unverbindlich.

²² Jul. D. 39, 5, 2, 7. Er nennt den *modus hier condicio*. Über das Verhältnis dieser Stelle zu denen des Neratius D. 24, 1, 13, 2 und 63 Vermutungen bei Haymann 30 f.; vgl. auch Riccobono, Arch. giur. 53, 535 f.

²³ Vgl. Julian in A. 22.

2. Eine Rückforderung wegen verschuldeter Nichterfüllung der Auflage kennt dagegen das klassische Recht nicht, abgesehen von dem Fall, daß dem Beschenkten vorgeschrieben war, sich des geschenkten Gegenstandes selbst wieder zu entäußern²⁴. Die Erklärung dieses auf den ersten Blick verwunderlichen Satzes wird sich unten ergeben.

Hierin unterscheidet sich die *Donatio sub modo* sehr wesentlich vom *Datum ob causam*, bei welchem wegen jeder — sowohl unverschuldeter als verschuldeter — Nichterfüllung Rückforderung begründet ist²⁵. Die insbesondere noch von Savigny²⁶ vertretene Auffassung, daß die Schenkung unter Auflage, soweit die Auflage reicht, ein entgeltliches Geschäft (also eben *Datum ob causam*) sei, ist durch und durch unrömisch. In dem sogenannten *Negotium mixtum cum donatione* des Aristo (D. 39, 5, 18 pr. § 1)²⁷ ist, soweit das *Negotium* reicht, eben überhaupt keine Schenkung, auch keine modale, vorhanden. Vielmehr besteht zwischen Schenkung unter Auflage und *Datum ob causam* der durchgreifende Unterschied, daß das letztere ein *synallagmatisches* Geschäft ist, bei welchem die Leistung des Empfängers vom Geber als Äquivalent seiner Gabe gedacht wird, während sie beim *Modus* nur als eine Minderung derselben erscheint. Die Grenze mag im einzelnen

²⁴ Dies ist erst von Haymann 124 f. richtig erkannt worden. Wo die Rückforderung scheinbar bezeugt wird, handelt es sich entweder um die im Text bezeichneten Ausnahmefälle (so bei Ulp. D. 23, 3, 9 pr.; Diocl. Vat. Fr. 286 = C.J. 8. 54, 3 pr.) oder um Fälle der *Fiducia* (so in der itp. Stelle C.J. 4, 6, 2 — *actionem conditionis* statt *actionem fiduciae* —, vielleicht auch *ibid.* 4, 6, 8), oder um anderweitige Interpolationen, so bei Valerian und Gallien C.J. 8, 54, 1. Auf die Interpolation der letztgenannten Stellen ist zu schließen aus Diocl. C.J. 4, 38, 3; denn hier ist das „*facile*“ itp. (a. A. Erman, Z. Sav.St. 13, 208; v. Mayr, Z. Sav.St. 26, 120; wie hier *Mancaleoni*, *Rei Vind. ut.* 31 f.; Haymann 136). Daß das klassische Recht einen allgemeinen Rückforderungsanspruch wegen Nichterfüllung der Auflage nicht gegeben haben kann, folgt schon daraus, daß Justinian für den gleichen Fall *Widerruflichkeit* der Schenkung einführt (C.J. 8, 55, 10).

²⁵ Justinian hat hier allerdings teilweise das Verschulden als Voraussetzung der Rückforderung eininterpoliert, *Pernice a. O.* 300 f.

²⁶ System 4 § 154 m.; § 175; weitere Literaturangaben bei Haymann 47 A. 1. Die Unrichtigkeit dessen erhellt vor allem schon daraus, daß Justinian bei der Auflage zu gewissen wohltätigen Zwecken die *Insinuationspflicht* erlassen hat, was sinnlos wäre, wenn hier keine Schenkung vorläge, C.J. 8, 53, 36; ebenso daraus, daß der Widerruf wegen Nichterfüllung die ganze Schenkung ergreift, *Justin. C.J.* 8, 55, 10.

²⁷ Vgl. auch *Marcell. D.* 24, 1, 49.

Fälle schwer zu ziehen sein, dies schließt aber das Vorhandensein des Gegensatzes nicht aus.

3. Die Frage, inwiefern bei der *Donatio sub modo* Erfüllungszwang eintritt, läßt sich nicht einheitlich beantworten.

a) Häufig hat man in der klassischen Zeit die Erfüllung durch ein besonderes stipulatorisches Versprechen zu sichern gesucht, wofür die Quellen mehrfache Beispiele liefern²⁸.

b) Außerdem kann die Schenkung sich durch *Mancipatio fiduciae causa* vollziehen, in welchem Fall wohl die *aº fiduciae* die Einhaltung der Verabredung gewährleistet²⁹. Allerdings wird hierbei, da die Fiduziarverabredung den bestimmten Zweck als den wesentlichen Zweck der Zuwendung erscheinen läßt, oft gar keine Schenkung mehr vorliegen, sondern das Geschäft sich inhaltlich dem *Datum ob causam* nähern. Doch ist die Konkurrenz einer Schenkung insbesondere z. B. dann möglich, wenn der Empfänger die Sache eine Zeit lang für sich behalten soll, ehe er die bestimmungsgemäße Verwendung vornimmt³⁰. Dieser Fall hat das Eigentümliche, daß hierbei nach dem Recht der *Fiducia* dem Schenker auch ein Rückforderungsanspruch, und zwar nicht bloß bei Nichterfüllung, sondern auch bei bloßer Sinnesänderung (*Pönitz*) zukommt³¹, vorbehaltlich allerdings des dem Fiduziar zugesicherten Vorteils.

Wo weder *Stipulation* noch *Fiducia* vorliegt, hat man eine spezifische Erfüllungsklage nicht gekannt. Die Verwendung des *Agere praescriptis verbis* ist erst für die diokletianische Zeit nachweisbar³². Daß man praktisch ohne solche Klage auskam, wobei noch zu bedenken ist, daß auch ein allgemeiner Revokations-

²⁸ *Donatio Fl. Syntrophi C.J.L.* 6, 10 239 (Bruns *Fo.* 295 f.); *Gaj. D.* 45, 1, 122, 2; *Scaev. ibid.* 135, 3 u. a.

²⁹ Der Erfüllungsanspruch bei der *Fiducia* ist allerdings nicht ganz deutlich bezeugt, aber in den Stellen der folgenden Anm. doch wohl vorausgesetzt; vgl. auch *Pernice, Lab.* 3, 1, 128—131.

³⁰ Ein derartiger Fall wird besprochen von *Gaj. D.* 17, 1, 27, 1 (*vv. post mortem meam*); vielleicht auch daß *Marcell. D.* 24, 1, 49, wo die Worte: „*idem si sqq.*“ auf unsern Tatbestand abzielen, eine *Fiducia* im Auge hat; *Pernice a. O.* 136. Vgl. auch *Aristo-Ulp. D.* 39, 5, 18, 1.

³¹ Ausgesprochen bei *Gaj. D.* 17, 1, 27, 1; cf. *Jul. D.* 17, 1, 30 (*Fiduzia ohne Schenkung*).

³² *Diocl. C.J.* 8, 53, 9. 22, 1; 4, 64, 8. Nur zweimal ist in klassischen Quellen auch bei fehlender *Stipulation* von Erfüllungszwang die Rede: *Papin. D.* 39, 5, 28 und *Pomp. D.* 19, 5, 16 pr. Hiervon ist die erste Stelle sicher interpoliert (*Gradenwitz, Interp.* 130 f.), die zweite keineswegs unverdächtig und die *aº civilis incerti* vielleicht für die *aº doli* gesetzt. *Haymann a. O.* 40.

anspruch wegen Nichtbefolgung fehlte (s. unter 2), ist natürlich nur so zu erklären, daß die Stipulations- oder Fiduziarklausel ständig eingriff. Hiernach versteht man auch, daß Rückforderung nur bei zufälliger Unmöglichkeit der Ausführung des Modus (s. unter 1) platzgreift: denn hier versagten jene Klauseln. Solange sie wirkten, war es der gewiesene und einzige Weg für den Schenker, sie geltend zu machen. Ein Wahlrecht gibt es hier nicht.

c) Ist endlich mit dem Geschenk die Verpflichtung zur Herausgabe desselben an einen bestimmten Dritten verbunden worden, so ist durch Reskripte unbekannter Kaiser diesem Dritten der Rückforderungsanspruch, der in diesem Fall dem Schenker ausnahmsweise zusteht⁸³, als *Utilis actio* gegeben worden⁸⁴, aber allerdings wohl nur dann, wenn letzterer keine Sinnesänderung vollzogen hatte. Einen allgemeinen Anspruch des Begünstigten auf Vollzug jeder wie immer gearteten Auflage bezügen die uns bekannten Quellen nicht.

§ 13. Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften.

Als leitenden Grundsatz des römischen Vertretungsrechts kann man es hinstellen, daß die direkte Stellvertretung in Rechtsgeschäften und Prozessen — das heißt eine solche, welche die Rechtswirkungen des geschäftlichen und prozessualen *Haudelus* unmittelbar in die Person des Vertretenen projiziert — ausgeschlossen ist, und jede Vertretung sich auf die sogenannte indirekte oder Interessenvertretung beschränken muß.

In der Tat wird dieses Prinzip von den Juristen vielleicht schon seit Qu. Mucius, jedenfalls aber seit dem zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit und später noch in Kaiserkonstitutionen mit großem Nachdruck formuliert¹.

Das
Prinzip.

⁸³ Vgl. die beiden in Anm. 24 zuerst genannten Stellen.

⁸⁴ Diocl. Vat. Fr. 286 = C.J. 8, 54, 3, 1. Klägerin in dem daselbst entschiedenen Rechtsfall ist übrigens nicht die Begünstigte selbst, sondern ihre Schwester und Erbin. So die unzweifelhaft richtige und herrschende Ansicht gegen einige Dissidenten. Lit. der Stelle bei Hellwig, *Vertr.* zugunsten Dritter 24 ff.; Haymann a. O. 154 ff. Daß der in Rede stehende Anspruch des Dritten nur die *ex lege* zedierte Kondiktion des Schenkers ist, betont richtig Eisele, *Beitr.* 82 ff.

¹ Hauptstellen: Qu. Mucius D. 50, 17, 73, 4; Gai. 2, 95; 3, 103; Pomp. (Dig. fälschlich: Modest.) D. 41, 1, 53; Paul. D. 44, 7, 11 (vielleicht teilweise interpoliert, Schloßmann, *Stellvertr.* 2, 184); 45, 1, 126, 2; Ulp. D. 45, 1, 38, 17 (teilweise itp., Pernice *Lab.* 3, 189 A. 2). — Diocl. et Max. C.J. 4, 27, 1; 4, 50, 6, 3; 5, 12, 26; cf. Just. C.J. 4, 27, 3; J. 3, 19, 11. — Es ist bei

Doch sind solche Lehrsätze, die natürlich immer blofs eine durchschnittliche, oft nur a potiori gewonnene Wahrheit enthalten, genauerer Prüfung bedürftig. Das gilt auch von dem vorliegenden. Er läfst im einzelnen vieles unbestimmt, und darum ist zur richtigen Würdigung seiner Tragweite eine Betrachtung notwendig, die in dieses einzelne geht. Diese — an welcher es derzeit noch fehlt² — wird zeigen, dafs das Prinzip eine annähernd unbedingte Geltung blofs im Gebiet des Zivilrechts besitzt, während es für das prätorische nur in relativ geringem Mafse und selbst in diesem Mafse vielleicht nur als Reflexwirkung der zivilen Regel anerkannt ist.

Wie übrigens vorweg bemerkt werden mag, ist das Verständnis des römischen Vertretungsrechts dadurch erschwert, dafs die römischen Juristen manches als bekannt und selbstverständlich voraussetzen, was für unsere Auffassung keineswegs selbst-

einzelnen dieser Stellen, besonders auch bei der des Qu. Mucius (weshalb der Text vorsichtig gefafst ist), ferner bei Gai. 3, 103, Paulus und Ulpian an sich nicht ausgeschlossen, zunächst blofs die Unmöglichkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter ausgesprochen zu finden; aber im Zusammenhalt mit den übrigen Zeugnissen ergibt sich, dafs ihre Verfasser jedenfalls auch die Unzulässigkeit der Stellvertretung mit gemeint haben; vgl. unten A. 35. — Übrigens ist die systematische Stellung, welche die bezüglichen Äußerungen einnehmen, eine verschiedene und jedenfalls zufällige: Gaius bespricht den Gegenstand beim Eigentumserwerb und den Verbalobligationen; Paulus und Ulpian bei den Verbalobligationen, für Qu. Mucius und Pomponius ist nichts Sicheres zu ermitteln. — Andere Stellen, wo das Prinzip nur per accidens erwähnt wird, sind hier nicht angeführt.

Eine besondere Erklärung für den Ausschluß der direkten Stellvertretung im römischen Zivilrecht geben zu wollen, würde ich für verlorene Zeit halten. Sie entspringt im wesentlichen dem antiken Formalismus, von dem selbst die Klassiker sich nie emanzipiert haben. Weitere Gründe hat sie nicht, wie schon ihre teilweise Anerkennung im prätorischen Recht zeigt. Vgl. noch A. 72.

² Die geschichtliche Darstellung, welche neuestens Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung (1902) 2, 153—295 gibt, hat die einzelnen Probleme vielfach nicht in ihrem ganzen Umfang erkannt; hervorzuheben sind jedoch die bleibenden Verdienste Schloßmanns (Besitzerwerb durch Dritte, 1881) um den Besitzerwerb durch Dritte. Meine eigenen früheren Ausführungen, Stellvertretung 1885, 9—77, kann ich nur insofern noch anerkennen, als daselbst die Unterscheidung von zivilem und prätorischem Vertretungsrecht zuerst richtig hervorgehoben ist. Spätere Einzeluntersuchungen habe ich in Iherings Jhb. 39, 167 f. und Z. Sav.St. 21, 199 f. unternommen, vgl. auch Z. Sav.St. 19, 200. Die treffliche Darstellung von Wenger, Die Stellvertretung im Rechte der Papyri 1906, beschränkt sich, ihrem Zweck nach, auf das in den ägyptischen Urkunden vorfindliche Material (vgl. jedoch das. S. 156—166); darüber unten S. 230 ff.

verständlich ist. So halten sie bei der grundsätzlichen Unwirksamkeit direkter Stellvertretung es meist nicht für notwendig, beim Tatbestand eines Rechtsgeschäfts anzugeben, ob die Parteiabsicht auf direkte oder auf indirekte Vertretung gegangen ist, so daß man öfter nicht recht weiß, ob die Wirkungen der indirekten Vertretung deswegen statuiert sind, weil diese beabsichtigt, oder obwohl sie nicht beabsichtigt war³ u. ä. Die gleiche Schwierigkeit entsteht oft auch dadurch, daß die Römer den Begriff des Prokurators verwenden, dessen Inhalt sie regelmäßig gar nicht definieren, sondern als gegeben ansehen, während für uns an sich die Frage sein kann, ob hierunter ein zur rechtsgeschäftlichen Stellvertretung oder bloß zur wirtschaftlichen Interessenvertretung Berufener gemeint ist. Obwohl neuere Untersuchungen hier im ganzen Licht geschafft haben, können doch im einzelnen Fall diese Übelstände sich auch jetzt noch bemerkbar machen⁴.

Auch der Sinn des Ausdrucks Nuntius ist weder in den Quellen definiert noch a priori klar. Doch dürfte die heutige Lehre im Recht sein, wenn sie unter Nuntius (Boten) denjenigen versteht, welcher bei einem Rechtsgeschäft die Willenserklärung des Auftraggebers als solche verlautbart, also sich lediglich als der Überbringer einer von einem Auftraggeber formulierten Botschaft darstellt, und wenn sie demnach jenen nicht mehr als Nuntius betrachtet, der, sei es auch auf Grund vollkommen spezialisierter Instruktionen, dem Mitkontrahenten so entgegentritt, als ob er selbst den rechtsgeschäftlichen Willensentschluß faßte. Man kann sich hierfür auf ein doppeltes stützen. Erstens darauf, daß bei den Kontrakten des Jus Gentium zwar die Stellvertretung für unzulässig, die Intervention eines Boten dagegen für zulässig erklärt wird⁵; zweitens darauf, daß von der Möglichkeit einer Nuntiatur

Nuntius.

³ Es kommt hierbei in Betracht, daß die antike Bezeichnung für die Vertreterhandlung unpräzise ist. Die Römer sagen „nomine alicuius agere“ oder „rem alicujus agere“, die Griechen *ὀνόματος* oder *ἐξ ὀνόματος τινος*, oder *ὑπὲρ τινος* (näheres zu „nomine“: Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte 31 f., vgl. auch Stellvertretung I, 115 f.; Wenger a. O. 223 f. und 87 A. 1; Hupka, Haftung des Vertreters [1903] 9); spät ist *ἐξ προσώπου τινός* B.G.U. 317 I. 9 a^o 580; 371 I. 24 [arabische Zeit?]; vgl. Schloßmann, Persona und πρόσωπον, Kiel 1906, 46 A. 9, und Jacob, Im Namen Gottes, Berlin 1903). Alle diese Wendungen können sich sowohl auf direkte als indirekte Vertretung beziehen.

⁴ So z. B. bezüglich des Prokuratorenbegriffs wegen der später eingetretenen teilweisen Erweiterung desselben (unten A. 112).

⁵ Dies geschieht häufig: Paul. D. 18, 1, 1, 2; Mod. D. 17, 2, 4 pr.; Paul. D. 17, 1, 1 u. a., verzeichnet bei Schloßmann I, 315 A. 1.

eben nur bei den formlosen Geschäften des Jus Gentium, nie bei zivilen Formalgeschäften⁶ die Rede ist. Aus dem Zusammenhalt beider Erscheinungen schließt man mit Recht, daß es dort die Formlosigkeit der Erklärungshandlung ist, welche die Botschaft ermöglicht, daß also der Bote eine Willenserklärung nur zu überbringen, niemals selbst abzugeben hat. Unterstützt wird dies dadurch, daß hie und da in den Quellen das Handeln „per nuntium“ dem Handeln „per alium“ (Stellvertreter) deutlich entgegengesetzt wird⁷.

Insbesondere ist gegenüber einer scheinbar entgegenstehenden Quellenstelle zu betonen, daß jedenfalls bei gerichtlichen Handlungen die Vertretung durch einen Boten nicht zugelassen worden ist⁸: ein Postulieren durch Nuntii hat es ebensowenig gegeben als eine Litiscontestatio durch solche. Vielmehr ist die gerichtliche Handlung im Sinn der Römer, wie im modernen, stets ein aktueller Willensentschluß vor dem Gericht, der nicht durch einen außergerichtlichen, durch Boten zu übermittelnden ersetzt werden kann. Und eine entsprechende Auffassung ist es unzweifelhaft auch, von der aus für die Formalgeschäfte des Jus civile die Mitwirkung eines Boten abgelehnt worden ist⁹.

⁶ Wo ausnahmsweise das Jus civile ein formloses Geschäft kennt, wie die Eheschließung in ihrer späteren Gestalt, ist Botenvertretung möglich, Pomp. D. 23, 2, 5.

⁷ Ulp. D. 36, 1, 38 pr. (Mitteis, Stellvertr. 132 f.); Diocl. et Max. C.J. 4, 50, 9: per mediam personam vel per nuntium (das vel — nicht veluti — gesichert durch Bas. 19, 15, 9). In D. 23, 1, 18 ist vielleicht, indem man mit Mommsen die Worte „et coram — epistulam“ in Parenthese setzt, der Nuntius als Empfangsbote dem Alius als Erklärungsboten entgegengesetzt zu denken. — Ganz anders als hier Schloßmann, Stellv. 1, 321 f.: Der Nuntius unterscheidet sich vom Stellvertreter nicht durch die Art seiner Tätigkeit, sondern dadurch, daß er eine sozial untergeordnete Person ist. Danach würde also der Ausschuß der direkten Vertretung entfallen sein, wenn man geeignete Vertreter auswählte. Daß Schloßmann dies, trotz 1, 328 f., selbst nicht durchführen kann, zeigt seine Darstellung im zweiten Band.

⁸ Die entgegenstehende Stelle ist Maec. D. 36, 1, 67, 3. Dort ist gesagt, ein Universalfideikommissar, welcher stumm ist, kann vor dem Prätor den Antritt der suspekten Erbschaft vom Fiduziar erzwingen, „quomodo absentes per nuntium“. Aber der ganze Passus von „quod aliquatenus“ bis „per nuntium“ ist verdächtig und wird wohl nach C.J. 6, 22, 10 itp. sein. (Verdächtig ist übrigens auch der Schlusssatz „quo exemplo et mutus, qui nihil intelligere potest, per curatorem adjuvatur“). Aber selbst die Echtheit vorausgesetzt, würde doch ein *ἄρα ἐρρημύτων* vorliegen; der gerichtliche Vertreter heißt sonst immer Procurator.

⁹ Damit soll nicht gesagt sein, daß diese Auffassung auch für das

Der einzige Punkt, wo an eine leichte Modifikation des Begriffs wenigstens gedacht werden kann, ist der, ob nicht bei den formfreien Rechtsgeschäften — zwar nicht die klassische Theorie — wohl aber eine etwas laxe und wohl auch späte Praxis den Botenbegriff weiter gefaßt und wenigstens Stellvertreter mit ganz oder doch annähernd spezialisierter Vollmacht noch in Boten umgedeutet haben könnte, um die Wirkung direkter Stellvertretung zu erreichen. Doch scheint auch diese Annahme weder geboten noch auch nur wahrscheinlich zu sein; ihre Prüfung wird unten S. 230 ff. erfolgen.

Die Darstellung des Einzelnen muß vom Gegensatz des zivilen und des prätorischen Rechts ausgehen. Hierbei ist es unerlässlich, vergleichsweise auch den Erwerb durch hausuntertänige Personen heranzuziehen, obgleich derselbe bekanntermaßen von der eigentlichen Stellvertretung wohl zu unterscheiden ist¹⁰ und auch, wo im folgenden von Vertretung schlechthin die Rede ist, nicht mitverstanden wird. Andererseits ist das besondere Recht der Vertretung von Gemeinden in die Darstellung des Korporationsrechts überwiesen und daher nur gelegentlich berührt.

I. Zivilrecht (einschließlich des zivilen Jus Gentium).

Die Untersuchung nach der Zulässigkeit der Stellvertretung hat hier die einzelnen Kategorien der Rechtsgeschäfte von einander zu sondern. Freilich wird diese Sonderung dadurch erschwert, daß die Römer selbst eine vollkommene Theorie und danach auch eine Klassifikation der Rechtsgeschäfte nicht besitzen¹¹. Doch dürfte die, wengleich ziemlich rohe Unterscheidung von dinglichen, obligatorischen, erb- und familienrechtlichen Geschäften und endlich Rechtshandlungen allgemeiner Natur für den Zweck der Darstellung genügen.

A. Dingliche Rechtsgeschäfte.

Hier kommen zunächst Manzipatio und In Jure Cessio in Betracht, und dabei ist wieder zu unterscheiden, je nachdem Stellvertretung im Erwerb oder in der Veräußerung bezweckt wird.

Dingliche
Rechts-
geschäfte.

moderne Recht ausnahmslos notwendig ist. Die, wie es freilich scheint, allgemein verbreitete Auffassung, daß der Formalakt seinem Wesen nach immer' und überall nur Stellvertreter, nicht auch Boten zuläfst, bedarf einer Überprüfung.

¹⁰ Hierzu Mitteis, Stellvertretung S. 6.

¹¹ Oben S. 136, 145 III.

Manzipa-
tion.

1. Beim Manzipationserwerb ist Stellvertretung schlechthin unzulässig; weder ein gewillkürter noch ein gesetzlicher Vertreter kann einen solchen beschaffen¹². Nur durch gewaltunterworfenen Personen kann dem Herrn manzipiert werden. Dies ist keines Beweises bedürftig.

2. Ebenso ist manzipative Veräußerung durch Vertreter unmöglich¹³. Insbesondere ist das römische Recht nicht etwa in der Weise zur Anerkennung derselben gelangt, daß es in ihr eine unter Zustimmung des Berechtigten erfolgte Verfügung eines Nichtberechtigten erblickt hätte. Denn eine allgemeine Regel, nach welcher Verfügungen über fremdes Vermögen mit dieser Zustimmung möglich wären, fehlt hier durchaus¹⁴; eine solche Regel besteht zwar für die formlosen Verfügungen des *Jus gentium* (Tradition, Verpfändung); bei den Formalakten des Zivilrechts ist sie ausgeschlossen gemäß dem Prinzip der Konzentration.

Der Quellenbeweis für die Unmöglichkeit stellvertretender Manzipationsveräußerung ist freilich nicht ganz leicht zu führen¹⁵, weil die klassischen Erörterungen über diese Frage von den Kompilatoren gestrichen sind; doch ergibt sich die Regel mit Sicherheit daraus, daß der Sklave durch Manzipation für seinen Herrn nicht veräußern kann¹⁶, ja selbst der Tutor nicht für den Mündel¹⁷.

¹² Der Actor von Como, dem bei Plin. Ep. 7, 18 manzipiert wird, wird ein *servus publicus* sein. A. A. Havel bei Pauly-Wiss. 1, 330.

¹³ In der Literatur wird dieser Punkt kaum erörtert; aber es scheint, daß die irrige Ansicht verbreitet ist, als ob *mancipio dare* durch Stellvertreter selbstverständlich zulässig sei. Dies zeigt die falsche Ergänzung („*vel mancipaverit*“), welche Voigt, R.G. 1, 290 A. 42 zu D. 41, 1, 9, 4 vornimmt. Auch Lenel scheint diese Ansicht zu teilen, wenn er in der Paling. und E.P.² 184 A. 2 Ulp. 585, 588 auf Provinzialboden bezieht, „weil bloß tradiert sei“. Dieser Schluss ist deshalb unrichtig, weil in beiden Fällen die Veräußerung nicht durch den Eigentümer selbst erfolgt war, sondern das eine Mal durch den Pfandgläubiger, das andere Mal durch den Sohn oder Sklaven: Manzipation war also nach richtiger Ansicht auch bei einem italischen Grundstück durch den Tatbestand ausgeschlossen.

¹⁴ Vgl. meine Ausführung in Ztsch. d. Sav.St. 21, 301 und unten S. 281.

¹⁵ Bei Scaev. D. 41, 4, 14 ist der Tatbestand zu unklar, um etwas folgern zu können; die Notwendigkeit der Usukapion muß hier nicht auf die Unwirksamkeit der Manzipation zurückgehen, sondern kann auch auf Mangel der Veräußerungsvollmacht beruhen.

¹⁶ Der Beweis dieses Satzes liegt in folgenden Stellen: 1. Julian D. 21, 2, 39, 1: „*Si servus tuus emerit hominem et eundem vendiderit Titio eiusque nomine duplam promiserit et tu a venditore servi stipulatus fueris: Si Titius servum petierit et ideo victus sit, quod servus tuus in tradendo (l. in mancipio)*

Doch hat hiervon wohl eine Ausnahme bestanden. Denn es scheint der agnatische Curator furiosi in der klassischen Zeit zur

[sine voluntate tua] proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit Publiciana actio et propter hoc duplae stipulatio ei non committetur.“ Ich habe diese Stelle Z. Sav.St. 21, 208 f. in dem Sinn besprochen, daß man aus den Worten in mancipio sine voluntate tua nicht den Schluß ziehen könne, mit Zustimmung des Herrn wäre gültig manzipiert worden. Es ist aber (vgl. Z. Sav.St. 25, 381) noch weiter zu gehen und zu sagen, daß das Fragment geradezu positiv die Unwirksamkeit solcher Manzipation beweist. Denn die Worte „sine voluntate tua“ sind, wie Lenel im Anschluß an meine Ausführungen mir vorschlägt, gleichfalls als interpoliert anzusehen, was schon daraus folgt, daß die Publiciana nur dann als zulässig bezeichnet werden konnte, wenn der Herr mit der Veräußerung einverstanden war. Eingeschoben werden mußten jene Worte deshalb, weil die (hineininterpolierte) Tradition mit der (im Original durchaus vorausgesetzten) Zustimmung des Herrn das Eigentum übertragen hätte. Es hat also gelautet „quod servus tuus in mancipio proprietatem transferre non potuisset“. Interessant ist es zu sehen, daß solche Sklavenmanzipationen praktisch doch unternommen wurden. 2. Einen weiteren Beweis der Unzulässigkeit von manzipativer Veräußerung durch Sklaven und Hauskinder gibt Paul. Vat. Fr. 51 i. f.: „Per mancipationem (usufructus per eos quos in potestate . . . habemus) ita (nobis adquiri) potest, ut nos proprietatem, quae illis mancipio data sit, deducto usufructu remancipemus.“ Es ist zu beachten, daß die Remanzipation hier „per nos“ erfolgen muß. Könnten die Personae alieni juris selbst sie vollziehen, so wäre es doch viel einfacher gewesen, wenn sie gleich selbst remanzipiert hätten; daß sie die Vollmacht dazu hatten, ist ja vorausgesetzt. 3. Außerdem spricht für die Unzulässigkeit des Mancipio dare durch Stellvertreter Cic. ad Att. 13, 50, 2, vgl. meine Bem. a. O. 209. — Seltsam (mit eigenmächtiger und schon nach dem Zusammenhang der Stelle ganz ausgeschlossener Erweiterung des Textes bei Gai. D. 41, 1, 9, 4) für das Gegenteil Voigt an dem in A. 13 a. O. Nach dem Gesagten kann auch der pfandmäßige Verkauf eines Fundus Italicus (wobei der Gläubiger bekanntlich das dingliche Recht nur wie ein Prokurator überträgt) bloß bonitarisches Eigentum gegeben haben. Demgemäß kann die In rem actio bei Julian-Ulp. D. 6, 1, 39, 1 ganz wohl die Rei Vindicatio und der Schlußsatz in Ulp. D. 13, 7, 13 pr. (trotz Eisele, Z. Sav.St. 13, 125) echt sein.

¹⁷ Dies ergibt Ulp. D. 40, 5, 30, 6; Mitteis, Z. Sav.St. 21, 209. Daß die Unmöglichkeit der Manzipation (es handelt sich um einen Sklaven) hier nicht auf mangelnder Vollmacht des Tutor beruht, liegt auf der Hand; die Veräußerung des Mündelguts ist, abgesehen von der Or. div. Severi, unbeschränkt. Bei Scaev. D. 6, 1, 67 (Verkauf eines Hauses) ist entweder der Mündel als mithandelnd gedacht oder bloße Verschaffung des bonitarischen Eigentums gemeint. Die sonst von Veräußerungen durch den Tutor handelnden Stellen, vor allem D. 4, 7, 10, 1; 26, 7, 12, 1; 41, 1, 35; 41, 4, 7, 3; C.J. 5, 37, 16, sprechen nicht speziell von res Mancipi. — Terent. Clem. D. 23, 3, 61, 1 (vom tutor dotis constit. causa datus handelnd, cf. Gai. 1, 178) setzt nicht stellvertretende Veräußerung durch den Tutor, sondern Auctoritas voraus, trotz des vagen Ausdrucks „tradere debet“. Auf diese Weise konnte der Tutor auch res Mancipi zur Dos geben, was der allgemeine Wortlaut der Stelle auch

Manzipationsveräußerung namens seines Mündels befugt erachtet zu werden; allerdings ist dies nur eine scheinbare Ausnahme und die Sache von den Juristen vermutlich mehr als Ausübung einer quasi-dominikalen Gewalt, also als Handeln im eigenen Namen, aufgefaßt worden¹⁸.

Im übrigen darf man sich die praktischen Wirkungen der Unmöglichkeit stellvertretender manzipativer Veräußerung nicht als so lästig denken, wie sie, namentlich bei Sklaven und Hauskindern, welche die *libera administratio peculii* haben, also gerade zu Veräußerungen aus dem *Peculium* ermächtigt sind, auf den ersten Anblick erscheinen¹⁹; denn die Regelung des bonitarischen Eigentums vermag das Fehlen der quiritischen Übertragung durch Vertreter in weitem Umfange zu ersetzen²⁰.

In jure
cessio.

3. Bei der *In Jure Cessio* ist aktive Vertretung ausgeschlossen, weil „*nemo alieno nomine lege agere potest*“²¹. Der hier eingreifende prozessuale Gesichtspunkt bewirkt auch, daß

andeutet. — Der Verkauf des Sklaven durch den Prokurator bei Marcian D. 18, 1, 42 ist jedenfalls nur als Übertragung des bonitarischen Eigentums gedacht.

¹⁸ Manzipation durch den agnatischen Kurator: Pomp. D. 40, 1, 13 „(ab agnato) tradendum (l. mancipio dandum) servum“. Ferner vergleiche Gai. D. 27, 10, 17 (selbst wenn statt in tradendo mit Lenel Pal. „in jure cedendo“ und nicht „in mancipio“ zu lesen sein sollte; der Analogieschluß auf die Manzipatio wäre sicher). Gai. 2, 64 spricht allerdings nicht von den *Res mancipi* insbesondere; auch wäre es kaum richtig von ihm, die Veräußerungsbefugnis bezüglich dieser auf die XII T. zurückzuführen, da das Gesetz dem Agnatus Curator furiosi nur über die *Pecunia* (d. h. wohl die *Res nec manc.*) die *Potestas* einräumt (oben S. 81), und es wohl erst die Jurisprudenz ist, welche dieselbe auf die *Familia* (d. i. die *Res mancipi*) erstreckt, s. unten in der Lehre von der *Cura*. — Dem von Gaius gleichfalls genannten Prokurator schreibe ich das Manzipationsrecht nicht zu (obwohl ich es früher — zweifelnd — für denkbar gehalten hatte, Sav. Zt. 21, 209); Gaius bezieht sich, wie gesagt, gar nicht auf diese Frage.

¹⁹ Vgl. auch (für den Tutor) die in D. 40, 5, 30, 6 bezeichneten Schwierigkeiten.

²⁰ Auch daraus, abgesehen von den erfolgten Streichungen erklärt es sich, daß diese Frage in den Quellen kaum berührt wird. Beispiel für die bonitarische Übertragung: Scaev. D. 4, 4, 47, 1 (*curator adulescentium praedia vendidit*), wo der Verkauf offenbar schon beiderseits vollzogen ist.

²¹ Das ist wahrscheinlich auch für den Tutor anzunehmen. Erwerb durch *In Jure Cessio* wird für ihn nicht bezeugt, und die Vertretung in der *Legis-aktio* muß ihm nicht etwa wegen des *Lege agere pro tutela* in J. 4, 10 pr. ohne weiteres zugeschrieben werden. Zutreffend in letzterer Beziehung Hruza, *Lege ag. pro tut.* (1887); vgl. unten die Lehre von der Vormundschaft.

selbst der Sklave und der Haussohn ihrem Gewalthaber auf diesem Wege nicht erwerben können, weil sie zur Legisaktio unfähig sind²².

4. Dasselbe muß aber auch von der Entäußerung durch In Jure Cessio gesagt werden; wenn die Quellen — der einzige Fall, in welchem die Frage anscheinend berührt wird — eine Manumission durch den Haussohn anerkennen, so ist das nicht auf die durch eine Abart der In Jure Cessio sich vollziehende Manumissio Vindicta, sondern auf die prätorische Freilassung zu beziehen²³.

5. Anders steht es bei der einfachen Tradition. Hier kommt zunächst für die Vertretung im Traditionserwerb die

Tradition
und Besitz.

²² Vgl. insbes. für den Haussohn Paul. Vat. Fr. 51.

²³ S. meine Ausführ. Z. d. Sav. St. 21, 199 f., 25, 379 f. Prinzip ist: auch die Tätigkeit des Beklagten ist legis actio (selbst das confiteri) und daher durch Dritte nicht möglich (Schol. Sin. 18, 49 [K.]). Dafs bei Jul. D. 40, 2, 4 pr. und Paul. D. 40, 9, 15, 1 die manum. vindicta interpoliert ist und im Original von der prätorischen Freilassung die Rede war, läßt sich beweisen (a. O. 21, 202 f.); über D. 40, 2, 22 ebenda 207. Andere Stellen, wo Freilassung durch den Haussohn erwähnt ist, sagen gar nicht, dafs es sich um Man. vind. handelt, so D. 37, 14, 13; 38, 2, 22; 40, 1, 16 (a. O. 208); 40, 2, 10; 40, 9, 16, 5. 30, 1; 40, 1, 7. 16. 22; 49, 17, 6. — D. 40, 2, 10 „surdi vel muti patris filius iussu eius manumittere potest; furiosi vero filius non potest manumittere“ erhält seine richtige Beleuchtung durch die Schlußworte: nicht darum handelt es sich, ob der Defekt des Vaters ihn zur Gestattung einer Man. vindicta, sondern darum, ob er ihn zu einer gültigen Vollmacht überhaupt (d. h. Vollmacht zur prätorischen Freilassung) untauglich macht; der Ausspruch steht auf einer Linie mit Stellen wie D. 29, 2, 5; 39, 5, 33, 2; 3, 3, 43 pr. u. a. — Paul. D. 40, 2, 18, 2: „Filius quoque voluntate patris apud patrem manumittere poterit“ bezog sich wohl auf Sklaven des peculium castrense (cf. D. 38, 4, 3, 3); dies ist gestrichen und dafür „voluntate patris“ interpoliert, weil Justinian dem Sohn die Vertretung des Vaters gestattete. Auch D. 23, 2, 51, 1 kann auf unvollkommene Freilassung bezogen werden; die daselbst erwähnte Ehe ist dann nur matrim. injustum (oben S. 71 A. 32). Paul. Sent. 1, 13 a, 2 (filiusfamilias iussu patris manumittere potest, matris non potest, womit C.J. 7, 15, 1, 3 zusammenhängt) erklärt sich aus dem bei der Manumission eintretenden Patronatsrecht; da der Sohn der Mutter nichts erwerben kann, kann er für sie auch nicht freilassen: sonst würden Freilassung und Patronat auseinandergerissen. Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, dafs das Patronat gar nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Rechts erworben wird; der Ausschluß der Stellvertretung geht so weit, auch einen solchen Erwerb unmöglich zu machen.

Außerdem denkt Lenel, Pal. Gai. 476 (D. 27, 10, 17) an In Jure Cessio durch den Curator furiosi. Dafs statt des „in tradendo“ der Stelle Gaius „in jure cedendo“ gesagt haben sollte, bleibt jedoch so vollkommen unsicher (vgl. A. 18), dafs es zwecklos ist, die Frage zu erörtern, ob die quasidominikale Gewalt des agnatischen Wahnsinns Pflegers (A. 18 hier etwa eine Ausnahme von der Regel begründet hat.

Regel in Betracht, daß durch den Prokurator Besitz erworben werden kann.

Dieser etwa im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit formulierte²⁴ und durch ein Reskript von Severus und Caracalla bestätigte²⁵ Satz bezieht sich aber zunächst nur auf den dauernd bestellten Prokurator^{26 27} und mag sich wohl aus dem Umstand erklären, daß dieser Prokurator meist aus der Reihe der eigenen Freigelassenen genommen wird und als solcher dem häuslichen Machtkreis seines Patrons zugehört²⁸. Zwar scheint es, daß in der severischen Zeit man hie und da auch einen nur für den einzelnen Fall bevollmächtigten Vertreter als „quasi procurator“ in gleicher Weise behandelte²⁹, aber das Prinzip, daß per liberam personam

²⁴ Für diese Altersbestimmung Neratius D. 41, 3, 41: *quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat*. In der Lücke bei Gai. 2, 95 wird statt per (liberam personam) mit Goudsmit zu lesen sein per (procuratorem).

²⁵ C.J. 7, 32, 1; Ulp. D. 13, 7, 11, 6.

²⁶ Hiermit muß nicht gerade ein Prokurator des ganzen Vermögens gemeint sein, wie Schloßmann (Besitzerwerb durch Dritte 1881) meinte. Vgl. Lenel, Iherings Jhb. 36, 82 und unten A. 98.

²⁷ Es ist Schloßmann zuzugeben, daß die klassischen Quellen den Besitzerwerb grundsätzlich nicht durch beliebige Vertreter zulassen, sondern nur durch solche, die unter den technischen Begriff des Prokurator fallen, und man wird auch mit Kniep (Vacua possessio 219—233) annehmen können, daß, wo von Besitzerwerb „per liberam personam“ schlechthin die Rede ist, Interpolation vorliegt. So deutlich bei Ulp. D. 41, 1, 20, 2 (Kniep 221) und wahrscheinlich auch bei Pomp. (D. Modest.) D. 41, 1, 53 (Kniep 221—222), Ulp. D. 47, 2, 14, 17; 13, 7, 11, 6; Sev. et Anton. C.J. 7, 32, 1; dafür spricht insbesondere, daß noch Diocl. et Maxim. C.J. 7, 32, 8 nur vom Besitzerwerb durch den Prokurator reden, und entscheidend ist der Wechsel des Ausdrucks (libera persona — procurator) bei Paul. S.R. 5, 2, 2. Erst Justinian (vgl. J. 2, 9, 5 mit Gai. 2, 95) hat die Ausdehnung definitiv vollzogen. Dagegen übersieht Schloßmann, die in A. 29 bezeichneten Ansätze des klassischen Rechts, und in diesem Punkt sowie mit Rücksicht auf das in A. 26 bezeichnete Mißverständnis Schloßmanns ist meine einstige Polemik (Stellvertretung 51 f.) noch jetzt aufrechtzuerhalten.

²⁸ Vgl. unten S. 232 bes. A. 95. Über den (sehr wahrscheinlichen) Zusammenhang dieses Erwerbes mit dem häuslichen Machtkreis des Herrn vgl. Ihering, Besitzwille 98 f. Analog erwirbt der Unternehmer auch den Besitz durch den Mercennarius, D. 39, 5, 6; das wird offenbar gar nicht als Erwerb durch Stellvertreter empfunden.

²⁹ Darauf deutet Ulp. D. 41, 1, 20, 2: „Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per procuratorem (Dig.: liberam personam vgl. Kniep 221 (omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium. Den

schlechthin der Besitz vermittelt wird, wird erst der Justinianischen Zeit angehören.

Übrigens setzt dieser Besitzerwerb voraus, daß der Vertretene zu demselben entweder vorher Auftrag gegeben hat, in welchem Fall er die Vollziehung desselben nicht erfahren zu haben braucht; oder daß er denselben nachträglich genehmigt. Eine allgemeine Bevollmächtigung zum Besitzerwerb ist also in der Anstellung des Prokurators nicht gelegen³⁰. Natürlich aber kann der Auftrag zum Besitzerwerb auch als genereller erteilt werden.

Dem dauernd bestellten Prokurator scheint übrigens gleich von vornherein der Tutor, vielleicht auch der Kurator, gleichgestellt worden zu sein³¹.

Durch den Erwerb des Besitzes nun kann der Prokurator seinem Chef auch das Eigentum vermitteln.

6. Vertretung des Veräußerers bei der Tradition ist durchaus zulässig³². Dies folgte schon daraus, daß formlose Verfügungen eines Nichtberechtigten über fremdes Vermögen durch Zustimmung des Berechtigten schlechthin wirksam wurden.

7. Im Erwerb wie in der Bestellung von zivilen Servituten ist Stellvertretung ausgeschlossen gewesen³³. Und zwar, was die Bestellung anbetrifft, auch Vertretung durch Gewaltunterworfenen, wie sich aus dem zu 2 und 4 Gesagten ergibt.

Titius hier für einen eigentlichen Proc. omnium rerum zu halten (so Kniep a. O.), wird m. E. durch das vorsichtige „puto“ ausgeschlossen. Vgl. auch Dernburg, Pand. 1 § 180 A. 10 f., und über die allmähliche Ausdehnung des Prokuratorenbegriffs unten A. 112.

³⁰ Nerat. D. 41, 1, 13 pr.; Ulp. D. 41, 2, 42, 1; Paul. D. 3, 5, 23 und sent. 5, 2, 2. — Wo von „possessio adquiretur ignorant“ schlechthin die Rede ist (D. 41, 2, 34, 1. 49, 2; 41, 3, 47; 41, 1, 13, 1), ist Mandat stillschweigend vorausgesetzt.

³¹ Wenigstens für den Tutor unverdächtig bezeugt bei Nerat. D. 41, 1, 13, 1 (die von Ihering, Besitzwille 305, dagegen zitierte Stelle Ulp. D. 26, 9, 2 ist interpoliert, Eisele, Z. Sav.St. 13, 127). Die weiteren Belegstellen Ulp. D. 13, 7, 11, 6; Paul. D. 41, 2, 1, 20 sind allerdings nicht über Interpolationsverdacht erhaben.

³² Gai. D. 41, 1, 9, 4; vgl. Brinz, Arch. f. ziv. Prax. 63, 356 f. — Überschreitung der Vollmacht: Paul. D. 17, 1, 5, 3, 4; der entgegenstehende Schlußsatz bei Paul. sent. 2, 15, 3 ist wahrscheinlich spätere Interpolation, die in diesem Werk vielleicht nicht so selten sind, als man gewöhnlich annimmt.

³³ Spezielle Belege kenne ich nicht; die Behauptung folgt aber aus obigen Sätzen von selbst. Übrigens gilt dasselbe auch von prätorisch geschützten Dienstbarkeiten, weil die erforderliche (Pactio et) Stipulatio die Vertretung ausschloß.

Begründung von Obligationen.

B. Rechtsgeschäfte des Obligationenrechts.

1. Begründung von Obligationen. Hier gilt bei den zivilen Kontrakten der Grundsatz, daß sowohl der Erwerb des obligatorischen Anspruchs als auch die Verpflichtung durch Stellvertreter ausgeschlossen ist. Die Fassung, welche dieses Prinzip in den Quellen findet, ist freilich öfter eine undeutliche, die nicht erkennen läßt, ob es die Unzulässigkeit direkter Stellvertretung (mit Vollmacht resp. Ratihabition) oder die Unmöglichkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter ist, welche betont werden soll³⁴. Doch ergeben einige Zeugnisse das hier bezeichnete Resultat mit genügender Sicherheit³⁵.

Es fragt sich angesichts dieses Prinzips, in welcher Weise der römische Stellvertreter bei obligatorischen Verträgen kontrahierte, beziehungsweise, welche Wirkungen die Wahl des einen oder des andern Modus hatte. Das Material, das wir zur Beantwortung dieser Frage besitzen, ist allerdings unzulänglich, und es kommt bei seiner Benutzung noch in Betracht, daß es zum großen Teil, nämlich jedenfalls soweit es in Reskripten und Papyrusurkunden besteht, den griechischen Provinzen angehört, und daß im griechischen Recht die direkte Stellvertretung unzweifelhaft anerkannt gewesen war³⁶.

Arten der Vertretererklärung.

Die Arten, wie die Vertreterhandlung sich in den Quellen darstellt, sind nun sehr verschiedene.

1. Bald — und dies ist vom Standpunkt des römischen Rechts das einzig korrekte — kontrahiert der Vertreter im eigenen Namen (reine indirekte Stellvertretung)³⁷;

³⁴ Vgl. oben A. 1.

³⁵ Dies sind von konkreten Entscheidungen die von Paul. D. 45, 1, 126, 2; Pap. D. 21, 2. 66. 3; Diocl. et Max. C.J. 4, 27, 1, 1 (hier ist überall Vollmacht resp. Ratihabition entweder vorhanden oder doch die Vollmachtsfrage ignoriert, während beim Vertrag zu Gunsten Dritter gerade der Mangel der Vollmacht zu betonen gewesen wäre). Außerdem wäre unter den abstrakten Aussprüchen der Satz „*Excepta possessionis causa*“ (C.J. 4, 27, 1 pr.) unverständlich, wenn er nicht auf Stellvertretung abzielen würde. Die übrigen sogen. Quellenbeweise für die obligatorischen Verträge sind meist an sich zweideutig und müssen ihr Licht von den ersteren empfangen.

³⁶ Das ergibt mit voller Sicherheit das von Wenger a. O. (namentlich S. 218 f.) vorgelegte Urkundenmaterial, soweit es griechische Kontrahenten (vor der Const. Antonina) betrifft.

³⁷ Das bezeichnet Pomp. bei Ulp. D. 13, 5, 5, 6 als das Richtige; vgl. auch *ibid.* § 9. So kontrahiert auch der Haussohn bei Scaev. D. 24, 1, 58, 2, welcher „*rebus matris intervenire solitus pecunia matris consentiente ipsa mercatus emtionum instrumenta suo nomine confecit*“; so natürlich auch

2. bald stellt er den Vertrag ausdrücklich auf den Namen des Vertretenen, aber so, daß er selbst handelnd auftritt (reine direkte Vertretung)³⁸,

3. daneben kommt aber noch eine dritte Form vor, nämlich die, daß der Vertretene als „durch den Vertreter“ handelnd eingeführt wird. Bei den subjektiv stilisierten *Epistolae* und *Hypomnemata* (unten S. 312) hat hier der Vertreter, äußerlich genommen, fast die Rolle eines *Nuntius*³⁹; bei objektiv stilisierten

der Prozeßprokurator (nicht *Kognitor*!), der *Cautio iudicatum solvi* leistet (vgl. *Pap. Vat. Fr.* 332). Noch andere Fälle unten A. 68. Auch *D.* 3, 3, 67 (= *Vat. Fr.* 328) kann zu diesem Typus gehören; es ist nicht notwendig, bei den Worten „*procurator pro evicione praediorum, quae vendidit, fidem suam adstrinxit*“ mit *Schloßmann* an Verbürgung des Prokurator zu denken. Das wäre nur der Fall, wenn der Prokurator den Verkauf als *Nuntius* geschlossen hätte. Wie die Stelle dasteht, kann angenommen werden, daß mit dem *fidem suam adstringere* die im eigenen Namen geleistete *Eviktionsgarantie* gemeint ist.

³⁸ Aus den *Digesten* gehört hierher *Paul. D.* 45, 1, 126, 1: „... quae dari *Quintiliano stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintilliani*“. Ebenso kontrahiert der Prokurator *Seji* bei *Scaev. D.* 44, 7, 61 pr.: „*Λούκιος Καλάνδιος ἐπέγνων, καθὼς προέγραπται ἐστὶ λοιπὰ παρ ἡμῖν . . . τόσα*“. Vgl. auch *Scaev. D.* 18, 5, 8 „*subscripsit quasi procurator*“. Auch die häufig erwähnten *Unterschriften* der Tutoren werden so zu denken sein. So hat man sich wohl auch die bei *Diocl. et Max. C.J.* 4, 27, 1, 1; 4, 50, 4 vorausgesetzten *Urkunden* vorzustellen. Eine *Mischform* beobachtet der *Institor* bei *Scaev. D.* 14, 3, 20: „*Octavius Terminalis rem agens Octavii Felicis Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debeo pridie Kalendas Maias*. — In den *Papyri* gibt ein *Paradigma* die allerdings *peregrinische Kaufurkunde P. Oxy.* 3, 505 (2. Jhd. p. C.), deren *Wortlaut* unten A. 87 zu ersehen ist.

³⁹ Allerdings tritt letzteres in den *Urkunden* oft deswegen nicht so stark hervor, weil fast nie der *Aussteller*, sondern meist der *Destinatar* der *Urkunde* vertreten ist; denn namentlich bei *Pachtverträgen*, die hier das größte *Kontingent* liefern, ist der nicht persönlich kontrahierende *Grundherr* nicht *Aussteller*, sondern *Destinatar*. Indessen hat das sachlich um so weniger etwas zu sagen, als, wie man heute weiß, es auch einen *Boten* in der *Empfangnahme* einer *Willenserklärung* gibt. Ein *Beispiel* mit *römischen Parteien*, das gleichzeitig den *Vorzug* hat, daß der *Aussteller* der *Urkunde* der *Vertretene* ist, gibt *P. Lips.* 19: *Ἀδρηλίω Ἐρμείᾳ παρὰ Ἀδρ(ηλίων) Ἀλῆτος . . . καὶ Πινουτίωνος . . . καὶ [NN.] καὶ Παμῶνιος δι ἡμῶν τῶν παρόντων Ἀλῆτος καὶ Πινουτίωνος. Βουλόμεθα μισθώσασθαι . . . Ἡ μίσθωσις κυρία καὶ ἐπερωτηθέντες ὁμολογήσαμεν*. S. ferner (römisch): *P. Flor.* 75; *B.G.U.* 39, 71, 253, 603; (hellenistisch): *B.G.U.* 427; *P. Gen.* 8; *P. Amh.* 90; *P. Oxy.* 3, 502; *P. Fay.* 95 u. a.

Übrigens ist gleich hier zu bemerken, daß die *Tätigkeit* des *Vertreters* sich hierbei nicht auf die eines *Nuntius* beschränken muß. In *B.G.U.* 603 unterschreibt der *Vertreter* des *Verpächters* mit seinem Namen „*Προβιγκάριος μεμισθῶκα ὡς πρόκειται*“, tritt also *selbsthandelnd* auf, vgl. *Wenger* 252. Leider

Urkunden tritt der Charakter der Repräsentanz stärker hervor⁴⁰.

Was die rechtliche Behandlung dieser verschiedenen Ausdrucksformen angeht, hat es an einzelnen Stellen den Anschein, als ob bei der unter 2 genannten (wo der Vertreter als eigentlicher Repräsentant auftritt), man in Verfolgung des Prinzips schlechthin Nichtigkeit des Kontrakts angenommen hätte. Doch ist es sehr bedenklich, einer dermaßen formalistischen und ungesunden Anschauung einen weiteren Umfang zuzuschreiben, als durch die Quellen unbedingt geboten wird; und letzteres ist wohl nur der Fall beim Formalkontrakt der Stipulation, wenn dieselbe personell, d. h. ausdrücklich auf „domino dari“ lautet⁴¹. Für nicht formale Kontrakte, sowie für impersonell, d. h. auf dari ohne Bezeichnung der Person gefasste Stipulationen ist wahrscheinlich die Regel die gewesen, daß der stellvertretende Vertrag bei jeder Stilisierung als gültig aufrechterhalten wurde.

Die Methode, um dies zu erreichen, war die Handhabung des Grundsatzes: Wer den Kontrakt errichtet hat, der haftet, natürlich unter gleichzeitigem Erwerb der Aktivrechte, — auf die Intentionen der Parteien kommt es weiter nicht an, auch nicht darauf, wer als Kontraktssubjekt bezeichnet worden ist. Diese Behandlung, welche dem ganzen Recht der institorischen und exerzitorischen Klagen zu Grunde liegt und auch sonst vielfach in den Quellen zum Ausdruck kommt⁴²,

können wir über die Fassung der Unterschriften in dieser Urkundengattung keine Regeln aufstellen, weil die Unterschriften der vertretenen Verpächter meist wegbleiben; oft sind auch die Papyri unvollständig.

⁴⁰ So P. Oxy. 3, 501: 'Εμισθωσεν (Ι.-σαν) 'Ηρακλειδης και Σαραπίων δια 'Ερμού επιτρόπου 'Αρμιώσει 'Ηράτος . . . 'Ερμῆς σεσηµειωµαί. C.P.R. 1, 8 u. a. Auch die Wachstafel „Valeria Serapias per procuratorem testata est“ (Z. Sav.St. 27, 355) ist ein Zeugnis dieses Stils, obwohl hier eigentliche Stellvertretung gar nicht vorliegt (Mitteis a. O.).

⁴¹ In der Tat sind in den zwei einzigen Stellen, wo bei zweifellosem Tatbestand Ungültigkeit der Vertreterhandlung ausgesprochen ist, personelle Stipulationen vorausgesetzt: Paul. D. 45, 1, 126, 2; Diocl. et Max. C.J. 4, 27, 1, 1 (hier offenbar stipuliertes Paktum, vgl. Schloßmann, Stellv. 2, 175 A. 1). Zwei andere Stellen, welche auch für andere Kontrakte Nichtigkeit des Vertreterkontrakts auszusprechen scheinen (Diocl. C.J. 4, 50, 6, 3 und Paul. D. 44, 7, 11) sind im Tatbestand unklar und wahrscheinlich anders zu deuten; s. unten A. 43.

⁴² Man vgl. z. B. die Behandlung des für fremde Rechnung auktionierenden Argentarius, Gai. 4, 126 a; dazu Paul. D. 44, 4, 5, 4 i. f.: Die Klage hat der Vertreter, obwohl direkt beim Mandanten gezahlt wird. Lehrreich auch Ulp. D.

ist jedenfalls die grundsätzliche⁴³. Und sie ist unzweifelhaft in der Hauptsache dauernd festgehalten worden⁴⁴.

13, 7, 11, 7: Der Prokurator kann eine Sache des Chefs gültig verpfänden, aber der Anspruch auf Rückgabe des Pfands steht nicht diesem, sondern ihm selbst zu. Marcell. D. 17, 1, 49 (Ihering, Jhb. 2, 149 f.) u. a.

Wenn mit einem in dieser Weise zu behandelnden Vertrag eine personelle und daher nichtige Stipulation für den Dominus konkurriert, so kann sie unter Umständen unter Aufrechterhaltung des übrigen ignoriert werden. Paul. D. 45, 1, 126, 2 vv. „sequens stipulatio“.

⁴³ Nicht genügend gewürdigte Schwierigkeiten bereiten hier jedoch zwei Stellen: Einerseits das diokletianische Reskript C.J. 4, 50, 6, 3: „Si ab initio rem uxoris gerens comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi quaesisti, dum tibi non vis nec illi potes“, anderseits Paul. D. 44, 7, 11: „Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus“ (die immerhin denkbaren Interpolationen der letzteren Stelle — A. 1 — betreffen schwerlich den hier in Rede stehenden Teil). Beidemal ist nämlich auch für den Kauf, also einen formfreien Kontrakt gesagt, er sei, wenn durch direkte Stellvertretung geschlossen, nichtig, und das scheint man heute auch vielfach anzunehmen. Wie viele exerzitorische und insitorische Kontrakte da hätten für nichtig erklärt werden müssen, kann man sich leicht denken. Es gibt darum für obige Stellen nur zwei mögliche Deutungen: 1. Sie beziehen sich auf Verträge zu Gunsten und Lasten Dritter, also auf Fälle, wo der „Vertreter“ gar kein Mandat hat und dies dem Vertragsgegner bekannt ist: daß man in solchen Fällen nicht den Vertrag unbedingt in der Person des Paziszenten entstehen liefs, war doch wohl verständlich und dem Willen der Parteien entsprechend. Daß dabei die Möglichkeit einer Rathabition nicht ins Auge gefaßt wird, ist bei einem System, das direkte Stellvertretung nicht kennt, gleichfalls nur konsequent. — 2. Die vorstehende Erklärung befriedigt vollkommen für die Paulusstelle; bei jener des Diocletian paßt sie nicht recht zu den vorhergehenden Sätzen. Diese Stelle möchte ich so auffassen, daß man gelegentlich auch formlose Verträge des Stellvertreters für nichtig ansah, wenn eine darüber errichtete schriftliche Urkunde offenkundig ergab, daß er nicht Vertragssubjekt sein sollte, und die sonstigen Umstände es unbillig erscheinen liefsen, ihn als Vertragssubjekt zu betrachten; es mag im gegebenen Fall der Verdacht einer Donatio i. v. e. u. bestanden haben. Aber ein allgemeines Prinzip für schriftliche Urkunden der Stellvertreter darf daraus m. E. nicht (mit Schloßmann a. O. 2, 207—208) abgeleitet werden; beim Prokurator und Tutor z. B. und auch bei andern sind solche Urkunden sicher nicht ohne weiteres annulliert worden. Vgl. z. B. D. 21, 2, 4, 1. 66, 3, wo wahrscheinlich Urkunden errichtet waren.

⁴⁴ Es läßt sich zwar die Möglichkeit nicht vollkommen ausschließen, daß wenigstens die spätere Praxis bei freien Kontrakten (niemals bei Stipulationen) der Stellvertreter in gewissen Fällen auf einen Nuntius umgedeutet hätte (unten S. 228); aber dieselbe ist sehr unsicher, und mindestens die Rechtsbücher sind dieser Auffassung nicht günstig.

Daß diese Methode primitiv und fast brutal war, ist nicht zu verkennen. Gleich hier möge darum bemerkt werden, daß ihre Härte praktisch mehrfache Abschleifungen erfahren hat durch das Eingreifen des Prätors, welcher in gewissen Fällen für und gegen den Dominus Actiones utiles gibt (s. unter II).

Insbesondere über die Art, wie die im Text unter c) bezeichnete Vertretungsform behandelt worden sein wird, s. unten S. 230 f.

Besonderheiten für das Darlehen s. unten S. 226 unter a).

Erwerb (nicht auch Verpflichtung) durch Gewaltunterworfenen ist bei obligatorischen Kontrakten schon nach Jus Civile meist möglich. Nur darf bei Stipulationen der Wortlaut nicht ein für die Persona alieni iuris unpassender sein⁴⁵; dies beruht auf der hier obwaltenden Förmlichkeit.

Aufhebung
der Obliga-
tionen.

2. Aufhebung der Obligationen.

a) Der eben für die Stipulation bezeichnete formale Gesichtspunkt macht sich auch bei dem forderungstilgenden Akt der Akzeptilation geltend.

Vor allem kann auf der Gläubigerseite der freie Stellvertreter nicht namens des Gläubigers akzeptilieren. Dies wird für den Tutor und Prokurator, ja anscheinend auch für den (agnatischen) Curator Furiosi gesagt. Doch ist bezüglich dieses letzteren, da er nach den Zwölf Tafeln eine privilegierte Stellung — In Pecunia Potestas — besitzt und sogar eine Manzipation für den Furiosus vornehmen kann (S. 81, 209), der Verdacht einer Interpolation nicht fernliegend⁴⁶.

Was die Vertretung auf der Gläubigerseite durch Gewaltunterworfenen betrifft, so ist sie, wenigstens noch zu Gaius' Zeit, dem Sklaven des Gläubigers unmöglich, selbst bei Spezialauftrag seines

⁴⁵ Z. B. *operas mihi dari spondes*, D. 38, 1, 10 pr. Betreffend die Stipulation auf *habere licere* Fortschritt von Julian zu Ulpian D. 45, 1, 38, 6 und 9.

⁴⁶ In der entscheidenden Stelle (Ulp. D. 46, 4, 13, 10: *Tutor, curator furiosi acceptum ferre non potuit, nec procurator potest facere acceptum, sed hi omnes debent novare, possunt enim, et sic accepto facere*) ist der Text doppelt anfechtbar, sowohl wegen des *Asyndetons* *tutor curator* als wegen des *Singulars* *potuit* (letzterer verderbt, aber doch eher für *potest* als für *possunt*); es fragt sich, ob der *ulpianische* Wortlaut nicht so gewesen ist: *Curator furiosi acceptum ferre potest, tutor non potest*. Sollte dennoch die Stelle echt sein, so müßte die Unmöglichkeit der Akzeptilatio durch den Kurator auf den formalen Grund zurückgeführt werden, daß die Formel „*quod Titio centum debeo, centum habesne accepta*“ äußerlich inkonzinn erschien (vgl. unten S. 280), eine Inkonzinnität, die z. B. bei der manzipationsweisen Veräußerung durch den Kurator (oben A. 18) nicht vorliegt, daher diese zulässig ist.

Herrn; der Grund ist offenbar, daß der Sklave ein ziviles Habere-Bekennnis nicht ablegen kann⁴⁷. Keinesfalls darf es für das Gegenteil angeführt werden, daß nach Ulpian der Haussohn nur „invito patre“ eine „Befreiung“ nicht vollziehen kann⁴⁸.

Auf der Schuldnerseite kann die Vertretung in der Akzeptilation durch Gewaltunterworfenen, nicht aber durch freie Vertreter stattfinden⁴⁹.

b) Auch Novation auf der Gläubigerseite ist bei freien Vertretern nur durch indirekte Vertretung möglich, nämlich so, daß der Vertreter auf eigenen Namen stipuliert⁵⁰. Ähnlich natürlich die Novation auf der Schuldnerseite.

c) Endlich die gleichfalls zu den zivilrechtlichen Obligations-tilgungen gehörige, aber äußerlich formlose Pactio cum fure ist der Stellvertretung durch den Tutor und agnatischen Wahnsinns-kurator zugänglich⁵¹. Daß der Tutor hier ausnahmsweise dem Kurator (s. unter a) gleichsteht, hängt wohl damit zusammen, daß man dieses Geschäft eben wegen seiner Formlosigkeit den dem Jus Gentium angehörigen Rechtsgeschäften annäherte. — Natürlich erstreckt sich diese Vertretungsmöglichkeit nur auf vollständige Aufhebung der Deliktsschuld unterbarer Bezahlung der Abfindungssumme; bei Sühne auf Kredit ist wegen der Notwendigkeit einer Stipulation Vertretung ausgeschlossen.

C. In familien- und erbrechtlichen Geschäften

⁴⁷ Gai. D. 46, 4, 22.

⁴⁸ Ulp. D. 46, 3, 22; der Passus gehört im Original nicht der Akzeptilationslehre an, sondern steht im Titel de Verb. Obl. und kann ohne weiteres auf Zahlungsannahme bezogen werden (vgl. Lenel, Pal. Ulp. 2923 mit 2924). Die Stellung in den Digesten im Titel „de solutionibus“ ist also ganz richtig.

⁴⁹ Einerseits Ulp. D. 46, 4, 8, 1 und 2, andererseits Ulp. 46, 4, 8, 1.

⁵⁰ Die Unmöglichkeit, direkte Stellvertretung in der Novation auf der Gläubigerseite vorzunehmen, folgt aus der Unmöglichkeit, für einen andern zu stipulieren. Hier kann auch der Curator furiosi keine Ausnahme machen; er hat zwar Verfügungs-, aber nicht Erwerbsmacht. Die Zulässigkeit indirekter Vertretung ergibt sich aus der Möglichkeit der Aktivdelegation (denn eine solche kommt bei der indirekten Vertretung in der Aktivnovation auch immer zustande); sie ist ausgesprochen bei Ulp. D. 46, 4, 13, 10; Gai. D. 46, 2, 34, 1; cf. Paul. D. 46, 2, 10; dabei können Tutor und Kurator des alten Gläubigers das Delegationsjussum zu ihren eigenen Gunsten in seinem Namen vollziehen. Der gewillkürte Vertreter braucht natürlich immer das Jussum des Vertretenen. Über den Prokurator im spezifischen Sinn insb. (der natürlich auch nur als indirekter Vertreter noviert) vgl. A. 109.

⁵¹ Gai. D. 47, 2, 55, 5 (wo hinter curator ausgefallen sein muß: „furiosi“); Ulp. ibid. 57, 4. Über andere Vertreter äußern sich die Quellen nicht.

endlich ist, soweit es sich um Anwendung des reinen Zivilrechts handelt, Vertretung ausgeschlossen, wovon es nicht als Ausnahme gelten kann, daß Verlobung und ehelicher Konsens durch Boten erklärt werden können⁵².

D. Endlich von anderen Rechtshandlungen ist im Gebiet des Zivilrechts selten die Rede; doch können sie zumeist durch den bevollmächtigten Stellvertreter und gegenüber demselben erfolgen, insoweit sie sich nämlich mehr als tatsächliche Vorgänge wie als eigentliche Rechtsgeschäfte auffassen lassen⁵³.

E. Zulässig ist endlich die prokuratorische Unterschrift, d. h. der Vorgang, daß dort, wo Parteiunterschrift nach Gesetz⁵⁴ oder Sitte erfordert wird, ein Vertreter namens der Partei unterschreibt.

II. Prätorisches Recht.

Der Prätor zeigt gegen die Zulassung direkter Vertretung keine grundsätzliche Abneigung.

A. Dies tritt am klarsten hervor bei jenen Rechtsinstituten, die rein prätorischer Herkunft sind. So kann die Bonorum possessio im Gegensatz zur Zivilerbschaft nicht bloß durch Tutor und Kurator, sondern durch jeden Vertreter agnosziert, so kann ein Kontokorrentverhältnis mit seiner Rechtsfolge, der Editionsspflicht des Argentarius, durch solchen begründet werden; der Vertreter verpflichtet seinen Chef durch Übernahme eines Prekarium, Anstellung eines Iustitor, Erteilung des Jussum zu Rechtsgeschäften eines Sklaven, Übernahme eines Receptum Nautarum⁵⁵. Es ist Selbsttäuschung, diese Erscheinungen darauf zurückzuführen, daß

⁵² Pomp. D. 23, 1, 5; 23, 2, 5. Bezüglich der Eheschließung gilt dies übrigens nur für den Ehemann, was in der letztgenannten Stelle auch begründet wird.

⁵³ Z. B. manumiss. causae probatio (D. 40, 2, 15, 3), Kündigung einer Gesellschaft (D. 17, 2, 65, 8 Entgegennahme derselben), Mahnung (D. 22, 1, 24, 2, 32, 1), Empfang der Denunciatio des Erbschaftsprozesses (D. 5, 3, 20, 11); Litisdenuciatio u. a. — Die Quellen besprechen die Frage oft weniger unter dem Gesichtspunkt der Vertretungsmöglichkeit, als unter dem der Vollmacht eines bestimmten Vertreters. Die tatsächliche Natur dieser Vorgänge betont D. 22, 1, 24, 2; Vat. Fr. 334.

⁵⁴ Die Giltigkeit dieser Form wird für das subscribere in crimine bezeugt von Paul. D. 48, 2, 3, 2 und ist hier wahrscheinlich durch die Prozeßgesetze (bei Paulus die l. Jul. de adult.) besonders bestätigt.

⁵⁵ Ulp. D. 37, 1, 3, 7; Paul. D. 19, 2, 48; Afric. D. 46, 8, 24; Ulp. D. 2, 13, 6, 5; Ulp. D. 43, 26, 6, 1; Lab. bei Ulp. D. 15, 4, 1, 9; Ulp. D. 14, 3, 5, 18; Ulp. D. 4, 9, 1, 3; Mitteis, Stellvert. 69 f.

Prätorisches
Recht.

Rein
prätorische
Institute.

man diese Handlungen als solche „mehr faktischer Art“ betrachtet habe; Tatbestände liegen ja auch den zivilen Kontrakten zugrunde, und warum der Tatbestand der erbetenen Bonorum Possessio etwas weniger Juristisches sein soll als der der Hereditatis Aditio, die Übernahme eines Prekarium weniger juristisch als die einer Miete, ist schlechterdings nicht abzusehen.

Die Wahrheit ist also die, daß der Praetor sich an überkommene formale Prinzipien nicht bindet, während man im Gebiet des Zivilrechts sich von diesen nicht zu emanzipieren vermag. Man kann hierbei vielleicht die Formulierung bemängeln und bemerken, daß hier nicht sowohl der Prätor als die Jurisprudenz die Stellvertretung anerkennt, da die obigen Sätze nicht auf das Edikt, sondern auf dessen Interpretation zurückgehen; in der Sache aber ist sicher, daß die Juristen bei den prätorischen Instituten ziemlich frei vorgehen.

In einzelnen Beziehungen wirkt freilich das zivile Prinzip auf die Behandlung prätorischer Institute hinüber. Sehr merkwürdig ist, daß, während Julian ein Konstitut an den Prokurator für schlechthin zulässig erklärte, Pomponius diese Äußerung dahin interpretierte, daß ein Konstitut, des Inhalts „an den Prokurator selbst zu zahlen“, gemeint sei⁵⁶. Es ist fraglich, ob dies Julians Meinung war; jedenfalls steht die Auslegung, die Pomponius und ihm folgend Ulpian handhaben, mit dem sonstigen Zug des prätorischen Rechts nicht im Einklang; sie enthält eine Rezeption ziviler Prinzipien ins prätorische Recht. Wie weit dieser retrograde Zug gegangen ist, sehen wir nicht klar. Ein Pactum de non petendo des Vertreters gibt dem Vertretenen zwar nicht die Exceptio pacti, wohl aber die Exc. doli — ein hybrides Kompromiß zwischen beiden Systemen^{57 58}.

Es wird daher nicht zu gewagt sein zu behaupten, daß auf diesem Gebiet ein Kampf zweier divergierender Prinzipien stattfindet.

B. Aber auch bei zivilen Rechtsgeschäften gibt der Prätor mitunter utilis actio und korrigiert hiermit die strenge Rechtstheorie.

Utilis actio
aus Zivil-
geschäften.

⁵⁶ Beide bei Ulp. D. 13, 5, 5, 6.

⁵⁷ Trebatius D. 2, 14, 10, 2; cf. ibid. l. 12—15; 28, 1.

⁵⁸ Ich habe früher in diesem Zusammenhang auch auf Ulp. D. 20, 1, 21 pr. hingewiesen (Stellvertretung 75); jetzt glaube ich, daß der Prokurator hier einfach als Nuntius (im Sinn von Leonhard, Irrtum² 1, 164 f.) gedacht werden kann. Die Stelle für interpoliert zu halten (Girard, Man.⁴ 671 A. 1), ist m. E. grundlos.

Es ist hier ganz abzusehen von der Prozeßvertretung, welche wenigstens bei der Vertretung durch den Kognitor vermöge der Übertragung der aktiven und passiven Actio iudicati auf den Dominus der direkten prozessualischen Stellvertretung sehr genähert worden ist⁵⁹. Wenn dabei die Frage aufgeworfen werden kann, weshalb der der direkten Vertretung keineswegs ablehnend gegenüberstehende Prätor nicht mindestens beim Kognitor die gewöhnliche, auch in der Kondemnation auf den Namen des Vertretenen gestellte Klagformel gegeben hat, so ist sie vielleicht dahin zu beantworten, daß wenigstens das (hier wohl paradigmatisch gewesene) Judicium legitimum eben ein ziviles, daher auch den Erwerb prozessualer Rechte durch den Prozeßvertrag des Vertreters ausschließendes Prozeßverhältnis darstellt.

Auch bei materiellen Rechtsgeschäften vollzieht der Prätor oft durch Erteilung einer Utilis Actio eine Übertragung der Wirkungen auf den Vertretenen.

Prätorische
Über-
leitung
a) von For-
derungen.

a) Forderungen aus obligatorischen Geschäften werden ganz regelmäÙig auf den Vertretenen übergeleitet, wenn es sich um Kontrakte des Tutor für das Mündel handelt, und die Vormundschaft beendet ist; dies geschieht vorwiegend auf Julians Autorität hin⁶⁰. Sofortige Übertragung auf den Vertretenen wird ferner für Aktivansprüche aus Kontrakten der Gemeindebeamten (und zwar

⁵⁹ Die gleiche Entwicklung beginnt für gesetzliche Vertretung und den Procurator praesentis seit dem Reskript des Antoninus Pius D. 26, 7, 2 pr.; cf. 2, 11, 15; Vat. Fr. 331. Das Nähere gehört dem Prozeßrecht an; insbes. über Dominium litis des Kognitor neuestens Koschaker, Translatio iudicii 117 f.; vgl. auch Schloßmann, Stellv. 2, 267.

⁶⁰ Den Einfluß Julians erwähnt Ulp. D. 26, 7, 9 pr. Als Beispiel erscheint fast immer das stipulierte Darlehn mit Mündelgeld; Ulp. l. c., sowie D. 26, 9, 2 (wohl teilw. itp., Eisele; Z. Sav. St. 13, 127); Sev. Alex. C.J. 5, 39, 2. Einmal aber wird auch Vermietung genannt (Diocl. C.J. 5, 39, 4), und es ist beinahe unvermeidlich, die Utilis a^o auch aus gegenseitigen Kontrakten dem Mündel zuzuschreiben, wenigstens von der Zeit ab, seit welcher depositio officio der Vormund aus diesen nicht mehr haftete (A. 68), also der Gesichtspunkt nicht platzgriff, der bei gewillkürten Vertretern maßgebend ist, daß, wer aus dem Kontrakt haftet, zu seiner Deckung auch die Aktivrechte haben muß und umgekehrt diese dem Mündel eben wegen seiner eigenen Haftung unentbehrlich wurden. Ist demnach in dieser Zeit eine Grenze für jene utilis actio aus Verträgen der Vormünder nicht zu finden, so ist der Ausspruch Diocletians in C.J. 5, 39, 5 (per tutorem pupillo actio nisi certis ex causis quaeri non potest) wohl auf einen solchen Fall zu beziehen, wo der Tutor gar nicht innerhalb seines Vollmachtskreises gehandelt hatte. Keinesfalls möchte ich wegen dieses Ausspruchs in l. 4 cit. eine Interpolation annehmen.

vielleicht im Edikt)⁶¹ und für solche aus prätorischen Stipulationen (auch gewillkürter Vertreter) von den Juristen der severischen Zeit ausgesprochen⁶², und geht wohl auch im letzteren Fall noch auf die vorseverische Zeit zurück.

Sonst findet aus Kontrakten gewillkürter Vertreter *Utilis actio* nur im Notfall statt, d. h. dann, wenn wegen Insolvenz des Vertretenen die Aussonderung des Anspruchs aus seiner Konkursmasse das einzige Mittel ist, den Vertretenen vor Schaden zu bewahren⁶³; außerdem zugunsten von Soldaten⁶⁴. Es kann das auch, wenigstens bei zweiseitigen Verträgen, nicht anders sein, weil der Vertreter dem Dritten auf Erfüllung persönlich haftet; denn für diese Haftung muß er durch den Gegenanspruch gegen den Dritten gedeckt bleiben⁶⁵.

Die *Utilis Rei Vindicatio* wegen der vom Vormund mit Mündelgeld angeschafften Sachen scheint auf Interpolation zu beruhen⁶⁶.

b) Wegen Verbindlichkeiten, die der Vertreter übernommen hat, wird eine im Interesse des Drittkontrahenten gegebene *Utilis actio* gegen den Vertretenen nur bezeugt, wenn gesetzliche Vertretung vorliegt und gleichzeitig entweder das Mündel bereichert oder der Vertreter insolvent ist⁶⁷.

Außerdem wird im Interesse des Vertreters^{67a} nach Beendigung der gesetzlichen Vertretung (einschließlich jener der

⁶¹ Paul. D. 3, 4, 10; Ulp. D. 13, 5, 5, 9; Kniep, *Societ. publican.* 1, 375 f.

⁶² *Causae cognitio* hier vorbehalten. Paul. D. 46, 5, 5; 39, 2, 18, 16; Ulp. D. 45, 1, 79; 3, 3, 27, 28. Auch ist der Satz, abgesehen von den eigentlichen Prozefsskautionen, vielleicht auf den technischen Prokurator zu beschränken.

⁶³ Marcell. D. 14, 3, 1 i. f.; Gai. *ibid.* 2; Paul. D. 46, 5, 5.

⁶⁴ Ulp. D. 12, 1, 26.

⁶⁵ Bei gesetzlichen Vertretern greift dieser Gesichtspunkt nicht ein, weil diese regelmäßig nur auf die Dauer des Amtes haften. S. unten A. 68.

⁶⁶ Ulp. D. 26, 9, 2 (A. 60); dazu Mancaloni, *Studi Sassaresi* 1900 p. 6 (nach dem Sep. Abd. zitiert). A. A. v. Mayr, *Z. Sav.St.* 26, 110.

⁶⁷ Pap. D. 21, 2, 4, 1; auf Bereicherungshaftung läuft auch die Entscheidung des Scaev. D. 26, 9, 8 (36, 3, 18, 2) hinaus. Ulp. D. 42, 8, 10, 5 und 43, 4, 1, 6 statuiert die Bereicherungshaftung sogar bei a^o *Pauliana* und sonstigen Kontraventionsfällen. Vgl. noch Ulp. D. 42, 4, 3, 2. — Über Haftung des Pupillen aus Prozefsführung des Tutor Wenger, *A^o judic.* 193 f. — Über die Haftung der Gemeinde aus Kontrakten ihrer Beamten s. § 18 C.

^{67a} Der Zeitpunkt, seit wann das geschah (bezeugt ist es erst für die severische Zeit), kann nicht festgestellt werden. Aber es muß bei zweiseitigen Kontrakten zeitlich Hand in Hand gegangen sein mit der unter a) besprochenen Überleitung der Forderungen auf den Vertretenen; denn wo der Vertreter nicht mehr fordern durfte, durfte er auch nicht mehr haften. .

b) von Verbindlichkeiten.

Gemeinde) der Anspruch gegen den Vertreter jedenfalls verweigert und nur jene utilis actio gegeben⁶⁸. Konsequent muß man wohl annehmen, daß auch in wählender Vertretung der Vormund wegen Insolvenz des Mündelvermögens die persönliche Haftung ablehnen kann⁶⁹; auch bei den Gemeinden scheint dieser Punkt so gedacht werden zu müssen (§ 18 C Text zu A. 21).

Eine utilis actio aus Kontrakten der gewillkürten Vertreter wird gegen den Dominus grundsätzlich nicht gegeben, auch nicht auf die Bereicherung⁷⁰; doch greift gerade hier in großem Umfang das Recht der actio exercitoria, institoria und quasi institoria⁷¹ ein.

Daraus ergibt sich für die Stellung des gesetzlichen Vertreters, sofern er selbst Kontrahent ist, für das Recht der ausgehenden klassischen Zeit folgendes Resultat: Aus seinen Kontrakten klagt und haftet er nur durante officio, später das Mündel selbst utili actione; der Gemeindebeamte klagt nicht einmal durante officio. Damit ist hier der Effekt direkter Stellvertretung praktisch annähernd hergestellt, während für gewillkürte Vertreter der Prätor es, abgesehen von Notfällen, von den adjektivischen Klagen und von den prätorischen Stipulationen, beim Zivilrecht beläßt.

Praktische
Rechts-
gestaltung.

III. Praktische Rechtsgestaltung und Ansätze weiterer Entwicklung.

Die Gestalt des Stellvertretungsrechts ist hiernach bei den Römern eine wenig erfreuliche. Wenn auch der Prätor in vielen

⁶⁸ Die Regel bei Pap. D. 26, 9, 5, 1; Carac. C.J. 5, 39, 1; Just. C.J. 5, 37, 26, 3. Sie erleidet eine Ausnahme, wenn der Vertreter durch Stipulation die Haftung übernommen hatte, Pap. D. 50, 8, 5, 1; 26, 9, 5 pr. (wo insb. die irreführenden Worte „post depositum officium“ itp. sind, wie das Berl. Pap. Fragm. Z. Sav.St. 1, 102, 110 zeigt); Paul. D. 26, 7, 43, 1; Diocl. C.J. 2, 24, 4; ferner ist natürlich bei jener Regel vorauszusetzen, daß der Dritte die Vertreterqualität des Tutor kannte; vgl. Pap. D. 26, 9, 5, 1 vv. „non idem sqq.“. — Über dem Tutor als solchem auferlegte (d. h. von ihm namens des Pupillen zu leistende, aber doch persönlich zu verantwortende) Fideikommissie vgl. Schirmer, Z. Sav.St. 15, 360 f.

⁶⁹ Paul. D. 26, 7, 43, 1 verweigert diese Begünstigung, aber in einem Fall, wo offenbar das Mündel selbst hätte (tutore auctore) den Kontrakt schließen können, der Vormund also überflüssigerweise selbst versprochen hatte. Wie aber, wenn der Vormund notgedrungen für einen Infans promittiert und dieser insolvent wird?

⁷⁰ Interpoliert Diocl. et Max. C.J. 4, 26, 7, 3; dazu Lenel, Arch. f. ziv. Prax. 78, 360. Vgl. die nichtinterpolierte Konstitution derselben Kaiser, C.J. 2, 24, 4 (sogar für den Curator minoris im Fall der Anm. 68).

⁷¹ Vgl. Pap. D. 14, 3, 19 pr. u. a. Stellen in A. 83.

Fällen Abhilfe schafft, so ist doch das zivile Prinzip ein sehr engherziges, und der Satz, in welchem es sich, wenigstens teilweise, ausdrückt, nämlich die Regel „per liberam personam, quae iuri nostro subjecta non est, nihil nobis adquiri potest“⁷², scheint geeignet, das Rechtsleben auf Schritt und Tritt einzuengen.

Daß man mit der zivilen Regel dennoch selbst in einem reich entwickelten Verkehr auskommen konnte, beruht zunächst auf dem Vorhandensein mehrfacher Stellvertretungssurrogate.

Vor allem ist es der Erwerb durch Hauskinder und noch mehr der durch Sklaven, welcher hier wenigstens beim Erwerb von Aktivrechten ergänzend eingreift; auf dieses Auskunftsmittel weisen die Juristen ausdrücklich hin, insbesondere in dem Sinn, daß man im Bedarfsfall auch einen Sklaven ad hoc kaufen kann⁷³. Dieses Mittel war ein um so universaleres, als es beim Vorbehalt sofortigen Rückverkaufs kostenlos angewendet werden konnte und, da zum Erwerb durch Sklaven das Vorhandensein des bonitarischen Eigentums genügt⁷⁴, es auch in Abwesenheit des Dominus, also gerade im Bedarfsfall gehandhabt werden konnte, dafern nur ein zum Traditionserwerb bevollmächtigter Prokurator (oben S. 212) es zur Anwendung brachte⁷⁵. Da es ferner schon früh feststand, daß das

Surrogate
der Stell-
vertretung.

⁷² In dem im Text angegebenen Wortlaut tritt uns die Regel entgegen bei Paul. sent. 5, 2, 2 und D. 45, 1, 126, 2; Diocl. u. Maxim. C.J. 4, 27, 1. Der zu ihrer Richtigkeit unbedingt erforderliche Relativsatz fehlt (Belege bei Schloßmann, Besitz-Erw. 49 f.) nur dort, wo auf sie bloß im Vorübergehenden angespielt wird. Bei Gai. 2, 95 ist der Wortlaut „per extraneam personam“; aber es besteht kein Grund dies für die eigentliche Fassung zu halten (richtig gegen Dissidenten Schloßmann, Stellv. 2, 188 f.). Übrigens ist in der Parömie keinesfalls mit Schloßmann (Besitzerw. 64 f.) der Ausdruck eines rechtserzeugenden Prinzips zu sehen (mit solchen Regeln macht man keine Geschichte), sondern sie ist Abstraktion aus dem vorhandenen Recht; ähnlich wie die Theorie des Contrarius actus bei Liberationsakten (unten S. 273). — Ihr Gegenstück für die verpflichtende Seite der Rechtsgeschäfte ist die Formel: „condicio nostra per alterum deterior fieri non potest“ (Gai. 3, 5, 38; D. 4, 7, 1; Paul. D. 3, 3, 49; Ulp. D. 2, 2, 3, 4 u. a.), die aber schon deswegen weniger scharf ausgeprägt ist, weil sie auch auf Verpflichtungsversuche durch Sklaven und Hauskinder sich bezieht, C.J. 7, 32, 12, 2.

⁷³ Ulp. D. 46, 6, 2 erläutert den Abschluß der Cautio rem pupilli salvam fore zwischen Tutor und Pupill: „Si pupillus . . . dari non possit, servus eius stipulabitur; si servum non habeat, emendus ei servus est.“

⁷⁴ In der Stelle der vorigen Note ist es nach dem oben I A Gesagten unmöglich dem Pupillen quiritisches Eigentum am Sklaven zu verschaffen; es genügt das durch jeden Vertreter herzustellende bonitarische, Gai. 2, 88. Vgl. übrigens noch D. 27, 8, 1, 15 u. 16.

⁷⁵ Mit dieser Praxis rechnet Just. C.J. 8, 37, 14, 1 (Ubbelohde, Ztsch. Binding, Handbuch I. 6: Mittels, Röm. Privatrecht I. 15)

Jussum zu einem Kontrakt des Sklaven auch brieflich oder durch einen Prokurator erteilt werden kann⁷⁶, so war fast eine besondere Schwerfälligkeit oder unglückliche Konstellation dazu notwendig, um unter dem Prinzip zu leiden⁷⁷. — In weitem Umfange kam ferner für Kontrakte des eigentlichen Handelsverkehrs die Anwendung des institorischen und exerzitorischen Rechts in Betracht, an sich zwar nur passive Vertretung bedeutend, aber doch im Notfall auch die aktive ersetzend, nämlich im Konkurs des Handlungsbevollmächtigten mit Rücksicht auf das vom Prätor gewährte Aussonderungsrecht des Chefs an den vom Handlungsbevollmächtigten erworbenen Ansprüchen aus dessen etwaiger Konkursmasse⁷⁸.

Fort-
bildung des
Rechts.

Aber daneben finden wir auch die deutliche Tendenz über die Härte des zivilen Prinzips durch innere Fortbildung des Rechts selbst hinauszukommen.

a) Hierher gehört zunächst die bekannte, wahrscheinlich aus der stark entwickelten Kassenführung der Bankiers für Private entwickelte Regel, daß die Darlehnsingabe auf fremden Namen dem Vertretenen den Darlehnsanspruch verschafft; zurückgehend mindestens bis Aristo⁷⁹. Hierzu ist nicht einmal Vollmacht oder Ratihabition erforderlich.

f. Rechtsgesch. 13, 488 f.). Wenn hier hervorgehoben wird, daß in den Kontrakturkunden bemerkt zu werden pflegt, wem der Sklave gehöre und erwerbe, findet das jetzt seine Illustration in P. Oxy. 1, 133 l. 5; 135 l. 6; 136 l. 7; in 1, 133 heißt es z. B.: Φλαουίῳ Ἀπίωνι . . . διὰ Μηρᾶ οὐκέτους τοῦ ἐπερω-
τώτους καὶ προσπορίζοντος τῷ Ἰβίῳ δεσπότη . . . τὴν ἀγωγὴν καὶ ἐνοχλήν. Zu Justinians Zeit ist, da für die Richtigkeit dieser Angabe eine unwiderlegliche Präsumtion besteht, hier auch Vertretung durch fremde Sklaven unbeschränkt zulässig, wenn man sie als eigene bezeichnet.

⁷⁶ D. 15, 4, 1, 1 und 9 (letzteres auf Labeo zurückgehend). — Es ist uns nicht gesagt, in welcher Rechtsform es durchgeführt werden soll, wenn Cic. ad fam. 13, 28 a, 3 an Servius schreibt „si quid satisdandum erit amplius eo nomine non peti, cures ut satis detur fide mea“, und es ist möglich, daß Servius die Kautio als indirekter Vertreter bestellte; daß man sie aber in solchen Fällen jedenfalls in der Kaiserzeit mittelst jussum an einen Sklaven auch durch direkte Vertretung herstellen konnte (nämlich durch Erzeugung einer *ad quod jussu* gegen den Herrn), ist nach dem Obigen klar.

⁷⁷ Nur darf als Vertreter beim Ankauf des Sklaven (A. 73) nicht eine *persona alieni iuris* erwählt werden, weil diese nicht einmal nach prätorischem Recht den Sklaven für einen andern als ihren Gewalthaber erwerben könnte. Vgl. D. 24, 1, 58, 2.

⁷⁸ Oben A. 63.

⁷⁹ Aristo laut Ulp. D. 12, 1, 9, 8. — D. 39, 5, 35, 2; 45, 1, 126, 2; C.J. 4, 2, 4; 4, 27, 3. Daß hierbei Vollmacht nicht nötig ist, erweist Ihering in seinen Jhb. 2, 100—108. — Den Zusammenhang mit der Kassenführung der

b) In manchen Fällen, insbesondere bei Darlehnsaufnahme und andern Realverpflichtungen, konnte man in der kraft Verabredung mit dem Vertreter kontraktgemäÙ vollzogenen Aufwendung eine *Negotiorum Gestio* des Dritten für den Vertretenen erblicken und dabei die Verabredung in eine bloÙe Direktive für die *Gestio* umdeuten, so daÙ für den Vertreter keine Verpflichtung entstand. Dieses Mittel wird von den Juristen der severischen Zeit wiederholt verwendet⁸⁰.

c) Zu beachten ist ferner eine doppelte Fortbildung, die sich in der klassischen Zeit im Gebiet der adjektivischen Klagen zu vollziehen beginnt.

Einerseits beginnen Javolen und ihm folgend Julian bei unfreien Vertretern die *A^o quod iussu* ins zivile Recht zu rezipieren, d. h. gegen den Gewalthaber auf Grund seines *Jussum* zu einem obligatorischen Kontrakt die zivile Kontraktsklage zu gewähren⁸¹. Wahre Stellvertretung ist dies freilich noch nicht, weil als eigentliches Subjekt der Verpflichtung immer noch der Gewaltunterworfenen gedacht wird; auch ist es nur für Kondiktionsfälle mit Bestimmtheit gesagt.

Andererseits eröffnet bei freien Vertretern Papinian durch seine *Utilis actio ad exemplum institoriae* oder *quasi institoria*⁸² eine Ausdehnung der *A^o institoria* auf jeden durch einen Prokurator geschlossenen Kontrakt⁸³.

Allerdings ist auch dies noch keine wahre Stellvertretung; denn die Forderung bleibt (bei einem gegenseitigen Kontrakt) an der Person des Prokurators haften. Und das kann, wie bereits oben bemerkt (S. 223), nicht anders sein, so lange dieser für die Kontraktsschuld neben dem Dominus, ja als das eigentliche zivile

Bankiers habe ich Z. f. Sav.St. 19, 238 A. 1 gezeigt. — Als eine Singularität erscheint übrigens dieser Satz nur dann, wenn der Vertreter die *Valuta* entweder mit seinem eigenen Geld oder ohne Mandat des Dominus auszahlt. Zahlt er sie kraft Mandats und vom Geld des Dominus, so ist er gewöhnlicher *Nuntius*.

⁸⁰ Papin. D. 3, 5, 30 pr.; Ulp. *ibid.* 5, 3. Zu der ersteren Stelle vgl. A. 83.

⁸¹ Javolen (ja vielleicht schon Labeo) D. 17, 2, 84; Julian. bei Paul. D. 12, 1, 29; Paul. D. 14, 3, 17, 5; 15, 4, 5 pr.; vgl. J. 4, 7, 8 (aus Gaius, vgl. Ferrini, *Sulle fonti* 101). Vgl. Mitteis in Iherings *Jhb.* 39, 167–174.

⁸² Letztere Bezeichnung nur einmal, in D. 17, 1, 10, 5.

⁸³ Pap. 14, 3, 19 pr.; 17, 1, 10, 5; 19, 1, 13, 25; cf. 21, 2, 66, 3. Vgl. 3, 5, 30 pr. (? wenn hier der Schluss echt ist). Übrigens hat Papinian in diesen Stellen anscheinend bloÙ Kontrakte des technischen Prokurator (S. 232 ff.) im Auge.

Subjekt dieser Schuld, haftet. Denn Forderung und Schuld lassen sich nicht trennen. Darum ist es auch nicht zu glauben, daß Ulpian (D. 19, 1, 13, 25) dem Dominus die *Utilis ex emto actio* zugestanden hat: das steht so vereinzelt und ist so sehr im Widerspruch zu allen sonstigen Zeugnissen, daß viel eher an einen übrigens recht gedankenlosen Tribonianismus zu denken ist.

Stell-
vertretung
in
Kognitions-
angelegen-
heiten.

d) Dagegen ist die Anerkennung wahrer Stellvertretung bezeugt für die *Cognitio extra ordinem* der Annonarverwaltung⁸⁴: hier wird aus den Kontrakten der Kapitäne dem Rheder ein direkter Anspruch zugestanden⁸⁵. Daneben wird natürlich der Anspruch und auch die personale Haftung des Kapitäns als nicht vorhanden betrachtet worden sein. Man wird kaum fehlgehen, wenn man ähnliche Prinzipien in der gesamten *Cognitio extra ordinem*, soweit sie mit kaufmännischen Großbetrieben zu rechnen hatte, voraussetzt: wahrscheinlich ist auch hier das Recht des Großhandels, das ja großenteils der extraordinären Kognition untersteht, dem gemeinen Privatrecht vorausgeeilt.

e) Endlich ist hier an die bereits angedeutete Frage (S. 207) heranzutreten, ob die Römer nicht auch durch eine weitere Ausdehnung des Boten- oder Gehilfenbegriffs die Unzulässigkeit der Stellvertretung teilweise wettgemacht haben. Da nämlich in der letzten Zeit des klassischen Rechts diesbezüglich wenigstens Spuren bemerkbar sind, empfiehlt es sich, die Frage eingehender zu behandeln.

Auf den ersten Blick scheint manches für eine solche Ausdehnung zu sprechen.

Wir haben hier zwei interessante Stellen. Scaevola lag der Fall vor, daß ein Bankprokurist für die Bank ein Empfangsbekenntnis und Zahlungsverprechen ausgestellt hatte, und zwar mit den Worten „*quos denarios numerare debebo*“ (D. 14, 3, 20). Bei Nachlaßkonkurs des Bankiers wird der Prokurist persönlich in Anspruch genommen; der Jurist spricht ihn frei, weil er nur „als Beamter“ zu zahlen versprochen habe. Und ebenso denkt Papinian (D. 50, 8, 5, 1), indem er betont, daß der Gemeindebeamte nach Rücktritt vom Amt wegen der im Amt geschlossenen Verträge nur haftet, wenn er durch Stipulation „*novatione facta pecuniam cavit*“, nicht aber, wenn er „*solvi constituit*“: da sei er gleich jenem, der „*publice vendidit*“

⁸⁴ Vgl. meine Trapezitika Z. d. Sav.St. 19, 198 f.

⁸⁵ Ulp. D. 14, 1, 1, 18; Trapezitika p. 200.

a ut locavit“. Mit letzterem Vergleich scheint, da der publizistische Kauf- oder Pachtvertrag bekanntlich direkte Stellvertretung zuläßt, auch für das Konstitut des Gemeindebeamten solche ohne weiteres angenommen ^{85a}.

Hier klingt der Gedanke der direkten Vertretung an, wonach der Stellvertreter nichts ist als ein relativ selbständiger Gehilfe des Rechtsgeschäfts. Scaevola betont, daß er nur als Gehilfe fungiert hat, und die gleiche Auffassung ergibt sich für Papinian aus der Unterscheidung zwischen Stipulation und formlosem Konstitut; diese kann sich nur darin gründen, daß er hier eine bloß faktische Mitwirkung annimmt, welche dort freilich durch den Formalcharakter des Geschäfts ausgeschlossen ist.

Auch wenn Ulpian von dem bekannten Walker sagt: „Si affirmaverit mihi, recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur“ (D. 14, 3, 5, 10) oder Paulus (D. 40, 2, 22) von dem Vater, der seinem Sohn Vollmacht zur (junianischen) Sklavenfreilassung gibt: „Solam enim electionem filio concessit, ceterum ipse manumittit“, so mag man darin eine Ankündigung des Gedankens finden, den Begriff des Nuntius über den eines „Sprachrohrs“ hinaus zu erweitern.

Aber andererseits ist nicht zu verkennen, daß diese Tendenz nur zaghaft und in praktisch geringem Umfang auftritt. Selbst Paulus erklärt, trotz seinem obigen Ausspruch, eine durch den Sohn namens seiner Mutter vollzogene (junianische) Freilassung für unwirksam ⁸⁶. Daß durch einen Nuntius in diesem weiteren Sinn Rechte erworben würden, also der Satz „per liberam personam nihil nobis adquiri potest“ verletzt würde, ist nicht nachweisbar. Auch ist der Ausspruch des Papinian D. 50, 8, 5, 1 eigentlich nur eine Anwendung des allgemeinen Prinzips, welches das prätorische Recht für die gesetzlichen Vertreter handhabt (oben zu A. 68). Demnach sind die hier genannten Aussprüche mehr Gedankensplitter, als grundlegende Entscheidungen, und man kann höchstens sagen, es sei auch bei den Römern der Gedanke der direkten Stellvertretung im Anzug begriffen gewesen. Aber tatsächlich ist es zu einer solchen Rechtsbildung nicht mehr gekommen, weil gerade damals die schöpferische Kraft des Rechts erloschen ist.

^{85a} Man sage nicht, es sei selbstverständlich, daß diese Leute nicht für sich selbst konstituieren. Daß für die Römer hier nichts selbstverständlich ist, zeigt Ulp. D. 13, 5, 5, 8, der von den gesetzlichen Vertretern gerade sagt: Sed et ipsi constituentes tenebuntur.

⁸⁶ Vgl. oben A. 23.

Ob angesichts dessen wenigstens für die Praxis, sei es auch nur für die spät- und nachklassische, eine in den Rechtsbüchern nicht mehr zum Ausdruck gelangte Fortbildung im bezeichneten Sinn angenommen werden kann, ist eine Frage, die ich nach allem lieber verneinen als bejahen würde.

Papyri. Dies gilt insbesondere für die in den ägyptischen Papyri auftretenden Erscheinungen.

Wir finden hier nämlich eine Anzahl stellvertretender Kontrakte, und zwar nicht blofs, was hier aufer Betracht bleiben mufs von Griechen⁸⁷ sondern auch von Römern⁸⁸, und das schon seit den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit. Die Beispiele umfassen derzeit Kauf, Pacht und Miete. Auferdem finden sich Vollmachtsurkunden⁸⁹.

Entscheidende Kraft kann man diesen römischen Beispielen jedoch nicht beimessen.

Keinesfalls wird man zunächst aus diesen Urkunden herauslesen dürfen, dafs die Praxis, und sei es auch nur die provinziiale,

⁸⁷ Für diese, für die an der Zulässigkeit direkter Vertretung kaum ein Zweifel bestehen kann (oben A. 36), geht schon der Wortlaut auf Selbsthandeln des Vertreters: P. Oxy. 3, 505 (2. Jhd. p. Chr.): Ὁφελᾶς ὁ καὶ Βησᾶς . . . συσταθεὶς Ἀμενέως . . . κατὰ συστατικὸν (Vollmacht) γενόμενον διὰ τοῦ ἐν τῇ αὐτῇ πόλει μνημονεῖου . . . οὗ ἀντίγραφον ὑπόκειται, Εὐδαμονίδι τῇ καὶ Πλουτάρχη . . . καὶ Σινθῶει Πεζύριος . . . χαίρειν. Ὁμολογῶ πεπραχέναι ὑμῖν ἀπὸ τῆς ὑπαρχούσης τῷ αὐτῷ συναστακότη με Ἀρτεμιδιῶρη . . . πατριτικῆς οἰκίας καὶ τῆς προσούσης αὐτῆς . . . πῆχειν πενήμοντα.

⁸⁸ Beispiel B.G.U. 1, 71 v. J. 189 p. C.: Γ[ά]ιος Ἀ]ργγῖνος Ἀξόλας οὐετρανός καὶ [Γ]άιος Λογγῖνος Οὐαλεριανός Γαίαι (l. Γαία) [Λ]ογγῖνου . . . διὰ φροντισ[τοῦ] Πτολεμέ[ου] . . . χαίρειν ὁμολογοῦμεν πεπραχένε σοι τὸν ὑπάρχοντα ἡμῖν ψλὸν τόπον sqq. Das vollständige Material bei Wenger, Stellvertretung in den Papyri 218 f.

⁸⁹ B.G.U. 1, 300 R. (römisch) v. J. 148: Γάιος Οὐαλέριος Χαίρημονιανός οὐετρανός Ἀντινοῦς . . . Μάρχη Σεμπρώνη Κλήμηνη[ι] οὐετρανῶ χαίρειν. Συνέστησά σοι (l. σε) κατὰ τοῦτο τὸ χειρόγραφ[ον] φροντισῶντά μου τῶν ἐν Ἀραινοείτῃ ὑπαρχόντων καὶ ἀπαιτήσαντα (dialekt. für ἀπαιτήσαντα) τοὺς μισθωτὰς κἀν δέον ἦν (l. ἦ) μισθῶσαντα (l. μισθῶσαντα) . . . καὶ ἀποχᾶς προσησόμενον ἐκ τοῦ ἐμοῦ ὀνόματος . . . καὶ [ε]ὑδοκῶ οἷς ἐάν πρὸς ταῦτα ἐπιτελέσῃ. Weitere Stücke bei Wenger a. O. 219 f. Vgl. auch Scaev. D. 17, 1, 60, 4 und Syr. R.B.L. 30, 31, 67. (Die Prozeßvollmachten P. Oxy. 1, 97; 2, 261, 365, 376 gehören nicht unmittelbar hierher.) — In den griechischen Quellen heisst die Vollmacht ἐντολή (ὕστασις ist nicht bezeugt, wohl aber die Nebenformen dazu); die Vollmachtsurkunden heissen: Ἐντολικόν und συστατικόν (letzteres B.G.U. 710; P. Oxy. 3, 505; cf. P. Grenf. 2, 71 l. 32; in P. Grenf. 2, 70 l. 4 dagegen dürfte das Wort zu Unrecht ergänzt sein; ersteres im Syr. R.B.). Ἐντολή entspricht dem römischen mandat und wird in Pap. Lips. 38 auch so übersetzt; συνιστάναι (procuratorem constituere) drückt den Begriff der Vollmacht besser aus.

das Prinzip des Ausschlusses der Stellvertretung überhaupt ignoriert, also direkte Stellvertretung anerkannt habe⁹⁰. Ein so direkter Widerspruch zwischen Theorie und Praxis kann in einem so fundamentalen Punkt nicht bestanden haben.

Aber selbst für eine erweiternde Handhabung des Botenbegriffs ergeben die Papyri nicht allzuviel, obwohl der äussern Form nach der Stellvertreter sich hier meist in das Gewand eines Boten kleidet. In weitaus den meisten Fällen handelt es sich um Pachtverträge, und der Vertretene ist der Verpächter, den man sich dabei als grossen Grundbesitzer zu denken hat. Ihm wird zu Händen seines Prokurator von kleinen Leuten die Pachtofferte gestellt in der Formel: „An N. N. durch X. wird von Y. folgendes erklärt: Ich wünsche von dir zu pachten“ u. s. f. Die meisten dieser Verträge sind von seiten des Vertreters gar nicht unterschrieben. Infolgedessen steht meist nichts im Wege, den Prokurator hier einfach als gewöhnlichen Boten in der Entgegennahme der Willenserklärung des Pächters zu betrachten⁹¹; ja es ist sogar denkbar, daß er diese Offerte seinem Herrn überreichte, und erst dieser sie durch Abgabe seiner eigenen Unterschrift akzeptierte. Auch wird erstere Annahme dadurch nicht ausgeschlossen, daß in den Vollmachtsurkunden der Herr diese dem Prokurator versprechen, z. B. seine Verpachtungen anzuerkennen; das läßt sich allenfalls auf eine bloße Instruktion deuten, deren praktische Bedeutung dann hervortrat, wenn der Vertreter doch einmal nicht als Bote kontrahieren konnte.

Wenn freilich diese Anerkennung verweigert wurde, so klingt es ja hart, daß der Pächter keinen Anspruch gegen den Herrn gehabt haben sollte. Indessen findet man auch in diesem Fall mit der *Ao institoria*, die ja auch für die Landwirtschaft gegeben ist (Labec bei Ulp. D. 14, 3, 5, 2), das Anslagen. Ebenso wird man in Fällen, wo für einen Unmündigen der Tutor kontrahiert, mit den römischen Grundsätzen regelmäÙig zu befriedigenden Resultaten gekommen sein.

In zwei Fällen allerdings lautet die Unterschrift des Kontrakts dahin, daß „der Vertretene durch den Vertreter“ unterschrieben habe⁹². Wenn hier der Vertreter nicht wirklich Bote war, sondern

⁹⁰ Dies ist die Auffassung von Wenger a. O.

⁹¹ Vgl. A. 39. — Man vergleiche zu dieser Materie die sehr zutreffenden Ausführungen von R. Leonhard, Irrtum 1, 164 f. über den Botenbegriff.

⁹² P. Amh. 90 a^o 159 p. C. (übrigens peregrinisch): Διδεις διά 'Ηρακλείδου φροντιστοῦ μεμισθωκα. P. Flor. 75 a^o 380 p. C. Ἀυρήλιος Χαϊρήμων δι' ἐμοῦ τοῦ

kraft allgemeiner Vollmacht abschloß, könnte man ja wohl fragen, ob diese Form nicht gerade deshalb gewählt worden ist, um den Vertreter in der Maske des Boten zu direkter Vertretung zu befähigen. Ob dies aber in jenem Fall so war, ob das häufig vorkam, und ob es als direkte Vertretung wirkte, läßt sich derzeit nicht sagen.

Vollmacht.

IV. Der Begriff der Vollmacht ist beim Mangel der direkten Stellvertretung, die er voraussetzt, den Quellen fremd; freilich nur den klassisch-theoretischen, nicht denen, die das praktische Leben widerspiegeln⁹³. Nur auf dem schmalen Gebiet, innerhalb dessen direkte Vertretung anerkannt ist, z. B. Veräußerung durch Tradition, Entgegennahme von Zahlungen u. s. w., spielt auch in den klassischen Quellen die Frage nach der Legitimation des Vertreters eine Rolle; im übrigen wird die Ermächtigung des Vertreters, wie natürlich, mehr als eine Frage des internen Verhältnisses aufgefaßt, wichtig für die gegenseitigen Rechte und Pflichten zwischen ihm und dem Dominus. Wenn trotzdem die Frage nach dem Machtkreis der verschiedenen Kategorien von Vertretern eine historisch und juristisch wichtige bleibt, so ist sie doch für die gesetzlichen Vertreter, Tutoren und Kuratoren, bei der Darstellung des Vormundschaftsrechts zu erörtern; an der gegenwärtigen Stelle ist lediglich der Begriff des römischen Prokurators zu betrachten.

Pro-
kurator.

Der Prokurator⁹⁴, bis zurück auf die Komödien des Plautus nachweisbar, ist nicht eine juristische Abstraktion, sondern eine Figur des realen Lebens. Vermögende Leute innerhalb der römischen Gentry bedienen sich zur Verwaltung ihrer Angelegenheiten eines oder mehrerer Vertrauensmänner⁹⁵, welche häufig aus dem

πατρός παρέλαβον. — Umgekehrt kommen auch Unterschriften vor, die der Vertreter in eigener Person (d. h. wie ein Kontrahent) abgibt (A. 39 Abs. 2).

⁹³ S. Anm. 89.

⁹⁴ Den Begriff hat erst Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte, bes. 89—125 (dazu jedoch oben A. 26) erkannt. — Immer beruht die Prokurator auf freier Bestellung durch den Chef; der behördlich bestellte Vertreter für den Tutor eines Infans oder der Vertreter einer juristischen Person heißt nie Procurator, sondern Actor. Vgl. D. 26, 7, 24 pr.

⁹⁵ Nachweisungen bei Schloßmann a. O. Das Material ließe sich sehr vermehren. Die klassische Stelle ist die bei Cic. p. Caec. 20, 57: „tuus procurator . . . is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa, quasi quidem paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius sqq.“ Dafs der Prokurator Freigelassener seines Chefs ist, ist häufig; vgl. z. B. C.J.L. 10, 106, 1687, 4746; 8, 2922 u. a.; Gai. 1, 19: iusta causa manumissionis est si quis servum . . . procuratoris habendi gratia manu-

Kreis der eigenen Freigelassenen genommen werden und darum gleichzeitig in einem weitgehenden Abhängigkeits- aber auch Vertrauensverhältnis zu ihrem Herrn stehen. Im Hinblick auf die letztere Tatsache ist das Rechtsverhältnis des Prokurator, wiewohl es späterhin der Kategorie des Mandats untergeordnet ist, doch ein spezifisches und besteht sowohl in der Terminologie als in der Auffassung des Rechts zwischen dem einfachen Mandatar und dem Prokurator, auch *Procurator omnium rerum* genannt, ein deutlicher Unterschied.

Terminologisch wird der gewöhnliche Mandatar von den Juristen als „*is cui mandatum est*“ dem Prokurator entgegengesetzt⁹⁶, bei welchem dieser Beisatz durchweg fehlt. Die Rechtsordnung aber betrachtet den Prokurator nicht bloß als Mandatar⁹⁷, sondern innerhalb seines Wirkungskreises, der freilich, wie schon die Möglichkeit gleichzeitiger Anstellung mehrerer Prokuratoren beweist⁹⁸, auch ein räumlich oder sachlich begrenzter sein kann,

mittat, dazu C.J.L. 6, 1877: *Manumissus ad consilium procuratoris nomine*. Doch kommen auch andere Personen vor; z. B. C. 10, 3486, *Eph. ep. 2, 237* (s. u.); C. Th. 16, 5, 65, 3 u. v. a. Auch bei Cic. p. Caec. 22, 63 wird der *proc. vom libertus* unterschieden. Sklaven sind beinahe nie *Procuratores*, sondern *Actores* oder *Villici*; daher C. Th. 2, 30, 2: *servus procuratorve*; Cic. de orat. 1, 58, 249: *mandare procuratori, imperare vilico*. Ausnahmen C.Th. 16, 5, 65, 3; 4, 12, 5 [Mo. = 4, 11. 6 Hā.]. Irrig Fustel de Coulanges, *Hist. des Inst. de France* 3, 47; Bonfante in der Festgabe für Schupfer 12 A. 3. Wohl aber kann der Sklave (für sein *Pekulium*) einen Prokurator haben, D. 3, 3, 33 pr. Dem Vertrauensverhältnis zum Herrn entspricht gelegentlich Erbeinsetzung des Prokurator durch den Dominus, *Eph. ep. 2, 237*: *Antistius Proculus procurator institutus ben(e) m(erenti) posuit*.

⁹⁶ Cic. Top. 10, 42 (s. die folg. Anm.); Ulp. D. 18, 4, 2, 11: *sive ipse venditor dederit sive procurator eius sive alius quis pro eo, dum negotia eius gerit*; Paul. D. 22, 1, 24, 2.

⁹⁷ Ja ursprünglich vielleicht überhaupt nicht als solchen. Cic. Top. 10, 42 (*si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris . . . debet etiam procurator*) zeigt, daß man ursprünglich Prokurator und Mandat nicht als identisch betrachtete. Man scheint sich den Prokurator als einen Schaffner vorgestellt zu haben, der bestimmte Aufträge gar nicht hat; das klingt noch, wenn gleich in anderer Wendung, nach in D. 14, 3, 5, 10, wo der *discipulus „quasi procurator relictus“* unterschieden wird vom „*relictus quasi institor*“. Vgl. auch D. 17, 1, 6, 1, dazu Pernice, *Lab. 1, 494*; Wlassak, *Neg. Gest. 42 f*. Freilich hat man in der klassischen Zeit in der Anstellung des Prokurator meist ein Auftragsverhältnis erblickt (D. 12, 6, 6 pr.; 15, 3, 3, 2 u. 4; 17 pr.; 21, 1, 25, 4 u. v. a.); aber der Auftrag ist oft unbestimmt und öfters wird vorausgesetzt, daß die Handlung des Prokurator auf bloße *Neg. Gestio* hinausläuft (D. 15, 3, 17 pr.; 3, 5, 23 u. a.).

⁹⁸ D. 3, 3, 46, 7. 47; Plin. 3, 19 (*posse utraque praedia sub eodem pro-*

durchaus als den *Alter ego* seines Prinzipals; insbesondere haben Gesetze, Senatuskonsulte und Edikt mehrfach mit diesem Begriff gerechnet⁹⁹. Ob freilich schon das Hostilische Gesetz an denselben bestimmte Rechtssätze angeknüpft hat, ist sehr fraglich¹⁰⁰; aber sicher ist es, daß andere Rechtsquellen dem Prokurator einerseits gewisse Vertretungsbefugnisse zuschreiben, andererseits eine Haftung des Herrn für gewisse Handlungen seines Prokurators statuieren¹⁰¹. Ungewiß ist, ob die Kriterien des Prokuratorbegriffs dabei jemals festgelegt worden sind¹⁰²; vielleicht ist derselbe ursprünglich als ein

curatore habere) zeigt, daß man für jedes Gut einen Prokurator zu haben pflegt. Sehr häufig sind die „*procuratores*“ einer Person in Ciceros Briefen; z. B. *ad fam.* XIII, 28 a, 1; 38; 42, 2; 46, 2; 72, 1; XV 24. Vgl. auch *Vat. Fr.* 131—133.

⁹⁹ Gesetze: *lex agrar.* l. 69; l. (*Julia*) *munic.* l. 1 (*quei eius negotia curabit = procurator*), l. 37; Reskripte: *D.* 18, 1, 42; 34, 1, 3; *Vat. Fr.* 131; *Sen. Cons.*: *D.* 11, 4, 1, 1; 25, 3, 1, 3(?); Edikt: *Ulp. D.* 21, 1, 1, 1. 21, 2; 25, 4, 1, 10 u. a.; insbesondere für prozessualische Vertretung, *Ulp. D.* 3, 3, 1. 3; *Gai.* 3, 3, 46, 7. 48, dazu *Naber*, *Mnemos.* 17, 388 f.; *Lenel*, *E.P.*² 95. Daß in allen diesen Quellen der Prokurator als ein Generalrepräsentant seines Chefs (*procurator omnium rerum*) gedacht ist, zeigt ihr Wortlaut; insbes. für den ursprünglichen Sinn des Edikts über die Prozeßvertretung vgl. *Naber a. O.* 392 f.

¹⁰⁰ Daß bei *Gai.* 2, 64 das Verkaufsrecht des Prokurator auf die *lex Hostilia* (oben S. 132 A. 27) zurückgeführt gewesen sei (*Voigt*, *R.G.* 1, 288 A. 35 cf. 2, 350), ist bloße Vermutung: irgendwelche Zeugnisse für die Nennung des Prokurators in jenem Gesetz gibt es nicht.

¹⁰¹ *S. A.* 99.

¹⁰² Der Punkt ist von jeher streitig. Im ganzen macht *Cic. p. Caec.* 20, 57 (oben A. 95) den Eindruck, daß irgend ein Gesetz den Begriff geregelt habe; weniger durch die immerhin mehrdeutigen Worte „*is qui legitime proc. dicitur*“ (oben S. 37 A. 21), als durch die präzise und auf ein Vorbild zurückdeutende Definition „*eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa*“. Aber die Frage muß eine offene bleiben. Für die gesetzliche Regelung der Prokurator neuerlich *Naber*, *Mnemosyne* 17, 389; dagegen *Girard*, *Organ. judic.* 192 n. 1.

Falls übrigens wirklich ein republikanisches Gesetz den Prokurator im Sinn von *Cic. p. Caec.* 20. 57 definiert hat, so ist jedenfalls die Praxis über diese Definition weit hinausgeschritten; denn es ist sicher, daß man Abwesenheit des *Dominus* aus Italien oder doch Abwesenheit vom Wohnsitz (innerhalb Italiens) im Staatsdienst (so *Cicero*) später nicht verlangt hat. Nicht bloß, daß das Kriterium in den späteren Quellen nicht genannt wird, und ein *procurator absentis* relativ selten, zeigt z. B. *Cic. de orat.* 1, 58, 249, daß der Prokurator auch unter Aufsicht seines Chefs antieren kann. Wenn *Fest. v. cognitor* und *Ps. Ascon.* in *div.* 11 p. 104 von *Absentia* des *Dominus* sprechen, so denken sie an den Prozeßprokurator, der *inter absentes* bestellt wird oder doch werden kann. *Falsch Pernice*, *Lab.* 1, 490, Text zu A. 9.

jeweils mit Sicherheit zu diagnostizierendes Verhältnis des Lebens betrachtet worden. In späterer Zeit freilich hat die Abgrenzung nachweislich Schwierigkeiten hervorgerufen (A. 112). — Aber auch das durch die Jurisprudenz geschaffene Gewohnheitsrecht hat mit diesem Begriff gerechnet. Vielleicht in teilweiser Anlehnung an die Rechtssätze, die von den gesetzlichen Vertretern galten¹⁰³, wenn auch im einzelnen viel weniger konsequent und weitgehend, als es wenigstens beim *agnatus furiosi curator* der Fall ist, haben die Juristen dem *Procurator omnium rerum* eine Anzahl von Vertretungsbefugnissen zugeschrieben, die sie schon in seiner Anstellung gegeben finden. Vor allem hat er eine Veräußerungsbefugnis (von ziviler Veräußerung abgesehen)^{103a}; freilich muß dieselbe in irgend einer Weise beschränkt gewesen sein, aber allem Anschein nach nicht so sehr, als es in den justinianischen Quellen der Fall ist¹⁰⁴. Jedenfalls kann er Schulden des *Dominus* zahlen und Zahlungen

Befugnisse
des Pro-
kurator.

¹⁰³ Die Ableitung des Namens aus *pro curatore* (nach der Analogie: *proconsul* = *pro consule*) ist freilich verfehlt (vgl. Schloßmann a. O. 91) und das Wort vielmehr auf *procurare* zurückzuführen. — Die Zusammenstellung von *procurator* und *tutor* (mitunter auch *curator*) ist üblich; D. 12, 6, 6, 3; 13, 7, 11, 6—7 (itp. ?); 41, 2, 1, 20; 46, 4, 13, 10; 15, 1, 21, 1; 47, 10, 17, 1 u. a.

^{103a} Vgl. S. 208 unter 2.

¹⁰⁴ Bonfante a. O. hebt zutreffend hervor, daß die Veräußerungsbeschränkungen, die bei Mod. D. 3, 3, 63 und Ulp. D. 13, 7, 11, 7 bezeichnet werden, auf Interpolation beruhen, wie schon die Diktion zeigt. — Doch hat schon Diocl. (C. J. 2, 12, 16) das justinianische System entwickelt, und selbst für die klassische Zeit ist schwer zu glauben, daß der Prokurator schrankenlos hat veräußern können. Leider ist die Stelle bei Gai. 2, 64, die hierüber gehandelt hat, lückenhaft. Für *Res Mancipi* insbes. ist zu bemerken, daß hier zivile Veräußerung schon durch die *Manzipationsform* ausgeschlossen war, und es ist auch nicht wahrscheinlich, daß z. B. bei italischen Grundstücken der *Vindikation* des *Dominus* eine *Exceptio* (nach D. 6, 2, 14) entgegengestanden haben sollte, wenn sie etwa verschleudert waren. Auch ist nicht in allen hierhergehörigen Stellen die Interpolation zweifellos; nicht z. B. bei Ulp. D. 19, 1, 13, 25. Gai. D. 41, 1, 9, 4 sagt deutlich, daß nur die *ex negotiis* erfolgte Veräußerung giltig ist, d. h. die einer ordentlichen Verwaltung entsprechende (einschränkend zu interpretieren ist D. 3, 3, 58), richtig Pernice, Lab. 1, 499 (a. A. Bonfante p. 8); und wahrscheinlich ist hiermit die Gestaltung der Sache erschöpfend bezeichnet. Wie wenig von einem schrankenlosen Verfügungsrecht des Prokurator die Rede sein kann, zeigt auch, daß er zwar Sklaven zur Folterung geben kann (A. 111) — dies entspricht der ordentlichen Verwaltung — nicht aber fesseln im Sinn des Ausschlusses vollwirksamer Freilassung, Paul. sent. 4, 12, 8. — Der allgemein lautende Satz bei Paulus D. 3, 3, 49 (*ignorantis domini condicio deterior per proc. fieri non debet*) bezieht sich nicht hierher; cf. Lenel, Pal. Paul. 664.

entgegennehmen¹⁰⁵, auch novatorische Verträge¹⁰⁶ und *pacta de non petendo*¹⁰⁷ abschließen, selbst Konventionaleide verabreden¹⁰⁸. wiewohl dies alles vielleicht nur in den Grenzen ordentlicher Verwaltung^{109 110}. Als Vertreter im häuslichen Kreis steht ihm auch die Hingabe der Sklaven zur Folterung sowie die Defension derselben im Strafprozeß zu¹¹¹.

Allmählig tritt eine Erweiterung des Prokuratorenbegriffs dahin ein, daß auch der Spezialbeauftragte unter denselben subsumiert wird; diese bis auf Neratius zurückzuverfolgende Erscheinung¹¹² hängt zum Teil mit der erweiternden Auslegung der den Prokurator nennenden Normen zusammen; daneben tritt jedoch der technisch so genannte Prokurator noch deutlich genug hervor.

§ 14. Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte.

Auf wenigen Gebieten ergibt das römische Recht eine so abwechslungsreiche Gestaltung wie bei der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Daß die Mannigfaltigkeit der Formen hier weitaus größer ist als im heutigen Recht, hängt zusammen einerseits mit

¹⁰⁵ Paul. D. 3, 3, 59; Cels. D. 46, 3, 87; Ulp. D. 46, 3, 12 pr.; Jul. *ibid.* 34, 3.

¹⁰⁶ Paul. D. 3, 3, 58; 46, 2, 20, 1. Zu Paul. *sent.* 5, 8 vgl. A. 109.

¹⁰⁷ Ulp. Paul. D. 2, 14, 10, 2—12.

¹⁰⁸ Paul. D. 12, 2, 17, 3.

¹⁰⁹ Gesagt ist es nicht ausdrücklich, aber vgl. A. 104 und Paul. *sent.* 5, 8: „*novare iussu nostro*“ — letzteres heißt: im Sinn der aufgetragenen Verwaltung. Über den öfter vorkommenden Begriff der *libera administratio* des Prokurator vgl. Schloßmann a. O. 110 f.; Bonfante p. 8.

¹¹⁰ Die bei Hupka, Vollmacht 194 A. 2 außer den oben A. 104—109 angeführten noch genannten Befugnisse des Prokurator beziehen sich nur auf das interne Verhältnis; auch ist hier vielleicht mitunter Spezialauftrag stillschweigend vorausgesetzt (z. B. Dosbestellung Ulp. 23, 3, 5, 1 trotz dem folgenden „*sive iussit alium dare*“).

¹¹¹ Ulp. D. 47, 10, 17, 1; Maec. D. 48, 1, 11. — Vgl. auch Paul. *sent.* 2, 21 a, 4.

¹¹² Von der Haftung des Käufers für Deterioration der redhibierten Ware durch seinen Vertreter heißt es bei Ulp. D. 21, 1, 25, 3: Neratius procuratorem hic (eum) accipiendum ait non quemlibet, sed cui universa negotia aut id ipsum propter quod deterius factum sit mandatum est. Auch Ulp. D. 3, 3, 1, 1 (vgl. Gai. 4, 84) hat bei Besprechung des Edikts eine ähnliche Bemerkung (Naber, *Mnemos.* 17, 388 f.; Lenel, *E.P.*² 95). Vgl. ferner Paul. D. 12, 2, 17, 3; Ulp. D. 46, 7, 3, 2. Dadurch wird unsere Einsicht in den Rechtszustand der Kaiserzeit erschwert, weil wir bei manchen Quellenaussprüchen zweifeln können, ob ihr Verfasser an dem ursprünglichen Begriff des Prokurator festhält oder den Mandatar schlechthin meint, wo er vom Prokurator spricht.

dem Ineinanderwirken von zivilem und prätorischem Recht und dementsprechend ziviler und prätorischer Ungiltigkeit, andererseits mit dem Mangel einer allgemeinen Norm, welche jedes verbotene Geschäft schlechthin für nichtig erklärt, und der an Stelle einer solchen Norm herrschenden Buntscheckigkeit der *leges perfectae*, *imperfectae*, *minus quam perfectae*; endlich mit der durch beides bedingten rein individualisierenden Behandlung der einzelnen Ungiltigkeitsfälle. Da von den Klassikern eine Theorie der Rechtsgeschäfte niemals entwickelt worden ist, fehlt es folgerecht auch an jedem Versuch, die verschiedenen Erscheinungen dieser Unwirksamkeit auf systematisch geordnete Gesichtspunkte zurückzuführen.

I. Es begreift sich, daß demgemäß auch die auf diesem Gebiet verwendete Terminologie eine höchst unzulängliche ist; ja man kann von einer solchen eigentlich gar nicht reden. Es gibt über dreifsig verbreitete und als technisch anzusehende Wendungen, um die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte zu bezeichnen; aber man sucht vergeblich nach festen Werten, und der einzelne Ausdruck läßt es meist dahingestellt, ob es sich um absolute Ungiltigkeit handelt oder um relative, daher auch, ob um unheilbare oder um heilbare, ferner, ob um gänzliche oder teilweise u. s. w.¹

Terminologie.

Das Gesagte gilt namentlich dann, wenn man nach einer die gesamte Rechtsliteratur beherrschenden Terminologie Umschau hält. Innerhalb des Sprachgebrauchs ein und desselben Juristen wird vielleicht öfter eine gewisse Gesetzmäßigkeit zu entdecken

¹ Die Streitfragen des gemeinen Rechts über den absoluten oder relativen Charakter der Ungiltigkeit wegen Geschäftsirrtums sind nur dadurch ermöglicht worden, daß die Quellen hier von *Negotium nullum* ohne nähere Bestimmung sprechen. — Ob „*nihil agitur*“ vollständige Nichtigkeit bedeutet oder bloß Nichterreichung des gewollten Erfolgs (D. 39, 5, 13), ob *male petere* das gegenstandslose und darum nicht konsumierende Klagen bezeichnet oder bloß das verfehlte, aber doch konsumierende (Lit. bei *Enneccerus*, Rechtsgeschäft 2, 360), ob *emptio non tenet* absolute Bedeutungslosigkeit anzeigt oder die Haftung auf das negative Vertragsinteresse übrigläßt u. ä. muß stets erst durch besondere, oft kaum mit sicherem Erfolg zu führende Untersuchung festgestellt werden. — Besonders verwirrend wirkt es, daß oft auch Geschäfte, deren Unwirksamkeit bloß dem prätorischen Recht angehört, als „*nullius momenti*“ bezeichnet werden, wie z. B. der Verfasser des *Fr. de jure fisci* 8 den Kauf einer *Res litigiosa* so nennt, der nur exeptionsmäßig ist (Gai. 4, 117; *Marcian* D. 20, 3, 1, 2); denn daß hier nicht bloß die Ungiltigkeit des obligatorischen Geschäfts gemeint ist (für die ja manche die Nichtigkeit heute annehmen), sondern gerade die der *Manzipation*, ist klar. Ähnlich *Paul. sent.* 1, 7, 10 (unten A. 35).

sein; doch mangelt es zur Verfolgung derselben derzeit an allen Vorarbeiten².

Nur in sehr geringem Umfange lassen sich demnach schon jetzt Spuren einer gewissen Gesetzmäßigkeit auffinden.

So ist z. B. für die Sprache des Gajus eine bestimmte Verwendung des Ausdrucks „inutilis“ festzustellen. Derselbe wird von ihm, und das läßt sich vielleicht auch für andere Juristen sagen, mit Vorliebe gebraucht für Vermögensgeschäfte, und zwar auch hier wieder mehr für die formalen des Jus civile, wie Stipulation³, Legat, Erbeinsetzung. Wahrscheinlich hat letzteres auch einen guten Grund. Es ist daran zu erinnern, daß der zivile Formalakt, selbst wenn er seinen positiven Rechtszweck nicht erreicht, oft doch einen, freilich unliebsamen, negativen Erfolg zurückläßt⁴ (unten S. 249 ff.), und es ist wohl möglich, daß man eben deswegen, weil hier nur Mangel der Wirksamkeit im positiven Sinn, nicht aber, oder doch nicht sicher, volle Nichtexistenz des Geschäfts vorlag, jenen Ausdruck dem der „Nullität“ im Ganzen vorzog.

Außerdem scheint „Irritus“, obwohl keineswegs ausschließend, so doch mit Vorliebe verwendet zu werden für nachträgliche Hinfälligkeit oder Kassation⁵, sowie auch für das einem Rechtsverbot

² Die Zusammenstellung einer Anzahl der verbreitetsten Termini bei Hellmann, Z. Sav.St. 23, 380 f.; 24, 50 f. gibt einen ungefähren Überblick über die Vielgestaltigkeit der Wendungen, leidet aber, abgesehen davon, daß nur eine kleine Auswahl gegeben wird, daran, daß der Sprachgebrauch weder für die einzelnen Autoren noch nach sachlichen Gesichtspunkten verfolgt ist.

³ So bezeichnet „inutilis“ — nicht „nullus“ — die Unwirksamkeit des Verbaltrakts z. B. ausnahmslos im zweiten und dritten Buch der Institutionen; nur die Obligatio wird einmal (3, 176) „nulla“ genannt, niemals die sie begründende Stipulatio. Wenn letzteres bei Gai. lib. II de Verb. Obl. (D. 45, 1, 141, 8) vorzukommen scheint, ist zu berücksichtigen, daß Stipulatio auch die Stipulationsforderung bedeuten kann.

⁴ Außerdem mitunter auch einen positiven: Möglichkeit der Konvaleszenz (Gai. 2, 123) oder Konfirmation (Gai. 2, 198, 212, 218); oder das zivil Ungültige kann nach prätorischem Recht noch wirken (Gai. 2, 147). In allen diesen Fällen wäre „nullus“ direkt irreführend gewesen.

⁵ Daher sehr häufig „irritum fieri“ (oder ad irritum revocari, recidere u. ä.); dagegen „nullum esse“. Diese Verwendung zeigt besonders Gai. 2, 145, 146 (zu ergänzen nach Inst. J. 2, 17, 4); die von ihm daneben registrierte Tatsache, daß man auch „irritum esse“ sagen kann, und seine Bemerkung, daß man das nachträglich unwirksam gewordene Testament im Gegensatz zum ursprünglich „non iure factum“ nur deswegen als „irritum“ bezeichne, weil eine sprachliche Distinktion sich doch empfehle, beweist nur, daß er sich einer weiteren Anwendung des Wortes bewußt war.

zuwiderlaufende⁶; es tritt hierin der Mangel der ursprünglichen oder fortdauernden rechtlichen Anerkennung (*ratum*) besonders hervor. — *Pro non scripto* bedeutet vorwiegend die ursprüngliche und unheilbare Ungiltigkeit letztwilliger Verfügungen. — Inanis sagen die Klassiker von einem Rechtsgeschäft namentlich, um auszudrücken, daß es formell fehlerlos, aber wegen besonderer Gründe ohne Wirkung ist⁷; der Gedanke tritt deutlich hervor beim gegenstandslosen Rechtsgeschäft, aber auch das durch *Exzeptio* entkräftete kann so heißen⁸. — *Vitiosus* gehört wohl mehr der älteren Rechtsprache⁹ an und ist vielleicht der Sakraltheorie entlehnt, welche damit den sakral fehlerhaften Akt, insbesondere auch des öffentlichen Rechts bezeichnet¹⁰; im klassischen Recht wird es bei Formfehlern der Rechtsgeschäfte gerne verwendet. — Endlich „*nihil agitur*“ ist bei Rechtsgeschäften *inter vivos* zu Hause¹¹. Einen gewissen technischen Wert hat auch „*rescindere*“, welches vorwiegend die Anfechtung bedeutet, und zwar jene, welche das Geschäft von Anfang an unwirksam werden läßt, sei es auch zumeist nur nach honorarischem Recht, welche daher „*in rem*“ und „*ex tunc*“ wirkt¹².

Im nachstehenden kann es sich nicht darum handeln, ein vollständiges System der Ungiltigkeit für das Römische Recht zu entwerfen; es kommt vielleicht einer dogmatischen, nicht aber einer historischen Darstellung zu, hier das Fehlende zu ergänzen. Die geschichtliche Betrachtung muß sich vielmehr auf die Hervorhebung jener Umrisse beschränken, welche auch bei dem Mangel theoretischer Formulierung doch in der Gesamtanlage des Rechts zu Tage treten.

⁶ Z. B. Pomp. D. 18, 1, 52; Pap. D. 40, 9, 25; Paul. D. 24, 1, 31, 4; Ulp. *ibid.* 3, 4; Sev. Alex. C.J. 7, 11, 4; Carus C.J. 7, 45, 6; Theod. C.J. 12, 49, 7, 1; Just. C.J. 8, 36, 5, 1 u. a.

⁷ Z. B. Cels. D. 22, 3, 12; Pap. D. 24, 3, 42, 2; Paul. D. 44, 7, 11 u. a.

⁸ Gradenwitz, Ungiltigkeit oblig. Rechtsgeschäfte 303 A. 1.

⁹ Vgl. die Regel „*quae ab initio vitiosa sunt*“.

¹⁰ Belege bei Mommsen, *St.R.* 1, 115 f. Zu bemerken ist jedoch, daß nach Sakral- und öffentlichem Recht der *vitiose* Akt nicht immer nichtig sein muß (Varro de l. l. 6, 30); das *Vitium* kann auch in der Verletzung einer bloßen Ordnungsvorschrift bestehen.

¹¹ Vgl. Hellmann a. O. 24, 52.

¹² Umgekehrt ist *Revocare* (von der modernen Pandektentheorie zur Bezeichnung der *ex nunc* und bloß persönlich wirkenden Anfechtung verwendet) bei den Römern schillernd; es bedeutet auch den Widerruf (*r. voluntatem, donationem*) und kann auch den Sinn von *rescindere* haben, z. B. *revocare libertatem*, Sev. Alex. C.J. 7, 8, 5.

Zivile Un-
wirksam-
keit.

II. Dem im Vorigen bezeichneten Mangel an begrifflicher Ordnung entspricht es, daß vor allem eine scharfe Unterscheidung der verschiedenen Ungiltigkeitsarten fehlt. Die Begriffe von absoluter Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und relativer Nichtigkeit treten nirgends deutlich hervor. Das hängt vor allem damit zusammen, daß in vielen Ungiltigkeitsfällen die Abhilfe sich nicht auf einem einheitlichen Rechtsboden vollzieht; denn oft ist es nur das honorarische Recht, das gegen den Mangel des Rechtsgeschäfts reagiert, und dann geht in dem Dualismus der Rechtssysteme die feinere Durchbildung der Ungiltigkeitsfrage verloren.

Indessen gibt es doch viele Fälle, wo die Ungiltigkeit von jenem Dualismus unberührt bleibt. Hierher gehört es nicht bloß, wenn ein rein prätorisches Rechtsgeschäft ungiltig ist, womit dann das Zivilrecht nie etwas zu tun hat, sondern vor allem gehört hierher der Fall einer schon nach Zivilrecht anerkannten Ungiltigkeit eines zivilen Geschäfts.

1. Es wäre auch nicht richtig zu meinen, daß eine solche zivile Unwirksamkeit stets Nichtigkeit bedeuten müßte.

Allerdings ist es wahr, daß das Jus civile sich dieser mit Vorliebe bedient; das ältere Recht in seiner primitiven Schroffheit stellt seine Giltigkeitserfordernisse als zwingendes Recht auf und läßt dieses dann mechanisch wirken, unbekümmert darum, daß etwa im gegebenen Fall übers Ziel geschossen wird. Das typische Beispiel hierfür ist die Nichtigkeit des Testaments wegen Präterition eines Noterben, welche auch dann bestehen bleibt, wenn dieser mit seiner Enterbung einverstanden ist¹³. — Trotzdem wäre es nicht richtig, dem Zivilrecht den Gedanken der Anfechtbarkeit, d. h. der nur auf Reaktion des in seinen Interessen Verletzten anzuerkennenden Ungiltigkeit völlig abzuspochen.

Die älteste hierhergehörige Erscheinung bietet schon zur Zeit des Freistaats die dem Bürgschaftsrecht angehörige lex Cicereja¹⁴: hat der Gläubiger die Zahl der Sponsoren, die er aufzunehmen beabsichtigt, nicht deutlich (und wahrheitsgemäß) verlautbart, so kann jeder einzelne Sponsor binnen dreißig Tagen ein Präjudizium darüber verlangen, daß dies unterblieben ist, und wird durch die Feststellung dieser Tatsache befreit. Der Fall enthält reine,

¹³ Damit ist natürlich die bei Gai. 2, 123 erwähnte Streitfrage nicht zu verwechseln, ob für die Entscheidung über die Nichtigkeitsfrage der Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder der des Todes entscheidend ist.

¹⁴ Gai. 3, 123.

zivilwirkende Anfechtung; freilich sind wir über das Nähere seiner technischen Durchgestaltung nicht unterrichtet¹⁵.

Allgemeine Verbreitung hat ferner seit Ende der republikanischen Zeit die zivile Inoffiziositätsquerel gefunden.

Endlich ist der Anfechtung des kollusiven Ingenuitätsprozesses nach dem Sc. Ninnianum zu gedenken¹⁶, bei dem allerdings die Anfechtung eine populäre ist.

Die beiden letztgenannten Anfechtungsfälle sind auch technisch ziemlich gut durchgearbeitet; bei der Inoffiziositätsquerel tritt nach rückwärts hin Unwirksamkeit des Testaments und regelmäsig (jedoch nicht ausnahmslos) aller durch seine Giltigkeit bedingten Verfügungen ein¹⁷. Umgekehrt wirkt die Kassation des Ingenuitätsprozesses nicht zurück¹⁸.

Gemeinsam ist es den genannten Fällen, daß hier die Anfechtung nur im Weg der Anfechtungsklage erfolgen kann.

Außerdem wird man wohl annehmen dürfen, daß auch die wegen wesentlichen Geschäftsirrtums eintretende zivile Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte bloße Anfechtbarkeit, nicht volle Nichtigkeit bedeutete, also nur nach Ermessen der irrenden Partei eintrat, nicht auch vom nichtirrenden Gegner oder dritten Personen geltend gemacht werden konnte¹⁹. Bestimmtes ist darüber freilich nicht überliefert. Auch bleibt die Frage offen, inwieweit bei Formalgeschäften die Berufung auf einen Geschäftsirrtum²⁰ die Giltigkeit

¹⁵ Wahrscheinlich war es auch nicht gesetzlich geordnet. Es fragt sich: Kommt das von einem der Sponsoren erstrittene Judikat auch den übrigen zugute? Ist die in der Zwischenzeit geleistete Zahlung revokabel? die Novation hinfällig? Oder schließt letztere, vielleicht auch erstere, die Anfechtung aus?

¹⁶ D. 40, 16, 1. 4.

¹⁷ Über das Einzelne (wobei vielfach zwischen vollständiger und teilweiser Kassation zu unterscheiden ist) vgl. Unzner, Querela inoff. test. (1891) 68 f.

¹⁸ Bezeugt allerdings nur für den Fall der Pronuntiatio des Libertinus, (nicht auch des Sklaven) zum Ingenuus (Ulp. D. 40, 16, 4). Vgl. darüber Mitteis, Iherings Jhb. 28, 96. Falls Regelsberger, Pand. 1, 634 A. 12 mich hier zu den Gegnern der Anfechtbarkeit gezählt haben sollte, kann dies nur auf Irrtum beruhen, da gerade ich auf diesen Fall und das Vorkommen ziviler Anfechtbarkeit überhaupt zuerst aufmerksam gemacht habe.

¹⁹ Mitteis a. O. 121 f., mit Lit.; Regelsberger, Pand. 1, 525 f. Von den Bemerkungen Leonhards, Irrtum² 1, 166 f. ist die weitere Ausführung erst vom zweiten Band zu erwarten. †Daß auch relative Nichtigkeit nicht anzunehmen ist, folgt wohl aus dem über diesen Begriff in A. 22 Gesagten.

²⁰ Wir besitzen darüber wenig Material. Über die Giltigkeit einer geschäftsirrtümlichen Manzipation oder Injurezession ist m. W. nichts zu finden, wenn man nicht in dem diokletianischen Reskript C.J. 8, 53, 10 die sehr ver-

Binding, Handbuch I. 6: Mitteis, Röm. Privatrecht I.

des Formalakts berührte²¹. Die Berufung auf Zwang wird hier bekanntlich (nach Zivilrecht) nicht berücksichtigt; doch gewährt dies keinen verlässlichen Schlufs auf die Behandlung des Irrtums.

Die Einhaltung einer besonderen Form ist zur Anfechtung wegen Irrtums nicht erfordert worden.

Wo aber das Zivilrecht, wie es allerdings zumeist der Fall ist, Nichtigkeit statuiert, ist diese regelmäfsig auch eine absolute. Viel seltener ist relative Nichtigkeit, d. h. eine solche, welche nur insolange besteht, als der Schutz bestimmter Interessenten es erfordert, und welche von Anfechtbarkeit wohl zu unterscheiden ist in dem Sinn, dafs sie nicht blofs auf eine Anfechtungserklärung der Interessenten hin zu berücksichtigen kommt, während sie anderseits von der absoluten Nichtigkeit sich dadurch abhebt, dafs sie gehoben wird, wenn das durch sie zu schützende Interesse entfällt²².

dächtigen Worte „cuius veluti donationi“ als interpoliert ansieht für eine Mancipatio nummo uno. In diesem Fall hätte der Irrtum über das Objekt die Manzipation zerstört; freilich hat eine Entscheidung aus dieser Zeit wenig Beweiskraft für die ältere. (Über den Schlufssatz der Stelle s. unten S. 306.) Was die Freilassung anbetrifft, so gehört Jul. Paul. D. 40, 9, 15, 1 nicht hierher, weil itp. und eigentlich auf prätorische Freilassung bezüglich (Mitteis, Z. Sav.St. 21, 204); ebenso Jul. D. 40, 2, 4, 1 (der mit ersterer Stelle nicht notwendig im sachlichen Widerspruch steht, weil vielleicht zwischen der stellvertretenden Freilassung — 40, 9, 15, 1 — und der des Eigenbesitzers — 40, 2, 4, 1 — unterschieden ist). Pomp. D. 40, 12, 28 handelt überhaupt nicht von Freilassung, Wlassak, Z. Sav.St. 26, 397 f. Die Stellen über Irrtum bei der Stipulation oder Litiskontestation sind unergiebig; für letztwillige Verfügungen vgl. Voigt, J.N. 3, 360 f., dabei besonders wichtig Mod. D. 33, 2, 19 (Nichtberücksichtigung des Irrtums); doch sind auch hier bestimmte Prinzipien schwer festzustellen.

²¹ Der Irrtum im blofsen Beweggrund führt natürlich nicht schlechthin zu einer Anfechtung; doch erleidet dies vor allem bei Nichtverkehrsgeschäften Ausnahmen. Insbesondere für letztwillige Verfügungen vgl. Windscheid, Pand. 3 § 548. Motivenirrtümliche Freilassung bleibt gültig (vgl. auch Pap. D. 4, 4, 31); doch hat der Freigelassene in gewissen Fällen nach einem Reskript von Severus für seine Freiheit zwanzigtausend Sesterzen zu bezahlen, Pap. D. 40, 4, 47; Ulp. D. 5, 2, 26. — Im übrigen darf der Ausdruck „Irrtum im Beweggrund“ nur mit Reserve verstanden werden; denn ich weiß wohl, dafs die neuere Dogmatik, und gewifs mit Recht, bestrebt ist, das Gebiet des reinen Beweggrunds sehr einzuengen. Vgl. vor allen Leonhard, Irrtum² 1, 256 f.

²² Die in der Literatur des gemeinen Rechts mehrfach vertretene Ansicht, der auch ich mich früher (a. O. 130) angeschlossen hatte, dafs die Fälle der sogenannten relativen Nichtigkeit, insbesondere jener der R.K.O. § 6 (alt, jetzt 7), mit denen der Anfechtbarkeit zusammenzustellen seien (so für R.K.O. 6 [7] Windscheid, Pand. 1 § 82 A. 8 und Zitt. und schlechthin Regelsberger, Pand. 1 § 174 II 3), ist, wie ich jetzt glaube, undurchführbar. Aller-

Diese Art der Ungiltigkeit ist dem Jus civile nur in vereinzeltten Fällen bekannt²³. Insbesondere wird mehrfach unter Verhältnissen, wo man sie zu finden erwarten sollte, vom Jus civile absolute Nullität angenommen. So begründet die Verletzung der falzidischen Quart nach ihrer Behandlung durch die Juristen absolute Nichtigkeit der überschießenden Legatsquote²⁴; und auch wo die verbotene Veräußerung des Fundus dotalis konvalesziert, scheint man nur an honorarische, nicht auch an zivile Konvaleszenz denken zu dürfen²⁵. Auch die Behandlung der Präterition eines Filiusfamilias, wie sie die Prokulejaner befürworteten — das Testament solle nur nichtig sein, wenn der Präterierte den Vater überlebt²⁶ —, bedeutet nur eine suspensiv bedingte, keine sofort vorhandene, aber bloß relative Nichtigkeit (vgl. A. 23). Anerkannt dagegen ist zivile und gleichzeitig bloß relative Nullität bei den Freilassungen, welche gegen die lex Aelia Sentia verstossen: solche konvaleszieren, wenn die Gläubiger ihr Recht nicht ausüben²⁷.

dings wird aber der Begriff der ersteren auch jetzt noch meist unrichtig bestimmt, wenn man sie als eine nur von gewissen Personen geltend zu machende definiert (so z. B. Dernburg, Pand. 1 § 120, 1 b; Hölder, Pand. 306; Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. 1⁸, 370; Cosack, Lehrb. 1⁴, 157; Crome, System 1, 350 usf.); gerade dies legt es so nahe, sie mit der Anfechtbarkeit zu identifizieren. Wohin das aber führt, zeigt zutreffend Eccius in Gruchots Beiträgen 50, 481 f. Man muß vielmehr wohl mit Eccius a. O. 485 sagen, daß diese Verfügungen zunächst als schlechthin nichtig gelten, aber möglicherweise konvaleszieren.

²³ Vorausgesetzt, daß man nicht, wie es früher vorkam, auch das bloß suspensiv bedingt unwirksame Geschäft (z. B. ein Prälegat vor Antritt des begünstigten Erben nach der sog. Evaueszenztheorie u. a.) oder die zu A. 26 genannte Frage mit unseren Fällen verwechselt. Dies sind theoretisch zu unterscheidende Erscheinungen; denn die relative Nichtigkeit bedeutet eine sofort vorhandene und nur resolutiv bedingte Unwirksamkeit. Die Distinktion ist auch keineswegs ohne praktische Bedeutung.

²⁴ Ich habe früher (a. O. 120) wegen der Möglichkeit eines Verzichts auf die Quarta das Gegenteil angenommen; aber die Quellen kennen einen allgemeinen Quartverzicht nur in der Form eines obligatorischen Versprechens (Paul. D. 35, 2, 71; Ulp. ibid. 46) und behandeln das übermäßige Legat selbst als insoweit absolut nichtig (bes. Gai. D. 35, 2, 73, 5, wonach dies anscheinend im Gesetz selbst gestanden hat; Paul. ibid. 49). Demgemäß wird zwar der Erbe z. B. bei einem Vindikationslegat auf seine danach resultierende Eigentumsquote haben verzichten können, aber das wird nur als eine von ihm (nicht vom Erblasser) ausgehende Eigentumsübertragung an der einzelnen Sache gewirkt haben.

²⁵ Vgl. Czychlarz in Lindes Ztsch. N. F. 22, 447; Dotalrecht 207—208.

²⁶ Gai. 2, 123.

²⁷ „Dum incertum est, an creditores iure suo utantur statuliberi

Auch bei der Schenkung unter Ehegatten ist, seit sie durch den Tod des Schenkers konvaleszieren kann, ein ziviler Fall relativer Nichtigkeit gegeben, da die Konvaleszenz hier als ipso iure wirkend betrachtet wird²⁸, die Nichtigkeit also nur zu Gunsten der Person des Schenkers besteht.

Honora-
rische Un-
wirksam-
keit.

2. So wenig als die zivile Unwirksamkeit bedeutet, so wenig ist die honorarische Unwirksamkeit schlechthin als bloße Anfechtbarkeit zu betrachten. Man muß sich auch hier durchaus hüten, aus dem Gegensatz der Rechtsquellen einen Gegensatz der materiellen Rechtsinstitute abzuleiten. Nur das ist richtig, was bereits oben betont wurde (S. 237), daß neben dem ersteren der letztere bei den Römern meist nicht mehr zum besonderen Ausdruck gelangt. Und ferner ist zu bemerken, daß, weil das Amtsrecht das Volksrecht zwar paralisieren, aber nicht beseitigen kann, die amtsrechtliche Anfechtung ziviler Geschäfte nie Anfechtung im modernen Sinn ist, das heißt nie eine solche, welche den angefochtenen Akt als nicht mehr vorhanden erscheinen läßt²⁹. Demgemäß sagen die Quellen in solchen Fällen meist nur, daß das Geschäft iure civili giltig sei, daß aber der Prator helfe³⁰.

Die Tragweite seiner Abhilfe kann aber eine verschiedene sein. Es kann der Prator von sich aus, auch ohne besonderen Parteienantrag, das zivile Geschäft beseitigen; das scheint z. B. der Fall zu sein bei einer Interzession, welche dem Velleianischen Senatsschluss zuwiderläuft, wo man heute wohl mit Recht „hono-

sunt“ sagt Paul. D. 40, 7, 1, 1. Hiermit ist keinesfalls bloße Anfechtbarkeit der Freilassung gemeint, die vielmehr „vi ipsa“ suspendiert ist, sondern bloß die Voraussetzung aufgestellt, daß die Gläubiger ihre Forderung geltend machen. Aber auch das ist ungenau gesagt; genau genommen ist der Verzicht auf diese eine Bedingung der Freiheit. Dem Verzicht steht natürlich Bezahlung der Gläubiger gleich, Scaev. D. 40, 9, 26. — Über einzelnes A. Schmidt, Pflichtteilsrecht des Patronus 119—123, wo jedoch (S. 123) das Wesen der relativen Nichtigkeit nicht scharf erfaßt ist.

²⁸ Entscheidend für letzteres ist die Behandlung der Akzeptilation und Stipulation, Ulp. D. 24, 1, 32, 23. 33 pr., sowie der Ausspruch Ulpianus in 32, 1; dazu Wlassak, Krit. Stud. 98. — Das Negotium claudicans dagegen gehört nicht hierher; es bedeutet nicht sowohl relative als teilweise Nichtigkeit; ähnlich Windscheid, Pand. 2 § 321 A. 23 mit Lit.

²⁹ Selbstverständlich aber kann bei den Contractus bonae fidei infolge des Satzes „doli exceptio bonae fidei iudicii inest“ die an sich amtsrechtliche Anfechtung in die zivile Sphäre erhoben werden. Vgl. unten A. 35.

³⁰ Doch kommt es auch vor, daß sie, bloß auf den praktischen Enderfolg blickend, direkt von Nichtigkeit sprechen; vgl. A. I i. f. und 35.

rarische Nichtigkeit“ annimmt³¹. Der Prätor kann aber auch sein Einschreiten von einem Parteienantrag abhängig machen, welcher Fall auf Anfechtung hinausführt. Dabei läßt sich die honorarische Nichtigkeit wieder als absolute und als relative (S. 243) denken; die Anfechtung ferner kann das Geschäft nach rückwärts hin und mit dinglicher Wirkung tilgen (welcher Fall allein eine Ähnlichkeit mit der modernen Anfechtung zeigt), oder sie kann auch eine bloße persönliche Verpflichtung zur Wiederaufhebung des Geschäfts oder doch seiner Rechtsfolgen bedeuten³² u. s. f. — Die bezeichnete Möglichkeit prätorischer Reszission erstreckt sich auch auf Freilassungen, indem der Prätor die Proclamatio ad libertatem nicht zuläßt³³.

3. Ausnahmsweise tritt eine Tendenz auf, Fälle ursprünglich bloß honorarischer Ungiltigkeit ins Zivilrecht zu rezipieren. Rezeption
ins
Zivilrecht.

So schlägt Paulus³⁴ vor, die erzwungene Dotis dictio als nichtig zu betrachten, obwohl die Berücksichtigung des Zwangs dem Edikt entstammt; er schwankt sogar, ob dies nicht für die Bonae fidei-Kontrakte³⁵ als Prinzip aufzustellen sei. Auch die zivile Anfechtbarkeit der Kontrakte des Jus gentium wegen Irrtums

³¹ Auf diesen Gesichtspunkt hat Gradenwitz, zur Lehre von Ungiltigkeit S. 74 f., 328 aufmerksam gemacht. — S. auch Pomp.-Ulp. D. 4, 3, 1, 5. — Anderseits vermeide man, mit amtsrechtlicher Nichtigkeit die Fälle zu verwechseln, wo ein amtsrechtliches Verbot schon die tatsächlichen Voraussetzungen eines zivilen Rechtsverhältnisses ausschließt: dann ist die Nichtigkeit des letzteren eine zivile, durch das Amtsrecht nur bedingte. So ist gewissen Soldatenkategorien die Ehe verboten; dies ist nur magistratisch. Aber die dennoch geschlossene Ehe ist zivil nichtig, weil das Verbot die Realisierung der Ehe ausschließt, und es eine nicht realisierte nicht gibt (s. die Darstellung des Ehrechts). Darum zähle man es nicht zu den Fällen honorarischer Nichtigkeit, wenn in B.G.U. 114 der Statthalter einer Frau, die mit einem Soldaten eine verbotene Ehe geschlossen hat, die Datalklage von Amtswegen verweigern sollte, was übrigens eine bekannte Streitfrage ist.

³² Man spricht im ersteren Fall von Reszission, im letzteren von Revokation (oben A. 12).

³³ Am deutlichsten zeigt sich die Möglichkeit dessen im Edikt des Drusus über gewisse Freilassungen (oben S. 41 A. 3; dazu jetzt auch Wlassak, Z. Sav.St. 28, 58, mit zutreffender Heranziehung von Fr. Dos. 8).

³⁴ D. 4, 2, 21, 3 (promissa itp. für dicta, Keller, Inst. 161; Czyhlarz, Iher. Jhb. 13, 21 f.).

³⁵ D. 4, 2, 21, 4. Man konnte sich hierfür auf den Satz berufen, daß die Exc. doli diesen Geschäften inhaeriert. — Wenn dagegen Paul. sent. 1, 7, 10 schlechthin jedes durch Freiheitsberaubung erzwungene Geschäft für „nullius momenti“ erklärt, liegt wohl nur die bereits gerügte (oben A. 1) Nachlässigkeit der Diktion vor und wird die amtsrechtliche Ungiltigkeit gemeint sein.

enthält vielleicht eine Rezeption des bezüglichen Restitutionsedikts³⁶; doch ist der Rezeptionsvorgang schon so früh vollendet, daß das Einzelne nicht mehr ersichtlich wird. Ferner hat Marcellus, unter Zuhilfenahme der *lex Aelia Sentia*, zivile Nichtigkeit der Freilassung eines unter Erpressung veräußerten Sklaven zu begründen gewußt in allen Fällen, wo der Erpresser nach der Freilassung gestorben ist³⁷; vgl. auch Marcian D. 40, 9, 9 pr.³⁸. Bekanntlich hat Celsus eine derartige Rezeption auch für den erzwungenen Erbschaftsantritt vorgeschlagen, allerdings ohne damit dauernd Anklang zu finden³⁹.

Voraussetzungen der Unwirksamkeit.

III. Von den Voraussetzungen der Ungültigkeit läßt sich eine allgemeine Aufzählung nicht geben; da das Prinzip immer dieses ist, daß die Nichtigkeit bedingt ist durch den Mangel eines wesentlichen Erfordernisses des Rechtsgeschäfts, muß von Fall zu Fall festgestellt werden, worin diese wesentlichen Erfordernisse bestehen. Hier soll nur eine allgemeine Bemerkung über die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen entgegenstehenden Verbotsgesetzes Platz finden.

Leges imperfectae und minus quam perfectae.

Die republikanische Gesetzgebung hat nicht die Gepflogenheit, das verbotene Rechtsgeschäft allemal zu annullieren, und noch weniger besteht in dieser — und selbst noch in der klassischen — Zeit ein allgemeines Prinzip, wonach an die gesetzliche Prohibition schlechthin die Nichtigkeitsfolge geknüpft wäre; vielmehr ist grundsätzlich das Geschäft wegen des Verbots nicht weniger gültig und knüpft sich an die Gesetzesübertretung entweder bloß Strafe oder

³⁶ Genauer: Der auf Irrtumsfälle bezogenen *Clausula generalis* „*si qua alia justa causa esse videbitur*“; denn ein spezielles Irrtumsedikt hat es bekanntlich nie gegeben.

³⁷ D. 40, 13, 2; die Stelle zeigt auch, warum gerade in diesem Fall mit einer bloßen *A^o quod metus causa* nichts zu erreichen war. Allerdings wäre der Prätor doch auch vom Standpunkt des Amtsrechts in der Lage gewesen, die Freilassung in anderer Weise, nämlich durch *Denegatio proclamationis*, zu annullieren (A. 33).

³⁸ Über die Hierhergehörigkeit dieser Stelle bin ich allerdings nicht ganz sicher. Weniger, weil es sich um bloß junianische Freilassung handelt; denn seit der *lex Junia* ist eben auch diese kein bloß prätorisches Institut mehr, als weil es nicht recht sicher ist, ob hier nicht trotz des Ausdrucks „*liber non erit*“ wieder bloße *Denegatio proclamationis* gemeint ist. — In dem Fall D. 40, 9, 17 pr. endlich (verbotene Freilassung *ex acclamatione populi*) mag man vielleicht zivile Nichtigkeit angenommen haben; doch ist hier manches dunkel (vgl. einerseits Czychlarz, *Iher. Jhb.* 13, 37, anderseits Schloßmann, *Zur Lehre vom Zwang* 71).

³⁹ D. 29, 2, 6, 7; dagegen Papin. *ibid.* 85; Paul. D. 4, 2, 21, 5.

auch gar keine Rechtsfolge, womit die bekannten Schulbegriffe der *leges minus quam perfectae* und *imperfectae* zusammenhängen⁴⁰.

Selbstverständlich gilt übrigens das Gesagte auch für die ältere Zeit nur vom Standpunkt des reinen Zivilrechts; daß der Prätor wegen Verstosses gegen ein unvollkommenes Verbotsgesetz schon in der Legisaktionszeit die Klage verweigern konnte, sollte nicht bezweifelt werden (vgl. S. 40 A. 2; S. 159)^{40a}.

Solche unvollkommen verbietende Gesetze gibt es aus der Zeit des Freistaats in beträchtlicher Zahl. Imperfekt ist die *lex Cincia* sowie das *calpurnische* und *junische Repetundengesetz*; zweifelhaft, ob auch die *leges Laetoria*⁴¹ und *Cornelia de sponsu*⁴². Straffolgen ohne Nichtigkeit erzeugen die *lex Marcia fenebris*⁴³ und die *lex Furia testamentaria*⁴⁴; zweifelhaft wieder, ob auch die *lex Voconia*, soweit sie die Legate beschränkt⁴⁵, und die *lex Furia de sponsu*⁴⁶; andere ähnliche Gesetze meint wohl noch Gaius 4, 22 i. f. Daß schon die Zwölftafeln unvollkommene Verbote enthielten, läßt sich nicht beweisen⁴⁷.

⁴⁰ Ulp. Fr. 1. Darüber neuestens die gewissenhafte, aber mehrfach von falschen Prämissen ausgehende Schrift von Senn, *leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae* (Paris, Arthur Rousseau 1902).

^{40a} Vgl. jetzt bes. Wlassak, Z. Sav.St. 28, 100 Anm. mit Lit.

⁴¹ Lit. bei Senn 67. Manche halten sie für eine *lex minus q. p.*

⁴² Vgl. Lenel E.P., einerseits (französ. Ausg.) 1, 247, anderseits jetzt zweite deutsche Aufl. 211.

⁴³ Gai. 4, 23; darauf geht vielleicht auch Cato r. r. praef., dazu A. 47 i. f.

⁴⁴ Gai. 1. c.

⁴⁵ Gai. 2, 226. Vgl. Senn a. O. 112 f. mit Literatur.

⁴⁶ Dafür Huschke, Gai. 87 u. a.; dagegen neuerdings Appleton, Z. Sav.St. 26, 10, wo auch Lit.; dazu noch Lenel, E.P.² 210 A. 3; Wlassak, Z. Sav.St. 28, 101.

⁴⁷ Dies wäre nämlich dann der Fall, wenn sie wirklich ein Verbot über die *In sacrum dedicatio* einer *res litigiosa* unter der Sanktion bloßer Strafe auf das Doppelte auch für den Eigentümer enthielten, wie Gai. lib. VI ad XII D. 44, 6, 3 zu sagen scheint. Doch ist mir hier die Auffassung von Pernice, Berl. Sitz.B. 1885, 1154 sehr wahrscheinlich, wonach das Verbot nur den beklagten Nichteigentümer traf; bei diesem war aber eine Annullierung der Dedikation ganz überflüssig, weil er nicht wirksam dedizieren konnte. (Anders und schwer verständlich *Buonamici*, Arch. giur. 44, 381 f.) Außerdem wird die Angehörigkeit der Regel zu den Zwölftafeln von Pernice überhaupt bezweifelt. — Welche Sanktion die Maximalgrenze des *Unciarium fenus* (Tacit. Ann. 6, 16) im Gesetz hatte, wissen wir nicht; die gewöhnliche Annahme, daß Rückforderung des Quadruplum stattgefunden habe, wonach auch hier eine *lex m. q. p.* vorläge, stützt sich auf die Heranziehung von Cato de r. r. praef. (*majores in legibus poverunt furem dupli condemnari, feneratorum quadrupli*),

Über die Gründe, weshalb die freistaatliche Gesetzgebung die Sanktion der Nichtigkeit meist vermeidet, sind wir nicht unterrichtet. Erklärungen wie die, daß die Achtung der Gesetzgebung vor der Individualsphäre zu groß war, um einen formell gültig vollzogenen Rechtsakt direkt annullieren zu wollen, enthalten im Grunde nur eine Paraphrase⁴⁸. Mindestens in der Fassung unhaltbar ist es auch, wenn man darauf hinweist⁴⁹, daß die *leges imperfectae* und *minus quam perfectae* Plebiszite waren, welche, da sie bis zur *lex Hortensia* nicht Recht schaffen konnten, sich mit der Sazertätsdrohung begnügen mußten; denn in den überlieferten unvollkommenen Gesetzen ist von Sazertät keine Rede. Doch könnte ein richtiger Gedanke darin liegen, daß der Mangel der Annullationsklausel auf die ursprüngliche Minderkraft der Plebiszite irgendwie zurückgeht. Freilich sind die uns überlieferten unvollkommenen Verbotsgesetze wohl alle jünger als das Hortensische Gesetz; indessen wäre es allerdings begreiflich, wenn der einmal hergebrachte Gesetzesstil nicht sofort wieder abgeändert worden wäre⁵⁰.

Doch kommen mindestens schon im sechsten Jahrhundert der Stadt auch vollkommene Verbotsgesetze vor⁵¹, und in der Kaiserzeit werden, seit der *lex Falcidia*, *Julia de fundo dotali*, der *lex Aelia Sentia* und dem (nicht genau zu identifizierenden) Gesetze, welches die Schenkungen unter Ehegatten verbietet⁵², die annullierenden Verbote immer häufiger; wenn noch die augusteischen Verbote des *Impar matrimonium* nicht von Nichtigkeit der unerlaubten Ehe begleitet sind⁵³, so hat das wohl nur in der Schonung der einmal eingegangenen Ehe seinen Grund, wie denn

wo die Beziehung auf die XII T. trotz der hier gewöhnlich an den Tag gelegten Zuversicht (Billetter, *Gesch. des Zinsfußes* 117; Senn a. O. 7 ff.) durchaus unsicher ist (vgl. Rudorff zu Puchta, *Inst.* 2, 311 Anm. g und oben A. 43).

⁴⁸ Obwohl der Gedanke einmal bei Ulp. (*D.* 24, 2, 11 pr.) anklingt.

⁴⁹ Huvelin an dem S. 24 A. 4 a. O.

⁵⁰ Auch ist zu bemerken, daß nach den Ausführungen in A. 47 das Gegenargument entfällt, welches man darin könnte, wenn schon in den XII T. *Leges minus quam perfectae* nachweisbar wären.

⁵¹ *Lex Cicereia* Gai. 3, 123 (über deren ungefähres Alter jetzt Levy, *Sponsio* 58 f.); (das Verbot ist hier freilich nur indirekt ausgesprochen); *I. Cornelia* (Gai. 3, 124); wahrscheinlich auch die *Voconia* über die Frauenerbschaft (Kahn, *Frauenerbrecht* 29). Außerdem vielleicht einzelne der zu A. 41 f. genannten. — Später I. Urson. c. 82.

⁵² S. die Darstellung des ehelichen Güterrechts.

⁵³ Näheres bei der Darstellung der *lex Julia et Papia*.

überhaupt die Nichtigkeitsklausel sich ja im einzelnen Fall schon aus sachlichen Gründen verbieten kann. — Auch von den Senatschlüssen der Kaiserzeit ist es unzweifelhaft, daß sie, wenngleich vielleicht erst nach Überwindung eines Durchgangsstadiums⁵⁴, wie *leges perfectae* gefaßt werden konnten, und selbst kaiserliche Konstitutionen sprechen die Nichtigkeitsfolge aus⁵⁵. Insbesondere werden in der Kaiserzeit mitunter *Leges non perfectae* durch Senatsbeschlüsse zu *Leges perfectae* erhoben⁵⁶.

IV. Eine mit der Gesamtaufassung des älteren Zivilrechts von dem Umfang seiner Geltung zusammenhängende Erscheinung ist die, daß mitunter unterschieden wird zwischen dem ganz aus dem Kreis des Zivilrechts hinausfallenden, also rechtlich überhaupt nicht vorhandenen, und dem noch ins Zivilrecht hineinfallenden, aber aus irgendwelchen Gründen unwirksamen Akt. Es liegt hierin eine Parallele zu der kanonischen Unterscheidung zwischen *Matrimonium non existens* und *Matrimonium nullum*. Der nicht existierende Akt vermag gar keine, auch keine negativen Wirkungen zu erzeugen; der existierende kann negative Wirkungen zurücklassen.

Hierher gehört es, daß die behufs Novation erfolgte Sponson eines Sklaven und Peregrinen anders behandelt wird, als die eines Pupillus oder Weibes ohne vormundschaftliches Vollwort. Im ersteren Fall entbehrt die Sponson nicht bloß des rechtsbegründenden, sondern auch des rechtsaufhebenden Effekts, die alte Forderung bleibt also bestehen; im letzteren Fall erzeugt zwar das Versprechen keine Verpflichtung, hat aber doch die Kraft, die alte Forderung zu vernichten⁵⁷.

Nicht
existie-
rende
Geschäfte.

⁵⁴ Etwas anders Lenel (Ursprung der Exzeptionen 49), der die Möglichkeit perfekter Sc. schon für den Anfang der Kaiserzeit annimmt. Aber diese Möglichkeit war doch eine bestrittene.

⁵⁵ Ulp. D. 40, 4, 9, 1; Paul. D. 6, 2, 12, 4(?); Marcian D. 39, 5, 15; 40, 1, 8, 2.

⁵⁶ So die Augusteischen Eheverbote, Ulp. D. 23, 1, 16; 24, 1, 3, 1; Paul. 23, 2, 16 pr.

⁵⁷ Gai. 3, 176, 179; die berichtete abweichende Ansicht des Serv. Sulpicius war augenscheinlich ein Emanzipationsversuch von der hiernach als sehr alt anzusehenden Auffassung, der nicht durchgedrungen ist. Der Versuch von Schmidt, Wirkung der R.Gesch. (1888), S. 14 ff. und ändern, die Sache vom Gesichtspunkt der — im einen Fall angeblich fehlenden, im andern entstehenden — Naturalobligation zu erklären, ist, abgesehen davon, daß der Sklave doch sonst immer aus seinen Kontrakten natural haftet (Schmidt selbst A. 11), schon deswegen verfehlt, weil der Begriff der *obl. naturalis* in die republikanische Zeit nicht hinaufreicht. Unklares bei Huschke, Gaius 75. Auch bei R. Merkel, Begriff der Novation (1892) 37 f.; Karlowa, R.G. 2,

Einen ähnlichen — freilich zu seiner Zeit bereits ins Schwanken geratenen — Gegensatz meldet Gaius auch bezüglich der Fähigkeit obiger Sponsionen als Basis einer Bürgschaft zu dienen⁵⁸.

Dieser Gegensatz kann offenbar nur so erklärt werden, daß das Sponsionsversprechen des Unfreien oder Nichtbürgers als zivilrechtlich nicht vorhanden galt, das des Bürgers ohne das erforderliche Vollwort zwar in Bezug auf seine Verpflichtungskraft als unwirksam, aber doch in den Kreis des Zivilrechts fallend.

In welchem Umfang diese Unterscheidung platzgegriffen hat, ist nicht mehr zu ersehen. Die eben bezeichneten Fälle sind die einzigen, wo sie sich noch bestimmt nachweisen läßt; doch könnte auch manches andere noch auf diese Auffassung zurückgehen⁵⁹.

Nebenwirkungen
des unwirksamen
Geschäfts.

V. Öfters kommt es vor, daß ein Rechtsgeschäft zwar den beabsichtigten positiven Rechtserfolg nicht erreicht, aber doch gewisse negative, in ihrer Isolierung freilich durchaus absichtswidrige Nebenwirkungen hinterläßt.

α) Hierher gehört zunächst der eben (unter IV) besprochene Fall der zwar nicht rechtskräftigen, aber doch noch in den Rahmen des Jus civile fallenden Novationspromission seitens eines Pupillus oder einer Frau, welcher die Auctoritas tutoris fehlt.

β) Die In Jure Cessio hereditatis aditae vermag nicht die Erbenstellung als Ganzes zu übertragen, ist also, so wie gewollt, unwirksam; dennoch gehen die Res corporales des Nachlasses auf den Zessionar über, da man sie ja zedieren kann, die Forderungen aber erlöschen, die Passiven bleiben an dem Zedenten haften⁶⁰.

γ) Der Tutor cessicius kann nicht wie der legitimus seine Tutel

742; Girard, Man.⁴ 693 A. 2, welche von unvollkommener Promission des Sklaven sprechen, ist das Entscheidende nicht getroffen.

⁵⁸ Gai. 3, 119.

⁵⁹ Da die Catonianische Regel auf bedingte Legate sich nicht bezieht, sollte eigentlich das bedingte Legat einer res extra commercium giltig sein, wenn dieselbe pendente condicione kommerziell geworden ist. Wenn unzweifelhaft das Gegenteil gegolten hat (Arndts, Ziv. Schr. 2, 492), so hängt das vielleicht zusammen mit dem Gesichtspunkt, daß auch ein solches Legat, wie in anderer Beziehung einmal gesagt wird (Celsus D. 34, 7, 1, 1), mehr non datum ist als inutiliter datum. — Vielleicht hat auch der eigentümliche Satz, daß über eine Res extra commercium selbst ein bedingter Vertrag nicht geschlossen werden kann, trotz der abweichenden Begründung der Klassiker (Paul. D. 45, 1, 83, 5; cf. Venulej. ibid. 137, 6) in dieser Anschauung seine Wurzel.

⁶⁰ Gai. 2, 35; 3, 85, 86; Ulp. Frag. 19, 14 u. 15. Verwandter, aber streitiger Fall bei Gai. 2, 37; 3, 87.

weiter zedieren; die erfolglose Zession hat aber die negative Wirkung, daß er selbst aufhört, Tutor zu sein⁶¹.

δ) Der Miteigentümer eines Sklaven, der ihn ohne Mitwirkung seiner Kollegen feierlich freiläßt, erzeugt keine Freiheit, verliert aber sein Miteigentum^{62 63}. Ebenso verliert das Eigentum der Alleineigentümer, welcher die Freilassung des in fremdem Ususfruktus stehenden Sklaven unternimmt⁶⁴.

Die zugrunde liegende Idee ist in allen Fällen diese: Der in der Novationsstipulation resp. In jure cessio oder ihr gleichstehenden Manumissio formalisierte Rechtsverzicht ist nach der an der äußeren Form haftenden Auffassung des alten Jus civile als solcher formell gültig zustande gekommen und bleibt (soweit nicht etwa Rechte unbeteiligter Dritter berührt werden) bestehen, auch wenn er seinen sonstigen Zweck nicht erreicht⁶⁵. Darum muß in den Fällen α, γ, und δ der negative Effekt unweigerlich eintreten, und auch im Fall β verliert der Zedent die Aktiva der Erbschaft, dagegen kommt es zu keiner Befreiung von den Passiven, weil dies einen Eingriff in die Rechte der Gläubiger bedeuten würde⁶⁶.

VI. Daß die absolute — nicht bloß zum Schutz bestimmter Interessen bestehende — Nichtigkeit grundsätzlich unheilbar ist, pflegt man wohl als ein allgemeingültiges Axiom hinzustellen, und auch die Römer haben dasselbe in der Schulregel „*quae ab initio vitiosa sunt, non possunt tractu temporis convalescere*“ formuliert. Eben deswegen verdient die Frage aufgeworfen zu werden, ob nicht in einzelnen Fällen Ausnahmen von diesem Grundsatz eingetreten sind.

Heilung
durch
Zeitablauf.

⁶¹ Gai. 1. 168 f.; Ulp. Fr. 11, 7.

⁶² Ulp. Frag. 1, 18; Paul. sent. 4, 12, 1; Fr. Dosith. 10, 11. Daß, wie die Stellen hinzufügen, die unfeierliche Freilassung diese Wirkung nicht hat, enthält die Bestätigung der im Text gegebenen Erklärung. — Nur scheinbar hierhergehörig ist Ulp. Fr. 1, 12 (über den minor XXX a. sine consilio manumissus): „ideo Caesaris servum manere putat“. Der Passus ist nämlich vererbt; s. die Lehre von der Freilassung.

⁶³ Über die Zession des Nießbrauchs an einen Dritten (Gai. 2, 30; Pomp. D. 23, 3, 66), welche nach richtiger Ansicht anders behandelt wird, als die früheren Fälle, Schmidt I. 24.

⁶⁴ Ulp. 1, 19; Fr. Dosith. 11; Just. C.J. 7, 15, 1 pr.

⁶⁵ Verkannt ist dieses Prinzip bei Schmidt a. O., der einfache Willkür herrschen läßt. — Im allg. vgl. Rabel, Z. Sav.St. 27, 317 f.

⁶⁶ Wie diese Anschauung gleichzeitig für die In Jure Cessio darauf führt, daß man die Vertragsnatur derselben ursprünglich nicht voll erkennt, sondern sie in ein selbständiges Geben und selbständiges Nehmen zerlegt hat, und wie der gleiche Gedanke auch sonst wiederkehrt, ist bereits oben S. 146 bemerkt.

Eine solche wird man vielleicht vermuten dürfen bei der wegen Formmangels ungiltigen Manusehe des ältesten Rechts.

Es kommt hier auf das richtige Verständnis der sogenannten Ususehe an⁶⁷. Dieses eigentümliche Institut, über dessen Herkunft und Bedeutung die verschiedensten Hypothesen aufgestellt worden sind, wird schwerlich richtig begriffen, wenn man sich den Usus als einen selbständig gedachten Entstehungsgrund der Ehe vorstellt; denn es würde das voraussetzen, daß ein schlechthin formlos begründetes Zusammenleben, also ein gewöhnlicher Konkubinat, durch einjährigen Bestand in Ehe verwandelt wird, was weder mit den Intentionen der Beteiligten, noch vor allem mit der Würde des Eheinstituts verträglich wäre. Es läßt sich darum vermuten, daß der eigentliche Gedanke hier ein ganz anderer ist, nämlich der, daß einjähriger Bestand eines als Ehe gedachten und darum auch nach Art eines Eheschlusses begründeten Zusammenlebens etwaige formelle Mängel des Begründungsaktes decken soll.

Man muß hierbei erwägen, wie leicht in die ziemlich komplizierten Formen der ältesten Eheschließung ein formaler Defekt sich einschleichen oder doch wenigstens als eingeschlichen behauptet werden konnte. Wenn in den sakralen Formeln der Konfarration ein Verstofs begangen oder der Spruch der Koemtion nicht korrekt gesprochen war, wenn die Bürgereigenschaft oder Zeugnisfähigkeit eines der Zeugen fehlte oder bei der Koemtion Erz und Wage nicht genügend gehandhabt wurden, ja, wenn all dies nur zweifelhaft wurde, war der Bestand der Ehe in Frage gestellt. Es wäre ein durchaus einleuchtender Gedanke, anzunehmen, daß die Behauptung solcher Mängel an eine bestimmte Zeitgrenze gebunden und nach Überschreitung derselben unzulässig war. Wenn dann der Ablauf eines Jahres die Ehe bekräftigt, so ist das nicht als Entstehung derselben aus dem Nichts, sondern als Befestigung eines von Anfang an als Ehe beabsichtigten und prima facie auch als solche erscheinenden Verhältnisses gegen weitere Bestreitung gedacht.

Ob der Usus auch dann Ehe erzeugte, wenn es an jedem ritualen Beginn des Zusammenlebens fehlte, mag für die Anfangszeit der Manusehe fraglich erscheinen; es ist wohl denkbar, daß man in solchem Fall ein „anno continuo nuptam perseverasse“ (Gai. 1, 111) gar nicht angenommen hat. Immerhin aber liegt in derartigen

⁶⁷ Zutreffendes hierüber bei Klein, Sachbesitz und Ersitzung Kap. IV, bes. S. 276 f.

Institutionen ein innerer Trieb zur Ausdehnung; die Grenze zwischen dem bloßen Formmangel des Ritualakts und seinem gänzlichen Abhandensein ist ja eine fließende, und so konnte man dazu gelangen, auch bei vollständig formloser Ehebegründung den Usus wirken zu lassen, womit er freilich statt seiner ursprünglichen Bedeutung eine ganz neue, nämlich die einer materiellen Ehebegründungsfunktion erlangt hätte.

Sollte die obige Vermutung zutreffen, so würde wenigstens im ältesten Recht der Satz, daß die Nichtigkeit unheilbar ist, eine sehr beträchtliche Ausnahme gehabt haben. Es ist die Frage, ob dieselbe die einzige war, und ob nicht auch die Ersitzung des Eigentums ursprünglich als Deckung gegen die Behauptung formeller Mängel des Erwerbsakts gedacht ist. Daß das Erfordernis eines Titels, wie anerkannt, der älteren Ersitzung fehlt, und erst gegen Ende der republikanischen Zeit theoretisch formuliert worden ist, schließt jene Annahme nicht unbedingt aus, weil die vollständig titellose Ersitzung auch hier ein bloß sekundäres Stadium bedeuten könnte, erzeugt dadurch, daß die ursprünglich bloß korrobierende Bedeutung des Usus später in eine konstitutive überging. Indessen läßt sich die Sachersitzung allerdings auch vom Standpunkt einer schon ursprünglich konstitutiven Wirkung des Usus bedeutend leichter begreifen als die Useuse, und darum ist auf diesen Punkt weniger Gewicht zu legen.

VII. Einer Erwähnung bedürfen schliesslich noch die Veräußerungsverbote. Veräußerungsverbote.

Soweit solche auf Rechtsnormen beruhen, hängt es von der konkreten Tragweite derselben ab, ob die verbotene Veräußerung nichtig ist oder bloß strafbar⁶⁸, und wenn ersteres, ob sie ipso iure oder ope exceptionis, absolut oder relativ, also auch unheilbar oder heilbar nichtig ist^{69 70}.

⁶⁸ Das Einzelne gehört der speziellen Darstellung an.

⁶⁹ Nur eine heilbare Nichtigkeit begründet der Satz, daß der einem Tertius vermachte, wengleich zum nicht ererbten Vermögen des Erben gehörige Sklave vom Erben nicht freigelassen werden kann (Paul. sent. 3, 6, 91 a). Denn derselbe beruht, glaube ich, auf einer Anwendung der lex Aelia Sentia gegen Fraudatio creditorum, welche nur insofern eine ausdehnende ist, als es dabei auf den Animus fraudandi gar nicht ankommt; in solchen Fällen wird aber die Nichtigkeit durch Verzicht auf das Gläubigerrecht geheilt (oben A. 27).

⁷⁰ Bloße Befristung der Freiheit, keine Nichtigkeit gilt beim Verbot der Sklavenfreilassung, sofern es während eines Strafprozesses zur Sicherung des (nur an Sklaven üblichen) Torturbeweises platzgreift. Dasselbe ist eingeführt für die Quaestio adulterii durch die lex Julia de adult. (Ulp. D. 40, 9,

Magistratische Veräußerungsverbote können nur nach honorarischem Recht gewirkt haben⁷¹, soweit sie sich nicht etwa auf gesetzliche Ermächtigung stützten, was wir nicht immer mit Sicherheit feststellen können.

Rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote haben grundsätzlich die Unwirksamkeit der Veräußerung nicht zur Folge⁷²; doch scheint dies erst durch ein Reskript von Severus und Antoninus außer Zweifel gesetzt worden zu sein⁷³. Wenn ältere Juristen dem Teilungsverzicht der Gemeinschaftler die Wirksamkeit zuschrieben, daß der Teilhaber nach demselben seinen Anteil nicht veräußern könne, damit nicht sein Nachfolger den Verzicht ignoreiere, ist es wohl möglich, daß man auch über die Wirkungslosigkeit eines direkten Veräußerungsverbots früher nicht einig war⁷⁴. Außerdem erleidet die Regel eine Ausnahme bei testamentarischem oder vertragsmäßigem Verbot der Freilassung; solche Anordnungen machen die Freilassung unwirksam⁷⁵, wobei jedoch möglich ist, daß diese

12—14; cf. Papin. D. 31, 76, 4; Paul. Coll. 4, 12, 8 f.; Carac. C.J. 9, 9, 3; Just. C.J. 9, 9, 35 pr.), später auf andere Fälle ausgedehnt, spätestens durch Anton. Pius bei Ulp. D. 48, 18, 1, 13; cf. Paul. sent. 5, 16, 9 (wenn nicht schon mit dem manumitti ut crimini subtraheretur des Hadrian bei Marcian D. 40, 1, 8, 3 dasselbe gemeint ist).

⁷¹ In den erhaltenen Beispielen werden die Wirkungen des magistratischen Veräußerungsverbotés im einzelnen nicht beschrieben; nur die Behandlung der prätorischen (d. h. nicht in den Zwölf Tafeln gegründeten) Interdiktion gegen gewisse Verschwender läßt die Sache erkennen, Ulp. D. 27, 10, 10 pr. (vgl. die Lehre von der Cura prodigi). Im übrigen sind Erwähnungen magistratischer Veräußerungsverbote häufig: Jul. D. 41, 4, 7, 5; Ulp. D. 5, 3, 5 pr. (nach Reskript von Ant. Pius); 42, 5, 31, 4; Paul. D. 41, 3, 12; Scaev. D. 44, 4, 17, 2 (Kognition?); Ulp. D. 50, 12, 8 (Kognition. Nach Reskript der Divi Fratres); Papir. Iust. D. 49, 1, 21, 3 (Kognition) u. a. — Wie sich übrigens solche Verbote als Sicherungsmaßregeln im ordentlichen Zivilprozeß zum Institut der Cautio iudicatum solvi verhielten, ist eine hier nicht zu erörternde Frage.

Auch Freilassungsverbote dieser Art müssen zur Sicherung von Zivilansprüchen möglich gewesen sein und werden nach honorarischem Recht gewirkt haben; insofern der Ausspruch des Marcian D. 40, 9, 9, 2 diesen Fall mitumfaßt, ist er wohl auf prätorische Nichtigkeit zu beziehen.

⁷² Außer, wo sie dingliche Rechte Dritter involvieren (also nicht in B.G.U. 326 I l. 9 ff.). Die scheinbar entgegenstehende Stelle Valer.-Gallien. C.J. 4, 6, 3 ist anerkanntermaßen schlecht interpoliert, vgl. Pernice, Lab. 3, 1, 285.

⁷³ D. 80, 114, 14.

⁷⁴ Sab. (verbessert von Ulp.) D. 17, 2, 16, 1; cf. Paul. D. 10, 3, 14, 3. Übrigens beschränkt sich die Streitfrage auf zeitlich beschränkte Teilungsverbote; dies sagt Paul. § 3 cit. (Der vorhergehende § 2 freilich ist vielleicht aus § 3 nur abgeleitet und interpolatorisch; vgl. Riccobono, Bull. 6, 16.)

⁷⁵ Auf Konstitutionen beruhend. Ulp. D. 40, 4, 9, 1; cf. 40, 1, 4, 9, 9;

Ausnahme sich nur auf verbrecherische Sklaven bezieht und eine Ausführung der entsprechenden Bestimmungen des aelisch-sextischen Gesetzes darstellt⁷⁶. Was endlich die auf Grabschriften sehr oft vorkommenden, die Grabstätte betreffenden Veräußerungsverbote betrifft, so ist zu erinnern, daß wenigstens das bereits belegte Grab ohnedies außer der privaten Rechtssphäre steht, und daraus erklärt sich wohl auch, daß die Inschriften für die verbotene Veräußerung meist nur Strafen⁷⁷ aussprechen; selten wird Nullität der Veräußerung statuiert⁷⁸. Jene Strafdrohungen bezwecken daher nur als reine Strafen zu wirken; doch sind der Rechtsgrund und die Voraussetzungen ihrer Giltigkeit noch nicht klargelegt, obwohl sie gewiß nicht wirkungslos waren⁷⁹.

§ 15. Geschäftstypen und Rechtsformalismus.

Insofern das Recht eine Ordnung des Geschehens ist und sich darum an die äußeren Erscheinungen halten muß, ist die Rechtsordnung immer ihrer Natur nach bis zu einem gewissen Grade formalistisch. Aber dieser Charakter kann sich doch wieder in verschiedenem Maße ausprägen, und je nachdem dieses Gepräge stärker oder schwächer hervortritt, sprechen wir von förmlichem und freiem Recht.

Der Formalismus in diesem engeren Sinn kann wieder als äußerer und als innerer erscheinen. Ersterer tritt insbesondere auf dem Gebiet der Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen auf, und zwar dort, wo das Recht seine Normen nicht an den irgendwie geäußerten Parteiwillen, sondern nur an den in bestimmter Form zutage tretenden anknüpft. Der innere Formalismus dagegen erscheint darin, daß die Rechtsnorm ihrem Inhalt nach schablonenhaft ist, und, statt sich dem einzelnen Lebensverhältnis nach dessen Eigenart anzuschmiegen, als starre Regel das Leben sich unterwirft.

Es liegt in der Entwicklung der Völker begründet, daß alles Recht in seinen Anfängen formalistisch ist; innerlich wie äußerlich. Die tiefere Begründung dessen muß der Völkerpsychologie über-

Marcian D. 40, 9, 2; C.J. 7, 12, 2. Von der Exportationsklausel gilt nicht ganz das Gleiche; s. oben S. 182 A. 64 und Seuffert in der Festschr. f. die Univ. Gießen (1907) S. 7 des Sep.Abdr.

⁷⁶ Vgl. Pernice, Lab. 3, 1, 109, und Ulp. D. 40, 1, 4, 7.

⁷⁷ Beispiele C.J.L. 6, 10219, 10238, 10791; 9, 136 u. v. a.

⁷⁸ C.J.L. 6, 8736: Emtori monumenti succedendi jus non erit.

⁷⁹ Vgl. Wamser, De jure sepulcrali Rom. (1887); Mommsen, Strafr.

lassen bleiben; die Tatsache, daß die unausgebildete Volksseele den Schwingungen der Erscheinung nicht zu folgen vermag und sich darum am Schema festhält, ist da, und es erübrigt nur, sie für das römische Recht hier zu erläutern.

I. Geschäftstypen und äußerer Rechtsformalismus.

Äußerer
Formalis-
mus.

Das Gebiet des letzteren ist vor allem das der Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, und das römische Recht unterliegt in seinen Anfängen diesem äußeren Formalismus so gut wie jedes andere. Doch ist es auch hier eigenartig und unterscheidet sich in seinen Formen aufs tiefste vom deutschen Recht.

Die ältesten römischen Formen sind *Realformen*, d. h. solche, welche nicht den Rechtsakt von außen begleiten und als Zierrat schmücken, sondern welche die wesentlichen Elemente der vor sich gehenden Rechtsänderung und sonst nichts zur äußeren Erscheinung bringen. Die gemütvollte Sitte des deutschen Rechts, den Rechtsakt mit bildlichen Vorgängen zu umkleiden, Stab, Halmwurf, Zweig und Rasen, sie alle sind dem praktischen Sinn des Römers fremd¹, und wenn die Sitte an einzelne Rechtsgeschäfte, wie die Eheschließung, Festfeiern anknüpft, so gehören diese niemals zur Wesentlichkeit der Form.

Geschäfts-
typen.

Bei der Betrachtung der einzelnen Formen, welche die Geschäfte aufweisen, ergibt sich, daß sie alle, wenn man von der ursprünglich wohl gar nicht in den Kreis der materiellen Geschäfte gehörigen *Stipulation*^{1a} und der ihr nachgebildeten *Akzeptilation* sowie von der *Cretio hereditatis* und *Confarreatio* absieht, auf zwei Urtypen zurückgehen, nämlich auf das Geschäft *per aes et libram* und den Verzicht vor dem Magistrat.

Zum ersteren Typus gehören das älteste Darlehen, die *Libralzahlung* (*Solutio per aes et libram*); die *Manzipation*, sowie die mit letzterer verwandten oder auf sie gebauten Geschäfte, wie die *Coemptio*, das *Testamentum per aes et libram*, die *Fiducia*. Den zweiten repräsentieren die *In Jure Cessio* in ihren verschiedenen Anwendungen auf Sachen und Rechte sowie die *Manumissio Vindicta*.

¹ Die einzige Ausnahme kann man in der *Konfarreatio* sehen finden; diese ist aber aller Wahrscheinlichkeit nach eine erst bei Ausbildung des Adelsstands für diesen künstlich geschaffene Eheform. S. § 32.

^{1a} S. unten S. 266 f.

Für die Entscheidung der Frage, welche dieser Kategorien die ältere ist — die der Manzipation oder jene der *In Jure Cessio* — liegen naturgemäß äußere Indizien nicht vor, und es ist insbesondere bedenklich, aus den uns bezeugten Wortformeln eine Entlehnung und daher Nachbildung der einen gegenüber der andern ableiten zu wollen. Denn das schliesslich festgestellte Formular eines Rechtsakts, mag es auch an die Grenzen unserer historischen Kenntnis zurückreichen, bedeutet doch nur einen Abschluss in einem möglicherweise langdauernden Prozess der allmählichen Solennisation, und es ist sogar möglich, daß in diesem Prozess das ältere Geschäft formale Elemente des jüngeren in sich aufgenommen hat².

Begnügt man sich, wie es sein muß, mit der inneren Wahrscheinlichkeit, so ist das schwerwiegendste eine doppelte Erwägung.

Erstens, daß von den Geschäften, für welche der Typus der *In Jure Cessio* ausschließlich erfordert wird, kein einziges seiner Natur nach zum ältesten Rechtsbestand gehören wird; denn weder die Sklavenfreilassung, noch die *In Jure Cessio tutelae*, noch die Adoption, noch die Begründung der Personal- und Urbanalservituten können ältesten Rechtes sein.

Umgekehrt tragen von den Geschäften des Manzipationstypus die *Coemptio*, das zugewogene Darlehen und die Libralzahlung den Stempel der Ursprünglichkeit³ schon dadurch an sich, daß sie durch *In Jure Cessio* gar nicht ersetzt werden können, und die Manzipation, bei der letzteres allerdings der Fall ist, deutet schon durch ihren Namen „der Handgriff“ auf eine Zeit zurück, wo sie

² Bekanntlich hat man in neuerer Zeit öfter die Formeln der *Mancipatio* mit jenen der *In Jure Cessio* verglichen (so neuestens Schloßmann, *In Jure Cessio und Mancipatio* 1904; Stintzing, *Manzipatio* 1904, 10 f.; bei beiden Literaturangaben), und Schloßmann hat aus den Konkordanzen Schlüsse auf das beiderseitige Alter gezogen. Diese erscheinen mir aus den im Text angegebenen Gründen durchaus unzulässig. Vgl. auch A. 13.

³ Wenn ich hier und gelegentlich auch im folgenden von Ursprünglichkeit oder ältestem Rechtszustand spreche, so brauche ich wohl nicht zu bemerken, daß das nur relativ zu verstehen ist. Denn daß auch dem Geschäft *per aes et libram* in der Periode, die noch nicht einmal das Barrengeld kennt, sondern nur den Naturaltausch, irgend etwas anderes vorhergegangen sein muß, wenn es damals überhaupt schon eigentliche Rechtsgeschäfte gab, ist selbstverständlich. Zeiten, über die man nichts wissen kann, bleiben aber gänzlich außer Betracht. Nur das möchte ich bemerken, daß nichts entgegensteht, etwa dem alten (Nexums-)Darlehen eine Periode der Darlehnsaufnahme mit Geiseln vorausgegangen zu denken (vgl. Festschr. f. Bekker 116 f.).

nur auf bewegliche Sachen anwendbar war⁴ und ist demnach schon lange vor Entstehung des Immobiliareigentums, also gleichfalls in sehr früher Zeit in Geltung gewesen⁵.

Nicht minder fällt ins Gewicht, daß, wo etwa beide Typen konkurrieren, wie bei der Eigentumsübertragung, das Libralgeschäft Realgeschäft ist —barer Kauf—, wie das Leben es nicht entbehren kann und täglich erzeugt, während die In Jure Cessio künstlich eine Seite davon abspaltet und für die Zahlung des Kaufpreises keinen Raum bietet.

Demgemäß sind die Gesta per aes et libram mit großer Wahrscheinlichkeit für den älteren Typus anzusehen.

A. Die Gesta per aes et libram.

Libralakte. Die Rechtsakte, welche man unter dem Namen der Libralakte zusammenzufassen pflegt (gesta per aes et libram), sind ihrem Ursprung nach durchaus naturwüchsig. Beim liberalen Darlehen sowohl wie bei der Mancipatio (welcher Begriff auch die Coemptio in sich schließt), ist die Form ursprünglich gar nicht Form, sondern lediglich die naturgemäße Ausprägung des Inhalts; sie ist von selbst gegeben in einer Zeit, welche das Geld noch nicht zählen, sondern nur wägen kann. Die zugezogenen Zeugen aber sind notwendig um der Beweisbarkeit willen⁶. Demnach sind die Formen hier reine Realformen; was immer man sonst von der „publizistischen“ Natur gesagt hat, welche diese Akte durch die Zeugenziehung erlangen sollen, ist Phantasiegebilde⁷.

Wenn irgend ein Element an diesen Rechtsgeschäften als formal bezeichnet werden darf, so ist es höchstens das, daß die Parteien oder, richtiger gesagt, eine derselben den Inhalt des Geschäfts mit ausdrücklicher Rede verlautbaren muß.

⁴ Dies ist längst bekannt und besonders von Mommsen, z. B. Röm. Gesch. 1⁸, 150 u. ö. betont worden; nicht überzeugende Polemik dagegen bei Schloßmann a. O. 4 A. 3.

⁵ Ob die Annahme von Leist (alt. Jus gent. 149 ff.; Jus civ. 1, 159, 169; 2, 163), welcher diesen Handgriff für ältestes gemeinarisches Recht erklärt, das Richtige trifft, wird man vorsichtig dahingestellt sein lassen (vgl. oben S. 11); aber auf den naiv-volkstümlichen Charakter dieser Form werfen die von ihm vorgeführten Parallelen ein helles Licht.

⁶ Bei letzterem Punkt muß man sich allerdings erinnern, daß, da das alte Recht häufig, ja sogar zumeist, einer formalen Beweistheorie huldigt, die Zeugenziehung nicht bloß aus Opportunitätsgründen, sondern aus rechtlicher Notwendigkeit erfolgt, und darum der Beweiszuge von selbst Solennitätszeuge wird. Vgl. hierzu Schloßmann, Altröm. Schuldrecht 94—109.

⁷ Vgl. meine Ausführungen Z. Sav.St. 22, 98—100.

Dieses letztere entspricht uralter römischer Sitte, welche auf bestimmte wörtliche Kundgebung des Parteiwillens dringt. Die ausdrückliche Rede scheinen die Zwölftafeln beim Sühnevertrag zu fordern⁸; der Magistrat, welcher sich für die Erfüllung publizistischer Kontrakte Bürgen stellen läßt, fragt: „Praes es?“ und erhält die Antwort „Praes (sum)“⁹, und letzteres hat sich so eingebürgert, daß, wie Plautus zeigt, selbst bei den formlosen Geschäften des *Jus Gentium* die Präzisierung der Parteienvereinbarung durch ausdrückliche Frage und Antwort (*haec res esto mihi emta? habes licet*) vorkam¹⁰. Dabei ist allerdings sofort zu bemerken, daß diese Wortformen im Lauf der Zeit, ja wahrscheinlich schon früh, den Charakter abstrakter Wirkungskraft erlangt haben, in dem Sinn, daß ihr Gebrauch allein, selbst bei Mangel reeller Leistung, die Wirkungen des Geschäfts erzeugte; von diesem Punkt wird alsbald noch zu sprechen sein¹¹.

Natürlich ist die definitive Gestalt, welche diese Geschäfte oder — da wir über das Darlehen nichts Näheres wissen — die Formen der *Manzipation* und der *Solutio per aes et libram* erhalten haben, das Produkt eines Prozesses, dessen Dauer wir nicht ermessen können. Ein solches Entwicklungsprodukt muß insbesondere die bestimmte Zeugenzahl sein; es ist selbstverständlich, daß die Entscheidung für bestimmte Zahlen erst den Abschluß eines Stadiums bildet, wo zwar das Prinzip der Zeugenziehung gilt, aber eine unbestimmte Zahl genügt. Die Höhe der Zahl mag durch ein uns unbekanntes Gesetz — es können die Zwölftafeln selbst sein, aber auch an irgendwelche ältere Satzungen läßt sich denken — oder auch durch die Praxis der Zensoren fixiert worden sein, wenn etwa diese zum Nachweis des Besitzes den Erwerb vor einer bestimmten Anzahl von Zeugen verlangten¹². — Schwieriger ist es, über die Herkunft der obligaten Wortformeln ein Urteil auszusprechen; man wird sie wohl am besten auf den Einfluß des Pontifikats zurückführen, nicht auf bloße Gewohnheit, welche so präzise Formeln unnötig erzeugen konnte und wird vielleicht

⁸ Prisc. de art. gramm. 10, 5, 32; cf. ad Herenn. 2, 13, 20. Der Wortlaut ersterer Stelle ist allerdings in verderbter Form überliefert. Man stellt ihn meistens in der Form her: „Rem ubi pacunt, orato“, und wenn dies auch nicht wörtlich richtig sein mag, dürfte es doch dem Sinn nach gerechtfertigt sein.

⁹ Fest. v. Praes.

¹⁰ Plaut. Epidic. 3, 4, 35.

¹¹ Unten S. 262. Ihering, Entwickl.Gesch. 120 f.

¹² Vgl. Mommsen, St.R. 2, 1, 391.

geradezu irgendwelche öffentlich proponierte Pontifikalsatzung annehmen, welche sie vorgeschrieben hat.

Jedenfalls aber ist aus der Fassung der uns überlieferten Wortformeln nichts gegen das urzeitliche Alter der Libralgeschäfte selbst zu erschließen¹³. Gewiss ist es möglich, daß in der Manzipationsformel „hanc rem meam esse aio ex jure Quiritium — eaque mihi emta est(o) hoc aere aeneaque libra“ die zweite unsymmetrisch konstruierte Hälfte einen erst nachträglich erfolgten Zusatz zu dem ursprünglichen Formular darstellt¹⁴. Aber daraus, daß dann dieses — nämlich die Worte „hanc rem meam esse aio e. j. Q.“ — mit der Spruchformel der In Jure Cessio genau übereinstimmt, kann keineswegs gefolgert werden, daß darum die Mancipatio das jüngere und nachgebildete Geschäft sein müsse. Der Spruch ist vielmehr so einfach und natürlich, daß die Übereinstimmung gar nichts schliessen läßt^{14a}; und selbst wenn er der In Jure Cessio entlehnt sein sollte, so wäre damit doch nicht das geringere Alter der Manzipation selbst bewiesen, sondern nur das ihres Spruchs.

Der im bisherigen entwickelte realistische Charakter des Libralgeschäfts hatte allerdings von vornherein eine begrenzte Lebensfähigkeit, da das Geschäft auf dem Mangel gemünzten Geldes beruhte. Mit der Einführung des letzteren war diese Geschäftsform sofort gesprengt, weil für die Zahlung des Münzgeldes innerhalb derselben kein Raum war. Es lagen nun zwei Möglichkeiten vor: entweder mußte das librale Geschäft verschwinden und neu zu schaffenden Formen resp. dem Prinzip der Formlosigkeit Platz machen; oder es wurde aufrechterhalten, aber in seinem Charakter verändert.

Nach Einführung
des Münz-
prägung.

Der römische Konservatismus hat bekanntlich auch hier das Hergebrachte nicht aufgegeben; die bisherigen Libralgeschäfte

¹³ Oben zu A. 2.

¹⁴ Zur Erklärung liesse sich daran denken, daß er angehängt worden sei, um den Satz der Zwölftafeln, wonach ohne Preiszahlung das Eigentum der gekauften Sache nicht übergeht, durch die solenne, wenngleich nach Umständen fiktive Konstatierung der Zahlung unschädlich zu machen (oben S. 186 A. 73 und unten S. 264); so schon Heineccius zitiert bei Exner, Tradition 346. Im ganzen vgl. Ihering, Geist 2⁴, 541 f. (anders die erste Aufl.); Bechmann, Kauf 1, 99 f.; Karlowa, R.G. 2, 368 f. u. a. Eine Parallele bietet das ägyptische Recht; Revillout, Les obligations en droit Égyptien, 4^{me} leçon. — Natürlich mußte in solchen Fällen der Kaufpreis gleichzeitig durch Formalkontrakt (Stipulation oder Nexum) versprochen werden.

^{14a} Vgl. jetzt auch Wlassak, Z. Sav.St. 28, 74.

wurden als „imaginäre“¹⁵ beibehalten. Bei der Manzipation hat dies dahin geführt, daß sie zu einer abstrakten Eigentumsübertragung wurde, indem die ursprünglich im Libralakt enthaltene Barbezahlung nun aus dem Rahmen derselben hinausfiel. Dies ist so zweifellos, daß die näheré Darstellung an dieser Stelle kein Interesse bietet. Wichtiger ist es für die Geschichte der Formen, die weniger durchsichtige Entwicklung beim liberalen Darlehen und der liberalen Zahlung zu betrachten.

Auch bei ihnen ist wohl zunächst an der Notwendigkeit der bisherigen Form festgehalten worden; das heißt formloses Darlehen und formlose Schuldtilgung sind nicht alsbald anerkannt worden. Wir sind zwar über das Darlehen in dieser Beziehung sehr wenig unterrichtet; doch spricht der Umstand, daß noch Qu. Mucius und die Gewährsmänner des Festus¹⁶ ein librales Darlehen in der Erinnerung zu haben scheinen, für seinen Fortbestand, da jene Tradition bei einem seit Jahrhunderten obsoleten Institut kaum begreiflich wäre. Immerhin aber ist diese Darlehensform noch lange vor Ausgang des Freistaats und bedeutend früher als die librale Zahlung verschwunden, was sich wohl dadurch erklärt, daß sie von der bequemeren Stipulation und Expensilation verdrängt wurde¹⁷. — Für die fortdauernde Lebenskraft der Solutio per aes

¹⁵ Gai. 1, 113; 3, 173. Mit dem Scheingeschäft, womit Ihering es zusammengestellt hat (Geist⁴ 2, 528 f.; 3, 283), hat das imaginäre nichts zu tun; einen großen Fortschritt gegenüber dieser durchaus verfehlten Betrachtungsweise bedeuten schon die Unterscheidungen von Bechmann, Kauf 1, 169 f., und noch schärfer jetzt Rabel, Z. Sav.St. 27, 290 f. Das imaginäre Geschäft heißt nicht deshalb so, weil man den Schein eines wirklichen erzeugen wollte, sondern weil es (infolge eines historischen Prozesses) die Formen des realen an sich trägt, also sein Abbild ist. — Mit ihm ist nicht zu verwechseln die „*dicis causa*“ vorgenommene Handlung (Beispiele bei Gai. 1, 141, 190; 2, 103, 252; D. 13, 6, 4; 29, 5, 1, 34; 26, 6, 2, 1). *Dicis causa* geschieht, was nicht um seiner selbst willen, sondern zur Erzielung eines anderen Erfolgs oder Abwendung einer üblen Rechtsfolge geschieht und dabei auch seine eigene normale Bedeutung nicht entwickelt, also das „*pro forma*“ geschehende. (Über die Etymologie Rabel a. O. 307; an Liter. bes. Bechmann a. O. 177; Rabel 307—309 u. Zitt.) *Dicis causa* kann auch ein imaginäres Geschäft vorgenommen werden, aber ebensogut jedes andere, selbst eine tatsächliche Handlung (D. 29, 5, 1, 34); der Ausdruck bezeichnet nicht sowohl den typischen Charakter eines Geschäfts als seine Beziehung zu einer gegebenen Situation.

¹⁶ Fest. v. Nexum u. Nexum aes; Varro de l. l. 7, 105.

¹⁷ Die lex Poetelia erklärt natürlich das Verschwinden des liberalen Darlehens nicht, selbst nicht für diejenigen, die noch an das exekutive Nexum glauben; denn auch in diesem Fall würde das Gesetz dem Geschäft nur die Exekutivkraft, nicht aber seine sonstige Verwendbarkeit genommen haben.

et libram dagegen haben wir wenigstens ein positives Zeugnis¹⁸; wir könnten sie aber auch indirekt mit Sicherheit daraus erschließen, daß noch in der Kaiserzeit mindestens denaturierte Reste derselben erhalten sind¹⁹.

Demgemäß hat das Prinzip, daß die formlose Geldzahlung zur Begründung (Darlehen) oder Lösung von Verbindlichkeiten genügt, sich erst lange nach Einführung des gemünzten Geldes durchgerungen; und dieser Widerstand des formalen Elements ist ein Ausdruck des bereits oben (S. 258 f.) bezeichneten Grundsatzes, wonach neben dem reell Geschehenden noch eine förmliche Verlautbarung dieses Geschehens durch bestimmte Worte verlangt wird.

Steigerung
des
formalen
Elements.

Aber dieses Verlautbarungsprinzip tritt uns sogar noch in gesteigerter Bedeutung entgegen, nämlich so, daß nicht bloß der bloße Realakt ohne die formale Verlautbarung wirkungslos ist, sondern daß darüber hinaus in diese letztere das eigentliche Schwergewicht des Geschäfts verlegt wird, so daß sie auch ohne Begleitung des Realakts die Rechtswirkungen herbeizuführen vermag. Natürlich liegt hierin kein Widerspruch zu dem an die Spitze dieser Ausführungen gestellten Gedanken, daß das älteste Libralgeschäft vom reellen Geschehen seinen Ausgang genommen hat; vielmehr ist hier lediglich ein Element dieses Realakts künstlich gesteigert worden.

Seit wann diese Potenzierung des formalen Elements eingetreten ist, die wir übrigens bei der Dürftigkeit unserer Überlieferung nur für die *Solutio per aes et libram*, nicht auch für das librale Darlehen nachzuweisen vermögen, das entzieht sich unserer Kenntnis. Es ist auch möglich, daß sie nicht mit einem Schlag anerkannt worden ist, sondern ein Übergangsstadium vorhanden war, in welchem der Formalakt, um wirksam zu sein, von einer scheinhaften Zahlung reeller Valuta begleitet sein mußte, nämlich so, daß z. B. bei einer nur zu Erlaszwecken gemeinten *Solutio p. a. et l.* die zu zahlende Summe dem Gläubiger *dicis*

¹⁸ Nämlich die bekannte Stelle des Livius 6, 14, 5: (M. Manlius) *rem creditori palam populo solvit libraque et aere liberatum emittit*. Sie bezieht sich nominell auf das Jahr 385, aber, da die Einzelheiten des Berichts schwerlich auf alter Überlieferung beruhen, dürfte daraus mindestens zu schließen sein, daß noch den unmittelbaren Gewährsmännern des Livius eine reelle Zahlung *per aes et libram* bekannt war.

¹⁹ Gai. 3, 173 ff.

gratia gegen sofortige Rückgabe auf einen Moment übereignet wurde²⁰, bis schliesslich diese Formalität abstarb.

Letzteres ist jedenfalls zur Zeit des Gaius der Fall²¹. Als sicher kann ferner gelten, daß Libralakte ohne effektive Hingabe schon hoch in die republikanische Zeit hinaufreichen, wobei für diese Periode nur fraglich bleibt, ob die eben geschilderte scheinbare Zahlung gemünzten Geldes dabei vorkam oder nicht; mit dieser Latitute dürfen wir die nicht effektiven Libralakte schon für die Zeit der *lex Aquilia*²² als vorhanden ansehen. Wie

²⁰ Diese Idee wird angeregt durch zwei, merkwürdigerweise noch dazu beide in möglicher Nachbarschaft mit der *Nexi liberatio* stehende Stellen des klassischen Rechts, die von Scheinzahlung sprechen. Freilich ist sie, da diese Stellen, wie in der folgenden Anmerkung zu zeigen, in Wahrheit einen andern Sinn haben müssen, jedenfalls ohne direkten Anhalt; sie ist mir auch nicht sympathisch. Aber ich möchte sie nicht unerwähnt lassen.

²¹ Daß die diametral entgegengesetzte Behauptung von Schloßmann, Altröm. Schuldrecht 122 f., wonach die Befreiung durch *Solutio per aes et libram* noch zu Gajus' Zeit ohne konkurrierende Barzahlung unmöglich war, unhaltbar ist, scheint mir weiterer Ausführung nicht zu bedürfen.

Unzulässig wäre aber für diese Zeit auch der Versuch, sie etwa mit der Modifikation aufrechtzuerhalten, daß man im Erlaßfall das Geld auf sofortige Rückgabe *dicis gratia* bezahlte, und zu meinen, daß der bei Marcellus in seinem (das *Damnationslegat* behandelnden) 13. Buch der *Digesten* (D. 46, 3, 67) referierte Ausspruch des Servius auf derartige Vorgänge abzielt, wonach man mit zehnmaliger Hin- und Wiederzahlung von 10 eine Schuld von 100 tilgt; (vgl. auch Gai. D. 13, 6, 4: *saepe enim ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant*; dazu die Bemerkung von Lenel, Pal. zu Gai. 511). Mir erscheint das ausgeschlossen durch Gai. 3, 174, der von dieser Scheinzahlung nichts weiß, und sie doch nicht übergehen durfte, wenn sie erfordert wurde. Ja selbst für die Zeit Ciceros halte ich diesen Rechtszustand für ganz unmöglich wegen *de leg.* 2, 21, 53: der dort angestrebte Erfolg würde gerade verdorben, wenn bei der *Nexi liberatio* eine (Schein-)Zahlung vorkäme. Auch berichtet Marcell. a. O., die Gültigkeit einer Scheinzahlung sei schon zu Servius' Zeit bestritten gewesen — wie war das möglich, wenn sie bei der *Nexi liberatio* noch wesentlich war? Auch ist es gar nicht auffallend, daß Marcell und Gaius die Scheinzahlung beide im Zusammenhang einer Materie behandeln, wo *Nexi liberatio* vorkommen konnte (denn auch Gai. l. c. kann mit der *Sponsionsbürgschaft* zusammenhängen, bei welcher *Nexi liberatio* zulässig gewesen sein wird [unten S. 275]). Für Marcell konnte die Frage die sein, ob man sich durch Scheinzahlung ohne *Nexi liberatio* vom *Damnationslegat* befreien, also letztere ersparen kann (um so wichtiger, als *Akzeptilatio* hier nicht zulässig ist); für Gaius, ob der Sponsor durch eine Scheinzahlung die *A° depensi* erwirbt.

²² Denn diese kennt eine *Akzeptilatio* ohne Effektivzahlung (im zweiten Kapitel), und es ist nicht zu bezweifeln, daß die fiktive *Sol. p. a. et l.* ebenso alt sein wird. Zu bemerken ist, daß wir auch von jener *Akzeptilatio* nicht

weit sie noch über diese Zeit zurückreichen, muß offenbleiben; (denkbar ist es sogar, daß sie schon in der Zeit vor der Münzprägung anerkannt waren). — Wir würden darüber klarer sehen, wenn wir wüßten, in welcher Form damals verzinsliche Darlehen gegeben würden. Geschah dies, was sehr wohl möglich ist, nicht durch eine der liberalen Spruchform angehängte Verzinsungsklausel, sondern in der Form eines fiktiven Kapitalzuschlags, so wäre die Existenz von fiktiven Zuwägungen schon für jene Zeit gegeben. Damit würde es sich auch sehr gut vertragen anzunehmen, daß im Manzipationsspruch die Worte „*aeque mihi emta est(o) hoc aere aeneaque libra*“ gerade zu dem Zweck und mit der Wirkung eingeschaltet worden seien, den Zwölftafelsatz über die gesetzliche Suspension des Eigentumsübergangs bis zur Preiszahlung, welcher den Erwerber mit dem Beweis der Zahlung in unangenehmer Weise belastete, zu paralysieren. Auch in diesen Worten läge dann eine bindende Fiktion. Immerhin bleibt hier alles hypothetisch. Ebenso wenig wissen wir, ob, wenn solche fiktive Zuwägungen damals schon vorkamen, ihre Anerkennung durch das sakrale Prinzip „*in sacris simulata pro veris accipiuntur*“ beeinflusst war. Es muß genügen hier die Möglichkeiten festgestellt zu haben.

Resultate. Als bisheriges Resultat hat sich ergeben:

1. Es hat eine Zeit gegeben, wo die formlose Zahlung nicht wirksam war, sondern von einem Libralakt begleitet sein mußte.

2. Die Libralform hat außerdem abstrakte Kraft angenommen, wobei die Entwicklungsstadien im einzelnen nicht ersichtlich sind.

Es läßt sich daran noch ein dritter Gesichtspunkt anreihen:

Ist zu der Zeit, wo einerseits der Libralakt die Höhe der Abstraktion erreicht hat, d. h., wo er nicht einmal von der, wie übrigens gesagt, fragwürdigen, scheinbaren Zahlung (mit sofortiger Rückgabe) begleitet zu sein braucht, und wo andererseits auch die formlose Zahlung als wirksam anerkannt wird, überhaupt noch Konkurrenz von effektiver Zahlung und *Solutio per aes et libram* möglich, oder schliessen sie sich aus?

An sich wäre letzteres das juristisch Konsequentere; ist nämlich die formlose Zahlung wirksam, so gibt es hinter ihr für den Akt mit Erz und Wage keinen Gegenstand mehr, und umgekehrt,

wissen, ob sie nicht damals noch von Scheinzahlung begleitet war. Glaubhaft ist es für sie noch viel weniger als für die *Sol. p. a. et l.*, weil der korrespondierende Stipulationsakt sicher mit einer fingierten Hinzahlung nie etwas zu tun gehabt hat.

hat letzterer an sich die Kraft der Schuldbefreiung, so ist die folgende Zahlung gegenstandslos und kann kondiziert werden. Wir sind jedoch hier von direkten Zeugnissen gänzlich verlassen und können nur aus der Analogie der Akzeptilation Schlüsse ziehen, welche die gleiche abstrakte Kraft besitzt²³. Für diese aber ist es das weitaus Wahrscheinlichere, daß sie trotz vollkommen erlangter abstrakter Kraft mit einer nebenherlaufenden Effektivzahlung durchaus vereinbar war, daß sie also nicht bloß als verbaler, sondern auch als gemischt real-verbaler Vertrag vorkommen konnte²⁴.

²³ Eine Tatsache, welche, nebstbei bemerkt, die ganze Entwicklung der Korrealitätslehre in maßgebender Weise bedingt hat. Der Satz, daß jeder Korrealgläubiger das Recht hat, die gemeinschaftliche Forderung zu akzeptieren — auffallend, weil dem Wesen des gemeinsamen Forderns durchaus zuwiderlaufend —, erklärt sich, wie schon Fitting erkannt hat, einfach daraus, daß der Begleitspruch der Zahlung selbständig befreiende Kraft hat. Daß man daran auch später nicht hat zweifeln, d. h. nicht hat versuchen können, die von einem Korrealgläubiger ausgehende Akzeptilation als nichtig oder als bloß subjektiv wirksam zu behandeln ist, was auch von Fitting und noch heute immer übersehen wird, einfach schon aus dem zweiten Kapitel des Aquilischen Gesetzes zu erklären; denn dort stand ausdrücklich (Gai. 3, 215), daß die Akzeptilation durch den Adstipulator auch das Recht des ersten Gläubigers tilgt. In diesem Gesetz also hat der Akzeptilationsformalismus seine feste Burg gehabt und war der freien Entwicklung der Weg künstlich verschlossen. Daß dies, nebst der Gesamtwirkung der *Litiscontestatio*, einer der maßgebenden Gründe war, auch in den anderen Punkten die objektive Einheit der Korrealobligation anzunehmen, steht deutlich bei *Venulej. D. 46, 2, 31, 1*. Es ist also lediglich der Formalismus der Rechtsgeschäfte, welcher hier das Dogma von der Einheit der Obligation erzeugt hat; wo dieser nicht platzgreift, wie bei der Quasikorrealforderung von *Argentarii socii*, haben die Römer an Einheit der Obligation nie gedacht (*D. 2, 14, 27 pr.*). Bei dogmatisch richtiger Behandlung der Quellen wäre für das gemeine Recht das Schema dieser jüngeren Korrealität zugrunde zu legen gewesen, nicht das der älteren, das nur auf die Formalkontrakte (*rei stipulandi*) zugeschnitten ist, und gegen welches ich schon damals (Individualisierung der Oblig. S. 100 ff.), natürlich vergeblich, protestiert habe. — Die vorstehende Ausführung würde selbst für den (unwahrscheinlichen) Fall bestehen bleiben, daß bei Erlaß des Aquilischen Gesetzes noch eine Scheinzahlung neben der Akzeptilation herging (vgl. *Ann. 22*); denn da diese jedenfalls früh abgestorben sein müßte, müßte das Gesetz später auf die vollkommen abstrakte Akzeptilation bezogen werden.

²⁴ Letzteres ist gegen die überwiegend verbreitete Meinung (vgl. Girard, *Man.*⁴ 712) wieder bestritten worden von Frese, *Z. Sav.St.* 18, 242—250, woselbst Literaturangaben. Eine Unterstützung erhält die — direkt nicht bewiesene — herrschende Meinung jetzt durch *P. Lond.* 470 (*Kenyon* 2 p. 212); wo Akzeptilation und Realzahlung zusammentreffen scheinen, vgl. meine *Bem. Z. Sav.St.* 25, 375 f. Allerdings ist nicht bestimmt gesagt, daß die in *lin. 7* erwähnte *περλοσας* durch Akzeptilatio erfolgte, und ich übersehe nicht

Wahrscheinlich hat es bei der *Solutio p. a. et l.* ebenso gestanden²⁶.

B. Verhältnis der *Gesta per aes et libram* zur Stipulation und Akzeptilation.

In den vorstehenden Ausführungen ist angenommen worden, daß die Geschäfte mit *Erz* und *Wage* höchsten Alters und älter sind als die *Injurecessio*. Außerdem wurde betont, daß sie ihrem ursprünglichen Charakter nach *Realgeschäfte* sind, das heißt solche, welche einen wirtschaftlichen Vorgang in sich schliessen und verkörpern.

Um die Tragweite dieser Annahmen vollkommen klarzustellen, ist es jedoch noch erforderlich, über die ursprüngliche Bedeutung des Stipulationskontrakts eine Meinung zu gewinnen. Es bietet kein klares Bild, wenn man, wie ausnahmslos geschieht, neben jenen ursprünglichen Geschäften noch einen weiteren Typus annimmt, wie die Stipulation, ohne daß man sein Verhältnis zu jenen vollkommen präzise formuliert.

Denn da die Stipulation, oder genauer gesagt, die *Sponsio* — da in der ältesten Zeit unzweifelhaft das Stichwort „*spondespondeo*“ das allein zulässige gewesen ist²⁶ — einen reinen Formalkontrakt darstellt, das heißt keine wirtschaftliche Bewegung verkörpert, wäre es wenig durchsichtig, wenn, wie man wohl gewöhnlich annimmt, für die gleichen rechtlichen Zwecke zwei ganz heterogene Rechtsformen entwickelt sein sollten, nämlich das durchaus reale *Libralgeschäft* und die formale *Sponsio*. Es würde dies nicht bloß einen kaum begreiflichen Überfluß an Rechtsbildungen bedeuten, sondern vor allem jedes klare Entwicklungsprinzip vermissen lassen.

Frage nach dem Anwendungsgebiet der Stipulation.

Wohl von der Empfindung dessen veranlaßt, haben denn auch manche, freilich nur wenige²⁷, Schriftsteller ein spezifisches An-

daß auch bei bloßer Beweisquittung gelegentlich ein *Tutor mulieris* überflüssigerweise vorkommt (P. Lond. 2 n. 178 Ken. p. 207); aber die Worte *κατά τὸν νόμον τῶν Ῥωμαίων*, welche wohl am besten auf *περλευσούσης* bezogen werden (nicht auf das vorhergehende *κύριος*), sprechen dafür, daß formale Befreiung vorlag und der *Tutor* dieser Stelle eben im Sinn von *Gai. 3, 171* figurierte.

²⁶ Vgl. auch über die verwandte Frage des obligatorischen *Real-Verbalkontrakts* Pernice, *Z. Sav. St.* 13, 258.

²⁸ Vgl. *Gai. 3, 93*.

²⁷ Die Meisten begnügen sich, den Zusammenhang der *Sponsio* mit irgend einem sakralen Vorgang (dagegen oben S. 27 A. 10 sowie meine in A. 32

wendungsgebiet der Sponsio oder Stipulatio gesucht. Aber gerade bei ihnen tritt es deutlich hervor, wie wenig es möglich ist, für diese Kontraktform neben den Libralakten noch ein selbständiges materielles Anwendungsgebiet ausfindig zu machen. So hat man, da das Geldgeschäft bereits durch die Libralakte gedeckt erschien, ihr die Funktion eines Getreidegeschäfts zugewiesen²⁸, als ob die altrömischen Bauern den Terminhandel betrieben hätten; in neuester Zeit hat man sie für ein Mittel erklärt, Kollekten zu veranstalten (?)²⁹. Andere scheinen wieder daran zu denken, daß die Sponsion ursprünglich bloß der familienrechtliche Verlöbnißvertrag gewesen ist, der zu irgend einer Zeit im geschäftlichen Verkehr nachgebildet wurde, während doch eine solche bewufte Nachbildung familienrechtlicher Geschäfte im vermögensrechtlichen Verkehr beispiellos wäre und umgekehrt die vergleichende Rechtswissenschaft zeigt, daß bei andern Völkern Verlobung und vermögensrechtlicher Formalvertrag schon von Haus aus die gleichen Rechtsformen an sich tragen³⁰, also wohl Parallelbildungen, nicht aber Sukzessivbildungen das an sich Wahrscheinliche sind.

Die Erkenntnis, daß es unmöglich ist, für die Sponsio-Stipulatio noch neben den Libralakten einen spezifischen Gegenstand ihrer Anwendung zu finden, hat mich schon lange zu der Überzeugung geführt, daß sie einen solchen nicht gehabt haben kann, vielmehr ursprünglich der Bekräftigung anderweitiger Vorgänge gedient haben mag. Liegt es ja doch eigentlich in der Natur des

Ursprünglich allgemeines Bestärkungsmittel.

genannte Schrift S. 110 f.) zu behaupten, ohne nach ihrem Anwendungsgebiet weiter zu fragen. Es gibt übrigens eine Gruppe von Schriftstellern, welche dieser Frage für die Urzeit allerdings enthoben waren; das sind jene, welche die Entstehung der Stipulation erst in eine spätere Zeit setzten, wie z. B. Savigny, Syst. 5, 538 f., der sie für ein bloßes Überbleibsel des Nexum erklärt, oder Voigt, J. N. 2, 228 f., welcher Rezeption aus dem latinischen Recht durch die lex Silia annimmt und sich vorstellt, daß die Stipulation eine Erleichterung der schwerfälligen älteren Geschäftsformen bezweckte. Gegen Savigny ist nur zu erinnern, daß die Formen der Stipulation und des Nexum konträr entgegengesetzt sind, wodurch jedes Filiationsverhältnis ausgeschlossen ist. Voigts Annahme einer Entlehnung aus dem latinischen Recht aber ist deshalb unmöglich, weil bei der Rechtsverwandtschaft zwischen Römern und Latinern letztere gewiß keine naturwüchsigen Vertragsformen gehabt haben, die bei den Römern gefehlt hätten; mit solchen Aufstellungen werden die Probleme nicht gefördert, sondern nur verschoben.

²⁸ Huschke, Nexum 99 f. (vgl. auch Verf. des Servius Tullius 132 f.).

²⁹ Schloßmann, Rhein. Mus. f. Philolog. N. F. 54, 346 f., bes 364—8.

³⁰ Vgl. Heusler, Inst. 2, 283; Schröder, Deutsche R.Gesch. 4 273, 299.

Formalakts, daß er sich stets nur an anderweitige kausale Vorgänge anschließen kann³¹.

Hinweis
auf die
Rechtsver-
gleichung.

Bestimmte Beweise werden wir hier für das römische Recht bei dem tiefen Dunkel, welches die maßgebenden Zeiten umhüllt, voraussichtlich nie erlangen. Aber die Zukunft gehört auch hier einer Auffassung, welche auf jede Verwendung der wert- und gedankenlosen etymologischen Phantasien der römischen Grammatiker oder Scholiasten verzichtet und dafür den durch die vergleichende Rechtswissenschaft vorgezeichneten Gesetzen Rechnung zu tragen sucht.

Diese aber weisen darauf hin, daß die ältesten Formalverträge aus Pfandsetzungen oder Geiselstellungen hervorzugehen pflegen, welche für die Erfüllung einer — dabei für den eigentlichen Beteiligten unverbindlich bleibenden — Zusage vollzogen werden³².

Das Gebiet solcher Zusagen bildet zunächst der Prozeß, am frühesten wohl der Deliktsprozeß. Hier werden für die Bezahlung der vereinbarten, aber vom Schuldigen nicht sofort aufzubringenden Kompositionssumme Geiseln gestellt. Aber auch sonst gibt der Zivil- und Strafprozeß Anlaß dafür, daß der Beklagte, sei es nun für sein Erscheinen in einem zukünftigen Termin, sei es für die Erfüllung des zu gewärtigenden Urteilsspruchs Zusage leistet, d. h. Pfänder oder Geiseln stellt.

Auch dem aufsergerichtlichen Verkehr pflegt der gleiche Vorgang nach Ausweis der Rechtsvergleichung nicht fremd zu bleiben. So kann es selbst beim Kauf, obwohl er an sich in jenen Zeiten

³¹ Eigentlich liegt dieser Gedanke schon der bekannten Stelle des Paulus sent. 5, 7, 1 zu Grunde: „Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum sollemnitate concipiuntur, et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur; stipulum enim veteres firmum appellaverunt.“ Zwar hat Paulus von der Entstehung unserer Kontraktsform so wenig gewußt wie wir; aber auch bei ihm tritt der durch die Natur der Stipulation von selbst gegebene Gedanke hervor, daß diese nur ein Bekräftigungsmittel von ganz allgemeinem Charakter ist. — Auf die Etymologie der Worte Sponsio und Stipulatio trete ich im übrigen nicht ein; sie ist jedenfalls so unbestimmt, daß sie dem im nachfolgenden Gesagten nicht entgegensteht.

³² Die nachstehende Vermutung über die Herkunft der Stipulation aus Prozeßkautionen habe ich schon Z. Sav.St. 22, 97 kurz ausgesprochen und in meiner Abhandlung „über die Herkunft der Stipulation“ (Festschrift für E. J. Bekker 1907 S. 109 f.) näher ausgeführt, auf welche ich hiermit verweise. Dasselbst finden sich für die einzelnen im Text angeführten Tatsachen die vollständigen Belege.

Bargeschäft ist, doch dazu kommen, daß der Käufer eine Garantie für die Gewährschaft verlangt; auch diese wird in der oben bezeichneten Weise geleistet, wenngleich solche Wadiation für bloß eventuelle Verbindlichkeiten oft erst einem späteren Stadium angehört. Garantiezusagen werden dann auch bei andern Vorkommnissen erforderlich; man denke an Erbteilung u. dgl. Ja das deutsche Recht scheint zu zeigen, daß auch für die Einhaltung des Verlöbnisses in der gleichen Weise wie für die Zahlung gerichtlicher Kompositionsgelder und anderes Sicherheit gegeben wird (vgl. A. 30).

Das Charakteristische dieser Sicherheitsleistung ist immer, daß die Stellung der Kautio — Pfand oder Geiseln — jede Verpflichtung des eigentlichen Beteiligten ausschließt: es kommt für ihn zu keiner persönlichen Haftung. Vielmehr steht die Sache so, daß, wo er — etwa kraft begangenen Delikts — an sich haftbar war, die Kautionsstellung für die Kompositionssumme der Zahlung gleichsteht. Wo dagegen eine Haftung erst durch die Kautio begründet werden soll, trifft sie nur das Pfand oder die Bürgen, während der Geber der Garantie frei ausgeht.

Erst in einem späteren Stadium pflegt es dazu zu kommen, daß dieser die Funktion eines Bürgen für sich selbst mit übernimmt und in dieser Form, aber eben auch nur in dieser, haftbar wird (Selbstbürgschaft).

Im weiteren geschichtlichen Verlauf dreht sich dann das Verhältnis um und entwickelt sich, indem die Selbstbürgschaft allmählich alltäglich wird und gleichzeitig zu einem allgemeinen Treuversprechen verblasst, der Gedanke, daß das Treuversprechen als solches den versprechenden und nunmehrigen (Haupt-)Schuldner verpflichtet; daran schließt sich von selbst die Umbildung von Bürgschaft und Pfandrecht zu bloß akzessorischen Haftungsverhältnissen.

Mit dem bisher Geschilderten steht nun das Bild, welches die römische Sponsio-Stipulatio noch in geschichtlicher Zeit zeigt, in mehreren Beziehungen in auffallendem Einklang.

Auch bei der römischen Sponsio ist ein untrennbarer Zusammenhang mit der Bürgschaft nicht zu verkennen.

Ich erinnere hier an eine Tatsache, welche für die Erkenntnis des Entwicklungsgangs wohl die fundamentalste ist: Der römische Bürge heißt Sponsor: sein Name ist also nicht nach irgend einer Hilfstätigkeit gebildet, die er neben dem Schuldner entwickeln würde, sondern dieser Name verweist darauf, daß das Institut der

Zu-
sammen-
hang vom
Sponsio
und Bürg-
schaft.

Sponsio mit dem der Bürgschaft genetisch zusammenhängt. Sponsio und Bürgschaft sind ursprünglich eines.

Die Sponsio ist also notwendig ein kautionaler Vertrag.

Aber mehr als das. Der Name Sponsor ist nur dem Bürgen eigen. Zwar heißt auch die Tätigkeit des Hauptschuldners Spondere, aber niemals wird er Sponsor genannt. Diese merkwürdige Erscheinung, wonach das Nomen agentis zum Verbum Spondere nur für den Bürgen technisch ist, deutet auf eine Zeit zurück, wo die Tätigkeit selbst nur dem Bürgen, noch nicht dem Hauptschuldner zukam. Dieser Bürge wäre also Geisel gewesen.

Eine sehr gewichtige Unterstützung erhält diese Erwägung dadurch, daß sich auf gewissen Gebieten des römischen Rechts mit voller Bestimmtheit ein Rechtszustand nachweisen läßt, nach welchem der gestellte Bürge allein haftet, der eigentlich zu Verpflichtende dagegen freibleibt, also die Bürgenstellung gleich der Zahlung befreit. Das ist bei den Praedes des Legisaktionenprozesses sowie des öffentlichen Rechtes aufser allem Zweifel. Ja vielleicht läßt sich eine Spur dieses Gedankens noch in dem Zwölftafelsatz (J. 2, 1, 41) erkennen, wonach beim Kauf die Satisfaktion des Kaufpreises (d. i. Bürgenstellung) der Zahlung darin gleichkommt, daß sie den Übergang des Eigentums auf den Käufer ermöglicht.

Absolut sicher ist sodann, daß auf dem Gebiet der Praediatur die Selbstbürgschaft, d. h. die Gepflogenheit, daß der unmittelbar Beteiligte sich selbst als ersten oder alleinigen Praes stellt, den Römern bis zum Ende der republikanischen Zeit geläufig ist³³.

³³ Über all dieses vgl. Festschrift f. Bekker 117 und 126; 120—124. Dasselbst ist auch das Verhältnis der Fidepromissio zur Sponsio dahin charakterisiert, daß erstere das allgemein-lätinische (und wohl auch italische) Parallelinstitut zur römischen Sponsio sein dürfte (134—140; vgl. auch oben S. 119 A. 23). — Wenn Gellius 4, 4, 2 für die Latiner auch von einer Sponsio (beim Verlöbniß) zu berichten weiß, was mit Gai. 3, 93 anscheinend im Widerspruch steht, so ist dieser dadurch zu beheben, daß man genau unterscheidet zwischen dem Recht, das die Latiner selbst für sich handhaben, und jenem, welches die Römer im Internationalverkehr auf sie anwenden. Gajus sagt nur, daß der römische Richter die Sponsio eines Nichtrömers an einen Römer für unwirksam erachtet; daß die (prisci) Latini untereinander nicht spondieren konnten, folgt daraus nicht. — Den Ausschluß der Sponsio gegenüber den Römern habe ich in der Festschrift S. 134—138 zu erklären gesucht; er geht, wie ich glaube, auf positive Satzungen über den internationalen Rechtsschutz zurück: vielleicht haben diese für die Vergeiselung (und spätere Selbstbürgschaft) des Nichtbürgers die Form des Handschlags (pro-mitto, sc. manum)

Angesichts dieser Tatsachen halte ich einen Zusammenhang der historischen Sponsio mit einer alten Geiselstellung für wahrscheinlich. Es läßt sich annehmen, daß auch das Spondere des Hauptschuldners, welches der historischen Stipulation entspricht, erst aus einem späteren „Hinzubürgen“ „Selbstbürgen“ des Hauptschuldners neben dem der Geiseln entstanden ist. Ich will die einzelnen Möglichkeiten, die ich an andern Orte (vgl. A. 32) des Genaueren angedeutet habe, hier nicht wiederholen, zumal alles Nähere notwendig unbestimmt bleiben muß; aber daß der römische Sponsor mit den Praedes und Vades und wie diese wieder mit der deutschen Wadiation und der griechischen ἐγγύη wesensverwandt sein kann, ist eine Vermutung, welche für mich eine große Wahrscheinlichkeit hat.

Die Frage freilich, wie sich zu der alten Vergeiselung das Wort „spondeo“ verhält, kann niemand mit Bestimmtheit zu beantworten versuchen. Aber warum soll es unglaublich sein, daß etwa schon die Geiseln des alten Rechts ihre Haftung mit diesem Schlagwort gelobten?

Jedenfalls liegt in der Etymologie 'des Wortes Spondere nichts, was mit dieser Herkunft des Instituts unvereinbar wäre. Man pflegt wohl darauf hinzuweisen, daß diese Etymologie auf ein Trankopfer — σπένδειν — zurückdeutet. Selbst wenn dies richtig ist, bereitet es den vorstehenden Ideen kein Hindernis; denn es steht nichts im Weg zu der Vergeiselung sich ein bekräftigendes Opfer hinzuzudenken. Eine bestimmte Förmlichkeit wird ja gewiß bei der Verpflichtung der Geiseln beobachtet worden sein. Ob sie nun wirklich in einem Eid oder Opfer bestand, oder ob das Wort „spondeo“ nur in einer dem Sakralrecht entlehnten allgemeineren Bedeutung des Gelobens an Eidesstatt verwendet wurde, muß dahinstehen: daß die Geisel ihre Persönlichkeit für die Erfüllung in irgend einer solennen Weise eingesetzt haben wird, halte ich für ebenso sicher, als daß dies gerade mit dem Schlagworte Spondeo in mehr oder weniger prägnanter Weise ausgedrückt werden konnte.

Man hat (vgl. auch oben S. 267) wohl darauf hingewiesen, daß die vermögensrechtliche Sponsio von dem familienrechtlichen Vorgang, welcher den gleichen Namen führt und ein Verlöbnis dar-

Sponsio
und
Verlöbnis.

vorgeschrieben und nur dieser ihren Schutz verheissen. Auch dieser Hand-schlag bildet natürlich eine Form des Einsetzens der Persönlichkeit, wie ich dasselbe auch für das Wort „spondeo“ zu leugnen weit entfernt sei (S. 271).

stellt, nicht getrennt werden kann. Ich will dies wenigstens als möglich zugeben, aber ich würde es nur als eine Bekräftigung des bisher Gesagten betrachten. Denn es erinnert nur wieder an historische Parallelen. Auch die germanischen Rechte kennen eine Verlobung, welche durch Wadiation stattfindet und insofern der vermögensrechtlichen Wadiation gleichsteht (oben S. 267 A. 30).

Und noch merkwürdiger steht es im griechischen Recht. Hier wird die Verlobung ἐγγόη oder ἐγγόησις genannt, sie führt also genau denselben Namen wie die Bürgerschaft — ein Seitenstück zur Doppelbedeutung von „Spondere“.

Zusammenfassend möchte ich also die Vermutung aufstellen, daß die älteste Sponsio-Stipulatio nicht sowohl als selbständiges Geschäft — etwa wie Huschke annahm, als Vertragsform im Getreidehandel o. Ä. — vorkam, sondern eine allgemeine Form war, in welcher gewisse, zu anderen Vorgängen wie Prozeß, Kauf, Erbteilung, Verlöbniß, akzessorisch hinzutretende Zusagen bestärkt wurden. In dieser Funktion ist für sie ein großes und wichtiges Anwendungsgebiet von der ältesten Zeit her gegeben.

Wenn an dem hier Vermuteten etwas Richtiges sein sollte, so würde es uns von manchen Schwierigkeiten befreien. Es würde dann verständlich, wie neben dem Darlehnsnexum — dessen Existenz m. E. nicht bezweifelt werden kann (oben S. 140 f.) — und neben dem Barkauf noch ein obligatorischer Formalkontrakt entstehen konnte; und es würde gleichzeitig die rein abstrakte Natur der Stipulation sich erklären, nämlich daraus, daß sie ursprünglich stets eine andere Verpflichtung sei es Deliktsschuld, sei es prozessuale Gestellungspflicht oder Gewährleistung o. Ä. oder Verlöbniß zur Grundlage hatte.

Und gleichzeitig wäre dann das Prinzip, daß die ältesten Geschäfte des materiellen Rechts Realgeschäfte sind, von der Störung befreit, welche das Vorhandensein der Stipulation derzeit bereitet.

Akzepti-
latio.

Im Zusammenhang mit der Bedeutung der Stipulation steht noch ein zweiter Punkt, nämlich jene der Akzeptilation und das Verhältnis derselben zur Solutio per aes et libram.

Was zunächst die Entstehung der Akzeptilation betrifft, so dürfte man wohl darüber einig sein, daß sie eine sekundäre, nachgebildete Form ist; das heißt, die ihr eigentümliche Formalität der Frage und Antwort beim Lösungsakt soll dem gleichen Hergang bei dem verpflichtenden Akt der Stipulation möglichst entsprechen. Dabei wiederholen sich die schon früher aufgeworfenen

Fragen über das Verhältnis von realer Befriedigung und formaler Befreiung: es ist sehr wahrscheinlich, daß in älterer Zeit die bloße Zahlung ohne Akzeptilation die Schuld nicht getilgt hat —, und umgekehrt ist es wenigstens denkbar, daß ursprünglich die Akzeptilation, wo sie ohne effektive Zahlung stattfinden sollte, doch von einer Scheinzahlung begleitet war. Doch hat das letztere, wie bereits bemerkt wurde (oben A. 20—22), wenig Wahrscheinlichkeit für sich.

Wichtiger als dies ist aber für die Gesamtgeschichte der älteren Formalakte eine andere Frage, nämlich die, ob die Befreiung von der Stipulationsschuld von jeher einer Akzeptilation bedurfte, oder ob es eine Zeit gegeben hat, wo auch die *Solutio per aes et libram* hierzu genügte.

Die klassischen Quellen formulieren bekanntlich die Regel: Prout quidque contractum est, ita et solvi debet³⁴, und es wird hiernach zur Aufhebung der Stipulationsschuld (im klassischen Recht allerdings nur noch bei fehlender realer Befriedigung) der korrespondierende Verbalakt von Frage und Antwort erfordert. Wir haben uns infolgedessen gewöhnt, dieses System der Korrespondenz als ein urzeitliches anzusehen und in demselben gerade den richtigen Ausdruck des altertümlichen Formalismus zu erblicken.

Indessen ist die Richtigkeit dieses Schlusses keineswegs zweifellos; denn es ist denkbar, daß dieses Gesetz der Korrespondenz erst eine jüngere Bildung darstellt³⁵. Der ursprüngliche Zustand könnte realistischer gewesen sein, nämlich so, daß bloß irgend eine in solenner Weise erfolgte Befriedigung erfordert wurde, also *Solutio per aes et libram* auch Stipulationen beseitigte. Auch hier ist ja an eine bestimmte Antwort gewiß nicht zu denken; aber dafür, daß wenigstens eine Frage in dieser Richtung aufgeworfen wird, lassen sich in der Tat verschiedene Gründe anführen.

Zunächst ist klar, daß die Regel „prout quidque“ von vorn-

Die Regel:
„Prout
quidque
contractum
est sqq.“

Allgemeine
Anwend-
barkeit der
Libral-
zahlung?

³⁴ Hauptstelle Pomp. D. 46, 3, 80. Dabei hat Fitting (Korr. Obl. 45 Anm. 50) erkannt, daß der Bau der Stelle in den Worten cum verbis aliquid contraximus, [vel re vel] verbis sqq., asymmetrisch ist, und die Regel also ursprünglich noch schärfer gelautet haben muß, als Pomponius sie formuliert.

³⁵ So auch Schloßmann, Schuldrecht 81. — Daß man formale Korrespondenz, wo sie gewissermaßen in der Natur der Sache lag, schon von jeher beobachtet hat, daß z. B. der *Confarreatio* eine *Diffarreatio* entspricht, beweist natürlich nicht den Bestand eines allgemein dahingehenden Prinzips.

sich auf Kontraktsschulden. Unanwendbar war sie für Judikatsschulden sowie für die Obligation aus dem Damnationslegat. Für diese war die *Solutio per aes et libram* der einzig anwendbare Tilgungsmodus der älteren Zeit, was ihr für diese Fälle sogar noch zur Zeit des Gajus eine beschränkte Anwendbarkeit gesichert hat³⁶ ³⁷.

Es ist deutlich, daß hier die *Solutio per aes et libram* einfach deswegen befreite, weil sie solenne Erfüllung ist, sei es auch unter Umständen nur fingierte. Es ist das reale (wenn auch, wie gesagt, unter Umständen nur fingiert reale) Moment allein, welches hier in Betracht kommt; von irgend einem Streben nach formaler Korrespondenz kann hier keine Rede sein. Freilich hat man wenigstens beim Damnationslegat eine solche finden wollen, weil auch das Testament mit Erz und Wage errichtet werde: aber das macht nicht bloß den Eindruck der Künstelei, sondern ist nach-

³⁶ Wie stand es bei Deliktsobligationen? Für diese ist zu bedenken, daß die *Solutio p. a. et l.* eine Schuld auf *Certa pecunia* voraussetzt; an einer solchen fehlt es bei den meisten zivilen Delikten, so z. B. bei Sachbeschädigung wegen der eigentümlichen Schadensberechnung der *lex Aquilia*, beim Diebstahl einer Spezies, weil ihr Wert erst festgestellt werden muß. In solchen Fällen war also Libralzahlung erst möglich, wenn gerichtliches Geständnis einer bestimmten Summe vorlag: das war dann aber identisch mit dem Fall des Judikats. Denkbar wäre Libralzahlung bei Injurien, welche unter die festen Geldsätze der Zwölftafeln fielen, und Diebstahl von *Certa pecunia*. Aber die ersteren sind seit Einführung der prätorischen Injurienklage nicht mehr in Betracht gekommen, wie denn überhaupt bei prätorischen Deliktsklagen eine zivile Zahlungsform an sich unanwendbar war (oben S. 60). Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß gegen die Auffassung des Textes auch daraus nichts hergeleitet werden kann, daß Gajus eine librale Befreiung von den Deliktsansprüchen nicht erwähnt. Sie wäre praktisch höchstens in den Fällen in Betracht gekommen, wo gesetzliche Geldbußen auf *Certa pecunia* vorlagen. Und für diese ist es auch sehr gut möglich, daß sie noch in klassischer Zeit zulässig war. Da diese Bußen meist mit der Formel „*dare damnas esto*“ angeordnet waren, war das „*quod ego tibi damnatus sum*“ der Spruchform der Legatenzahlung (Gai. 3, 175) hier vollkommen passend.

³⁷ Dagegen darf es gegen die Allgemeingiltigkeit der Regel „*prout quidque contractum est*“ nicht angeführt werden, daß nach Ulp. D. 46, 4, 13 pr. auch die *iurata promissio liberti* durch *Acceptilatio* aufgehoben wird. Erstens ist die Echtheit dieses Satzes bestritten, und zweitens konnte man (wenn die Stelle echt sein sollte) allenfalls hier von einer *Verborum obligatio* sprechen, vgl. Gai. epit. 2, 9, 3, 4, wengleich sie nur *uno loquente* (Gai. 3, 96) begründet war. Daß auch die *Dotis dictio*, von welcher dasselbe gelten würde, akzeptiliert werden konnte, dafür haben wir nicht einmal ein verdächtiges Zeugnis; denn die Stellen von Ulp. D. 23, 3, 36. 38. 41, 4 brauchen nicht auf die *Dictio* umgedeutet zu werden.

weislich falsch, weil das Damnationslegat unzweifelhaft auch aus einem Komitialtestament stammen konnte, wobei zu erinnern ist, daß dieses Institut wahrscheinlich eine viel längere Dauer gehabt hat, und daß das Manzipationstestament viel jünger sein wird, als man meist annimmt (oben S. 82 A. 24).

Es besteht aber auch noch eine Spur dafür, daß auch bei Sponsionsschulden die *Solutio per aes et libram* anwendbar gewesen ist: diese liegt in der *Actio depensi* des Sponsor, deren Name auf „*dependere*“, also ein Zahlen mit Erz und Wage zurückdeutet⁸⁸. Dabei wird das Argument aus der Nomenklatur hier noch dadurch wesentlich unterstützt, daß der Sponsor wegen des *Depensum* die *Legis a^o per manus injectionem* auf Regrefs hat; wie man bereits richtig erkannt hat, ist es kaum denkbar, daß diese energische Prozeßform zulässig gewesen sein sollte, wenn nicht der Sponsor seinen Anspruch *prima facie* liquidieren konnte, und dies war nur dann der Fall, wenn seine Zahlung vor fünf Zeugen und dem *Libripens* stattgefunden hatte.

Es wird demnach als eine nicht allzuwillkürliche Frage anzusehen sein, ob es nicht eine Zeit gegeben haben kann, in welcher die *Solutio per aes et libram* die allgemein zulässige Zahlungsform war: sie tilgte 'vermutlich in gleicher Weise alle Kontrakts-, Delikts-, Testaments- und Judikatsverbindlichkeiten⁸⁹ auf *Certa pecunia*. Wenn das der Fall gewesen wäre, würde damit der Satz, daß das älteste Geschäft Realgeschäft ist, in das hellste Licht treten: die durch Erz und Wage solennisirte Erfüllung ist allgemeiner Befreiungsgrund, weil sie das reale Moment der Befriedigung enthält. Und diesem Gedanken tut es keinen Abbruch, daß auch diese Erfüllung unter Umständen eine bloß fiktive sein kann.

Unsere Frage wird auch nicht damit abgelehnt werden können, daß in der klassischen Zeit fast alle Spuren jener allgemeinen Verwendbarkeit der Libralzahlung geschwunden sind, und Gajus sie auf Judikat und Damnationslegat beschränkt.

⁸⁸ Gai. 3, 127 4, 22. Darauf hat Eisele (Beiträge 25 ff.), m. E. sehr zutreffend, aufmerksam gemacht (a. A. Levy, *Sponsio* 75 A. 10). Natürlich wäre bei der Libralzahlung des Sponsor vorauszusetzen, daß er nicht gesagt hätte „*quod ego tibi tot milibus condemnatus sum*“ (Gai. 3, 178), sondern etwa „*quod — sponondi*“. Seit Wegfall der *Manus injectio depensi* wird natürlich einfache Zahlung genügt haben.

⁸⁹ Die Anwendbarkeit auf Sponson und Judikat macht auch die Annahme mancher Gelehrter überflüssig, daß diese Zahlungsform des Damnationslegats aus einer *Fictio legis actionis per manus injectionem* zu erklären sei.

Denn es wäre ja begreiflich, daß eine immerhin so schwerfällige Befreiungsform allmählich verschwinden mußte, seit neben ihr bequemere aufgetreten waren. Die Akzeptilation ist wohl schon ziemlich früh zur Stipulation hinzu erfunden worden, und mußte je länger je mehr auf diesem Gebiet die Alleinherrschaft erlangen. Seit die *Legis a^o per manus injectionem* weggefallen war, war im Gebiet der *Sponsio* auch das letzte Gebiet verloren gegangen, auf dem sie praktisch notwendig gewesen sein mochte, nämlich die *Manus injectio depensi* des *Sponsor*. Dadurch mußte der *Libralakt* bis auf jene zwei Anwendungsfälle^{39a} in Vergessenheit kommen.

C. Die *In Jure Cessio* und ihr Kreis.

Die *In Jure Cessio* und ihr Kreis.

Nach dem oben (S. 257) Gesagten muß man den Typus der *In Jure Cessio* für jünger ansehen als die *Libralakte*. Man wird vielleicht annehmen dürfen, daß er hauptsächlich für jene Rechtsübertragungen und Rechtsbegründungen ausgebildet worden ist, die dem ursprünglicheren Typus, dem des *Libralakts*, nicht zugänglich waren⁴⁰.

Dennoch wird auch die *In Jure Cessio* als das Erzeugnis einer ziemlich frühen Epoche anzusehen sein. Nach einem Zeugnis, welches zu bezweifeln kein genügender Grund besteht, reicht sie noch in die Zeit vor die *Zwölftafeln* zurück und ist durch dieses Gesetz ausdrücklich bekräftigt worden⁴¹.

Nicht ganz leicht ist es, ihren juristischen Charakter sicher zu erfassen. Ihrer äußern Gestalt nach stellt sie sich dar als eine künstliche Verwendung des Prozesses⁴² mit verabredeter

^{39a} Vgl. übrigens noch A. 36 a. E.

⁴⁰ Z. B. *Freiassung* unter Lebenden, gewisse *Hilfsgeschäfte* bei *Adoption* und *Emanzipation* u. a.; vielleicht auch für die *Übertragung* des *Immobilareigentums*, auf welche die *Manzipation* wohl erst in der Folge anwendbar geworden ist.

⁴¹ *Paul. Vat. Fr.* 50. *Ungegründete Zweifel* bei *Ihering*, *Geist* 2⁴, 553.

⁴² Ich muß an dieser Bezeichnung festhalten, obwohl neuestens *Wlassak*, *Z. Sav. St.* 28, 75 f. gegen die Verwendung des *Prozessbegriffs* in dieser Lehre *Widerspruch* einlegt, weil ein *Prozess* im römischen Sinn erst durch die *Litiscontestatio* begründet werde. Ich will dem nicht widersprechen, halte es aber nicht für entscheidend. Denn wie immer man darüber denken mag: sicher ist, daß jede *Vindikation* (und daß die *In Jure Cessio* eine solche voraussetzt, läßt sich m. E. nicht bestreiten) ein Stück wenigstens eines werdenden *Prozesses* darstellt und nur als solches einen Sinn hat, und ähnlich die *Addictio*, mag sie auch den eigentlichen *Prozess* gerade ausschließen, doch im Zusammenhang eines auf den *Prozess* abzielenden Vorgangs zustande kommt. Darum stehen beide unter den allgemeinen Bedingungen, welche für das Zustande-

Sukkumbenz. Aber allerdings ist, wie fast bei allen solchen Kunstformen die Form hier nur ein unzulängliches Gewand, welches die Substanz des Geschäfts nicht deckt.

Es ist nämlich vom Standpunkt juristischer Logik nicht möglich den Effekt des Rechtsübergangs daraus zu erklären, daß das dem Scheinstreit unterzogene Recht seinem bisherigen Inhaber rechtskräftig abgesprochen worden ist. Denn dabei würde, da die Rechtskraft des Urteils gegen Dritte, am Streit nicht beteiligt gewesene, nicht wirken kann, der Scheinsieger nie in der Lage sein, nichtberechtigten Dritten gegenüber seinen Rechtserwerb substantiieren zu können⁴³. Demgemäß ist es gewiß richtig: bloß aus dem Gedanken der Rechtskraft des Urteils heraus kann eine korrekte Ableitung des bei der In Jure Cessio stattfindenden Rechtserwerbs nicht gegeben werden.

Andererseits aber ist es auch nicht möglich, die Entstehung der In Jure Cessio lediglich auf den in ihr betätigten und vom Magistrat durch seinen Addiktionsspruch etwa nur legalisierten Parteiwillen zurückzuführen. Gewiß ist manches in der In Jure Cessio nur aus der materiell wirkenden Kraft dieses Parteiwillens korrekt zu erklären⁴⁴, insbesondere der bereits erwähnte und für jede bloß prozessrechtliche Konstruktion nicht korrekt zu begründende Satz, daß auch dritte Personen sie anzuerkennen haben. Aber anderes bleibt von diesem Standpunkt aus wieder vollkommen unerklärlich.

kommen eines richtigen Prozesses erforderlich sind, z. B. prozessuale Parteifähigkeit, Einhaltung des Gerichtsorts (wenigstens ursprünglich) u. s. f.; und die nachstehende Ausführung bezweckt zu zeigen, daß ohne diese Vorstellung die Entstehung der In Jure Cessio nicht erklärt werden kann. Daß in der späteren Zeit diese Idee nicht streng festgehalten worden ist, widerlegt ihre Ursprünglichkeit ebensowenig, als daß die spätere Jurisprudenz von einem Scheinprozeß nicht mehr ausdrücklich spricht. Übrigens scheint mir der Gegensatz zwischen dem hier Gesagten und der Meinung Wlassaks kein unüberbrückbarer zu sein; vgl. auch dessen Ausführung a. O. 72.

⁴³ Dies übersieht Karlowa, R.G. 2, 385, nur an den Fall denkend, daß der Erwerber später mit dem wahren Eigentümer in Konflikt kommt. — Auch daß die In Jure Cessio ihre negative Wirkung selbst dort äußert, wo die positive nicht erreichbar ist (s. oben S. 250), ist aus dem Prozeßgedanken nicht zu erklären. Noch weniger ist es gegründet, der Addictio schlechthin konstitutive Kraft zuzuschreiben; dawider Wlassak, Z. Sav.St. 25, 104 f. Literatur der Frage bei Kipp in Pauly-Wiss. Realenz. 3, 2000 f. und Wlassak a. O.

⁴⁴ S. Bethmann-Hollweg, Ziv.Proz. 1, 117 f.; 2, 95, 542; Demelius, Confessio 108; Kipp, Wlassak a. O.

Zunächst bleibt schon die Schwierigkeit übrig, daß die Römer einen allgemeinen Grundsatz, wonach durch solennisierende Intervention des Magistrats jedes Rechtsgeschäft vollwirksam wird, nicht kennen. Legalisierende Tätigkeit der Beamten ist ihnen sonst durchaus fremd, und sie kann auch bei den der In Jure Cessio fähigen Rechten eben nur in der Weise indirekt hervorgerufen werden, daß der Magistrat in Formen angegangen wird, welche denen des Prozesses oder der Prozeßeinleitung (A. 42) entsprechen. Ferner aber und vor allem: die Auffassung der In Jure Cessio als einer reinen, vom Magistrat bloß solennisierten Parteiverfügung reicht nicht aus gegenüber allen jenen Fällen, wo es sich um Rechte handelt, die an sich unveräußerlich sind, wie bei der In Jure Cessio hereditatis non aditae oder bei der Adoption, oder wo sonst Rechtswirkungen erzeugt werden, die zu erzeugen dem Parteiwillen keineswegs selbstverständlich zukommt, wie Verleihung der Freiheit an einen Sklaven. Freilich sind diese Geschäfte, soweit man sie in der Form der In Jure Cessio zugelassen hat, Sache des Parteibeliebens geworden; sie sind es aber eben erst dadurch geworden, und daß das der inneren Natur der betreffenden Rechte eigentlich widerstreitet, ist nichtsdestoweniger sicher.

In diesen Fällen ist also gewiß die, wenngleich unzulängliche und juristisch willkürliche, Prozeßidee das Ursprüngliche, die Idee der Translation erst das Sekundäre.

Und endlich: wie erklären sich vom Vertragsstandpunkt Sätze wie der, daß zur Vornahme dieses Geschäfts die prozessuale Parteifähigkeit notwendig ist, daß also der Haussohn durch In Jure Cessio seinem Vater weder erwerben⁴⁵ noch auch, selbst mit dessen Zustimmung, auf diesem Wege veräußern kann⁴⁶.

Hybride
Natur der
In Jure
Cessio.

So wird man denn nicht darum herumkommen zugestehen, daß die In Jure Cessio ein hybrides und im Grunde nicht klar zu denkendes Institut ist. Und warum müßte es auch anders sein? Das liegt eben in der Natur des Fortschritts, daß er in der Wahl seiner Wege nicht immer wählerisch sein kann, weil er sonst nicht möglich wäre. Schwerlich sind die alten Pontifices, die diese Form erdachten, sich über die ihr anhaftenden Mängel weniger im klaren gewesen als wir; und gewiß haben sie ebenso gut wie wir erkannt, daß, genau genommen, der Hergang nur

⁴⁵ Gai. 2, 96; Paul. Vat. Fr. 51. Vgl. auch Eisele, Z. Sav.St. 26, 82.

⁴⁶ Schol. Sin. 42; dazu meine Bemerkungen Z. Sav.St. 21, 203; zustimmend Wlassak, ebenda 25, 149 Anm. 4.

inter partes wirken dürfte; aber sie werden sich eben darüber hinweggesetzt haben, und es ist auch nicht zu vergessen, daß alle Bedenken dadurch beseitigt worden sein müssen, daß eben die Zwölf Tafeln das Geschäft schließlichs sanktionierten (A. 41).

So ist es denn als ein innerlich hybrides stehen geblieben: von seiner prozessualen Herkunft her, die trotz aller erhobenen Einwendungen noch immer allein die Entstehung dieses Instituts erklärt, haftet ihm der Satz an, daß prozessuale Parteifähigkeit die Grundvoraussetzung des Geschäfts ist, und daß auch einzelne an sich inalienable Rechte sein Gegenstand sein können. Dagegen ist allerdings die allseitige, d. h. auch Dritte erfassende Wirkung desselben dogmatisch nur aus der in der In Jure Cessio liegenden Verfügung des Berechtigten zu erklären, und der Gedanke an die letztere ist auch darin zum Durchbruch gelangt, daß nach Abzweigung der Gerichtsbarkeit von der Verwaltung die bezügliche Legalisierungstätigkeit den Konsuln neben dem Prätor verblieben ist, sowie daß sie schließlichs weder an die zeitlichen noch an die räumlichen Schranken der Rechtsprechung gebunden wird.

Im einzelnen Fall kann übrigens die Frage, wie weit die prozessualischen Formen bei der In Jure Cessio erst genommen worden sind, sich der Beantwortung entziehen. So bleibt es z. B., wie schon an früherer Stelle (S. 76 A. 9) bemerkt ist, zweifelhaft, ob aus der In Jure Cessio tutelae auf die Möglichkeit geschlossen werden darf, das Vormundschaftsrecht als Ganzes in einem ernst gemeinten Prozeß zu vindizieren.

D. Allgemeiner Charakter des äußeren Formalismus. Dauer desselben.

Eine erschöpfende Darstellung, welche alle Prinzipien des äußeren Formalismus unter Berücksichtigung der Einzelercheinungen zum Ausdruck brächte, ist im Rahmen einer Gesamtdarstellung nicht denkbar. Es kann sich daher nur darum handeln, einige besonders charakteristische Grundzüge festzustellen.

Charakteristisch ist vor allem die Notwendigkeit des gesprochenen Wortes, und zwar in bestimmten Formeln⁴⁷ (oben S. 258 f.); es gibt, abgesehen von der relativ spät entstandenen Literalobligation, keinen Zivilakt, der von dieser Notwendigkeit

Charakter
des
äußeren
Formalis-
mus.

⁴⁷ Die einzelnen Beispiele aufzuzählen ist unnütz; man findet sie bei Brissonius de Formulæ und der im wesentlichen von dort entnommenen Zusammenstellung von Voigt, J. N. 3, 18 f.

gänzlich befreit wäre⁴⁸, und umgekehrt hat, wie wir sahen (S. 262), das Wort im ganzen die Prävalenz über die Tat erlangt. Grundsätzlich ist ferner das Erfordernis der lateinischen Sprache.

Zweiseitigkeit der Rede wird nicht durchwegs verlangt⁴⁹; es kann auch die stillschweigende Assistenz als Erfüllung einer obligaten Form gelten⁵⁰, wo aber zweiseitige Rede erforderlich ist, ist ursprünglich wohl immer Konsonanz der Rede und Gegenrede notwendig gewesen⁵¹.

Dagegen hat das Prinzip der Konsonanz schwerlich soweit gereicht, daß allgemein die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses in ihrer Form mit der Begründung übereinstimmen mußte, obwohl man in vielen Einzelfällen dies angestrebt hat (S. 273).

⁴⁸ Dies gilt insbes. auch für die *Ademptio legati*, welche ursprünglich „*eodem modo quo datum est (legatum)*“ erfolgen mußte; Ulp. Fr. 2, 12; 24, 29. Die spätere, noch dem Q. Mucius unbekannt (Pomp. D. 34, 2, 34, 1) formlose *Ademptio* wirkt nur *ope exceptionis*, vgl. Gai. 2, 198; Ferrini, *Teoria dei legati* 574 f.

⁴⁹ Im ganzen ist zweiseitige Rede naturgemäß die Regel bei Verträgen; aber diese Regel erleidet eine wichtige Ausnahme bei der *Manzipation*, wo, soviel wir wissen, ein obligater Spruch für den *Manzipanten* nicht besteht, wieweil praktisch bei allen *Manzipationen*, wo irgendwelche dinglich wirkende Klauseln (vor allem *Servitutsbestellungen*) platzgreifen, vor dem Spruch des Käufers der Verkäufer seine Klauseln in der *lex mancipii* formuliert (vgl. vorläufig Pernice, Lab. 3, 1, 98 f.). Übrigens bleibt denkbar, daß Gaius das Formular unvollständig mitgeteilt hat, vgl. auch Wlassak, Z. Sav.St. 28, 74 A. 2 (Z. 4 von unten).

⁵⁰ Denn dieses (wenigstens offizielle) Stillschweigen ist keineswegs als formlose Zustimmung aufzufassen; vielmehr ist auch die in Form gebrachte stillschweigende Mitwirkung den Römern als ein formalisiertes Mithandeln erschienen, ein solennes „*pati*“ (vgl. auch Wlassak, Z. Sav.St. 25, 122); die Solennisation war offenbar schon in dem ohnehin erforderlichen Aufruf der Zeugen gegeben. — Damit aber das Stillschweigen als formalisierte Zustimmung gelten kann, ist es notwendig, daß der Schweigende der Rede fähig gewesen wäre (so auch Wlassak, Z. Sav.St. 25, 431 A. 1): das Schweigen des Stummen genügt also nicht. Deutlich zeigt dies Callistr. D. 1, 7, 29 (der stumme Vater kann seinen Sohn nicht in Adoption geben), sowie die Erörterung, ob ein stummer Pupill die *Auctoritas* seines Tutor erhalten kann (Ulp. D. 26, 1, 6 pr.; cf. Jul. D. 26, 8, 13). Wenn letzteres etwa seit Julian zugelassen wird, so kann sich das, wie der Ausspruch des Callistratus und die von Julian gebrauchten Beispiele zeigen, nur auf die formlosen Akte des *Jus Gentium* bezogen haben; auch das *Fideikommiss* eines Stummen wird gültig gewesen sein (itp. wohl die entgegenstehende Äußerung von Paul. D. 32, 21 pr.; vgl. Arndts, *Vermächt.* 1, 47). — Vgl. jetzt noch Wlassak, Z. Sav.St. 28, 7.

⁵¹ Näheres über die Geltung dieses Satzes in der klassischen Zeit s. unten Anm. 64 f. und Ulp. D. 45, 1, 1, 6.

Weiter erfordert das Rechtsgeschäft regelmäÙig äußere *Unitas actus*⁵²; d. h. es muß ohne Unterbrechung in einem Zug vollendet werden.

Zeugenzuziehung wird nicht bei allen Geschäften verlangt; wo sie aber erfordert wird, müssen die Zeugen nicht bloÙ die Mündigkeit und bei Vermögensgeschäften das Kommerzium besitzen, sondern wohl auch stets „*Testes rogati*“, d. h. zur Zeugenschaft ausdrücklich aufgefordert sein, obwohl uns das freilich keineswegs für alle Fälle speziell bezeugt ist⁵³.

Hervorzuheben ist endlich, daÙ, soweit zivile Verfügungen einer Form bedürfen, dieselbe nicht dadurch ersetzt werden kann, daÙ der Berechtigte der formellen Verfügung eines andern formlos zustimmt. Und da es eine Form für die Zustimmung nicht gibt, muß in solchen Fällen die Verfügung des Nicht- oder nicht unbeschränkt Berechtigten schlechthin unterbleiben⁵⁴. Hiervon gibt es bei den dinglichen Verfügungen keine⁵⁵ und bei den Verfügungen über obligatorische Rechte nur eine Ausnahme: den Rechtsverlust durch die formlose Aktivdelegation (d. h. formlose Zustimmung des bisherigen Gläubigers zur novierenden Stipulation eines andern), eine Ausnahme, welche sich wohl durch die hier statthabende Einwirkung des *Jus gentium* erklärt^{56 57}.

⁵² Das Nähere über diesen und den folgenden Punkt bei Ihering, Geist 3⁴, 153 ff.; 2⁴, 544 ff.; Schloßmann, Schuldrecht 84 ff.

⁵³ Das bekannte „*qui se sieri testarier libripensve fuerit*“, die *testes rogati* des Testaments und das „*testes estote*“ der *Litiscontestatio*, das gewiß nur als vorgängige *Rogatio* zu denken ist (irrig Hölder, Z. Sav.St. 24, 206 f.), enthalten so deutliche Anwendungsfälle, daÙ man weiteren Beweis kaum verlangen wird.

⁵⁴ Darum ist Belastung des im *Ususfruktus* eines Dritten stehenden Grundstücks mit *Servituten* schlechthin ausgeschlossen (meine Bem. Z. Sav.St. 21, 201). Ebenso Freilassung mit Zustimmung des *Usufruktuars*, *Ulp. Fr.* 1, 19; *Fr. Dosith.* 11; *C.J.* 7, 15, 1 pr. (doch geht das *Herrenrecht* unter). Wenn bei *Hermog. D.* 40, 9, 27, 1 Freilassung mit Zustimmung des *Usufruktuars* als grundsätzlich möglich gilt, wird es sich um die *junianische* handeln. — Anders steht es mit der Zustimmung des *Pfandgläubigers*; diese kann nach der prätorischen Natur des Rechts formlos erfolgen, *D. cit.*

⁵⁵ Denn das anscheinend formlose *Jussum* des Herrn bei der Freilassung durch *Zensus* ist durch das Prinzip der Formfreiheit staatsrechtlicher Akte gerechtfertigt. Ähnlich der formlose *Konsens* des *Servitutsberechtigten* zum *Mortuum inferre* durch den *Proprietar*, *Ulp. D.* 11, 7, 2, 7 u. 8; *J.* 2, 1, 9.

⁵⁶ Denn die *novierende Stipulation*, welche hierbei stattfindet, ist ganz *iuris gentium*, und ebenso sind es vielfach auch die zu *novierenden Schulden*. — DaÙ die (formlose) Zustimmung zur *Prozessführung* eines andern im Punkt der

Da der Formalismus des Rechts allmählich abgeschwächt worden ist, ist es für jedes einzelne Stadium der Rechtsgeschichte eine wichtige Frage, bis zu welchem Grad dieser Prozeß vorgeschritten ist; sehr häufig ist es für das Verständnis der Rechtsquellen eine Vorfage, ob ihr Inhalt aus formalen oder aus sachlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Eine erschöpfende Darstellung dieses Zerfallprozesses läßt sich naturgemäß hier nicht geben, sondern muß der Spezialdarstellung vorbehalten bleiben; andererseits aber ist ein ungefährer Überblick notwendig, um für die sehr zahlreichen Zweifelsfälle wenigstens eine ungefähre Richtschnur zu gewinnen.

Was die Sprache der Rechtsgeschäfte anlangt, ist bei Zivilakten am Requisit der lateinischen Sprache von der Jurisprudenz immer festgehalten worden. Die Verwendung fremder Sprachen für die Stipulation, Akzeptilation und *Cognitoris datio*⁵⁸ beruht darauf, daß diese Geschäfte dem *Jus gentium* angehören, und selbst hier war die Zulässigkeit des Gebrauchs anderer Sprachen als der griechischen bis auf Sabinus bestritten. Demgemäß bleibt natürlich auch das Testament lateinisch (abgesehen von speziellem kaiserlichen Privileg, in griechischer Sprache zu testieren⁵⁹); eine Konstitution von Severus Alexander, auf welche in einem ägyptischen Testament der Gebrauch des Griechischen zurückgeführt wird, dürfte nur ein beschränktes Anwendungsgebiet gehabt haben⁶⁰.

Rechtskraft wirksam ist (D. 42, 1, 63), beruht auf der prätorischen Natur der *Exceptio rei judicatae*.

⁵⁷ Endlich wäre noch der — allem Anschein nach formlose — Konsens (*Jussum?*) des durch den Literalkontrakt zu belastenden zur *Expensilatio* zu erwähnen, obwohl es sich hier nicht um eine Verfügung im technischen Sinn handelt. Daß hier formloser Konsens genügt, erklärt sich wohl so, daß der Literalkontrakt überhaupt kein Formalgeschäft des alten Stils ist; er gehört zweifellos einer relativ jüngern Rechtsschicht an, wie denn überhaupt die *Expensilatio* nicht sowohl eine Form genannt werden kann als ein Realakt (S. 65 A. 9).

⁵⁸ D. 45, 1, 1, 6; 46, 4, 8, 4; Vat. Fr. 319. Aramäische Stipulation bei Dessau, *Hermes* 19, 486¹).

⁵⁹ Reskript von Hadrian C.J.L. 3, 12 283: *Permitto Graece testari*. Nach P. Lips. 9 wird noch i. J. 220 p. C. das Testament eines romanisierten Ägypters lateinisch abgefaßt und ins Griechische nur übersetzt.

⁶⁰ In Pap. E.R. 1502 v. J. 235 (Wessely, *Wien. Stud.* 9, 241; im Nachstehenden nach einer später vervollständigten Transskription von Wessely mitgeteilt) findet sich im Testament eines römischen Bürgers in Ägypten folgendes:

lin. 12. [προ]κει[με]ν[ος] [μου] κληρονόμος . . .

13. ἑλληνικοῖς ἀκολούθως τῇ θεῖα [διατάξει τοῦ κυρίου
ἡμῶν Ἀυτοκράτορος Καίσαρος Μάρκου Ἀδρηλοῦ]

14. Σεούρου Ἀλεξάνδρου Εὐσεβοῦς Εὐτυχ[οῦς] Σεβαστοῦ . . .

Im übrigen wird das Erfordernis der *certa et solennia verba* bei Zivilakten zwar vielfach dadurch gemildert, daß gewisse Varianten des ursprünglichen Wortlauts, der wahrscheinlich immer nur einer war, zugelassen werden (das beginnt wohl schon gegen Ende des Freistaats; schon von Alfen wird gesagt, daß er ein Legat auf *damnas esto* [ohne den Zusatz *dare*] für gültig hielt⁶¹); aber das Erfordernis selbst bleibt mit Strenge bestehen. Es sind immer nur kleinere Konzessionen, die man gemacht hat, jede einzelne wird der strengen Auffassung förmlich abgerungen und dann als solche Errungenschaft registriert. Es gibt nur einen Fall⁶², wo ein wirklich bedeutender Bruch in die Form vollzogen ist: den Satz, daß eine Stipulation als *rite* vollzogen angesehen wird, wenn die Stipulationsurkunde die Worte als gesprochen bezeichnet⁶³. In allem übrigen wird am Prinzip des Worts nur wenig geändert. Man kann im allgemeinen sagen: nur insofern wird der Wortformalismus öfter — nicht immer — gemildert, als er bei feinerem Denken logischen Prinzipien zuwiderläuft. So wird es

Dieser Passus (vgl. meine Schrift „aus den griechischen Papyrusurkunden, Leipzig 1900, S. 43 A. 36) läßt sich wohl nur dahin ergänzen, daß der Gebrauch der griechischen Sprache (etwa *διατιθεμένου βήμασιν ἑλληνιστοῖς*) hier gerechtfertigt werden soll. Hinter *θεῖται* ist wohl *διάρταται* zu ergänzen. Schwerlich hat jedoch die Konstitution für das ganze Reich Anwendbarkeit gehabt; es ließe sich sonst nicht verstehen, daß Theodosius die Zulässigkeit der griechischen Sprache wie eine Neuerung einführt. Vgl. auch Bortolucci, *Studi Romanistici* (Padua 1906) S. 63 f. Die Unkenntnis der lateinischen Sprache bei den Testamentszeugen bezeichnet Paulus sent. 3, 4 a, 13 als unschädlich, wenn sie sonst den Hergang verstehen; natürlich ist auch dies jüngere Konnivenz.

⁶¹ Bei Paul. D. 30, 106. Vgl. auch Alfen. D. 33, 8, 14. Zahlreiche Beispiele für Erbeinsetzungen, Legate und Stipulationen bei Gai. 2, 193 f.; 3, 92; Ulp. D. 28, 5, 1; 45, 1, 1, 2 u. a. Kann bei *In Jure Cessio* der Beisatz *ex jure Quiritium* (sc. *meum esse ajo*) wegfallen? Er fehlt bei Paul. Vat. Fr. 50; aber bei der großen Ungenauigkeit der Juristen in der Wiedergabe von Formeln hat dieser Umstand keine entscheidende Kraft.

⁶² Zu nennen wäre daneben höchstens noch der Satz des Hermogenian, daß auch bei der *Manum. vindicta* die *Verba solennia*, „*licet non dicantur, ut dicta accipiuntur*“ (D. 40, 2; 23); aber dieser erst der Constantinischen Zeit angehörige Ausspruch vermag für die klassische Periode nicht zu beweisen.

⁶³ Paul. sent. 5, 7, 2. Eine Parallelerscheinung bei Ulp. D. 27, 7, 4, 3, dazu P. Lips. 38 lin. 13—14 mit meinen Bem. Z. Sav. St. 27, 350. Jedoch gilt der in letzterer Stelle ausgesprochene Satz, wonach die *professio ad acta* der Stipulation u. U. gleichsteht, keinesfalls allgemein und am wenigsten von der *Professio* zu den Munizipalakten, wie die Vergleichung von Vat. Fr. 268 (cf. 266 a) mit ebenda 263 (vv.: *citra stipulationem*) zeigt.

anerkannt, daß auf die Stipulationsfrage, Pamphilus zu schulden, für Stichus und Pamphilus zugesagt wird⁶⁴, weil es widersinnig ist hier den partiellen Konsens zu leugnen; daß auf lateinische Frage griechische Antwort ergeht⁶⁵; Teilakzeptilation wird — unter Kontroverse⁶⁶ — zugelassen; *tutoris auctoritas* ist, dafern das zu auktorierende Geschäft keiner Worte bedarf, auch zur stillschweigenden Willenserklärung des Stummen möglich⁶⁷; ebenso kann der Tutor zur *Litiscontestatio* zweier seiner Mündel mit einem einzigen Vollwort auktorieren⁶⁸; u. ä.⁶⁹. Wo aber die Form juristische Gedanken zum Ausdruck bringt, wird sie in der gesamten klassischen Zeit durchaus ernst genommen. So hat man an dem Satz nicht rütteln lassen, daß eine im Testament vor der Erbeseinsetzung stehende Verfügung nichtig ist; daß die Zuwendung an den eigenen Sklaven nicht giltig ist ohne gleichzeitige Freilassung; daß ein Haussohn oder Sklave nicht stipulieren kann „*sibi habere licere*“, behauptete noch Julian, und erst Ulpian sucht dem Wort eine mehr tatsächliche Deutung zu geben, welche die

⁶⁴ Ulp. D. 45, 1, 1, 5; Pomp. D. 46, 4, 15; Paul. D. 45, 1, 83, 3 u. 4. Doch findet das nur dann allgemeine Anerkennung, wenn zwei getrennte Objekte genannt sind; hier kann man sagen: *tot esse stipulationes quot res* (cf. Ulp. D. 45, 1, 29 pr.). Wenn dagegen jeder der Vertragsschließenden eine einheitliche Summe nennt und die Summen differieren, gilt keineswegs unstreitig das Prinzip „*in maiori minus*“. Die dasselbe bezeugende Ulpianstelle, D 45, 1, 1, 4 halte ich mit H. Krüger, *Exc. doli* 104 A. 20, Ferrini, *Bull. dell. Ist.* 14, 220 und Gradenwitz, *Z. Sav.St.* 26, 350 für interpoliert; allerdings nur wegen des schwerfälligen Wortlauts und der Inkonzinnität derselben mit §§ 3 und 5; nicht auch wegen Gai. 3, 102, wo vielmehr nach dem Wortlaut des Kodex (den Studemund zu wenig berücksichtigt) an ganz anderes gedacht war; richtig m. E. Huschke, Gajus 62. Justinian allerdings, J. 3, 19, 5, hat Gajus so verstanden, wie Studemund liest, und damit einen Widerspruch zu seiner eigenen Interpolation in D. 45, 1, 1, 5 geschaffen. Auch der westgoth. Gajus 2, 9, 10 hat seine Vorlage so aufgefaßt wie Justinian.

⁶⁵ D. 45, 1, 1, 6.

⁶⁶ Gai. 3, 172; D. 46, 4, 9. 10. Aber es muß ein ideeller Teil bleiben, l. c. 13, 2.

⁶⁷ Vgl. oben A. 50. Aber auch dies ist, weil die *Auctoritas* eigentlich ein gesprochenes Wort voraussetzt, erst allmählich anerkannt worden.

⁶⁸ D. 26, 8, 15.

⁶⁹ Nicht hierher gehört das *Sc. Neronianum* (dessen wahre Bedeutung übrigens erst von Kretzschmar, *Prälegate* 126 und danach — im einzelnen eingehender — von Ascoli, *Arch. giur.* 40, 329 ff. festgestellt worden ist); denn es sagt nicht, daß an den Formen der einzelnen *Legatskategorien* eine Abschwächung eintritt, sonderu gestattet nur, die günstigste Kategorie zugrunde zu legen.

Stipulation rettet⁷⁰, und gänzlich unzulässig ist immer die Akzeptation eines Sklaven geblieben, weil er nicht sagen kann „habeo accepta“ (vgl. Gai. D. 46, 4, 22)^{71 71a}.

Zu dem Gesagten bildet es keinen Widerspruch, wenn gewisse Termini oder Schlagworte des Zivilrechts im Vulgarrecht auch auf Rechtshandlungen angewendet werden, zu denen sie nicht gehören. So ist es dem Terminus Mancipatio und den Formeln der Stipulation ergangen⁷²; diese unreine Übertragung des Namens ist ohne jede Bedeutung nicht bloß für die Theorie, sondern auch, soviel wir sehen, für die Praxis der klassischen Zeit und des stadtrömischen Gebiets und hat nur insoweit etwas zu sagen, als sie bei dem endlichen Zerfall der Formen in der nachklassischen Zeit der gedankenlosen Verwendung derselben den Boden bereitet hat.

Die gleiche Erscheinung wie bei den Worten zeigt sich auch bei den Solennitätshandlungen. Nur was bloße Form ohne juristischen Gehalt ist, kann vereinfacht werden und nur soweit das praktische Bedürfnis es erfordert; so ist bei der Immobiliarmanzipation das Erfordernis der Sachpräsenz weggefallen, und zwar ohne dafs ein Symbol an die Stelle trat⁷³, aber für bewegliche Sachen ist es bei dem viel geringeren Druck des Bedürfnisses aufrecht geblieben⁷⁴. Bei der Stabfreilassung hat man nicht

⁷⁰ D. 45, 1, 38, 6 u. 7.

⁷¹ Sehr scharf ist dieser Gedanke beobachtet in den pompejanischen Quittungen, soweit sie von Sklaven ausgestellt sind; vgl. Erman, Z. Sav.St. 20, 209).

^{71a} Gemäfs dem vorigen glaube ich auch nicht an einen Manzipationsanspruch des Sklaven „hanc rem meam esse ex jure Quiritium“; so auch Erman, Servus vicarius 470 A. 1 (a. A. Salkowski, Sklavenerwerb 74 A. 2; Eisele, Z. Sav.St. 26, 81). Selbst in dem von den Genannten besprochenen Fall D. 7, 1, 25, 1 scheint mir eine Formel „hanc rem domini mei esse aio e. j. Q.“, trotz der von Salkowski und Eisele für diesen Fall hervorgehobenen unleugbaren Bedenken, noch immer annehmbarer als der offenbare Widerspruch zu Gai. D. 46, 4, 22, in welchen man bei der anderen Annahme gerät.

⁷² Die Manzipation findet sich (nominell) schon in der siebenbürgischen Emtio domus C.J.L. 3 p. 944 auf Provinzialboden angewendet und auch bei den dortigen Kaufverträgen über Mobilien mag sie bloß formular genannt sein; ebenso abusiv ist es vielleicht, wenn eine Konsekration sich vollzieht mit den Worten Feroniae mancipio do (C.J.L. 9, 4874). Die Stipulation wird mißbraucht, wenn eine Gemeinde Stiftungen zu bewahren verspricht mit den Worten [sponondit L. Titius Pamphil?]us et populus (C.J.L. 6, 10296); wie in Ägypten die Stipulation entartet, kann jetzt als bekannt gelten, obwohl die Beispiele gerade hier nicht allzuweit zurückgehen.

⁷³ Arg. Ulp. 19, 6.

⁷⁴ Ulp. l. c.; auch wird in der pompejanischen Fiduziarurkunde, Bruns,

blofs, wie bei allen Akten der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit, von der Erfordernis einer *Sessio pro tribunali*, sondern überhaupt von dem Erfordernis der Gerichtsstätte abgesehen⁷⁵; aber letzteres ist, da ein ernsthafter Streit der Parteien nicht vorliegt, eine rein äufsere Konzession. Endlich hat man auch die Scheinzahlung *per aes et libram* zwar von den wägbaren auf die zählbaren Dinge erstreckt, dagegen Bedenken getragen sie auf die blofs mefsbaren auszudehnen⁷⁶.

An der Grenze der blofs äufserlichen Konzessionen steht es, wenn Ulpian einmal bei der Freilassung auch auf die Anwesenheit „des Liktors“, d. h. der zu einem Amtsakt erforderlichen Faszesträger verzichtet hat; aber der Fall gibt sich deutlich als vereinzelter und ist ohne Nachahmung geblieben⁷⁷; und der weitere Satz, dafs der Konsul bei sich selbst freilassen kann⁷⁸, enthält nur eine sehr geringe Verletzung der Prozefsfiktion, weil er die *Addictio* nicht zu seinen Gunsten sondern zu seinen Ungunsten spricht. Im übrigen wird diese, wenn auch hybride⁷⁹ Fiktion ernst genommen; die Zulässigkeit einer aufschiebend befristeten *In Jure Cessio* war noch zu Paulus' Zeit zweifelhaft „quia nulla legis actio prodita est de futuro“⁸⁰; dafs der Haussohn und Sklave auf diesem Wege den Rechtserwerb nicht vermitteln können, gilt als zweifellos, und dem entspricht es, auch der in den Quellen scheinbar anerkannten Stabfreilassung durch den Haussohn ernstlich zu misstrauen⁸¹.

Insbesondere wichtig ist vielfach die Frage, inwiefern die verschiedenen Hilfsakte, durch deren künstliche Kombination die Jurisprudenz oft neue Rechtsgeschäfte ins Leben gerufen hat, hierbei ihre ursprüngliche Natur bewahren oder zu inhaltlosen Formali-

Fo.⁶ 291 f., jeder Sklave separat manzipiert, ebenso bei Tacit. ann. 2, 30. Bezüglich Immobilien scheint die Wirksamkeit einer Gesamtmanzipation, welche Ulpian a. O. ruhig voraussetzt, noch von Callistratus untersucht worden zu sein, D. 21, 2, 72, dazu Lenei, Pal. ad h. 1.

⁷⁵ Gai. D. 40, 2, 7; Ulp. *ibid.* 8.

⁷⁶ Gai. 3, 175.

⁷⁷ Ulp. D. 40, 2, 8; vgl. damit Hermogen. l. c. 23. Unrichtig hat man die erstere Stelle öfter auf Nachlaß der *Assertio in libertatem* bezogen; dagegen Wlassak, Z. Sav.St. 23, 20 f.

⁷⁸ Ulp. D. 1, 10, 1, 2 cf. Jul. 40, 2, 5. Wlassak, Z. Sav.St. 23, 42 f. nimmt dies schon für die Zeit des Cicero als möglich an und beschränkt die von Julian berichteten Zweifel über die Frage auf den Fall, dafs noch eine *Causae probatio* erforderlich war.

⁷⁹ Oben S. 278.

⁸⁰ Paul. Vat. Fr. 49.

⁸¹ Vgl. oben S. 211 A. 23.

täten herabsinken. Auch hier würde man sehr irren, das Letztere überall als abgeschlossenen Prozeß anzusehen. Selbst der vielleicht am stärksten denaturierte aller solcher Hilfsakte, die Mancipatio familiae äußert noch einen letzten Rest seiner ehemaligen Bedeutung darin, daß als Testamentszeuge nicht zugezogen werden kann, wer zum Familiae emtor in einem die Zeugniskraft für die Manzipation ausschließenden Nahverhältnis steht⁸², und vielleicht auch darin, daß die zur Erbschaft gehörigen Sklaven bei Prozessen gegen den Familiae emtor nicht der Tortur unterworfen werden konnten⁸³. Sehr deutlich zeigt sich der Widerstand, welchen die juristische Konsequenz hier dem praktischen Bedürfnis entgegengesetzt, an den fiduziarischen Manzipationen, welche das Hauskind bei der Emanzipation und Adoption erleidet; sie sind praktisch von der üblen Folge der Capitis deminutio begleitet, welche den Ususfructus und die Tutel des Hauskinds zerstören. Man ist seit Beginn der Kaiserzeit bemüht, diese Verhältnisse nach Möglichkeit zu retten, wobei man jedoch in der Theorie am Eintritt der Capitis deminutio immer noch festhält und nur auf Umwegen ihre Wirkungen zu paralysieren sucht⁸⁴ — soweit das möglich ist⁸⁵. Daß die In Jure Cessio und Manumissio Vindicta

⁸² Gai, 2, 105.

⁸³ Nach der Regel, daß der Sklave gegen seinen Herrn nicht inquiriert werden darf. Der Satz ist allerdings nicht direkt ausgesprochen, sondern nur durch Annahme einer Interpolation in Ulp. 48, 18, 1, 6 zu erschließen (Lenel, Pal. ad h. l.). Vgl. oben S. 77 A. 11.

⁸⁴ Dies geschieht auf verschiedene Weise. Die Tutel scheint teils als munus publicum aufrecht erhalten worden zu sein, teils so, daß man sagt, der Tutor sei nominatim als solcher bezeichnet (arg. D. 4, 5, 6 u. 7 pr.), so wohl schon zur Zeit des Sabinus, D. 26, 7, 37, 2. Doch paßt das nicht auf die Agnatentutel, die denn auch immer noch untergeht, D. 4, 5, 7 pr. i. f. Den Dotalanspruch hat man wohl leicht retten können, weil er ursprünglich prätorischer Natur war (oben S. 61 A. 65) und die Rentenlegate, indem man sie in Teillegate auflöste, so daß der nach der Cap. Min. fällige Teilanspruch in der Person des Minutus erst zur Entstehung gelangt, D. 33, 1, 8, während der Ususfructus allerdings untergeht (Justin. C.J. 3, 33, 16, 2). Vgl. noch Pernice, Lab. 1, 159, 170; Conrat, Cap. dem. 176. — Über die Frage, in wiefern die Gewalt des Mancipio accipiens fortdauernd als reelle betrachtet wird, vgl. unten § 20.

⁸⁵ Keinen Widerspruch gegen die (relative) Realität dieser Manzipium-Verhältnisse bildet es, daß die Frau, welche fiduciae causa coemptionem facit cum extraneo (d. h. mit einem Dritten im Gegensatz zur Coemptio fiduciaria durch ihren Ehemann), bei diesem Extraneo nicht filiae loco wird (ihn also z. B. nicht beerbt), Gai. 1, 115 b. Da bei der fiduziarischen Koemption durch den Ehemann nach Gai. l. c. doch das filiae loco-Verhältnis begründet wird, kann

ihre Legisaktionsnatur genugsam beibehalten hat, um Stellvertretung des Haussohns für den Vater auszuschließen wurde bereits bemerkt (oben S. 286). Angesichts dieses fortlebenden Formsinns ist es denn auch sehr bedenklich, eine Degeneration der Pfandfiduzia in dem Sinn anzunehmen, daß dem Verpfänder ein latentes Eigentum am Fiduziarpfand zugeschrieben worden sei⁸⁶.

E. Formen im Amtsrecht.

Nicht-
zivil-
Rechts-
geschäfte.

Der äußere Formalismus in dem oben (S. 279 f.) dargestellten Sinn ist keine ausschließliche Eigentümlichkeit der zivilrechtlichen Akte. Auch für Willenserklärungen, die dem Amtsrecht unterliegen, ist absolute Formlosigkeit im heutigen Sinn keineswegs selbstverständlich, wengleich solchen Formen immerhin eine größere Biegsamkeit innewohnt. Es ist zunächst daran zu erinnern, daß selbst für die Errichtung von Fideikommissen ursprünglich keineswegs jede erkennbare Willensrichtung des Testators als genügend angesehen wurde, sondern bis auf die Zeiten der Severer eine ausdrückliche⁸⁷ an den Belasteten oder allenfalls an den Begünstigten⁸⁸ gerichtete Rede gefordert wird; erst die Severischen Reskripte lassen jeden erkennbaren Willen genügen⁸⁹. Ebenso steht jetzt fest, daß die prätorisch-junianische Freiheit keineswegs an jeden, wie immer ersichtlichen Freilassungswillen des Herrn, sondern nur an den, in gewissen Formen erklärten sich

es nicht der bloß fiduziarische Charakter der Koemtion sein, der den Ausschluß der Filiation bedingt. Rabel a. O. 298 nimmt an, daß dieser auf eine Besonderheit des hierbei gebrauchten Formulars zurückging. Mir ist wahrscheinlicher, daß er auf dem Mangel der *Deductio in domum* beruhte, ohne welche keine Ehe zustande kommt (s. im Eherecht). Die *Manus* allein begründet noch keine Agnation, sondern nur die auf Ehe beruhende.

⁸⁶ Vgl. Schirmer, Z. Sav.St. 11, 86 f. Wenn Pernice, Lab. 3, 139 f. sich für die Annahme einer solchen Entartung auf D. 9, 4, 22 pr. beruft, wo die Noxalklage nicht gegen den fiduziarischen Pfandgläubiger zugelassen wird, sondern gegen den Verpfänder, so ist zu erwidern, daß dieselbe eben nicht auf das Eigentum, sondern auf die *Potestas* abstellt, und gerade diese *Potestas* (d. h. die durch die *aº fiduciae* gegebene Möglichkeit der Wiedererlangung) in der Stelle als das Maßgebende betont wird.

⁸⁷ Gai. 2, 249, 250; cf. Paul. sent. 4, 1, 5. 6. Erst Ulp. Fr. 25, 3 und Paul. D. 32, 21 pr. (teilweise itp., vgl. oben A. 50) betonen auch die Zulässigkeit des *Nutus* als „receptum“.

⁸⁸ Pap. D. 31, 69 pr.; Paul. sent. 4, 1, 5 u. a.

⁸⁹ Marcian D. 36, 1, 30; vgl. Paul. l. 76 pr. und Sev. bei Gord. C.J. 6, 45, 2. Vielleicht auf Anregungen Scaevolae zurückgehend oben S. 196 A. 5). — Itp.

anknüpfte⁹⁰. Auch von den verschiedenen Anwendungen des prätorischen Receptum ist es nicht gesagt, daß ein stillschweigendes recipere genügt⁹¹. Wenn endlich das Institut der prozessualischen Kognitur prätorischen Ursprungs ist, wie durchaus möglich, so zeigt die hier stattfindende Bestellungsform, daß sogar strenge und starre Formeln hier nicht ausgeschlossen sind⁹².

II. Der innere Formalismus.

Dieser tritt uns in einer unübersehbaren Fülle von Erscheinungen entgegen, wovon nur einige der wichtigsten angeführt werden können. Der in der vorgeschriebenen Form vorgenommene Rechtsakt wirkt kraft seiner Form, unabhängig vom Willen des Handelnden. Diese dem Parteiwillen oft direkt zuwiderlaufende Formalwirkung tritt in zahlreichen Erscheinungen hervor, und die ganze Geschichte des klassischen Rechts zeigt den beständigen Kampf der freien mit der formalen Beurteilung. Für die ursprüngliche, nur das Wort, nicht auch den Willen berücksichtigende Auffassung gibt es vielleicht keinen stärkeren Ausdruck als die Tatsache, daß einerseits auch die von dem willensunfähigen Kind, wenn es nur sprechen kann, mit Vollwort seines Tutors gebrauchte Rechtsformel ein gültiges Rechtsgeschäft erzeugt, andererseits der äußerlich korrekte Formalakt seine negativen Wirkungen auch dann äußert, wenn die beabsichtigten positiven Wirkungen aus irgend einem Grunde nicht zur Geltung gelangen können (S. 250). Beispielsweise sei ferner noch daran erinnert, daß die Berücksichtigung von Dolus und Metus erst dem prätorischen Recht angehört; daß die freie Auslegung der Rechtsgeschäfte erst durch die Bonae fidei judicia ins Leben gerufen wird; daß die Novation durch Stipulation

Innere
Rechts-
formalis-
mus.

ist der Schluß von Paul. D. 26, 2, 32, 2, wonach die testamentarische Berufung eines (eigenen) Sklaven zum Tutor als direkte Freilassung gelten soll; vgl. dagegen C.J. 7, 4, 10; 6, 27, 5, 1 b; sie wirkt vielmehr (und auch dies wohl erst seit Severus) nur fideikommissarisch.

⁹⁰ Wlassak, Z. Sav.St. 26, 367 ff., bes. 416 ff.

⁹¹ So wenig wir im einzelnen wissen, ist doch klar, daß die *a^o recepticia* gegen den *Argentarius* und die *Nautae* nicht an jede formlose Übernahme geknüpft gewesen sein können; für die letztere zeigt dies schon der überlieferte Wortlaut des Edikts, welcher auf *salvum fore recipere* geht (vgl. noch Lenel, Z. Sav.St. 13, 403 u. meine Bem. zu D. 20, 4, 6, 1, Z. Sav.St. 19, 201 A. 3), für die erstere ist *recipere* als technischer Ausdruck der *Argentarii* oft bezeugt (Bekker, Z. Sav.St. 3, 1 f.).

⁹² Vgl. oben § 4 A. 11.

im älteren Recht unabhängig vom *animus novandi* auftritt; daß das Geschäft des Stellvertreters seine Rechtswirkungen für diesen erzeugt, auch wenn er ersichtlich *alieno nomine* gehandelt hat u. v. a. Hierher gehört ferner das gesamte *Jus strictum* mit seiner formalen Härte: der Nichtberücksichtigung der nicht in gehöriger Form abgeschlossenen Nebenverabredungen bei Verträgen; den Sätzen, daß, was nicht besonders bedungen, auch nicht klagbar ist; daß, wo das Geben einer Sache versprochen ist, ein Tun und daher ihre vorläufige Verwahrung nicht geschuldet wird; daß selbst das Geben des beschädigten Gegenstands Erfüllung ist; daher die Fiktion „*res deterior reddita non videtur reddita*“ u. s. w. Hierher gehört endlich das Prinzip der Simultaneität zwischen dem Rechtsgeschäft und seinen Wirkungen⁹³, wonach wenigstens bei formalen Geschäften zum größten Teil Bedingungen, Anfangs- und Endtermine ausgeschlossen sind⁹⁴, und ein ganzes Arsenal ähnlicher Sätze enthält das *Erbrecht*. Zahlreich sind die Mittel, welche die klassische Zeit aufgeboten hat, um diese Fesseln zu sprengen; teils hat die Wissenschaft mit ihren zahlreichen Fiktionen, der eigens gegen die Gefahren der Rechtskonsequenz geschaffenen Lehre von den *Schwebezuständen* und anderen konstruktiven Hilfsmitteln, teils hat die kaiserliche Gewalt durch Schöpfung besonderer Rechtsinstitute wie der *Fideikommiss* dagegen angekömpft; beseitigt sind diese Überreste niemals worden, und vielfach haben sie in ihrer eigentümlichen Schroffheit dem römischen Recht seine bis in die Gegenwart fortdauernde Signatur gegeben.

§ 16. Die Urkunde.

Unsere Kenntnis von den römischen Privaturkunden beginnt erst mit der Kaiserzeit. Denn für die Zeit des Freistaats ist uns

⁹³ Hierüber die bekannten Ausführungen von Ihering, *Geist* 3, 1, 134—178. Über einzelne Punkte, wo dieses Prinzip später verlassen worden ist, s. oben S. 170 A. 13.

⁹⁴ Möglicherweise hat es auch eine Zeit gegeben, wo bedingte (vgl. D. 46, 4, 21) und vielleicht auch betagte (arg. D. 42, 1, 7) Forderungen nicht aufgehoben werden konnten; für die Zeit der reinen *Libralzahlung* ist dies sehr wahrscheinlich; vgl. Huschke, *Nexum* 239. Daß auch bloße *Teilliberation* nicht von jeher zulässig gewesen sein wird, nehmen Erman, *Quittungen* 40 f. und H. Burckhard (*Z. Sav.St.* 9, 310) mit Recht an; vgl. D. 46, 4, 14; *Gai.* 3, 172. Ebenso muß die Zahlung eines Dritten für den Schuldner ursprünglich unmöglich gewesen sein (*Lab. D.* 46, 3, 91; hierzu Kretschmar, *Erfüllung* 1, 19). Das *se liberare* muß also in jeder Beziehung dem *se obligare* genau entsprechen haben.

von dem Bestande derselben höchstens der Name überliefert; wir können allenfalls aus diesem, sowie durch Rückschlüsse aus den Tatsachen der späteren Zeit für die Beschaffenheit der republikanischen Urkunden Folgerungen ableiten, aber autoptische Ermittlungen sind hier ausgeschlossen. Wenigstens soweit es sich um den italischen Rechtskreis handelt. Etwas günstiger liegen die Verhältnisse für das hellenistische Rechtsgebiet, wo Inschriften und Papyri weiter zurückführen. Diese lassen auch gewisse Beeinflussungen des römischen Urkundenwesens durch das hellenistische annehmen¹.

Für die Darstellung des römischen Urkundenwesens der Kaiserzeit ist auszugehen von dem bekannten Gegensatz der Zeugnisurkunde und der Dispositivurkunde². Es ist hierbei vorweg zu bemerken, was auch bei den Römern sich geltend macht, daß diese Einteilung durchaus nicht zusammenfällt mit jener in objektiv stilisierte Urkunden und in subjektiv gefaßte, d. h. in solche, bei welchen die Abgabe einer rechtsverbindlichen Erklärung vom Standpunkte der Gegenpartei oder eines außenstehenden Beobachters in der dritten Person³ festgestellt wird, und solche, in denen die durch die Urkunde zu belastende Partei selbst, in der ersten Person redend, eine Erklärung abgibt. Denn die äußere Fassung entscheidet nicht über den rechtlichen Inhalt der Urkunde. Es kann in der subjektiven Stilisierung eine bloße Zeugniserklärung enthalten sein, und dies ist auch bei den Römern oft der Fall. Umgekehrt kann, was freilich bei der älteren römischen Urkunde

Zeugnisurkunde
und
Dispositivurkunde.

¹ Darum ist es auch nicht durchführbar, die Darstellung für beide Gebiete scharf zu sondern; das verbietet sich auch deswegen, weil in Aegypten zur Kaiserzeit viele Urkunden von Römern herrühren. Im nachfolgenden ist die römische Praxis überall in den Vordergrund gestellt, daneben aber auf die griechische — natürlich ohne Absicht der Vollständigkeit — soweit Rücksicht genommen, als es sich um Parallelbildungen handelt. — Zum Schluß (S. 307 f.) sind einige besondere Regeln des gräko-ägyptischen Urkundenwesens zusammengestellt; obwohl dieselben teilweise mit dem römischen Recht nicht direkt zu tun haben, läßt doch das auch den Romanisten notwendige Studium der ägyptischen Papyri das Verständnis der dortigen Urkunde erforderlich erscheinen.

² Den Ausdruck „Tatbestandsurkunde“ vermeide ich geflissentlich. Er scheint mir weniger auszudrücken als „Dispositivurkunde“, und ich bin auch nicht sicher darüber, ob er von allen Schriftstellern als genau synonym mit dem letzteren Wort betrachtet wird.

³ Vgl. Brunner, R.Gesch. d. Urkunde 17 und 44.

noch nicht vorkommt, eine dispositive Urkunde in objektiver Fassung errichtet werden⁴.

I. Die eben aufgestellte Unterscheidung von Zeugnis- und Dispositivurkunden ist allerdings bei den Römern selbst nicht formuliert worden. Eine systematische Klassifikation der verschiedenen Urkundenarten findet sich bei ihnen nicht. Zwar ist der Urkundenstil ein sehr fester und es heben sich verschiedene Kategorien von einander ab; aber es kommt das eben nur in den Urkunden selbst, nirgends jedoch in der Rechtswissenschaft und Rechtssprache zum genügenden Ausdruck.

Römische
Termino-
logie.

Demgemäß ist auch die Terminologie der Römer eine schwankende und schillernde. Sie ist oft weniger auf den juristischen Charakter der Urkunde als auf Äußerlichkeiten abgestellt. Oft gebrauchte Namen sind Tabulae (oder Testatio), Cerae, Epistola, Chirographum, Cautio⁵; auch Instrumentum kommt vor.

Tabulae.

Hierbei weisen die Ausdrücke Tabulae oder Cerae zunächst auf das Material der Urkunde hin: Wachstafeln. Ihrem juristischen Charakter nach enthalten die Tabulae meist objektiv referierende Zeugnisurkunden, können jedoch daneben ein subjektives Chirographum in sich schliessen⁶.

Epistola.

Auf die Stilisierung abgestellt ist der Begriff der Epistola; sie ist immer eine subjektiv, und zwar in Briefform gehaltene Er-

⁴ Wo eine Willenserklärung der schriftlichen Form nach Gesetz oder Verabredung der Parteien bedarf, ist die bezügliche Urkunde Dispositivurkunde auch dann, wenn sie selbst über die Erklärung wie über eine außenstehende Tatsache berichtet. Denn erst dadurch, daß sie, und zwar unter der erforderlichen Zustimmung des Erklärenden, errichtet wird, kommt das Rechtsgeschäft zustande. Das ist besonders deutlich dort, wo zur Giltigkeit der Urkunde, wie es im gemeinen Recht nach C.J. 4, 21, 17 der Fall war, Unterschrift des Erklärenden gefordert wird. Ebenso sind auch die regelmäßig objektiv gefaßten notariellen Urkunden dispositive, so oft erst durch die Beurkundung das Rechtsgeschäft zustande kommen soll; das wird z. B. anzunehmen sein von manchen der agoranomischen und andern objektiven Urkunden aus Aegypten (s. u. S. 307 f.). Denn es läßt sich für das hellenistische Gebiet überhaupt vermuten, daß man, wenn auch nicht ausnahmslos (Realverträge!), so doch vielfach (z. B. bei Konsensualverträgen), die schriftliche Fixierung zur Perfektion des Geschäfts erforderte (Reichs- u. Volksr. 514 f.). — Dem klassischen römischen Recht allerdings sind solche Urkunden fremd (abgesehen etwa davon, daß beim schriftlichen Testament ein objektives Element konkurriert [A. 14]).

⁵ Vgl. Paul. sent. 5, 25, 5; Scaev. D. 38, 4, 7; Sev. Alex. C.J. 4, 56, 2 u. a.

⁶ S. unten S. 297. Mitunter ist direkt die Rede von tabulae chirographi D. 30, 44, 5. 84, 7; ob sich dies auf die bezeichnete Mischung von objektiver Urkunde und Chirographum bezieht oder nur das letztere vorlag, läßt sich nicht sagen.

klärung des Ausstellers an den Destinatär, beginnend mit *ille illi salutem* (ὁ δεῖνα τῷ δεῖνι χαίρειν), die Datierung regelmässig am Schlufs; doch sagt der Name nichts darüber, ob es sich um eine dispositive oder eine Zeugnisurkunde handelt⁷.

Davon wohl zu unterscheiden ist das Chirographum. Zwar ist auch dieses notwendig subjektiv stilisiert und kann auch gleich der Epistola Dispositiv- oder Zeugnisurkunde sein; im übrigen aber ist hier nicht, wie bei der Epistola, die Briefform der Urkunde das Begriffsmerkmal, sondern lediglich die Tatsache, daß der Aussteller persönlich, d. h. in subjektiver Redewendung eine schriftliche Erklärung abgibt. Ganz gleichgiltig ist dabei, ob diese den Hauptinhalt der Urkunde bildet (wie es bei der Epistola notwendig ist), oder blofs einen Zusatz, durch den sich der Aussteller den übrigen Urkundeninhalt aneignet; gleichgiltig ferner, ob Briefform (Grufsformel) vorliegt oder nicht⁸. Immerhin liegt im Ausdruck Chirographum insofern ein bestimmter Gedanke, als derselbe auf die Abgabe einer Erklärung durch den Aussteller selbst hinweist; da jedoch eigene Handschrift desselben hierbei nicht verlangt wird (unten S. 305), geht hierbei das Wort etwas über den Gedanken hinaus.

Chirographum.

Ganz unverläßlich ist der Terminus Cautio; er kann, auf den Geschäftsinhalt abzielend, die Stipulationsurkunde bedeuten, aber

Cautio.

⁷ Unter den überaus zahlreichen gräkoägyptischen Epistolae sind sehr viele bloße Zeugnis- (= Geständnis)-Urkunden, insbesondere die Schuldscheine (soweit nicht etwa ein blofs fingiertes Darlehen vorliegen sollte, wovon mir in dieser Form kein Beispiel bekannt ist). Bei den Epistolae, welche Kauf, Miete u. a. betreffen, kann man allerdings meist ebensogut den dispositiven Charakter annehmen, d. h. voraussetzen, daß der Brief nicht sowohl eine bloße Bestätigung des bereits mündlich abgeschlossenen Vertrags enthält, als vielmehr diesen erst zustande bringt. — Die in den Digesten enthaltenen Beispiele dieser Urkundengattung sind bei Bruns, *Verm. Schr.* 2, 97 f. und Voigt, *R.G.* 2, 379 A. 13 zusammengestellt, jedoch insofern unvollständig, als die bloßen Erwähnungen von Epistolae nicht vollzählig angeführt sind.

⁸ Darum ist nicht jedes Chirographum eine Epistola (z. B. nicht die Chirographa, welche die pompejanischen Quittungen begleiten u. a.), während jede Epistola ein Chirographum genannt werden kann. Im Sprachgebrauch der Papyri ist die Bezeichnung der Epistola als Chirographum sogar die Regel (z. B. *B.G.U.* 69, 71, 179, 272, 300, 301, 455, 578 [sämtlich von römischen Ausstellern] u. a.); ferner *C.J.L.* 6, 10 173: „quibus ego donavi vivus (so zu lesen für usu) chirographo“ (daß solche Chirographa Epistolae waren, zeigt *C.* 6, 10 242). Die teilweise Synonymie ist auch bei den Juristen nachweisbar, *Scaev. D.* 2, 14, 47, 1. An anderen Orten führen diese wieder beide Namen nebeneinander auf: *Scaev. D.* 38, 4, 7; *Paul. sent.* 5, 25, 5.

auch jede andere und kann der Urkundenform nach sowohl die objektive als die subjektive Zeugnisurkunde oder die Dispositivurkunde⁹ bezeichnen; oft bezeichnet er die Beweisurkunde schlechthin¹⁰.

Instru-
mentum.

Endlich Instrumentum bedeutet alles, was als urkundliches Beweismittel dienen kann, daher sowohl die Geschäftsurkunden in allen ihren Abarten, wie auch Rechnungen und Belege¹¹; in gesteigerter Bedeutung die mit allen Beweissicherungen versehene, im Gegensatz zur bloß handschriftlichen Urkunde¹².

Über-
wiegen der
Zeugnis-
urkunden.

II. Im älteren römischen Recht ist die Bedeutung der Zeugnisurkunde gegenüber der dispositiven die weit überwiegende, weil zu fast allen Rechtsgeschäften ein außer der Urkunde liegender Hergang erfordert wird (Mancipatio, Injurecessio, Realkontrakt, Stipulatio¹³), den diese zwar bestätigen, aber nicht in sich aufnehmen kann. Von den Geschäften des Jus civile können überhaupt nur der Literalkontrakt, d. h. die Begründung eines Nomen transscripticum, und das schriftliche Testament wenigstens teilweise sich in der Urkunde verkörpern¹⁴. Dagegen können aller-

⁹ Vieldeutig ist also der Gegensatz, wenn von tabulae cautiones die Rede ist, Paul. D. 47, 2, 83, 3 (= sent. 2, 31, 32) — objektive und subjektive Urkunden? Oder Wachstafeln und Papyrus? — oder von cautio et chirographum, Callist. D. 49, 14, 3 pr. Ganz unklar ist Paul. sent. 5, 25, 5: testationes, cautiones, chirographa, epistolae.

¹⁰ Z. B. Paul. sent. 3, 6, 59 u. v. a.

¹¹ Letzteres, wenn von instrumenta et cautiones gesprochen wird, Afric. D. 32, 64; Callist. D. 35, 1, 82. — Außerdem bezeichnet das Wort auch die Verkörperung der Erklärung durch die Urkunde, z. B. instrumentum cautionis Mod. D. 20, 6, 9, 1.

¹² Charakteristisch hierfür C.J.L. 12, 4393: epistolam pro perfecto instrumento retinebitis. Auch in C.J. 2, 58, 1 pr. werden literae und instrumentum in Gegensatz gebracht.

¹³ Inkorrekt wird in dem Rechtsfall bei Paul. D. 24, 1, 57 über eine Stipulation eine Dispositivurkunde („spondeo“ statt interrogata spondendi) ausgestellt. Das Vorkommnis bedeutet einen Vorläufer der späteren Degeneration der Stipulatio.

¹⁴ Zwar findet auch bei diesen beiden Geschäften noch ein von der Urkunde nicht getragener Akt statt, hinsichtlich dessen noch ein Beweisinstrument erforderlich ist, nämlich beim Literalkontrakt das Jussum (oder wie man es nennen mag) des zu Belastenden, ohne welches natürlich die einseitige Expensilatio wirkungslos wäre, und beim Testament die Mancipatio familiae, und insofern kann man sagen, daß in beiden Fällen keine reinen Dispositivurkunden vorliegen; aber andererseits kann man hier auch nicht von Zeugnisurkunden sprechen. Wenn, was ja beim schriftlichen Testament jedenfalls geschehen ist, die Zeugnisurkunde über die Mancipatio und das vom Testator

dings die formlosen Konsensalkontrakte des *Jus gentium* und diverse prätorische Rechtsgeschäfte auch durch Ausstellung von Dispositivurkunden sich vollziehen¹⁵.

Dabei sind die römischen Zeugnisurkunden ursprünglich wohl immer objektiv, d. h. referierend stilisiert gewesen. Dann lag ihre Beweiskraft darin, daß sie unter Mitwirkung von Zeugen errichtet wurden. Die Zahl der Zeugen wechselt. Daß die Siebenzahl bei der *Mancipatio* und den ihr verwandten Geschäften, *Solutio per aes et libram* u. dgl. allgemein üblich gewesen wäre, ist eine mit Vorsicht aufzunehmende Behauptung¹⁶.

Objektive
Fassung
derselben.

hergestellte Testament sich zu einem Ganzen verbindet, kann man etwa von einer gemischten Urkunde reden. Wie übrigens letztere Verbindung geschah, d. h. an welcher Stelle der Testamentsurkunde die *Manc. fam.* beurkundet wurde, wissen wir nicht mit Bestimmtheit. Aus dem Testament des G. Longinus Castor B.G.U. 326 (dazu Mommsen, Berl. Sitz.Ber. 1894, S. 47 f.; Appleton, *Rév. Gén. du droit* 1905, 481 f.; Erman, *Z. d. Sav.St.* 26, 473 f.) ist es nicht zu ersehen, weil dieses wohl kein eigentliches schriftliches Testament sein muß, sondern auch ein *testamentum nuncupativum in scripturam redactum* darstellen kann.

¹⁵ Im gräko-ägyptischen Verkehr der Kaiserzeit ist diese Art der Dispositivurkunde sehr gewöhnlich, auch bei den daselbst auftretenden Römern.

¹⁶ Wo die Siebenzahl der Zeugen vorkommt, ist sie allem Anschein nach (wenigstens wissen wir von keiner anderen, etwa gesetzlichen Quelle dieser Ziffer) nachgebildet den sieben Solennitätspersonen beim Testament. Diese sind zu erklären durch die Zusammenzählung der fünf *Manzipationszeugen*, des *Libripens* und des *Familiae emptor* (Bruns, *Verm. Schr.* 2, 138). Daß letzterer der siebente ist und nicht (wie neuerdings wieder Erman, *Ztschr. d. Sav.St.* 21, 189 behauptet) der *Antestatus*, ist jetzt definitiv durch das Testament des G. Cassius Longinus B.G.U. 326 bewiesen, wo der *Antestatus* bloß als Vormann der Zeugen erscheint (Mommsen, Berl. Sitz.Ber. 1894, 56), gleich dem griechischen *Syngraphophylax* (Text zu A. 64). Nach jenem Vorbild kommt die Siebenzahl in der Kaiserzeit (nicht früher) mitunter als gesetzliche Zeugenzahl vor (Bruns a. O. 127 f.), außerdem von Privaturkunden regelmäßig auf den Abschriften der Militärdiplome und in einigen anderen Fällen (neuestens auf den *Kretionsurkunden* in *Nouv. Rev. Hist.* 1906, 479 [unsicher], 481, und der *Geburtsanzeige* l. c. 483). Daß aber bei der *Mancipatio* und bei allen Geschäften *per aes et libram*, ja sogar auch bei anderen Geschäften (Erman a. O. 189), sieben Zeugen üblich gewesen seien, wird durch die Urkunden derzeit noch nicht mit genügender Sicherheit bestätigt und wäre mindestens innerlich nicht begründet, weil, wo der *Familiae emptor* wegfällt, bei richtiger Auffassung des *Antestatus* (s. oben) naturgemäß nur sechs Zeugen bleiben. Das im folgenden zusammenzustellende Material ist freilich nicht durchaus erstklassig und enthält insbesondere keine — wenigstens keine echten — *Gesta p. aes e. l.*; aber jedenfalls enthält es auch keine Bestätigung jener Lehre etwa in dem Sinn, daß man von einer „Normalform der *Testatio*“ sprechen könnte. Denn in den allerdings nicht bloß von Römern errichteten und auch

Subjektiv
gefaßte
Zeugnis-
urkunde
(Chiro-
graphum).

III. Demnach ist die subjektiv stilisierte Urkunde im römischen Verkehr erst eine spätere Erscheinung. Die subjektive Dispositivurkunde ist wenigstens dem Zivilrecht mit Ausnahme des schriftlichen Testaments und der *Expensilatio* fremd und erst mit der Ausbildung des *Jus gentium* einer erheblichen Anwendung fähig geworden. Aber auch die subjektive Zeugnisurkunde ist erst gegen Ende der republikanischen Zeit in Italien heimisch geworden. Einen äußern Ausdruck finden beide Datierungen darin, daß die allgemeinste Bezeichnung der subjektiven Urkunde, der Name *Chirographum*, ein fremdsprachiger ist; allem Anschein nach ist die subjektive Stilisierung dem hellenistischen Verkehr früher geläufig gewesen¹⁷

sonst nur uneigentlichen (oben S. 285), aber doch im römischen Stil gehaltenen Manzipationen der siebenbürgischen Wachstafeln beträgt die Zahl der Zeugen höchstens sechs und zweimal (C.J.L. 3 p. 943 Nr. VII und p. 959 Nr. XV) sogar nur fünf, da von den sieben hier vorfindlichen Siegeln stets eins dem Verkäufer und zweimal eins dem *Secundus auctor* gehört — vielleicht hat man in den letzteren Fällen den Ersatz für den (bei dem hier nur fingierten Manzipationsakt fehlenden) *Libripens* weggelassen und ist, wo er mitfingiert wurde, auf sechs Zeugen gekommen. In den pompejanischen Wachstafeln ist die Zeugenanzahl allerdings nach Zangemeisters Lesungen (C.J.L. 4 Suppl. 1) nie unter sieben, aber teilweise auch größer; und in den ravennatischen Käufen ist sie wieder geringer: fünf; und diese der Zahl der Manzipationszeugen nachgebildete Ziffer kommt auch sonst vor, vgl. C.J.L. 3, 371 (fünf Zeugen eines letztwilligen Auftrags), daher auch die späteren fünf Kodizillarzeugen. Der Kaufvertrag aus *Seluukeia*, Brit. Mus. Pap. 229 v. J. 166 p. C. (Schulten, *Hermes* 32, 273) hat nur drei Zeugen; daß sieben Siegel herauskommen, ist reiner Zufall, weil neben den Parteien zufällig noch ein Kaufbürge und ein Subskriptor desselben mitwirken. (Die Kaufverträge aus *Myra* B.G.U. 913 und *Side* B.G.U. 887 [wo allerdings nicht beide Parteien Römer sind] haben gleichfalls geringe [nicht genau festzustellende] Zeugenanzahlen; ja der letztere hat vielleicht gar keine Zeugen). — Mit dem Gesagten soll übrigens Ermans Behauptung, soweit sie die Manzipation und die verwandten Geschäfte betrifft, nicht für unmöglich erklärt sein; ich möchte nur dagegen Verwahrung einlegen, daß man sie als gesichert annähme.

¹⁷ Vgl. Cic. ad fam. 7, 18, 1: *Graeculam . . . cautionem chirographi mei*. In den Papyri ist das älteste *Chirographum* schon im 3. Jhd. v. Chr. nachweisbar in P. Hib. 94 (a^o 258). S. ferner P. Leid. C. (a^o 162/161); P. Grenf. 2, 17 (a^o 136); P. Lond. 2 n^o 220 Col. 2 (a^o 133?); P. Amh. 2, 32 V. (a^o 114); P. Teb. 107 (a^o 112); P. Rein. 221. 32 (a^o 107); ferner erscheint eines in einer Amphissäischen Freilassungsurkunde zwischen 150—100 v. Chr. (häufig sind *Chirographa* in delphischen Freilassungsurkunden der beginnenden Kaiserzeit); *Keramopullos*, *Klio* 4, 18 f. Durch den obigen *Hibehpapyrus* verliert auch das von *Keramopullos* a. O. 28 mitgeteilte *Hypereideszitat* bei *Pollux* 2, 152: „Υπερείδης δ'έν τῷ ὑπὲρ Λυκάρωνος καὶ τὸ ὑπὸ τῶν πολλῶν ὀνομαζόμενον χειρόγραφον χεῖρα ὀνόμασεν εἰπὼν, οὕτε γὰρ τὴν ἑαυτοῦ χεῖρα δυνατόν ἀνήσασθαί“ viel von seiner

und erst von hier nach Italien eingedrungen, obwohl auch bei den Griechen der objektive Stil noch im ptolemäischen Urkundenkreis weit verbreitet ist.

Jedenfalls aber gewinnt in der Kaiserzeit das Chirographum auch bei den Römern auf Kosten der älteren Urkundengattung beständig an Verbreitung. Insbesondere auch bei den Zeugnisurkunden. Die pompejanischen Wachstafeln zeigen in lehrreicher Weise das Vordringen dieser jüngeren Form. Selbst dort, wo die Haupturkunde noch objektiv stilisiert ist, was nicht immer der Fall ist¹⁸, wird ihr noch eine zweite subjektiv stilisierte Erklärung entsprechenden Inhalts beigegeben. Es mag hierbei mehr noch als der durch die Möglichkeit der Handschriftenverglei- chung gebotene Beweisvorteil der Umstand maßgebend gewesen sein, daß man in der Ausstellung einer persönlichen Erklärung einen besonders schlagenden Ausdruck des Willens gefunden hat. Nur die letztere Funktion kommt dem Chirographum dort zu, wo es, wie sehr häufig, durch dritte Personen an Stelle des schreibensunkundigen Ausstellers niedergeschrieben wird¹⁹; der Beweis dafür, daß der Aussteller mit dem Inhalt einverstanden ist, wird in solchen Fällen vielfach durch seine Untersiegelung erbracht worden sein (s. unten S. 302).

IV. Das Schreibmaterial ist Wachs (tabulae ceratae, cerae), seit Ende der republikanischen Zeit auch Papyrus (charta) oder Pergament (membrana)²⁰.

Außere
Aus-
stattung
der
Urkunden.

Irrationalität; es klingt nicht mehr unglaublich, daß schon Hypereides Chirographa gekannt hat.

¹⁸ In manchen Fällen ist auch die Haupturkunde eine chirographarische und wird in einem chirographarischen Nebenexemplar nur wiederholt. S. die Übersicht bei Zangemeister a. O. 419. — Was die materielle Bedeutung der objektiven Urkunde im pompejanischen Fund betrifft, so muß die Idee Mommsens, daß sie Akzeptilation sei, definitiv aufgegeben werden, weil die von Frauen herrührenden Urkunden dieser Art (zusammengestellt bei Erman, Z. d. Sav. St. 30, 200) keine tutoris auctoritas bezeugen, wie Erman a. O. richtig betont.

¹⁹ Diese Person ist in den Chirographa der pompejanischen Wachstafeln immer eine vom Verfasser der Haupturkunde verschiedene, weil letzterer der Destinatär der Urkunde ist; demnach zeigen die Chirographa stets verschiedene Hände, während die Handschrift der Objektivurkunde immer die gleiche (des Iucundus) ist.

²⁰ Kupfer ist nicht üblich für Geschäftsurkunden (die baetische Fiduziar- tafel auf Kupfer [Brunns, Fo.⁶, p. 293] ist anerkanntermaßen nicht Vertrags- instrument, sondern bloßes Schema), wohl aber für die Kopien der Militär- diplome. Beschreibung bei Mommsen, C. J. L. 3, 903. Doch besitzen wir

Das Wachs, welches das übliche Schreibmaterial der späteren republikanischen Zeit darstellt²¹ und noch in der Kaiserzeit vielfach verwendet wird²², wird in ausgehöhlte Holztafeln als vertiefter Spiegel eingelassen, wobei zum Schutz der Schrift diese Fläche nach Herstellung der Urkunde verdeckt werden muß. Demnach gestaltet sich die verbreitetste Gattung von Wachstafeln, das Triptychon²³, folgendermaßen: Dasselbe besteht aus drei durch Spaltung aus einem einzigen Stück hergestellten, demnach genau zueinander passenden Holztafeln, welche bestimmt sind, aufeinandergelegt zu werden. Die Deckelflächen (d. i. die erste Seite der ersten und die zweite der dritten Tafel) bleiben hierbei frei und werden nur geglättet²⁴. Auf Seite 2 und 3 des ganzen Konvolut (d. h. der zweiten Seite der ersten und der ersten Seite der zweiten Tafel) wird in die Wachsfüllung das Hauptexemplar der Urkunde geschrieben, und es werden dann diese beiden Seiten gegeneinander gelegt und zusammengebunden. Der Bindfaden liegt dabei auf der vierten Seite (zweite Seite der zweiten Tafel) in einer vertieften Rinne, in welcher er verknötet und mit den Siegeln der Zeugen und Aussteller²⁵ unlösbar befestigt wird. Um die Verschiebung an den Rändern zu verhüten, wird er in älterer Zeit in eine Kerbung derselben, nach dem Sc. Neronianum²⁶ vom Jahre 61

neuerlich auch eine auf Wachs geschriebene *Missio honesta* eines ägyptischen Soldaten veröffentlicht von Seymour de Ricci, *Nouv. Rev. Hist.* 1906, 478; dazu Girard ebenda 487 ff., woselbst auch die Grundsätze, nach welchen hier Kupfer oder Wachs verwendet wird, auseinandergesetzt werden.

²¹ Bekanntlich spricht das Edikt von *tabulae testamenti*; erst die Interpretation fügt die *chartae* et *membranae* hinzu, Paul. sent. 4, 7, 6.

²² Die eingehende Beschreibung der Wachstafeln findet sich für die siebenbürgischen bei Maßmann, *Libellus aurarius* 1840; Huschke, *Ztschr. für gesch. R. Wiss.* 12, 174 f.; Mommsen, *C.J.L.* 3, 921 f.; für die pompejaner bei Zangemeister, *C.J.L.* 4, Suppl. p. 275 f.

²³ Das Diptychon in Wachs ist exceptionell. Von den pompejanischen Wachstafeln sind Diptychen nur sechs unter einhundertsiebenundzwanzig; weitere Beispiele bieten neuerdings die lateinische Manumissionsurkunde aus Hermupolis bei Seymour de Ricci, *Proceedings of the Society of Biblical Archeology*, Mai-Juni 1904; ferner die drei letzten der von Seymour de Ricci in *Nouv. Rev. hist.* 1906, 477 veröffentlichten Wachstafeln. Ausserdem werden auch die *κωδικολλοὶ διπτυχοὶ* in B.G.U. 326 Col. 2 lin. 15 von Wachs gewesen sein. Die Regel bildet das Diptychon bei den Kupfertafeln (A. 20).

²⁴ Regelmäßig stand eine kurze Bezeichnung darauf.

²⁵ Vgl. unten A. 45.

²⁶ Das Alter dieses Senatskonsults ist durch die Zangemeisterische Ausgabe (s. das. p. 278) genau auf das Jahr 61 bestimmt worden. Die meisten pompejanischen Wachstafeln sind vor demselben (a^o 52—60) errichtet und

n. Chr. durch in der Nähe der Ränder angebrachte Löcher gezogen. Derselbe Senatsbeschluss schreibt vor, daß für die beiden ersten Tafeln dreifacher Bindfaden genommen werden muß, und daß eine nicht in der bezeichneten Weise verschlossene und versiegelte Wachstafel kraftlos sein soll²⁷. Neben den Siegeln, also auf der vierten Seite, steht der Name der Siegelinhaber²⁸. Gleichzeitig wird auf dem von den Siegeln noch übriggelassenen Teil der vierten und auf der fünften Seite oder bloß auf der fünften²⁹ ein zweites Exemplar³⁰ der verschlossenen Haupturkunde niedergeschrieben. Dieses zweite Exemplar, für welches übrigens die Bezeichnung exterior scriptura ebensowenig quellenmäßig sicher ist, wie für das erste der Name interior³¹, bleibt unverschlossen. Es wird demnach die dritte Holztafel nicht unbeweglich mit den beiden ersten verbunden, sondern nur mit einer Kante angeheftet³², so daß die äußere Urkunde jederzeit gelesen werden kann. Hierdurch wird

zeigen noch nicht die im Text geschilderte Perforierung. Drei perforierte, welche offenbar unter dem Einfluß jener Vorschrift stehen, sind aus den Jahren 61 und 62. — Fraglich ist, ob sich das SC. auch auf Testamente erstreckt oder bloß auf Kontrakturkunden; Erman, Z. Sav.St. 26, 465 f.

²⁷ Paul. sent. 5, 25, 6; Sueton Nero 17. Vgl. Mommsen im C.J.L. 3, suppl. 2012. Der Wortlaut der Paulusstelle ist ganz unverläßlich überliefert; beachtenswert sind die dazu angestellten Untersuchungen von Gerhard, Z. d. Sav.St. 25, 382 f., unten A. 31.

²⁸ Er steht meist im Genitiv, weil zu ergänzen ist „signum“, s. u.; aber nicht immer (Siebenbürger Nr. 5 II, lin. 5; 8 II, lin. 1 der Ordnung des C.J.L.)

²⁹ Die pompejanischen Wachstafeln haben die äußere Urkunde nur auf der fünften Seite. Nur diese ist hier mit Wachs gefüllt, während die vierte Seite rohes Holz darstellt und die darauf stehenden Zeugennamen mit Tinte geschrieben sind. Die siebenbürgischen Wachstafeln haben Wachsfüllung auf der vierten und fünften Seite. Die äußere Urkunde erstreckt sich hier von der vierten (welche aber gleichzeitig auch die Siegel enthält) auf die fünfte.

³⁰ Nicht notwendig wörtlich übereinstimmend. Bei den Wachstafeln des Iucundus ist öfter die innere Urkunde objektiv, die äußere chirographarisch gefaßt. S. oben S. 297.

³¹ Zu dem anfechtbaren Wortlaut der einzigen Stelle, wo uns die Namen überliefert sind (Paulus in A. 27), hat Gerhard a. O. den anregenden Vorschlag gemacht, unter Weglassung des Worts exteriorum zu lesen: „ut scripturae fidei interiorum servent“ (statt: ut exterioris scripturae fidei interiori servaverit [Cod. Parisiensis]). So kühn dies auf den ersten Blick erscheint, hat es doch darin eine starke Stütze, daß der von Paulus referierte Senatsbeschluss vorher von dem Gegensatz der beiden Texte gar nicht gesprochen hat. Vgl. aber auch Erman, Z. Sav.St. 26, 467 f.

³² Diese Heftung der Kanten findet auch bei Tafel 1 und 2 statt (noch neben dem eigentlichen Verschluss), so daß die geöffneten Tafeln nicht auseinanderfallen können.

einerseits die Integrität der Innenschrift bis zur gerichtlichen Eröffnung gewährleistet, anderseits die Orientierung über den Inhalt der Urkunde jederzeit offen gelassen.

Bei Diptychen steht der äußere Text mit den Siegeln auf einer der Außenseiten³³.

Diese den Diptychen und Triptychen³⁴ des klassisch-römischen Rechtskreises charakteristische Verschlusssicherung und das Nebeneinanderstehen einer inneren und äußeren Urkunde ist übrigens keineswegs eine spezifisch römische Erfindung und ebensowenig an die Verwendung von Wachs als Schreibmaterial gebunden. Zwar ist sehr zweifelhaft, ob die Idee, einer verschlossenen Innenurkunde eine offene äußere beizugeben, den in Ton gebrannten babylonischen Doppelurkunden entlehnt ist; aber jedenfalls findet sie sich schon dort, ebenso bei den Juden³⁵, und besonders deutlich tritt sie an den ägyptischen Papyrusurkunden hervor. Die ältesten griechischen Papyrusurkunden bestehen sogar aus zwei vollständig gleichlautenden Exemplaren der Urkunde, von denen das eine verschlossen, das andere offen gelassen wurde³⁶.

³³ Auf welcher, ist natürlich gleichgiltig. Auf der vierten findet er sich bei den Militärdiptychen auf Kupfer und auch bei dem Freilassungsakt in A. 23. Anders (die Siegel und ein Teil des äußeren Textes auf der ersten Seite, der Rest des Textes auf der vierten) die übrigen Hermupolitaner Diptychen, oben A. 23.

³⁴ Auch den kupfernen. Vgl. B.G.U. 265 l. 21: *δέλτον χαλκῆν ἐσφρα[γισθεῖσαν]* (das letzte Wort richtiggestellt von Wilcken statt des *ἐσφρα[γισμένην]* der Ausgabe).

³⁵ Vgl. Jerem. 32, 9 ff. — Im allgem. s. über die Frage Eрман, Arch. f. Pap. F. I, 68 ff.

³⁶ Vollständige Doppelurkunden enthalten P. Hibeh 84 a v. J. 301/300 a. C.; 96 v. J. 259/258 a. C.; 91 v. J. 244/243 oder 219/218 a. C.; P. Amh. 42 a^o 174 u. 44 a^o 137; 43, wo ein Exemplar abgeschnitten ist; P. Reinach 22 (a^o 107), ebenso der Königseid v. J. 130 bei Wilcken, Akten der Bank von Theben (Abh. d. Berl. Akad. 1886) N. XI, und Gleiches soll sich nach Mitteilung von Gerhard (Philol. 63, 501 ff.) auch in einer Heidelberger Darlehensurkunde v. J. 129 finden; jüngere Beispiele scheinen nicht bekannt zu sein. Aus dem P. Heidelb. hat Gerhard a. O. die im Text bezeichnete Entwicklung von der vollständigen zur abbreviierten Innenurkunde zuerst erschlossen, und seine Hypothese ist durch die späteren Funde vollauf bestätigt worden. Insbesondere ist danach sicher, daß dieses System zuerst bei der privaten Syngraphophylaxurkunde aufgetreten ist, nicht, wie Wilcken, Arch. f. Pap. F. 3, 523 vor Erscheinen der Hibeh-Texte gegen Gerhard annahm „durch das Eingreifen des Grapheionbeamten“ entwickelt worden ist. Gerade umgekehrt wird man mit Gerhard die in Aegypten stattgehabte Entwicklung der diversen Urkundsbehörden, welche die private Sicherung weniger notwendig erscheinen

Doch tritt gegen Ende des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts die Tendenz auf, das zu verschleißende Exemplar in abgekürzter Fassung herzustellen, so daß es mitunter nur mit wenigen Worten die wesentlichsten Bestimmungen des Geschäfts angibt³⁷. In dieser reduzierten Gestalt findet sich das Nebeneinanderstehen einer inneren und äußeren Urkunde noch in einem Kaufvertrag aus dem Jahr 166 nach Chr., der aber nicht in Ägypten, sondern zu Seleukeia in Pieria errichtet ist³⁸; bei den ägyptischen Urkunden allerdings ist seit der Kaiserzeit wenigstens nach den vorliegenden Editionen von dieser Verschlufsart nichts mehr zu sehen³⁹.

Der Verschluss der Innenurkunde wird sowohl bei der vollständigen wie bei der reduzierten ägyptischen Doppelurkunde so hergestellt, daß der bezügliche Teil des Papyrus zusammengefaltet, die Faltung mit einem Faden durchzogen und über diesen Faden gesiegelt wird⁴⁰, so daß die Falte ohne Bruch des Siegels nicht eröffnet werden kann⁴¹.

Daneben kommt übrigens in den Papyri zu allen Zeiten noch Verschluss der ganzen Urkunde vor⁴²; ferner mitunter auch das, daß ein Teil der Urkunde so gefaltet und verschlossen wird, daß man ihn nicht eröffnen kann, während doch von der Urkunde

liefs, als Ursache des raschen Verkümmerns der dortigen Doppelurkunden anzusehen haben.

³⁷ Beispiele: P. Teb. 104, 105, 106, 109; Pap. Leyd. N und O; B.G.U. 999 (ob auch 993—997 wird in der Ausgabe nicht angegeben); P. Lips. 2; P. Amh. 51; P. Reinach 14—16.

³⁸ Brit. Mus. Pap. 229 bei Schulzen, Hermes 32, 273 f. (vgl. oben A. 16).

³⁹ Man vgl. jedoch die Mitteilung von Viereck über byzantinische Quittungen mit Randversiegelung im Berliner Museum bei Schulzen a. O. 284.

⁴⁰ Leider ist bis vor kurzem auf das Vorkommen von Spuren der Verschlussiegel bei der Herausgabe der Papyri nicht genügend geachtet worden. Ob auch die *μίσθωσις πρυγεία* hierher gehört, welche Wilcken in P. Gen. 10 gefunden hat (Arch. für Pap.Forsch. 3, 382), ist überaus zweifelhaft; sie ist vielleicht eher zu den Fällen in A. 39 zu rechnen. — Im allgemeinen vgl. H. Erman, Arch. f. Pap.F. 1, 68 ff., und mélanges Nicole 115 f.; Grenfell-Hunt zu P. Teb. 1, 104 Einl.; Reinach, Pap. Reinach 48; P. Meyer in Lehmann und Kornemanns Beitr. z. alt. Gesch. 6, 451 f.

⁴¹ Mit der hier besprochenen Erscheinung von inneren Urkunden ist die Ausfertigung von Doppel-exemplaren (für beide Parteien) nicht zu verwechseln; eine solche zeigen P. Amh. 99; C.P.R. 9; B.G.U. 887 (auf ein und denselben — zum Zerschneiden bestimmten — Urkunde stehend).

⁴² Insbesondere auch Versiegelung von Briefen und Dekreten, z. B. P. Oxy. 3, 528 l. 16; 611 u. a.

noch genug lesbar bleibt, um sich über ihren Inhalt zu orientieren⁴³.

Die Diplomata der Römer scheinen mit der obigen Doppelurkunde nichts zu tun zu haben⁴⁴.

Unter-
siegelung.

V. Aufser diesen Verschlusssiegeln, welche theils von den Zeugen, theils auch vom Aussteller herrühren⁴⁵, findet sich als Garantie der Urkunde Untersiegelung der Aussteller⁴⁶. Die Untersiegelung geschieht, wie wir jetzt deutlich sehen⁴⁷, ganz regelmäsig bei den pompejanischen Chirographa; inwieweit sie auch bei andern, namentlich bei den dem aufseritalischen Rechtskreis angehörigen Urkunden vorkommt, ist eine derzeit noch nicht sicher zu beantwortende Frage. Mit der Siegelung der Parteien könnten wohl die Ausdrücke *subsignare* und *adsignare* zusammenhängen, welche freilich von den Römern im Sinne von *subscribere* erklärt

⁴³ So in P. Strafsb. 11 nach Preisigke in seiner Ausgabe S. 47 f.

⁴⁴ Vgl. Eрман, Z. d. Sav.St. 20, 186 f. Seine Ansicht wird dadurch bestätigt, dafs auf dem *διπλωμα* (lin. 3) aus Myra in Lykien B.G.U. 913 sich keine Doppelurkunde findet. Von dem *διπλωμα γάμου* in B.G.U. 388 l. 32 wissen wir nichts Näheres.

⁴⁵ Die Verschlusssiegelung durch den Aussteller neben den Zeugen ist regelmäsig auf den Wachstafeln (wie in B.G.U. 361 Col. III l. 20—22 ausdrücklich gesagt zu werden scheint) und hat den Zweck, eine Verfälschung der Urkunde durch den etwa mit den Zeugen konspirierenden Destinatär derselben auszuschließen. Insbesondere bei den pompejanischen Quittungen stehen die Siegel der Aussteller zumeist am Rand, wo eine Verschiebung des Bindfadens (vor der Einführung der Perforation durch das Sc. Neronianum) am meisten zu befürchten war. — Von wem die ägyptischen Siegel herrühren, läfst sich an den Urkunden oft nicht mehr feststellen; doch werden Testamente nachweislich öfter von den Testatoren mitversiegelt; P. Oxy. 3, 489 f. Mitunter kommt es auch vor, dafs der Destinatär der Urkunde mitsiegelt; so schon im P. Petr. 3, 24 (die Fragmente desselben sind zusammengestellt von Wilcken, Arch. 3, 515), lin. 23, 24.

⁴⁶ Untersiegelung der Zeugen ist m. W. noch in keinem einzigen Fall konstatiert, auch nicht in den griechischen Papyri. In den griechischen Testamentsurkunden P. Oxy. 1, 105; 3, 489—492; B.G.U. 86 wird die Urkunde zwar von den Zeugen unterschrieben (A. 53), aber ihre Siegel sind Verschlusssiegel; die Zeugen sagen in ihrer Unterschrift: *σφραγιῶ* (ich werde siegeln), B.G.U. 86. Vgl. Grenfell-Hunt, P. Teb. 1 p. 449 f.

⁴⁷ Wo in den pompejaner Wachstafeln die Innen- und Aufsenschrift beide chirographarisch sind (oben A. 18), allerdings nur bei der ersteren (Zange, meister p. 433). Dagegen sind die pompejanischen Objektivurkunden selbst mit einer Ausnahme (Nr. 1) nicht untersiegelt; das Siegel steht dann regelmäsig nur auf dem begleitenden Chirographum. — So vielleicht auch in B.G.U. 86 lin. 45 (peregrinisch), wo der Aussteller, nachdem sein Chirographum besetzt worden ist, sagt: *εσφράγισα*, während die (jedenfalls aufsensiegelnden)

werden⁴⁸. Dafs auch Epistolae gesiegelt zu werden pflegten, ist wohl möglich.

VI. Die Bedeutung der Siegelung ist beim Zeugensiegel ^{Bedeutung der Siegelung.} eine doppelte; dasselbe ermöglicht dem Siegelnden die Agnoszierung der Urkunde⁴⁹ und zwingt ihn gleichzeitig zur Zeugnisleistung, da die Ablegnung seines Siegels nach der lex Cornelia de falsis strafbar macht⁵⁰. Handelt es sich um das Siegel des Ausstellers, so kommt natürlich eine Strafe der Ablegnung des Siegels nicht vor, da der Aussteller ja nicht Zeuge ist, wohl aber gilt die Untersiegelung desselben als Willenserklärung und ermöglicht das Siegel den Beweis dieser Erklärung.

Die Frage, inwiefern die Siegelung durch den Aussteller, wo sie überhaupt üblich ist, als Bedingung der Urkundenperfektion gilt, läfst sich für den römischen Rechtskreis in dieser allgemeinen Form nicht aufwerfen. Denn da die meisten wichtigsten Rechtsgeschäfte, wie Manzipation, Darlehen, Stipulation u. a. durch die Urkunde nicht zustandekommen, sondern nur bestätigt werden, bedeutet der Mangel der Siegelung hier höchstens Mangel oder Schwächung eines Beweismittels. Praktisch wäre daher die Frage nur für die Dispositivurkunde; doch ist uns hierüber nichts Näheres bekannt. Auch was den aufserrömischen Rechtskreis anbetrifft, wissen wir über die Notwendigkeit der Untersiegelung nichts Sicheres. Nur finden wir in Ägypten in der ptolemäischen Zeit einmal in einem Fall, wo es sich aber nicht um eine griechische, sondern um eine demotische Urkunde, und nicht um die Untersiegelung, sondern um die Verschlufssiegelung der Parteien handelt, dafs der Mangel der Siegelung von dem Verpflichteten als Grund der Nichtigkeit des ganzen Kontraktes bezeichnet wird⁵¹, und dies

Zugen sagen: σφραγιῶ. Im übrigen kann man für die Papyri hier noch schwer eine Regel aufstellen; vgl. vorläufig die Mitteilungen von Wilcken bei Erman, Arch. f. P.F. I, 74 f.

⁴⁸ Paul. D. 50, 16, 39 pr.; Festus s. v. signare. Vgl. zu der Frage Erman a. O. 20, 177 f.

⁴⁹ Einen ganz untrüglichen Beweis der Echtheit einer Urkunde lieferte freilich auch das Siegel nicht, da ausweislich Lucian Pseudomantis c. 21, auf welche Stelle Erman, Mélanges Nicole (1906) p. 127 aufmerksam gemacht hat, schon das Altertum verschiedene Methoden der Siegelfälschung kannte. — Ein Protokoll über die Rekognition der Siegel enthält P. Oxy. 3, 494; cf. B.G.U. 3, 61 Col. II; dazu Mitteis, Hermes 30, 590 f.

⁵⁰ Mod. D. 48, 10, 27, 1.

⁵¹ Dies ist der Fall in einer der Papyrusklagschriften von Magdola bei Jouguet-Lefebure, Bull. de corresp. hell. 1902, 116 XII aus dem 3. Jhd.

mag bei der großen Rolle, die im ägyptischen Recht die Urkunde spielt, auch zutreffen und vielleicht selbst für gewisse Arten der griechischen Urkunden⁵² gegolten haben.

Unter-
schrift.

VII. Unterschrift ist nach römischer⁵³ Sitte bei den Zeugen (der objektiv gefaßten Urkunde) nicht üblich. Vielmehr schreiben diese ihre Namen bloß auf der Außenseite der Urkunde zu ihrem Verschlusssiegel hinzu, und dieses „Adscribere“ ist natürlich keine Unterschrift; es verfolgt lediglich den Zweck, ihre aus dem Siegel ja kaum zu erkennenden Namen ersichtlich zu machen und ihnen selbst die Rekognition ihres Siegels zu erleichtern. Allerdings aber ist beim schriftlichen Testament diese Adskription sogar ein Erfordernis der Giltigkeit des Siegels; ja Ulpian verlangt sogar eigenhändige Adskription⁵⁴. Bei anderen Urkunden scheinen Vorschriften über die Eigenhändigkeit der Adskription nicht bestanden zu haben⁵⁵.

Von Seiten des Ausstellers dagegen kommen Unterschriften vor⁵⁶. Allerdings hat die Unterschrift in den römischen Rechtsurkunden eine andere Bedeutung als bei uns. Das ganze klassische Altertum kennt nicht den Satz, daß die eigenhändige Niederschrift des bloßen Namens unter einer Urkunde als Willensklärung gilt. Bloße Namensunterschriften sind daher durchaus unerhört, vielmehr besteht die Unterschrift immer in einer kürzeren oder

v. Chr., wo es heißt: ἀδικοῦμαι ὑπὸ Λαχάρους καὶ Ἀλεξάνδρου . . . συγγραψάμενο[ι] γὰρ μοι συγγραφὴν μισθώσεως κατὰ τῶν κλήρων αὐτῶν ἐν τῷ Χοιᾷ μηνί καὶ τῶν μαρτύρων ἐπιγραφέντων συνέβη ὑπὸ τῆς ὥρας ἐκλεισθέντας ἀσφράγιστον τεθῆναι αὐτὴν παρὰ Ζωπύρῳ τῷ μονογράφῳ, μετὰ δὲ ταῦτα . . . παρήγαγόν με οὐ βουλόμενοι σφραγίσασθαι τὴν συγγραφὴν . . . ; daß diese Mitteilung auf die Verschlusssiegel zu beziehen ist, folgt daraus, daß bei der ägyptischen Urkunde die Unterschrift des Monographen — und dieser ist hier genannt, woraus sich auch die Beziehung auf das ägyptische Recht ergibt — die Mitfertigung der Parteien und Zeugen ersetzt.

⁵² Bestimmtes läßt sich hierüber freilich derzeit nicht sagen.

⁵³ Teilweise anders in der gräko-ägyptischen Praxis; hier werden wenigstens Testamente von den Zeugen auch innen unterschrieben (nicht auch untersiegelt, A. 46); P. Oxy. 1, 105; 3, 489 f.; B.G.U. 86. Dagegen sind allerdings die alten Syngraphophylaxurkunden ohne Unterschrift der Zeugen und ebenso die agoranomischen Vertragsurkunden (ausnahmsweise hat das Protokoll P. Grenf. 1, 27 zwei Zeugensubskriptionen).

⁵⁴ Ulp. D. 28, 1, 22, 4; cf. Paul. *ibid.* 30.

⁵⁵ Dies wird dadurch bestätigt, daß in den Wachstafeln die Zeugennamen neben den Siegeln alle von demselben Mann geschrieben sind.

⁵⁶ Über den vermutlich griechischen Ursprung der Unterschrift s. oben S. 296.

längeren Erklärung des Inhalts, daß man der in einer Urkunde niedergelegten Erklärung beistimme. Eine Unterschrift, die nicht, und sei es auch nur im Wege einer noch so kurz gefaßten Erklärung, einen selbständigen Satz darstellen würde, kennt das Altertum so gut wie gar nicht⁵⁷. Dem entspricht es auch, daß die Unterschrift in wiederholten Fällen als selbständige Urkunde bezeichnet wird⁵⁸.

Mit dieser Maßgabe aber kommt die Unterschrift selbst bei objektiv stilisierten Erklärungen vor⁵⁹. Bei subjektiv stilisierten ist sie insbesondere gewöhnlich, wenn dieselben allographisch sind; freilich wird sie dann, da in solchen Fällen der Erklärende meist schriftunkundig ist, vorwiegend durch einen Vertreter hergestellt. Es kommt aber auch bei holographischen Erklärungen vor, daß der Aussteller am Schluß noch einmal kurz unter Angabe seines Namens resümiert⁶⁰.

⁵⁷ In den hypomnematischen (unten S. 312) Pachturkunden kommt es gelegentlich vor, daß der Pächter bloß mit seinem Namen unterschreibt (B.G.U. 237, 661; P.E.R. 31, 38; P. Lond. 216, 314 [Ken. 2 p. 186, 189/190]; ebenso die hypomnematische Eingabe an einen Strategen in P. Grenf. 2, 61; ebenso ibid. Nr. 62); aber dieser Stil hat überhaupt seine Besonderheiten. Aufschriften des Ausstellernamens auf dem Verso, wie in P. Oxy. 1, 156, 158, haben mit der Sache überhaupt nichts zu tun.

⁵⁸ In den Papyri ist es öfter der Fall, daß eine Abschrift bezeichnet wird als Kopie erstens der Vertragserklärung und zweitens der darunter befindlichen Unterschrift. Der Gegensatz des Vertragskörpers (σῶμα) und der Unterschrift (ὑπογραφή) ist dem damaligen Bewußtsein ein ganz deutlicher, Kontext und Unterschrift werden wie zwei verschiedene Urkunden voneinander unterschieden. Vgl. z. B. P. Lips. Nr. 10 Col. 1 l. 2—4: Τῆς ἀσφαλείας [καὶ τῆς ὑπ'] αὐτῆν ὑπογραφῆς ἀντίγραφον ὑπο[τίεταιται]; Col. II l. 7: 'Ερμάμμων . . . ἔγραψα τὸ σῶμα (folgt ὑπογραφή). P. Lips. Nr. 86 l. 1: 'Αντίγραφον (sc. τοῦ σώματος), l. 16: ἀντίγραφον καὶ τῆς ὑπογραφῆς; P. Flor. 95 lin. 12 u. P. Oxy. 2, 272 l. 22 u. ö.

⁵⁹ Die Donatio Statae Irenes a^o 252 p. Chr. (Bruns, Fo.^o 295) ist objektiv gefaßt, trägt aber die Unterschrift. Ferner ist die Don. Flavii Artemidori (l. c. p. 294) objektiv, aber, weil als Chirographum überschrieben, ebenfalls mit Unterschrift zu denken. Ebenso die Hermupolitaner Wachtafel v. J. 221 oben A. 23 (Text lateinisch, Unterschrift griechisch). Aber auch die pompejanischen Quittungen, welche innen objektiv, außen subjektiv gefaßt sind (S. 297), sind nicht anders aufzufassen: das äußere Chirographum ist nur eine ausführliche Unterschrift, und mit dem bloßen Namen ist auch in den erstgenannten Fällen nicht unterschrieben. Der Unterschied ist also mehr quantitativ und höchstens noch der, daß wenigstens die Unterschrift der Donatio Statae Irenes sich als eigentliche subscriptio bezeichnet. — Auch die griechischen Papyri zeigen oft Unterschriften auf objektiven Urkunden, z. B. B.G.U. 887, 913 u. v. a.

⁶⁰ Z. B. B.G.U. 520; P. Fay. 34 u. a.

Es ist nach dem Gesagten leicht zu ersehen, daß jede Unterschrift eigentlich nichts ist als ein Chirographum im oben festgestellten Sinn, d. h. eine handschriftliche Erklärung bestimmten, wieweil oft unter Bezugnahme auf den sonstigen Urkundskörper sehr abgekürzten Inhalts.

Auf ausführlicher resümierende Unterschriften bezieht sich der im Codex Justinianus öfter vorkommende Ausdruck „specialis subscriptio“. Wenn z. B. bei Diocl. C.J. 8, 53, 10 die Berücksichtigung des Identitätsirrtums über ein verschenktes Grundstück nur dann stattfinden soll, wenn nicht der Irrende „specialiter subscripsit“, so ist jedenfalls gemeint, daß, wenn er selbst in seiner Unterschrift das Grundstück, und zwar wohl, wie es in den Urkunden üblich ist, unter Angabe der Grenzen, beschrieben hat, die Berufung auf Irrtum als unglaubwürdig ignoriert wird.

Öffentliche
Beurkundung.

VIII. Öffentliche Urkunden privatrechtlichen Inhalts treten bei den Römern merkwürdig spät auf. Es geschieht erst im Anfang des dritten Jahrhunderts p. C., daß wir die ersten Spuren von einem Jus gestorum der Magistrate, d. h. ihrem Rechte, Privatrechtsgeschäfte schriftlich zu beurkunden, vorfinden⁶¹. Wie und wann sich dieses Recht zuerst entwickelt hat, vermögen wir für das italische Rechtsgebiet nicht zu erkennen. Jedenfalls ist die Mitwirkung der Magistratus maiores bei den Rechtsgeschäften, welche die Form der Legisactio tragen, juristisch durchaus verschiedener Natur, wenn auch der mündliche Vorgang hier nachträglich schriftlich protokolliert und dadurch verewigt worden sein mag. Die Mitwirkung von Tabellionen und Trapeziten zur Errichtung von Geschäftsurkunden mag deren Glaubwürdigkeit zwar tatsächlich erhöhen, begründet aber noch keine öffentliche Urkunde. Auch die schon für die republikanische Zeit nachweisbare Möglichkeit, Urkunden durch Deposition in öffentlichen Archiven zu sichern⁶², hat mit dieser Frage nichts zu tun.

Ganz anders liegen die Verhältnisse im hellenistischen Rechtskreis, welcher auch in anderer Richtung die öffentliche Evident-

⁶¹ Vgl. Vat. Fr. 266 a (Sev. Alex.); 268 (unbekannten Autors, severische Zeit). — Die Stelle bei Paul. Sent. 4, 6, 2 über die Testamentsapertur und jene über den Procurator apud acta factus (Eisele, Kognitur 164 f.) haben mit dem allgemeinen Jus gestorum keinen sicheren Zusammenhang. Später wird das Material reichlicher. — Literatur bei Bruno Hirschfeld, Die Gesta municipalia (Marburger Diss. 1904).

⁶² Vgl. Dziatzko in Pauly-Wissowa 2, 553 f.; Dareste, Nouvelles études (1902) 105 f.

haltung privater Rechtsverhältnisse früh und scharf entwickelt hat. Abgesehen von der auch hier platzgreifenden Deposition der Urkunden in öffentlichen Archiven, sowie der privaten Mitwirkung von Trapeziten und anderen Vertrauenspersonen bei der Urkundsabfassung, finden wir schon früh die Ansätze einer öffentlichen Beurkundung. Ausgehend von dem ursprünglich wohl auf bloße mündliche Zeugnisleistung berechneten Gebrauch der Merker (*μνήμονες*), scheint sich hier die schriftliche Beurkundung durch öffentliche Beamte in einer uns freilich nicht näher bekannten Weise schon vor der römischen Herrschaft entwickelt zu haben⁶³. Insbesondere im ptolemäischen Reich finden wir die Beurkundung durch Agoranomen, welche hier die Funktion öffentlicher Notare ausüben und deren Urkunden einen bestimmt ausgeprägten unwandelbaren Geschäftsstil an sich tragen. Dazu tritt dann insbesondere in der römischen Zeit neben der fortdauernden agoranomischen die gleiche Funktion eines zweiten Urkundsamtes, nämlich des *γραφεῖον*. Die publica fides ihrer Beurkundungen wird uns zwar nicht ausdrücklich bezeugt, liegt aber in der Natur der Sache; nur muß man dabei die Fälle, wo diese Behörden notarielle Funktionen ausüben, also wirklich ein *Instrumentum publicum* erzeugen, wohl auseinanderhalten von jenen, wo sie etwa bloß fertige Privaturkunden zum Zwecke der Aufbewahrung oder Registrierung entgegennehmen (unten S. 313—14).

IX. Anhang. Von den gräko-ägyptischen Papyrusurkunden ist teilweise schon im vorstehenden die Rede gewesen, soweit es sich nämlich um allgemeine Züge des Urkundenwesens handelte. Im nachfolgenden sind noch einige besondere Begriffe, welche nur für die Papyrusurkunden gelten, in der gebotenen äußersten Kürze zu entwickeln. Die hieratischen und demotischen Urkunden bleiben dabei außer Betracht.

A. a) Die ältesten griechischen Urkunden über Rechtsgeschäfte aus dem ptolemäischen Reich sind objektiv stilisierte und private, d. h. ohne Beglaubigung durch eine öffentliche Behörde errichtete Urkunden. Sie werden nach festem, dem makedonischen Recht angehörigen Gebrauch von sechs Zeugen (*συγγραφή ἑξαμάρτορος*)

Gräko-
ägyptische
Papyrus-
urkunden.

Συγγραφο-
φύλαξ-
urkunde.

⁶³ Literatur: Mitteis, *Reichsrecht* 170—176; vgl. auch 52 (speziell für Aegypten s. unten S. 308—10); neuestens Keil, *Anonym. Argentor.* 192—193 und bes. 305 A. 1; s. noch die freilich in ihrer Deutung noch nicht ganz sichere Erwähnung eines *ἀντιγραφείου* in der ephesinischen Inschr. im Anzeig. d. Wiener Akad. 1904 p. 57 (Heberdey); auch von dem *γραμματοφυλάκιον* in B.G.U. 913 ist es zweifelhaft, ob es als beurkundende Behörde funktioniert.

beglaubigt, deren einer als 'συγγραφοφόλαξ' die Urkunde in Verwahrung nimmt, weshalb man sie Syngraphophylaxurkunden zu nennen pflegt⁶⁴. Die Namen der Zeugen werden in der Urkunde (am Schlusse) aufgezählt, wobei der des Syngraphophylax an erster Stelle steht; Unterschriften der Zeugen und Parteien sind bei den ältesten Urkunden dieser Art nicht üblich, erst später tritt die ὑπογραφή des Ausstellers und von den Zeugen wenigstens die des συγγραφοφόλαξ auf. Dagegen wird die Innenschrift — denn diese Urkunden sind Doppelurkunden (oben S. 300) — von den Zeugen aufsen versiegelt⁶⁵.

Agorano-
misches
Protokoll.

b) Seit dem zweiten Jahrhundert v. Chr. treten zu den Syngraphophylaxurkunden die agoranomischen hinzu⁶⁶. Auch dies sind Objektivurkunden (daher heute „agoranomische Protokolle“ genannt); nur liegt die Beglaubigung nicht in der Zuziehung privater Zeugen, welche hier fast immer fehlen⁶⁷, sondern erfolgt durch den mindestens in der Metropole jedes Gaus funktionierenden „Agoranomen“ oder seinen Vertreter. Man muß sie also als Instrumenta publica bezeichnen. Auch diese Urkunden haben eine, aber schon sehr verkürzte, bloß einen kurzen Extrakt darstellende Innenschrift; Unterschrift der Partei ist in älterer Zeit nicht üblich, sondern es genügt die des Agoranomen.

Die Stilisierung dieser beiden Urkundenarten ist im allgemeinen die gleiche; sie beginnen mit dem Regierungsdatum, worauf das Referat über die Parteierklärungen folgt. Bei Verträgen ist es hierbei gewöhnlich und schon den ältesten Stücken eigen, daß über die Erklärung jeder Partei gesondert berichtet wird, und zwar so, daß der Inhalt dieser Erklärung mitgeteilt wird, z. B. (Verkauf):

⁶⁴ Die Literatur über dieses noch in Reichs- und Volksrecht 46 A. 2 als rätselhaft bezeichnete Institut (s. auch die dort Zitt.) ist angesichts der neuen Publikationen, die dasselbe im wesentlichen aufgeklärt haben, mächtig angeschwollen; vgl. vor allem Gerhard an dem in A. 36 a. O.; Reinach in den P. Reinach 46 f.; Wilcken, Arch. 3, 522 f.; P. Meyer in den Beitr. zur alten Gesch. 4, 28 f.; 6, 451 f., und die bei diesen Schriftstellern Zitt.

⁶⁵ Oben S. 301 f.

⁶⁶ Hierüber und zum folgenden überhaupt: Mitteis, Hermes 30, 592 bis 601; Naber, Arch. f. Pap.F. 4, 85 f., 312 f.; 2, 32 f.; Gradenwitz, Einführung 1, 122 f.; Wilcken, Deutsche Lit.Zeit. 1900 S. 2463 f.; Erman, Arch. f. Pap.F. 2, 455 f.; P. Meyer a. d. in A. 59 a. O.; Koschaker, Z. Sav.St. 28 und 29 (Artikel Archidikastes, im Druck begriffen); außerdem zahlreiche gelegentliche Bemerkungen anderer Schriftsteller; eine vollständige Angabe der großenteils sehr zertretenen Literatur ist kaum möglich.

⁶⁷ Anomalerweise hat P. Grenf. 1, 27 zwei Zeugen.

Ἐπέδοτο ὁ δεῖνα (folgen die näheren Bestimmungen), ἐπρίατο ὁ δεῖνα; (Darlehen): ἐδάνεισεν ὁ δεῖνα . . . τοῦτο δ' ἐστὶν τὸ δάνειον ὃ ἀνωμολογήσατο ἔχειν ὁ δεῖνα u. a. Etwas später, aber immerhin noch im dritten Jahrhundert a. C. und ganz vorwiegend in der Kaiserzeit, kommt es auch vor, daß über die Abgabe der Parteierklärungen mit Ὁμολογεῖ ὁ δεῖνα und darauffolgendem Acc. cum inf. referiert wird, wobei sich die scharfe Gegenüberstellung der beiderseitigen Erklärungen verliert. Vertragsurkunden des letzteren Stils nennen sich gelegentlich ὁμολογία⁶⁸. Für alle objektiven Vertragsurkunden (sowohl die Ὁμολογία als die der zuerst genannten Stilisierung) ist außerdem der Ausdruck συγγραφὴ üblich⁶⁹.

Gegen Ende der ptolemäischen Zeit scheint die Syngraphophylaxurkunde abzusterben⁷⁰; die öffentliche Urkunde hat sehr an Aus-

⁶⁸ Die älteste mir bekannte ptolemäische Ὁμολογία ist P. Hib. 96 (a^o 259/8 a. C.), sodann Flind. Pet. 2, 47 (ca^a 209 a. C.); P. Goodsp. 6 (129 a. C.); P. Taur. 4 (a^o 126 a. C.); P. Lond. 3 n. 880 p. 8 (v. J. 113 a. C.), 1203 p. 9 (v. J. 113 a. C.); weitere: P. Oxy. 4, 831; P. Grenf. 1, 27; 2, 16, 25, 27, 31, 33; P. Gen. 20; B.G.U. 998 II u. a.

Die Entstehung der ὁμολογεῖ-Form ist wohl nicht, woran gedacht worden ist, abzuleiten aus den demotischen Kontrakten, wo es freilich zu lauten pflegt: Es spricht N. N.; denn dies konnte besser mit λέγει statt mit ὁμολογεῖ wiedergegeben werden, wie es in den griechischen Übersetzungen solcher Kontrakte auch wirklich lautet (P. Lond. 1, p. 46 u. Zitt.; B.G.U. 1002 lin. 2). Beruht sie vielleicht auf juristischer Vervollkommnung? (die Urkunde kann nämlich bei korrekter Auffassung nicht sowohl das Zustandekommen des Vertrags [z. B. ἀπέδοτο-ἐπρίατο] bestätigen [welches als rein juristische Abstraktion sich dem Urteil der Parteien eigentlich entzieht], als vielmehr bloß die Abgabe der Vertragserklärungen). Aber auch dem steht entgegen, daß die andere Form gleichzeitig vorkommt (was, nebstbei bemerkt, auch gegen die erste Ansicht spricht). Beim agoranomischen Kauf wird sogar mitunter der obligatorische Vertrag in dem einen, gleich darauf die Traditionsurkunde in dem andern Stil konzipiert (z. B. B.G.U. 998). Dies bedarf noch der Aufklärung.

⁶⁹ Reiches Material hierfür und zur Terminologie überhaupt bei P. Meyer, Beiträge (oben A. 21) 6, 422 f.

⁷⁰ In der Korrektur füge ich bei: Neuestens findet sich in zwei Verträgen aus der augusteischen Zeit (P. Teb. 2, 382 und 386) die Bemerkung: καὶ τεθεμεμα τὴν συγγραφὴν κορίαν παρὰ Πτολεμαίω. Die Herausgeber nennen das einen Syngraphophylax; doch ist nicht recht klar, ob sie auch der Urkunde selbst den obigen Stil zuschreiben wollen, was mir bedenklich erscheinen würde. — Wenn es noch in der späteren Zeit vorkommt, daß Urkunden, wie z. B. B.G.U. 86; P. Oxy. 3, 489 f., vor sechs Zeugen errichtet werden (mitunter sind sie geradezu ἐξαμάρτυροι genannt, B.G.U. 989, 813, 260 [nach der Korrektur von Wilcken zu lin. 7]), vgl. auch das zu 989 gegebene Zitat von C.P.R. Inv. Nr. 1577), so sind das keine echten Syngraphophylaxurkunden; denn diese sind objektive und private, jene sind teils Chirographa, teils vor Behörden errichtet.

breitung gewonnen; insbesondere in der Kaiserzeit treten neben dem agoranomischen Amt auch die γραφεῖα (S. 313) als Urkundsbehörden auf. Einige Schriftsteller haben sogar die gewifs beachtenswerte Meinung aufgestellt, dafs, abgesehen von den sofort zu nennenden Chirographa, διαγραφαί und ὑπομνήματα, private Urkunden, d. h. also private συγγραφαί, in Aegypten seither gar nicht mehr vorgekommen sind. Selbst wo es den Anschein hat, dafs eine Syngraphe eine private sei, soll die Vollziehung durch die Urkundsbehörde uns blofs nicht erkennbar sein⁷¹.

Χειρό-
Γραφον. c) Neben diesen beiden Gruppen treten, wie wir sahen, schon früh subjektiv stilisierte Chirographa auf⁷².

Von den bezeichneten Urkundengattungen sind drei weitere zu unterscheiden: die διαγραφή, das ὑπόμνημα und die συγχώρησις.

Διαγραφή. d) Die διαγραφή⁷³ hängt mit der wohl in der gesamten griechischen und römischen Kulturwelt verbreiteten, in Aegypten aber vermöge der Papyrusfunde besonders deutlich hervortretenden Verwendung der Trapeziten als Kassenführer vermögender Privatpersonen zusammen. Es ist ganz gewöhnlich, dafs solche bei den Trapeziten Depots erlegt haben, aus denen sie besonders bei Kauf- und Darlehenskontrakten, aber auch bei Zahlungen, Mitgiftsbestellungen und anderen Geschäften, bei welchen eine Geldleistung stattfindet, im Wege der Anweisung die Valuta auszahlen lassen. Die διαγραφαί sind hierbei Noten⁷⁴, welche der Trapezit dem An-

⁷¹ So für die Homologien Erman, Arch. f. Pap.Forsch. 2, 455 f. Dafs in der Tat mitunter Homologien vom γραφεῖον errichtet sind, ohne dafs dies in einem Protokollarvermerk ausdrücklich gesagt wird, zeigen B.G.U. 86, 399, sowie der Erman noch unbekannt gewesene P. Lips. 27, wo es überall heifst διὰ τοῦ αὐτοῦ γραφείου, obwohl vorher gar kein γραφεῖον genannt ist. Trotzdem wäre die Folgerung, dafs deshalb jede ὑμολογία eine öffentliche sein müfste, derzeit noch verfrüht; sie kann richtig sein, aber man mufs weiteres Material abwarten. Wie Erman jetzt auch Koschaker (A. 66), der noch das in A. 90 genannte, jedenfalls beachtenswerte, Argument beibringt.

⁷² Oben A. 17. — Selbstverständlich kann ein zweiseitiger Vertrag in einem Chirographum blofs der einen Partei nicht erschöpft werden; wo in solchen Fällen zunächst doch nur die eine Partei ein solches ausstellt, ist dies nur eine provisorische Sicherung und mitunter die nachträgliche Errichtung einer ὑμολογία ersichtlich. Das ist das χειρόγραφον ἐκμεμαρτυρημένον διὰ ὑμολογίας, P. Oxy. 1, 95, womit H. Lewald auch B.G.U. 619 I lin. 16 vergleicht.

⁷³ Darüber Mitteis, Z. Sav.St. 19, 213 f., 220 f.; Gradenwitz, Einführung 1, 139 f.; Arch. f. Pap.F. 2, 96 f.; mélanges Nicole 193 f.; Erman, Arch. f. Pap.F. 2, 458 f.; Preisigke zu P. Strafsb. Nr. 19.

⁷⁴ Wenn ich, Z. Sav.St. 19, 228, hierbei an die modernen „Schlufsnoten der Makler“ erinnert habe, so hatte ich selbstverständlich nicht übersehen, dafs

weisungsempfänger über die erfolgte Anweisung⁷⁶ zustellt (er ist also der eigentliche Aussteller); wo er infolge derselben ihm die angewiesene Valuta auszahlt, wird der Empfang derselben oft auf der *διαγραφή*-Urkunde selbst vom Empfänger durch seine Unterschrift bestätigt. Diese Bestätigung mag dann in Verwahrung des Trapeziten geblieben oder auch dem Anweisenden ausgefolgt worden sein⁷⁸.

Die Stilisierung ist hierbei eine so charakteristische, daß man oft schon kleine Fragmente einer *διαγραφή* als solche erkennen kann⁷⁷. An der Spitze steht das Datum und der Vermerk: *διὰ τῆς τοῦ δεῖνος τραπέζης*. Darauf: *Ὁ δεῖνα* (der [durch den Trapeziten vertretene] Anweisende) *τῷ δεῖνι* (dem Empfänger); die Grußformel *χαίρειν* fehlt, vielmehr wird sofort in der Konstruktion des Accus. cum Infin. die Tatsache der Anweisung einer bestimmten Summe und der Rechtsgrund der Anweisung registriert. Beim Darlehen heißt es also, der Empfänger habe vom Anweisenden erhalten z. B. 100, welche er als Darlehn zu bestimmten Bedingungen zurückzugeben hat. Etwas anders beim Kauf: hier wird zuerst konstatiert, daß der Empfänger einen Gegenstand verkauft hat, und erst dann wird die Überweisung des Kaufpreises berichtet.

Eigentlich setzen solche *διαγραφαί* einen bereits errichteten Kausalvertrag voraus, von dem sie nur einen Teil der Realisierung verbriefen. Darum ist es nur natürlich, daß neben ihnen auch eine Urkunde über den Kausalvertrag errichtet werden kann, und das kommt namentlich beim Kauf häufig vor; es steht hier mitunter in einer ersten Kolumne eine *ὁμολογία* über den Kaufvertrag selbst, in der zweiten die *διαγραφή*, wobei beide Urkunden von den Beteiligten unterschrieben werden⁷⁸. Doch findet sich namentlich

bei den ägyptischen *διαγραφαί* der Trapezit auch die Valuta auszahlt, also auch als Kassenführer der einen Partei in Betracht kommt (vgl. ebd. S. 219). Dies gegen Erman a. O. (A. 73) 460.

⁷⁶ Der technische Ausdruck für Anweisen scheint *ἐξοδιάζειν* zu sein; P. Lips. 3 I lin. 17; P. Flor. 48 lin. 13 u. a.; doch wird das Wort im Kontext der *διαγραφαί* nicht verwendet.

⁷⁷ Letzteres konnte dieser zweifellos beanspruchen; das *ἐκδόσιμον*, welches wir neuesten in P. Lond. 3 p. 157 l. 15; 160 l. 19; 163 l. 15 finden, ist gewiß eine die Originalunterschrift des Empfängers enthaltende Ausfertigung der *διαγραφή*.

⁷⁷ So die Fragmente in P. Flor. 24, 25. Vgl. auch meine Bem. zu C.P.R. 1, 17 in P. Lips. I, 6.

⁷⁸ So ist es in P. Lips. 4 und 5; ebenso wird in P. Gen. 22 lin. 4 auf eine Kaufurkunde hingewiesen; Reste von dieser sind sogar zu sehen (Wilcken, Arch. f. Pap.F. 3, 390).

bei Darlehen zu den *διαγραφαί* fast nie eine Darlehnsurkunde hierzu⁷⁹, so daß wohl angenommen werden darf, man habe sich hier meist mit der vom Schuldner unterschriebenen *διαγραφή* begnügt. Diese abkürzende Praxis der selbständigen *διαγραφή* ist aber selbst beim Kauf seit dem zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit vorgekommen⁸⁰, obwohl sich die Konkurrenz von Kauf und *διαγραφή* noch in der diokletianischen Zeit findet. Im vierten Jahrhundert der Kaiserzeit sind übrigens die *διαγραφαί* aus noch unaufgeklärten Gründen verschwunden.

Ἰπό-
μνημα.

e) Unter einem Hypomnema versteht man eigentlich eine Eingabe an eine Behörde. Es wird in der Art stilisiert, daß an der Spitze die Bezeichnung der Behörde im Dativ, darauf die des Einschreiters mit *παρὰ* und dem Genitiv steht (z. B. *Ἀθρηλίῳ Κύρῳ νοκτοστρατήγῳ τῆς Ἐρμουπόλεως παρὰ τοῦ δέϊνος*) u. z. stets ohne die Grußformel *χαίρειν*, worauf der Kontext folgt. In dieser Form werden aber auch Geschäftsurkunden errichtet, wenn der eine Kontrahent eine sozial übergeordnete Person ist, welche derartige Kontrakte mit niedrigstehenden Personen wie ein Patrimonialherr in größerer Anzahl zu schließen pflegt; darum ist die hypomnematische Form ganz alltäglich bei Pacht- und Mietkontrakten, und zwar in der Weise, daß die Pächter und Mieter dem Grundherrn den Pacht- resp. Mietantrag einreichen. Der Abschluß derselben wird dann durch die Unterschrift bestätigt; und zwar ist meist nur die einer der beiden Parteien (zumeist die des Antragstellers, vgl. oben S. 215 A. 39) erhalten⁸¹; wahrscheinlich unterschrieb jeder Teil nur die für den anderen bestimmte Ausfertigung.

⁷⁹ Ausnahmsweise liegt sie doch vor, P. Flor. 1 (aber mit Hypothezierung!)

⁸⁰ Ich habe dies in Z. Sav.St. 27, 350 gegen Gradenwitz, Mél. Nicole 193 f. als zweifelhaft bezeichnet, und daran ist jedenfalls soviel richtig, daß die selbständige Kauf-*διαγραφή* noch in der diokletianischen Zeit nicht die Alleinherrschaft erlangt hat, wie P. Lips. 4—6 zeigt. Im übrigen glaube ich jetzt, daß das Vorkommen selbständiger Kauf-*διαγραφαί* Gradenwitz zugegeben werden muß. Dazu bestimmt mich jetzt — während ich früher mit der Eventualität rechnete, daß bei den ohne *ὁμολογία* überlieferten Kauf-*διαγραφαί* die erstere einfach uns nicht erhalten geblieben ist — folgender Umstand. Zu einem fragmentierten derartigen *διαγραφή*-Stück (P. Lips. 3) hat sich neuerdings in Gießen der fehlende Anfang gefunden (derzeit durch Tausch in Besitz der Leipziger Sammlung übergegangen). Bei diesem Papyrus zeigt aber die Autopsie, daß nichts verloren gegangen ist, also die *διαγραφή* allein gestanden hat, und damit stimmt es auch überein, daß sie die Eviktionsklauseln in sich trägt, die in P. Lips. 4—6 der *διαγραφή* fehlen, weil sie hier in der *ὁμολογία* stehen. Dazu kommen neuestens noch die *διαγραφαί* in P. Lond. 3 Nr. 1164 vgl. Z. Sav.St. 28, 382).

⁸¹ S. über diese Stilart besonders Wilcken an dem in A. 66 a. O.

f) Von der *συγχώρησις*-Urkunde wird unter B die Rede sein.

B. Urkunden konnten in Ägypten nicht bloß in griechischer, sondern auch in enchorischer Sprache errichtet werden; die Nationalägypter haben dies ursprünglich auch vorwiegend getan und pflegten sich dabei ihrer einheimischen Urkundspersonen (von den Griechen *μονογράφοι* genannt) zu bedienen. Doch wurde schon frühzeitig von den Ptolemäern verordnet, daß solche Urkunden gerichtliche Beweiskraft nur dann haben sollten, wenn sie bei einem staatlichen Registeramt registriert worden waren, bei welcher Gelegenheit auch die Entrichtung der staatlichen Verkehrssteuer⁸² am besten kontrolliert werden konnte. Demnach waren enchorische Kontrakte den Registerämtern, als welche sowohl die sog. *γραφεῖα*, die in jeder Kome bestanden⁸³, wie die Agoranomien funktionierten, vorzulegen, welche durch Beisetzung des Empfangsvermerks⁸⁴ die Registrierung bezeugten; da dieselbe von der Entrichtung der Urkundsteuer abhängig gemacht wurde, findet sich auf Originalien solcher Urkunden noch die Bestätigung der Staatsbank über die Steuerzahlung.

Συγχώ-
ρησις.
Registrie-
rung der
Urkunden.

Der gleiche Registerzwang muß übrigens noch in der Ptolemäerzeit — wir wissen nicht, wann — auch auf griechische Urkunden erstreckt worden sein; denn es findet sich auch bei ihnen die Notwendigkeit der Registrierung vorausgesetzt⁸⁵.

Dieselbe konnte übrigens nicht bloß beim *γραφεῖον* oder *ἀγορανομεῖον* erfolgen; es bestand auch in Alexandria ein Zentralregister, in dem man jenen Akt, wie es scheint, mit Umgehung der *γραφεῖα* oder *ἀγορανομεῖα* vornehmen lassen konnte. In vorhadrianischer Zeit führt dieses den Namen *Ναυαῖον*⁸⁶; doch ist über dieses *Ναυαῖον* wenig bekannt, aufser dem einen, daß, weil dasselbe nicht befriedigend

⁸² Soweit sie nach dem Charakter des Geschäfts zu entrichten war, was keineswegs bei allen Rechtsgeschäften zutraf. Näheres bei Wilcken, Ostr. 1, 182 f.

⁸³ Ursprünglich aber, soviel wir wissen, auch nur als Registerbehörde. Die oben (S. 310) erwähnte beurkundende Funktion des *γραφεῖον* ist bis jetzt erst von der römischen Zeit an nachweisbar.

⁸⁴ Beisetzung des Amtsstempels ist für die ptolemäische Zeit nicht nachzuweisen, sondern erst für die römische; daher auch der Name *χάραγμα* für den Empfangsvermerk in der Ptolemäerzeit nicht passend ist. So richtig Wilcken, Arch. f. P. F. 1, 76 A. 1 (gegen Naber).

⁸⁵ Eine neuerliche Besprechung dieses zuerst von Peyron, Pap. Taur. 1, dann von Mitteis, Naber und Gerhard an den in A. 66 u. 36 aa. 00. erörterten Punktes wird von P. Meyer (Lehmanns u. Kornemanns Beitr. 6, 465) in Aussicht gestellt.

⁸⁶ Genannt in P. Oxy. 1, 34; sodann in P. Lips. 10 II lin. 26.

funktionierte, noch ein zweites Registeramt, die βιβλιοθήκη Ἀδριανῆ (offenbar von Hadrian) errichtet wurde⁸⁷; doch bestand daneben das *Ναυαῖον* unter seinem alten Namen fort. — Möglich ist übrigens, daß auch die *γραφεῖα* und *ἀγορανομεία* Abschriften der bei ihnen registrierten Urkunden an die alexandrinischen Zentralregister zu senden hatten.

Mit der Registrierung in Alexandria hängt die eigentümliche Sitte zusammen, daß häufig Urkunden dem Archidikastes in Alexandria oder auch einem Unterbeamten desselben präsentiert werden, wobei die Erklärung des Ausstellers mit *συγχωρεῖ ὁ δεῖνα* eingeleitet zu werden pflegt (*Συγχώρησις*-Urkunde).

Doch ist die Bedeutung dieser alexandrinischen Registrierung und insbesondere ihr Verhältnis zum *γραφεῖον* noch weiterer Aufklärung bedürftig⁸⁸.

Übrigens ist die ganze Registerpflicht nicht dahin zu verstehen, daß das nicht registrierte Rechtsgeschäft ungiltig sein soll. Vielmehr ist nur die Fähigkeit der Urkunde zur gerichtlichen Produktion so lange ausgeschlossen; eine nicht eingetragene Urkunde galt also vorläufig als nicht vorhanden. Aber es wäre dadurch nicht unmöglich gemacht worden, aus dem Rechtsgeschäft Klage zu erheben, wenn dasselbe ohne Urkunde bewiesen werden konnte. Da jedoch die Beweisnotwendigkeit der Urkunde meist vorlag, oft auch die Perfektion des Vertrags von dem Vorhandensein einer Urkunde darüber abhängig sein mochte (A. 4 z. E.), begreift es sich, daß man wenigstens dann zur Registrierung schreiten mußte, wenn es zum Prozeß kam, und darum kommt es in der Kaiserzeit vor, daß Urkunden noch lange nach ihrer Errichtung nachträglich zur Registrierung eingereicht werden^{89 90}.

⁸⁷ Vgl. hierzu außer den in der vor. Anm. genannten Urkunden noch P. Oxy. 4, 719 lin. 35; vgl. auch B.G.U. 578 lin. 19.

⁸⁸ Vorläufig Gradenwitz, Einführung I, 91f.; P. Meyer a. O. 6, 447; Koschaker an dem in A. 66 a. O.

⁸⁹ So z. B. B.G.U. 578 und P. Lips. 10; vgl. Gradenwitz, Berlin. Festgabe für R. Koch (1903), 272; Mitteis, P. Lips. 1, 36.

⁹⁰ Auch dieser Punkt ist noch nicht ganz geklärt; eingehend und einsichtig handelt darüber jetzt Koschaker a. O. Man bemerke 1. diese Nachtragsregistrierung findet sich erst in der Kaiserzeit; 2. nur bei den alexandrinischen Archiven, nicht in den *γραφεῖα* und *ἀγορανομεία*; 3. nur bei Chirographa, niemals bei Homologien. Koschaker bringt letzteres damit in Zusammenhang, daß die Homologien alle vor dem *γραφεῖον* errichtet (A. 71) und darum auch daselbst sofort registriert wurden.

Viertes Kapitel.

§ 17. Das Zivilunrecht.

Der Begriff der Rechtswidrigkeit¹ kehrt im römischen Rechtssystem in den mannigfachsten Anwendungen wieder. Abgesehen von dem großen Gebiet des Strafrechts, spielt er eine Rolle sowohl beim privatrechtlichen Delikt als bei der Eingehung und Erfüllung von obligatorischen Verträgen, als endlich bei den verschiedenartigen Haftungsverhältnissen, die durch den Besitz fremden Eigentums, durch die Verantwortung für Sklaven oder Haussöhne oder auf andere Weise begründet sind.

In der nachfolgenden Darstellung soll die kriminalistische Seite der Widerrechtlichkeit durchaus ausgeschlossen bleiben, das heißt, es entfällt die Betrachtung der Rechtswidrigkeit, soweit sie im öffentlichen oder privaten Strafrecht von Bedeutung ist, sowie auch die damit verwandte Lehre vom zivilrechtlichen Notstand. Daß diesem Verfahren der Vorwurf der Einseitigkeit gemacht werden kann, ist dem Verfasser wohl bewußt; aber er glaubt nicht, daß der Schade, der daraus erwächst, ein allzugroßer sein wird, und meint umgekehrt, daß eine einheitliche Betrachtung eher die

¹ Aus der Literatur ist besonders hervorzuheben: Binding, Normen¹ 2, 269 f.; Grundriß des Strafrechts⁷ 1, 117 f.; Pernice, Lab. 2³, 1 und 2; und in der Z. Sav.St. 17, 205 f.; Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts 1, 59 f.; Mommsen, Strafrecht, bes. S. 85 f. u. passim. Die Standpunkte dieser Werke sind insofern verschiedene, als sie teilweise ihrer Aufgabe nach die kriminalistische Betrachtung in den Vordergrund stellen. Die Darstellung von Pernice ist überaus eingehend, leidet aber besonders in der zweiten, die Fahrlässigkeit behandelnden Abteilung an einer übermäßigen Zerfaserung des Stoffes, welche einheitliche Gesichtspunkte ausschließt. Voigt, Über den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung bezeichnender lateinischer Ausdrücke (Abh. der Ges. der Wiss. zu Leipzig VI, 1 [1872]) ist als Materialsammlung verwendbar.

Gefahr mit sich bringt, daß durch Verschmelzung heterogener Dinge die richtige Erkenntnis getrübt wird².

Demgemäß handelt es sich im nachfolgenden nur um die Verstöße gegen jene Verpflichtungen, welche durch rein zivile Haftungsverhältnisse — Kontrakte, Quasikontrakte, Besitz fremden Eigentums, Haftung für Noxae Deditio und dgl. — gegeben sind.

Die hier maßgebenden Begriffe aber sind folgende:

Erweiterte
Be-
deutung.

I. Dolus bezeichnet seiner ursprünglichen Bedeutung nach die List. Diese Grundbedeutung ergibt sich vielleicht schon aus der — freilich nicht völlig sicheren — Etymologie (gr. δέλεαρ, der Köder?) und jedenfalls aus der Laiensprache, in welcher dieser Sinn zu allen Zeiten der vorherrschende gewesen ist. Der Begriff der moralischen Verwerflichkeit ist, wenigstens in der Laiensprache, dem Dolus nicht immanent³, und darauf kann es, obwohl dies unsicher bleibt, zurückgehen, wenn späte Schriftsteller das Wort für ein Nomen anceps erklären⁴. In der Rechtssprache jedoch ist die tadelnde Nebenbedeutung immer vorhanden, und es ist hier bloße Verstärkung, nicht etwa nähere Bestimmung, wenn häufig von Dolus malus die Rede ist.

Jedoch bedeutet in der juristischen Terminologie Dolus keineswegs die Arglist allein. Es mag wohl irgend einmal auch hier so gewesen sein; — wenn das bei Festus epit. p. 221 angeführte alte Mordgesetz⁵ richtig überliefert ist, kann man fragen, ob der Dolus hier nicht seinen ursprünglichen Wert besitzt und die älteste Strafgesetzgebung nur den arglistigen Mord als Staatsverbrechen qualifiziert, die Tötung in offener Fehde aber der Blutrache überläßt. Indessen ist es jedenfalls bei dieser Auffassung des Dolus nicht dauernd geblieben. Wir finden den Ausdruck schon vom sechsten Jahrhundert der Stadt ab in Gesetzen wiederholt gebraucht, insbesondere in der Formel *sciens dolo malo*^{6 7}, und bei

² Auch die Kriminalisten ihrerseits sind teilweise geneigt, das zivilrechtliche Verschulden aus der Untersuchung auszuschneiden, vgl. Löffler a. O. 74 f. Verschiedenheiten im einzelnen anerkennt auch Binding, Normen¹ 2, 272.

³ Belege aus den Komikern bei Pernice, Lab. 2², 1, 136.

⁴ Gellius 12, 9, 1; Donat zu Terent. Eunuch 3, 3, 9; Festus ep. p. 69 u. a. Allerdings aber ist es auch möglich, daß diese Mitteilungen lediglich aus einem Argumentum a contrario aus dem Terminus Dolus malus entspringen.

⁵ „Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto“.

⁶ Zusammenstellung bei Voigt a. O. 50 f. — Dazu noch lex luci Spoletini (Bruns Fo.⁶ 260). Weniger für das zivile als für das Strafrecht ist dabei die Frage von Bedeutung, ob etwa die Kumulation der Termini „sciens“ und

all diesen Gesetzen ist es durchaus sicher, daß Dolus hier überhaupt nicht die Arglist, sondern die bewußte Rechtswidrigkeit schlechthin bezeichnen soll.

Eine noch viel größere Ausdehnung erfährt aber der Dolusbegriff dadurch, daß er zum Gegensatz der Bona fides wird. In dieser Antithese bedeutet Dolus nicht mehr die Verletzung konkreter Gesetze oder subjektiver Rechte, sondern jedes Verhalten, welches dem abstrakten Prinzip von Treue und Redlichkeit widerspricht. Und in weiterer Folge entfällt dann auch die Voraussetzung einer vorbedachten und berechneten Unbilligkeit; es entsteht der Begriff dessen, was wir heute Dolus generalis nennen⁷.

Gegensatz
der Bona
fides.

Die Frage, welches der beiden Prinzipien das positive, welches bloß der Negativabdruck dieses positiven ist, kann dabei wohl nur dahin beantwortet werden, daß die Bona fides als die von Fall zu Fall aus dem sittlichen Bewußtsein zu ermittelnde Richtschnur das positive leitende Prinzip darstellen muß.

a) Der obenbezeichnete Entwicklungsprozeß des Dolus in der Richtung auf den Dolus generalis hin ist schon in der republikanischen Zeit zu erkennen.

Wir finden hier eine Reihe von Gesetzen, welche die Formel „sine dolo malo“ einfach im Sinn von „bona fide“ verwenden; wie es z. B. in einem Gesetz vom Jahre 745 bei Frontin de aquaed. 2, 129 p. 50 (Bruns Fo.⁶ p. 115) heißt: „aedificare, reponere et celere (?) demolire damnas esto sine dolo malo“⁸.

Ähnlich ist die Bedeutung der Clausula doli bei Stipulationen, welche gleichfalls in diese Zeit zurückreicht: der Vertrag soll (vom Schuldner) ehrlich gehandhabt werden⁹. Und diese Anwendung des Begriffs dauert in der Kaiserzeit fort. Auch wenn es auf Grabsteinen heißt „huic monumento dolus malus abesto“, so soll damit die Grabstiftung einer pietätvollen Befolgung empfohlen sein.

b) Noch schärfer tritt die Entwicklung in den Juristenschriften

„dolo malo“ auf eine den Römern geläufige Scheidung von Vorsatz und Absicht zurückweist. Vgl. etwa Ulp. D. 27, 6, 7, 1; 29, 5, 3, 22; 40, 12, 16, 1.

⁷ Synonym scheint die Wendung, „sciens prudensque“; Cic. ad Attic. 10, 9a, 5; Gai. D. 47, 9, 9; Paul. S. R. 1, 5, 1 u. a.

⁸ Vgl. noch I. Rubr. c. 20 lin. 44; I. Col. Jul. Gen. c. 126, lin. 35; I. (Jul.) munic. 41 u. a. In allen diesen Fällen soll der Verstofs wider Treu und Glauben ebenso verpönt sein, wie die bewußte Rechtswidrigkeit.

⁹ Näheres in der Lehre von der Stipulation.

der klassischen Zeit hervor. Die Korrespondenz der Vorstellungen von Dolus und Bona fides läßt sich hier stringent erweisen. Das erhellt zunächst aus zahlreichen Stellen, welche dieselbe ausdrücklich bestätigen und die wegen der Wichtigkeit dieses Sachverhalts in der Anmerkung wiedergegeben sind¹⁰; es folgt aber auch aus sonstigen Erscheinungen.

Exceptio
doli
generalis.

α) Am deutlichsten zeigt sich die temperierende Funktion des Dolusbegriffs bekanntlich in der Exceptio doli generalis. Das hierher Gehörige ist so bekannt, daß hierüber nichts zu bemerken ist.

Nach-
folgender
Dolus.

β) Weniger bekannt ist es dagegen, daß auch die Actio doli eine ähnliche Funktion zu erfüllen vermag. Es wird dies häufig deswegen übersehen, weil die bekannten Definitionen des G. Aquilius, Servius Sulpicius und Labeo¹¹ auf den engsten und ursprünglichsten Dolusbegriff, jenen der Arglist (oben S. 316), gemünzt sind, welchen auch G. Aquilius bei Aufstellung der — bekanntlich von ihm herührenden¹² — A^o doli im Auge gehabt haben mag. Die klassische Zeit geht sehr viel weiter.

Damit ist nicht bloß gemeint, daß man in Ermangelung eines anderen Rechtsmittels auch bei solchen vorsätzlichen Schädigungen die Dolusklage gab, welche keine formelle Rechtswidrigkeit enthalten, wie bei Schikane, Neidbau u. dgl.; denn hier liegt noch überall vorbedachte Schädigung vor¹³. Sondern noch viel charakteristischer ist es, daß Actio doli auch gegeben wurde

¹⁰ So heißt es vom Mandatar bei Ulp. D. 17, 1, 8, 10: „Si dolo emere neglexisti, teneberis“, und darauf fährt der Jurist in 10 pr. fort: „Nihil enim amplius quam bonam fidem (Gegensatz!) praestare eum oportet qui procurat“. Und vom Depositar sagt er, D. 16, 3, 11: „sine dolo omni reddat . . . ceterum sufficit bonam fidem edacere.“ Vgl. noch Herwig Coll 10, 4: „Sive teneant sive dolo fecerint, quominus possiderent, secundum bonam fidem tibi satisfacere compellat“; Ulp. D. 50, 17, 152, 3: „Contractus quibus doli praestatio vel bona fides inest“; Paul. S.R. 1, 4, 1: „bonam fidem et exactam diligentiam praestare“; vgl. Paul. D. 3, 5, 17. Ähnlich ist es, wenn gegen Respektspersonen statt der A^o doli eine Actio in factum gegeben wird, „ut bonae fidei mentio fiat“, Ulp. D. 4, 3, 11, 1. Ganz verfehlt ist es, wenn Pernice, Lab. 2^a, 2, 192 die Bona fides als Pflicht zur Diligentia ansieht; hierdurch hat er sich den Weg zur richtigen Erkenntnis vollständig versperrt; das hängt mit seinen unrichtigen Anschauungen von der Haftung des Mandatars zusammen (unten A. 41).

¹¹ Cic. de off. 3, 14, 60. 61; de nat. deor. 3, 30, 74; top. 9, 40; Ulp. 4, 3, 1, 2.

¹² Cic. de off. 3, 14, 60; de nat. deor. 3, 30, 74.

¹³ Es hat dabei nichts zur Sache, daß dieselbe bei der Schikane unter dem Deckmantel eigener Rechtsausübung vor sich geht.

wegen eines Verhaltens, das nicht in vorbedachter Schädigung, sondern in blofser Ausnützung einer günstigen Situation besteht.

Der Schuldner, der nach seiner Wahl einen von zwei Gegenständen schuldet, hat den einen zerstört; wenn dann der andere zufällig zugrunde geht, geht gegen ihn *A° doli*, falls er nicht wenigstens für einen der beiden Gegenstände Ersatz leistet¹⁴. Und doch enthält jene Zerstörungshandlung, da ja der Schuldner den andern Gegenstand wählen durfte, keine Rechtswidrigkeit gegen den Gläubiger oder doch mindestens keine gewollte Schädigung, sondern nur eine Erhöhung seines Risiko. — Bei einem *Facio ut des* wird, wenn das Faktum erbracht ist, aber das *Dare* ausbleibt, in Ermangelung einer *Condictio ob causam*, die hinsichtlich des Faktum nicht möglich ist, *A° doli* gegeben¹⁵. Es hat einer mir erlaubt, Steine in seinem Grundstück zu brechen; nachdem ich kostspielige Vorbereitungen getroffen, sperrt er den Steinbruch: *A° doli*¹⁶. So ist vielleicht auch bei *Pomp. D. 19, 5, 16 pr.* die *A° civilis incerti* statt der *A° doli* eingesetzt worden¹⁷. Und so noch andere Entscheidungen¹⁸. Es ist ganz unerlaubt, in allen diesen Fällen bösen Vorsatz hinzuzudenken; und ihn aus der Handlungsweise nach rückwärts hin zu erschließen ist der Sachlage nicht angemessen. Vielmehr genügt es den Klassikern, daß das Verhalten des Beklagten jetzt unehrlich ist. Gerade in den beiden letztgenannten Fällen ist es der Wortbruch als solcher, d. h. der Bruch eines unklagbaren, nur ethisch bindenden Übereinkommens, der die Klage substantiiert.

¹⁴ *Pap. D. 46, 3, 95, 1* (unbegründete *Itp.*-Annahme bei Scialoja, *Bull. 11, 63*). — Wenn dasselbe auch gesagt wird vom Bürgen, „*qui promissum animal occiderit*“, *Pap. D. 4, 3, 19*, so will ich das deshalb nicht als Parallelfall anführen, weil hier das Abhandensein des eigentlichen *Dolus* nicht feststeht.

¹⁵ *Paul. D. 19, 5, 5, 3*; vgl. *Accarias, Théorie des contracts innom. 43 f.* Ich nehme dabei an, daß dieser Teil der Stelle klassisch ist; die Interpolationen in der Stelle (*Gradenwitz, Interpol. 133*) erstrecken sich schwerlich auch auf diesen Passus.

¹⁶ *Ulp. D. 4, 3, 34*.

¹⁷ Vgl. oben S. 202 A. 32.

¹⁸ *Ulp. D. 4, 3, 7, 8*: „*Servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea condicione, ut post libertatem transferatur in eum obligatio; manumissus non patitur in se obligationem transferri. Pomponius scribit, locum habere de dolo actionem sqq.*“ *Ulp. D. 4, 3, 9, 3*: Eine Streitpartei geht auf Sequestration ein, verweigert aber dann die Prozeßeinlassung über die *Reivindicatio: A° doli* seitens des Gegners. Vgl. noch *Ulp. D. 11, 7, 14, 2; 11, 6, 5 pr.*; *Paul. D. 4, 3, 20 pr.* Dagegen wird die *A° doli* in *D. 19, 5, 15* interpoliert sein; *Pernice, Lab. 2², 1, 217 A. 3.*

Die zuletzt besprochene Ausdehnung der *Actio doli* hat übrigens nur einen zufälligen und äußeren Grund. Er liegt in der Engherzigkeit des römischen Klagensystems. In all den eben angeführten Beispielfällen ist leicht ersichtlich, daß eine freie Handhabung des Kontrakts- oder Schadenersatzrechts auch ohne Annahme dolosen Verhaltens zu einem kontraktlichen oder deliktischen Ersatzanspruch gelangen könnte. Das ist aber bei den Römern, namentlich bei den älteren Klassikern, anders. Da ist es bald der *Stricti-juris*-Charakter des Vertrags, bald die ursprüngliche Unklagbarkeit der *Innominatkontrakte*, bald die *taxative* Begrenzung der vom *aquilischen* Gesetz betroffenen Schadensstiftungen, an welchen der Ersatzanspruch scheitert. So verfällt man als *ultima ratio* auf eine freie Handhabung der *actio doli*¹⁹.

Dabei kann die Frage aufgeworfen werden, wie man diese Anwendungen der *Actio doli*, in denen sie fast eine allgemeine Billigkeitsklage wird, mit ihrem infamierenden Charakter vereinigen mochte. Keinesfalls genügt es zur Erklärung, etwa eine besondere Empfindlichkeit der Römer im Ehrenpunkt anzunehmen; mit solchen unbestimmten Annahmen kann man nichts erklären noch rechtfertigen. Eher liegt der Schlüssel zu diesem Rätsel darin, daß die *A^o doli* eine *A^o arbitraria* ist. Die Infamie trifft hier den Beklagten nicht schon durch den Wahrspruch des Geschworenen, sondern erst dann, wenn er auch diesem zu trotzen sucht. Dazu braucht es nie zu kommen, und eben darum wird hier eine Gefahr für ehrliche Leute von den Römern gar nicht empfunden worden sein. Sollte ein Beklagter der *Sentenz* ausnahmsweise einmal trotzen, so ist er *kontumax* und mag die Folgen sich selbst zuschreiben.

γ) Eine besondere Indikation zur Ausdehnung des *Dolus*begriffs liegt endlich in den Klageformeln, welche *Dolus* des Beklagten voraussetzen, wie die *Actio depositi in factum* oder die Klage gegen den *Agrimensor*²⁰ oder die *Actio de peculio* im Fall der

¹⁹ Über eine verwandte Erscheinung in der modernen Rechtsentwicklung vgl. S. 325 A. 36. Aus diesem Gesichtspunkt erklärt sich auch die Entscheidung des *Paulus* in D. 4, 3, 18, 5. Es hat einer einen Sklaven getötet, den der Eigentümer kraft *Stipulation* einem Dritten schuldete. Der Dritte erhält gegen den *Delinquenten a^o doli*, obwohl sein Forderungsrecht nicht den unmittelbaren Gegenstand des Angriffs bildet. Bei einem Forderungsrecht der *Bona fides* würde hier bloße Abtretung der *A^o legis Aquiliae* stattfinden.

²⁰ *Si paret N^m N^m . . . agri q. d. a. modum falsum nuntiasse dolo malo.* Lenel, E.P. ² 212.

Fiducia infolge der Klausel „vel, si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est“; aber auch bei Ansprüchen, welche bloß materiell durch Dolus bedingt sind, wie die A^o depositi in jus concepta oder mandati (s. u. S. 325 f.) u. a., ist das Gleiche der Fall. Auch hier wird überall unter den Dolusbegriff vieles geprefst, was im strengen Sinne gar nichts damit zu tun hat. Der Dolus wird ausdehnend interpretiert, schon die einfache Nichterfüllung gilt als Dolus²¹.

II. Mit dem Begriff des Dolus berührt sich jener der *Fraus*, aber erst in seinen späteren Entwicklungsstadien. Denn ursprünglich ist *Fraus* der Nachteil, der Schade, und zwar im rein objektiven Sinn²². Später nimmt das Wort die aktivische Bedeutung in sich auf und bezeichnet die bewußt kränkende Handlung. Dabei kann auch ein nicht betrügerisches Delikt *Fraus* genannt werden²³. Doch ist diese weitere Bedeutung sehr selten²⁴. In der Regel ist vielmehr in der späteren republikanischen und klassischen Zeit *Fraus* auf die Betrugshandlung spezifiziert. Da Dolus in dieser Epoche zwar den Betrug bedeuten kann, aber diese Bedeutung durch die ungeheure Erweiterung des Dolusbegriffs etwas verblaßt ist, wird, wo man den Betrug bestimmt bezeichnen will, oft die verstärkte Parataxe „*dolus malus et fraus*“ gebraucht²⁵. Auch

Fraus.

²¹ Ulp. D. 16, 3, 1, 47: Der Erbe des Depositors hat in Unkenntnis der Sachlage das Depositum verkauft und will den Erlös nicht herausgeben: *hoc ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit, non reddit*. Paul. D. 11, 6, 2, 1: der Mensor haftet für seinen Substituten: „*quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti*“; Ulp. D. 15, 1, 36 (Lenel, E.P.² 284 f.): Der Herr handelt dolos, wenn er die vom Sklaven empfangene *Fiducia* nicht zurückgibt.

²² Daher häufig mit dem Possessivpronomen des Beschädigten: *sine fraude mea* oder *sua*: Fetialformel bei Liv. 1, 24, 5 cf. 22, 10, 5; XII Taf. 3, S. 10, 8 (Schöll); in *fraudem stipulatoris*, Gai. 3, 215; vgl. noch die bei Voigt a. O. 112 f. angeff. Stellen, und J. Pfaff, *Agere in fraudem legis* 62. — Die bei Ulp. D. 21, 1, 23, 2 und 50, 16, 131 angedeutete teilweise Synonymie von *Fraus* und *Poena* knüpft wohl daran an, daß in manchen Gesetzen gesagt ist, man dürfe etwas tun *sine fraude* (z. B. l. *Mamilia Roscia* bei Lachmann, Agrim. 1, 266 l. 3; l. *de infer*. C.J.L. 1, 1409 l. 8 [*fraudi multae poenae ne esto*]; l. *repet*. C.J.L. 1 n. 198 l. 28 u. a.); offenbar hat hier *Fraus* den oben bezeichneten allgemeinen Sinn, der durch den Beisatz *Poena* nur determiniert wird.

²³ So bei Liv. 23, 14, 3: *capitalem fraudem ausi*, und im Edikt bei Ulp. D. 21, 1, 23, 2 (der den Ausdruck freilich, aber hier wohl unrichtig als synonym mit *poena* auffaßt); Sev. Alex. Coll. 1, 9, 1.

²⁴ Aber doch vorhanden. Mommsen, Strafr. 87 A. 3 hat sie ganz übergegangen.

²⁵ Z. B. D. 13, 7, 3; 32, 37, 3; 3, 2, 1; Prob. 5, 6: *in edictis perpetuis*
Binding, Handbuch I. 6: Mittels, Röm. Privatrecht I. 21

bei den Verbindungen „in fraudem legis“, „in fraudem creditorum“ tritt die Vorstellung der listigen Schädigung deutlich hervor²⁶.

Culpa.
Weitesten
Bedeutung.

III. Culpa, in der Laiensprache mitunter im Sinn rein objektiver Veranlassung gebraucht, ist in der Rechtssprache immer subjektiv gefärbt und bedeutet die auf Verschulden beruhende Verursachung. Dabei kann Culpa im weiteren Sinne das Verschulden schlechthin bezeichnen und also auch den Dolus mit umfassen²⁷. Unzweifelhaft hat es auch eine Zeit gegeben, wo Culpa die spätere engere Bedeutung des fahrlässigen Verschuldens überhaupt noch nicht gehabt hat; noch die XII Tafeln kennen als Gegensatz zum *sciens prudensque* nur den „*qui casu (id est negligentia, setzt Gaius hinzu) commiserit*“²⁸.

Gegensatz
zum Dolus.

Bei den Juristen hat sich jedoch schon frühzeitig die Culpa gegen den Dolus abgeschieden und bedeutet die nicht vorsätzliche, dennoch aber zurechenbare, weil fahrlässige Verursachung. Jedoch hat das Wort nicht sofort die volle Bedeutung erlangt, welche die spätclassische und justinianische Jurisprudenz damit zu verbinden pflegt.

Ursprünglich
nur
kommissiv.

Wir finden vielmehr deutliche Spuren eines Entwicklungsstadiums, wo Culpa zunächst nur fahrlässiges Handeln bezeichnet, nicht auch fahrlässiges Unterlassen. Es muß eine Zeit gegeben haben, wo die Culpa immer nur eine kommissive, nicht auch eine omissive war, wo sie also nicht mit *Negligentia* identisch und nicht der kontradiktorische Gegensatz der *Diligentia* war. Auf eine solche Zeit deutet es zurück, wenn Qu. Mucius vom *Commodat* die Bemerkung macht „*et culpam praestandam et diligentiam*“²⁹

haec: d(olo) m(od)o f(raudis)v(e) c(ausa). Letztere Stelle zeigt, daß man die *Fraus* zum Dolus nicht mit *Pernice*, Lab. 2², 1, 214 wie den Wortbruch zur Täuschung in Gegensatz stellen darf.

²⁶ Viel zu eng gefaßt erscheint der Begriff der *Fraus* bei Mommsen, Strafr. 87 A. 3. In welchen Punkten ich von ihm abweichen muß, dürfte die Vergleichung ohne weiteres zeigen.

²⁷ So wenn bei der Ehescheidung von *Divortium mariti* oder *mulieris culpa* die Rede ist; oder bei Cic. de leg. 3, 4, 11: *Senatori qui nec aderit, aut causa aut culpa esto*. Viele Stellen bei Pernice, Lab. 2², 2, 8 A. 5.

²⁸ D. 47, 9, 9 (Gai. lib. 4 ad XII Tab.). Vgl. auch Ulp. D. 21, 1, 23, 2.

²⁹ D. 13, 6, 5, 3. Außerdem vgl. noch Ulp. D. 13, 6, 5, 15; 13, 7, 13, 1 (*culpa et custodia*); 47, 4, 1, 2 (*culpa autem negligentiaque excusata est*); 48, 5, 30, 4 (*negligentiam vel culpam*); 30, 47, 5 (*culpa — numquid et diligentia*). Interpoliert ist Ulp. D. 27, 3, 1 pr. i. f. und vielleicht auch 50, 8, 8. — Möglicherweise wird auch von Servius D. 24, 3, 66 pr. *culpa* im engeren Sinn gebraucht; vgl. den Text vor Anm. 47. — Dagegen bei Ulp. D. 50, 17, 23 ist mir der Gegensatz von *Culpa* und *Diligentia* recht verdächtig (A. 34 Abs. 2).

Das entspricht genau der Interpretation des aquilischen Gesetzes, bei welcher der Ausdruck naturgemäß nur in diesem Sinne genommen werden konnte³⁰. Wenn freilich Paulus³¹ sagt „in rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam, quia causa sua dotem accipit; (sed etiam diligentiam praestabit quam in suis rebus exhibet)“, ist dies der Interpolation verdächtig^{31a}.

Verschulden in in obligatorischen Verhältnissen.

In einem Falle hat diese engere Bedeutung von Culpa sich durch die gesamte klassische Zeit erhalten. Wo nämlich bei Stipulationsschulden auf Dare einer bestimmten Sache^{31b} von solcher die Rede ist, ist immer kommissive Culpa zu verstehen³².

Im übrigen ist die vorwiegende Richtung der Entwicklung der Culpahaftung im Gebiet der Kontraktverhältnisse, welches in dieser ganzen Materie stark in den Vordergrund fällt³³, die, nicht sowohl nach der Art des Verschuldens, als nach dem Grade desselben zu unterscheiden. Freilich wird der Gang dieser Entwicklung nicht bloß durch das Mitlaufen der Artunterscheidung, sondern mehr noch dadurch verdunkelt, daß hier verschiedene Gebiete verschieden zu behandeln waren, ohne daß dies in den Quellen ausdrücklich genug hervorgehoben wird. Vieles von der bestehenden Unklarheit geht dabei auf Interpolationen zurück; ich kann nicht jeder einzelnen nachgehen, ohne den Rahmen des Ganzen und die Übersichtlichkeit der Darstellung zu gefährden.

³⁰ Im übrigen finden sich bekanntlich zahlreiche Stellen, wo von culpam praestare schlechthin die Rede ist, ohne daß ein Anhaltspunkt hestünde, bloß an kommissive zu denken. So wird bezüglich der Miteigentümer, obwohl Paul. D. 10, 3, 14 pr. ausdrücklich Haftung für omissive Culpa statuiert, in allen anderen einschlägigen Stellen (D. 10, 2, 16, 4. 45, 1; 10, 3, 20 u. a.) von Culpa schlechthin geredet.

³¹ D. 23, 3, 17.

^{31a} Vgl. unten A. 53.

^{31b} Bei Stipulationes faciendi ist begreiflicherweise von Verschulden weniger die Rede; eher von Mora.

³² Der promissor haftet, wenn er den versprochenen Sklaven vergiftet, nicht aber, wenn er ihn hat verkommen lassen: „quia, qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur“, Paul. D. 45, 1, 91 pr. Diese Wortauslegung führt denn auch dazu, selbst aus kommissiver Culpa keine Klage zu geben, wenn sie keine Vernichtung, sondern bloße Beschädigung der stipulierten Sache zur Folge hatte, weil die Beschädigung nicht wie die Vernichtung das dare ausschließt. So noch Lab. D. 4, 3, 7, 3 cf.; D. 46, 3, 72, 5. Vgl. auch (vom Damnationslegat) D. 34, 2, 12 (potest dici) und dazu Pernice, Lab. 2², 2, 125. Eine ähnliche Wortinterpretation findet sich auch beim dolo desinere possidere der a^o ad exhibendum bei Marcell. D. 20, 1, 27.

³³ Auf die übrigen Haftungen speziell einzugehen, ist hier nicht des Ortes; auch ist die Entwicklung bei diesen nur eine sekundäre und ist die Fest-

Man läßt sich hier leicht dadurch irreführen, daß, wie bekannt, die jüngeren Klassiker mit großer Sicherheit das Prinzip aufstellen, es komme bei den obligatorischen Verhältnissen darauf an, ob „utrisque contrahentis commodum versatur“ oder „unius solius commodum“; im ersteren Fall soll unbedingt für exacta diligentia, im anderen nur für dolus und culpa lata gehaftet werden³⁴.

Dieses Prinzip taucht aber erst bei Africanus³⁵ auf und mag wohl auf Julian zurückgehen.

Auf-
deckung
des
ursprüng-
lichen
Prinzips.

Bei den Älteren wird ein allgemeines Prinzip nicht ausgesprochen. Dennoch besitzen sie ein solches, wenngleich es gegenwärtig sehr versteckt liegt und erst wieder aufgefunden werden muß.

Sie sind im wesentlichen geleitet von dem Gegensatz zwischen den infamierenden Klagen, wie A^o mandati, tutelae, pro socio, depositi, und den nicht infamierenden. Ja, hat man dieses einmal bei den Älteren erkannt, so findet man bei näherem Zusehen, daß diese Unterscheidung auch bei den Jüngeren trotz der von ihnen gehandhabten abweichenden Formel noch ihre Wirkung übt^{35a}.

stellung der maßgebenden Prinzipien durchaus im Kontraksrecht erfolgt. Insbesondere das Damnationslegat, welches noch etwas größere Bedeutung hat, folgt zuerst den Regeln der Stipulation, hat aber in der nachjulianischen Zeit Züge der freien Kontrakte angenommen; Pernice, Lab. 2², 2, 127 f.

³⁴ Hauptstelle Ulp. D. 50, 17, 23. Ferner Ulp. D. 13, 6, 5, 2 (wo die Worte nisi forte-deponitur interpoliert [Kniep, Præscriptio und Pactum 81; Eisele, Z. d. Sav.St. 11, 26] und m. E. auch die Worte ut in societate sehr verdächtig sind [vgl. Absatz 2]); Afric. 30, 108, 12; Pap. bei Ulp. D. 19, 5, 17, 2.

Übrigens halte ich auch die als Hauptstelle bezeichnete, D. 50, 17, 23, für schwer interpoliert. Sicher unecht ist zunächst die Nennung des Mandats, s. unten A. 41. Sehr verdächtig sind mir dann die abrupten Worte „in his quidem (l. quidam) et diligentiam“. Abgesehen davon, daß diese unklare Bemerkung den Inhalt des vorhergehenden Satzes verwischt — denn welche Kontrakte sind die quidam? — scheint mir die Einschlebung der Diligentia durch die von Tribonian wahrscheinlich vorgenommene Abschwächung der Haftung auf culpa in concreto bei der Dotalklage (unten A. 53) sehr nahegelegt gewesen zu sein. Auch daß die Societas den übrigen Kontrakten nachhinkt, ist bedenklich, zumal hier die Klassiker gewiß keine allgemeine Culpahaftung kennen (S. 330). Endlich habe ich (vgl. A. 42) große Bedenken dagegen, daß Ulpian die Tutel unter den Verhältnissen aufgezählt haben sollte, wo schlechthin für Dolus und Culpa gehaftet wird, zumal, wenn „in his quidam et diligentiam“ gestrichen wird, die Culpa sogar als omissive verstanden werden muß. Auch ist der Plural „tutelae“ auffallend. — Eine sichere Restitution ist natürlich nicht zu wagen; aber das von Pernice, Lab. 2², 2, 147 geäußerte Vertrauen auf den Inhalt der Stelle scheint mir sehr wenig begründet.

³⁵ D. 30, 108, 12.

^{35a} Die julianisch-afrikanische Formel hat nur eine zufällige annähernde

1. Bei den infamierenden Klagen wird nämlich ausgegangen vom Gedanken der *Bona fides* resp. deren Korrelatbegriffen *Dolus* und *Fraus*, und es kann dies auch nicht anders sein. Der rätselhafte Rechtszustand, daß in Verhältnissen wie z. B. Mandat oder Tutel schon die bloße *Culpa* diffamierte, kann nicht erklärt, sondern nur in Abrede gestellt werden. Nur darf man dabei nicht vergessen, daß der Begriff des *Dolus*, wie oben gezeigt, ein äußerst dehnbarer ist. Er kann auch das an sich nicht vorbedachte, aber doch von einer sträflichen Gleichgiltigkeit gegen fremde Interessen geleitete Verhalten umfassen, und ebenso wird es als dolose Verletzung der *Bona fides* gegolten haben, wenn ein an sich leicht reparabler Schade nicht repariert wurde. Gelegentlich ist ist man darum, namentlich seit der zweiten Hälfte des zweiten Jahrhunderts p. C., der Culpahaftung, oder wenigstens einer modifizierten, nahegekommen⁸⁶; aber der Ausgangspunkt ist das nicht.

Daß dies noch heute nicht richtig erkannt wird, hat seinen Grund darin, daß man beim Mandat und der Tutel die Diligenzhafthung, und zwar bezüglich des Mandats schon für die Zeit des Qu. Mucius Scaevola und Cicero, bestimmt bezeugt zu finden glaubte. Dadurch war man veranlaßt, diese Verhältnisse mit Kommodat und *Actio negotiorum gestorum* u. ä. auf eine Linie zu stellen und diejenigen Quellenstellen, an welchen die Entwicklung zu verfolgen ist, zu mißdeuten. In der Tat aber ist nur für die letztgenannten Verpflichtungsverhältnisse die Prämisse, daß von jeher für Diligenz gehaftet worden sei, richtig; bei Mandat und Tutel ist sie falsch.

Gehen wir nämlich aus von der Betrachtung des Mandats, so finden wir hier allerdings den bekannten Ausspruch Ciceros⁸⁷ „in

Richtigkeit, weil von den drei Kontrakten, die infamierend sind, zwei, nämlich *Depositum* und Mandat, gleichzeitig unilateral sind. Für die *Sozietät* paßt sie zu der älteren Lehre überhaupt nicht; Celsus kennt hier sicher nur *Dolushaftung* und noch Gaius nur solche für *Diligentia quam suis* (A. 43).

⁸⁶ Es läßt sich der im Text geschilderte Rechtszustand mit jenem vergleichen, der z. B. vor Einführung der Eisenbahnhafthpflicht in modernen Ländern zu finden war. Wie man hier schon im gefahrbringenden Betrieb ein Verschulden suchte, so haben unzweifelhaft die Klassiker, wo es nur anging, das Verhalten des Schuldners als unanständig und diffamierend zu bezeichnen, den *Dolus*begriff nicht ängstlich interpretiert; aber die Grundlage bildet er überall.

⁸⁷ P. Rosc. Amer. 38, 111. Noch Segré, *Sull' età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno* (Napoli 1906) 34 A. 2 u. f. erklärt das Verhältnis dieser Stelle zu den unten in A. 41 genannten, die *Culpa* ausschließenden, für rätselhaft.

privatis rebus, si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui commodi aut quaestus causa, verum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant³⁸. Aber diese immer wieder mißverständene Stelle setzt mit dem „neglentius gerere“ keineswegs allgemeine Diligenzhaftung voraus, sondern will nur sagen, daß auch ein Verschulden, welches nicht auf betrügerischem Eigennutz beruht, beim Mandat infamierend wirken kann. Der Akzent liegt eben nicht sowohl auf dem Gegensatz des einfachen malitiosius — negligentius, sondern auf dem von „(malitiosius) sui commodi aut quaestus causa“ und „non sui commodi causa“. Dieses letztere wird allerdings mit negligentius ausgedrückt; es ist aber Voreingenommenheit, negligentia im Munde Ciceros ohne weiteres so zu verstehen, wie es die Rechtstechnik späterer Jahrhunderte gefaßt hat. Vielmehr läßt es sich ganz wohl auch im Sinn der Pflichtvergessenheit fassen, und diese steht natürlich zur Idee des Dolus in keinem Gegensatz.

Übrigens will ich nicht einmal soweit gehen, die Neglentia beim ciceronischen Mandat auf den Dolus im heutigen Sinn zu beschränken; ich brauche nur an die oben geschilderte (S. 318 f.) Dehnbarkeit des Dolusbegriffs zu erinnern und daran, daß dieser zum Gegensatz der „bona fides“ geworden ist³⁹. Es lassen sich denn auch Verhältnisse denken, wo die boshafte Nichtgutmachung eines an sich leichten Verschuldens eine diffamierende Pflichtvergessenheit darstellt³⁹. Alles beruht hier eben auf dem Begriff der Bona fides, nicht auf dem der Culpa; das Maßgebende bleibt immer die Vorstellung der guten Treue⁴⁰: der Mandatar haftet für Treuverletzung. Und jede andere Annahme widerspricht auch den richtig verstandenen Quellen.

Wenn es schon an sich schwer begreiflich ist, wie die modernen Rechtshistoriker sich bei der Annahme einer infamierenden Verurteilung wegen schlechthin leichten Verschuldens beruhigen konnten, so ist eine solche Annahme gegenwärtig ganz ausgeschlossen dadurch, daß, wie sich bestimmt erweisen läßt, alle

³⁸ Oben S. 317.

³⁹ Ein Beispiel (allerdings für das Depositum und den Erben des Depositors gemeint) bietet Ulp. D. 16, 3, 3. Vgl. auch Ulp. D. 17, 1, 8, 9.

⁴⁰ Insbesondere spielt gerade bei Mandat und Tutel auch der Begriff der Culpa lata gar keine Rolle. Beim Mandat wird er überhaupt nicht genannt, und bei der Tutel ist zwar einmal (Celsus D. 16, 3, 32 — auf Tutel bezüglich) von latior culpa die Rede, aber damit ist deutlich die culpa in concreto gemeint. S. unten A. 51.

von der Kulpahaftung des Mandatars sprechenden klassischen Stellen interpoliert sind⁴¹.

Dafs es beim Tutor nicht anders steht, soll, um den Zusammenhang des Textes nicht allzusehr zu unterbrechen, in einer besonderen Anmerkung nachgewiesen werden⁴². Es ist dort zu

⁴¹ Das hatte (für die frühere Kaiserzeit) schon Huschke erkannt (Z. f. Ziv.R. u. Proz. N. F. 5, 113 f.; vgl. auch Hartmann, Oblig. 243 A. 4), und sehr zutreffend macht Kniep, Praescriptio u. Pactum 81 f. darauf aufmerksam, dafs Severus u. Antoninus (Cod. Just. 2, 12, 10: ... procurator ... si quid fraude vel dolo egit, convenire eum more iudiciorum non prohiberis) den Mandatar nur wegen Fraus und Dolus haften lassen. Letztere Ausführungen hat Pernice, Lab. 2^a, 2, 191 anscheinend nicht gekannt, sonst wäre seine Behandlung dieses Punktes anders ausgefallen. Das eben genannte Reskript im Zusammenhang mit Modest. Coll. 10, 2, 3 (in mandati vero iudicio dolus, non etiam culpa deducitur) setzt es ganz ausser Zweifel, dafs die Haftung des Mandatars für Diligenz der ganzen klassischen Zeit fremd ist. Damit stimmen die Klassiker überein, welche von dolo emere negligere u. ä. sprechen. Ulp. D. 17, 1, 8, 10. 26, 8 (sine dolo malo); 29 pr. (videtur dolo versari); 29, 3 (dolo proximum est); 29, 4 (caret fraude); 48 pr. (parum fideliter facit); D. 14, 5, 6 (quia dolo fecit). Wenn in D. 17, 1, 10, 1 (cf. 22, 11) anscheinend Culpahaftung angenommen wird, so ist jedenfalls eine Culpa gemeint, die man nachweislich (D. 10, 4, 9, 4) dem Dolus gleichstellt, nämlich Versäumnis eines Kautionsverlangens; aber für viel wahrscheinlicher noch halte ich es, dafs Culpa itp. ist für Dolus (wie vielleicht auch in D. 16, 3, 3). Erst Justinian hat in D. 50, 17, 23 das Mandat unter die zur Diligenz verpflichtenden Kontrakte eininterpoliert; ob auch bei Diocl. C.J. 4, 35, 11 u. 13 culpa interpoliert ist oder ob hier schon der Ansatz einer weiteren Entwicklung vorliegt, fragt sich.

⁴² Pernice, Lab. 2^a, 363 findet, dafs „von älteren und jüngeren Juristen so bestimmt wie möglich die Haftung für gewöhnliche Culpa bezeugt ist“. Dem Richtigen etwas näher kommend deutet Eisele, Ztschr. Sav.St. 13, 128 wenigstens die Möglichkeit von Meinungsverschiedenheiten an, und Pernice selbst hat später (Lab. 2^a, 2, 199—204) jene Behauptung stillschweigend fallen lassen. In Wahrheit steht die Sache so:

1. Dafs eine herrschende Lehrmeinung für die Diligenzhaftung nicht vorhanden war, zeigt schon Quintil. J.O. 7, 4, 35: „in tutelae iudicio solet quaeri ... an fidem praestare debeat tantum, non etiam consilium et eventum“; es war also zu Quintilians Zeit eine ganz bestimmte Schulrichtung vorhanden, welche die Dolushaftung für unüberschreitbar erklärte. Wenn daneben die gegenteilige Ansicht vertreten gewesen sein soll, wird sich alsbald zeigen, in welchem Sinn allein dies der Fall gewesen sein kann.

2. Die Einzeluntersuchung ergibt zunächst einige Stellen, welche darauf hinweisen, dafs die Haftung für blofsen Dolus eigentlich das Prinzip bildet; dafs dieselben der severischen Zeit entstammen, in der man (s. u.) nahe daran war, darüber hinauszugehen, ist nur ein Zeichen der Stärke dieses Prinzips. Hierher gehört Paul. D. 47, 2, 54, 3: „Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit, vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis oblata satisfactione solus administrationem

zeigen, daß, wo in den Quellen eine Diligenzhaftung des Tutor als Prinzip ausgesprochen wird, dies teilweise interpoliert ist,

suscepti“, hier bezeichnet der Jurist deutlich die Diligenzhaftung als Ausnahme und hat dabei auch gewiß nicht an die *Diligentia quam suis* als Gegensatz gedacht; denn diese ist kein fester Begriff (S. 336). Ulpian ferner, D. 26, 7, 7 pr. (*Tutor qui repertorium non facit, dolo fecisse videtur . . . Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea condicione est, ut teneatur in id quod pupilli interest*) betont in einem speziellen Fall das *dolo fecisse*, und seine „befremdliche“ (Windscheid, Pand. 2 § 438 A. 6) Bemerkung in § 2 (*competet — parte debere*) ist vielleicht ein Ausdruck der prinzipiellen Anschauung, wobei die Worte „in hac parte“ und „latam negligentiam“ (statt *malitiam*?) vgl. auch A. 68) noch interpoliert sein können. Ebenso soll bei Antonin. C.J. 5, 51, 2 nur für *Dolus* (und *lata culpa*, letztere *itp.*, s. A. 76) gehaftet werden; vgl. auch C.J. 5, 55, 2.

3. Wenn man über die *Dolus*grenze hie und da scheinbar hinausgegangen ist, so läßt sich dies sehr wohl begreifen, sobald man der Erweiterung eingedenk ist, welche der *Dolus*begriff in der klassischen Zeit erfahren hat (oben S. 317). Daß in der Tat nur die Annahme eines *Dolus* im weiteren Sinn hier die Annahme der Haftung vermittelt hat, ist keine bloße Vermutung, sondern läßt sich bestimmt dartun daraus, daß die Stelle, in welcher zuerst die Haftung für *Diligentia quam suis* gelehrt wird, Cels. D. 16, 3, 32 (abgedruckt in A. 51), sich gerade auf die Tutel bezieht (vgl. Lenel, Paling. Cels. 91) und die *Culpa in concreto* als eine Abart der *Fraus* bezeichnet. Gleichzeitig ergibt die Stelle, wer die Juristen waren, auf deren Streit Quintilian (oben sub 1) anspielt: es sind seine Zeitgenossen Nerva und Proculus — und in welchem Sinn allein Nerva das „*Consilium praestare*“ verlangte: an eigentliche Diligenzhaftung hat er gar nicht gedacht. Also ist die *Dilig. quam suis* durch Erweiterung des *Dolus*begriffs entstanden; nicht, wie man lehrt (Windscheid a. O. A. 5), durch Minderung der Diligenzhaftung.

Vom weiten *Dolus*begriff aus erklärt sich eine Reihe von Stellen, die Rudorff, Vormundschaft 3, 70 f. unbedenklich für die Diligenzhaftung anführt: sie enthalten lauter Vorkommnisse, die sich deutlich als *Dolus* im weiteren Sinn qualifizieren: Pap. D. 26, 7, 39, 11 (Liegelassen der Geschäfte!); Jul. D. 35, 2, 84; Ulp. D. 35, 3, 1, 2 (beidemale versäumtes Kautionsverlangen bei Legaten; das wird von Ulp. D. 10, 4, 9, 4 ausdrücklich als *Dolus* bezeichnet); Paul. D. 41, 4, 2, 8 (zu billiger Verkauf an sich selbst); Pap. D. 26, 7, 39, 6 u. a. — (Ulp. D. 26, 7, 10 [Inskription vergeschrieben, vgl. Lenel, Pal. zu Ulp. 1386] bezieht sich auf das Verhältnis zum Gläubiger, gehört also überhaupt nicht hierher.)

4. Von den weiteren Zeugnissen, welche für die grundsätzliche Diligenzhaftung angeführt werden, scheidet zunächst Ulp. D. 27, 3, 1 pr. aus, weil hier die Schlussworte „*praestando dolum et culpam et quantam in suis rebus diligentiam*“ anerkannt interpoliert sind (vgl. auch Pernice, Lab. 2, 2, 204). Wenn ferner Ulp. D. 26, 7, 25 pr. bei schlechter Prozeßführung des Kurator von *Culpa* spricht, so ist eben die Klage gegen den Kurator die *A° negotiorum gestorum*, bei der stets für *Culpa* gehaftet worden ist; sie ist auch nicht infamierend. — Ebenso gehört das zweimalige *ex culpa* bei Pap. D. 26, 7, 41

daß im übrigen noch zu Ende des ersten Jahrhunderts der Kaiserzeit die Beschränkung der Haftung auf Dolus von manchen Juristen

nicht hierher; denn das zweite kann sich auf kommissive Culpa beziehen; das erste bezieht sich auf die eigenartige Kontrollpflicht der Mitvormünder.

Dagegen ist bei Pap. D. 26, 7, 39, 7 „aut culpam“ verdächtig: die Tutoren, die für das Provinzialvermögen die Gestion haben, halten sich vorübergehend in Italien auf: wenn sie diesen Anlaß nicht benutzen, um auch für die (zufällig erledigte) Verwaltung des italischen Vermögens Vorsorge zu treffen, sollen sie für „dolum aut culpam“ haften. Der Tatbestand ist doch ein einfacher; warum also die doppelte Möglichkeit von Dolus oder Culpa? Sicher interpoliert endlich sind in Ulp. D. 27, 8, 4 die dem severisch-antoninischen Reskript entsprechenden Worte „nam nec heres tutoris neglegentiae nomine tenetur“, wie die Gesamtkonstruktion der Stelle zeigt; ebenso bei Scaev. D. 26, 7, 57 pr. der Satz „si adprobatum fuerit — praetermissis“. Endlich Sev. et Ant. C.J. 5, 54, 1 (beredes tutoris ob neglegentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratiae praestitum sit) sieht zwar auf den ersten Blick so aus, als ob zwar nicht die Erben, wohl aber der Tutor selbst schlechthin für jede Culpa gehaftet hätte (vgl. S. 111 A. 44a); aber bei genauerer Betrachtung lassen sich die Worte „si non contra tutorem lis inchoata est“ auch dahin verstehen, daß auch für den Tutor selbst die Diligenzhaftung erst mit der Litiscontestatio eingetreten wäre (infolge der Prozeßobligation); es kann also bloßer Zufall sein, daß die Nichthaftung für Diligenz vor der L.C. bloß für die Erben ausgesprochen ist.

Wenn demnach alle Zeugnisse für die Diligenzhaftung bis in die severische Zeit sehr unverläßlich bleiben, scheint mir nicht einmal die Annahme empfehlenswert — die ja übrigens dem obigen Prinzip gar keinen Abbruch tun würde —, daß die unter 3. bezeichnete Erweiterung des Dolusbegriffs allmählig zur Anerkennung einer Culpahaftung geführt habe. Denn die unter 2. genannten Aussprüche, insbesondere jene des Paulus und Ulpian stehen dem entgegen. Vielmehr ist allem Anschein nach die Annahme einer Diligenzhaftung zunächst nur in solchen Fällen statuiert worden, wo einer von mehreren Tutoren die Geschäftsführung gegen Kautio übernommen hatte, was Paulus auch andeutet; die Cautio lautet wahrscheinlich auf „quidquid . . . te dare facere oportebit ex fide bona“ und führt zu keiner infamierenden Klage; es wäre begreiflich, wenn hier strenger praktiziert wurde. In theoretischer Allgemeinheit wird die Diligenzhaftung für jeden Tutor erst bei Modestin Coll. 10, 2, 3 statuiert: dieser Ausspruch ist allerdings unangreifbar. Ob dieser offenbare Widerspruch zu Paulus auf ein mittlerweile erlassenes Reskript zurückgeht? — Zu bemerken ist übrigens, daß auch bei Modestin D. 26, 7, 32, 2 u. 3 (fructus qui bona fide percipi poterant) und Callistratus D. 26, 7, 33 pr. (diligentia quam pater familias [rebus suis, itp.] ex bona fide praebere debet) der ursprünglich die Lehre beherrschende Gedanke der bona fides, also des Gegenstücks zum Dolus, noch nachklingt.

5. Zusammenfassend also: Ausgangspunkt die reine Dolushaftung. Unter Nerva und Proculus Streit, ob man die Vernachlässigung der Diligentia, quam quis suis rebus adhibere solet, nicht auch als Fidesverletzung unter den Dolusbegriff bringen kann. Bei der allgemeinen Tendenz, mit der Annahme der

stark urgirt wird, und daß, wenn sich später — die Zeugnisse beschränken sich fast ausschließlich auf die severische Zeit — eine freiere Richtung durchringt, das ursprüngliche Prinzip auch in dieser Zeit noch keineswegs schlechtbin aufgegeben worden ist.

Haben wir schon hier zwei Fälle infamierender Klagen, wo das maßgebende Prinzip in der Verpönung des Dolus besteht, so tritt als dritter die Sozietät hinzu. Es ist so gut wie sicher, daß auch hier für die älteren Klassiker, bis auf Celsus, die Prästation des Dolus den Ausgangspunkt bildet⁴³; höchstens seit Gaius tritt hier eine Fortbildung ein (A. 43 i. f.). Von der A^o depositi braucht die Dolushaftung nicht weiter nachgewiesen zu werden⁴⁴.

Arglist nicht allzu ängstlich umzugehen, greift die bejahende Ansicht um sich, wodurch eine Reihe von Nachlässigkeiten, aber wie es scheint, eben immer nur unter dem Gesichtspunkt der Untreue, prästabel werden. Aber das ursprüngliche Prinzip wird allem Anschein nach noch in der severischen Zeit nicht direkt verworfen außer für den „qui administrationi se obtulit“; und nur dies verträgt sich mit der den Tutor treffenden Infamie. Erst bei Modestin finden wir die Diligenzhftung als Grundsatz hingestellt.

⁴³ Cels. bei Ulp. D. 17, 2, 52, 2: „Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum (et culpam) praestare oportet“, wo in den Worten dolum et culpam das letztere offenbar interpoliert ist, wie der Fortgang der Stelle zeigt. (So auch Brafsloff in Wiener Festschr. f. Bormann 334, der mit Recht auf Bas. 12, 1, 50 hinweist.) Auch ist zu beachten, daß noch Paul. D. 2, 13, 9 pr., um einen Fall der Haftung des Sozius zu bezeichnen, sagt: „cum dolo malo socius negotia gessit.“ — Im übrigen sind zwei weitere Aussprüche von Paulus sehr zu berücksichtigen, D. 17, 2, 36 und 65, 9. An der ersten Stelle heißt es, nachdem in l. 35 Ulpian gesagt hat, gegen den Heres socii gebe es eine besondere Formel „ut bonam fidem praestet“, weiter: „et acti etiam culpam quam is praestaret in cuius locum successit“; die zweite sagt: „(post mortem socii) dolus et culpa in eo quod ex ante gesto pendet tam ab herede quam heredi praestandum est.“ Hier sind nur zwei Dinge möglich: entweder die Nennung der Culpa, für die der Heres socii haften soll, ist überhaupt unecht; dann beweisen die Stellen auch nichts für die Culpahftung des Erblassers. Oder sie ist echt; dann aber ist, da gegen den Erben des Sozius eben eine besondere, auf bloße Haftung für Bona fides (Korrelat zu Dolus, oben S. 317) abgestellte Formel besteht, es deutlich, wie die Juristen die Culpahftung aus der Dolushftung erst herausentwickelt haben. — Auf letzteres wird auch Gaius D. 17, 2, 72 zu beziehen sein; er spricht von Culpahftung, schränkt sie aber sofort auf Culpa in concreto ein, diese aber ist modifizierter Dolus (wenn hier nicht überhaupt interpoliert, unten S. 332). — Wenn endlich Ulp. D. 13, 6, 5, 3 und 50, 17, 23 die Sozietät zu den Kontrakten zählt, wo schlechthin für Culpa gehaftet wird, ist die erstere Stelle nachweisbar (Eisele, Z. Sav.St. 11, 26) so stark interpoliert, daß sie wenig Gewicht hat; und auch die letztere ist sehr verdächtig (oben A. 34).

⁴⁴ Vgl. Ulp. 16, 3, 1, 10 u. 47; 47, 2, 14, 3; 50, 17, 23; Paul. Coll. 10, 7, 6;

Für die Fiducia besitzen wir keine Zeugnisse aus der besten Zeit⁴⁵.

Nicht-
infamie-
rende
Klagen.

2. Sehr viel anders verhält es sich bei den nicht infamierenden Klagen. Für Kommodat und auftragslose Geschäftsführung wird die Diligenzhaftung als selbständiges Prinzip hingestellt, das nicht von der Flagge der Bona fides gedeckt zu werden braucht; für beide Verhältnisse wird dies schon von Qu. Mucius formuliert⁴⁶. Auch für das Gebiet der A° rei uxoriae ist die Diligenzhaftung eine selbständige. Zwar wenn es bei Javolen D. 24, 3, 66 pr. nach Qu. Mucius und Servius heißt *dolum malum et culpam maritum praestare debere*, so ist vielleicht, angesichts der Anwendung, die Qu. Mucius hiervon gemacht hat (Haftung der Erben des Gajus Gracchus für die Mitgift seiner Frau, welche in den gracchischen Unruhen verloren gegangen war), nur an kommissive Culpa zu denken. Aber im übrigen wird bei den nicht infamierenden freien Ansprüchen⁴⁷ positive Diligenz bestimmt verlangt und dabei niemals an eine Ableitung dieses Postulats aus der Bona fides gedacht⁴⁸. Dies gilt insbesondere auch für den *Contractus pignericus*⁴⁹, wohl auch für *Universalfideikommiss*⁵⁰; es gilt auch für Kauf und Miete. Inwiefern in diesen Verhältnissen die Entwicklung der Diligenzhaftung durch verkehrsübliche und allmählich zum *Naturale negotii* gewordene Verabredungen gefördert worden ist, wonach der Schuldner *Custodia* prästieren solle, ist an späterer Stelle zu erwägen.

3. In diese einfache Scheidung von Dolus- und Diligenzhaftung spielt nun der Begriff der *Diligentia quam suis* herein. Wie weit sein Ursprung zurückreicht, ist nicht leicht festzustellen. Er kommt in verläßlicher Überlieferung zuerst bei Cels. D. 16, 3, 32

Sev. Alex. Coll. 10, 8 (mit Interp. der *lata culpa* C.J. 4, 34, 1) Über Gai. D. 44, 7, 1, 5 s. u. A. 56. Itp. ist die *Culpa suspicio* bei Ulp. D. 16, 3, 11.

⁴⁵ Es erwähnt sie erst Modestin, Coll. 10, 2, 2, und zwar im Sinn der Culpahaftung. Aber er hat diese auch für die Tutel, wo der Zustand früher ein ganz anderer ist (Coll. 10, 2, 3).

⁴⁶ Kommodat D. 13, 6, 5, 3; *neg. gestio* D. 3, 5, 10 (Pomp. ad Qu. Muc.). Sehr scharf pointiert für das Kommodat Gai. D. 13, 6, 18 pr.; für *neg. gestio* Lab. D. 3, 5, 3, 9. Vgl. noch Pap. D. 3, 5, 31 pr.; Ulp. D. 3, 5, 5, 14; Paul. *ibid.* 17 (*arg. e contr.*); 10, 2, 25, 16. — Paul. D. 3, 5, 18, 1 ist interpoliert (Perozzi, *Obblig.* 66).

⁴⁷ Über die strengen Klagen s. oben S. 323.

⁴⁸ Vgl. insbes. gerade für die *Dotalklage* Pomp. D. 24, 3, 9 cf. 18, 1; Jul. D. 23, 3, 49.

⁴⁹ Ulp. D. 42, 5, 9, 5.

⁵⁰ Vgl. unten Text zu Anm. 52.

Sichere
Anwen-
dung nur
bei Dolus-
haftung;
sonst viel-
leicht inter-
poliert.

vor, angewendet auf die Tutel⁵¹; sodann findet er sich für die Sozietät bei Gai. D. 17, 2, 72 (J. 3, 25, 9). Endlich erscheint er auch bei Neraz für das Universal-fideikommiss, doch ist diese Erwähnung vermutlich interpoliert⁵². und sicher ist sie es bei Ulp. D. 27, 3, 1 pr. Auch daß der Ehemann wegen der Dos nur für Diligentia quam suis haften soll, ist keineswegs unverdächtig⁵³, und ebenso die gleiche Erscheinung bei der Sachgemeinschaft⁵⁴.

Es ist unschwer zu erkennen, daß dieser eigentümliche Begriff auf dem Gebiete der reinen Dolushaftung erwachsen ist und sich als eine besondere Bestimmung derselben darstellt. Gerade seine ältesten und allein einigermaßen sicheren Anwendungen bei Celsus für die Tutel und Gaius für die Sozietät (der Gaiusstelle traue ich jedoch nicht unbedingt) beziehen sich auf Fälle, wo das Prinzip der Verantwortung für bloßen Dolus entweder fortdauernd (Tutel) oder doch bis in die hadrianische Zeit (Sozietät, vgl. A. 43) im Vordergrunde gestanden ist; und der Gedanke ist,

⁵¹ D. 16, 3, 32: Quod Nerva diceret, latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominem natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam (in deposito) praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit. Die Worte „in deposito“ sind, wie die Inschrift zeigt, interpoliert. Irriges bei Voigt, XII Tafeln 2, § 86 N. 1; Heck, Z. d. Sav.St. 10, 130.

⁵² Nerva bei Ulp. D. 36, 1, 23, 3 und unten Text zu A. 78; vgl. dazu Pernice, Lab. 2, 2, 218 f. Wenn dabei Pernice aus der Streichung der Interpolation eine bei den Klassikern angenommene Haftung des Universal-fideikommissars für Diligenz ableiten will, mag dies richtig sein; es entspricht dann nur der raschen Entwicklung der Diligenzpflicht bei freien, nicht infamierenden Ansprüchen.

⁵³ In Betracht kommt zunächst Paul. D. 23, 3, 17 pr.: In dotalibus rebus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia sua causa dotem accipit, (sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet). Der Nachsatz steht mit dem in D. 30, 108, 12 niedergelegten Prinzip in vollem Widerspruch, auf welches doch mit den Worten „quia sua causa dotem accipit“ eben hingewiesen war; auch verträgt er sich nicht mit den Aussprüchen von Paulus selbst in D. 23, 3, 72, 1 und von Gai. D. 13, 6, 18 pr. u. f. sowie Pomp. D. 24, 3, 18, 1. Ferner führt man für die Diligentia quam suis Ulpian D. 24, 3, 24, 5 an; aber hier ist sie in der Konstruktion „quamvis-attamen“ gebracht, und diese ist immer verdächtig, wie Ferrini und Gradewitz gezeigt haben, und die Diktion der Stelle gewinnt auffallend, wenn man die Worte von „quamvis“ bis „attamen“ durch ein einfaches „Nam“ ersetzt.

⁵⁴ Paul. D. 10, 2, 25, 16. Der Satz „talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus“ steht rein in der Luft. Vorher war gesagt, der Gemeinschaftler haftet nicht für Diligenz eines guten Hausvaters; „deshalb“ (?) soll er für Dil. quam suis haften.

wie für die Tutel ausdrücklich gesagt wird, der, daß die Zurücksetzung fremder Angelegenheiten gegen die eigenen unehrlich ist.

Hiervon sind die jüngeren Verwendungen dieser Vorstellung, wie sie sich bei Ulpian und Paulus für die Sachgemeinschaft und die Haftung des Ehemanns finden, wohl zu unterscheiden. Vor allem ist die Echtheit dieser Zeugnisse sehr zweifelhaft (A. 53/4); sollte sie aber doch anzunehmen sein, so ist zu beachten, daß die vorseverischen Klassiker in diesen Verhältnissen die Diligenzhftung schlechthin mit Bestimmtheit anerkennen⁵⁵. Demgemäß könnten diese Anwendungen der *Diligentia quam suis* keinesfalls als eine Nuanzierung der Dolushaftung betrachtet werden, wie sie bei Tutel und Sozietät stattgefunden hat, sondern würden vielmehr eine Erleichterung der hier bestehenden Diligenzhftung darstellen. Maßgebend wäre, die Echtheit immer vorausgesetzt, für Ulpian und Paulus wahrscheinlich der Gedanke gewesen, daß bei dauernden Verpflichtungsverhältnissen, wie die Kommunion und das Dotalverhältnis, eine über das Naturell des Schuldners hinausgehende Diligenz kaum verlangt werden kann. Dieser an sich sehr zu treffende Gedanke würde eine sekundäre Weiterverbreitung des von einem ganz anderen Gesichtspunkt entwickelten Begriffs der *Diligentia quam suis* repräsentieren. Aber ich halte den Gedanken viel eher für einen justinianischen und bin geneigt, auch bei Ulpian und Paulus in diesem Punkt wahre Diligenzhftung anzunehmen.

4. Endlich ist der Begriff der *Culpa lata* zu erwähnen. Es hat das geschichtliche Verständnis der Entwicklung vollkommen getrübt, daß man zweierlei verkannte.

a) Erstens, daß der Sitz der *Culpa lata* überhaupt nicht bei den Kontraktionsverhältnissen zu suchen ist. Hier kommt sie vielmehr m. W. nur ein einziges Mal — in verdächtiger Weise⁵⁶ — vor, und zwar beim Depositum. Der Satz, daß wer für Dolus haftet, auch verantwortlich gemacht wird für *Culpa lata*, ist für Kontrakte also prinzipiell gar nicht ausgesprochen. Insbesondere die allgemein

⁵⁵ Sachgemeinschaft: Alfen. D. 10, 3, 26; African. 10, 3, 9; Pomp. 10, 2, 16, 4, 45, 1; 10, 3, 20. Haftung des Ehemanns: Gai. D. 13, 6, 18 pr. u. f.; Pomp. D. 24, 3, 18, 1. Zwar ist in diesen Stellen nicht von *Diligentia*, sondern von *Culpa* die Rede; daß dieser Ausdruck hier aber nicht auf bloß kommissives Verschulden einzuschränken ist, wurde bereits in A. 31 bemerkt.

⁵⁶ Gai. D. 44, 7, 1, 5; dazu Pernice a. O. 2², 2, 214. Auf den Ausspruch Ulpians D. 17, 1, 29 pr. ist, auch abgesehen von der Echtheitsfrage, kein Gewicht zu legen.

redenden Stellen über den Umfang der Prästationspflicht enthalten von *Culpa lata* keine Spur⁵⁷.

In Wahrheit kommt daher die *Culpa lata* höchstens vor bei der Erörterung der Formel gegen den Prekaristen⁵⁸, bei der Haftung der *Argentarii* für *Edition*⁵⁹, bei der Haftung des *Mensor*⁶⁰, bei der Verantwortlichkeit des testamentarisch freigelassenen Sklaven für Beschädigung der Erbschaft⁶¹, bei der Verantwortung des Erben für Verringerung der Erbschaft zu Ungunsten der *Legatare*⁶² und bei den Stipulationen des Erbschaftsverkäufers⁶³; bei der quasikontraktlichen Haftung des Erben für *Legate*⁶⁴ und für *Fideikommiss*⁶⁵, der Haftung des Käufers für den redhibierten Sklaven⁶⁶, der Verantwortung der Erben des Tutor und des *Municipalmagistrats*⁶⁷ aus dessen Vormundschaftstätigkeit; (manchmal auch bei der Haftung der Tutoren selbst⁶⁸, vgl. S. 335). Ferner bei der Verantwortung der Stadtmagistrate für ihre Verwaltung⁶⁹ und des *Bona fide serviens*, der dem Quasiherrn einen Schaden stiftet⁷⁰. Ferner im Strafrecht bei der *lex Cornelia de sicariis*⁷¹. und beim *incendium*⁷²; bei der Strafe der Soldaten wegen Nachlässigkeit im Dienst⁷³, endlich bei der Strafe der falschen Antwort auf *Interrogatio in iure*⁷⁴.

⁵⁷ Diese Stellen s. oben A. 34.

⁵⁸ Ulp. D. 43, 26, 8, 3 und 6.

⁵⁹ Ulp. D. 2, 13, 8 pr.

⁶⁰ Ulp. D. 11, 6, 1, 1.

⁶¹ Ulp. D. 47, 4, 1, 2.

⁶² Ulp. D. 36, 4, 5, 15.

⁶³ Ulp. D. 18, 4, 2, 5.

⁶⁴ Ulp. D. 30, 47, 5 ablehnend.

⁶⁵ Ulp. D. 36, 1, 23, 3, hier auf *Neratius* zurückgeführt, vgl. aber A. 52.

⁶⁶ Ulp. D. 21, 1, 31, 12; hier aber nicht als äußerste Haftungsgrenze.

⁶⁷ Ulp. D. 27, 8, 1, 3, 4; *Sev. et Ant. C.J.* 5, 54, 2, 1; *Alex. Sev. C. J.* 5, 75, 2.

⁶⁸ Ulp. D. 26, 7, 7, 2, dazu *Burckhard*, Gleichstellung von *Dolus* u. *Culpa* I. 64; Ulp. D. 26, 10, 7, 1 (beide, bes. die zweite Stelle [*Z. Sav. St.* 14, 174], sehr *itp*verdächtig); *Carac. C.J.* 5, 51, 2 (*itp. s. A.* 76); *Sev. Alex.* 5, 55, 2; *Diocl. C.J.* 2, 18, 17.

⁶⁹ Allerdings haften diese noch weitergehend für *Diligenz*, wenn Ulp. D. 50, 8, 8 echt ist.

⁷⁰ *Modest. D.* 41, 2, 54, 2.

⁷¹ *Paul. D.* 48, 8, 7.

⁷² *Marcian. D.* 47, 9, 11; *Ulp. Coll.* 12, 5, 1.

⁷³ *Callistr.* 48, 3, 12.

⁷⁴ Ulp. D. 11, 1, 11, 11.

Außerdem kommt die *Culpa lata* zweimal in verdächtiger Anwendung vor in Reskripten, welche die Tutel besprechen⁷⁵; in andern dieses Gebiet betreffenden ist sie sogar fast sicher interpoliert⁷⁶. Ebenso ist eine Anwendung auf das Mandat — D. 17, 1, 8, 10 — sehr interpolationsverdächtig⁷⁷.

Ich weiß nicht, ob man nicht noch weiter gehen und auch von den übrigen vorgenannten Zeugnissen eine größere Anzahl auf ihre Echtheit bezweifeln könnte. Doch mag dieser Punkt dahingestellt bleiben. Wie dem auch sein mag, jedenfalls wird

b) zweitens oft übersehen, daß, wie die zitierten Stellen zeigen, der gesamte Begriff der *Culpa lata* erst sehr spät auftritt. Wenn man von der flüchtigen und nicht einmal sicheren Anführung des Neraz durch Ulp. D. 36, 1, 23, 3 (A. 52) und der höchst bedenklichen des Gaius D. 44, 7, 1, 5 (A. 56) absieht, wird der Begriff der *Culpa lata* nicht von einem einzigen Juristen der vorseverischen Zeit verwendet⁷⁸. Es ist höchst bezeichnend, daß die beiden ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit ihn also noch gar nicht kennen. Er und seine Gleichstellung mit dem *Dolus* sind eine ganz späte Erfindung, und sie haben, wie gesagt, mit dem Kontraksrecht nichts zu tun. Die Gleichsetzung der *Culpa lata* mit dem *Dolus* kommt fast ausschließlich vor bei Auslegung von Klagformeln oder *Stipulationen*, die auf *Dolus* abgestellt sind, und im Strafrecht.

5. Demnach obwaltet in der Entwicklung der kontraktlichen Haftungen ein einfacher, einheitlicher Zug. Bei den nicht infamierenden freien Klagen ist die Diligenzhaftung schon in der

⁷⁵ Sev. und Carac. C. J. 5, 54, 1; Sev. Alex. C.J. 5, 55, 2.

⁷⁶ So bei Carac. 5, 51, 2, wo zwar die *manifesta negligentia* (die aber ein rein beweisrechtlicher Begriff ist), nicht aber die daneben ganz überflüssigerweise erwähnte *lata culpa* echt sein wird; 5, 53, 2, 1, wo die letztere ganz unpassend zwischen *dolus* und *fraus* eingesetzt ist. Unecht (Glosses?) auch bei Dioclet. C.J. 5, 51, 7 wie das zugehörige *κατὰ πρόδα* zu Bas. 38, 3, 32 zeigt. Unecht ferner in einer das Depositum betreffenden Anwendung bei Sev. Alex. C.J. 4, 34, 1, vgl. das Original dazu in Coll. 10, 8. Die zwei letzten Anwendungen sind erst diokletianisch: C.J. 2, 18, 17, 20, 1.

⁷⁷ Die beiden mit *forte* eingeleiteten Beispiele sind so gut wie sicher tribonianisch, Eisele, Z. Sav.St. 13, 139; danach aber auch die Unterscheidung von *Culpa lata* und *Dolus*, zumal sonst der Mandatar einfach für *Dolus* haftet (oben A. 41).

⁷⁸ Denn die „*latior culpa*“ bei Nerva, Proculus und Celsus, D. 16, 3, 32 ist, wie oben ausgeführt, die *Culpa* in concreto. — Von unbestimmter Beziehung sind Ulp. D. 50, 16, 213, 2 und Paul. D. *ibid.* 226. Die auf die Entschuldbarkeit des Irrtums bezüglichen Verwendungen bei Ulpian und Paulus D. 22, 6, 6, 9, 2 gehören überhaupt nicht hierher.

Zeit des Freistaats festgestellt worden; bei den infamierenden dagegen bleibt die Dolushaftung lange Zeit das leitende Prinzip, woran sich höchstens ganz allmählich eine Fortbildung anschließt. Die *Diligentia quam suis* ist eine in der klassischen Jurisprudenz auftretende Vorstellung, die zu einer feineren Nuanzierung und Grenzbestimmung für den Dolusbegriff führt und, wenn überhaupt, erst ganz spät für einzelne Verhältnisse auch zu einer Abschwächung der Diligenzhaftung übergeleitet hat; aber das „Wenn“ ist sehr zu betonen, und ich vermute, daß die meisten Verwendungen dieser Vorstellung erst von Tribonian geschaffen sind. Auch ist zu bemerken, daß dieselbe in den Quellen (selbst wenn man die Ulpianisch-Paulinischen Anwendungen für echt hält), so selten vorkommt, daß man von einem festen Begriff hier nicht sprechen kann. Die *Culpa lata* endlich ist ein Begriff, der im Ganzen erst in der severischen Zeit stärker hervortritt und mit der Geschichte der kontraktlichen Haftung nichts zu tun hat.

Zweites Buch.
Personen- und Familienrecht.

Fünftes Kapitel.

§ 18. Juristische Personen¹.

A. Allgemeines.

Der Begriff der juristischen Person ist im römischen Recht nur für die Korporation entwickelt worden. Die Stiftung ist zwar

¹ Bezüglich der romanistischen Literatur dieser Lehre, soweit sie von juristischer Seite herrührt, ist auf die Pandektenlehrbücher zu verweisen; sie ist meist wenig ergiebig und erschöpft sich in der Exegese der in den Digesten vorfindlichen allgemeinen Aussprüche, womit geschichtlich nicht weiterzukommen ist. Das zum Teil wertvolle Material, das außer den Rechtsbüchern liegt, bleibt außer Betracht; löbliche Ausnahmen machen Dirksen, Hist. Bemerkungen über den Zustand der jurist. Personen nach R. R. (ziv. Abh. 2, 1—143) — natürlich stark veraltet — und Cohn, Zum römischen Vereinsrecht, 1873, wo die Lehre stellenweise gefördert ist, mehr als bei Pernice, Lab. 1 254—309, der nur in der Stiftungslehre (Lab. 3, 57 f., 150 f.) Beträchtliches bietet. Weitaus die bedeutendsten Gesichtspunkte hat auch hier die kleine Schrift von Mommsen, De collegiis et sodaliciis (Kiel 1843): ihre — teilweise allerdings auf Dirksen und dessen Vorläufer zurückgehenden — Anschauungen sind der späteren juristischen Literatur fast ganz verloren gegangen. Die Arbeiten von Waltzing und Kornemann sind unten (S. 391 A. 5) angeführt. Gierkes Genossenschaftsrecht bleibt auch für die Betrachtung der römischen Verhältnisse immer sehr anregend, obwohl der Verfasser für diese den Anschauungen der Romanisten folgt. — Neuerdings hat Hölder (Natürliche und juristische Personen [1905], bes. 169 f.) für die römische Korporationslehre Anschauungen ausgesprochen, die den von mir (bes. S. 345 f.) angedeuteten verwandt sind; doch entwickelt er sie aus der Interpretation einiger Juristensprüche, denen ich weniger Gewicht beilegen würde. Die Schrift von Binder, das Problem der jurist. Persönlichkeit (1907), welche Hölder im wesentlichen folgt, ist mir erst während der Korrektur zugekommen. Die nachfolgenden Ausführungen waren schon vor dem Erscheinen der eben genannten Werke niedergeschrieben, und ich habe, so sehr mich die teilweise Übereinstimmung in gewissen Anschauungen freut, an meiner im wesentlichen anders angelegten Darstellung keine durch diese Schriften bedingten Änderungen mehr vorgenommen; meinen Standpunkt hatte ich übrigens schon in Holtzendorffs Enzyklopädie¹

vorhanden, wird jedoch nicht als selbständiges Rechtssubjekt geschaffen, sondern regelmässig dem fiduziarischen Eigentum einer bereits vorhandenen Korporation unterstellt, so daß nicht einmal ein entsprechender Terminus für sie vorhanden ist (S. 414 f.).

Eher läßt sich danach fragen, ob nicht der Begriff der Anstalt in jenem engeren Sinne, in welchem er die Stiftungen ausschließt, d. h. in dem der öffentlichen Anstalt, anerkannt gewesen ist. Indessen ist auch dies zu bestreiten; insbesondere trifft es nicht zu für das *Aerarium* und den *Fiskus*. Denn von diesen ist das erstere als im Eigentum des *Populus Romanus* stehend angesehen worden; für den *Fiskus* hinwiederum fehlt eine juristische Konstruktion in den Quellen so vollständig, daß man von einer Anerkennung des Anstaltsbegriffs auch hier nicht sprechen kann². Die Spezialfonds des Gemeinwesens endlich sind rechtlich entweder überhaupt nicht verselbständigt worden, oder, wo dies ausnahmsweise geschieht, in der Form, daß man, wie bei den *Collegia cultorum*, für ihre Verwaltung besondere Verbände geschaffen, das Vermögen dann aber diesen als Korporationen zugeschrieben hat³.

Endlich eine juristische Persönlichkeit der Gottheiten als solcher ist nicht anerkannt; auch hier kommt für den Rechtsverkehr höchstens das *Tempelkollegium* in Betracht³.

Übrigens wird auch das Wesen der Korporationen in den erhaltenen Rechtsquellen mehr vorausgesetzt als wissenschaftlich klargelegt. Eine selbständige theoretische Darstellung hat kein Jurist ihnen gegeben. Im wesentlichen beschränkt man sich auf aphoristische Bemerkungen anlässlich des Edikts über die Prozeßvertretung für Korporationen und auf die Erläuterung einiger strafrechtlicher Bestimmungen⁴. Am besten noch lassen sich die Vorstellungen, welche die entwickelte Rechtstheorie von den Korporationen besitzt, bei den Gemeinden erkennen.

Korporations-
begriff.
Die
römische
Formulie-
rung.

S. 315—316 (1904) in einem Zusatz zu Bruns mit den Worten angedeutet: „Jedoch ist sicher, daß auch die Römer Privatkorporationen mit Nutzungsrechten der Mitglieder anerkannt haben, wenngleich ihre Doktrin nicht davon zu sprechen pflegt. Der Gegensatz zwischen römischem und deutschem Korporationsrecht ist daher nur ein scheinbarer.“ Übrigens scheint auch Bruns selbst ähnlich gedacht zu haben; vgl. unten S. 341 A. 5.

² Vgl. unten S. 349 f. Daß allerdings damit die Anstaltsidee nicht eigentlich ausgeschlossen ist und von wahren Privateigentum des Kaisers nicht geredet werden kann, wird unten gezeigt werden. Immerhin aber tritt in der Nomenklatur jene Idee nirgends hervor.

³ S. unten S. 393 f.

⁴ Lenel, E.P. §§ 31, 33, 34. — D. 47, 22.

I. Nach römischer Auffassung führt die Gemeindegliederung ^{Gemeinde.} als Ganzes eine selbständige, sozusagen überirdische Existenz, welche mit dem zeitlichen und räumlichen Dasein ihrer Mitglieder durch keinerlei lebendige Fäden verknüpft ist. Während nach der germanischen Rechtsauffassung die Rechte der Gemeinde mit der Rechtssphäre der Mitglieder vielfach organisch verwachsen sind, so daß das Gemeinderecht auch ein korporatives Privatrecht des Mitgliedes darstellt, das von diesem sowohl gegen die Genossen, wie gegen Dritte geltend gemacht werden kann, ist nach römischer Anschauung das Recht der Gemeinde niemals gleichzeitig Recht des Mitglieds. Diesem Standpunkt entspricht es vollkommen, wenn unsere Quellen von irgend einer Berechtigung der Gemeindeglieder, körperschaftliche Befugnisse im eigenen Namen geltend zu machen, nichts wissen⁵.

Nur eine andere Seite derselben Erscheinung ist folgendes: Während nach der germanischen Rechtsauffassung der Verband in den einzelnen Mitgliedern zur lebendigen Erscheinung kommt, so daß jedes Mitglied als Organ des Gemeinwesens diesem Rechte zuzuführen vermag, dafern es als Verbandsmitglied und nicht bloß innerhalb seiner Individualsphäre handelt, ist der römischen Gemeinde diese natürliche Atmung benommen, womit denn auch die gegenteilige Regel zusammenhängt, daß der Verband durch die Handlungen seiner zeitlichen Träger, und sei es auch die Gesamtheit derselben, nicht verpflichtet werden kann⁶.

⁵ Bezeichnend ist das vollkommene Stillschweigen, welches die Ediktskommentare bei der prozessualischen Vertretung der Gemeinde beobachten (das Material bei Lenel, E.P. §§ 31—33). Wenn Bruns, Z. f. R.G. 3, 405 f. (gegen ihn Gierke, Genoss.Recht 3, 47), die Populärinterdikte als Ausfluß eines als Anteil an der Gesamtheit vorgestellten eigenen Rechts auffaßt, so mag das vielleicht für die ursprüngliche Auffassung richtig sein (vgl. unten A. 14), aber der Auffassung der Klassiker entspricht es nicht. Diese betrachten vielmehr die Populärinterdikte als gegeben zum Schutze des publicus usus als Ganzes. Vgl. D. 47, 23, 1: Popularem actionem dicimus, quae [suum] ius populi tuetur.

⁶ „Quid enim municipes dolo facere possunt?“ Ulp. D. 4, 3, 15, 1; D. 43, 16, 4. Wenn ausnahmsweise das Municipium dasjenige zu erstatten hat, was die zusammengerottete Bewohnerschaft jemandem abgepreßt hat, so folgt das nur daraus, daß die actio quod metus causa auch gegen den unschuldigen Dritten geht, soweit er durch die Erpressung bereichert ist. D. 4, 2, 9, 1 u. 3. — Über die (allerdings m. E. mehr der Rechtstheorie als der Praxis angehörige) Unmöglichkeit des Besitzerwerbs der Gemeinde durch die Mitglieder s. unten S. 386 A. 32.

Spuren des
genossen-
schaft-
lichen
Gedankens
im
Gemeinde-
recht?

Trotzdem wäre es zu rasch geurteilt, wenn behauptet würde, daß dem römischen Recht der genossenschaftliche Gedanke im Gemeinderecht von jeher und in allen Stadien seiner Entwicklung fremd gewesen sei. Auch jetzt noch weisen einzelne, wenngleich durch die spätere Entwicklung fast ganz verschüttete Spuren auf die Möglichkeit zurück, daß die starre Korporationsidee der klassischen Zeit nur das Resultat eines langdauernden Entwicklungsprozesses ist, der vielleicht von einem ebenso lebendigen Verbandsbegriff ausgegangen ist, wie ihn das germanische Recht aufweist. Wenn es gestattet ist, in solchen Fragen auch unsicheren Spuren nachzugehen, so lassen sich vielleicht in folgendem noch Nachklänge einer älteren abweichenden Auffassung herausfühlen.

Es läßt sich zunächst erinnern einerseits an das System der Gemeindelasten (*munera*)⁷, welches allem Anschein nach nichts anderes ist als ein System genossenschaftlicher Verpflichtungen, mag auch in alter Zeit die italische Gemeinde souverän gewesen sein und die genossenschaftliche Leistungspflicht sich daher gleichzeitig als eine staatsbürgerliche dargestellt haben, und mag auch die spätere römische Staatsverfassung diese Prästationen durch Reglements der Staatsgewalt geordnet haben.

Es ist ferner vielleicht eine Spur von altem Genossenschaftsrecht, wenn die Feldmesser beim Gemeindeboden von dem Grundbesitz der Gemeinde, welcher an deren ideelle Persönlichkeit geknüpft erscheint, die Allmende unterscheiden, die als Eigentum der Gemeindegengenossen als physischer Gesamtheit aufgefaßt wird. Die erstere Bodenkategorie bezeichnet beispielsweise Frontin als „*silvae et pasqua coloniae Augustae Concordiae*“, die letztere als „*silvae et pasqua publica Augustinorum*“⁸. Während die ersteren Gründe „*in tutelam territorio*“ und „*ipsius personae coloniae*“ gegeben sind, sind die letzteren „*publica, quae videntur nominibus data*“. Der rechtliche Unterschied ist dieser, daß die ersteren (das Kämmereländ) der Erhaltung (*tutela*) des Gemein-

⁷ In einer später fast verschollenen Ursprünglichkeit zeigt diese *Munera* jetzt das Stadtrecht von Urso c. 98 (vgl. Mommsen, Ges.Schr. 1, 215). — Daß zu den *Munera* später außer den *Cives* auch die *Incolae* herangezogen werden, ist offenbar eine sekundäre Bildung. Im ganzen vgl. Kuhn, Städt. Verfass. 1, 60 f. Für das deutsche Recht vgl. Gierke, Genossenschafts-, bes. 2, 298, und über die genossenschaftlichen Rechte 257 f.

⁸ Frontin. de controuv. agr. 54, 17—55, 3. Vgl. Hygin. de limit. 197, 20 bis 198, 6; 202, 5—10.

wesens als Ganzes (insbes. der öffentlichen Gebäude, Heizung der Bäder u. dgl.) dienen, daher auch unveräußerlich und unteilbar bleiben, letztere dagegen (Bürgerwald und Bürgerweide oder Allmende) der Bürgergesamtheit zur unmittelbaren Nutzung gegeben sind, welche auch in Veräußerung⁹ und Teilung bestehen kann. In diesem Nutzungsrecht kann vielleicht eine Spur eines den germanischen Markberechtigungen entsprechenden Genossenrechts erkannt werden.

Freilich darf man dabei nicht übersehen, daß, wo die Feldmesser dieses Verhältnis erwähnen, nicht an ursprüngliche und naturwüchsige Gemeindeverhältnisse gedacht ist, sondern an die künstliche Koloniegründung; insbesondere das „in tutelam territorio“ gewidmete unveräußerliche Vermögen ist wohl nicht ursprünglich, sondern eine erst bei der künstlichen Koloniegründung geschaffene Einrichtung, welche eine Stiftung des Staats für die von ihm gegründeten Kolonie darstellt. Im übrigen aber, d. h. bezüglich des Bürgerwalds und der Bürgerweide, wird doch das Schema dieser Koloniegründung aller Wahrscheinlichkeit nach den Verhältnissen der naturwüchsigen Gemeinde nachgebildet sein¹⁰.

Ein stringenter Beweis dafür, daß an der eben geschilderten Allmende eigentliches Genossenrecht bestanden hat, läßt sich nun allerdings nicht führen; ja für die Zeit, wo die Feldmesser schrieben, ist es sogar zweifellos, daß ein korporativer Anspruch des Einzelnen auf die Nutzung überhaupt nicht mehr stattfand; dieselbe ist damals nachweisbar nur als durchaus prekär¹¹ und durch verwaltungsrechtliche Beschlüsse jederzeit widerruflich betrachtet worden¹². Dennoch wird die Vermutung, daß ursprünglich feste

⁹ So die in der vor. Anm. angeff. Stellen; doch ist dieses Veräußerungsrecht mitunter beseitigt, vgl. l. Urson. c. 82. Vgl. auch Mommsen, Verm. Schr. I, 255.

¹⁰ Der Vertrag zwischen Nola und Abella aus ihrer vorrömischen Zeit bei Mommsen, Unterit. Dialekte S. 119—120 zeigt deutlich die Ursprünglichkeit dieser Allmenden: l. 37 f.: is (ager) partitione, quam Nolanus (senatus) partitus erit, et usu Nolanorum esto: item si quid Abellanus (senatus) partitus erit, is (ager) partitione et usu Abellanorum esto. Vgl. allerdings auch die folgenden Anmerkungen.

¹¹ Dies zeigten die in A. 10 angeführten Verordnungen des Rats von Nola und Abella über die Ordnung der Allmendenbenutzung durch die Bürger. Eine Parallele solcher bloß konzessionierter Nutzung bildet das frui der Municipales und Coloni in der l. agraria vom Jahre 643 l. 31.

¹² Soweit die klassischen Zeugnisse reichen (l. Malac. 64, l. col. Jul. Gen. 82 u. s.), ist Verpachtung dieser Gründe durch die Gemeinde alltäglich. Diese setzt aber voraus, daß die Majorität in diesem Sinn beschließen kann. —

Nutzungsrechte der Einzelnen bestanden, dadurch gestützt, daß wir von einer anderen Agrargerechtigkeit bestimmt wissen, daß sie noch in der Kaiserzeit ein wirkliches Recht darstellt.

Dies ist der Ager compascuus, das sind Weideflächen, welche nicht allen Gemeindemitgliedern schlechthin gemeinsam, sondern den nächsten Anliegern, also bestimmten Höfen als Realgenossenschaften zugewiesen sind. Diese Nutzung am Ager compascuus ist unbedingt ein wahres subjektives Recht¹³.

Nun ist es aber wenig wahrscheinlich, daß der Gedanke der korporativen Realberechtigung sich gerade erst in diesen engeren Feldgenossenschaften entwickelt haben sollte. Es wird daher erlaubt sein, die Vermutung auszusprechen, daß der Ager compascuus nur ein verkleinertes Abbild des ursprünglichen Verhältnisses an der Allmende und eine Abspaltung von dieser darstellen mag; es könnte an ihr ursprünglich ein ebenso festes Nutzungsrecht bestanden haben wie an jenem, nur daß infolge der später zu erwähnenden Verhältnisse hier das Genossenrecht früher untergegangen wäre, in den engeren Realgenossenschaften dagegen sich länger erhalten hätte.

Wenn man es danach für sehr wohl möglich halten mag, daß auch bei den italischen Gemeinden der Gedanke der Genossenschaft ursprünglich nicht gefehlt hat¹⁴, so ist er doch unzweifelhaft hier früh abgestorben. Es wäre verfehlt, den Weg, auf dem sich dies vollzogen haben kann, mit Bestimmtheit angeben zu wollen. Mutmaßen ließe sich, daß der frühe Übergang zur städtischen Siede-

Die formale Kompetenz zu solchen Beschlüssen wird ursprünglich der Gemeindeversammlung und nach deren Verfall dem Rat zugestanden haben; sehr charakteristisch sagt Hyginus einmal (de limit. const. 192, 3), solche Böden seien „ordini coloniae“ gegeben und „pertinent ad ordinem“. Dieser Zustand scheint schon vor der Kaiserzeit eingetreten zu sein.

¹³ Cic. Top. 3, 12: Si compascuus ager est, ius (= ius privatum) est compascere. Dem entsprechend sagt Frontin. 15, 4—16, 2 u. 48, 26 f., daß dieses Realrecht nach dem Jus ordinarium geschützt wird. (In D. 8, 5, 20, 1 freilich liegt ein durch privates Herkommen geschaffenes Verhältnis vor, die Stelle darf nicht hierhergezogen werden.) Im allgemeinen vgl. zu diesem Punkt noch Hygin. 116, 23 f.; 201, 12 f.; Sic. Flacc. 157, 7 f. und die als Grundstücks-pertinenz genannten Communiones resp. Saltus der Tab. Velej. col. 4, 85 und Tab. Baeb. col. 2, 48. Richtig angedeutet ist dieser Zusammenhang bei Weber, Agrargesch. 120.

¹⁴ Es ist übrigens sogar denkbar, daß in den Popularinterdikten, welche die Res publicae betreffen, noch ein letzter, wenngleich bereits denaturierter (oben A. 5), Ausläufer jenes untergegangenen Genossenrechts erhalten ist.

lung und der durch die unbäuerliche Entwicklung Italiens bedingte aristokratische Zug der italischen Gemeinden die Gleichberechtigung der Genossen gesprengt und an die Stelle des gleichen Genossenrechts das Regiment eines bevorrechtigten Patriziats gesetzt haben könnte. Die immer weiter vordringende Unterwerfung des flachen Landes unter die Stadt mußte eben dazu führen, die gleichen festen Rechte am Boden zugunsten der internen Politik des in den Städten sich konzentrierenden und nicht mehr bäuerlich lebenden Patriziats zu zerstören¹⁵. Der Prozeß mag nicht überall mit gleicher Schnelligkeit vor sich gegangen sein und hat sich wohl in Latium früher als im übrigen Italien vollendet; vielleicht hat sogar die oben geschilderte Allmende der Koloniegründungen nur noch die außerlatinischen Agrarverhältnisse zum Vorbild gehabt.

In der Kaiserzeit ist jedenfalls unter dem formalisierenden Einfluß der römischen Zentralregierung der genossenschaftliche Gedanke, wenn er wirklich früher bestanden hat, völlig verschwunden. Es entspricht dem bürokratischen Zug der kaiserlichen Verwaltung, daß die Trennung des Verbandsvermögens von der privaten Rechtssphäre der Gemeindemitglieder jetzt auf schärfste durchgeführt ist.

II. Bei den privaten Vereinen der Kaiserzeit läßt sich das Vorhandensein des genossenschaftlichen Gedankens mit noch viel größerer Deutlichkeit nachweisen. Die gangbare Annahme, daß auch hier die Mitglieder dem Vereinsvermögen fremd gegenüberstehen, ist selbst für die Kaiserzeit eine durchaus grundlose.

Privat-
korpora-
tionen.
Verhältnis-
zur
Genossen-
schafts-
idee.

Die Quellen geben zu derselben keine Veranlassung. Nirgends ist gesagt, daß das Vermögen privater Korporationen dem Einzelnen in gleicher Weise fremd ist, wie dem *Municeps* oder *Colonus* das der Kolonie oder des *Municipium*. Aussprüche wie der, daß „*quod universitati debetur, singulis non debetur*“ u. ä.¹⁶, bringen nur die formale Einheit der Korporationen im Verhältnis zu Dritten zum Ausdruck und lassen die Frage nach der Gestaltung des internen Verhältnisses durchaus offen.

Für das Vorhandensein privater Mitberechtigung der Korporationsglieder am Verbandsvermögen wird man zwar nicht anführen dürfen, daß es massenhaft Kollegien gibt, die auf den Vorteil ihrer Mitglieder berechnet sind, wie z. B. die Begräbnis-

¹⁵ In Nola und Abella hat nach der in A. 10 zit. Stelle schon im 2. Jhd. v. Chr. der Senat Ingerenz auf die Mark.

¹⁶ D. 3, 4, 7, 1; 1, 8, 6, 1; 2, 4, 10, 4.

vereine; denn hier entspringt der Anspruch auf die Sterbegelder¹⁷ weniger der Mitberechtigung am Vermögen, als dem durch den Beitritt zum Verein implizite geschlossenen Versicherungsvertrag und liefse sich auch ohne das Vorhandensein der Mitgliedschaft denken. Wohl aber ist darauf hinzuweisen, daßs bei gewissen Vereinen die Mitglieder Einlagen haben, über welche sie verfügen können. So können die Einlagen des Collegium Aesculapii et Hygiae¹⁸ zu Rom durch Vermächtnis übertragen werden. Und vollkommen entscheidend ist es, daßs den Mitgliedern ein Heimfallsrecht am Vermögen des Vereins zugestanden haben mußs.

Denn wenn nach Marcian¹⁹ die Mitglieder eines wegen Un-erlaubtheit aufgelösten Vereins dessen Vermögen unter sich teilen dürfen, so folgt mit Notwendigkeit, daßs dies um so mehr auch bei der Auflösung eines erlaubten der Fall gewesen sein mußs. Es kann unmöglich angenommen werden, daßs die Genossen eines von der Behörde aufgelösten, weil von vorherine unerlaubt gewesen Vereins günstiger gestellt waren als die eines erlaubten, der einen Dissolutionsbeschlufs faßt. Daraus scheint mir mit ziemlicher Sicherheit hervorzugehen, daßs das Vermögen privater Korporationen gedacht wurde als materiell den Mitgliedern gehörig, wie es auch nicht anders sein kann. Und das läßt sich auch anderweitig beweisen²⁰. Wenn daneben eine ideale Persönlichkeit

¹⁷ Welcher natürlich klagbar ist: C.J.L. 3, pag. 924—925: ne . . . putet se collegium (h)abere aut ab eis aliquem (sic) petitionem funeris (h)abiturum.

¹⁸ C.J.L. 6. 10 234 = Bruns, Fo.⁶ p. 349, l. 6: si quis locum suum (die Mitgliedschaft) legare volet filio vel fratri vel liberto dumtaxat, ut inferat arcae u(ostrae) partem dimidiam funeraticii. Huschke, Z. f. g. R.W. 12, 186 vergleicht dies zutreffend dem Legat einer militia. Lit. zu der Stelle bei Waitzing, Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains I, 524.

¹⁹ D. 47, 22, 3 pr.: Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatusconsultis dissolvuntur. Sed permittitur iis, quum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere pecuniamque inter se partiri. Die Stelle ist nach ihrem Wortlaut mit Cohn, Z. röm. Vereinsrecht 97 auf behördliche Auflösung eines bestehenden, nicht mit Savigny Syst. 2, 257 N. o auf Verbot der Gründung eines neuen Vereins zu beziehen. — M. E. folgt dasselbe auch aus Marcian D. 47, 22, 1, 2, wonach derjenige, der aus einem Collegium tenuiorum austreten muß, weil er sich unerlaubterweise gleichzeitig in zwei solche hat eintragen lassen, erhält „id quod ei competit ex ratione quae communis fuit“. Es ist kaum zu bestreiten, daßs hier wirklich die volle „Einlage“ zurückgegeben wurde.

²⁰ Denn in der Siebenbürger Wachstafel C.J.L. 3 p. 924 wird wirklich die Kasse vom Vorstand in dieser Weise ausgeschüttet (testatur . . . se . . . eis qui

angenommen wurde, so ist das nur für das Verhältnis nach außen richtig, d. h. Dritten gegenüber erscheint die Korporation als formale Einheit, welche als solche kontrahiert, prozessiert und das alleinige Subjekt etwaiger Verpflichtungen bildet, sodafs eine Haftung der Genossen für die Vereinsschulden nicht besteht. Nach innen aber müssen sozietätsähnliche Grundsätze bestanden haben²¹.

B. Der Staat als Vermögenssubjekt.

Der *populus Romanus* wird von den Römern unzweifelhaft Populus. als Korporation betrachtet. Die systematisch immerhin diskutabile Frage, ob es zulässig ist, die Staatsgemeinschaft, welche die Quelle alles Rechtes ist, mit den ihr unterstehenden Verbänden auf eine Stufe zu stellen, haben die Römer in der Nomenklatur insofern bejaht, als sie regelmäfsig als den Träger aller staatlichen und staatsvermögensrechtlichen Beziehungen den *Populus* hinstellen,

presentes fuerunt, rationem reddidisse, et, si quit eorum habuerat, red dedidisse sqq.)

²¹ Für die republikanische Zeit hat dies schon Mommsen in seiner Schrift über die Kollegien (1843), offenbar beeinflusst durch Beseler, richtig empfunden; für die Kaiserzeit drückt er sich unbestimmt und irreführend aus (p. 118), und eigentliche Beweise bringt er nicht bei. — Dafs das im Text Gesagte immer wieder verkannt wird, beruht einerseits darauf, dafs eine *Actio pro socio* des Korporationsmitglieds nirgends erwähnt ist, andererseits auf der Mitteilung der Rechtsquellen, dafs die Sozietät durch den Tod eines Soziums aufgelöst wird, was freilich bei Korporationen nicht zutrifft. Demgegenüber ist wohl zu beachten, dafs aller Wahrscheinlichkeit nach die internen Rechtsverhältnisse der Korporationen dem *Jus ordinarium* nicht unterstanden und daher die Juristen bei ihrer Sozietätstheorie lediglich die nicht korporativ organisierten Sozietäten, also die reinen Privatgesellschaften im Auge haben, über alle anderen ausser dem Kreis des *Jus ordinarium* liegenden aber, wie auch sonst über die Gegenstände des Kognitionsverfahrens (vgl. meine Bemerkungen Z. d. Sav.St. 19, 199) vollkommenes Stillschweigen beobachten. Dafs die Verhältnisse der Korporationsmitglieder zur Korporation im administrativen Wege der *extraordinaria cognitio* geschlichtet wurden, darauf deutet *vit. Alex. Sev. c. 33*: „*Jussit, qui ad quos iudices pertinerent*“: wenn zur Beaufsichtigung der Korporationen bestimmte Beamte bestellt sind, liegt es durchaus nahe, ihnen auch die interne Gerichtsbarkeit über dieselben zuzuweisen. Nur so ist es auch erklärlich, dafs Sklaven an Korporationen teilnehmen und daselbst korporative Rechte ausüben können; das Kognitionsverfahren kann solche anerkennen, das Zivilrecht nicht. (Vgl. unten die Lehre von der Unfreiheit.) Das innere römische Vereinsrecht fällt daher wahrscheinlich aus dem Rahmen des Privatrechts hinaus. Wie die römischen Vereine in ihrer Organisation sich als verkleinerte Abbildung des Staates darstellen und ihre Prätores, Ädilen, Präfekti, Dekurien und Centurien aufstellen, so sind sie auch als publizistische Gebilde behandelt und überwacht worden.

also den schlichten Personenverband, dessen Überlegenheit über die Municipales und Coloni dabei im Ausdruck nicht hervortritt¹.

Aerarium. Dabei sind sich allerdings die Römer der souveränen Überordnung der Staatsgemeinde über alle andern und insbesondere die Municipien wohl bewußt gewesen und haben derselben auch wiederholt Ausdruck verliehen². Diese souveräne Stellung tritt auch darin hervor, daß Streitigkeiten aus den zum Zweck der öffentlichen Verwaltung geschlossenen Kontrakten zwischen dem Populus und einem Privaten nicht zur Niedersetzung eines ordentlichen Geschworenengerichts führen, sondern vom Zensor durch verwaltende Judikatur erledigt werden, so daß der Staat hier gleichzeitig als Partei und als Richter erscheint³. Eine weitere Folge

Souveränität des Populus.

¹ Wenn daneben der Staatsschatz des Volkes noch als Aerarium bezeichnet wird, so bezeichnet dieser Name kein besonderes über dem Volk stehendes Rechtssubjekt; vielmehr steht das Aerarium zum populus Romanus etwa in demselben Verhältnis, wie die arca communis zum privaten Kollegium. Die Staatskasse ist durchaus nur ein Teil des Volksvermögens, welcher die Geldforderungen und Geldschulden der Gemeinde umfaßt und von dem übrigen Vermögen administrativ getrennt ist. Vgl. Mommsen, St.R. 2, 434, 545 f.

² Gai. D. 50, 16, 16: Publica appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit; civitates enim privatorum loco habentur. Charakteristisch ist auch, daß das Gemeindevermögen im gesetzlichen Sprachgebrauch nicht „publicum“, sondern „commune“ genannt wird. So im Stadtrecht von Malaca c. 63, 64, 66, 67 (hier ausnahmsweise auch publicum) u. s.; Aes Salp. c. 26; vgl. Mommsen, St.R. 2^a, 429—3, 819. Besonders deutlich ist der Sprachgebrauch entwickelt von Gaius und Ulpian D. 50, 16, 15—16. Konsequenter festgehalten wird er freilich durchaus nicht; so spricht das Edikt von bona publica civitatum, vgl. Lenel, E.P.² 98, und auch die Inschriften verstehen unter res publica der Gemeinde ihr Vermögen (Mommsen im Index zu C.J.L. 9 p. 787; 10 p. 1155). Auch die Feldmesser sagen statt commune meist publicus; Frontin, 18; 5; 26; 7; 64, 17; Hygin. 187; 21 (Lachm.) u. ö. — Die Konsequenz der privatrechtlichen Betrachtung des Gemeindevermögens wäre eigentlich die, daß die Formen des staatlichen Kontraktsschlusses auf die Kontrakte der Gemeinden nicht anwendbar wären; aber gerade hier hat bekanntlich das Gegenteil gegolten (unten S. 380). Darin jedoch ist das Gemeindegut als res privata angesehen worden, daß der Begriff des Pekulats auf die Unterschlagung von Gemeindegeldern unanwendbar ist; erst Trajan und Hadrian haben ihn hierauf ausgedehnt (Marcianus D. 48, 13, 5, 4). Merkwürdigerweise lehnt ihn Papinian auch später noch ab (D. 47, 2, 82). Der Widerspruch dieser beiden Stellen ist unlösbar (Mommsen, Strafr. 768 A. 2).

³ Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß über staatliche Rechte zwischen jenem, dem sie zur Ausübung überlassen sind (Publicani u. dgl.), und Privatpersonen Streit entsteht. In diesem Falle kann der Zensor in die Lage kommen, ein Geschworenengericht niederzusetzen. Ähnliches gilt auch dort, wo staatliche Rechte durch Privatpersonen im Wege der Popularinterdikte

der Volkssouveränität ist, daß eine Schranke der Rechtsfähigkeit, wie z. B. bei den Municipien die der mangelnden Erbfähigkeit, für den Populus nie aufgestellt worden ist, weil dieser den Umfang seiner Rechtsfähigkeit in jedem Augenblick selbst bestimmen kann⁴. Dabei erfolgt die rechtsgeschäftliche Vertretung des Volkes stets durch seine Beamten⁵ nach staatsrechtlichen Grundsätzen der Kompetenz, wobei die privatrechtlichen Geschäftsformen und insbesondere das Prinzip der Unzulässigkeit direkter Stellvertretung durchaus entfallen. Aus allen diesen Gründen ist klar, daß das Vermögensrecht des republikanischen Staates sich von allem Privatrecht wesentlich unterscheidet und seine zusammenhängende Darstellung dem Staats- und Verwaltungsrecht überlassen bleiben muß. Sofern es an das Privatrecht angrenzt, wird bei den einzelnen Materien davon die Rede sein.

A. Das der kaiserlichen Verwaltungssphäre angehörige Vermögen heißt Fiskus⁶. Der Begriff des Fiskus wird in den Quellen

Fiskus.
Juristi-
scher Cha-
rakter.

gewahrt werden. Vgl. Mommsen, St.R. 2, 1, 465. Unter die gewöhnliche Regel dagegen fällt es, daß dort, wo aus einem gefällten Kriminalurteil die Buße für den Staat eingetrieben werden soll, der Quästor vom Verurteilten Praedes oder vom Prätor die Missio in bona gegen den Verurteilten zu erhalten hat; Liv. 38, 60, 8; lex repet. l. 56, 57; lex lat. tab. Bant. l. 11; denn hier fungiert der Quästor nur als Organ des Prätors, der die Exekutivmaßregel von sich aus verhängt.

⁴ Konkrete Fälle von Erbeinsetzungen des Volkes durch bürgerliche Testamente sind allerdings nicht überliefert, und die Beerbung ausländischer Fürsten, wie des Attalus, gehört nicht dem strengen Jus civile an; aber die sagenhaften Testamente der Acca Larentia und Gaia Taratia (C.J.L. 1 p. 319; Macrob. sat. 1, 10, 16; Plin. h. n. 34, 6, 25 u. a.) beweisen, wie man sich dergleichen Vorkommnisse vorstellte. Man vgl. auch des Vermächtnis des Augustus (Suet. Oct. 101). Andere Beispiele bei Dirksen, Ziv. Abh. 1, 135. Vgl. noch Scialoja in den Rendic. der Acc. dei Lincei XIV fasc. 6 (18/6 1905). Die Adoption der Katharina Cornaro durch die Republik Venedig zeigt, wie wenig Sinn es hätte, bei einem souveränen Staat nach den Grenzen der Rechtsfähigkeit zu fragen; übrigens hat auch Rom selbst „Vormundschaften“ über unmündige auswärtige Fürsten angenommen (Tacit. Ann. 2, 67; Just. 30, 3, 4; Val. Max. 6, 6, 1), natürlich nur mit politischer Tragweite.

⁵ Vorkommenden Falls werden Spezialbeamte ad hoc eingesetzt; vgl. z. B. die legati hereditatum obeundarum causa bei Cic. d. leg. agrar. 1, 3, 8.

⁶ Griechisch *φίσκος*, auch *κυριακός λόγος* (C.J.G. 4957 l. 18; B.G.U. 1, lin. 18; 620 l. 15; 747 I, l. 16; Pap. Cattavi Recto VI 17 [Arch. f. Pap.Forsch. 3, 61]). Letzterer Ausdruck entspricht der Res dominica C.J.L. 9, 2438 u. a. In den Papyri wird *φίσκος* selten, häufig dagegen *ταμείον* (oder *ταμείων*) und *δημόσιον* gebraucht, ebenso adjektivisch *δημόσιος* (eigentlich publicus) oder auch *βασιλικός*. Zur Terminologie Wilcken, Ostraka 1, 641f.; P. Meyer in der Fest-

nicht definiert. Eine von den realen Verhältnissen ausgehende Konstruktion kann ihn jedoch nur als eine vom Kaiser ressortierende Anstalt auffassen, welche die Bedürfnisse der kaiserlichen Verwaltung zu decken bestimmt ist. Selbst die römische Anschauung kann, wo sie den Dingen auf den Grund gehen und sich nicht hinter Worten verbergen wollte, unmöglich ernsthafterweise den Kaiser als das Subjekt des fiskalischen Vermögens betrachtet haben, obwohl im juristischen Curialstil stets vom *fiscus Caesaris* und ähnlichem gesprochen wird; wer sich den Sachverhalt klar machte, mußte im Fiskus eine als selbständige juristische Persönlichkeit zu denkende Anstaltsperson erblicken⁷.

schrift für O. Hirschfeld 136 f. — Über *Καίσαρος λόγος* s. A. 18. — Im Ganzen macht die Terminologie einen äußerst verworrenen Eindruck, was gewiß großenteils mit den unten A. 7 entwickelten Verhältnissen zusammenhängt: daß z. B. *κυριακός λόγος*, wie es scheint, eine andere Bedeutung hat als *Καίσαρος λόγος* und *ratio Caesaris* (A. 18), ist uns kaum verständlich. Doch muß man namentlich bei den Papyri damit rechnen, daß die Unterbeamten in der Provinz keine Juristen sind (vgl. A. 23); die römischen Juristen haben gewiß auch in der Terminologie, wo es irgendwie darauf ankam, sich scharf auszudrücken gewußt.

⁷ Bekanntlich hat Mommsen, St.R. 2³, 998 f. die Behauptung aufgestellt, daß als Rechtssubjekt des Fiskus die Person des Kaisers gedacht worden ist. Diese Vorstellung ist unvollziehbar, weil sie, konsequent durchgedacht, die Existenz der staatlichen Einrichtungen in Frage stellen würde. Als in Aegypten Augustus das ptolemäische Staatsvermögen übernahm, kann Niemand ernstlich geglaubt haben, daß dasselbe jetzt seine staatliche Bestimmung verloren habe (der oft ausgesprochene Satz, daß das Land ein „Haus- oder Chatouillengut“ [z. B. Marquardt, St.V. 1, 441] geworden sei, wird durch die speziellen Zeugnisse tausendfältig widerlegt und die allgemeinen, welche das Land als „*domi Caesaris retentum*“ bezeichnen, rühren wohl von der politischen Tatsache her, daß Senatoren dasselbe gar nicht betreten dürfen); dem entspricht auch die Terminologie, welche das ägyptische Staatsland oft als *δημοσία γῆ* bezeichnet (s. A. 20), und so muß es in allen kaiserlichen Provinzen gewesen sein. — Wo immer der Kaiser als Eigentümer des Fiskus genannt wird, ist das nur eine Personifikation der in ihm repräsentierten Staatsidee. Derartige Personifikationen, welche auch modernen Verfassungen nicht fremd sind, schließen das Vorhandensein von Staatsgut nicht aus. Lehrreich ist z. B. der Vergleich mit der Verfassungs-urkunde des Königreichs Sachsen, woselbst in § 16 es lautet: „Das Staatsgut besteht . . . aus dem, was die Krone an Territorien, Ämtern und Kammergütern, Domänen . . . besitzt und erwirbt, und es geht dasselbe in seinem ganzen Umfange auf den jedesmaligen Thronfolger über. Neben demselben besteht das Fideikommiß des königlichen Hauses . . . Von beiden ist das Privatvermögen des Königs und der königlichen Familie zu unterscheiden. § 17. Das Staatsgut wird durch eine den Grundsätzen der Verfassung gemäß

Diese ist übrigens immer nur eine einzige; die zahlreichen Conti und Kassen (stationes fisci), in welche sie bei der ungeheuren

konstituierte Finanzbehörde verwaltet und lediglich zu Zwecken des Staates benutzt. Sein Ertrag bleibt den Staatskassen überlassen usw.“ Deutlich tritt hier der Gegensatz hervor zwischen dem Staatsgut einerseits und dem königlichen Hausfideikommiß und Privateigentum andererseits; dennoch ist den Worten nach als Subjekt des Staatsgutes die Krone und der jedesmalige Thronfolger bezeichnet. Nicht anders ist es aufzufassen, wenn in Rom die fiskalischen Objekte als „Caesaris nostri“ bezeichnet oder auf den Kaiser namen abgestempelt werden (Mommsen, St.-R. 2, 1007 A. 1); letzteres läßt sich auch mit der heutigen Anbringung der kaiserlichen Initialen auf den Utensilien des Heer- und Zivildienstes vergleichen. Wenn bei Ulp. D. 43, 8, 2, 4 es heißt, daß „res fiscales quasi propriae et privatae principis sunt“, so ist das nur ein Gleichnis und soll lediglich begründen, daß auf Fiskalgut das interdictum de loco publico nicht Anwendung findet. Ebenso belanglos ist Seneca, de benef. 7, 6, 3: „Caesar omnia habet, fiscus eius privata tantum ac sua, et universa in imperio eius sunt, in patrimonio propria.“ Der Philosoph meint augenscheinlich das Privatvermögen, wenn er den Fiskus nennt, wie denn überhaupt die Terminologie der nichtjuristischen Quellen hier eine gänzlich verworrene ist. (Vgl. Vita Avid. 7, 6: *privatum aerarium* (!) — *aerarium publicum*.) — Bedeutsam erscheint beim ersten Anblick das Argument Mommsens, daß die Thronfolge häufig in der Weise vermittelt wurde, daß der Princeps seinen Nachfolger zum Erben einsetzte (a. O. 999, 1135), was Mommsen so deutet, daß die Nachfolge in das dem Kaiser gehörige Fiskalvermögen auch die Thronfolge involviert habe. Auch hier aber ist ein juristischer Zusammenhang nicht auszudenken, da, wenn wirklich die Grundsätze des Privatrechts in Betracht kämen, mitunter Erbgang und Thronfolge auseinandergefallen wären. Wenn z. B. Nero das Testament seines Stiefvaters Claudius unterdrückte (Dio. 61, 1; Tacit. Ann. 12, 69), so wäre nach privatrechtlichen Grundsätzen die claudianische Erbschaft, d. h. im Sinne Mommsens der Fiskus, wenigstens zum Teil an den Britannicus als Sohn und neben dem Adoptivsohn Nero berufenen Intestaterben gefallen. Und ebenso (vgl. Philo leg. ad Gai. 4) steht es im Fall bei Sueton Calig. 14; Cass. Dio 59, 1, 2, wo nach dem Tode des Tiberius, der seine Enkel Gaius und Tiberius zu Erben eingesetzt hatte, der Senat den Gaius auf den Thron berief. Dabei wird es ja allerdings richtig sein, daß in beiden Fällen den beiseite geschobenen Erben auch die private Hinterlassenschaft des Princeps vorenthalten wurde (vgl. auch Hirschfeld, Verw.Gesch.² 9 A. 3; Willrich in Lehmann-Kornemanns Beitr. 3, 113 f.). Aber ebendies führt dazu, daß in diesen Fragen ein privatrechtliches und vielfach überhaupt ein rechtliches Prinzip nicht mehr eingehalten wurde, sondern die Macht entschied, wobei die Erbeinsetzung nur die Bedeutung einer für die öffentliche Meinung allerdings sehr wirksamen Empfehlung hatte. — Das leicht zu erkennende *πρωτον ψευδος* liegt offenbar in Mommsens Behauptung, es gebe hier nur zwei mögliche Auffassungen, nämlich entweder den Staat oder den Kaiser als das Rechtssubjekt anzusehen. Daß es im Staat verschiedene Fonds mit selbständiger Personenqualität geben kann, liegt auf der Hand. Gegen Mommsen auch Hirschfeld, Verw.

Ausdehnung des Verwaltungsgebietes naturgemäß zerfällt, sind juristisch nur als Filialanstalten anzusehen⁸.

Gemäß dieser seiner Natur ist der Fiskus scharf zu trennen einerseits von dem *Aerarium populi Romani*, andererseits vom kaiserlichen Privatvermögen.

Verhältnis
zum
Aerarium.

Das *Aerarium* besteht auch in der Kaiserzeit zunächst noch fort. Wie es das Prinzip der augusteischen Monarchie ist, die republikanischen Verfassungsformen nicht sowohl aufzuheben, als durch den Hinzutritt der kaiserlichen Verwaltung zu ergänzen und zu stützen; so ist auch der fortbestehenden Verwaltung des Senats ein Teil der überkommenen Fonds des *Aerarium* mit den hinzukommenden Hilfsquellen überlassen geblieben. Natürlich ist eine Auseinandersetzung zwischen *Aerarium* und Fiskus gleich bei Beginn dieser eigentümlich dualistischen Verwaltungsform insofern notwendig gewesen, als eine Anzahl von Provinzen und damit auch die zugehörigen Einnahmequellen in die kaiserliche Verwaltung übergegangen sind. Außerdem sind auch aus den senatorischen Provinzen gewisse Hebungen dem Fiskus zugewiesen worden⁹. Im ganzen ist überall die Tendenz zu erkennen, die Einkünfte des Fiskus auf Kosten des Senats zu erhöhen. Das gilt insbesondere auch von den in das Privatrecht eingreifenden staatlichen Rechstiteln an den *Bona vacantia*, *damnatorum* und *caduca*. Von diesen sind wenigstens die beiden ersten schon in der frühen Kaiserzeit sehr häufig, wenn auch mehr kraft Usurpation als kraft einer allgemeinen Regel, dem Fiskus zugewiesen worden. Die definitive Überweisung an den Fiskus hat freilich bei allen dreien vielleicht

Gesch.² 8; Kniep, Soc. publ. 174 f.; vgl. auch Brinz, Münch.Sitzber. 1886, 486 f. Longo, Arch. Giur. 47, 109 nimmt eine historische Entwicklung an, wonach der Fiskus zuerst als das Privatvermögen des Princeps, später als juristische Person betrachtet wurde. Beweise fehlen, wie nach dem obigen nicht anders sein kann.

⁸ Die Gliederung der Fiskalverwaltung im einzelnen ist hier nicht zu erörtern. Weitaus am besten handelt darüber Hirschfeld, Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian 1905 (2. Aufl. der Untersuchungen zur römischen Verwaltungsgeschichte, Bd. I).

⁹ Man vgl. z. B. den *fiscus Asiaticus* in der Senatsprovinz Asien (Hirschfeld a. O. 71 f.). Ebenso ist die *Annona* für die römische Getreideverwaltung überall kaiserlich. Auch die Gräberbußen sind in den senatorischen Provinzen vorwiegend dem Fiskus zugefallen (G. Hirschfeld, Königsb. Stud. I, 104, 116). Von der Übernahme der *Agri publici* aus senatorischen Provinzen in kaiserliche Verwaltung wird unten (A. 31) die Rede sein. Im übrigen gehört auch hier das Einzelne der Verwaltungsgeschichte an.

erst in der severischen Zeit oder (nämlich bei den *Vacantia*) noch später Platz gegriffen¹⁰. Die gänzliche Absorption des *Aerarium*

¹⁰ Das Einzelne ist hierbei vielfach zweifelhaft, weil einerseits die Quellen zwischen den verschiedenen Heimfälligkeiten nicht immer genau unterscheiden, sondern z. B. gelegentlich auch die *Bona vacantia* oder *ereptoria* als *Caduca* bezeichnen (Belege bei Eck, *Indignität* 24 A. 3), und weil andererseits in den Rechtsbüchern gemäß dem Staatsrecht der justinianischen Zeit vielfach, wenn auch nicht durchweg, der *Fiskus* als erwerbsberechtigt eingesetzt worden ist an Stelle des von den Klassikern genannten *Aerarium*. — Im einzelnen:

1. *Bona vacantia*. Sie sind durch die l. Julia („l. Julia *caducaria*“, Ulp. 28, 7; D. 30, 96, 1 [itp.] dem *Aerar* zugesprochen; wenn daher bei Tacit. Ann. 2, 48 schon für die Zeit des Tiberius hier von einer Sukzession des *Fiskus* gesprochen wird, so kann dies (falls nicht überhaupt *Fiskus* ungenau gesetzt ist statt *Aerarium*, vgl. Huschke, *Z. f. R.G.* 5, 190) nur entweder eine Willkürmaßregel bedeuten oder das Vermögen in einer kaiserlichen Provinz belegen gewesen sein. Denn es ist allerdings sehr wahrscheinlich, daß in den kaiserlichen Provinzen dieses Heimfallsrecht an den *Vacantia* bereits früh vom *Fiskus* okkupiert worden ist; von jeher gebührte es ihm in Aegypten; vgl. Strabo 17 p. 797, 12: ὁ προσαγορευόμενος ἕβριος λόγος, ὅς τῶν ἀεσιπτότων . . . ἐξεταστής ἐστίν. Wann die Okkupation in den Senatsprovinzen erfolgt ist, wissen wir nicht. Nach Ulp. 28, 7 möchte man annehmen, daß dies noch zur Zeit der Severer nicht der Fall war. Selbst wenn nach Reskripten aus dem 2. Jhd. (Marcian D. 49, 14, 31 u. 32) das Vermögen der im Reich verstorbenen Geiseln dem *Fiskus* zufällt (daß hier keine Interpolation vorliegt, ergibt sich aus der vorausgesetzten Kompetenz der *Procuratores hereditatum*), wird dabei das Feldherrnrecht des Kaisers berücksichtigt werden müssen. Ulp. D. 5, 3, 20, 7 (et si *vacantia bona fisco vindicentur*), welcher das Recht des *Fiskus* schon für die hadrianische Zeit auszusprechen scheint, ist interpoliert.

2. *Bona damnatorum*. Auch für diese ist anzunehmen, daß sie dem *Fiskus* (außerhalb der Kaiserprovinzen) von rechtswegen nicht gebühren, wenn sie auch kraft Usurpation oft in Anspruch genommen werden (vgl. Willrich in Lehmanns und Kornemanns Beitr. z. alt. Gesch. 3, 113 A. 2). Erst die severische Zeit scheint diesen Anspruch dauernd formuliert zu haben, da das dem dritten Jahrhundert angehörige *Fragm. de iure fisci* § 9 von der Strafe des *Plagium*s sagt: *hodie fisco vindicatur* (vgl. hierzu Mommsen, *Strafr.* 1026—1028; Hirschfeld, *Verw.Gesch.*² 45; Knip 182; Eck, *Indign.* 24 f.).

3. Bezüglich der *Caduca* endlich finden wir, daß sie in der Zeit des Hadrian im allgemeinen (in Italien und den Senatsprovinzen?) noch dem *Populus* verfallen (Gai. 2, 286 a; Mauric. D. 49, 14, 15, 3), doch werden schon unter Hadrian gewisse kaduke *Fideikommiss*e dem *Fiskus* zugewiesen, Gai. 2, 285. Nach Ulp. 17, 2 ist dann unter Caracalla eine allgemeine Überweisung der *Caduca* an den *Fiskus* erfolgt. Daß in D. 28, 4, 3 (über diese Stelle und ihr Verhältnis zu D. 34, 9, 12 Hirschfeld 116 A. 4 und 49 A. 3) eine solche Überweisung schon unter Marc Aurel vorausgesetzt scheint, ist irreführend, es handelt sich hier um *Ereptoria* (Eck a. O. 25 A. 8). Außerdem sind die älteren Erwähnungen der fiskalischen Kaduzität interpoliert, so die *Senatus-consulta* in D. 5, 3, 20, 6 a u. 7 und D. 49, 14, 15, 5 (arg. § 3).

durch den Fiskus ist vielleicht erst unter Diokletian eingetreten, wengleich bei dem überragenden Einfluß, den die Monarchie auch gegenüber der Senatsverwaltung besessen hat, die Existenz des Aerarium bald nur eine schattenhafte gewesen ist.

Nach dem zu A. 7 Ausgeführten hat der Fiskus mit dem kaiserlichen Privatvermögen keinen juristischen Zusammenhang. Dieses letztere wäre in der Lehre von den juristischen Personen auch nicht zu erwähnen, wenn nicht seine nahe tatsächliche Berührung mit dem Staatsvermögen eine Darstellung auch an diesem Ort erforderlich erscheinen ließe.

Kaiserliches
Privatvermögen.

B. Das kaiserliche Privatvermögen setzt sich zusammen aus demjenigen, was der Kaiser schon vor seinem Regierungsantritt besessen hat, und dem, was er nach demselben auf Grund privater Rechtstitel erwirbt. Unter diesen Titeln sind in erster Linie Erbschaften und Legate von größter Bedeutung, welche dem Kaiser in ungeheurem Umfange hinterlassen zu werden pflegten¹¹. Nach gewöhnlicher und wahrscheinlich richtiger Annahme darf auch die Konfiskation, wenigstens teilweise, hierhergezählt werden¹².

Entwicklung
desselben
zum
Krongut.

Die Trennung dieses Vermögens vom Fiskus kann freilich praktisch nur von beschränkter Bedeutung gewesen sein; gerade bei dem rein persönlichen Charakter, durch den die Stellung des Princeps sich auszeichnet, ist es zweifellos, daß derselbe für die Verwaltung des Staates oft auch aus eigenen Mitteln zugeschossen

¹¹ Einen teilweisen Überblick dessen gewinnt man aus der vortrefflichen Studie von Hirschfeld, Über den Grundbesitz der römischen Kaiser in Lehmanns und Kornemanns Beiträgen z. alt. Gesch. 2, S. 45—72 u. 284—315.

¹² Hirschfeld, Verwaltungsg. 18 ff. u. v. a. Vom Rechtsstandpunkt ist freilich zu bemerken, daß das konfiszierte Vermögen dem Kaiser nicht als Privatperson zufällt, und bei der ziemlich unklaren Ausdrucksweise der Quellen ist auch meist nicht mit Bestimmtheit festzustellen, ob die Konfiskation zugunsten der kaiserlichen Privatkasse oder des Fiskus erfolgt ist (vgl. oben A. 7). Sicher ist, ersteres nur z. B. im Fall des Cornelius Gallus, Dio 53, 23. Wenn gelegentlich Konfiskationen auf private Habgier des Regenten zurückgeführt werden (vgl. Tacit. Ann. 6, 19), so läßt sich dies bei der unbeschränkten Disposition, welche dem Kaiser am Fiskus zustand, nicht als Beweis für die Einbeziehung in das Privatvermögen verwerten. Auch die bekannten großen Konfiskationen des Severus müssen nicht unbedingt in diesem Sinne gefaßt werden (vgl. unten A. 27). Dennoch wird bei der Willkürherrschaft dieser Zeit die Annexion konfiszierter Güter in das kaiserliche Privatvermögen nichts Ungewöhnliches gewesen sein, und in manchen Fällen ließe sich für dieselbe sogar der materielle Rechtfertigungsgrund anführen, daß der Verurteilte den Besitz derselben der kaiserlichen Liberalität verdankt hatte.

hat¹³. Darum haben vorsichtige Kaiser, offenbar in der Empfindung der Schwierigkeit, die privaten und öffentlichen Gelder vollkommen zu trennen, ihr Privatvermögen schon bei der Thronbesteigung auf ihre Kinder übertragen¹⁴. Soweit das nicht geschehen war und nicht besondere testamentarische Verfügung vorlag¹⁵, wird der kaiserliche Besitz stets dem Nachfolger zugekommen sein¹⁶. Eine formelle Anerkennung hat dies gefunden für die dem Kaiser hinterlassenen Vermächtnisse, deren Anfall der regierende Princeps nicht erlebt hatte. Hier hat bekanntlich ein Reskript von Antoninus Pius¹⁷ die Transmission des Anfalls auf den Thronfolger festgesetzt. Aus diesem beständigen Übergang des kaiserlichen Privatvermögens auf den Nachfolger mußte sich aber von selbst der Gedanke herausentwickeln, daß hier nicht mehr ein persönliches Vermögen, sondern ein Krongut vorliegt. Das kaiserliche Vermögen wird hiermit zum Krongut. Dasselbe führt den offenbar seiner Entstehung aus dem Privatvermögen des Regenten entlehnten Namen *Patrimonium* oder vollständiger *Patrimonium privatum*¹⁸, griechisch *Οὐσα*.

Verhältnis
von Kron-
gut und
Fiskus.

¹³ So sagt Antoninus Pius (vit. 4): *Posteaquam ad imperium transiimus, et illud, quod habuimus ante, perdidimus*. Vgl. cap. 7: *Fructus (patrimonii privati) rei publicae donavit*. — *Mon. Ancy.* c. 19.

¹⁴ *Vita Pii* 7. Ebenso *Julian: vit. Jul.* 8; *Pertinax: Diö* 73, 7.

¹⁵ Von solchen Verfügungen wissen wir wenig. Legate an nahestehende Personen werden nicht gefehlt haben (vgl. *vit. Pii* 12); im übrigen gilt bekanntlich als praktische Regel, daß der Kaiser als Erben eben den Thronfolger einsetzt.

¹⁶ Es liegt dies in der Natur der Sache, weil der während der Regierungszeit gemachte Erwerb offenbar ein *Jus imperio adnexum* ist. Lehrreich ist auch in dieser Beziehung der Vergleich mit der kgl. sächsischen Verfassung § 26 b, wonach aller Erwerb des Königs aus seiner Regierungszeit, mag er auch aus Privatrechtstiteln herrühren, bei mangelnder anderweitiger Disposition dem Hausfideikommiß zuwächst.

¹⁷ *Gai. D.* 31, 56.

¹⁸ Aus den Quellen z. B. *Ulp. D.* 30, 39, 10, eine Stelle, deren Interpretation von Hirschfeld in *Lehmanns Beiträgen*, 2, 312 (vgl. auch die daselbst 314 A. 5 mitgeteilte Auffassung von Mommsen) richtig gegeben ist; dazu noch *Gradenwitz*, *Z. Sav. St.* 26, 480. Ob die bei *Ulp. D.* 49, 14, 6, 1 erscheinende *Ratio Caesaris* auf das *Patrimonium* zu beziehen ist oder auf die von Severus begründete *Res privata*, hängt von der Auffassung ab, welche man sich über diese letztere und ihr Verhältnis zum *Patrimonium* macht (vgl. *S.* 359 f.). Wer die *Res* oder *Ratio privata* für kaiserliches Privateigentum hält, wird die *Ratio Caesaris* vielleicht mit ihr identifizieren; wer, wie ich, in der *Res priv.* nur einen fiskalischen Etat erblickt, muß die *Ratio Caesaris* auf das *Patrimonium* beziehen. Der in *C.J.G.* 4957 (Edikt des Tib.

Der Gegensatz des Kronguts zum Staatsgut ist noch jetzt sehr deutlich zu erkennen. Klarer noch als aus den Inschriften¹⁹ vermögen wir diese Verhältnisse derzeit aus den ägyptischen Papyrusurkunden zu ersehen. Hier finden wir die Kron-domäne als *οὐσιακῆ γῆ* der ägyptischen Staatsdomäne, *γῆ δημοσία* oder *βασιλική*²⁰, vielfach entgegengesetzt. Allerdings haben bei der Verwaltung der Kron-domänen in Aegypten auch die staatlichen Behörden insofern mitfunktioniert, als die Erhebung der patrimonialen Domanalgefälle durch sie gleichzeitig mit jener der staatlichen Grundsteuern besorgt wird²¹. Aber die Verrechnung geschieht für beide Kategorien getrennt, und die Kron-domänen haben ihre selbständigen Rechkammern^{22 23}.

Julius Alexander) l. 30 genannte *Καίσαρος λόγος* wird m. E. besser mit der so verstandenen Ratio Caesaris identifiziert als mit dem Fiskus; die Identität des Namens ist sprechend, und es wäre auch sehr auffallend, daß ein und dasselbe Edikt den Fiskus mit zwei verschiedenen Namen bezeichnen sollte; denn in lin. 18 wird er *Κυριακός λόγος* genannt. — Endlich möchte man auch, wenn bei Callistr. D. 49, 14, 3, 10 die possessiones Caesaris genannt und vom Fiskalbesitz unterschieden werden, an das Patrimonium denken; aber die Stelle ist mir sehr verdächtig. Daß die Divi fratres einen im Aerialboden gefundenen Schatz, wie es dort heißt, dem Fiskus überwiesen haben, ist auffallend, und ich denke daran, daß der erste Satz ursprünglich gelautet haben kann: Si in locis publicis religiosive aut in monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his aerario vindicaretur (itp. ist „fiscalibus vel“). Dann kann die darauf genannte Caesaris possessio als Fiskalbesitz angesehen werden. So auch in J. 2, 1, 39, wo der Schlußsatz von Tribonian stammt. Damit entfallen die bez. Bemerkungen von Mommsen, St.R. 3, 1002 A. 2.

¹⁹ Aus den Inschriften heraus ist die Stellung und Verwaltung des Patrimonium bekanntlich am eingehendsten von Hirschfeld, Verwaltungsg.² S. 18—29, 40—47 (schon 1. Aufl. 23—29, 41—48) und in der in A. 11 genannten Abhandlung dargelegt worden.

²⁰ Daß dabei *δημοσία* und *βασιλική γῆ* identisch sind und nicht, wie ich früher (Z. d. Sav.St. 22, 154) wegen ihrer Nebeneinanderstellung in B.G.U. 188, 23; 560, I 23 angenommen hatte, verschiedene Begriffe darstellen, hat P. Meyer in der Festschrift für Hirschfeld S. 136, 145 richtig betont; auch sonst heißt das öffentliche Gut bei den Griechen *βασίλειον* (D. 43, 8, 2, 22). In jenen Urkunden handelt es sich nur um eine irreführende Tautologie. So wird auch in B.G.U. 560 I 21 nur zwischen *δημοσία* und *οὐσιακῆ γῆ* unterschieden.

²¹ Vom Statthalter herab bis zu den niederen Verwaltungsorganen (Strategen, Komogrammateis) funktionieren sie alle in gleicher Weise für die Steuern der *γῆ οὐσιακῆ*, wie für die des *δημόσιον*; P. Fay-Towns 1, 26; B.G.U. 976—980, wo die Staatsbehörden (977) auch die Einkünfte der *οὐσα* (976, 979, 980) registrieren, ebenso B.G.U. 84. Doch führen sie für diese ein besonderes Konto; s. die folg. Note.

²² Eine solche ist in Aegypten das *λογιστήριον τοῦ ἐπιτρόπου τῶν οὐσιακῶν*,

Mit dem *ὄμιος λόγος* in Aegypten ist das dortige Patrimonium, soviel wir jetzt annehmen müssen, keinesfalls identisch²⁴.

P. Amh. 2, 77, Col. I l. 22 f., zu unterscheiden von dem τὸ τῆς διοικήσεως λογιστήριον, P. Oxy. 1, 57. Sein Vorsteher ist der Procurator usiacus, griechisch ἐπίτροπος τῶν οὐσιακῶν (aber doch wohl nur ein einziger für ganz Aegypten, trotz Meyer, Festschr. 156), welchem die (schon im ersten Jhd. nachweisbaren) Kämmerer der einzelnen daselbst belegenen Domänen (προεστῶτες τῶν οὐσιῶν, vgl. Grenfell-Hunt zu Pap. Fayum 23) unterstehen. — Ein selbständiges Konto für die Patrimonialgüter ist sicher auch für die übrigen Provinzen schon in den ersten beiden Jahrhunderten vorhanden gewesen, obwohl höhere Verwaltungsbeamte (abgesehen natürlich von den Wirtschaftsdirektoren der einzelnen Domänen, Belege bei Hirschfeld an dem in A. 19 a. O.) zu dieser Zeit hier inschriftlich regelmäßig nicht bezeugt sind (Hirschfeld² 42—43); ob etwa die afrikanischen procuratores tractus hierherzustellen sind, erörtert Schulden, Grundherrschaften 69 f., wo übrigens, wie auch bei Hirschfeld, die Chronologie nicht genügend berücksichtigt ist. — Soweit es in den Provinzen an selbständigen Oberbehörden des Patrimonium gefehlt haben sollte, pflegt man anzunehmen, daß die dortige Staatsregierung die Oberaufsicht über die einzelnen Domänenverwaltungen geführt habe.

In Italien ist bekanntlich für das Patrimonium eine Zentralstation in Rom vorhanden (Hirschfeld, V.G.², 40—42).

²³ Übrigens läßt sich, was für alle diesbezüglichen Untersuchungen umsomehr bemerkt werden muß, als es bis jetzt übersehen zu werden pflegt, die Frage aufwerfen, ob die Terminologie stets eine verlässliche ist und nicht mitunter die οὐσία als ταμείον bezeichnet wird. So ist es mir bei B.G.U. 156 sehr zweifelhaft, ob das dort verkaufte Rebenland „πρότερον [Τιβ]ερίου Γεμέλλου [νοτι] δὲ τοῦ ἱερῶ[τάτου] ταμείου“ dem Fiskus gehört und nicht vielmehr der οὐσία; denn bei der Auszahlung des Kaufpreises funktioniert ein gewisser Marcus Aquilius Felix, welcher (Hirschfeld in Lehmanns Beitr. 2, 314) uns sonst als Beamter des Krongutes bezeugt ist. Auch im Gesuch wegen des saltus Burunitanus col. 3 lin. 30 wird die Krondomäne als ager fiscalis bezeichnet (vgl. Schulden, Grundherrschaften, S. 73); in B.G.U. 106 ist die Rede von einem γινόμενος μισθωτῆς οὐσίας χρεώστης τοῦ ταμείου, während doch offenbar seine Schuld aus der Pachtung herrührt. Deshalb kann ich der Schlußfolgerung von Hirschfeld 356 A. 2 nicht beipflichten.

²⁴ Der Ausdruck *ὄμιος λόγος* wird, wie vorab zu bemerken ist, in zweifachem Sinn gebraucht, indem er einerseits einen Fonds, andererseits in abgekürzter Redeweise auch den Vorsteher desselben bezeichnen kann, welcher letztere offiziell ἐπίτροπος τοῦ ὄμιου λόγου oder ὁ πρὸς τῷ ὄμιου λόγῳ oder ähnlich (vgl. P. Meyer in d. Festschr. f. Hirschfeld 148) genannt wird.

Man hat nun, was zunächst jene erste und offenbar eigentliche Bedeutung des Worts anbetrifft, den *ὄμιος λόγος* für einen selbständigen, vom βασιλικόν zu unterscheidenden Fonds gehalten, so Wilcken, Ostr. 1, 642 f. und ich selbst Z. Sav.St. 22, 154 (die Meinung von Hirschfeld, V.G. 1. Aufl. 43 A. 5, 2. Aufl. 352 f. über diesen Punkt tritt nicht ganz deutlich hervor, weil er nur die Funktionen des bezüglichen Beamten erläutert). Im Gegensatz dazu hat P. Meyer (der noch in der Festschrift für Hirschfeld der gleichen Meinung gefolgt war) im Arch. f. Pap.F. 3, 86 ff. die Existenz eines selbständigen Fonds

Seiner Herkunft entsprechend war dieses Krongut zunächst allerdings als solches juristisch nicht ausgezeichnet, sondern fiel mit dem Begriff eines *Patrimonium privatum* zusammen und erlangte seine weitergehende Qualität nur tatsächlich durch die beständige Vererbung auf den jeweiligen Thronfolger. Für die beiden ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit ist dies auch unbestritten. Eine

Res
privata.

Scheidung des Krongutes vom Privatvermögen des regierenden unter diesem Namen in Abrede gestellt und behauptet, der *ἐπίτροπος τοῦ ἰδίου λόγου* sei ein bloßer Ressortbeamter der Fiskalverwaltung. In der Tat wird zwar gelegentlich gesagt, daß aus dem *ὄσιος λόγος* gekauft oder an ihn gezahlt worden ist (Wessely, *Specim. isagog. tab.* 8 n. 11 a° p. Chr. 14; P. Amh. 2 n. 31 col. I l. 1 a° 112 a. C.); da aber in P. Oxy. 4, 721 a° 13/14 p. C. Seppius Rufus, welcher Prokurator des *Idios Logos* ist, Land verkauft, das *βασιλική* (γῆ) genannt wird (wie auch schon in ptolemäischer Zeit, B.G.U. 992 I l. 2 und 6 [a° 162 oder 95 a. C.]), eine an den *ὄσιος λόγος* gemachte Zahlung vikariierend auch als *εἰς τὸ βασιλικόν* geleistet bezeichnet wird), hat es derzeit den Anschein, daß P. Meyers Behauptung richtig ist. Jedenfalls kommt ein als *γῆ τοῦ ἰδίου λόγου* bezeichnetes Land nie vor. Demnach wäre dieser Fonds nur eine Unterabteilung des Staatsguts. Welche Titel zu diesem Spezialetat gehörten, wissen wir gegenwärtig noch nicht; nur steht soviel fest, daß zum Ressort des *ἐπίτροπος τοῦ ἰδίου λόγου* die Einziehung der *ἀδέσποτα* und der *εἰς Καίσαρα πίκτειν ὄφελοντα* gehört (Strabo 17 p. 797, 12) und wir ihn demgemäß in bezüglichen Prozessen cognoszieren sehen (Meyer, *Festschr.* 149 f.); nebstbei hat er auch eine gewisse Kompetenz in der Kultusverwaltung, über deren Zusammenhang mit der erstgenannten wir noch nicht klar sehen (Otto, *Priester u. Tempel im röm. Aegypten* 1 (1905) 61 f.; vgl. Wilcken, *Ostr.* 1, 644 A. 1).

Übrigens hat der *ὄσιος λόγος* der ersten beiden Jahrhunderte der Kaiserzeit. Zusammenhänge sowohl mit der ptolemäischen Zeit als mit den späteren Jhd. der Kaiserzeit. 1. Er findet sich nämlich schon in der Ptolemäerzeit und wird schon damals mit dem *βασιλικόν* identifiziert, welches beides aus einem Teil der eben genannten Urkunden hervorgeht. Mit der römischen Eroberung konnte er natürlich nicht Privateigentum des Kaisers werden, sondern mußte fortdauernd dem allgemeinen Begriff des Staatsguts unterfallen, wobei jedoch an ihn, wie gesagt, ein besonderes Spezialressort angeknüpft ist. 2. Seit der severischen Zeit mag der Begriff des *ὄσιος λόγος* in jenem der *Res privata* fortleben; der Name der letzteren sieht deutlich wie eine Nachbildung des ersteren aus, vgl. meine Bem. Z. Sav.St. 25, 377 A. 1, dazu Hirschfeld, *Verw.G.* 2. Aufl. 354 A. 2. Damit wäre, wie ich unten andeute (S. 359 A. 27), der *Idios Logos* ein vom sonstigen Fiskalvermögen getrennter, aber gleichzeitig über das ganze Reich erstreckter Fonds geworden.

Durchaus aber muß man sich dabei vor der Annahme hüten, als ob dabei auch die Patrimonialgüter dem *Idios Logos* einverleibt worden wären; sie bleiben stets ein selbständiger Fonds, vgl. A. 26. Nur schließt das nicht aus, daß die Oberaufsicht über diesen dem *ἐπίτροπος τοῦ ἰδίου λόγου* zukommen konnte; daß dies aber erst seit der severischen Zeit der Fall sei, wie P. Meyer (*Arch. f. Pap.F.* 3, 88) neuerdings behauptet, ist mir recht zweifelhaft.

Kaisers hat man jedoch in der Notiz der *vita Severi* cap. 12 erblickt, wonach Severus anlässlich der massenhaften Konfiskationen, welche nach Besiegung des Niger und Albinus eintraten, sein durch diese Konfiskationen ins Ungeheuere gewachsenes Privatvermögen von dem überkommenen *Patrimonium* als „*Res privata*“ getrennt haben soll²⁵.

Dafs seit Severus ein eigener Fonds der *Res privata* unter Verwaltung eines *Procurator rei privatae* bestanden hat und von dem durch *Procuratores patrimonii*²⁶ (die seit dieser Zeit auch in den Provinzen [A. 22 Satz 3] deutlicher hervortreten) verwalteten *Patrimonium* unterschieden worden ist, ist denn auch in keiner Weise zu bezweifeln.

Sehr fraglich ist es jedoch, ob unter der *Res privata* wirklich das Severische Privatvermögen zu verstehen ist und nicht vielmehr — ich spreche dies aber nur als Vermutung aus — der Gegensatz von *Res privata* und *Patrimonium* eine ganz andere Bedeutung hat.

Diese könnte z. B. darin liegen, dafs durch Severus alle Staatsdomänen unter dem Ressort der *Res privata* vereinigt wurden, wobei ihnen die Domänen der Krone als *Patrimonium* gegenübergestellt blieben²⁷. Diese Zentralisation der staatlichen Domänen-

²⁵ So vor allem Hirschfeld in Lehmanns Beitr. 2 p. 311 und Verw.G.² 18—25 (dazu 1. Aufl. 27, 43 f.).

²⁶ *Procuratores patrimonii* sind im dritten Jahrhundert mehrfach nachweisbar (Hirschfeld, V.G. 45 A. 1; Schulten a. O. 71 f.; His a. O. 3 f.). Besonders deutlich wird der Gegensatz in der Inschrift aus Bithynien, Dessau 1330: *Procurator tam patrimonii quam rationis privatae*. Ob auch die Inschrift des Marcus Aquilius Felix, welcher laut C.J.L. 10, 6657 „*procurator hereditatum patrimonii privati*“ und darauf „*procurator patrimonii bis*“ gewesen ist, diesen Gegensatz aufweist, wie Hirschfeld (Lehmanns Beitr. 2, 314) behauptet, und nicht vielmehr *patrimonium privatum* und *patrimonium* identisch sind, ist mir sehr zweifelhaft. — Übrigens bleibt dabei die Frage offen, wie weit die Selbständigkeit der Patrimonialprokuratoren gereicht hat; Oberaufsicht anderer Behörden und teilweise administrative Unterstützung durch ihre Organe ist auch für diese Prokuratoren wohl denkbar (vgl. A. 21, 24 i. f.). Jedenfalls ist im vierten Jahrhundert die Patrimonialverwaltung in die allgemeine staatliche Domänenadministration eingegliedert; vgl. Mitteis, Gesch. der Erbpacht, S. 43 A. 2. So wird auch der *Rationalis rei privatae fundorum domus divinae per Africam* (Not. dign. occ. c. 11 B. 1) ein Beamter der *Res privata* mit dem Spezialressort der kaiserlichen Privatdomäne sein, der noch neben dem daselbst genannten *Rat. rei priv. per Africam* (l. c. c. 11 B. 6) steht.

²⁷ Es kann über diese sehr schwierige und vermutlich durch Vermehrung des epigraphischen und Papyrusmaterials noch sehr zu fördernde Materie hier kein abschließendes Urteil ausgesprochen werden. Zum gegenwärtigen Stand der Frage nur folgendes. Soviel ist Hirschfeld (A. 25) unbedenklich zuzugeben, dafs auch in der nachseverischen Zeit der Ausdruck *Patrimonium* nach wie

verwaltung ist ja im vierten Jahrhundert zweifellos vorhanden (S. 361 f.), und die hier angedeutete Hypothese hätte nur die Bedeutung, ihren Beginn um ein Jahrhundert zurückzudatieren; sie hätte aber auch den Vorzug, ihre bis jetzt unbekannte Wurzel aufzudecken.

Der Gegensatz zwischen dieser Auffassung und der früher bezeichneten ist auch keineswegs ein unfruchtbarer. Nach jener

vor das Krongut bedeutet und nicht, wie vielfach (auch von mir selbst, Erbpacht 42) angenommen worden ist, jetzt Patrimonium ein kaiserliches Privatvermögen, die Res privata aber das Krongut ist. Dagegen würde es wenig einleuchten, wenn die Res privata, wie H. behauptet, wirklich die Bedeutung des kaiserlichen Privatvermögens besitzen sollte. Man müßte sich vor allem fragen, zu welchem Zwecke Severus sein Privatvermögen von dem sonstigen Krongut abgetrennt habe, da er doch über dieses unbeschränkt verfügte und anderseits auch sein Privatvermögen offenbar mit dem Besitz des Thrones fest verknüpfen wollte. Und ist es vom politischen Standpunkt aus glaubwürdig, daß der kluge Usurpator die großen Konfiskationen aus dem Vermögen seiner besiegten Feinde demonstrativ seiner Privatkasse, statt dem Fiskus, zugewiesen und so das ohnedies unvermeidliche Odium dieser Maßregel noch gesteigert hätte? Auch die Wortbedeutung von Res privata ist nicht überzeugend; wengleich dieses an sich das Privatvermögen bezeichnen kann, so kann es doch im vorliegenden Falle, was jetzt auch Hirschfeld, V.G.² 20 und bes. 354 A. 2 meinen Bemerkungen Z. Sav.St. 25, 377 A. 1 konzidiert, sehr wohl gedacht sein als Übersetzung des ägyptischen Terminus ὄρος λόγος, welcher allem Anschein nach die feste Bedeutung eines staatlichen Ressorts angenommen hatte (oben A. 24). Ebenso ist es durchaus möglich, daß die Bedeutung eines fiskalischen Domänenfonds, welche der Res privata im vierten Jahrhundert unbestritten zukommt (s. d. folg. Anm.), mit ihr von vornherein verbunden gewesen ist. — Von den von Hirschfeld a. O. 314 angerufenen Inschriften ist die des Marcus Aquilius Felix bereits in der vorigen Note als unbeweisend bezeichnet worden, während das Wasserrohr C.J.L. 15, 7333 (stationis propriae privatae domini nostri Alexandri Aug.) auch zur Res privata im obigen Sinn gehören kann. Hat doch Ulp. D. 43, 8, 2, 4 auch die Fiskalgüter als „quasi propriae et privatae principis“ bezeichnet, womit Hirschfelds Hinweis auf die Wortbedeutung von „proprium privatum“ beseitigt ist. Anderseits zeigt C.J. 2, 1, 7 (a^o 225) schon zur Zeit des Severus Alex. den Procurator rationis privatae als befaßt mit Prozessen des „Fiskus“, was sich sehr gut erklärt, wenn die auf seinen Etat gestellten Fiskaldomänen in Frage stehen. — Daß die, wenn auch vielleicht nur relative, Verselbständigung des Patrimonium gegenüber der Staatsverwaltung gerade im dritten Jahrhundert deutlicher hervortritt (oben A. 26 cf. 22 Satz 3), könnte sich eben aus dieser so verstandenen Neuordnung erklären. — Bei diesen meinen Andeutungen übersehe ich keineswegs die aus der diokletianischen Zeit herrührenden Ziegelinschriften „s(ummae) r(ei) f(isci)“, C.J.L. 15, 1622, 1633, 1634, 1649, 1650, 2138 u. ä.; denn ich glaube nicht, daß die gelegentliche Bezeichnung eines Grundstücks als „fiscale“ die Unterordnung der Domänen unter die Res privata ausschließt. Vgl. über die Möglichkeit unverlässlicher Terminologie oben A. 23.

letzteren ist die Unterscheidung von Patrimonium und Res privata eigentlich eine inhaltsarme, da ihre Vertreter selbst annehmen, daß aus der severischen Res privata (= Privatvermögen) im Wege fortgesetzter Vererbung auf den jeweiligen Thronfolger sich alsbald wieder ein Krongut bilden mußte: man erhält dadurch ein älteres und jüngeres Krongut nebeneinander. Dabei ist es aber kaum zu verstehen, wenn bei der Verwaltung dieser Domänen zwischen ihnen fortdauernd unterschieden wird. Insbesondere wenn im Codex Theodosianus die „Fundi patrimoniales atque emphyteutici“ einen feststehenden Begriff bilden, die Emphyteuse in ihrer ursprünglichen Bedeutung also nur auf der Patrimonialdomäne vorkommt und hier zahlreiche Verordnungen veranlaßt, ist es unbegreiflich, warum dieses Institut dem jüngeren Krongut fremd geblieben sein sollte, auf diesem vielmehr die Erbpachtung nur in der Form des sogenannten perpetuarischen Rechts besteht. Umgekehrt erklärt sich dies vollkommen bei der hier aufgestellten Vermutung: nach dieser ist das Patrimonium nach wie vor das einzige Hausvermögen der Dynastie, und daß dieses nicht zu „ewiger Erbpachtung“ ausgetan wird²⁸, sondern nur zu der bis auf Valentinian I. zeitlich begrenzten Emphyteuse, ist vollkommen begreiflich: die Dynastie will sich den Vorteil einer Steigerung ihres Renteneinkommens vorbehalten. Wäre auch die Res privata Krongut, so wäre nicht abzusehen, warum bei ihr dieser Gesichtspunkt entfallen wäre; und wenn auch die Gegenansicht selbst annimmt, daß mindestens seit dem vierten Jahrhundert die alten Staatsdomänen, auf welche diese Tendenz freilich nicht anwendbar war, der Res privata angegliedert waren, so würde man doch für jenen Teil der Res privata, der aus dem Severischen Privatvermögen hervorgewachsen wäre, die Anwendung der Emphyteuse erwarten müssen.

Aufser Zweifel ist jedenfalls, daß im vierten Jahrhundert dem Ressor der Res privata ein umfassender Umfang zukommt. In dieser Zeit sind ihm unstreitig alle, auch die fiskalischen und ärarialen Staatsdomänen und Tempelgüter einverleibt, ja selbst die Verwaltung des Patrimonium ressortiert von dieser Zentralstelle²⁹,

²⁸ Natürlich muß dieser Grundsatz nicht ausnahmslos gegolten haben; daß in einzelnen Fällen, namentlich bei kleinen Gütern, man auch auf dem Patrimonium eigentliche Erbpachtungen hat begründen müssen, ist wohl möglich. So ist vielleicht der von der *πρᾶσις ἐκ τοῦ Καίσαρος λόγου* handelnde Passus im Edikt des Tib. Julius l. 30 f. zu verstehen; vgl. die oben A. 18 geäußerte Vermutung über die Bedeutung von *Καίσαρος λόγος*. Cf. B.G.U. 622 C.I.P.R. 1 p. 63.

²⁹ Mitteis, Abhandl. d. sächs. Ges. d. Wissenschaften 20 pag. 42, wo-

(natürlich aber ohne daß dasselbe seinen selbständigen Charakter verloren hätte). In den Reskripten des Codex Theodosianus erscheint der Vorsteher dieses Fonds, der seit dem vierten Jahrhundert den Rang eines Comes rei privatae bekleidet, als der Chef der gesamten Reichsdomanialverwaltung, und erst unter Anastasius sind wenigstens die alten Patrimonialdomänen von diesem Ministerium wieder abgezweigt worden³⁰. Es hat also jedenfalls, und spätestens (s. o.), jetzt eine Zentralisation der gesamten Domanialverwaltung stattgefunden. Wenn dabei, wie gesagt, auch das Aerarium des größten Teiles seines werbenden Vermögens expropriert erscheint, so hat dieser letztere Vorgang sich übrigens schwerlich ganz in der nachklassischen Zeit abgespielt, sondern es scheint, daß die Übernahme des alten Ager publicus in die kaiserliche Verwaltung schon in der Zeit vor Severus allmählich eingeleitet worden ist³¹.

Rechts-
verhält-
nisse des
Fiskus.

Anlangend die Rechtsverhältnisse des Fiskus ist jeder Darstellung die Bemerkung vorzuschicken, daß wir über alles Hierhergehörige nur äußerst unzulänglich unterrichtet sind. Weder das materielle Recht, noch das Rechtsverfahren in Sachen des Fiskus ist uns anders, wie in dürftigen und zerstreuten Einzelnotizen überliefert, so daß man hier oft nur Andeutungen des Möglichen oder Wahrscheinlichen, nicht eine auf gesicherten Fundamenten ruhende Theorie geben kann³².

selbst weitere Nachweisungen. Aus der Einverleibung der Domäne in die Res privata wird es sich auch erklären, daß wir im Codex Theodosianus von den agri fiscales kaum mehr hören. Durchaus irreführend ist die Behauptung von Savagnone (Le Terre del Fisco, Palermo 1902), wonach der im Codex Theodosianus so häufige Terminus „fundus patrimonialis“ die Staatsländereien bezeichnet, wofür nicht der geringste Beweis erbracht wird. In Wahrheit sind die fundi patrimoniales der Spätzeit die Länder des alten Patrimonium, entsprechend der ägyptischen οδοιακή γῆ.

³⁰ Vgl. His, Domänen der Kaiserzeit 72, 73.

³¹ Rostowzew, Gesch. d. Staatspacht 103 weist darauf hin, daß in der senatorischen Provinz Baetica schon in der Mitte des 2. Jahrhunderts die Agri publici in kaiserlicher Verwaltung waren. Für das 3. Jahrhundert finden wir Ähnliches bezeugt in den Inschriften C.J.L. 3, 249 u. 8, 18909. Es ist denn überhaupt sehr wahrscheinlich, daß in Provinzen, wo der kaiserliche Besitz den Staatsbesitz sehr wesentlich überwog, wie es vielfach der Fall gewesen ist, man die zwecklose Doppeladministration zu Gunsten der kaiserlichen Einheitsverwaltung aufgegeben haben wird. In der oben genannten Inschrift, Dessau 1330 (A. 26), wo ein Prokurator sowohl das Patrimonium, wie die Res privata von Bithynien verwaltet, ist gleichfalls diese Tendenz zur Vereinheitlichung der Verwaltung zu erkennen.

³² Daß es an einer befriedigenden Darstellung dieser Lehre infolge-

Schon von allgemeinen Erwägungen aus ist ersichtlich, daß man zu unterscheiden hat zwischen Rechtsverhältnissen, welche dem Fiskus aus öffentlichen, und solchen, welche ihm aus privaten Titeln zukommen. Wir werden zwar unten (Text zu Anm. 49) finden, daß mit dieser Unterscheidung allein nicht auszukommen ist und daß es auch bei den Verhältnissen der ersteren Kategorie einen Punkt geben kann, wo sie sich in gewöhnliche Privatrechte umsetzen; aber der Ausgangspunkt ist doch von hier zu nehmen.

Wo nun ein Rechtsverhältnis des Fiskus publizistischen Charakter hat, finden natürlich die Normen des Privatrechts keine Anwendung. Das bedarf bezüglich des fiskalischen Anspruchs auf Steuern und andere öffentliche Leistungen, oder bezüglich der Ansprüche wegen der Verwaltungsschulden der Beamten u. a. kaum der Erwähnung. Insbesondere bezüglich der Verwaltungsschulden macht sich, wie besonders zu betonen ist, die publizistische Natur des fiskalischen Anspruchs auch darin geltend, daß der Fiskus gegen Unterschlagungen der Beamten (sowie auch gegenüber jedem Diebstahl, selbst von seiten privater Personen) gleich dem Aerar nach den analog erstreckten Grundsätzen des Pekulats geschützt worden ist³³.

Anders steht es, wo der Fiskus bezüglich seines „werbenden“ Vermögens mit Privatpersonen in rechtliche Berührung tritt.

Es wird hier häufig der Satz ausgesprochen, daß in solchen Fällen der Fiskus im Gegensatz zum Aerar sich dem gewöhnlichen Privatrecht unterwirft. Daran ist in der Tat zweierlei richtig.

Unter-
werfung
unter das
Privat-
recht.

Erstens ist richtig, daß auf den Fiskus, da er nicht Vermögen des Populus Romanus ist, die besonderen Rechtsformen und Rechtsinstitute der republikanischen Aerialverwaltung keine Anwendung finden und daß er, da dieselben auch nicht kraft besonderen Gesetzes auf ihn übertragen worden sind, in Ermanglung eines anderweitigen Rechtssystems für seine Kontrakte den Kategorien des gewöhnlichen Privatrechts folgt. Es gilt dies ins-

dessen fehlt, ist nicht zu verwundern; eine solche ist eben voraussichtlich noch auf lange Zeit nicht herzustellen. Aber es werden auch die Schwierigkeiten und Fragepunkte nicht genügend herausgestellt; selbst Mommsen, der die Rechtsverhältnisse des Aerars in unübertrefflicher Weise klargelegt hat, läßt in seiner Darstellung des Fiskalrechts (St.R. 2, 2, bes. 1019—1025) die richtige Fragestellung teilweise vermissen. Im nachfolgenden sollen nur einzelne Grundlinien künftiger Untersuchung angedeutet werden; zu einem weiteren Ausbau sehe ich mich, wenigstens derzeit, außer Stande. Vor allem müßte das weit zerstreute Material mit gleicher Vollständigkeit zusammengebracht werden, wie es Hirschfeld für die Beamtenorganisation getan hat.

³³ Ulp. D. 48, 13, 8, 1; Paul. sent. 5, 27.

besondere auch für die Terminologie dieser Kontrakte: Die Pächter des Fiskus heißen nicht Mancipes, sondern Conductores, es wird nicht von Praedes und Praedia gesprochen, sondern von Fidejussores und Hypotheken; in der Tat entfällt hier auch das eigentümliche Recht der Praediatur⁸⁴.

Zweitens ist zu bemerken, daß in Rechtsstreitigkeiten des Fiskus das republikanische Prinzip, wonach der Staat in seinen Prozessen mit Privatpersonen gleichzeitig Partei und Richter ist, im Ganzen etwas abgeschwächt ist. Ja ursprünglich wird es vom Kaiser überhaupt abgelehnt; in den Anfängen der Kaiserzeit nimmt der Fiskus ganz wie eine Privatperson Recht vor den ordentlichen Gerichten⁸⁵. Zwar hat dies nicht lange gedauert; schon unter Claudius wird die Entscheidung solcher Prozesse den kaiserlichen Prokuratoren übertragen⁸⁶ und ist wenigstens in den Provinzen ihnen dauernd geblieben. Aber einesteils ist doch in Italien wenigstens zeitweise eine Rücküberweisung an den Praetor (fiscalis) eingetreten⁸⁷; anderseits ist gewiß in Italien und wahrscheinlich auch in den Provinzen seit Hadrian durch die Bestellung besonderer Advocati fisci der Fiskalrichter wenigstens formell der Doppelrolle des Richters und des Staatsanwalts enthoben und äußerlich in die Lage gesetzt, als Unparteiischer zu fungieren⁸⁸. Man ist demnach versucht, der Kaiserzeit hier moderne Tendenzen beizumessen, welche auf Trennung von Judikatur und Administration gerichtet sind.

⁸⁴ Dies ist bekannt und schon von Dernburg, Pf.R.1, 335 f., sowie von Rivier, Untersuchungen über die Cautio praedibus praediisque 85 f. entwickelt worden; vgl. auch Kniep, Soc. public. 214 und Zitt. S. außerdem Rostowzew, Gesch. der Staatspacht 375 f. und in de Ruggiero's Dizion. Epigr. 2, 579, der von einer allmählichen Ausdehnung des Gebrauchs von „Conductor“ spricht, leider ohne sie präzise zu schildern.

⁸⁵ Dies einfach deswegen, weil er zwar ein Fonds, aber nicht vom souveränen Volk getragen ist. So ist die Praxis noch unter Tiberius, Tac. Ann. 4, 6 i. f. und 15; Dio Cass. 57, 23, 5.

⁸⁶ Sueton Claud. 12; Tac. ann. 12, 60. Der Vorgang fällt in das Jahr 52.

⁸⁷ Nämlich unter Nerva (Pomp. D. 1, 2, 2, 32; Plin. Panegy. 36); dabei wurde sogar das Geschworenenvorverfahren akzeptiert. S. im Ganzen Mommsen, St.Pr. 2, 1, 203, 226; 2, 2, 1008, 1021 f.; de Ruggiero, Dizion. epigr. 1, 126. Doch scheint der römische Fiskalprätor später durch die Praefecti aerarii ersetzt worden zu sein; Mommsen a. O. 1023 A. 4; Hirschfeld, V.G.² 49 A. 4, welcher dies in die Zeit des Hadrian verlegt.

⁸⁸ Vgl. bes. de Ruggiero a. O.; Hirschfeld, V.G.² 48 f. Der letztere nimmt wohl mit Recht — gegen de Ruggiero — die Existenz von Fiskaladvokaten auch für die Provinzen an.

Bei näherer Betrachtung freilich stellt sich dieser Unterschied zwischen dem Fiskalprozeß und dem ärarialen als mehr scheinbar, wie wirklich, heraus.

Denn einerseits ist das Geschwornenverfahren, in welchem allein eine wirkliche Garantie objektiver Entscheidung gelegen war, dem Fiskalprozeß mit geringen Ausnahmen³⁹ vorwiegend ferngeblieben; derselbe ist großenteils Kognitionsprozeß. Dabei ist weiter zu erwägen, daß der kognoszierende Beamte, in den Provinzen seit Claudius immer, und zeitweise auch in Italien, gerade derselbe ist, welchem die Vertretung der fiskalischen Interessen grundsätzlich obliegt und daß wir in der Tat allen Anlaß haben, zu glauben, daß die Judikatur der Prokuratoren keineswegs immer eine objektive gewesen ist: denn die Klagen über einseitigen Fiskalismus sind an der Tagesordnung⁴⁰. Insbesondere ist hierbei auch zu berücksichtigen, daß die biegsame Natur des Kognitionsverfahrens es ermöglichte, die Interessen des Fiskus noch durch andere Maßregeln zu wahren als es dem reinen Privatprozeß entsprochen haben würde; ein Beispiel dafür werden wir unten finden (S. 368, Z. 5). Endlich ist durchaus fraglich, ob die Einsetzung der Fiskaladvokaten wirklich den Zweck hatte, den Fiskalrichtern unparteiisches Erkenntnis zu ermöglichen und nicht eher den, die Interessen des Fiskus noch wirksamer zu schützen (vgl. Callistr. D. 49, 14, 3, 9).

Schließlich ist zu erinnern, daß nach beendigtem Erkenntnisverfahren die Vollstreckung des Urteils vom Prokurator selbst durch seine Unterbeamten bewirkt wird⁴¹ und zwar nach besonderen Grundsätzen, welche die fiskalische Exekution von der des Privatrechts scharf unterscheiden (S. 370 f.).

Demnach ist der Unterschied der fiskalischen Rechtsverfolgung von jener, welche zu Gunsten des republikanischen Aerars stattgefunden hat, im Durchschnitt nur ein geringer und von einer vollständigen Unterwerfung des Fiskus unter die Normen des Privatrechts und Prozesses kann keine Rede sein.

Ein vollständiges System des fiskalischen Rechtsschutzes auf-

Rechtsschutz.

³⁹ Diese dürften nämlich in der Zeit vor Claudius (A. 36) stattgehabt haben, und haben dann wieder sicher statt bei der Einsetzung des Praetor fiscalis in Italien; Plin. Panegy. 36; Mommsen, St.R. 2³, 226. Mit der Überweisung seiner Agenden an die Aerialpräfecten, wenn nicht früher, werden sie weggefallen sein.

⁴⁰ Belege bei Mommsen a. O. 1024, s. auch die „prava usurpatio“ der Prokuratoren im Fr. de jure fisci 8.

⁴¹ S. Paul. D. 49, 14, 45, 9 (vgl. unten A. 71 f.).

zustellen, ist übrigens bei der Dürftigkeit unserer Überlieferung unmöglich. Es muß genügen einige besonders wichtige Punkte herauszuheben.

a) Steuern
und
öffentliche
Leistungen.

1. Der Anspruch auf Steuern und andere öffentliche Leistungen ist natürlich stets im Wege des reinen Verwaltungsverfahrens behandelt worden. Das gilt nicht bloß vom Erkenntnisverfahren, in welchem die Feststellung der Leistungspflicht durchaus einseitig erfolgt, sondern es tritt insbesondere auch im Vollstreckungsverfahren hier überall der Zwang zur unmittelbaren Naturalleistung hervor⁴². Zwar ist es möglich, daß der Fiskus wegen einer Steuerforderung auch Hypotheken in Anspruch nimmt und dieselbe daher nach Art einer privatrechtlichen Forderung verwirklicht; in erster Linie aber kommt hier der unmittelbare Leistungszwang unter Militärassistentz, Leibesstrafe u. dgl. in Betracht. Dasselbe ist auch bei anderen öffentlichen Leistungen der Fall; so ist unzweifelhaft, wenn der Leistungspflichtige etwa flüchtet, administrative Rückführung, Verhaftung u. a. vorgekommen⁴³.

Auch ist gerade an diesem Punkte ersichtlich, wie leicht in diesen Verhältnissen die Grenze zwischen privatem und öffentlichem Recht verschwimmt. So ist die fiskalische Domäne bekanntlich in der Weise fruktifiziert worden, daß sie an kleine Bauern, sei es direkt, sei es indirekt durch Vermittlung von Großunternehmern, verpachtet wurde⁴⁴. Der Pachtzins dieser Bauern, der gleichzeitig die Grundsteuer in sich begreift, ist sicher nie im privatrechtlichen Wege, sondern nach Steuerrecht eingetrieben worden. Deutlich zeigen dies nicht bloß die Verhältnisse in Aegypten, sondern insbesondere jene auf dem Saltus Burunitanus in Afrika, welche, obwohl es sich hier zunächst um eine Patrimonialdomäne handelt, doch einen sicheren Rückschlufs auf die Verhältnisse bei

⁴² So greift z. B. bei den ägyptischen Bauern auch die Prügelstrafe Platz (Amm. Marcell. 22, 16, 23: erubescit apud eos, si quis non infitando tributa plurimas in corpore vibices ostendat). Militärassistentz bei Einhebung der Steuern ist wie für die ptolemäische so auch für die römische Zeit bezeugt, Wilcken, Ostr. 1, 567, 621; vgl. auch die mildernden Vorschriften in C.Th. 11, 7, 3 mit dem Kommentar des Gothofredus und C.Th. 11, 7, 7.

⁴³ Administrative Zurückführung landflüchtiger Leute zeigen für die frühere Kaiserzeit z. B. B.G.U. 159, 372; P. Fay. towns 1, 24; P. Genf 1, 16 Col. II; teilweise wird gerade die Angst vor den Liturgien als Motiv der Landflucht genannt. Die „Vindikation“ flüchtiger Dekurionen in den späteren Rechtsquellen bietet gleichfalls ein Paradigma.

⁴⁴ Belege überflüssig; es ist bekannt, daß in Aegypten kleinbäuerlicher

der Fiskaldomäne gestatten. Es werden dort die Bauern wegen ihrer Frohnpflicht von den Prokuratoren im kurzen Wege eingesperrt und geprügelt⁴⁵. Und man kann in dieser administrativen Behandlung eines privatrechtlichen Verhältnisses, wenn man natürlich von der Härte der Durchführung absieht, auch kaum einen grundsätzlichen Fehler erblicken; ein zivilprozessuales Verfahren war angesichts solcher Massenverpachtungen eine praktische Unmöglichkeit. Ebenso sind landflüchtige Pächter unzweifelhaft im administrativen Wege zurückgeschafft worden⁴⁶.

2. Wegen Verwaltungsschulden der Beamten greift zunächst, wie schon bemerkt wurde, wenn der Rückstand eine gewisse Zeit gedauert hat, das kriminelle Verfahren wegen Pekulats Platz⁴⁷. Aber auch wo die besonderen Voraussetzungen desselben nicht gegeben sind, ist natürlich der Anspruch des Fiskus durch die vorgesetzten Behörden einseitig festgestellt und durch administrative Zwangsmittel verwirklicht worden⁴⁸.

b) Verwaltungsschulden der Beamten.

3. Was die Behandlung von Geld- und andern Vermögensstrafen betrifft, ist man von vornherein geneigt, eine Unterscheidung anzunehmen, je nachdem der Anspruch auf den Strafbetrag sich gegen den Schuldigen selbst richtet, oder gegen andere Personen, z. B. seine Erben oder Dritte, welche sich im Besitz des zu konfiszierenden Vermögens befinden. Und diese Unterscheidung scheint auch in der Tat zuzutreffen. Der Anspruch gegen den Schuldigen selbst scheint als Annex des Strafanspruchs im Kriminalverfahren festgestellt und exequiert worden zu sein. Soweit da-

c) Vermögensstrafen.

Eigenbesitz eine große Seltenheit ist. Die von Bauern gezahlten Steuern sind meist φόροι, d. h. der Pachtzins ist eben der Ersatz der auf Domänenboden eigentlich undenkbaren Grundsteuer. Vgl. auch Weber, Agrargesch. 208 und meine Bemerkungen über eine ephesinische Inschrift Z. Sav.St. 26, 493.

⁴⁵ C.J.L. 8 n. 10570 (Brunns Fo.⁹ 244) lin. 10 sqq.: ut [procurator tuus (i. e. Caesaris)] missis militibus . . . al[ios nos]trum adprehendi et vexari, al[ios vinc]iri, nonnullos cives etiam Ro[manos] . . . virgis et fustibus effligi iuss[er]it.

⁴⁶ Näheres bei der Darstellung der Anfänge des Kolonats.

⁴⁷ Oben A. 33.

⁴⁸ Über die administrative Eintreibung der Verwaltungsschulden von Beamten vgl. Paul. D. 48, 13, 11, 6: inter debitores eum ferri, eamque (pecuniam) ab eo is, qui hoc imperio utitur, exigeret, id est pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo. Dies ist allerdings zunächst für Aerialbeamte gesagt, gilt aber nachweislich auch für die fiskalischen. Beschlagnahme wegen Rückständen der Beamten findet sich z. B. in B.G.U. 8 II lin. 4 ff. u. a., vgl. P. Meyer, Festschr. f. O. Hirschfeld 143. In P. Lips. 64 l. 5 f. u. ö. wird den Steuereinnehmern bei unpünktlicher Ablieferung mit Geldstrafe gedroht und der Official zur Kontrolle geschickt.

gegen der Konfiskationsanspruch gegen andere Personen durchgesetzt werden soll, stellt er sich als gewöhnlicher Privatrechtsanspruch des Fiskus dar, wenngleich als ein kraft publizistischen Titels erworbener; er wird also in besonderem Verfahren vor dem Richter der Fiskalsachen eingeklagt⁴⁹. Allerdings gelten wohl auch hier bezüglich der Vollstreckung besondere Grundsätze.

d) Heimfälligkeiten.

4. Wo der Fiskus Heimfälligkeiten in Anspruch nimmt, wie *Bona vacantia*, *caduca* und *ereptoria*, ist gegen die Besitzer des heimgefallenen Vermögens unzweifelhaft der Privatprozess vor dem Fiskalrichter eingetreten, mit zweiseitig geordnetem Verfahren⁵⁰, wobei die Vertretung des Fiskus durch die *Advocati fisci* oder kraft des eigentümlichen Instituts der *Delation* durch *Delatoren* übernommen wird. Und dasselbe gilt auch

e) Andere Rechtsstreitigkeiten.

5. wo der Fiskus sonst, z. B. anlässlich der *Vindikation* fiskalischen Vermögens oder anderer mit dessen Besitz zusammenhängenden Angelegenheiten, in Rechtsstreitigkeiten mit Privatpersonen verwickelt wird⁵¹.

Doch tritt gerade hier deutlich hervor, wie sehr auch der fiskalische Privatprozess einen Einschlag von Administrativverfahren aufweist. Dies zeigt die *Vindikation* des fiskalischen Grundeigentums. Was *Ulpian* D. 50, 10, 5, 1 für *Gemeindegrundstücke* dem *Praeses* zur Pflicht macht: „*Curabit igitur praeses provinciae, si qui (fines) publici sunt, a privatis separari et publicos potius reditus augere; si qua loca publica vel aedificia in usu privatorum invenerit, aestimare, utrumne vindicanda in publicum sint an vectigal eis satius sit imponi*“, dieses mit jeder eigentlichen *Reivindicatio* unvereinbare Verfahren ist in Ägypten schon zur *Ptolemäerzeit* zweimal mit Sicherheit nachweisbar⁵² und hat

⁴⁹ *Marcian.* D. 48, 1, 6: *Defuncto eo qui reus fuit criminis et poena extincta in quacunq[ue] causa criminis extincti debet is cognoscere, cuius de pecuniaria re cognitio est.* Dies ergibt einerseits, daß gegen die Erben und jedenfalls auch gegen *Drittbesitzer* der *Zivilrechtsweg* vorgeschrieben ist, andererseits, daß er es aber auch nur in dieser Richtung ist. Vgl. auch *Marcian.* D. 49, 14, 27; *Pap.* *ibid.* 45, 2; *Callistr.* *ibid.* 1 pr.

⁵⁰ Belege sind in den Rechtsquellen häufig, besonders in den *Titt. Dig.* 34, 9 und 49, 14; vgl. auch das *Sc. Iuventianum* und die *Delatorenprozesse* in den *Papyri* (*P. Meyer*, *Festschr. f. Hirschfeld* 150 f.).

⁵¹ Vgl. z. B. die *Passivprozesse* des Fiskus wegen *Alimentation* (D. 2, 15, 8, 19) und *Proclamatio ad libertatem* (D. 49, 14, 3, 9); s. auch den *Prozess* um einen *Schatz* in D. 49, 14, 3, 10.

⁵² *P. Amh.* 2, 31; *B.G.U.* 929; dazu *Wilcken*, *Arch. f. Pap.F.* 2, 119; *P. Meyer* in der *Festschr. f. Hirschfeld* 133.

auch in römischer Zeit weiter gegolten. Einen Beleg enthält das Verfahren über ein *Bonum vacans* bei Wessely, *Specimina* S. 3 f. (cf. P. Lond. II N. 335 p. 178 [Ken.]⁵³): Der Prozeß ist allerdings zweiseitiger Delatorenprozeß vor dem *Idios Logos*, aber die Entscheidung lautet dahin, daß dieser dem widerrechtlichen Okkupanten des *ἀδέσποτον* (*bonum vacans*) eine Geldzahlung auferlegt, wofür derselbe im (tributpflichtigen) Besitz belassen wird. Wie sehr das im Grunde administrativ vorgegangen ist, bedarf keiner Ausführung^{54 55}.

6. Nicht ganz zweifelsfrei ist die Behandlung des Falles, daß der Fiskus mit seinen Großpächtern betreffend die Domänen, Bergwerke, Salinen u. a. in Differenzen gerät. Zunächst ist auch hier denkbar, daß wieder zweiseitiges Verfahren vor dem Fiskalprokurator stattgefunden hat. Ebenso ist es aber auch möglich, daß der Fiskus wenigstens jene Ansprüche, die durch seine öffentlichen Bücher zu liquidieren waren, als sofort liquide behandelt und ihretwegen mit Vermeidung eines Erkenntnisverfahrens unmittelbare Exekution hat eintreten lassen. Und letzteres ist bezüglich der Pächter selbst auch das Wahrscheinlichere, während allerdings bezüglich ihrer Bürgen das Prozeßverfahren eingeschlagen zu werden scheint⁵⁶. Jedenfalls ferner ist sicher, daß der kompetente

f) Rechtsverfahren aus Kontrakten.

⁵³ Vgl. P. Meyer a. O. 150—153.

⁵⁴ Selbstverständlich ist ferner, daß, wo es sich um fiskalische Res in usu publico handelt, administrativer Schutz des Gemeingebrauchs stattgefunden hat. Wenn Ulpian gelegentlich bemerkt, daß hier das *Interdictum ne quid in loco publico fiat* nicht anwendbar ist, weil der Fiskus „quasi“ im Privateigentum des Kaisers steht, daß aber die *Praefecti aerarii* in solchen Fällen „richten“ (D. 43, 8, 2, 4: *Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: in his enim neque facere quisquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt*), so denkt er gewiß nicht daran, daß hier immer nur im Prozeßweg entschieden wird. War Paul. sent. 5, 6, 2 für Grundstücke des Volks andeutet: „si quis in ea (sc. via publica) aliquid operis fecerit, quo commecantes impediuntur, demolito opere condemnatur“ (cf. Liv. 39, 44, 4; D. 43, 10, 1; 18, 6, 13), hat natürlich auch für die unter kaiserlicher Verwaltung stehenden öffentlichen Sachen gegolten.

⁵⁵ Inwiefern ein Gleiches auch beim kaiserlichen *Patrimonium* stattfindet, wage ich nicht zu sagen; der einzige mir erinnerliche Fall von Vindikation dieses Bodens, P. Lond. 2 Nr. 214 p. 161—162, a° 270—275, bietet nichts Bemerkenswertes. Anscheinend wird daselbst ein Strafverfahren eingeleitet.

⁵⁶ Wir besitzen kein ausreichendes Material, um feste Regeln aufzustellen; denn die Rechtsfälle bei Paul. D. 49, 14, 47 pr. § 1. 50 gehören nicht hierher; es handelt sich teils um Geltendmachung des Fiskalanspruchs gegen dritte

Fiskalbeamte wegen direkter Kontraventionen der Pächter, ja selbst wegen Nichterfüllung vertragsmäßiger Verpflichtungen auch ein Strafrecht ausüben kann⁵⁷.

g) Gegen Bürgen der Liturgiepflichtigen.

7. Zweifelhaft bleibt auch folgender Fall. Wir finden in Aegypten öfter, daß für liturgiepflichtige Personen von anderen eine Bürgschaft übernommen wird, welche die Leistung der Liturgie sicherstellen soll. Diese Bürgschaft wird im privatrechtlichen Wege durch gewöhnliche Stipulation übernommen⁵⁸. Es ist die Frage, wie der Anspruch gegen den Bürgen geltend gemacht wurde. Es fällt schwer, hier an die Notwendigkeit eines besonderen Erkenntnisverfahrens gegen den Bürgen zu glauben, und es ist wahrscheinlich, daß der Anspruch als exekutiver behandelt und vorbehaltlich eines Einspruchs sofort mit Vollstreckungsmitteln vorgegangen werden konnte.

Sicherung und Vollstreckung der Fiskalforderungen.

Schon aus dem bisher Gesagten ergibt sich, wie die Wirklichkeit fiskalischer Ansprüche häufig schon dadurch erleichtert ist, daß die Bücher des Fiskus öffentliche Urkunden darstellen. Im nachfolgenden soll noch eine Anzahl von Maßregeln zusammengestellt werden, durch welche der Fiskus die Sicherung und Vollstreckung seiner Forderungen unterstützt. Auch hier ist oft schwer zu entscheiden, ob dieselben bloß zu Gunsten publizistischer oder auch zu Gunsten privatrechtlicher Ansprüche Platz greifen. Demgemäß werden im nachfolgenden nur die wichtigsten dieser Maßnahmen namhaft gemacht, ohne daß das Anwendungsgebiet jeder einzelnen angegeben werden kann.

a) Relatio inter debitores.

1. In einem gewissen Zeitpunkt wird der Name des Schuldners in das Schuldbuch des Staates eingetragen⁵⁹. Gemeint ist natürlich das Verzeichnis der rückständigen Schuldner; denn in die laufenden Geschäftsbücher muß die Forderung ja schon bei ihrer Entstehung intabuliert worden sein⁶⁰. Jene Eintragung wird „inter debitores fisci referre“ genannt⁶¹; ob sie mit dem im Edikt des Tib. Julius Alexander lin. 22 genannten *κατέχειν τὸ ὄνομα* identisch ist, wissen

Personen, teils um illiquide Ansprüche. Doch deutet Paul. D. 46, 1, 68, 1 auf die obige Praxis hin.

⁵⁷ Vgl. z. B. das neugefundene Fragment des Vipascenser Bergrechts (Z. Sav.St. 27, 356 f.) § 6; ebenso das ältere Fragment (Bruns, Fo.⁹ 266) l. 30.

⁵⁸ Der Belege bedarf es kaum; s. das bei Wenger, Rechtshist. Papyrusstudien 1—60 angeführte Urkundenmaterial, sowie P. Lips. Nr. 45—56.

⁵⁹ Vgl. für Athen Böckh, Staatshaush. 1³, 456 f.

⁶⁰ Vgl. l. Malac. c. 63 u. a.

⁶¹ Ulp. D. 49, 14, 6 pr.; Paul. D. 48, 13, 11, 6. Auch „adnotare“, Callist. D. 49, 14, 1, 3.

wir nicht bestimmt, doch ist dies wahrscheinlich und ich werde es im nachfolgenden voraussetzen. Der Zeitpunkt, in welchem die Eintragung geschieht, scheint spätestens der des eingetretenen Leistungsverzugs zu sein⁶². Doch erlaubt das Edikt des Tiberius Julius Alexander, sie schon von dem Moment an vorzunehmen, wo man den Schuldner für suspekt hält (lin. 22: ὅστις ἂν ἐπίτροπος τοῦ κυρίου ἢ οἰκονόμος ὑποπτόν τινα ἔχη πᾶν ἐν τοῖς δημοσίοις πράγμασιν ὄντων, κατέχεσθαι αὐτοῦ τὸ ὄνομα); und da man dies schon vom ersten Moment an tun kann, werden die Kontrahenten des Fiskus vielleicht gleich vom Kontraktsabschluss ab in jenes Verzeichnis gekommen sein. Im übrigen findet die Relatio inter debitores bei allen statt, die auf was immer für eine Weise Schuldner des Fiskus geworden sind, also nicht blofs bei Verwaltungs- und Kontraktschuldnern, sondern selbst bei solchen, die erst durch Eintritt des Fiskus in das Recht des ursprünglich privaten Gläubigers Fiskalschuldner geworden sind⁶³.

2. Damit kann sich eine zweite Mafsregel verbinden, das προγράφειν, d. h. die öffentliche Proskription des Schuldners, welche Dritte vom Kontrahieren mit ihm abhalten soll⁶⁴.

b) Proscriptio.

3. Erst von einem dieser Zeitpunkte an soll nach dem Edikt des Tib. Julius Alexander in Aegypten die πρωτοπραξία des Fiskus begründet sein, dann aber anscheinend für jede Forderung.

c) Protopraxie. Wesen derselben.

Es ist uns nicht gesagt, was unter dieser πρωτοπραξία zu verstehen ist. Doch läfst es sich vielleicht aus der Betrachtung der Quellen ermitteln.

Zunächst kann sie gedeutet werden auf ein Privilegium exigendi. Dafür scheint zu sprechen, dafs das Edikt des Tib. Julius auch von einer Protopraxie der Frauen wegen ihrer Dos redet, was mit dem Konkursprivileg der Frau identisch sein wird (cf. B.G.U. 970 l. 11)⁶⁵. Es spricht auch nicht unbedingt dagegen, dafs die übereifrigen Fiskalbeamten auf Grund ihrer Protopraxie, wie das Edikt berichtet, den Hypothekengläubigern der Fiskalschuldner die Hypotheken wegnehmen; denn das liefse sich allenfalls auch so erklären, dafs sie ihnen drohten, den Schuldner sonst in Konkurs zu bringen, und die Hypo-

⁶² Denn er liegt jedenfalls vor der Einleitung des Rechtsverfahrens, wie die Stellen der vorigen Anm. zeigen.

⁶³ Ulp. D. 49, 14, 6 pr.

⁶⁴ Für Aegypten bezeugt im Edictum Tib. Jul. lin. 22: προγράφειν ἑ[α μηδ]εῖς τῷ τοιοῦτῳ συμβάλλη. Die Satisfationes, quae e lege Julia de vicesima hereditatum proponuntur (Gai. 3, 125), hängen hiermit natürlich nicht zusammen.

⁶⁵ Dieselbe Bedeutung bei Plin. ad Traj. 108, 109 (für Gemeinden).

thekare dann vor der Gefahr standen, daß im Konkurs auf Grund des Privilegs die Hypotheken ihnen vom Fiskus doch weggenommen würden; da mochte ihnen die freiwillige Ausfolgung der Pfänder, wobei wenigstens der Konkurs vermieden wurde, noch als das geringere Übel erscheinen. Auch wenn das Edikt mitteilt, selbst Käufern seien die vom Fiskalschuldner verkauften Sachen kraft Protopraxie abgenommen worden, könnte das vom Standpunkt der Konkursdrohung erklärt werden; denn wenn auch der Konkurs das veräußerte Vermögen nicht ergreift, so konnte doch Alienatio in fraudem fisci behauptet werden. So ließen sich also diese Mitteilungen des Edikts von dem Standpunkt, daß die Protopraxie ein Konkursprivileg war, ganz wohl erklären.

Jedenfalls wissen wir auch aus andern Quellen, daß der Fiskus ein solches besitzt. Und zwar steht es ihm anscheinend wegen aller, auch wegen der bloß durch Sukzession in das Vermögen eines Privatgläubigers erworbenen Forderungen zu, ausgenommen nur Strafforderungen⁶⁶.

Bedenken gegen die obige Deutung der Protopraxie bei Tib. Julius machen jedoch zwei Umstände. Erstens: Sie soll erst begründet sein vom Moment des κατέχειν τὸ ὄνομα (oder des προγράφειν — s. unter 2 -- wenn dieses früher stattgefunden hat). Nun meint wohl auch Ulpian in D. 49, 14, 6 pr., daß für den Fall, wo der Fiskus in eine fremde Forderung sukzediert, sein Privileg erst datiere vom Tag der Relatio inter debitores, nicht von dem der Sukzession; d. h. älteren Gläubigern geht er nicht vor; diese Meinung spricht er aber zaghaft aus und deutet auch auf abweichende Reskripte. Wie konnte man nun an die Datierung von der Sukzession für den Fall der durch Sukzession erworbenen Forderungen denken, wenn für die schon von vornherein dem Fiskus zustehenden der bloße Erwerb nicht genügte, wie Tib. Julius zu sagen scheint? Die Vorsicht Ulpians beweist, daß wenigstens zu seiner Zeit das Konkursprivileg des Fiskus normalerweise schon vom Tag der Schuldbegründung, nicht erst von der Relatio i. d. datierte (cf. D. 49, 14, 28). Man könnte nun freilich mit der Hypothese aushelfen, daß dies nicht von jeher so gewesen sein müsse. Aber es bleibt noch ein Zweites zu bedenken: Die Protopraxie soll nämlich nach Tib. Julius Alexander auch begründet sein, wenn gewisse Vermögensstücke des Fiskalschuldners in den öffentlichen Büchern

⁶⁶ Einerseits Ulp. D. 49, 14, 6 pr., andererseits Pap. D. ibid. 37, Sev. Alex. C.J. 10, 7, 1.

„verhaftet“ (d. h. also „beschlagnahmt“) worden sind: Ed. cit. l. 23 f. Das läßt sich aber vom Standpunkt des Konkursprivilegs keinesfalls verstehen; hier muß mit dem Wort ein anderer Sinn verbunden sein. Und damit stimmt auch Folgendes überein.

In den Papyrusurkunden findet sich öfter ein Vorbehalt der fiskalischen Protopraxie bei Immobilienverkäufen oder sonstigem Besitzwechsel erwähnt. Es heißt z. B. in PER Inv. Nr. 1409 a^o 238 p. C.: ὁ δὲ χρηματισμὸς ἐτελειώθη κινδόνῃ αὐτῶν πρωτοπραξίας οὐσῆς τῷ δημοσίῳ⁶⁷; das kann nicht auf ein Privilegium exigendi gehen; denn wenn das Objekt einen neuen Eigentümer bekommt, gehört es überhaupt nicht mehr zur Konkursmasse des Veräußerers. Wird also wegen seiner Fiskalverbindlichkeit eine Protopraxie reserviert, so muß dies etwas anderes bedeuten. Und ebensowenig kann gemeint sein, daß der Fiskus auch in einem eventuellen Konkurs des Erwerbers wegen seiner Forderungen gegen diesen ein Privilegium haben werde; wäre das der Sinn, so müßten wir ja die Klausel in jedem Kaufvertrag finden.

Man kann demnach nur annehmen, daß der in diesen Stellen erwähnte Anspruch des Fiskus entweder auf einem gesetzlichen oder auf einem Beschlagspfandrechte beruht.

Nun kann aber ein gesetzliches Pfandrecht des Fiskus höchstens für die Grundsteuer, nicht aber auch für andere Forderungen schon in den ersten beiden Jahrhunderten der Kaiserzeit bestanden haben⁶⁸. Freilich muß zugegeben werden, daß der Vorbehalt der

⁶⁷ C.P.R. 6 lin. 21; cf. 2, 3, 133, 136, 156 u. a. (sämtlich 2.—3. Jhd.); P. Oxy. 712 lin. 6 (spätes 2. Jhd.); ebenso in B.G.U. 919 l. 27 (2. Jhd.). Auch bei Vererbung von Hypotheken wird sie genannt: P. Lips. 9 lin. 33 f. (a^o 233), wo mit Wilcken zu lesen ist: πρωτοπραξίας φυλάσσομένης τῷ φασκῷ.

⁶⁸ Gewöhnlich setzt man die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts am Vermögen der Kontraktsschuldner erst in die severische Zeit (Dezoburg, Pf.R. 1, 334 f.); und selbst dies ist, wie Kniep, Soc. Public. 214 f. zeigt, nicht unbedenklich: die Legalthypothek kann noch viel späteren Ursprungs sein. Insbesondere Sev.-Car. C.J. 7, 8, 2 ist sonst kaum verständlich. Die maßgebenden Stellen sind teils interpoliert (so Ulp. D. 2, 14, 10 pr.), teils durch die Protopraxie im Sinn eines Beschlagsrechts hinreichend zu erklären; so D. 40, 1, 10; 46, 1, 68, 1; 49, 14, 47 pr.; bei andern mag vertragsmäßige Verpfändung vorliegen (D. 50, 6, 6, 10; 27, 9, 2). D. 49, 14, 28 geht wohl auf das Konkursprivileg. Höchstens für die Forderung gegen Publicani kann eine Legalthypothek (nach der l. Julia vicesimaria, fr. de ju. fisc. 5?) mit einiger Beruhigung schon für die klassische Zeit angenommen werden. Wenn der Fiskus gelegentlich andern Gläubigern seiner Schuldner sogar das schon gezahlte Geld wieder abnimmt (Paul. D. 49, 14, 21; vgl. Marcell. D. 48, 13, 14?), so kann an eine vorhergegangene Beschlagnahme des Schuldnervermögens und an Gläubiger, deren Kontrakte erst seit dieser datieren, gedacht werden (unten A. 69).

Protopraxie — so viel ich sehe — sich in den Urkunden auch erst gegen Ende des zweiten Jahrhunderts nachweisen läßt (A. 67); aber erstens ist selbst für diese Zeit die Existenz der fiskalischen Legalhypothek noch keineswegs unzweifelhaft (A. 68) und zweitens wäre die Protopraxie dann etwas ganz anderes als bei Tib. Julius, bei dem sie nicht schon ex lege entsteht (S. 371). Ich wäre darum eher geneigt, an ein Beschlagnahmepfandrecht zu denken. Man braucht dabei nur anzunehmen, daß jener Vorbehalt Güter voraussetzt, die bereits zu Gunsten des Fiskus beschlagnahmt waren oder, was als generelle Beschlagnahme gegolten haben wird, deren Eigentümer „inter debitores fisci relatus“ war, und daß er die Fortwirkung der Beschlagnahme gegen die Erwerber ausdrücken soll^{69 70}.

Und damit stimmt nun die oben zitierte Stelle (lin. 23) des ägyptischen Statthalteredikts vollkommen überein. Demnach scheint mir die πρωτοπραξία in den ägyptischen Papyrusurkunden und im Edikt des Tib. Julius die durch Beschlagnahme begründete und durch ein Pfandrecht gesicherte besondere Stellung des Fiskus gegenüber dem Vermögen des Schuldners zu sein. Daß der Ausdruck nebstbei auch das Konkursprivilegium in sich schloß, ist unzweifelhaft, und es ist auch gewiß, daß dieses auch ohne Relatio inter debitores schon vom Moment der Schuld begründung eintrat; aber die in den Urkunden am meisten hervortretende Funktion der Protopraxie ist die erstgenannte.

d) Andere Sicherungen.

5. Jedenfalls stehen dem Fiskus auch sonst verschiedene Mafsregeln des Vermögensbeschlagnahms zu Gebote, und zwar mindestens zum Teil schon als provisorische Sicherstellungen vor dem Urteil⁷¹,

⁶⁹ Diese Annahme scheint mir sehr wahrscheinlich sowohl deshalb, weil in B.G.U. 919 lin. 27 von einer Verzichtsurkunde gesagt wird: πρωτοπραξίας ούσης καὶ ἀημοσί[α]ς πρὸς τῆ]ν(?) ούσαν κατοχὴν τοῦ πατρός μου (wobei κατοχὴ als Beschlagnahme zu fassen ist) als auch wegen B.G.U. 619 II l. 4 f. διὰ τὸ πεπράσθ[αι αὐτὰ] πρὸ τῆς κατοχῆς; 742 II A. 3 (?); 891 R. 17 (?) und Ed. Tib. Julii l. 23. Eine solche Beschlagnahme kann selbst in den Katastern eingetragen worden sein; Eintragung selbst privater und auch nicht hypothekarischer Forderungen im Kataster als provisorische Sicherungsmafsregel ist jetzt bezeugt durch P. Lond. 3, 1157 p. 111 III lin. 8 f., und sie ist vielleicht auch gemeint mit der Eintragung in die γραμματοφυλακεία bei Tib. Jul. lin. 23. Im allgemeinen vgl. noch B.G.U. 8, II l. 4 f.: φρόντισον κατασχεῖν [μὴ μόνον τῶ]ν νομαρχῶν καὶ τ[ῶ]ν λοιπῶν τῶν ἐνεχομένων καὶ τοῦ χ]ειροτονήσαντος ἀπ[ὸ] τούτ[ου] πρ[ο]στάτως τὰ ὑπάρχοντα. Ulp. D. 4, 4, 3, 4: bona a fisco propter debitum occupata u. a.

⁷⁰ Allenfalls ließe sich auch an ein Veräußerungsverbot denken. Ein solches ist (allerdings zu Gunsten einer Gemeindeforderung und auf Grund speziellen Dekrets) auch wirklich nachweisbar bei Ulp. D. 50, 12, 8.

⁷¹ Wenn Paul. Sent. 5, 12, 6 bemerkt: „Quotiens sine auctoritate iudicati

sofern ein solches überhaupt notwendig ist. Ihrer Vorbereitung dient das „Quaerere bona debitoris“, welches in den Quellen genannt wird⁷². Als wichtige Maßnahmen werden insbesondere Zwangsverwaltung⁷³ und Siegelanlage⁷⁴, vielleicht auch Kautionsbegehren⁷⁵ genannt.

6. Endlich kann der Fiskus zur Verhängung des Personalarrests schreiten⁷⁶, wengleich wohl nur unter besonderen Voraussetzungen⁷⁷.

7. Der Fiskus ist berechtigt, unter gewissen Voraussetzungen die Forderungen seiner Schuldner gegen dritte Personen wie ein Zessionar geltendzumachen⁷⁸.

Dafs endlich gewisse Fiskalschuldner zu den *Munera publica* nicht zugelassen werden⁷⁹ u. a., beruht auf Präventivvorschriften zur Erhaltung ihrer Leistungsfähigkeit, deren vollständige Aufzählung ebenso wie die der sonstigen Privilegien des Fiskus einer speziellen Darstellung angehört.

officiales alicuius bona occupant vel describunt vel sub observatione esse faciunt, adito procuratore iniuria submovetur et rei huius auctores ad praefectos praetorio puniendi mittuntur“, ist hier wohl unter dem Judikat die formelle Ermächtigung des Procurator zu verstehen; diese muß aber auch vor Einleitung des Fiskalprozesses (wo es überhaupt zu einem solchen kam [S. 367 f.]) möglich gewesen sein.

⁷² Paul. D. 40, 1, 10: *Procurator cum bona debitoris non sufficientis quaereret sqq.* Vgl. B.G.U. 106: πάντα τὸν πόρον . . . χρεώστου τοῦ ταμείου φρόντισον ἀναζητῆσαι καὶ ἐν ἀσφαλεῖ ποιῆσαι.

⁷³ Schon in der Ptolemäerzeit öfter genannt (wie denn überhaupt die ptolemäische πράξις ὡς πρὸς βασιλικά hier überall vorbildlich gewesen sein kann): P. Teb. 14; 24 lin. 97; 27 lin. 110; 53 lin. 25. Römisch: vgl. das sub *observatione esse* in A. 71 u. a. Griechisch heißt die Zwangsverwaltung γενηματογραφία; hierzu P. Meyer in der Festschr. f. Hirschfeld 137, 143, wo selbst weitere Beispiele.

⁷⁴ B.G.U. 908 lin. 26.

⁷⁵ Wenn in P. Lond. 2 Nr. 214 lin. 19 (p. 162) bei Eröffnung des Prozesses von ἱκανὰ ἔγγραφα παρασχεῖν die Rede ist (nebstbei bei einem Patrimonialgut), so kann das eine besondere Maßregel bedeuten. Doch kann auch an die gewöhnliche Gestellungsbürgschaft gedacht sein.

⁷⁶ Ed. Tib. Jul. Alex. lin. 17—18: μηδ' ὅπως κατακλεσθαί τινος ἐλευθέρους εἰς φυλακὴν ἵκναιοῦν, εἰ μὴ κακοῦργον μηδ' εἰς τὸ πρακτορεῖον, ἔξω τῶν ὀφειλότων εἰς τὸν κυριακὸν λόγον. Vgl. auch (für Aerialforderungen) Paul. D. 48, 13, 11, 6: *corpus retinere*; ferner C. Th. 11, 7, 3.

⁷⁷ Z. B. gewiß nicht, wo er in eine Forderung durch privatrechtliche Sukzession eingetreten ist.

⁷⁸ Callist. D. 49, 14, 3, 8; Paul. D. 49, 14, 45, 9.

⁷⁹ Callist. D. 50, 6, 6, 10.

C. Die Gemeinden.

Bezüglich der Rechtsfähigkeit der Gemeinden muß zunächst davon ausgegangen werden, daß die dem römischen Reiche angehörigen Gemeinden staatsrechtlich in verschiedene Kategorien zerfielen. Nämlich in solche, deren Angliederung an Rom unter Belassung ihrer staatsrechtlichen Unabhängigkeit erfolgte (*Civitates liberae*), ferner in Untertanenstädte, und in die von Rom gegründeten Kolonien.

Arten
der Ge-
meinden.

Diese Unterscheidung macht sich auch für die Frage der Rechtsfähigkeit geltend, besonders, jedoch nicht ausschließlich, in der Zeit des Freistaates.

Die freien Gemeinden haben, vom strengen Rechtsstandpunkt betrachtet, ihre ursprüngliche Souveränität nicht eingebüßt und bleiben darum, auch nachdem die führende Gemeinde Rom sie zu einem Ganzen vereinigt hat, selbständige juristische Personen.

Auch die Untertanenstädte sind wohl von jeher als selbständige Rechtspersönlichkeiten behandelt worden¹, wengleich die Oberhoheit des römischen Volkes die Bedeutung ihres Persönlichkeitsrechts beträchtlich eingeschränkt haben mag.

Dagegen ist den von Rom gegründeten Kolonien die Rechtspersönlichkeit ursprünglich ebensowenig zugekommen als z. B. den Kurien und den *Tribus*²; sie haben vielmehr als unselbständige Anstalten, gewissermaßen als Filialen der römischen Gemeinde, gegolten, deren Sonderkassen juristisch nur einen Bestandteil des römischen Staatsvermögens bilden.

In der Kaiserzeit allerdings hat die ursprünglich nur faktische Separierung auch bei diesen Gemeinden sich zur rechtlichen Anerkennung durchgesetzt, so daß jetzt jede Gemeinde als juristische Persönlichkeit gilt³. Nur ist auch jetzt noch ein Unterschied zu

¹ Darauf bezieht sich Gai. D. 50, 16, 16 (aus dem Kommentar zum Provinzialedikt): *civitates privatorum loco habentur*. Denn *Civitas* wird überhaupt mit Vorliebe gebraucht für die peregrine Stadt; vgl. die Bemerkung im *Iudex* des C.J.L. 3, 1181 s. v. *civitas*: „*usurpatur plerumque in Graeca parte imperii . . . in parte latina coloniae municipiaque raro eo vocabulo utuntur.*“

² Den Nachweis bei Mommsen, *Ztsch. d. Sav.St.* 25, 35.

³ Flor. D. 46, 1, 22. Nicht bloß die städtische Gesamtgemeinde, sondern auch der *Vicus* und *Pagus* hat juristische Persönlichkeit, D. 30, 75, 1; C.J. 2, 58, 2, 5; C.J.L. 2, 4125; 3, 656; 6, 3823. Weiteres bei Mommsen, *St.R.* 3¹, 119. Hierher gehören vielleicht auch die *partes civitatum*, welchen mitunter *Legate* hinterlassen werden, D. 30, 32, 2.

machen zwischen den Bürger- und latinischen Gemeinden einerseits und den peregrinischen Gemeinden anderseits, insofern jenen die Teilnahme am spezifisch römischen Rechtsverkehr zugestanden haben muß, nicht aber diesen⁴.

Die Rechtsfähigkeit unter Lebenden reicht bei den Gemeinden im allgemeinen so weit, wie bei den physischen Personen. Nur die Fähigkeit zu einem Ususfructus war für sie mit Rücksicht darauf, daß ihre unendliche Dauer mit dem Heimfallsrecht des Proprietars nicht vereinbar schien, bestritten; dabei ist es wohl möglich, daß das in den Digesten erscheinende Auskunftsmittel, den Ususfructus auf hundert Jahre zu begrenzen, erst Tribonian seinen Ursprung verdankt⁵. — Des Patronatsrechts ist die Gemeinde zweifellos fähig⁶.

Rechts-
fähigkeit
unter
Lebenden.

Größere Mängel weist die Rechtsfähigkeit der Gemeinde von Todes wegen auf. Allerdings ist die Legatenfähigkeit den römischen und vielleicht auch den latinischen Gemeinden vielleicht schon von alters her zugekommen⁷; die Bemerkung Ulpian, daß sie durch

Erwerb
von Todes-
wegen.

⁴ Das ist freilich im Verkehr unter Lebenden praktisch belanglos, weil hier das *Jus gentium* aushilft; im Rechtsverkehr *mortis causa* muß es sich jedoch fühlbar gemacht haben, daß Legate an peregrinische Gemeinden unmöglich waren. Wahrscheinlich beziehen sich die bei Ulp. Fr. 24, 28 mitgeteilten Anordnungen unter Nerva und Hadrian, wonach „*civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt, legari potest*“, gerade darauf, daß auch den peregrinischen Gemeinden die passive Legatsfähigkeit verliehen worden ist, Mommsen a. O. 40. Dabei kommt noch folgende Stelle in Betracht. Bei Gai. 2, 195 wird folgendes Reskript von Antoninus Pius an eine Kolonie römischer oder latinischer Verfassung, der ein *Latinus* (Junianus), d. h. das Patronat über diesen legiert war, überliefert: „*Deliberent decuriones, an ad se velit pertinere, proinde ac si uni legatus esset.*“ Worauf kann sich hier der Skrupel der Gemeinde bezogen haben? Wahrscheinlich darauf, in welcher Form sie Legate abzulehnen habe; und dann wäre die Stelle ein weiteres Argument für die Ursprünglichkeit der Legatsfähigkeit der römischen und latinischen Munizipien; denn hätte sich der Senatsbeschluss unter Hadrian auf sie bezogen, so hätte er, arg. Ulp. 24, 28 (*diligentius constitutum est*), diesen Punkt zweifelsfrei geordnet gehabt. Denkbar wäre freilich auch, daß die Möglichkeit, einen *Latinus Junianus* zu legieren, zweifelhaft erschien; aber der Wortlaut (*proinde ac si uni legatus esset*) spricht für die erstere Auslegung.

⁵ Gai. D. 7, 1, 56; 33, 2, 8. Die Interpolation dieser Stellen behauptet Fadda, *Atti della r. acad. d. sc. mor. e polit. di Napoli* 34, 55 ff.; zustimmend di Marzo, *Bull. dell' Ist.* 14, 123.

⁶ Dieses muß den Gemeinden, da ihnen das Recht der Sklavenfreilassung schon früh zusteht (s. u. A. 29), seit derselben Zeit zugekommen sein. Erwähnt ist es schon bei Varro l. 1. 8, 83; cf. Ulp. D. 38, 3, 1; 2, 4, 10, 4.

⁷ Ein Legat aus der Zeit des Augustus in C.J.L. 10, 5056, aus der des Tiberius Suet. Tib. 31.

Nerva eingeführt und durch einen Senatsbeschluss unter Hadrian genauer bestimmt worden sei, mag darauf zu beziehen sein, daß unter diesen Kaisern auch den peregrinischen Gemeinden das ihnen mangels der Bürgerqualität bisher fehlende Recht beigelegt worden sei, auch aus römischen Testamenten Legate zu erhalten⁸. Ebenso werden Singularfideikommisse an die Gemeinden schon wegen ihrer Formfreiheit wohl ebenso frühe anerkannt worden sein, als es gegenüber natürlichen Personen der Fall war. Schwierigkeiten scheint dagegen ursprünglich der Erwerb von Universalfideikommissen gemacht zu haben, welcher den Gemeinden erst durch den apronianischen Senatsschluss v. J. 117 oder 123 p. C. ermöglicht wurde⁹; diese Schwierigkeiten mögen, was die Juristen auch andeuten¹⁰, darin beruht haben, daß der Erwerb von Universalfideikommissen den Restitutionsakt seitens des Fiduziars erforderte, zu dessen Entgegennahme die ordentlichen Gemeindeorgane nicht ohne weiteres als legitimiert galten, während das Recht aus Singularvermächtnissen eines solchen Aktes nicht bedurfte¹¹.

Endlich hat die Fähigkeit, testamentarisch zu Erben eingesetzt zu werden, den Gemeinden durch die gesamte klassische Zeit bis auf die Bestimmung von Leo C.J. 6, 24, 1, gefehlt¹².

⁸ S. oben A. 4.

⁹ Paul. D. 36, 1, 27; Ulp. Fr. 22, 5.

¹⁰ Ulpian und Paulus (in A. 9) betonen das „restitui posse“. Vgl. auch Ulp. D. 38, 3, 1, 1.

¹¹ Zwar konnte die Form der Annahme oder Ablehnung bei Vindikationslegaten zweifelhaft sein (vgl. A. 4 zu Ende); da aber nach der Sabinianischen Ansicht ein besonderer Annahmeakt nicht notwendig ist (Gai. 2, 195) und Repudiation eines Legats selten vorkommt, wird sie praktisch meist keine Schwierigkeiten bereitet haben.

¹² Wenn in D. 28, 6, 30; 31, 66, 7; 36, 1, 6, 4 die Erbeinsetzung von Munizipien vorkommt, wird dies auf Privilegien zurückgehen.

Die hier erörterte Regel wird übrigens natürlich nur für das Jus civile und daher nur für Städte römischer Verfassung ausgesprochen. Inwiefern die peregrinischen Städte von Peregrinen zu Erben eingesetzt werden konnten, ist eine Frage für sich, welche in erster Linie von Epigraphikern zu beantworten ist. Belanglos ist jedenfalls der Fall von Massalia, der i. J. 25 p. C. im Senat zur Verhandlung gelangte (Tac. ann. 4, 43): Die Stadt ist von einem verbannten Römer, Vulcatius Moschus, dem sie das Bürgerrecht verliehen hat, zur Erbin eingesetzt worden: Es scheint, daß sie beim Senat um Erlaubnis zur Annahme der Erbschaft bittet. Das kann aber seinen Grund auch darin haben, daß es zweifelhaft war, ob Vulcatius nicht noch das römische Bürgerrecht hatte, in welchem Fall die Beerbung durch die Stadt schon deswegen

Was den vielumstrittenen Grund dieser Erbunfähigkeit der Gemeinden anbetrifft, so wird er von Ulpian (fr. 22, 5) mit den Worten angegeben: „nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant.“ Und dieses formale Bedenken wiederholt Ulpian selbst bei der (übrigens von ihm anerkannten) Agnition der Bonorum possessio in D. 38, 3, 1, 1: „Moveret enim, quod consentire non possunt“. Gegen die Richtigkeit dieser Erwägung darf auch nicht eingewendet werden, daß Gemeindebeschlüsse alltäglich sind. Denn die Beschlussfähigkeit der Gemeindeversammlung, wobei der Satz gilt, daß die Erschienenen als die Gesamtheit gelten und Majorität entscheidet, ist zwar anerkannt für das öffentliche Recht; aber ihre Übertragung auf das Privatrecht ist eine Sache für sich, und es konnte immer eingewendet werden, daß, selbst Einmütigkeit der Erschienenen vorausgesetzt, die Vollzähligkeit einer Gemeindeversammlung niemals praktisch festgestellt werden kann. Und es fällt auch ins Gewicht, was auch Ulpian, zweifellos richtig, nicht, wie man oft meint, sophistisch betont, daß im Sinne des strengen zivilen Formalismus die Certa et solemnia verba der Erbantrittung durch den Zuruf einer versammelten Menschenmenge ebensowenig ersetzt werden können als es ein gemeinsames Pro herede gerere einer Gemeinde geben kann. Sehen wir doch denselben Formalismus wirken, wenn nach Maecian D. 36, 4, 12 der Gemeinde die Missio in possessionem wegen eines Vermächtnisanspruchs nicht gegeben werden kann, sondern extraordinäre Rechtshilfe des Prätors notwendig ist. Daß Antoninus Pius sogar von der Annahme eines Vermächtnisses betonen muß: „Deliberent decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset“, wurde bereits bemerkt (Anm. 4 z. E.). Dem entspricht auch folgendes. Die Erbeinsetzung der Gemeinden durch ihre eigenen Freigelassenen war durch ein besonderes Senatusconsultum für zulässig erklärt worden und in diesem Falle auch die Möglichkeit des Antritts geregelt. Dennoch zweifelt Ulpian (D. 38, 3, 1, 1) auch in diesem Falle noch an der Möglichkeit die bonorum possessio intestati einer Gemeinde zu erwirken, weil der Konsens zum Agnitionsgesuch schwer hergestellt werden könne, und nur die Analogie jenes Senatusconsults

ausgeschlossen war, weil Nichtbürger eine römische Erbschaft nicht erlangen können. Erbunfähigkeit der Gemeinden gegenüber ihren peregrinischen Mitgliedern ist damit noch nicht dargetan.

läßt ihn diesen Zweifel überwinden. Nach dem Gesagten kann es keineswegs bestritten werden, daß für die Erbfähigkeit der Gemeinden wirkliche juristische Gründe, wenn auch von formaler Natur, vorlagen und daß sie keinesfalls auf bloße politische Bedenken, etwa das der Gefahr allzugroßen Machtzuwachses, zurückgeht. Und ebensowenig ist anzunehmen, daß hinter jenen juristischen noch etwa das praktische Bedenken stand, daß die Annahme überschuldeter Erbschaften den Vermögensverfall der Gemeinde herbeiführen könnte; sonst wäre ihr auch die Annahme von Universalfideikommissen, die denselben Bedenken unterliegen mußte, nicht gestattet worden¹³.

Vertretung
der
Gemeinde
bei Rechts-
geschäften.

Die Frage nach der Vertretung in Rechtsgeschäften ist folgendermaßen zu beantworten.

Soweit das reine Privatrecht in Frage kommt — und das ist der einzige Gesichtspunkt, von dem die Juristen die Frage betrachten¹⁴ — gilt niemals die Handlung der Bürgerschaft, und wäre es auch die gesamte korporativ versammelte, als solche der Universitas weder bei Rechtsgeschäften noch bei Delikten¹⁵. Vielmehr kann die Gemeinde nur durch hierzu bestellte besondere Organe, welche innerhalb ihres Vollmachtskreises handeln, vertreten werden. Hierbei ist zu unterscheiden.

Für gewisse Kategorien von Rechtsgeschäften, welche zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Gemeindevermögens unentbehrlich sind, besteht wenigstens bei den Städten römischer und latinischer

¹³ Die praktischen Gefahren der Überschuldung sind hierbei jedenfalls durch die Kontrolle der Staatsbehörden über den Annahmebeschluss der Gemeinde beseitigt worden.

¹⁴ Eine Ausnahme in A. 38.

¹⁵ Vgl. oben zu A. 10 und Ulp. 22, 5. Einige widersprechende Erscheinungen zeigen anscheinend die Inschriften bei Rechtsgeschäften privater Korporation; aber der Widerspruch ist nur ein scheinbarer. Denn wenn gelegentlich bei Übernahme von Stiftungsverwaltungen die Übernahme der Verpflichtung einer (privaten) Korporation mit den Worten „spondit [. . .] us et populus“ (C.J.L. 6, 10296) ausgedrückt, also bezeichnet wird als solche aus einer Stipulation (ähnlich drückt sich der Ordo decurionum bei einer ihm hinterlassenen Stiftung z. B. in C.J.L. 14, 353, 367 aus), so ist das reine Floskel, welche nichts beweist als die eingetretene Schablonisierung der Stipulationsklausel. In Wahrheit hat der Populus nie eine Stipulation geschlossen. Vgl. auch den Mißbrauch des Ausdrucks sponso in C.J.L. 10, 476, 477. Über die Repromissio in D. 36, 3, 6, 1 s. A. 24. Floskel ist auch die (wieder bei Privatkorporationen auftretende) Wendung „Mancipio acceperunt curator et plebs collegii“ (C.J.L. 6, 10231, vgl. C.J.L. 5, 4489). Natürlich ist auch der Eid einer Universitas als solcher ausgeschlossen, Nerat. bei Paul. D. 35, 1, 97. Über Besitzerwerb s. A. 32.

Verfassung der publizistische Stil. Das heißt, diese Geschäfte werden von den kompetenten Gemeindebehörden nicht nach den Regeln des gemeinen Privatrechts, sondern nach solchen des öffentlichen Rechts errichtet und die daraus entspringenden Rechtsverhältnisse sowie die Rechtsverwirklichung bestimmen sich nach Verwaltungsrecht. Dies ist der Fall bei den verschiedenen Formen der Gemeindelokationen: Verpachtung der Ländereien, der Vektigalien, Vergebung der städtischen Unternehmungen in *Entreprise* u. ä.; es ist dies bei den italischen Gemeinden ein Rest ihrer ehemaligen Souveränität, der auch ihren in den Provinzen geschaffenen Nachbildungen zu Gute kommt¹⁶. Es gilt also direkte Stellvertretung durch die Beamten und Stellung von *Praedes* und *Praedia* mit publizistischer Rechtsverfolgung: die Gemeinde selbst stellt im Verwaltungsweg ihren Anspruch gegen ihren Kontrahenten fest und realisiert ihn außerhalb des ordentlichen Rechtswegs nach dem Recht der *Prädiatur*; das heißt dadurch, daß sie ihre Ansprüche aus der Kautio einem Privatmann überläßt, der dagegen die Befriedigung der Gemeinde übernimmt. Erst soweit durch diesen Hergang der *Remplaçant* als *Zessionar* der Gemeinde Gläubiger des Erstkontrahenten geworden ist, fällt das Verhältnis wieder in die Privatsphäre zurück und wird die *Regrefsforderung* vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht.

Außerdem kann auch der Verkauf von Gemeindevermögen nicht den Grundsätzen des gemeinen Privatrechts unterstanden haben, sondern muß durch publizistischen Beschluß des Gemeinderats vor sich gegangen sein¹⁷.

¹⁶ Vgl. hierzu und zum folgenden die Stadtrechte: l. *Malac.* c. 64, 65 (hier wird das Paradigma des römischen Staatskontrakts ausdrücklich namhaft gemacht); *lex munic.* l. 20–45 (Bruns, *Z. Gesch. d. Zession* 45 ff.); l. *Urson.* c. 93 (*praedes*); *lex Puteolana* bei Bruns, *Fo.*⁶ 332 u. a. S. auch den *Curator pecuniae publicae exigendae et attribuendae* in *Ostia C.J.L.* 14, 375, 376; *Mommsen*, *Eph. Ep.* 3, 328 (die Bedeutung des *attribuere* zeigt l. *munic. cit.*).

¹⁷ Daß der Verkauf von Gemeindegrundstücken keineswegs selten vorkam, zeigen die Inschrift von *Furfo C.J.L.* 9, 3513 (*venditio locatio aedilis esto, quemquomque veicus Furf[ensis] fecerit*); die *tab. Ferentinas C.J.L.* 10, 5853 = Bruns *Fo.*⁶ 310, dazu *Mitteis*, *Gesch. d. Erbpacht* 23 A. 1, sowie die Veräußerungserlaubnisse und Verbote bei *Frontin* p. 54, 17 ff. (oben S. 342), sowie in l. *Urson.* c. 82; ferner von den Juristen *Ulp. D.* 18, 1, 50, vgl. auch *Pap. D.* 50, 8, 5, 1. Wenn man nicht annehmen will, daß die Übertragung hier überall zu bonitarischem Recht geschah, was sehr unwahrscheinlich ist (denn daß *Ulp. D.* 50, 17, 160, 1 einen Gemeinderatsbeschluß in der Lehre von der *Exc. rei vend. et trad.* zu erwähnen scheint [*Lenel*, *Pal. ad h. l.*]

Wie lange freilich diese Grundsätze in unberührter Geltung gestanden haben, wissen wir nicht; es ist nicht ausgeschlossen, obwohl aus unsern Quellen nicht mit Sicherheit zu entnehmen, daß mit der allmählichen Umgestaltung der Gemeindeverwaltung, welche durch die etwa seit Trajan stattfindende Einführung und Ausgestaltung des Instituts städtischer Kuratoren angebahnt wurde, die ausschließliche Geltung des publizistischen Prinzips bei Verpachtungen und Verkäufen eine allmähliche Einbuße erlitt¹⁸.

b) Privat-
rechtliche
(indirekte)
Ver-
tretung.

Abgesehen von den bezeichneten Geschäften wird für die Gemeinde nach gewöhnlichem Privatrecht kontrahiert; sie wird hierbei entweder durch die Magistrate oder durch besondere zu diesem Zweck bestellte Aktoren vertreten; inwiefern Erwerbsgeschäfte auch durch Gemeindeskaven gesetzt werden können, ist unten (sub β und ϵ) zu erörtern. Dabei gilt im einzelnen Folgendes.

α) Der Grundsatz, daß direkte Stellvertretung durch freie Personen unzulässig ist, gilt auch für die Gemeinde. Aus den von

hat natürlich nichts zu sagen), so kommt man gemäß dem oben S. 208 A. 13—16 Gesagten mit den Grundsätzen des reinen Privatrechts nicht aus, weil Manzipation durch Stellvertreter unmöglich ist. Es mag immerhin sein, daß neben dem bewilligenden Ratsbeschluss, der die Quelle der Anwendbarkeit des Jus publicum ist, noch ein Vollzugsakt gesetzt zu werden pflegte, und daß derselbe die Form der Manzipation oder In Jure Cessio angenommen hat; aber keinesfalls könnten diese als die gewöhnlichen Akte des Privatrechts angesehen werden.

¹⁸ Genaueres darüber wäre nur durch eine Spezialuntersuchung zu ermitteln; ich kann derzeit nur feststellen, daß nach den Digesten der Kurator wiederholt Kontrakte für die Gemeinde schließt; Pap. D. 50, 8, 11 pr. § 1 (über Opera publica, mit bezüglichem Reskript der Divi fratres); 50, 8, 5 pr. (über Verpachtung von Grundstücken; andere Vertretungsakte des Kurators s. in D. 2, 14, 37; 43, 24, 3, 4, 5, 4; 50, 8, 2, 4). Keine der beiden erstgenannten Stellen sieht nach Anwendung des Rechtes der Praediaturn aus, so verdächtig insbesondere in der zweiten der Ausdruck „idonea cautio“ auch sein mag. Andererseits ist es wahrscheinlich, daß der gewöhnliche Kontrakt durch die Stadtmagistrate und in den publizistischen Rechtsformen noch in der severischen Zeit nicht verschwunden ist; so spricht Papinian D. 50, 8, 5, 1 von publice vendere aut locare, was nach dem Zusammenhang am besten auf den alten publizistischen, durch das Prinzip der direkten Stellvertretung gekennzeichneten Rechtsakt bezogen wird, vgl. oben S. 228—229. Auch gebraucht noch Papinian bei Gemeindelokationen den Ausdruck „manceps“ (D. 19, 2, 53), der vielleicht auch bei Paul. D. 6, 3, 3 gestanden hat (Mitteis a. O. 17). Darum liegt es auch nahe, bei Ulp. D. 50, 4, 6, 1; 50, 8, 3 pr. und in ähnlichen Stellen statt „fidejussor“ überall „praes“ zu lesen (so auch Lenel, Pal. Ulp. 2163, 2323 u. ö.); freilich wolle man nicht übersehen, daß in der Inschrift von Arausio, Z. Sav.St. 25, 379 manceps und fidejussor nebeneinander stehen, was an der Verlässlichkeit der Terminologie einige Zweifel erweckt.

ihren Vertretern geschlossenen Kontrakten klagt und haftet sie daher immer nur mit prätorischer Klage^{19 20}. Die Frage, inwieweit daneben auch der Beamte persönlich haftbar bleibt, ist wohl im allgemeinen ebenso zu beantworten, wie bei Vormündern²¹.

β) Dabei wird streng erfordert, daß die Vertreter sich innerhalb ihres Vollmachtskreises zu halten haben²²; dieser an sich selbstverständliche Satz ist insbesondere in dem Sinne zu betonen, daß es generelle Vollmachten der Vertreter gar nicht gegeben zu haben scheint. Vielmehr dürfte der Prätor die *Actio utilis* gegen die Gemeinde stets nur auf Grund nachgewiesener konkreter Ordnungsmäßigkeit des Kontrakts gegeben haben. Das tritt vor allem darin hervor, daß die Gemeinde aus Darlehen nur haftet, soweit das Geld in ihre Kasse geflossen ist²³. Ferner gilt vielleicht der allgemeine Grundsatz, daß aus obligatorischen Formalgeschäften, also insbesondere stipulatorischen Versprechen des Vertreters, nur dieser haftet, nicht auch die Gemeinde²⁴; wenn die

¹⁹ Paul I. I ad Ed. D. 44, 7, 35, 1; Pap. D. 50, 8, 5, 1. Die Klage ist wahrscheinlich ediktal. S. oben S. 223 A. 61 und Lenel, E.P.² 99 A. 5, 6. Die *Intentio* der Formel ist dabei vielleicht grundsätzlich auf die zivile Verpflichtung des kontrahierenden Vertreters konzipiert worden. Aber immer kann das nicht möglich gewesen sein; man denke an langdauernde Kontraktverhältnisse, wo die seinerzeitigen Vertreter längst verstorben waren. Gewiss hat man in solchen Fällen nicht auf die Person ihrer schwer zu ermittelnden Erben abgestellt, sondern einfach *Formula in factum* gegeben.

²⁰ Dabei wird, nach dem Grundsatz, daß der (Formular-)Prozeß nur indirekte Stellvertretung zuläßt, der Prozeßvertreter der Gemeinde notwendig Prozeßsubjekt. — Wo derselbe Beamte, der den Vertrag geschlossen hat, auch die Vertretung im Prozeß führt, sieht es demnach im Prozeßstadium so aus, als ob er persönlich belangt würde; daher z. B. die Frage, ob die Klage „gegen ihn“ auch „*post depositum officium*“ gegeben wird (Pap. D. 50, 8, 5, 1), nur seine Verpflichtung zur Defension, nicht auch zur Zahlung beweist; vgl. A. 21.

²¹ Vgl. oben S. 224. Also a) der Beamte haftet gewiß nicht mehr „*deposito officio*“; aufer, wo er in Stipulationsform promittiert hat — denn dies wird jedenfalls als *Del-Credere-Stehn* ausgelegt. Beides sagt Pap. D. 50, 8, 5, 1. b) Konsequent müßte man aber auch *durante officio* die persönliche Haftung mindestens bei Insolvenz der Gemeinde verneinen. Schwierigkeiten macht nur Ulp. D. 13, 5, 5, 8: „*sed et ipsi constituentes tenebuntur*“. Ich kann mir das nur als Ausnahmsentscheidung für das Konstitut erklären. Ulpian mochte in diesem die Übernahme einer persönlichen Garantie finden, gerade wie Papinian in der Stipulation.

²² Insbes. Kontrolle der durch *Servi publici* erfolgenden Quittungsausstellung für die Gemeinde: C.J. 11, 40, 1; dazu Alibrandi, *Opp.* 1, 471 f.

²³ Ulp. D. 12, 1, 27. Mit dem „*civitas obligari potest*“ ist hier natürlich nur prätorische Haftung gemeint.

²⁴ Dies wird wenig beachtet; man sehe aber Pap. D. 50, 8, 5, 1 (In eum,

hier vermutete Regel zutrifft, würde sie sich wohl daraus erklären, daß man hier wegen der abstrakten Natur des Versprechens nicht nachprüfen darf, inwiefern die Formalverpflichtung auf einer *Causa debendi* beruht.

Man wird sich danach vorstellen dürfen, daß die Vertretung der Gemeinde sich in streng bürokratischen Formen vollzog: Die Vertreter kontrahierten nur im Rahmen der ihnen vom Gemeinderat oder der Volksversammlung gegebenen Direktiven; freie spekulative Tätigkeit für die Gemeinde werden sie nicht vollzogen haben. Dasselbe gilt jedenfalls auch für die Gemeindeskaven; es ist charakteristisch, daß noch Ulpian zweifelt, ob sie ihrer Eigentümerin durch (jede) Stipulation erwerben²⁵. Das zeigt, daß der freie merkantile Erwerb durch sie nicht betrieben wurde; sonst wäre die Frage längst beantwortet gewesen. Auch kommt vielleicht in Betracht, daß der Stipulationserwerb durch Sklaven eine unregelmäßige Annahme von liberalen Zuwendungen hätte mit sich bringen können. Dies führt auf einen weiteren Punkt.

γ) Besonders strengen Regeln scheinen liberale Geschäfte zu unterliegen. Daß Liberalitätsakte der Gemeinde normaler Weise unzulässig sind, ist selbstverständlich²⁶. Aber auch die Annahme von Liberalitäten ist, weil sie eine wenigstens moralische Verpflichtung mit sich bringt, der Gemeinde, selbst bei Zustimmung des Gemeinderats, ohne Prüfung der Aufsichtsbehörden schwerlich gestattet gewesen²⁷; nur von diesem Gesichtspunkt aus erklärt sich das Rechtsinstitut der *Pollizitation* in seiner anomalen Gestalt²⁸

qui administrationis tempore creditoribus rei publicae novatione facta pecuniam cavet, post depositum officium actionem denegari non oportet), wo die stipulatorische *Promissio* des Vertreters als „*novatio*“ gilt (an eine nachträgliche *Novation* ist dabei sicher nicht zu denken) und ihn selbst, und offenbar ausschließlic, haftbar macht. Nur prätorische Kauttionen wirken sicher gegen die Gemeinde, Ulp. D. 36, 3, 6, 1; hier ist ein Mißbrauch durch den Inhalt der Stipulation ausgeschlossen.

²⁵ Ulp. D. 45, 3, 3. Eine Parallelerscheinung ist es, daß auch *Servituten*erwerb durch Sklaven nicht von jeher außer Frage stand (Jav. D. 8, 1, 12).

²⁶ Plin. Ep. 10, 111 (Keil.); Ulp. D. 50, 9, 4 u. a.

²⁷ Insbes. über die Errichtung von *Bildsäulen* in den Gemeinden durch private *Munifizenz* vgl. D. 44, 1, 23; 41, 1, 41; 43, 24, 11, 1; 42, 5, 29. Die Eigentumsfrage ist unter den zahlreichen hier genannten Juristen streitig, obwohl die Mehrzahl Eigentum des Stifters annimmt; zweifellos jedoch, daß eine stiftungswidrige Verwendung derselben jedem der Beteiligten und noch mehr dritten Personen verboten ist. Vgl. C.J.L. 8, 2, 8935.

²⁸ An sich wäre es durchaus nabeliegend gewesen, den *Pollizitator* an einen Gemeindeskaven promittieren zu lassen; aber gerade die *Giltigkeit*

und seiner Abhängigkeit von einer *Justa causa*, und ebenso weist der noch von Ulpian ausgesprochene Zweifel, ob ein Gemeindesklave durch (jede) Stipulation seiner Eigentümerin erwirbt, unter anderm auch darauf hin, daß solche Stipulationen, welche die Entgegennahme liberaler Zuwendungen bezwecken konnten, ohne besondere Kontrolle nicht vorzukommen pflegten.

δ) Ausnahmsweise ist die Freilassung von Gemeindesklaven — als unvermeidliches Korollar des Sklavenbesitzes — zulässig²⁹, wengleich auch sie vielleicht nur mit Genehmigung der Staatsbehörden. Dieser Rechtsakt hat die Eigentümlichkeit, daß hierbei der publizistische Freilassungsbeschluss des Stadtrats genügt³⁰.

ε) Der Erwerb durch Sklaven ist natürlich der Gemeinde, abgesehen von den unter γ genannten tatsächlichen Beschränkungen und den damit zusammenhängenden juristischen Streitfragen, immer zugänglich gewesen³¹; daß also der Sklave durch eine im Auftrag der Gemeinde vollzogene prätorische Stipulation u. ä. jener erwirbt, ist selbstverständlich.

solcher Promissionen war, mindestens wo die Aufsichtsbehörde nicht befragt worden war, zweifelhaft (A. 25); deswegen griffen Konstitutionen ein, welche die Sache aber auch gleich von Grund aus und auf der extraordinären Basis regelten. Allerdings werden mitunter stiftungsmäßige Zuwendungen an die Gemeinde in Stipulationsform gemacht oder sichergestellt, so in C.J.L. 8, 9696 (ex repromisso) oder in der Inschrift von Thamugaddi C.J.L. 8, 2353, wo der Fidejussor pollicitationis (ungenau für „promissionis“?) doch nur durch Stipulation verpflichtet worden sein kann; doch wird auch in diesen Fällen Zustimmung der Aufsichtsbehörde vorgelegen haben.

²⁹ Sie geht wohl schon auf die republikanische Zeit zurück; denn die rätselhafte *lex Vetti Libici* in C.J. 7, 9, 3 (auf die Provinzen erstreckt i. J. 129 p. C.) ist wohl mit Mommsen als *lex veteris rei publicae* zu deuten, wofür auch die Erwähnung der Gemeindesklaven bei Varro de l. l. 8, 83 spricht.

³⁰ Wenigstens hören wir nur von ihm, nicht auch von einer dazutretenden *Manumissio vindicta*; die Quellen sprechen vielmehr von einem „*decreto ordinis libertatem accipere*“, C.J. 7, 9, 1. 2. Genaueres wissen wir über die Form der Freilassung von *Servi publici* freilich nicht: vgl. Lehmann, *De publ. serv.* 19—21. — Eine gewisse Parallele bietet die publizistische Veräußerung (oben Text zu A. 17); doch ist mir bei dieser wenigstens ein (publizistischer) Vollzugsakt nicht unwahrscheinlich (A. 17 z. E.).

³¹ D. 3, 4, 10; 41, 2, 1, 22; 8, 1, 12; 22, 1, 11, 1. — Die Frage, wie die Gemeinde zu ihrem ersten Sklaven gekommen ist, da doch direkte Stellvertretung im allgemeinen ausgeschlossen und der Ankauf von Sklaven auch nicht zu den in Anm. 17 bezeichneten Geschäften gehört, darf natürlich nicht aufgeworfen werden (a. A. Alibrandi, *Opp.* 1, 504); dieser Besitz stammte jedenfalls bei alten Gemeinden aus der vorrömischen Zeit, und Kolonien haben sicher bei der Stiftung auch das notwendige Dienpersonal mitbekommen.

☞ Die Möglichkeit eines Besitzererbs durch die Gemeinde ist öfter bestritten, später aber, soweit er sich durch Sklaven, vielleicht auch durch Organe vollzieht, anerkannt worden³².

Rechts-
schutz.

Was endlich den Rechtsschutz anbetrifft, so wurde schon bemerkt, daß, wo die Gemeinde nach *Jus publicum* kontrahiert hat (oben S. 381), ihre Magistrate die Ansprüche gegen die Gemeindegeldschuldner einseitig feststellen und die Kautionsrealisierung³³, wobei allerdings verwaltungsrechtliche Beschwerde bei der Staatsbehörde und eventuell privatrechtliche Ersatzklage wegen Mißbrauchs der Kautionsleistung denkbar ist. Doch kann die letztere nach dem Grundsatz, daß die Gemeinde nicht delinquent, nur die Beamten getroffen haben³⁴. Außerdem werden, wo die Gemeinde nach öffentlichem Recht Ansprüche gegen ihre Beamten oder gegen die Verwalter von *Munera publica* hat, auch besondere Normen für das Verfahren gegolten haben, über welche wir freilich im Einzelnen wenig Klarheit besitzen³⁵; auch ist im zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit der

³² In diesem Umfang ist er anerkannt bei Ulp. D. 10, 4, 7, 3; 41, 2, 2. Auch die ablehnende Haltung des Paul. D. 41, 2, 1, 22 bezieht sich nur auf die Frage, ob die Gemeinde durch Handlungen ihrer Mitglieder (*per se*) Besitz erwerben kann, und Besitzerwerb durch ihre Organe oder mindestens ihre Sklaven ist von ihm wohl schon angenommen worden (obwohl Ältere auch diesen bezweifelten, wie er berichtet). Aber auch in ersterer Beziehung ist die ablehnende Meinung schwerlich in allen ihren Konsequenzen in der Praxis rezipiert gewesen; es ist praktisch unmöglich, daß bei Vindikationen der Gemeinde (Frontin 20, 7 f.; 55, 15), z. B. an Grundstücken der Allmende, wo direkter Besitz durch die Gemeindeglieder ausgeübt wurde, der Besitzschutz gefehlt haben sollte. In der Tat heißt es im Grenzstreit zwischen Delphi, Myonia und Amphissa (C.J.L. 3, 567): „*necessaria fuit diligentior exploratio tam vetustae rei, tanto magis quod et possessio quibusdam locis variaverat*“. — Daß der Gemeinde die eigentliche *Missio in possessionem* von Maecian D. 36, 4, 12 verweigert und durch eine *Missio* zu Gunsten des Actor ersetzt wird, ist nur eine formalistische Nachwirkung der bestehenden theoretischen Bedenken gegen den Erwerb durch die Einzelnen, und umso eher erklärlich, als es praktisch nichtssagend ist.

³³ Belege in A. 16.

³⁴ Man vgl. etwa für einen allerdings anders gearteten Übergriff des Magistrats Jul. D. 18, 6, 14, wo unter dem Aedilis vielleicht mit Mommsen geradezu der *Municipalae* edil zu verstehen ist.

³⁵ So wird wegen rückständiger öffentlicher Gelder gegen die Beamten im *Aes Malac.* c. 67—69 eine Popularklage gegeben; so auch bei Defraudation sakraler Gegenstände, Stadtrecht von Tarent l. 1 sqq. — Endlich das Verfahren bei Jul. D. 3, 5, 29, in welchem dem Curator *ad siliginem emendam constitutus* der Ersatz für Lieferung verdorbenen Materials auferlegt wurde, ist sicher kein gewöhnlicher Privatprozess: „*pretium curatorum adfigitur*“ sagt man von einem solchen nicht.

ursprünglich auf staatliche Amtsgelder gemünzte Begriff des Pekulats auf Gemeindegelder ausgedehnt worden³⁶. Jedenfalls ferner sind Streitigkeiten über die Grenzen des Gemeindegebiets, die zwischen Gemeinden, also als eigentliche Gebietsstreitigkeiten stattfanden, nie in den Bereich des gewöhnlichen Privatprozesses gefallen, sondern immer durch die extraordinäre Kognition der staatlichen Magistrate entschieden worden³⁷. In all diesen Fragen macht sich also der Umstand, daß das materielle Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht angehört, auch für die Form des Rechtsschutzes geltend. Aber auch dort, wo die Gemeinde ihr Grundeigentum gegen Private vindiziert, scheint nicht ausschließlich der ordentliche Zivilprozeß gegeben zu sein; in mehreren Fällen finden wir vielmehr auch hier die Kognition³⁸.

Freilich bildet sie hier keinesfalls die Regel, sondern ist, sei es nach Wahl der Gemeinde, sei es kraft Anordnung der Regierung, wohl nur in besonderen Fällen eingeleitet worden; etwa bei großen Objekten, namentlich wenn gleichzeitig das Bodenrecht der Gemeinde auf öffentlichen Rechtstiteln (staatlicher Verleihung oder verjährtem verwaltungsrechtlichen Besitzstand) beruhte. Jedenfalls finden wir öfter die private *Rei Vindicatio*, ja einmal selbst *privates Kompromiß*³⁹; ferner eine Anzahl anderer dinglicher Rechtsmittel des ordentlichen Zivilprozesses⁴⁰. Natürlich greift

³⁶ Die Anwendung des Pekulatsbegriffs auf die Gemeindeverhältnisse gehört noch nicht der I. Julia selbst an, sondern ausdehnenden Bestimmungen von Trajan und Hadrian, Marcell. D. 48, 13, 5, 4. Wie sich dazu Pap. D. 47, 2, 82 verhält, wo die Anwendbarkeit des Pekulats auf Gemeindegelder in Abrede gestellt wird, ist nicht zu ermitteln.

³⁷ Die *Judices dati*, die in solchen Fällen vorkommen (z. B. C.J.L. 3, 2823), sind sicher immer nur Delegierte des Magistrats. — Besonders deutlich tritt das Prinzip hervor in dem vor dem Kaiser geführten Grenzstreit zwischen Firmium und Falerio C.J.L. 9, 5420, vgl. 3, 567, 749; 10, 8038 u. v. a.

³⁸ Vorbildlich ist das Verfahren beim römischen Gemeindegeld (C.J.L. 6, 919; 1262—1268 u. v. a.), vgl. auch Rudorff, Grom. Inst. 459. So steht es in der tarraconensischen Inschrift C.J.L. 2, 4125 (Bruns, Fo.⁶ p. 36) sowie in C.J.L. 11, 5182 und in dem Fall bei Orelli 3262. Daß ferner die Vindikation der Gemeindegelder gegen Private bei Ulp. D. 50, 10, 5, 1 nicht als ordentlicher Prozeß zu denken ist, wurde bereits oben bemerkt (S. 368).

³⁹ Letzteres im Schiedsspruch von Histonium C.J.L. 9, 2827 (Bruns, Fo.⁶ 360). Ersteres bei Ulp. D. 3, 5, 7, 1; Hermog. D. 50, 4, 1, 4 (*curator usucapionibus interpellandis*), auch das „*praedium auferre*“ bei Gai. 3, 145 wird hierher gehören. — In welchen Formen die Vindikation eines sakralen Grundstücks bei Caelius ad Famil. 8, 12, 3 stattfindet, ist nicht zu ersehen.

⁴⁰ Erwähnt werden z. B. die *Cautio damni infecti* und *Operis novi*

dieser auch Platz bei Kontrakten, welche die Gemeinde nicht nach dem publizistischen, sondern nach privatrechtlichem Stil geschlossen hat; endlich naturgemäß dort, wo Privatpersonen gegen sie Ansprüche aus Eigentum oder Forderungsrecht geltend machen⁴¹. Freilich kann der Rechtsgrund der Forderung gegen die Gemeinde auch ein publizistischer sein, aber die Rechtsbücher schweigen davon und teilen sogar mit, daß der Anspruch der Gesandten der Gemeinde auf Ersatz ihrer Reisekosten mindestens auch im ordentlichen Prozeß geltend gemacht worden ist⁴².

Außerdem greift, soweit öffentliches Gut dem *Usus publicus* dient, das System der Popularinterdikte ein⁴³; sowie auch wegen widerrechtlicher Aneignung desselben nach Umständen populare Bußklage stattfindet⁴⁴.

Ob endlich in der Kaiserzeit wegen Ansprüchen der Gemeinde, die nach dem Ausgeführten auf den ordentlichen Rechtsweg gehören, konkurrierend mit dem Ordinarprozeß eine *Cognitio extraordinem* platzgegriffen hat, ist eine Frage, die sich, auch abgesehen von den bereits oben (zu A. 38) genannten Fällen, nicht mit Sicherheit beantworten läßt⁴⁵.

nuntiatio in D. 3, 4, 10; 39, 2, 15, 27; das interd. quod vi aut clam D. 43, 24, 5, 10 (als Passivprozeß, dabei aber wohl nur auf die Höhe der Bereicherung nach Analogie des) Interd. de vi D. 43, 16, 4; a^o familiae ercisc., finium reg., aquae pluv. arc. D. 3, 4, 9; actio confessoria D. 7, 1, 56; cf. 33, 2, 8 u. ä.

⁴¹ Demgemäß enthält das Edikt die Rubriken über aktive und passive Prozeßvertretung für die Gemeinden (Lenel, E.P. §§ 31, 33). Auf die Vertretung in solchen Prozessen sind die in den Quellen häufig erwähnten *Actores* in erster Linie zu beziehen. Über die Bestellung derselben Bethmann-Hollweg, Ziv.Proz. 2, 424 f.; sie geschieht in der klassischen Zeit von Fall zu Fall (Ulp. und Paul. D. 3, 4, 3. 4. 6, 1), die Einrichtung ständiger *Syndici* (durch Interpolation genannt in l. 6 § 1, cf. für Korporationen l. 1 § 1 tit. cit.) ist erst eine nachklassische. Eine vollmachlose Prozeßvertretung für die Gemeinde ist ausgeschlossen, wenigstens bei Aktivprozessen, Ulp. D. 3, 4, 3; daher das „per obreptionem“ bei Ulp. D. 3, 5, 7, 1, welche Stelle ursprünglich bloß von der Gemeinde sprach, da die Worte „tuum vel“ und „tibi vel“, wie Wlassak mir bemerkt, als interpoliert anzusehen sind.

⁴² Ulp. D. 3, 4, 7 pr.

⁴³ Ulp. D. 43, 8, 2, 22.

⁴⁴ Vgl. die Popularklage auf Buße wegen Verletzung der Gemeindegrenze in l. *Mamilia Roscia* c. 54, und wegen kollusiven Ankaufs von Gemeindegrundstücken, l. *Urson* c. 82.

⁴⁵ Ich halte das keineswegs für ausgeschlossen; es fällt auf, daß Callistratus in seinem Kognitionenwerk anscheinend von den Gemeindeforderungen spricht, D. 42, 1, 31 (Lenel, Pal. I p. 85 A. 1); wenn man dabei auch an Schuldner aus publizistischen Rechtsgründen denken kann (s. Text zu Anm. 35), so lautet doch sein Ausdruck ganz allgemein.

Endlich kommt den Gemeinden im Rechtsverkehr eine Anzahl von Privilegien zu Gute. Die wichtigsten sind folgende: Privilegien
der Geme-
meinde.

a) Sie genießen das Restitutionsprivileg der Minderjährigen, wahrscheinlich nach Kaiserkonstitutionen⁴⁶. Damit hängt vielleicht zusammen, daß auch die Anwendbarkeit des Sc. Macedonianum auf die von der Gemeinde gegebenen Darlehen zweifelhaft war und erst durch ein Reskript von Severus und Caracalla festgestellt wurde⁴⁷.

b) Als Gläubiger hat die Gemeinde

αα) Anspruch auf (landesübliche?) Zinsen schon *ex nudo pacto*, wahrscheinlich nach kaiserlichen Reskripten⁴⁸; gegen ihre Beamten besteht wegen Rückständen sogar ein gesetzlicher Zinsanspruch⁴⁹.

ββ) Ein *Privilegium exigendi* ist den Gemeindeforderungen schon früh durch Provinzialedikte⁵⁰, allgemein aber erst in der Zeit zwischen Trajan und den Schriften des Paulus zugesprochen worden⁵¹.

γγ) Daß für die Erfüllung von unteilbaren Vermächtnissen an die Gemeinde die Erben des Stifters nach einem Reskript der *Divi Fratres*⁵² solidarisch haften, entspricht zwar schon allgemeinen Grundsätzen, ist aber für diesen Fall näher ausgeführt worden.

δδ) Beamte, welche der Gemeinde rückständiges Geld schulden, sind von der Erlangung weiterer *Honores* ausgeschlossen; von privaten Schuldnern gilt dies nicht⁵³.

εε) Ein direktes Klagrecht gegen die Schuldner ihrer Schuldner wie der Fiskus hat die Gemeinde nicht⁵⁴, aufer vielleicht bei den *Debitores rei frumentariae*, wenn sie in demselben Geschäftszweig Forderungen gegen Dritte haben⁵⁵;

⁴⁶ M. W. zuerst erwähnt bei Sev. Alex. C.J. 11, 30, 3 und Macer D. 49, 1, 9; sodann Diocl. C.J. 2, 53, 4.

⁴⁷ Marcian. D. 14, 6, 15; dazu vgl. für die Minderjährigen Ulp. D. 14, 6, 3, 2; 4, 4, 11, 7.

⁴⁸ Paul. D. 22, 1, 30.

⁴⁹ Paul. D. 22, 1, 17, 7.

⁵⁰ Plin. Ep. 10, 109 (K.).

⁵¹ Paul. D. 42, 5, 38, 1.

⁵² Ulp. D. 32, 11, 23, 24.

⁵³ Ulp. D. 50, 4, 6, 1.

⁵⁴ Pap. D. 19, 2, 53.

⁵⁵ Ulp. D. 50, 8, 2, 3; die Stelle ist jedoch nicht ganz klar, und es kann

auch ist das Kompensationsrecht dieser Kategorie von Schuldnern versagt⁵⁶.

- 75) Ein gesetzliches Vorzugspfandrecht für Gemeindeforderungen scheint gelegentlich in Anspruch genommen zu sein, besteht aber nicht zu Recht⁵⁷.
- 77) Wegen der eigenen Schulden der Gemeinde ist die Exekution eine eigenartige; es findet nicht *Missio in bona* statt, sondern bloße Spezialpfändung nach den Regeln der *Cognitio extra ordinem*⁵⁸.
- 89) Von der Stellung einer Realkautions wegen auferlegter Fideikommiss ist die Gemeinde befreit; es genügt einfache *Repromissio*⁵⁹.

Dagegen wird die Angabe bei Ulp. D. 37, 1, 3, 4, daß die Gemeinde auch ohne besonderes Ansuchen die *Bonorum possessio* erhält, auf Interpolation beruhen⁶⁰. Und falsch ist der Satz neuerer Gelehrter, daß Gemeindebesitz der *Usucapio* entzogen und nur der *Praescriptio longi temporis* unterworfen gewesen sei⁶¹.

Andere Privilegien sind erst nachklassischen Ursprungs.

D. Die Privatkorporationen.

Kate-
gorien.

Die private Korporationsbildung ist in Rom teils von den religiösen Kultusgenossenschaften, teils von den gewerblichen Berufsverbänden ausgegangen.

a) Sodalit-
tates.

I. a) Unter den religiösen Verbänden sind zunächst die *Sodalitates* oder *Sodalicia* zu nennen¹. Das sind Verbände, welche

auch gemeint sein, daß die Drittschuldner dem Gemeindeforderungsschuldner schleunigst zu zahlen haben, um diesen solvent zu erhalten.

⁵⁶ Pap. D. 16, 2, 17 (die Stelle muß auf die Munizipalverwaltung bezogen werden, vgl. Mommsen, St.R. 2, 1, 503 A. 2).

⁵⁷ Paul. D. 20, 6, 12 pr. i. f.; dazu Dernburg, Pf.R. 2, 477 A. b.

⁵⁸ Jav. D. 3, 4, 8. Vgl. Naber, Mnemos. 22, 66 f.; Lenel, E.P.² 99.

⁵⁹ Ulp. D. 36, 3, 6, 1.

⁶⁰ Vgl. Lenel E.P.² 348.

⁶¹ So Saleilles, *Nouv. Rev. hist.* 12, 568 A. 1; Karlowa, R.G. 2, 1277, wegen der *itp.* Stelle Gai. D. 41, 3, 9. Dagegen vgl. Hermog. D. 50, 4, 1, 4: *curator usucapionibus interpellandis*; richtig Pertsch, *Praescr.* 110 A. 9. Bei Paul. D. 6, 2, 12, 2 (in *vectigalibus et aliis praediis quae usucapi non possunt*) ist nicht mit Eisele, Z. Sav.St. 13, 135 zu lesen *vectigalibus et provincialibus*, sondern *stipendariis et tributariis*; so auch Appleton, *Prop. prêt.* 1, 96. — *Longi temp. praescriptio* bei Gemeindegrund erwähnt Ulp. D. 39, 2, 15, 27; über das Verhältnis dieser Stelle zu *ibid.* § 26 vgl. Burckhard, *Caut. damni inf.* 384—390.

¹ Beides ist identisch. Irrig Köpke, Ciceros Rede f. Plancius, p. 16 f.

aus der in alter Zeit üblichen Übertragung gewisser *Sacra publica* an bestimmte Gentes entstanden sind. Ursprünglich war daher die Sodalität nichts anderes, als der Gentilverband in seiner Funktion als Träger von staatlichen Kulturen². Als jedoch später die Gentilverbände in Verfall gerieten, war es zur Erhaltung dieser Kulte notwendig, sie von Staatswegen durch Einordnung neuer Mitglieder zu ergänzen. Aus diesem Zusammenhang mit der Gens erklärt sich das gegenseitige Naheverhältnis (*officium*) unter den *Sodales*, welches sowohl in sozialer, als in juristischer Beziehung³ noch zu Ciceros Zeit deutlich erkennbar ist.

Allerdings tritt aber in der späteren republikanischen Zeit der religiöse Charakter dieser Verbindungen stark in den Hintergrund und entwickeln sich dieselben unter dem Deckmantel des Kultus zu politischen oder Geselligkeitsvereinen. Dem entsprechend geht jetzt auch ein Begriffswandel vor sich und bildet sich neben der fortbestehenden alten ehrbaren Bedeutung auch der Nebensinn einer politischen Klubgenossenschaft heraus, so daß das Wort nicht immer im guten Sinn gebraucht wird⁴.

b) *Collegia cultorum*⁵ sind Verbände, welche der Staat für ^{b) *Collegia cultorum.*}

² Näheres bei Mommsen, *De coll. et sodal.*, dem die Klarstellung dieser Tatsache zu danken ist; Marquardt-Wissowa, *Staats-Verw.* 3², 129 f. Deutlich tritt eine derartige Übertragung noch bei manchen in späterer Zeit geschaffenen Kulturen hervor, wie bei der Deifikation des Augustus (Mommsen a. O. p. 15 f.) und der Bestallung der *Sodales Antoniniani* (*Vit. Pii* c. 13; *vit. Hadr.* c. 27; *vit. Anton. Philos.* c. 15; *vit. Pertin.* c. 15; *vit. Sev. Alex.* c. 63).

³ Ausschluss gegenseitiger Kriminalanklage, *l. Acil.* l. 9, 10; *Cic. p. Cael.* 11, 26; über das soziale *Officium Cic.* in *Verr.* 1, 37, 93. 94.

⁴ Wer die verschiedenen zum Teil ominösen Nebenbedeutungen erwägt, welche dem deutschen „Bruder“ in seinen Komposita zukommen, wird das Nebeneinanderstehen der alten frommen und der sehr unheiligen politischen Bruderschaften begreifen. Der letztere Sprachgebrauch ist zu Grunde gelegt, wenn im siebenten Jahrhundert der Stadt die hauptsächlich zu Wählerklubs gewordenen *Collegia sodalicia*, welche mit der alten *Sodalitas* nur den Namen gemein haben, zu verschiedenen Malen aufgelöst wurden.

⁵ Wohl zu unterscheiden von den *Collegia sacerdotum*, d. h. den zur Pflege des Staatskultus oder bestimmter Zweige desselben im Ganzen eingesetzten Priesterkollegien. Diese letzteren, unter denen die vier „großen Kollegien“ (*Suet. Aug.* 100; *Mon. Ancyr.* 2, 16) — *Collegium Pontificum*, *augurum*, *VIIvirorum epulonum* und *XVvirorum sacris faciundis* — hervortreten, sind niemals juristische Personen geworden, sondern haben wie alle staatlichen Behörden zwar eigene Kassen, welche aber einen Teil des Staatsvermögens bilden und auch aus diesem subventioniert werden. Vgl. Dirksen, *Ziv. Abh.* 2, 114 f.; Waltzing in den *Mémoires couronnés publiés par l'Acad. de Belgique*, tome 50, 2, 433, Anm. 1 und Zitt. Darauf bezieht sich wohl

die Pflege neu eingeführter Gottheiten künstlich schafft⁶. In späterer Zeit haben sich solche Kollegien wohl auch freiwillig ge-

Fest. v. sodalis: „quidam . . . dictos esse putant, quod ex suo datis vesci soliti essent“, d. h. im Gegensatz zu den vom Staat unterstützten Tempelkollegien bestreiten die Sodalitäten ihren gemeinsamen Aufwand selbst. Aufzählung derselben in dem auch sonst sehr interessanten Artikel Collegium bei Pauly-Wissowa 1, 380—480 von Kornemann sub I, 1.

Ebensowenig wie das Tempelkollegium ist der Tempel oder die Gottheit selbst Privatrechtssubjekt, vielmehr ist auch das Eigentum der Gottheit in Wahrheit Staats- resp. nach Umständen Gemeindeeigentum (letzteres z. B. in C.J.L. 10, 787, dazu die Anm. von Mommsen). Das sagt überaus bestimmt Frontin 56, 20: *lucos sacros . . . quorum solum indubitate p(opuli) R(omani) est*; vgl. Dionys 3, 29, 6; Plut. quaest. Rom. 88 u. a.; wie hinter der Gottheit das Volk steht, zeigt die lykische Dedikationstafel (C.J.L. 1, 589 [v. J. 673 a. u. ?]): *Jovei Capitolino et poplo Romano*. Darum wird im Fall dringender Not das Göttergut für Staatszwecke verwandt (Dirksen l. c. 114 f.), und Verres stellt die Sklaven der eryzischen Venus in den öffentlichen Dienst, Cic. Verr. 4, 46, 104; 5, 54, 141. Allerdings aber greifen bei den zum Kultzweck gewidmeten Sachen die religiösen Grundsätze der Sakralität ein, welche dieselben von profanen unterscheiden und unter verstärktem Schutz stellen; auch ist für die Gottheit der Erwerb nach den besonderen Grundsätzen des *Ius sacrum* durch Votum, Konsekration und Judikation möglich, worüber das Nähere ins Sakral- und Strafrecht gehört (vgl. Mommsen St. R. 2³, 1, 60 f.; Strafr. 760 f., 810 f.; Pernice, Abh. d. Berl. Akad. 1885 p. 1143 f.). Dementsprechend kann die Gottheit zwar als nominelles Subjekt im Rechtsverkehr auftreten und wird hierbei durch die Priesterschaft vertreten, aber hinter ihr steht als eigentliches Rechtssubjekt der Staat, und es ist nicht anders, als wenn für ein staatliches Ressort kontrahiert würde. Übrigens ist, weil der, wenn auch in letzter Linie dem Staat gehörige, Tempelerwerb doch faktisch eine Festlegung des Besitzes in der toten Hand bedeuten würde, der Erwerb durch Konsekration an staatliche Zustimmung gebunden (Gai. 2, 5; Cic. de domo 49, 127; Fest. v. sacer mons) und auch die Erbfähigkeit den Gottheiten nur privilegierisch gestattet (Ulp. 22, 6).

Inwieweit die peregrinischen (nicht in den römischen Götterkreis rezipierten) Gottheiten juristische Personen sind, ist nicht allgemein auszumachen; im Ganzen gilt auch in den griechischen Staaten, die hier hauptsächlich in Betracht kommen, die Regel, daß das Göttergut Staatsgut ist. (Irreführend und ungenau Voigt, R.G. 2, 329.) Doch mögen einzelne Kultstätten internationalen Charakters die Personenqualität gewohnheitsrechtlich oder durch internationale Verträge erlangt haben; natürlich ist dies aber nicht schon daraus zu erschließen, wenn einmal irgendwo der Tempel als nomineller Kontrahent erscheint. Insbesondere über die ägyptischen Tempel, für welche sehr reiches Material vorliegt, vgl. Otto, Priester und Tempel im römischen Aegypten 1 (1905), bes. 258 f.; die Oberaufsicht des Staats ist auch hier unzweifelhaft (Otto 53 ff.); inwiefern daneben der Tempelfonds als juristische Person gilt, kann hier nicht untersucht werden.

⁶ Der älteste nachweisbare Fall ist das Collegium mercatorum, gegründet bei der Errichtung des Merkurtempels, nach der Tradition im Jahre 495 n. C.

bildet, insbesondere mag in der Anerkennung neuer Kulte durch den Staat die Erlaubnis zur Bildung der entsprechenden Kollegien erblickt worden sein⁷; in dieser Zeit haben auch solche Kollegien vielfach andere Zwecke mitverfolgt.

c) Unter den Berufsgenossenschaften werden als die ältesten die Handwerkerkollegien genannt, welche zum Teil sogar auf die Urzeit (Numa) zurückgeführt werden. Wenn man ihr Alter auch nicht so hoch ansetzen mag, so müssen sie doch ziemlich weit zurückreichen, und es entspringen diese Organisationen wohl dem auch sonst im Altertum nachweisbaren Bestreben der städtischen Bevölkerung, sich in Abteilungen zu gliedern⁸. Wenn uns auch der ursprüngliche Zweck dieser Kollegien, da von bestimmten Rechten der Innung nirgends die Rede ist, nicht mehr klar wird, so ist doch sicher, daß auch bei ihnen ein religiöser Zweck im Spiele steht, da sie ihren Schutzzott besitzen, und es ist sehr wahrscheinlich, daß sie von diesem Kult her sich als Kollegien bezeichnen⁹.

e) Berufs-
kollegien.

In späterer Zeit zeigt sich neben diesem religiösen auch der Zweck der Vergeselligung und gegenseitigen Unterstützung¹⁰, insbesondere im Sterbefalle, so daß diese Vereine fast alle auch als Sterbekassen gelten können. Doch kommen daneben auch andere Zwecke vor, insbesondere bei Militärvereinen¹¹ und den schon aus der republikanischen Zeit stammenden Dekurien der Subalternbeamten¹².

Indem so sowohl bei den Kultvereinen (b) wie bei den Berufs-

⁷ Vgl. Mommsen, Ztsch. d. Sav. St. 25, 47.

⁸ In dem jüdischen Philadelphia finden sich Phylen τῶν ἐπιουργῶν und τῶν σκωτέων (C.J.L. 3422, Le Bas 648) und in Thyatira (Lydien) sind Kollegien der κερμαεῖς, χαλκεῖς, βυρσεῖς, λανάριοι, λιουργοί, ματεύομενοι und βαφεῖς nachgewiesen, welche erbliche Vorsteher hatten und gleichfalls, wengleich unsicher, auf Phylen gedeutet worden sind. Vgl. Clerc, de reb. Thyat. p. 91 f. und im Ganzen die schöne Darstellung von Szanto, Ausgewählte Abhandl. (1906) 216 f.

⁹ Collegium (von legare, vgl. delegare) bezeichnet eigentlich die gemeinsam Beauftragten; es ist vielleicht zuerst auf die Collegia sacerdotum angewendet worden, deren Mitglieder gemeinsam mit dem Kultus einer Gottheit betraut waren, konnte aber von hier leicht auf alle Verbindungen übergehen, die sich die Verehrung eines Schutzgotts zum gemeinsamen Ziel nahmen.

¹⁰ Waltzing 1, 161—333.

¹¹ Genauerem Einblick in die Zwecke der Militärkollegien gibt die Inschrift von Lambaesis v. J. 203 p. C., C.J.L. 8, 2557 (= Bruns Fo⁶ p. 354), interpretiert bei Liebenam, Vereinswesen, 306 f.

¹² Über diese Mommsen St.R. 1³, 340 f.; Waltzing 1, 54, 55; Kornemann 401.

genossenschaften (c) gleichmäÙig der praktische Zweck in den Vordergrund tritt, ist in der Kaiserzeit zwischen diesen ein Unterschied kaum zu finden. Beide nennen sich gleichmäÙig Kollegien, und nur insofern ist an dem Namen ein Unterschied zu erkennen, als die ersteren sich nach einer Gottheit, die letzteren nach ihrem Beruf benennen.

Termino-
logie.

II. Nach dem unter a—c Ausgeführten treten uns in der Terminologie der Vereine die Ausdrücke Sodalitas oder Sodalicum und Collegium, auÙerdem noch die Begriffe Corpus und Societas entgegen. Hierbei ist Collegium der gewöhnlichste Terminus für den Verein schlechthin, wobei es keinen Unterschied macht, ob er juristische Person ist oder nicht, während Corpus, wenigstens mitunter¹³, gerade den eine juristische Person darstellenden Verein bezeichnet. Sodalicum scheint besonders gebraucht zu werden für Vereine, welche nicht Berufsgenossenschaften sind¹⁴. Societas endlich ist eine allgemeine Bezeichnung, welche auf alle Vereine paÙt¹⁵; allerdings ist es in den Digesten mehrfach interpoliert¹⁶.

Ent-
stehung
der Privat-
korpora-
tionen.

III. Was die Lehre von der Entstehung der Privatkorporationen anbetrifft, so müssen natürlich zwei Fragen wohl auseinandergehalten werden: nämlich einerseits, inwiefern vom Standpunkt des Verwaltungsrechts der ZusammenschluÙ zu korporativen Organisationen gestattet war, und andererseits die Frage, inwiefern solchen Organisationen die Eigenschaft von selbständigen Rechtssubjekten zukam.

Republika-
nische Zeit.

A. Über den ersteren Punkt geben die Quellen für die ältere Zeit keine direkte Auskunft. Sie sagen nichts darüber, ob die Vereinsbildung freigegeben gewesen ist oder einer staatlichen Ge-

¹³ Mindestens bei Livius und Gaius ist corpus der technische Ausdruck für die juristische Persönlichkeit, Gaius D. 3, 4, 1, 1: corpus habere collegii; Livius 26, 16: corpus nullum civitatis. Anders Cohn, Zum röm. Vereinsrecht 4f. (dasselbst auch Literaturangaben und Ausführungen über den gleichfalls hierhergehörigen Ausdruck Universitas). Bei den späten Klassikern findet sich allerdings öfter die Verbindung „collegium vel corpus“ (Belege im Vocab. Jurisp. 1, 803 sub 5), aber das ist wohl erst die Folge davon, daÙ damals alle erlaubten Kollegien juristische Personen geworden waren (S. 402).

¹⁴ Es entspricht der griechischen *εταρεία*; vgl. Gai. D. 47, 22, 4. Die Richtung auf die bloÙe Geselligkeit tritt hervor in der Etymologie bei Festus v. Sodales: Sodales quidam dictos esse putant, quod una sederent essentque. Die Definition des Gai. l. c.: „sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt“, ist offenbar völlig willkürlich.

¹⁵ Varro, De ling. lat. 8, 83 will mit dem Ausdruck societatum (et fanorum servi offenbar alle Kollegien zusammenfassen).

¹⁶ S. unten A. 25.

nehmung unterlag. Wenn gewöhnlich das erstere deswegen als Zwölftafelrecht behauptet wird, weil Gai D. 47, 22, 4 sagt: *sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt . . . his autem potestatem facit lex, pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant*, so bezieht sich dieser Ausspruch sicher nicht auf die Freiheit, Vereine nach Belieben zu bilden, sondern setzt bestehende Kollegien (*hi, qui eiusdem collegii sunt*) voraus und anerkennt nur die Berechtigung zur Errichtung von Statuten¹⁷. Aus dieser Unzulänglichkeit der Zeugnisse folgt freilich noch nicht, daß nicht doch freie Vereinsbildung vom Gesetz irgendwo ausdrücklich anerkannt oder wenigstens stillschweigend als zulässig vorausgesetzt worden ist¹⁸. In der Tat ist dies sogar das wahrscheinlichere; da die Tradition, wonach die Zünfte in der Königszeit von der Staatsgewalt gestiftet worden sein sollen, durchaus als willkürliche Erfindung zu betrachten ist¹⁹, steht nichts der an sich nabeliegenden Auffassung entgegen²⁰, daß wenigstens die Berufsgenossenschaften in Rom wie im Mittelalter durch das Bestreben der Assoziation ohne staatliche Mitwirkung zusammengeführt worden sind.

Doch hat unzweifelhaft die Vereinsbildung der republikanischen Zeit namentlich in unruhigen Zeiten zu großen Mißständen geführt und darum sind wiederholt Auflösungen der Korporationen in großem Umfang vorgekommen²¹.

Vom Ausgang der Republik an wurde die Vereinsgründung Kaiserzeit. streng von staatlicher Genehmigung abhängig. Das Grundgesetz hierfür ist eine l. Julia²² von Augustus. Daß noch spätere Gesetze

¹⁷ Noch deutlicher wird dies durch die von Gaius zitierte Parallelstelle aus der Solonischen Gesetzgebung. Hier heißt es, „wenn eine Gemeinde oder eine Phratie u. dgl. . . ., etwas festsetzt, soll es giltig sein“.

¹⁸ Aus dem Ausspruch Suet. Aug. 23: „*collegia praeter antiqua et legitima dissolvit*“ läßt sich nicht schließen, daß es zur Zeit des Augustus eine Kategorie von Vereinen gab, die durch die ältere Gesetzgebung besonders konzessioniert war. Diese Schlußfolgerung ist bei der Vieldeutigkeit des Wortes *legitima* (oben S. 37) ganz unzulässig. Namentlich ein Schriftsteller wie Sueton kann ganz wohl die Vereine, die Augustus fortbestehen liefs, eben deswegen als „regelmäßig“ (im laienhaftesten Sinn) angesehen haben.

¹⁹ Jetzt zutreffend nachgewiesen von Liebenam 9 und Waltzing 1, 69 ff.; vgl. auch Kornemann 403 f.

²⁰ Was Cohn, Vereinsrecht 21 ff. gegen die hier adoptierte Lehre ausführt, ist durchaus belanglos, insbesondere seine Beweisführung aus der l. Clodia vom Jahre 696 (S. 50).

²¹ Über das Einzelne, das mehr politisches als juristisches Interesse hat, s. die bei Kornemann a. O. 403 ff. verzeichnete Literatur.

²² Genannt nur in C.J.L. 6. 2193; cf. Suet. Aug. 32. Ihr Alter wird mit-

in dieser Richtung erflossen sind, ist nicht wahrscheinlich, obwohl Gaius das Vereinsverbot auf *leges* zurückführt²³. Übrigens gilt das julische Gesetz nur für die Stadt Rom; für die Provinzen ist der wesentliche Inhalt desselben durch kaiserliche Mandate wiederholt worden, und in Italien ist wahrscheinlich durch Senatsbeschlüsse dasselbe geschehen²⁴. Leider ist der Inhalt des julischen Gesetzes nirgends genau überliefert, und die Darstellung der späteren Juristen auf diesem Gebiet ist meist ein ziemlich unklarer Extrakt aus der zu ihrer Zeit vorhandenen Masse von *Senatuskonsulten* und *Konstitutionen*. Zudem ist es so gut wie gewiß, daß die klassischen Erläuterungen mehrfach im Sinne der *justinianischen* Zeit eine Überarbeitung erfahren haben²⁵.

Das Recht zur *Konzessionierung* von Vereinen stand in Rom, Italien und den *Senatsprovinzen* dem Senat zu, in den *kaiserlichen Provinzen* dem Kaiser; doch hat nachweislich der Kaiser in einzelnen Fällen auch für *Senatsprovinzen* die *Konzession* erteilt oder doch daran mitgewirkt²⁶. Auf erstere *Konzessionsart* bezieht sich

unter in das Jahr 7 a. C. gesetzt, weil das *Collegium fabrorum tignariorum* seine Aera von da ab datiert (C.J.L. 6, 10 299). Über ältere Maßregeln *Caesars* (Suet. Caes. 42) und das Detail vgl. *Waltzing* 1, 112 f.; 114 f.; *Kornemann* 407 u. Zitt.

²³ D. 3, 4, 1 pr. Bei diesem Plural können der *l. Julia* ältere Gesetze, wie die *l. Licinia* von 699, zugezählt sein.

²⁴ *Waltzing* 1, 123 ff. Die betreffenden Bestimmungen sind nicht überliefert, aber aus der bei *Plin. ad Traj.* 33. 34. 96 (K.) und den *Inschriften* ersichtlichen Praxis zu entnehmen.

²⁵ Im *Digestentitel* über die *Prozessführung* der *Korporationen* ist schon die einleitende Stelle des *Gaius* (D. 3, 4, 1 pr.) sicher nicht unversehrt: *Neque societas, neque collegium, neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur, kann Gaius nicht gesagt haben; conceditur* müßte im Original den *Accusativus cum inf.* regieren (die Lesung *haberi conceditur* — *Waltzing* 2, 445 — ist um nichts besser). Es ist eine sehr wahrscheinliche Vermutung von *Cohn* 176 ff. (*Literatur* dazu bei *Kornemann* 399), daß statt *societas* im *gaisianischen* Original *sodalitium* (als *Akkusativ* gedacht) gestanden haben wird und die *Kompilatoren*, da der *neutrale Akkusativ* dem *Nominativ* gleich ist, *societas* im *mißverstandenen Nominativ* eingesetzt haben, um das zu ihrer Zeit weniger geläufige *sodalitium* durch das bekanntere *societas* zu ersetzen. Mit dem so *purifizierten Gaius* verträgt sich aufs beste der Bericht des *Marcian*, D. 47, 22, 1 pr., wonach *mandatis principalibus praecipitur praesidibus provinciarum, ne patiantur esse collegia sodalicia*. — Auch in D. 3, 4, 1, 1 wird statt „*corpus habere collegii societatis*“ ursprünglich gestanden haben „*corpus habere collegii sodalicii*“.

²⁶ *Mommsen*, St.R. 2, 860, A. 3; 887, A. 3, vgl. 3, 1235; vgl. auch *Waltzing* 1, 125 f.; *Kornemann* 408—9. Wichtig besonders C.J.L. 6. 2193:

die Titulatur „quibus ex S.C. c[oi]re licet“. Wenn diese bei vielen Kollegien fehlt, darf daraus nicht geschlossen werden, daß ungenehmigte Vereine faktisch geduldet worden sind; vielmehr sind solche schon nach genereller Bestimmung als nicht existierend zu behandeln, und es ist danach die Auflösung derselben im administrativen Weg in Vollzug zu setzen²⁷. Es muß darum die Tatsache, daß viele unangefochtene Vereine auf jene Titulatur verzichten, aus der Wertlosigkeit solcher Titel erklärt werden.

Im übrigen lehren die Inschriften, daß die kompetenten Behörden mit der Erteilung der Autorisation nicht allzu ängstlich vorgingen, denn die Zahl der überlieferten Korporationsinschriften ist eine sehr beträchtliche²⁸. Auffallend hat man demgegenüber die Mitteilung des Gaius D. 3, 4, 1 pr. gefunden²⁹: „paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora“; diese Schwierigkeit war jedoch eine selbstgeschaffene, da man hierbei das Wort „corpus“ auf die Anerkennung im Sinn der lex Julia de collegiis bezog, während es in Wahrheit auf die davon durchaus zu trennende Frage der Rechtsfähigkeit geht (S. 401).

Allerdings aber blieb das Verbot der freien Vereinsbildung kein ausnahmsloses. Abgesehen davon, daß schon das julische Gesetz eine Anzahl der zu seiner Zeit vorfindlichen Kollegien sofort hat bestehen lassen, welche Sueton Octav. 32 als „antiqua et legitima“ bezeichnet und worunter wohl die Priesterkollegien, die alten („numanischen“) Zünfte und die Beamtendekurien zu verstehen sind, wurden ferner kraft eines Senatschlusses, wovon uns ein Fragment erhalten ist³⁰, die Collegia tenuiorum generell ge-

Collegio symphonicorum, quibus senatus c(oi)re c(onvocari) c(ogi) permisit e lege Julia ex auctoritate . . . Aug(usti) ludorum causa.

²⁷ Marcian, D. 47, 22, 3 pr.

²⁸ Die Strenge, die Trajan in Nikomedia und Amisus an den Tag legte (Plin. ep. 10. 33. 34. 93 [Keil]), muß danach in exceptionellen Verhältnissen ihren Grund gehabt haben. Solche scheinen im Orient freilich öfter bestanden zu haben. Vgl. für Alexandria Philo in Flacc. 1, 1: τὰς δὲ εταιρείας καὶ συνέδους, αἰατέι ἐπι προφάσει θυσῶν εἰσιῶντο τοῖς πράγμασιν ἐμπαροινούσαι, διέλυε τοῖς ἀφηνιάζουσιν ἐμβριθῶς καὶ εὐτόνως προσφερόμενος.

²⁹ Nur Waltzing a. O. 128 f. findet in der Gaiusstelle keine Schwierigkeiten, indem er meint, daß nur der Vereinskategorien wenige gewesen seien (paucis in causis), daß aber diese Kategorien durch zahlreiche Vereine repräsentiert waren.

³⁰ Dasselbe ist in einer Inschrift des Lanuvinschen Collegium funeraticium (C.J.L. 14, 2112 = Bruns Fo.⁶ 345) eingeflochten (lin. 10 f.). Der Senatsbeschluss fällt zwischen Augustus und Hadrian; Waltzing 1, 148. (Anders und willkürlich Voigt RG. 2, 318.)

stattet, welche sich ihrem Hauptzweck nach etwa als Begräbniskassen bezeichnen lassen^{31 32}. Bezüglich besonderer und zweifelhafter Punkte ist auf die Spezialliteratur zu verweisen³³.

Rechts-
fähigkeit.

B. Bezüglich der Rechtsfähigkeit der Vereine sind zwei Perioden zu unterscheiden³⁴, wobei wir jedoch über die Art, in welcher der Übergang von der älteren zur jüngeren sich vollzogen hat, nur indirekte Zeugnisse haben.

Ältere Zeit.

In der ersten Periode ist den Vereinen die Qualität als selbständige Rechtssubjekte noch nicht zugekommen. Es führt hierauf vor allem die Erwägung der prozessualen Möglichkeiten: in der Zeit des Legisaktionenprozesses wäre nach dem Grundsatz, daß „nemo alieno nomine lege agere potest“, es unmöglich gewesen, einem Verein mit selbständiger Rechtspersönlichkeit Rechtsschutz zu gewähren, da der Vereinsvorstand nicht als Stellvertreter desselben eine Legis actio vollziehen konnte — und es würde auch nichts nützen, den gewiß schon zur Legisaktionszeit zulässigen (oben § 3) prätorischen Rechtsschutz zur Aushilfe heranzuziehen: denn ein Rechtssubjekt, welches grundsätzlich nur vom prätorischen Rechtsschutz lebt, hätte die damalige Rechtstheorie gewiß nicht anerkannt. Unzweifelhaft ist daher in der Zeit des vorherrschenden Legisaktionenprozesses das Eigentum des Vereinsvermögens den einzelnen Mitgliedern als Socii zugeschrieben worden, mit andern Worten, die Vereine lebten damals als Sozietäten oder „nicht rechtsfähige Vereine“³⁵. Im Verhältnis der Mitglieder

³¹ Marcian, D. 47, 22, 1 pr § 1. Das daselbst in § 2 erwähnte Reskript der Divi fratres („non licet autem amplius quam unum collegium licitum habere“) bezieht sich offenbar auf den Beitritt zu diesen generell konzessionierten Vereinen. Auch die Erteilung der Immunität an die Mitglieder der Handwerkerkollegien und die damit zusammenhängende Ausschließung gewisser Personen von der Aufnahme (D. 50, 6, 6, 12) setzt generelle Konzession voraus.

³² Unrichtig war die früher oft aufgestellte Behauptung, daß auch religiöse Vereine schlechthin erlaubt waren. Sie stützte sich auf mißverständliche Auslegung von Marcian, D. 47, 22, 1, 1; dagegen Waltzing I, 152.

³³ Kornemann a. O. 408 f. und Citt.

³⁴ Auch hier hat Mommsens Abhandlung de collegiis (bes. p. 117 f.) insbesondere für die ältere Zeit im Wesentlichen die richtigen Bahnen eröffnet.

³⁵ Dem steht es nicht entgegen, wenn das Sc. de Bacchanal. (a^o 568 a. u.) lin. 11 sagt: „Neve pecuniam quisquam eorum comoinem h[ab]uisse ve[re]t[ur]“; denn die Anlegung von Sammelkassen beweist natürlich noch nicht, daß diese als selbständige Vermögen gelten. Ebenso wenig hat es zu sagen, daß die Freigelassenen der Kollegien sich nicht nach den Mitgliedern benennen (Varro de l. l. 8, 83: „habent (nomina ab oppidis) plerique libertini a municipio manumissi, in quo, ut societatum et fanorum servi, non servarunt pro portione [l. proportionis] rationem“).

untereinander allerdings mag die Teilungsklage, solange der Verein sich nicht auflöste, ausgeschlossen gewesen sein³⁶, so daß in dieser Richtung der sozietätsmäßige Charakter des Verhältnisses erst nach Aufhebung des Verbandes hervortrat.

Mit der Anerkennung einer, wenngleich nur indirekten, prozessualen Vertretung, welche die Ausbreitung des Formularprozesses mit sich brachte, war jenes wesentlichste Hindernis für die Annahme einer Vereinspersönlichkeit entfallen. Über die Entwicklung im Einzelnen besteht derzeit noch manches Mißverständnis.

Man nimmt in der Regel an, daß mit der lex Julia die Rechtsfähigkeit der Vereine sofort oder doch sehr bald von selbst gegeben schien, indem die in Gemäßheit des Gesetzes erteilten Konzessionen gleichzeitig als Verleihung der erforderlichen Vermögensfähigkeit gedeutet wurden³⁷, eine Auffassung, für die man insbesondere den Ausspruch des Gaius in D. 3, 4, 1, 1, „quibus autem permissum est corpus habere collegii . . ., proprium est ad exemplum rei publicae res habere communes, arcam communem et actorem sqq.“, geltend gemacht hat.

Spätere
Zeit.

Es ist jedoch vom Standpunkt jener Lehre aus schon eines auffallend. Vom Kaiser Markus wird uns berichtet, er — oder vielleicht richtiger der unter seiner Regierung zustande gekommene sofort zu erwähnende Senatsbeschluss — habe allen erlaubten Kollegien das Recht zur Sklavenfreilassung gegeben³⁸; ebenso wird ein Senatsbeschluss aus seiner Zeit genannt, welcher Legate an die Kollegien erlaubte³⁹. Wir wissen nicht, ob beide Bestimmungen

³⁶ Wer Hypothesen nachgehen will, kann die frühe Anerkennung des dinglich wirkenden Teilungsverzichts (S. 113) damit in Zusammenhang bringen, daß dieser Begriff für die Vereine unentbehrlich war.

³⁷ Puchta, Inst. 2 § 191 sub 4); Savigny, Syst. 2, 259; Pernice, Lab. 1, 306; Gierke, Genoss.R. 3, 82, 97; Voigt, R.G. 2, 326; Girard, Man. 4 235; Waltzing 2, 445 u. v. a.

³⁸ Ulp. D. 40, 3, 1.

³⁹ Paul. D. 34, 5, 20: „cum senatus temporibus divi Marci permisit, collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori cui licet coire legatum sit, debeat.“ Die aus früherer Zeit bezeugten Vermächtnisse (Orelli 4412 a° 107 p. C. und C.J.L. 6, 978 aus der hadrianischen Zeit) bezieht Mommsen Z. Sav.St. 25, 49—50 auf Vereine, denen die Rechtsfähigkeit privilegierisch verliehen war, vgl. unten A. 41; ich möchte sie eher auf Fideikommiss (so auch Waltzing 2, 464) deuten. Diesen stand bis auf Hadrian der Mangel der Rechtsfähigkeit nicht entgegen, da sie auch an Personae incertae verliehen werden konnten (Gai. 2, 287). Natürlich waren die Fideikommissberechtigten dann immer nur die Mitglieder als Einzelpersonen, da ja der Verein kein Rechtssubjekt war. Nach letzterem Gesichtspunkt werden auch die Sammel-

in unmittelbarem Zusammenhang standen und etwa eine vollständige Regelung für die Rechtsfähigkeit der Vereine bezweckt war; jedenfalls aber erregt es Bedenken, daß zwei so wichtige Attribute des Persönlichkeitsrechts wie Sklavenfreilassung und Legatsfähigkeit den Vereinen bis dahin gefehlt haben sollten, wenn sie schon seit fast zwei Jahrhunderten eine mit Sicherheit anerkannte Rechtsfähigkeit besaßen. Es ist freilich richtig, daß die Sklavenfreilassung aus der Personenqualität nicht sofort folgte, weil wenigstens die zivile Freilassung durch Stellvertreter nicht vollzogen werden kann (S. 211)⁴⁰; aber es wäre, wenn die Vereine wirklich von der Staatsgewalt als Personen anerkannt wurden, doch auffallend, daß dieses Bedürfnis erst so spät Berücksichtigung gefunden hätte. Und das Fehlen der Vermächtnisfähigkeit läßt sich, wenn die Vereine sonst als Personen anerkannt waren, höchstens aus dem Gesichtspunkt begreifen, daß an den Vereinen oft auch Nichtbürger und Sklaven als Mitglieder teilgenommen haben, daher ihre zivile Natur zweifelhaft sein konnte.

Mit dem zuletzt Gesagten ist soviel zugegeben, daß die Bestimmungen des Kaisers Markus die herrschende Lehre nicht schlechthin ausschließen. Eine gewisse Schwierigkeit bleibt aber auf alle Fälle übrig. Dazu kommt aber noch, daß es immerhin gewagt ist, aus der Konzessionierung der Vereine sofort auf Anerkennung der juristischen Persönlichkeit zu schließen. Die herrschende Lehre ist also keineswegs ohne Bedenken⁴¹.

Wenn es nun andererseits sicher ist, daß das Edikt die prozessuale Parteifähigkeit von Vereinen kennt, so gibt es doch einen Weg, dies mit den eben erwähnten Bedenken in Einklang zu bringen, nämlich die Annahme, daß der Prätor nur solche Vereine als Prozeszparteien anerkannte, welche die Rechtsfähigkeit als Privileg erhalten hatten. Dabei ist dann die Bemerkung des Gaius in der oben erwähnten Stelle (S. 399) dahin zu verstehen, daß er mit „quibus permissum est, corpus habere collegii“ eben die Rechtsfähigkeit meint.

kassen zu beurteilen sein, die nachweislich schon vor Marc Aurel vorkamen (z. B. Flav. Joseph, Ant. Jud. 14, 18, 8); vgl. A. 35. Dem entspricht auch die Ausdrucksweise in C.J.L. 6, 1947; 10, 444. 1579 u. a.

⁴⁰ Es ist charakteristisch für das geringe Maß von Klarheit, mit der diese Fragen in neuerer Zeit oft behandelt worden sind, daß Pernice (Lab. 1, 307) hier von einem „theoretisch ganz unerklärlichen Manumissionsverbot“ spricht.

⁴¹ Vgl. auch Mommsen, Z. Sav.St. 25, 49.

Ich halte diese Auffassung der Gaiusworte nicht blofs für die richtige, sondern ich meine, dafs noch weiter gegangen werden kann. Es läfst sich nämlich die Frage aufwerfen, ob nicht schon der Eingang der Stelle bei richtiger Auslegung ausdrücklich besagt, dafs nicht jeder Verein rechtsfähig ist.

Die herrschende Ansicht fafst offenbar die Worte des gajanischen Prooemium: „neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur“ dahin auf: „Weder einen Verein noch ein Kollegium, noch eine derartige Organisation darf jeder errichten“, sie nimmt also das Wort Corpus im Sinne der polizeilich gestatteten Organisation. Dafs ihr mit dieser Unterstellung kein Unrecht geschieht, beweisen Sätze wie der, „dafs (den Römern jener Zeit) die Erteilung des Corpus an einen gewillkürten Verein regelmäfsig zugleich als Erteilung der juristischen Persönlichkeit erscheine⁴²“; oder der, dafs sich „aufser der rein polizeilichen Konfirmation eines Vereins nirgends auch nur die Andeutung des anderen Satzes findet, dafs dem Collegium licitum noch erst die juristische Persönlichkeit verliehen werden müsse⁴³“.

In Wahrheit aber mufs Corpus habere hier etwas anderes bedeuten, als die Konzession ex lege Julia. Denn dafs diese erforderlich ist, liegt ja schon in den Worten „neque societas neque collegium“. Die Auffassung der herrschenden Lehre wäre also nur dann haltbar, wenn dastände: „neque aliud ullum huiusmodi corpus“.

Will man daher dem Gaius nicht eine vollständige Tautologie unterschieben, so kann das Wort Corpus hier nur eben die Rechtsfähigkeit bedeuten. Das gesuchte Zeugnis für die Verleihung der Rechtsfähigkeit liegt also gerade in der Stelle, wo man es vermifst, ganz deutlich vor; Gaius sagt einfach: „Weder (nach der polizeilichen Seite) darf jeder einen Verein errichten, noch darf jeder für den (selbst polizeilich gestatteten) Verein (deshalb schon) Rechtsfähigkeit in Anspruch nehmen.“ Das weitere heifst dann: „Die Sache (gemeint ist zunächst die polizeiliche Frage) ist nämlich durch Gesetze und Senatuskonsulte geregelt. In sehr wenig Fällen ist (insbesondere) die Rechtsfähigkeit anerkannt.“

Demnach glaube ich, dafs zur Zeit des Gaius die verwaltungsrechtliche Gestattung des Vereins von der Erteilung der Persönlichkeit ganz scharf unterschieden wird⁴⁴.

⁴² Gierke, Genossenschaftsrecht 3, 97.

⁴³ Unger, Krit. Übersicht 6, 150.

⁴⁴ Man könnte übrigens die im Text S. 400 gezogene Schlussfolgerung Binding, Handbuch I. 6: Mitteis, Röm. Privatrecht I. 26

In der Zeit nach Markus dürfte dies wesentlich anders geworden sein. Obwohl wir, wie bereits gesagt (S. 399 f.), nicht wissen, ob die Bestimmungen jener Zeit die Rechtsfähigkeit der Kollegien allgemein regelten oder nur in besonderen Beziehungen anerkannten, ist doch soviel sicher, daß jetzt für alle Vereine „quibus coire licet“, d. h. für alle vom Senat u. s. f. erlaubten, die Legatsfähigkeit und Freilassungsfähigkeit anerkannt ist. Darin aber liegt implicite die Anerkennung der Rechtsfähigkeit selbst dann, wenn weiter nichts gesagt gewesen sein sollte; folglich mußte selbst eine solche teilweise Anerkennung die entscheidende Konsequenz nach sich ziehen, daß von jetzt an allen Corpora licita auch ohne weitere Verleihung die Personenqualität zugeschrieben wurde. Freilich bringt noch jetzt die Unzulässigkeit der Vertretung in zivilen Akten manche Beschränkung mit sich; indessen da das bonitarische Eigentum durch Vertreter erworben und übertragen werden kann, und die Fähigkeit zur Freilassung⁴⁵, zum Patronatsrecht⁴⁶ und zur patronatischen Erbschaft⁴⁷ jetzt sicher festgestellt war, konnte von nun an die Personenqualität nicht mehr bestritten werden⁴⁸. Insbesondere muß auch der Satz, daß Forderungen und Schulden der juristischen Personen nicht solche der Mitglieder sind, jetzt ohne weiteres anerkannt worden sein.

Die Rechtsfähigkeit der Kollegien gleicht auf dieser ihrer letzten Stufe annähernd jener der Gemeinden. Im übrigen werden sie bei Rechtsgeschäften durch ihre Aktorens vertreten, wobei wohl die beim Munizipalrecht entwickelten Regeln (S. 382) gegolten haben werden; nur muß alles dasjenige entfallen sein, was bei den Gemeinden ein Privilegium ihrer publizistischen Natur ist (oben S. 380). Eine Vertretung durch die Vereinsversammlung selbst wird

bestreiten, welche dahin geht, daß, weil damals nicht alle Vereine rechtsfähig waren, das prätorische Edikt über die Prozesse der Korporationen auf die privilegialisch mit dem Corpus ausgestatteten zu beziehen sei. Es ließe sich nämlich sagen, der Prätor könne die Vereine trotz mangelnder Rechtsfähigkeit doch als Prozeßsubjekte anerkannt haben, ähnlich, wie heute die deutsche Zivilprozeßordnung in § 50 es für Passivprozesse tut. Für sehr glaubwürdig würde ich diesen Einfall jedoch nicht halten.

⁴⁵ Über die Namen dieser Freigelassenen Waltzing 1, 455.

⁴⁶ Vgl. Ulp. D. 2, 4, 10, 4.

⁴⁷ Ulp. D. 37, 1, 3, 4; 40, 3, 2. Nach anderen Personen können die Vereine weder Hereditas noch Bonorum possessio erwerben; in dem Fall bei Ulp. D. 36, 1, 1, 15 ist offenbar Privilegium vorausgesetzt, so wohl auch in C.J.L. 5, 4122; 10, 3483.

⁴⁸ Ausgesprochen von Ulp. D. 3, 4, 7, 1.

wohl erwähnt; doch ist dies zumeist sicher nur Phrase⁴⁹. Die Vollstreckung gegen die Kollegien dürfte in der gleichen Weise stattgefunden haben, wie gegen Privatpersonen⁵⁰; doch wissen wir darüber nichts Näheres.

Ob der Grundsatz von der Deliktsunfähigkeit der Gemeinden auch für die Privatkollegien gegolten hat, ist nicht unzweifelhaft; es ist nicht unmöglich, daß sie für Delikte ihrer Vertreter haftbar gemacht worden sind⁵¹.

IV. Anhangsweise sind noch die Publikanensozietäten⁵² (*socii vectigalium publicorum*)⁵³ zu erwähnen, welche mit der Korporations-

*Societates
publi-
canorum.*

⁴⁹ Inschriftliche, sicher nicht ernst zu nehmende, Beispiele s. oben S. 380 A. 15; außerdem noch C.J.L. 10, 1746. Bei Ulp. D. 36, 1, 1, 15 scheint allerdings ein Beschluss auf Restitution eines Universalfideikommisses anerkannt.

⁵⁰ Vgl. Gai. D. 3, 4, 1, 2; die bei den Gemeinden der gewöhnlichen *Missio* in bona entgegenstehenden Rücksichten greifen hier nicht Platz.

⁵¹ Allerdings ist, da die Haftung der Korporation nach dem Edikt *quod metus causa* (D. 4, 2, 9, 3) auf dessen Erstreckung gegen den unschuldigen Erwerber beruhen kann (oben S. 341 A. 6), in den Rechtsquellen ein Beispiel hierfür nicht erhalten. Denn C.Th. 14, 3, 16; 14, 8, 2 und 16, 4, 5, 1 enthalten singuläre Vorschriften. Auch die Inschrift C.J.L. 6, 10 298 l. 6 ff.: *Poena autem infra s[cripta] locum habebit, ut si quid a custode comm[issum] fuerit, collegium poena teneatur vel [custodem] distrahat ante proximas K.] Apr[il]is. Quod si custos distractus non esset [placuit ut collegium aut pro servo sa]crilego teneretur aut H. S. XXX. m. n. s[olveret] aerario p. R.]* (wenn die allerdings sehr heroischen Ergänzungen Mommsens, wie wahrscheinlich, das Richtige treffen), scheint sich nur auf eine vertragsmäßig übernommene, nicht auf eine gesetzliche Haftung der Korporation für die Delikte des Kustos zu beziehen.

⁵² An neuerer Literatur hierüber vgl. insbesondere Salkowski, *Quaestiones de jure societatis praecipue publicanorum*, Königsberg 1859; Roesler in d. Ztsch. f. Handelsrecht 4 (1861), 276 f., bes. 293 f.; Cohn, *Zum röm. Vereinsrecht* 155 f.; Gierke, *Genoss.R.* 3, 41 f.; Dietrich, *Die rechtliche Natur der Societates publicanorum* (Programm der Meißener Fürstenschule 1889); vgl. auch desselben Vfs. Schrift: *Beiträge zur Kenntnis des röm. Staatspächtersystems* (Leipzig 1877); Karlowa, *R.G.* 2, 20 f.; Waltzing a. O. 2, 224 f.; Kniep, *Societates publicanorum* 1 (1896); Rostowzew, *Geschichte der Staatspacht in der röm. Kaiserzeit* (Sep. Abdr. aus *Philologus*, Ergänzungsband IX, 1902), und in de Ruggiero's *Dizion. Epigr.* 2, 578 s. vb. *Conductor*; Kornemann an dem auf S. 392 A. 5 a. O. 398 f.; Hirschfeld, *Verw.Gesch.*² 68 f. — Für die als verwandte Bildungen sehr lehrreichen Verhältnisse der ptolemäischen Steuerpacht vgl. Wilcken, *Ostraka* 1, 515 f.; für Griechenland Ziebarth, *Das griechische Vereinswesen* 1896.

⁵³ Der Begriff des *Vectigal* (Gai. 3, 4, 1 pr.) wird hierbei im weitesten Sinn genommen; „*omnes qui quid a fisco conducunt*“, sagt Ulp. D. 39, 4, 1, 1, „*recte appellantur publicani*“. Es gehören also hierher nicht bloß die Pächter der Grundsteuer (vorwiegend aus der republikanischen Zeit) und später noch

lehre meist schon deshalb in Verbindung gebracht werden, weil Gaius 3, 4, 1pr. ihrer im Zusammenhang mit den Korporationen Erwähnung tut.

Korporations-
qualität
derselben?

1. Diese Stelle bereitet freilich große Schwierigkeiten. „Paucis admodum in causis“, sagt der Jurist, „concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum.“ Wenn, wie das zumeist geschehen ist, man hierin den Satz erblickt, daß den Publikenen gestattet sei, ihre Sozietät korporativ zu organisieren, so ist schwer einzusehen, zu welchem Ende Gesellschaften von kurzer oder unsicherer Dauer — denn die Verpachtungen an die Publicani finden in der republikanischen und in der früheren Kaiserzeit regelmäßig auf fünf Jahre, später (nach Hadrian) vermutlich auf unbestimmte Zeit mit beliebiger Kündigung⁵⁴ statt — nach einer solchen Organisation gestrebt hätten⁵⁵. Und vor allem wird, soweit unsere Quellen reichen, die Publikenengesellschaft sonst stets als eigentliche Sozietät, nicht als Korporation aufgefaßt, wobei nur bezüglich der Vererblichkeit der Sozietätsanteile eine Besonderheit besteht (s. unten S. 409 f.).

Man hat darum in neuerer Zeit die Stelle des Gaius so zu deuten versucht, daß die Publikenenkorporationen nicht

die der Portoria und gewisser Verkehrssteuern, sondern auch die der Nutzung von Bergwerken, Salinen und anderen Regalien; auch die Mancipes, die den Boden zur Weiterverpachtung übernehmen (Hygin 116, 11. 21) u. v. a. Vgl. über den Umfang des Begriffs Dietrich, Beiträge 18 f.

⁵⁴ Rostowzew, Staatspacht 506, zustimmend Hirschfeld 90; zwar scheinen mir die für die beliebige Kündigung angeführten inschriftlichen Beweise nicht schlechthin entscheidend; doch deutet der Umstand, daß die nachhadrianischen Juristen die Fortdauer der Sozietät für den Fall des Todes eines Sozius erörtern, auf Pachtungen von unbestimmter Dauer — denn bei Pachtungen auf bestimmte Zeit ist die Frage der Auflösung für die Pachtzeit aus naheliegenden Gründen ganz unpraktisch. — Das Lustrum noch bei Hadrian D. 49, 14, 3, 6.

⁵⁵ Am ersten wäre es noch bei den groß angelegten Publikenengesellschaften der Republik (und frühesten Kaiserzeit), welche unter anderm die Grundsteuer der Provinzen pachteten, begreiflich, daß sie, zur leichteren Geltendmachung ihrer Rechte nach außen, korporative Verfassung erhielten; bei denen der reifen Kaiserzeit, deren Geschäftsbetrieb einen viel geringeren Umfang hatte — denn etwa seit Tiberius ist die Grundsteuerverpachtung fast gänzlich in Wegfall gekommen (Mommsen, St.R.³ 1017 A. 1; Rostowzew 379; Hirschfeld 69) und das System der indirekten Erhebung vorwiegend auf die Zölle und gewisse Verkehrssteuern sowie Regalien beschränkt worden — ist das praktische Bedürfnis nach Korporisation kaum abzusehen.

korporative Organisation der einzelnen Sozietäten bedeutet hätten, sondern berufsgenossenschaftlichen Zusammenschlufs der Leute, welche (wenngleich in verschiedenen Sozietäten) sich den öffentlichen Pachtungen widmen. Mit der einzelnen Sozietät hätten diese umfassenden Korporationen nach dieser Auslegung nichts zu tun gehabt⁵⁶.

Es ist auch gewifs nicht zu leugnen, dafs diese Auffassung an sich ansprechend wäre, Unmittelbar bewiesen ist sie freilich nicht; insbesondere sind die für die Existenz solcher Publikanenvereine angezogenen inschriftlichen Beweise unzulänglich⁵⁷, und selbst der Wortlaut der Gaiusstelle ist ihr bei unbefangener Betrachtung nicht eigentlich günstig. Es empfiehlt sich daher, die Entscheidung unserer Frage bis auf Weiteres dahingestellt zu lassen.

Selbstverständlich ist übrigens, dafs, selbst wenn die Publikanensozietäten sich korporativ organisieren konnten, dies keineswegs für jede einzelne vorgeschrieben gewesen sein wird, und außerdem, dafs die Vereinheitlichung ihre Bedeutung nur für das Auftreten nach aufsen gehabt haben kann, während die Verhältnisse der Teilnehmer untereinander immer auf Grundlage der zwischen ihnen bestehenden Sozietät geregelt bleiben mußten.

2. Sehen wir von der Frage der Möglichkeit korporativer Organisation ab, so sind wir auch im übrigen über die Struktur der Societates publicanorum sehr unzulänglich unterrichtet; insbesondere vermögen wir noch nicht scharf zu erkennen, welche Veränderungen etwa die straffere Kontrolle der Kaiserzeit in ihrer Organisation hervorgerufen hat⁵⁸. Doch scheinen die Grundprinzipien in der republikanischen und in der Kaiserzeit dieselben zu sein. Das ungefähre Bild, welches sich aus der, wenngleich in der notwendigen Verallgemeinerung nicht unbedenklichen, Kombination der hierhergehörigen Nachrichten für das Privatrecht ergibt, ist dieses.

Innere
Struktur
der Publi-
kanen-
sozietät.

⁵⁶ So Cohn 158 f.; ihm haben sich Dietrich, *Rechtl. Natur* 9 f., und Voigt, *R.G.* 1, 808, mit gewissen Modifikationen auch Gierke a. O. 42 zu A. 22 angeschlossen; reserviert Waltzing, obwohl er (S. 228) Cohns Ansicht für an sich wahrscheinlich gelten läßt. Schlechthin ablehnend Kniep a. O. 248.

⁵⁷ Die meisten sind widerlegt bei Waltzing 226 f.; das einzige einigermaßen haltbare ist das Collegium aurariarum (l. aurariorum) in Dakien C.J.L. 3, 941 (vgl. O. Hirschfeld, *Sitz.Ber. der Wiener Akad.* 1874, S. 369; Jung, *Fasten der Provinz Dakien* 160).

⁵⁸ Vgl. Rostowzew, *Staatspacht* 392 f.; Hirschfeld 84, 88.

Der
Manceps.

Den Pachtvertrag mit dem Staat schließt zunächst eine einzelne Person, welche Manceps, griechisch Ἀρχώνης, genannt wird⁶⁰. Sie schließt ihn unter Stellung von Praedes und Praedia, und zwar anscheinend immer im eigenen Namen⁶⁰. Allerdings schließt dies, wie wir sofort sehen werden, keineswegs aus, daß neben dem Manceps noch andere Personen als Gesellschafter sich an der Pachtung beteiligen und dadurch sogar in ein direktes Verhältnis zum Staate treten. In welcher Form und in welchem Zeitpunkte hierbei der Beitritt der übrigen Gesellschafter erfolgte, wissen wir nicht. Wahrscheinlich konnte er jederzeit erfolgen. Unklar bleibt auch, weshalb bei Vorhandensein mehrerer Gesellschafter der Vertrag nicht sofort mit Allen abgeschlossen wurde, sondern zunächst nur mit dem Manceps. Vielleicht beruht dies bloß auf einem alten Herkommen, da die ältesten Pachtungen wohl nur von einzelnen Personen übernommen worden sind⁶¹.

Die Socii.

Natürlich aber ist der Staat nicht gehalten, den Beitritt zu dem mit dem Manceps geschlossenen Kontrakt jeder beliebigen Person zu gestatten; vielmehr wissen wir, daß gewissen Personenkategorien der Beitritt schon in den Lizitationsbedingungen verboten werden konnte⁶², was gleichzeitig beweist, daß der Staat die Teilnehmerlisten regelmäßig kontrollierte.

⁶⁰ Die Bezeichnung Publicanus führt der Manceps als solcher nie. Überhaupt wird sie nicht gebraucht, um das Verhältnis des Pächters zum Staat auszudrücken; Publicanus bezeichnet vielmehr die Berufsstellung als solche oder auch den Pächter im Verhältnis zu den Steuerpflichtigen. Zutreffend Karlowa, a. O. 21.

⁶¹ Vor allem Fest. ep. v. Manceps: tam debet praestare populo quod promisit quam is qui pro eo praes factus est; Ps. Ascon. in div. p. 113: hi enim (mancipes) exigenda a sociis sine periculo exigunt et rei publicae repraesentant; Polyb. 6, 17, 4: Οἱ μὲν δὲ ἀγοράζουσι παρὰ τῶν τιμητῶν αὐτοὶ τὰς ἐκδόσεις (das sind die Mancipes), οἱ δὲ κοινωνοῦσι τούτοις (das sind die Socii). — Vgl. ferner das „per nuntium (l. mancipem?) emere in commune“ in D. 17, 2, 33: Hier wollen mehrere pachten: aber zum Bieten stellen sie nur einen als Manceps. Vgl. auch für Aegypten Wilcken a. O. 538 (aber auch 544—545).

⁶² Sehr charakteristisch hierfür Liv. 25, 3. 9.

⁶³ Die Zensoren des Jahres 169 a. C. verbieten einer gewissen Interessentenklasse „ne quis socius aut affinis eius conductionis esset“, Liv. 43, 16; ebenso Verres bei Cic. Verr. 1, 55, 143. Es ist auch klar, daß der Staat unzuverlässige oder an allzu vielen Pachtungen beteiligte Personen mußte fernhalten können, da er sonst Gefahr lief, daß die ihm gegenüber stehenden Sozietäten mit fiktivem Kapital arbeiteten, oder Personen, welche er bei den Pachtungen als Garanten erhielt, ihr Kapital nach verschiedenen Seiten hin festlegten. Vgl. auch Fragm. Vipasc. II § 4 (Ztsch. d. Sav. St. 27, 356), wo der Verkauf des Pacht-

Was nun die Stellung der zugelassenen Socii betrifft, so können dieselben nicht blofs, wie natürlich, an den internen Sozietätsbeschlüssen teilnehmen, sondern auch zu der Ausübung des Pachtrechts nach aufsen zugelassen werden⁶³; allerdings wird dies einer besonderen Bewilligung der Behörde bedurft haben⁶⁴, da man unmöglich die Ausübung staatlicher Rechte oder Regalien jedermann überlassen konnte. Auch werden natürlich nicht immer alle Socii sich an derselben beteiligt, sondern manche nur Kapital beigesteuert haben.

Außerdem ist so gut wie sicher, dafs die Socii für Ausfälle dem Staat neben dem Manceps verantwortlich waren⁶⁵; ebenso

anteils dem Procurator metallorum angezeigt werden mufs; Paul. sent. 5, 1 a, 4 (allerdings zunächst nur von den Mancipes sprechend). Auch mufs der Möglichkeit, dafs Senatoren oder Sklaven u. ä. an den Unternehmungen sich beteiligten, vorgebaut worden sein. Instrukтив ist das Kontrollverfahren der Ptolemäischen Ordnung bei Wilcken a. O. 542, und P. Amh. 2, 92, wo sogar bei der Pachtung des staatlichen Ölverschleiffes der Behörde die Erklärung abgegeben wird: οὐχ ἔξω δὲ κ[οι]νωνόν οὐδὲ μάθιον γεν[όμενον] τῆς ὠνῆς ὑποτελή. . .

⁶³ Das zeigt schon die Formel des Interdikts de loco pub. fruendo D. 43, 9, 1 pr.: „quominus . . . ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat“; sowie l. Metalli Vipasc. z. B. l. 16: „conductor socio actorive eius pignus capere liceto“, und ganz besonders die bei Paulus D. 39, 4, 9, 4 (die Stelle ist in A. 69 abgedruckt) besprochene Teilung der Administration unter den Socii; s. ferner D. 39, 4, 6: „Si multi publicani sint, qui illicite quid exegerunt sqq.“ Auch bei anderen gesellschaftlichen Staatskontrakten können die Socii die gemeinschaftlichen Aktivforderungen nach aufsen solidarisch geltend machen (l. Malac. 65: praedes socii heredesque). — Für die ptolemäische Pachtung wird die Mitverwaltung der μέτοχοι von Wilcken 539 bezweifelt; aber der von ihm selbst mitgeteilte Text P. Petr. Append. p. 3 zeigt einen μετέχων (socius), der einem Steuerzahler Zugeständnisse gemacht hat. Ferner mufs dort, wo in den Ostraka mehrere Personen über Steuern quittieren (z. B. Wilcken, Ostr. 2, 334: Παιών και Ἀβηῆλος; 329: Σαρπίλων και Σωκράτης και Ἀπολλώνιος), nicht ohne weiteres mit Wilcken 545 angenommen werden, dafs dieselben gemeinschaftlich als Hauptpächter aufgetreten seien, sondern es können ebensogut neben dem Hauptpächter die μέτοχοι namentlich (statt wie gewöhnlich mit der Formel ὁ δεῖνα και μέτοχοι) aufgeführt sein. Selbst in den a. O. 544 aufgeführten Beispielen ist nicht mit Verlässlichkeit auf eine Mehrheit von ἀρχῶναι zu schliessen: in der Bezeichnung Πρώτος και Κόνων και οἱ μέτοχοι kann Konon auch ein geschäftsführender Gesellschafter sein, der von den nicht geschäftsführenden μέτοχοι unterschieden wird.

⁶⁴ Vgl. die in A. 68 abgedruckte Stelle aus dem Fr. Metall. Vipasc.

⁶⁵ So ist es mindestens im ptolemäischen Reich, dessen Analogien hier nicht zu unterschätzen sind: Reven. Pap. 34, 17 (Wilcken 542): ἐάν ἑ[ξ]β[ε]ια γένηται, πρ[ο]σάσ[ε]τω παρὰ τοῦ ἀρχῶνου κ[αί] τῶν μ[ε]τόχων[ν] . . . παρ' ἐκάστου τὸ ἐπιβάλλον cf. Pap. Par. 62, VI 14: ἐάν δὲ τινες πρὸς τὰς ἐγγήφεις ὀφει[λωσιν], ἡ

Vertretung
nach
aufsen und
Haftung.

ist es möglich, daß, seit die Pachtungen auf bloße Tantième stattfanden⁶⁶, diese den Socii vom Staat direkt, d. h. ohne Vermittlung des Manceps ausbezahlt wurde.

Gegensatz
zum
Conducere
in
commune.

Von der eben bezeichneten Pachtsozietät ist eine andere Form zu unterscheiden, das Conducere in commune. Hiervon wird nur einmal in einer nicht allseits durchsichtigen Stelle des Ulpian D. 17, 2, 33, cf. 32, gesprochen. Der Jurist will zwischen Societas und Communio unterscheiden und bemerkt: „Cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est; cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur“. Sodann wird in l. 33 (freilich einem anderen Buch entnommen, aber offenbar zum vorigen passend) so fortgefahren: „ut in conductionibus publicorum, item in emptionibus. Nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium (l. mancipem?)⁶⁷ rem emere in commune, quod a societate longe diversum est.“ Offenbar muß hierbei, da eben gemeinschaftliche, aber nicht gesellschaftliche Pachtung vorausgesetzt ist, die auf gemeinschaftlichen Betrieb gerichtete Absicht als fehlend gedacht sein. Wie freilich dann die Mehreren die Pachtung ausüben, ist nicht gesagt. Es ist denkbar, daß dieselbe schließlich nur Einem bleiben soll, und die Teilnehmer sich, etwa gegen Abstandszahlung, verpflichtet haben, die Person des definitiven Pächters unter sich durch das Los zu bestimmen⁶⁸. Doch ist diese Lösung keineswegs die einzig mögliche; vielmehr kann es auch vorgekommen sein, daß die Teilhaber die Ausübung des Pacht-

πράξις ἔσται ἐξ ἑνός καὶ ἐκ πάντων. Vgl. aber auch für Rom Marcian D. 39, 4, 16, 12: cum poterit satisfieri fisco ex bonis publicanorum (Plural). — Außerdem haften auch die römischen Socii selbst gegenüber Privatpersonen für Kontraventionen ihrer Sklaven nach dem Edikt vielleicht (?) solidarisch, D. 39, 4, 1 pr., 3, 1; und für die ihrer Kollegen in partes, aber mit gegenseitiger Subsidiarität, Sev. u. Carac. D. 39, 4, 6.

⁶⁶ Mommsen, St.R. 2, 2, 1018; Hirschfeld a. O. 90; vgl. Rostowzew 506.

⁶⁷ So schon Schloßmann, Stellv. 1, 329.

⁶⁸ Daran denkt Schloßmann, Stellvertr. 1, 329 f., und man kann nicht einwenden, daß damit eine unzulässige Übertragung der Pachtung involviert wird; denn manche Pachtungen sind nachweislich übertragbar, vgl. Fr. metalli Vipasc. (in A. 62) § 4 — Kontrolle des Staats freilich vorausgesetzt: Fr. Vip. cit.: Qui vendere sua partem quive emere volet, apud proc[uratore]m, qui metallis praerit, professionem dato; aliter emere aut vendere ne liceto. — Kniep 11, 15, 236 f. scheint, soweit ich seine Ausführungen habe verstehen können, bei der Ulpianstelle an die Adfines (S. 413) zu denken.

rechts unter sich nach Bezirken u. dgl. teilen⁶⁹, wozu natürlich Zustimmung des Staats gehört haben wird.

3. Schwierige Fragen ergeben sich, wenn ein Mitglied der Societas publicanorum stirbt. Die Quellen behandeln diesen Punkt nur an zwei Orten und sind, wie es bei den Publikanenverhältnissen meistens der Fall ist, auch hier nicht sehr einläßlich; doch ist es vielleicht möglich, unter Zuhilfenahme allgemeiner Erwägungen zu einem befriedigenden Resultat zu gelangen, wenn man sich nur vor den argen Mißverständnissen hütet, welche neuere Schriftsteller hier zu Tage gefördert haben.

Vererbung
der Anteile
bei
der Publi-
kanen-
societät.

Zunächst wird es von Pomponius D. 17, 2, 59 und Ulpian D. 17, 2, 63, 8 als Eigentümlichkeit der Societas publicanorum bezeichnet, daß diese nicht wie andere Gesellschaften mit dem Tode eines der Socii seinen Erben gegenüber⁷⁰ notwendig aufgelöst wird; vielmehr kann sie auch mit den Erben des Vorverstorbenen fortgesetzt werden, nur geschieht dies nicht immer, sondern nur, wenn, wie Pomponius sagt, „pars defuncti ad heredem eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat“, oder wie Ulpian sich ausdrückt, „si (heres) fuerit adscitus“.

Hier scheint mir zunächst, daß das partem adscribere und das adsciscere heredem identisch, nicht etwa zwei verschiedene Dinge sind⁷¹; doch ist dies nebensächlich, und man kann von dem letzteren Begriff vorsichtshalber auch absehen.

Ein schlimmer Fehler ist es aber jedenfalls, wenn heutige Gelehrte unter dem Adscribere ein nach dem Tode des Gesell-

⁶⁹ Denn sogar bei gesellschaftlich betriebener Pachtung ist solche Teilung möglich, Paul. D. 39, 4, 9, 4: Socii vectigalium si separatim partes suas administrant, alter ab altero minus idoneo in se portionem transferri iure desiderat. Nur hat sie in diesem Fall bloß faktische und interne Bedeutung und schließt die Gesamthaftung gegenüber dem Staat nicht aus (A 65), während im Fall des Textes, wenn der Staat die Zerlegung gestattete, er wahrscheinlich auf jede Gesamthaftung verzichtete.

⁷⁰ Ich sage „seinen Erben gegenüber“; denn unter den Überlebenden besteht die Publikanengesellschaft jedenfalls immer weiter, vgl. S. 413.

⁷¹ Man kann hiergegen allerdings das philologische Bedenken haben, daß Adsciscere mehr auf einen Kooptationsbeschluss deutet, als auf eine Klausel des ursprünglichen Vertrags. Ich halte dasselbe nicht für unüberwindlich; aber selbst wenn es zutrifft, folgt daraus nur, daß die Ulpianstelle einen andern Tatbestand voraussetzt als die des Pomponius (d. h. daß Ulpian an den Fall der Adscription nicht gedacht hat): keinesfalls darf man die letztere aus der ersteren interpretieren wollen: zu welchen Unmöglichkeiten das führt, zeigt das im Text Gesagte. Vgl. übrigens A. 74 z. E.

schaffers stattfindendes freiwilliges Übereinkommen der überlebenden Socii mit dem Erben verstehen. Denn es ist klar, daß ein solches ja die bereits erfolgte Auflösung voraussetzen und die Errichtung einer neuen Gesellschaft mit dem Erben zum Inhalt haben würde. Diese ist aber auch bei der gemeinen Gesellschaft möglich, und es würde dann die behauptete Besonderheit der Publikanensozietät gar nicht bestehen. Sollte jemand nach dieser im Grunde auf der Hand liegenden Erwägung noch Zweifel haben können, so ist auch auf den Ausdruck des Pomponius zu verweisen: „Si pars adscripta sit“, sagt der Jurist „ut heredi quoque conferri oporteat“; — der Beitritt des Erben ist also sein erzwingbares Recht⁷².

Klar ist daher, daß das *partem adscribere* nur eine Klausel des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags bedeuten kann. Gemeint ist also ein Sozietätsvertrag, in dem von vornherein festgestellt ist, daß nach dem Tod eines Socius dessen Erben Teilnehmer bleiben sollen.

Es fragt sich, welches die Bedeutung einer solchen Verabredung war?

Man darf sie selbstverständlich nicht etwa darin suchen wollen, daß ohne sie der Erbe das Recht gehabt hätte, das ererbte Kapital aus der Gesellschaft herauszuziehen und so die Fortsetzung der Geschäfte zu erschweren. Denn selbst wenn eine Gesellschaft durch den Tod aufgelöst wird, ist der Erbe doch nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet, die bereits eingegangenen Engagements mitzutragen. Zu diesen aber gehört doch die Pachtung: sie auszuhalten ist der Erbe den anderen Socii gegenüber ebenso gebunden wie es der Erblasser war; von einer Zurückziehung seines Anteils könnte also in keinem Fall die Rede sein. Vielmehr hat er ihn der Sozietät bis zum Ablauf der Pachtung zu belassen und

⁷² Diese allein richtige Auffassung findet sich schon in der Glosse ad l. 59 (60) h. t. und in den Bas. 12, 1, 57, vgl. auch Schol. Bas. 1 ad h. l. (Heimb. p. 762) und Schol. 15 ad 12, 1, 61 (Heimb. p. 770), und sie war auch noch später stark verbreitet. Aber schon Cujaz, Obs. 10, 25 hat dann Verwirrung gestiftet, und unter den Neueren hat besonders Salkowski, *Quaestiones* (s. A. 52) 114 f. die im Text verworfene Ansicht in Schwung gebracht. Ebenso hat Pernice, Lab. 1, 298; Z. d. Sav.St. 5, 107 hier ruhig von „Kooptation“ und „Aufnahme des Erben durch Eintragung in das Hauptbuch“ gesprochen. Ihnen stimmt Dietrich, *Die rechtl. Natur u. s. f.* 15 f. bei, der die Notwendigkeit beiderseitigen freien Entschlusses über den Beitritt behauptet. Selbst Cohn 171 folgt dieser Ansicht.

nimmt an jedem Defizit, freilich auch an jedem Gewinn teil, selbst wenn es an der Adskription durchaus fehlt⁷³.

Dies sagt im Grunde Ulpian selbst deutlich genug: „heres socius non sit nisi fuerit adscitus, verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum adgnoscat, quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea.“ Freilich scheint er auch dies als eine Besonderheit der Publikanensozietät zu bezeichnen, wenn es darauf heisst: „quod non similiter in voluntaria societate observatur.“ Aber diese Worte widerstreiten so direkt allen juristischen Erwägungen, daß man sie dem Tribonian zuschreiben muß⁷⁴. Dieser hat hier übersehen, daß die Ausführungen Ulpians nur eine Anwendung des Jus commune enthalten, und hat darum den tōrichten Schlufssatz hinzugefügt. An sich scheint der Fehler selbst für Tribonian auffallend; aber er war wohl — und das macht ihn etwas begreiflicher — veranlaßt durch die Worte „sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea“. Wahrscheinlich haben die Byzantiner hier an eine Haftung aus Geschäften gedacht, die nach dem Tode des Socius vorgenommen waren, und darin eine Singularität gefunden. Dem Ulpian dagegen war es nur darum zu tun festzustellen, daß der Erbe aus der schon vor dem Erbfall eingetretenen Pachtung für jeden, wenn auch erst nach dem Erbfall resultierenden Schaden haftet. Dieser kann freilich auch aus posthumen Kontrakten entstehen; in Wahrheit sind aber diese keine neu eingegangenen Unternehmungen, sondern dienen nur der Abwicklung des bereits bestehenden Obligo.

Wenn also die Bedeutung der Erbenklausel nicht die sein kann, eine Zurückziehung des Kapitals aus der Pachtung zu verhüten, worin lag sie dann? Die Antwort scheint mir nicht allzu schwierig: der Erbe wird durch sie eben die Stellung eines wirklichen geschäftsführenden Socius erlangt haben⁷⁵, das heisst, er

⁷³ Gänzlich verkannt ist das insbesondere bei Dietrich 16, der dieses Engagement eine „vom sonstigen Sozietätsrecht abweichende Bestimmung“ nennt.

⁷⁴ Unhaltbares bei Salkowski 122. — Auch sonst hat Tribonian in unserer Stelle interpoliert: die Worte „licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est“ hat schon Ferrini, Bull. 14, 218 mit Recht als eingeschoben bezeichnet. Ob die Worte „nisi fuerit adscitus“ (oben A. 71) echt sind?

⁷⁵ Andernfalls war er natürlich von jeder Geschäftsführung ausgeschlossen. Vielleicht darf es als ein Beispiel des letzteren Verhältnisses angeführt werden, wenn P. Par. 17 (a^o 153—154 p. C.) l. 22 eine Stempelsteuerquittung so formuliert: „Ἐρωγένης Καικιλίου μισθωτῆς ἐγκυκλίου [καί] Ἀμμώνιος κληρονόμος τοῦ μετῆλλαχότος αὐτοῦ πατρὸς κοινοῦ μου γενομένου ἔσχαμεν παρά σου τὸ γεινό-

wird in die Verwaltung gleichberechtigt eingetreten sein. Das konnte sich nicht blofs bei internen Verwaltungshandlungen geltend machen, sondern wo die Socii auch nach aufsen zur Führung der Geschäfte neben dem Manceps berufen waren (oben S. 407), wird er auch das Vertretungsrecht erlangt haben. Allerdings mag hierbei in gewissem Umfang die Zustimmung der Verwaltungsbehörde erforderlich gewesen sein — da man den Erben nicht im Vorhinein kannte, muß ihr noch bei Eintritt des Erbfalls möglich gewesen sein, unzuverlässige Personen wenigstens soweit auszuschließen, daß die Interessen der Öffentlichkeit durch sie nicht geschädigt wurden. Aber von solchen Ausnahmefällen abgesehen war dann die Erbenklausel von weittragender praktischer Wirkung.

Schwierigkeiten bereitet übrigens der Schlufssatz der Pomponiusstelle. Der Jurist sagt dort, nachdem er festgestellt hat, daß durch Adskription der Erbe in die Gesellschaft eintritt, Folgendes: „Quod ipsum ex causa aestimandum est; quid enim, si is mortuus sit, propter cuius operam maxime societas coita sit, aut sine quo societas administrari non possit?“ Offenbar können diese Worte nicht bedeuten, daß von Fall zu Fall festzustellen sei (ex causa aestimandum), ob die Adskription vorliegt. Diese Voraussetzung ist ja selbstverständlich, und im übrigen entschied darüber ein Blick in den Gesellschaftsvertrag⁷⁶. Aber auch sonst ist es schwer, diesem Beisatz eine vernünftige Bedeutung zu geben; denn die gewählten Beispiele passen auf alle Fälle sehr schlecht als Belege dafür, daß die Erbenklausel unwirksam sein soll. Sie wäre danach unwirksam, wenn entweder 1. man die Sozietät gerade um der Arbeitskraft des Verstorbenen willen begründet hätte — aber diese Prämisse ist ja bei der Clausula heredum nicht denkbar, denn sie wird durch diese gerade widerlegt; oder 2. wenn der Verstorbene unentbehrlich war — aber daraus würde eher die Auflösung der ganzen Gesellschaft folgen, als der Ausschluss des Erben. Ich habe

μενον τέλος κτλ. Hier ist der eine Socius gestorben; sein Sohn und Erbe wird zwar in die Firma aufgenommen, aber von einem eigentlichen κοινωνός auch nach aufsen unterschieden. Doch ist dieser Sachverhalt deswegen mit Vorsicht zu verwerten, weil die Quittung doch auch auf den Namen des Erben lautet und auch von ihm mitunterschrieben wird.

⁷⁶ Recht abwegig auch Salkowski 126 f., der vom Standpunkt seiner Kooptationstheorie (A. 72) die Worte „quod ipsum ex causa aestimandum est“ so auslegt: „Die Gesellschafter müssen sich nach der Sachlage überlegen, ob sie den Erben kooptieren wollen.“ Eine so abgeschmackte Bemerkung soll man den echten Quellen nicht zutrauen.

darum den Verdacht, daß die Stelle nicht heil ist, mag nun Interpolation oder Glossem oder ungeschickte Streichung oder Verstellung des Satzes⁷⁷ vorliegen.

Selbstverständlich ist freilich, daß die Erbenklausel nicht oder nicht allseits wirksam werden konnte, wenn die Behörde auf Grund ihres Aufsichtsrechts den Erben, sei es nun zur Mitgliedschaft oder zur Geschäftsführung nicht zuliefs; aber gerade dies, was man hier allein erwarten würde, hat Pomponius nicht gesagt. Kaum einer Bemerkung bedarf es schliesslich, daß, selbst wo der Erbe in die Gesellschaft nicht eintritt, doch unter den überlebenden Socii das Sozietätsverhältnis fortbesteht; dies kann schon bei der gewöhnlichen Gesellschaft verabredet werden (D. 17, 2, 65, 9; J. 3, 25, 5) und ist bei den Publikanen gewiß immer festgesetzt gewesen.

Von den Socii der Publikanengesellschaft sind die Adfines derselben zu unterscheiden; diese werden übrigens blofs für die Zeit des Freistaats bezeugt⁷⁸. Sie sind vermutlich nur mit einer Kapitaleinlage bei dem Unternehmen beteiligt gewesen und werden über ihre Einlage hinaus kein Risiko getragen haben, dafür aber jedenfalls auch von der Geschäftsführung ausgeschlossen gewesen sein. Daraus, daß diese Anteile einmal „partes illo tempore carissimae“ genannt werden⁷⁹, hat man sogar geschlossen, daß sie veräußerlich gewesen seien. Doch liegt in der betreffenden Stelle nichts, was sich nicht durch gemeinrechtliche Abtretung des Gewinnanspruchs gegen die Gesellschaft erklären liefse. Die juristische Natur dieses Anspruchs selbst aber ist uns unbekannt; die Einlage kann als Depositum irregulare mit nach der Gewinnbilanz zu regulierenden Zinsen gedacht werden, doch können auch bezügliche Stipulationen

Die Adfines der Societas.

⁷⁷ In letzterer Beziehung (Streichung oder Verstellung) ist nämlich zu bemerken, daß der störende Zusatz erträglich wird, wenn man ihn irgendwie mit der Regel in Zusammenhang bringt, daß „societas vectigalium manet etiam post mortem alicuius“. Freilich aber auch nur dann, wenn man hierbei an die Fortdauer des Vertrags unter den Überlebenden denkt, nicht auch, wenn man diese Regel auf die Möglichkeit des Erbeneintritts bezieht. Da aber nach dem Zusammenhang der Stelle diese letztere Bezeichnung die einzige mögliche ist, so müßte noch irgendwo ein Satz eingeschoben gedacht werden, der von dem Fortbestand des Vertrags unter den überlebenden Socii sprach.

⁷⁸ Hauptstelle Liv. 43, 16, 1 für das Jahr 585/169. Näheres bei Dietrich 17 f.

⁷⁹ Cic. in P. Vatinius 12, 29: „eripuerisne partes illo tempore carissimas partim a Caesare partim a publicanis.“

vollzogen worden sein und selbst eine einfache A^o pro socio wäre denkbar⁸⁰.

Über die Rechte der Publicani auf die ihnen überlassenen Gefälle ist in anderm Zusammenhang zu sprechen.

E. Stiftungen¹.

Fehlen
selb-
ständiger
Stiftungen.

Unselb-
ständige
Stiftungen.

Stiftungen im modernen Sinn, das heißt Zweckvermögen, welche niemandem als sich selbst angehören, sind dem klassischen Recht durchaus fremd. Der Gedanke an ein subjektloses Vermögen ist den Römern nie gekommen; vielmehr werden bei ihnen Stiftungen stets so errichtet, daß das Stiftungskapital einer juristischen Person, deren Unsterblichkeit die dauernde Verwirklichung des Stiftungszwecks verbürgt, mit der stiftungsmäßigen Auflage übertragen wird². Dies ist um so leichter möglich, als auch die Stiftungszwecke des römischen Altertums ebenso lokaler Natur sind, wie der Wirkungskreis der Korporationen; darum wird die Stiftung einer am bestimmungsmäßigen Ort ihrer Wirksamkeit befindlichen Korporation anvertraut. Als solche Korporationen erscheinen sowohl private als öffentliche Gemeinschaften aller Art; Munizipien, Vici, Pagi, aber auch religiöse und weltliche Kollegien.

Den Inhalt der Stiftungen bildet teils die der Antike eigentümliche Fürsorge für ein fröhliches und behagliches Vereinsleben — Stiftungen für Opfer, Gastmähler, Geldverteilungen, Naturalspenden, Bäder, öffentliche Spiele — teils die Wohltätigkeitspflege. Daneben kommen auch stiftungsähnliche Verfügungen für bestimmte Personenkreise vor, teils für Verwandte, teils für die Freigelassenen, oft auch deren Nachkommen, die den Namen des Stifters tragen; solche werden aber nach den erhaltenen Beispielen immer letzt-

⁸⁰ Unrichtig Salkowski, Zur Lehre von den jur. Personen 40.

¹ Die befriedigendste Darstellung dieser Lehre enthält jetzt Pernice, Lab. 3, 56 f., 150 f. Außerdem Brinz, Pand.² 3, 545 f. — Für das griechische Recht E. Ziebarth, Die Stiftung nach griechischem Recht (Ztschr. f. vgl. R. Wiss. 16, 249 f.).

² Die überwiegende Mehrzahl der Inschriften, auf denen unsere Kenntnis des praktischen Stiftungswesens fast ausschließlich beruht, nennt die Korporation als Eigentümerin des Stiftungskapitals; wo dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, kann es mit Sicherheit subintelligiert werden. Vgl. Pernice a. O. 59 f. In der Tat war, wenn man die Stiftung als selbständiges Vermögen nicht anerkannte, ein anderer Weg kaum gegeben; Privatpersonen konnte man weder das Vermögen noch auch die zumeist erforderliche Verleihung des Stiftungsgenusses auf die Dauer überlassen.

willig errichtet und begründen keine eigentliche Stiftung, sondern werden als fideikommissarische Verfügungen behandelt³.

Im übrigen ist zu unterscheiden je nachdem die Stiftung letztwillig oder unter Lebenden errichtet wird. a) letztwillige.

a) Im ersteren Fall erfolgt die Begründung der Stiftung einfach durch ein Vermächtnis zu Gunsten der Korporation, welche als Trägerin der Stiftung ins Auge gefasst ist. Die Zweckbestimmung geschieht durch modalen Auftrag an die Korporation; die Anlage und jedenfalls auch die Verwaltung des Kapitals wurde zweifellos mindestens bei Gemeinden von den Staatsbehörden überwacht; da, wie wir aus D. 33, 1, 21, 3 erfahren, der Statthalter in solchen Fällen selbst die Erbteilung behufs richtiger Erfüllung des Legats im Weg des Kognitionsverfahrens an sich gezogen hat, so wird er auch sonst eingeschritten sein. Es ist aber auch durchaus möglich und sogar wahrscheinlich, daß daneben eine Kontrolle von Kaiser oder Senat stattfand; wenigstens die Konversion des Stiftungszwecks dürfte die Autorisierung von dieser Seite erfordert haben⁴. Außerdem kann zur Sicherung der richtigen Verwendung für den Fall der Vernachlässigung der Verfall des Kapitals zu Gunsten einer anderen Korporation ausgesprochen sein⁵.

b) Bei Stiftungen unter Lebenden ist es der Stifter selbst, der der Korporation das Kapital übereignet. Daß hierzu bei Grundstücken Mancipatio erforderlich war, müssen wir nach allgemeinen in einzelnen Stiftungsfällen auch bezeugten Regeln⁶ ohne weiteres annehmen. Die Auflegung der Stiftungspflicht an die zur Verwaltung berufene Körperschaft kann wohl stets nur so erfolgt sein, b) unter Lebenden.

³ D. de leg. 3, 38 pr.; 33, 2, 34 pr.; 33, 1, 18 pr. u. a. Pernice a. O. p. 60, A. 4 u. 5. Die Destinatäre werden also Miteigentümer. Der Erbe kann sogar, da das Fideikommiss im klassischen Recht nur obligatorisch wirkt, das gewidmete Vermögensstück, solange er es noch nicht übergeben hat, an gutgläubige Käufer (für mala fides des Käufers s. oben S. 88) anderweitig veräußern; Scaev. D. leg. 3, 38 pr., wo der Schlusssatz „si non — exsolvisset“ interpoliert ist (Gradenwitz, Interpol. 200). Scaevola hält dabei sogar ein beigesetztes Veräußerungsverbot für unwirksam; doch dürfte dieser Punkt vor dem Reskript von Severus und Caracalla D. 30, 114, 14 nicht unzweifelhaft gewesen sein.

⁴ Wegen Konversion einer Auflage wurde unter Tiberius (Suet. Tib. 31) Genehmigung durch den Senat angestrebt (oben S. 198 A. 12); für Stiftungen, die nach dem Obigen im Grunde nur Kapitalszuwendungen mit Auflage sind, ergibt sich die Konsequenz von selbst. Vgl. unten A. 11.

⁵ Vgl. C.J.L. 2, 4514; 11, 1436; Pernice 45.

⁶ Plin. ep. 7, 18; C.J.L. 5, 4489.

daß der Stifter seine Bedingungen bei der Widmung diktierte und diese alsdann in einem Beschlufs des Kollegiums akzeptiert wurden; dieses Übereinkommen ist es, was in Inschriften wiederholt als eine „Stipulation“ bezeichnet wird⁷. Die Geltendmachung desselben würde vom privatrechtlichen Standpunkt freilich, eben weil eine echte Stipulation nicht vorliegt, auf Schwierigkeiten gestossen sein; wohl um diesen vorzubeugen, wird bei Pflichtvernachlässigung auf Seite der Korporation ein Heimfallsrecht für eine andere Körperschaft festgesetzt⁸. Auch wird das verwaltungsrechtliche Eingreifen der Statthalter, bei Gemeinden in späterer Zeit auch der *Curatores rei publicae*, eine eigentliche Untreue meist schon von vornherein ausgeschlossen haben. Es sind uns auch keine Klagen über absichtliche Verletzung der Stiftungsbedingungen überkommen; eher bestand die Gefahr, daß das Stiftungskapital wegen unzuweckmäßiger Gebahrung nicht rentierte⁹. Am sichersten war es in dieser Richtung, weder Geld noch Grundstücke, sondern Grundstücksrenten zu widmen¹⁰.

Zur besondern Sicherung der Stiftung wird es auch hier oft vorgekommen sein, daß man für sie die Genehmigung von Senat oder Kaiser nachsuchte und sie dadurch in den besondern Schutz der Zentralgewalt stellte¹¹.

⁷ C.J.L. 14, 353, 2795, 367; 10, 476, 477. An einen eigentlichen Verbalakt kann nach der Natur der Sache nicht gedacht werden. Vgl. oben S. 380 A. 15.

⁸ C.J.L. 9, 1618, 3160; 6, 10231; 14, 2793.

⁹ Bezeichnend ist, was Plin. ep. 7, 18 über dergleichen Besorgnisse bemerkt.

¹⁰ So tat es der jüngere Plinius in Comum, a. O. 7, 18, 2; ähnlich in der pompejanischen Quittungstafel, C.J.L. 10, 5853 (Bruns Fo.⁶, 310); der formelle Hergang dabei ist von mir, Gesch. d. Erbpacht 23, n. 1 erklärt. Auch in C.J.L. 11, 419 mag ein gleicher Vorgang vorliegen.

¹¹ Ein Beispiel dafür gibt jetzt P. Oxy. 4, 705 Col. III aus der Zeit des Septimius Severus. Eine Stiftung zur Unterstützung der Liturgiepflichtigen im Oxyrhynchitischen Gau wird dem Kaiser zur Genehmigung unterbreitet, welche erflielst mit den Worten: ἀποδεχόμενά σε καὶ ταύτης τῆς ἐπιδόσεως, ἣν ἀξιοῖς ἐπιδοῦναι ταῖς κόμαις τῶν Ὀξυρυγγεῖων ἀποδιδούς ἀμοιβὴν ἐγκτήσεως. Τ[ὸ] δμοιον δὴ καὶ ἐ[π] τούτου φυλαχθήσεται, καὶ καθότι[ι ἡ]θέλῃσας ἀμετάστρεπτον εἰς ἕτερόν τι διαπαντός[εσθ]αι τὴν χάριν. (Zum Text vgl. Wilcken, Arch. f. Pap.F. 3, 312.)

Sachregister.

- Actio — S. 89 f., 144 f.
— operarum — S. 57.
— quasi institoria — S. 227.
— quod jussu — S. 55, 227.
Actus — S. 144 f.
Adiectio in diem — S. 179 A. 49;
S. 188.
Adfines bei der Publikanensozietät —
S. 413.
Adoptio testamentaria — S. 20 A. 55 c.
Advocatus fisci — S. 364 f.
Aerarium — S. 352 f.
Ager compascuus — S. 344.
Akzeptilatio — S. 170 A. 13; S. 175
A. 38; S. 177 A. 43; S. 263; S. 265
A. 23, 24.
Alienatio — S. 145 A. 28.
Allmende — S. 343 f.
Antestatus — S. 295 A. 16.
Applikation — S. 42 A. 6.
Arbitrium honorarium — S. 46 f.
Arpinatisches Recht — S. 7 A. 12.
Asylrecht der Sklaven — S. 18 A. 54.
Auflage — S. 194 f.
- βασίλικη γῆ — S. 356.
Bedingung — S. 167 f.
— des Eides — S. 198 f.
— in praesens vel praeteritum col-
lata — S. 171.
— resolute — S. 178 f.
— unmögliche — S. 171.
— in Auflage verwandelt — S. 195
A. 3.
- Besitzerwerb der Gemeinden — S. 386.
Besitzerschutz — S. 19 A. 55 a.
Beurkundung, öffentliche — S. 306.
βιβλιοθήκη Ἀδριανῆ — S. 314.
Bona — S. 84 f.
— damnatorum S. 353 A. 16.
— vacantia — S. 353 A. 10.
Bote — S. 205, 223 f.
- Caduca¹ — S. 353 A. 10.
Captivus s. Kriegsgefangenschaft.
Cautio — S. 293.
Cautio rei uxoriae — S. 53 A. 31.
Centumviralgericht — S. 21 A. 55 d.
Cessio bonorum — S. 21 A. 55 d.
Charagma — S. 313 A. 84.
Chirographum — S. 292, 296, 304—5.
310, 314 A. 90.
Commune — S. 348 A. 2.
Consecratio capitis et bonorum —
S. 25 A. 5.
Contractus — S. 146 f.
Culpa — S. 322.
— lata — S. 333.
- Dare — S. 58 A. 50.
Dedicatio einer Res litigiosa — S. 247
A. 47.
Deditio (= Adrogation — S. 104 A. 27).
Deductio quae moribus fit — S. 19
A. 55 a.
Denegatio actionis — S. 40 A. 3.
dependere — S. 275.
δημοσία γῆ — S. 356.

¹ Die unter C etwa vermifsten Worte suche unter K oder Z.
Binding, Handbuch I. 6: Mitteis, Röm. Privatrecht I. 77

- διαγραφή — S. 310.
 διάδοχος — S. 104.
 Dicam scribere — S. 21 A. 55 d.
 Dicis causa — S. 261 A. 15.
 Dies s. Termin.
 Diligentia — S. 323.
 — quam suis — S. 331.
 Diptychon — S. 298 A. 23.
 Dolus — S. 316 f.
 Donatio s. Schenkung.
 Donatio mortis causa — S. 181, 189.
 Doppelurkunde — S. 299—301.

Ehe — S. 131 A. 19.
 Eid — S. 23 A. 2.
 Eigentum, absoluter Charakter — S. 87.
 Emanzipation als Auflage — S. 196 A. 6.
 Emphyteuse — S. 361.
 Epigamie — S. 64 A. 5.
 Epistola — S. 292, 293.
 ἐπίτροπος τοῦ ἰδίου λόγου s. ἑὺς λόγος.
 ἐπίτροπος πῶν οὐσαικῶν — S. 356 A. 22.
 Exceptio legis Cinciae — S. 161 f.
 — popularis — S. 162.

Familia (Gegensatz zu Pecunia — S. 79 f.)
 — als Personenkreis — S. 79 A. 16.
 Fas — S. 22 f.
 Fideikommiß — S. 196 A. 5.
 Fideikommiße, dem Vormund auferlegt — S. 108 A. 30.
 Fidem emtoris sequi — S. 185 A. 71.
 Fiducia — S. 202.
 Fiduzia, kein Usukapionstitel — S. 163 A. 44.
 Fiskus — S. 349 f.
 Forderungen als Vermögensbestandteile — S. 70 A. 2.
 Frau — S. 321.
 Freilassung — s. Manumissio.
 Fundi patrimoniales — S. 361, 362, A. 29.

Gemeinden — S. 376 f.
 Gesta per aes et libram — S. 258.
 Grapheion — S. 307, 310, 313.
 Griechisches Recht — S. 10 f.
- Großvieh, ursprünglich Res nec mancipi? — S. 81 A. 21, S. 82 A. 25.

Hereditas als Intestaterbschaft — S. 104 A. 27.
 Heres heredis — S. 101 A. 17.
 Heres per gradum — S. 105 A. 28.
 — per successionem — S. 104 A. 28.
 Homologie — S. 309—310, 311.
 Hypomnema — S. 312.

 ἑὺς λόγος — S. 357 f.
 Imaginäre Rechtsgeschäfte — S. 261, A. 15.
 In diem addictio — s. Addictio.
 In iure cessio — S. 250, 276.
 — der Stellvertretung unzugänglich — S. 211.
 — tutelae — S. 76.
 Instrumentum — S. 294.
 inutilis — S. 238.
 irritus — S. 238.
 Irrtum — S. 241.

Jubere — S. 195 A. 4.
 iudicium legitimum — S. 36 A. 17.
 iurgare — S. 31 A. 7.
 Jurgium — S. 31 A. 7.
 Jus (Gegensatz zu Fas) — S. 22 f.
 — (Gegensatz zu Lex) — S. 30.
 Jus ad rem — S. 88.
 Jus gentium — S. 62 fg.
 Jus honorarium — S. 38 fg.
 Jus nexi mancipiique — S. 118 A. 18.
 Jus Quiritium — S. 67 A. 15; S. 115.
 Jus variandi bei Alternativobligationen — S. 152 A. 63.
 Jussum bei der Manumissio censu — S. 282 A. 55.
 iusti liberi s. liberi.
 justus — S. 37.

Καίσαρος λόγος — S. 355 A. 18.
 Κληρονόμος — S. 104.
 Klienten — S. 42 A. 6.
 Kognition — S. 365.
 Kognitur — S. 21 A. 55 e; 66 A. 11.
 Kollegium — S. 391 f.
 Kolonien, latinische: Form der Rechtsbewidmung — S. 5 A. 6.
 Kommerzium — S. 116 fg.

- Konfiskation — S. 353 A. 10; S. 354 A. 12.
 Konkubinat — S. 71 A. 29.
 Konubium — S. 121.
 Korporationen — S. 339 fg.
 Korrealobligationen — S. 265 A. 23.
 Krongut s. Patrimonium principis.
 Kriegsgefangenschaft — S. 127 f.
 Kurator, agnatischer — S. 209, 218.
 Κυριακός λόγος — S. 349 A. 6.
- Latiner, junianische — S. 71.
 — koloniarische — S. 71, 72, 116 fg.
 Latinisches Recht — 2 fg.
 Legatum per damnationem — S. 177.
 — per vindicationem — S. 173; S. 190 A. 83.
 Lege agere — S. 34 A. 13.
 Legis actio — S. 34 A. 13.
 Legis actio per iudicis arbitrivae postulationem — S. 31 A. 7; S. 44 A. 11.
 legitimus — S. 35 ff.
 Leichenpfändung — S. 98 A. 11.
 Lex — S. 30 fg.
 — im Privatrecht — S. 149 fg.
 lex Aebutia — S. 52 A. 30.
 — Calpurnia repetundarum — S. 247.
 — Cicereja — S. 240.
 — Cincia — S. 155 fg.
 — commissoria — S. 150, 185 fg.
 — Cornelia de postliminio — S. 130 fg.
 — Cornelia de sponsu — S. 247.
 — Falcidia — S. 243.
 — Furia de sponsu — S. 247.
 — Hostilia — S. 128 A. 11; S. 132 A. 27; S. 234 A. 100.
 — imperfecta — S. 247.
 — Junia repetundarum — S. 247.
 — Junia über die Freilassung — S. 240 A. 38.
 — Laetoria — S. 247.
 — minus quam perfecta — S. 247.
 — Poetelia — S. 261 A. 17.
 — publica — S. 151 A. 58.
 — sacrata — S. 248.
 — Voconia — S. 247.
 Liberi, justi — S. 37 A. 23.
 Lis — S. 31 A. 7.
- Manceps — S. 364, 382, 406.
 Mancipatio familiae — S. 82 A. 24.
 Manumissio — S. 75 A. 5, 285 f.
 — censu — S. 5 A. 4; S. 281 A. 55.
 — durch den Haussohn — S. 211 A. 23.
 — von Gemeindeskulden — S. 385 A. 29.
 — in fraudem creditorum — S. 170 A. 13; S. 243 A. 27.
 Manus — S. 75.
 Manus injectio als Klausel beim Sklavenverkauf — S. 181 fg.
 Manzipation — S. 185 fg.; bes. S. 186 A. 73; 187 A. 74; S. 260.
 — der Stellvertretung unzugänglich — S. 208 fg.
 Modus — S. 194.
 — simplex und qualificatus — S. 200.
 Multen, testamentarische — S. 199.
 Munus, Gegensatz zu Donum — S. 154
- Nanaion — S. 314.
 Negotium — S. 147 fg.
 — civile — S. 65 A. 9.
 — claudicans — S. 244 A. 28.
 — mixtum cum donatione — S. 201
 Nexum — S. 117 fg., 136 fg.
 Nexumsdarlehn — S. 261.
 Nichtigkeit, absolute — S. 243.
 — relative — S. 243.
 Noxae Datio — S. 27 A. 10.
 Nuntius s. Bote.
- Obligatio honoraria — S. 58 A. 49.
 — Kategorien der Obl. — S. 86 A. 38.
 Ὀβιακή γῆ — S. 365.
- Pactum — S. 148 f.
 palam — S. 152 A. 61.
 Partes adscriptae bei der Publikenensozietät — S. 409 f.
 Patrimonium principis — S. 354 fg.
 Patronatsrecht, (Vererbung) — S. 102.
 Pekulat — S. 363, 387 A. 36.
 Pecunia — S. 80 fg.
 Peregrine, Servituten derselben — S. 65 A. 7.
 — Eigentum an italischem Boden — S. 67 A. 12.

- Persecutio — S. 89 fg.
 Petitio — S. 89 fg.
 Populus Romanus — S. 348.
 Postliminium — S. 125 f.
 Potestas, insbes. der Vormünder — S. 76.
 προγράψαι — S. 371.
 προσετώτες τῶν οὐσῶν — S. 357 A. 22.
 Prokurator — S. 212, 223 A. 62; 227 A. 83; 232 fg.
 Protopraxie — S. 371 f.
 Prozesse der Gemeinde — S. 387 f.
 Publikanengesellschaften — S. 403 f.
 publicus — S. 343 A. 2.

 Quarta Falcidia — S. 243.

 Ratio Caesaris — S. 350 A. 6; S. 356 A. 18.
 Rechtsnationalität — S. 114 fg.
 Rechtsformalismus — S. 255.
 Rechtssprache — S. 282.
 Registrierung der Urkunden in Ägypten — S. 313 fg.
 Regula Catoniana — S. 250 A. 59.
 Res litigiosa — S. 237 A. 1; S. 247 A. 47.
 Res Mancipi s. Grofvieh und Mancipatio familiae.
 rescindere — S. 239.
 Res privata (principis) — S. 359 fg.
 revocare — S. 239.
 Rezeption des prätorischen Rechts in das zivile — S. 54 fg.
 Rückwirkung, beim Postliminium — S. 130.
 — nicht bei bedingten Rechtsgeschäften — S. 174—177.

 Sacra hereditaria 7 A. 12.
 Sazertät 24 fg.
 Schenkung — S. 153 f.
 Schwebezustand beim Postliminium — S. 130 f.
 — bei Rechtsgeschäften — S. 170 A. 13.
 Scriptura exterior und interior — S. 299—301.

 Senatusconsultum Ninnianum — S. 241.
 Sepulcra familiaria und hereditaria — S. 102 fg.
 Siegel 298—303.
 Singularsukzession — S. 112 f.
 Societas, bedingte — S. 168.
 — publicanorum — S. 403 f.
 Sodalitas — S. 390 f.
 Solutio per aes et libram — S. 257 fg., 261 fg., 273 fg., 286.
 Sponsio, Herkunft — S. 266 fg.
 — — S. 27 A. 10.
 — — S. 249.
 Statuliber — S. 172.
 Stellvertretung — S. 203 fg.
 Stipulatio s. Sponsio.
 Stipulation mit Resolutivbedingung — S. 179 A. 52.
 Stipulatio post mortem — S. 191.
 Stipulatio praepostera — S. 180 A. 52.
 Supplicium — S. 25 A. 5.
 Synchoreosis — S. 314.
 Syngraphe — S. 307—309.
 Syngraphophylaxurkunde — S. 307 fg.

 Tabulae — S. 292, 297 fg.
 ταμειον — S. 349 A. 6; S. 357 A. 23.
 Termin — S. 190 fg.
 Testament — S. 77 A. 11.
 Testamentserbe, vom Intestaterben rechtlich unterschieden — S. 104 A. 26.
 Testamentsvollstrecker — S. 105 A. 30.
 Triptychon — S. 298.
 Tutela — S. 76.
 Tutoris optio in den latinischen Kolonien — S. 7 A. 10.
 Tutor praetorius — S. 41 A. 4.

 Umbro-samnitische Recht — S. 8.
 Universalsukzession — S. 93 fg.
 Unterschrift — S. 304 fg.
 Urkunde — S. 290 fg.
 — agoranonische — S. 292 A. 4; S. 303.
 — dispositive — S. 291, 294.
 — Zeugniskunde — S. 291, 294 fg.
 Usus — S. 252.

- | | |
|--|--|
| <p>Vectigal — S. 403 A. 53.
 Veräußerungsverbot — S. 253.
 Vermögensstrafen — S. 367.
 Verwaltungsschulden der Beamten
 — S. 363, 367.
 Vindiciae secundum libertatem —
 S. 16 A. 42.
 Vormundschaft, Konsens der Vor-</p> | <p>münder zur Eheschließung — S. 7
 A. 11.
 Wachstafeln — S. 298 fg.
 Willenserklärung, empfangsbedürftige
 — S. 152.
 Zeugen bei Urkunden — S. 295 A. 16;
 299, 302 A. 46; S. 303—4, 307 fg.</p> |
|--|--|
-

Quellenregister.

Aes Salp.

- c. 22 S. 7 A. 10.
- c. 28 S. 5 A. 4.

Auctor ad Herenn.

- 1, 13, 23 S. 80 A. 20; S. 81 A. 23.

Cassiodorus Variarum

- 9, 14, 3 S. 62, A. 1.

Cato de agricult.

- 144, 6—7 S. 48 A. 22.
- 144, 13 S. 20 A. 55b.
- 145, 9 S. 48 A. 22.
- 149, 6 S. 48 A. 22.
- de re rust. praef.
S. 247 A. 47.
- orig. IV
S. 8 A. 14.

Cicero ad Attic.

- 9, 2, 8 S. 41 A. 3.
- 13, 50, 2, S. 209 A. 16.
- de fato
17, 39 S. 47 A. 16.
- de invent.
2, 50, 148 S. 80 A. 20; S. 81 A. 23.
- de legibus
2, 21, 53 S. 263 A. 21.
2, 25, 59 S. 14 A. 35.
- de offic.
3, 31, 111 S. 23 A. 2.
- de part. orat.
37, 129 S. 33 A. 11.
- de republ. IV
S. 31 A. 7.
- pro Balbo
11, 28 S. 126 A. 8.
- pro Caecina
20, 57 S. 234 A. 102.

Cicero pro Roscio com.

- 5, 15 S. 47 A. 18.
- Topica
3, 12 S. 344 A. 13.
5, 28 S. 146 A. 28.
10, 42 S. 233 A. 97.
- tusculanae disput.
5, 41, 120 S. 46 A. 16.
- in P. Vatinius
12, 29 S. 413 A. 79.

Codex Justin.

- 2, 2, 2 S. 103 A. 23.
- 2, 12, 10 S. 327 A. 41.
- 3, 32, 12 S. 187 A. 74.
- 3, 44, 4 S. 103 A. 22.
- 3, 44, 8 S. 103 A. 22.
- 3, 44, 13 S. 103 A. 22.
- 4, 6, 2 S. 201 A. 24.
- 4, 6, 3 S. 254 A. 73.
- 4, 6, 8 S. 201 A. 24.
- 4, 26, 7, 3 S. 224 A. 70.
- 4, 27, 1, 1 S. 216 A. 41.
- 4, 34, 1 S. 335 A. 76.
- 4, 35, 11 S. 327 A. 41.
- 4, 35, 13 S. 327 A. 41.
- 4, 37, 6 S. 168 A. 5.
- 4, 38, 3 S. 201 A. 24.
- 4, 38, 8 S. 187 A. 74.
- 4, 49, 1 S. 187 A. 74.
- 4, 50, 6, 3 S. 217 A. 43.
- 4, 54, 3 S. 186 A. 72_a S. 187
A. 74.
- 5, 17, 1 S. 70 A. 27.
- 5, 39, 4 S. 222 A. 66.
- 5, 51, 2 S. 328 A. 42; S. 334
A. 76.
- 5, 51, 7 S. 335 A. 76.

Codex Justin.

- 5, 53, 2, 1 S. 335 A. 76.
 5, 54, 1 S. 329 A. 42.
 5, 55, 2 S. 334 A. 68; S. 335
 A. 75.
 6, 2, 45, 1 S. 194 A. 1.
 6, 37, 26 S. 192 A. 88.
 7, 8, 2 S. 373 A. 68.
 7, 9, 1, 2 S. 385 A. 29.
 8, 50, 9 S. 134 A. 35.
 8, 53, 10 S. 241 A. 20; S. 306.
 8, 54, 3 pr. S. 201 A. 24.
 11, 40, 1 S. 383 A. 22.

Codex Theodos.

- 8, 12, 4 S. 167 A. 61.

Collatio leg. Mosaicarum et Romanarum

- 10, 2, 3 S. 329 A. 42.

Corpus Inscript. Graec.

- 4957 (Edict des Tiberius Julius
 Alexander) S. 355 A. 18;
 S. 361 A. 28; S. 370 f.

Corpus Inscript. Latin.

- 1, 196 (Sc. de Bacchanal.) S. 398
 A. 35.
 1, 589 S. 392 A. 5.
 2, 25 S. 104 A. 28.
 3, 249 S. 362 A. 31.
 3, 567 S. 386 A. 32; S. 387 A. 37.
 3, 586 S. 387 A. 37.
 3, 749 S. 387 A. 37.
 3, 2882 S. 51 A. 26.
 5, 6422 S. 106 A.
 6, 978 S. 399 A. 39.
 6, 2153 S. 335 A. 22; S. 396 A. 26.
 6, 9404 S. 151 A. 58.
 6, 9626 S. 199 A. 19.
 6, 10173 S. 293 A. 8.
 6, 10231 S. 380 A. 15.
 6, 10234 S. 346 A. 18.
 6, 10235 S. 151 A. 58.
 6, 10246 S. 199 A. 18.
 6, 10296 S. 285 A. 72, S. 380
 A. 15.
 6, 10298 S. 403 A. 51.
 6, 10299 S. 396 A. 22.
 8, 2353 S. 384 A. 27.
 8, 2557 S. 393 A. 11.

Corpus Inscript. Latin.

- 8, 9696 S. 384 A. 27.
 8, 10570 S. 367 A. 45.
 8, 18909 S. 362 A. 31.
 9, 3513 S. 381 A. 17.
 10, 476 S. 380 A. 15.
 10, 477 S. 380 A. 15.
 10, 532 S. 105 A. 29.
 10, 787 S. 392 A. 5.
 10, 5056 S. 377 A. 7.
 10, 5853 S. 381 A. 17.
 10, 8038 S. 387 A. 37.
 11, 5182 S. 387 A. 37.
 14, 375 S. 381 A. 16.
 14, 376 S. 381 A. 16.
 14, 523 S. 105 A. 29.
 14, 1357 S. 105 A. 29.
 14, 2112 S. 21 A. 55d; S. 397
 A. 30.
 15, 1622 S. 360 A. 27.
 15, 1633 S. 360 A. 27.
 15, 1634 S. 360 A. 27.
 15, 1649 S. 360 A. 27.
 15, 1650 S. 360 A. 27.
 15, 2318 S. 360 A. 27.
 15, 7333 S. 360 A. 27.

Digesta

- 1, 1, 6 pr. S. 63 A. 3b.
 1, 2, 2, 12 S. 33 A. 11.
 1, 7, 29 S. 280 A. 50.
 2, 3, 19 pr. S. 330 A. 43.
 2, 4, 10 pr. S. 373 A. 68.
 3, 3, 63 S. 235 A. 104.
 3, 3, 67 S. 215 A. 37.
 3, 4, 1 pr. S. 396 A. 25 S. 401,
 404.
 3, 4, 1, 1 S. 396 A. 25, S. 399 f.
 3, 4, 6, 1 S. 388 A. 41.
 3, 5, 7, 1 S. 388 A. 41.
 3, 5, 18, 1 S. 331 A. 46.
 3, 5, 20 pr. S. 123 A. 10.
 3, 5, 30 pr. S. 227 A. 83.
 4, 2, 9, 3 S. 403 A. 51.
 4, 2, 21, 3 S. 245 A. 34.
 4, 3, 18, 5 S. 320 A. 19.
 5, 3, 20, 6a S. 353 A. 10.
 5, 3, 20, 7 S. 353 A. 10.
 5, 3, 50, 1 S. 198 A. 11.
 6, 1, 15, 3 S. 91 A. 59.

Digesta

- 6, 1, 39, 1 S. 208 A. 13; S. 209 A. 16.
 6, 1, 41 pr. S. 188 A. 78.
 6, 1, 41, 1 S. 208 A. 13.
 6, 3, 3 S. 382 A. 18.
 7, 1, 12, 2 S. 164 A. 47.
 7, 1, 12, 5 S. 187 A. 73.
 7, 1, 25, 1 S. 187 A. 73; S. 275 A. 71 a.
 7, 1, 38 S. 164 A. 47.
 7, 1, 56 S. 377 A. 5.
 8, 1, 12 S. 384 A. 25.
 8, 4, 17 S. 158 A. 20.
 8, 6, 11, 1 S. 173 A. 26.
 9, 4, 22 pr. S. 288 A. 86.
 10, 2, 25, 6 S. 332 A. 54.
 10, 4, 9, 4 S. 327 A. 41 S. 328 A. 42.
 11, 7, 6 S. 103 A. 22.
 12, 1, 27 S. 383 A. 23.
 12, 4, 3, 9 S. 195 A. 3.
 12, 6, 47 S. 63 A. 3 c.
 12, 6, 64 S. 63 A. 3 b.
 13, 5, 5, 8 S. 229 A. 85 a; S. 383 A. 21.
 13, 6, 4 S. 263 A. 21.
 13, 6, 5, 3 S. 330 A. 43.
 13, 6, 18 pr. S. 332 A. 53.
 13, 7, 11, 6 S. 213 A. 31.
 13, 7, 11, 7 S. 235 A. 104.
 13, 7, 13 pr. S. 189; S. 209 A. 16.
 14, 4, 5, 18 S. 187 A. 73.
 14, 6, 15 S. 389 A. 47.
 16, 2, 32 S. 326 A. 40; S. 328 A. 42; S. 332.
 16, 3, 11 S. 331 A. 44.
 16, 3, 31 S. 63 A. 3 b.
 17, 1, 10, 1 S. 327 A. 41.
 17, 1, 59, 5 S. 193 A. 91.
 17, 2, 33 S. 408.
 17, 2, 35 S. 330 A. 43.
 17, 2, 36 S. 330 A. 43.
 17, 2, 52, 2 S. 330 A. 43.
 17, 2, 59 S. 409 f., 412.
 17, 2, 63, 8 S. 409 f.
 17, 2, 65, 9 S. 330 A. 42.
 17, 2, 72 S. 330 A. 43.
 18, 1, 34, 1 S. 63 A. 3 b.

Digesta

- 18, 1, 50 S. 381 A. 17.
 18, 1, 53 S. 186 A. 73.
 18, 2, 1 S. 179 A. 49.
 18, 3, 5 S. 184 A. 67.
 19, 1, 38, 1 S. 48 A. 20.
 19, 2, 53 S. 382 A. 18.
 19, 5, 5, 3 S. 319.
 19, 5, 15 S. 148 A. 38 a. E.
 19, 5, 16 pr. S. 202 A. 32.
 20, 6, 1 S. 164 A. 49.
 21, 1, 1 pr. S. 55 A. 37.
 21, 1, 20, 2 S. 321 A. 22.
 21, 1, 43, 9 S. 175 A. 39.
 21, 2, 39, 1 S. 208 A. 16.
 21, 2, 72 S. 286 A. 74.
 23, 1, 18 S. 206.
 23, 2, 51, 1 S. 71 A. 32; S. 211 A. 23.
 23, 3, 9 pr. S. 201 A. 24.
 23, 3, 9, 1 S. 169 A. 6.
 23, 3, 17 pr. S. 332 A. 53.
 23, 3, 36 S. 274 A. 37.
 23, 3, 38 S. 274 A. 37.
 23, 3, 41, 4 S. 274 A. 37.
 23, 3, 72, 1 S. 332 A. 53.
 24, 1, 11, 3 S. 177 A. 42.
 24, 1, 13, 2 S. 200 A. 22.
 24, 1, 57 S. 294.
 24, 1, 63 S. 200 A. 62.
 24, 2, 6 S. 132 A. 20.
 24, 3, 18, 1 S. 332 A. 54.
 24, 3, 24, 5 S. 332 A. 53.
 26, 1, 6 pr. S. 280 A. 50.
 26, 2, 32, 2 S. 288 A. 39.
 26, 5, 4 S. 51 A. 26.
 26, 8, 13 S. 280 A. 50.
 26, 7, 7 pr. S. 328 A. 42.
 26, 7, 7, 2 S. 334 A. 68.
 26, 7, 32, 2 S. 329 A. 42.
 26, 7, 32, 3 S. 329 A. 42.
 26, 7, 33 pr. S. 329 A. 42.
 26, 7, 39, 7 S. 329 A. 42.
 26, 7, 39, 11 S. 328 A. 42.
 26, 7, 57 pr. S. 329 A. 42.
 26, 9, 2 S. 213 A. 31; S. 222 A. 60.
 26, 9, 5 pr. S. 224 A. 68.
 26, 9, 9 pr. S. 222 A. 60.

Digesta

- 26, 10, 7, 1 S. 334 A. 68.
 27, 1, 17, 1 S. 64 A. 5.
 27, 3, 1 pr. S. 322 A. 29 S. 328
 A. 42.
 27, 8, 4 S. 329 A. 42.
 27, 9, 2 S. 373 A. 68.
 27, 10, 10 pr. S 85 A. 33.
 27, 10, 17 S. 211 A. 23.
 28, 3, 16 S. 171 A. 14.
 28, 4, 3 S. 353 A. 10.
 28, 5, 45 S. 195 A. 3; S. 196
 A. 5.
 28, 7, 8, 7 S. 199 A. 17.
 30, 96, 1 S. 353 A. 10.
 30, 109, 1 S. 88 A. 41.
 31, 89, 4 S. 151 A. 55.
 31, 89, 7 S. 88 A. 41.
 32, 11, 21 S. 90 A. 54.
 32, 21 pr. S. 280 A. 50.
 32, 38 pr. S. 415 A. 3.
 32, 64 S. 294 A. 11.
 33, 1, 7 S. 198 A. 11 u. 14.
 33, 2, 1 S. 84 A. 33.
 33, 2, 8 S. 377 A. 5.
 34, 5, 20 S. 399.
 34, 9, 12 S. 353 A. 10.
 35, 1, 6, 1 S. 172 A. 17.
 35, 1, 7, 1 S. 199 A. 16.
 35, 1, 18, 1 S. 199 A. 16.
 35, 1, 41 S. 178 A. 46.
 35, 1, 82 S. 294 A. 11.
 35, 2, 84 S. 328 A. 42.
 35, 3, 1, 2 S. 328 A. 42.
 36, 1, 23, 3 S. 332 A. 53.
 36, 1, 87, 3 S. 206 A. 8.
 37, 7, 8 S. 195 A. 3.
 38, 1, 37 pr. S. 59 A. 51.
 38, 3, 1, 1 S. 379.
 38, 8, 1, 2 S. 58 A. 47.
 39, 4, 9, 4 S. 409 A. 69.
 39, 5, 2 pr. S. 162 A. 39.
 39, 5, 2, 2 S. 165.
 39, 5, 2, 3 S. 165.
 39, 5, 2, 7 S. 200 A. 22.
 39, 5, 6 S. 212 A. 28.
 39, 5, 13 pr. § 1 S. 201.
 39, 5, 18, 2 S. 163 A. 44.
 39, 5, 21, 1 S. 156 A. 16; S. 165.

Digesta

- 39, 5, 28 S. 202 A. 32.
 39, 6, 14 S. 181 A. 58.
 39, 6, 29 S. 181 A. 53; S. 189
 A. 78 a, A. 80.
 40, 1, 9 S. 56 A. 42.
 40, 1, 10 S. 373 A. 68.
 40, 1, 13 S. 210 A. 18.
 40, 1, 15 S. 169 A. 7.
 40, 2, 4 pr. S. 211 A. 23.
 40, 2, 4, 1 S. 242 A. 20.
 40, 2, 8 S. 286 A. 77.
 40, 2, 10 S. 211 A. 23.
 40, 2, 18, 2 S. 211 A. 23.
 40, 2, 12 S. 211 A. 23.
 40, 3, 1 S. 399.
 40, 5, 36, 6 S. 209 A. 17.
 40, 5, 41, 2 S. 108 A. 30.
 40, 7, 1 S. 244 A. 27.
 40, 9, 9 pr. S. 246 A. 38.
 40, 9, 9, 2 S. 56 A. 42.
 40, 9, 15, 1 S. 211 A. 23; S. 242
 A. 20.
 40, 9, 27, 1 S. 281 A. 54.
 40, 12, 28 S. 242 A. 20.
 40, 13, 2 S. 246.
 41, 1, 9, 4 S. 208 A. 13.
 41, 1, 20, 2 S. 212 A. 29.
 41, 1, 41 S. 384 A. 27.
 41, 2, 1, 20 S. 213 A. 31.
 41, 4, 14 S. 208 A. 15.
 42, 1, 7 S. 175 A. 38; S. 290
 A. 94.
 42, 1, 31 S. 388 A. 45.
 42, 5, 29 S. 384 A. 27.
 43, 8, 2, 4 S. 360 A. 27; S. 369
 A. 54.
 43, 9, 1 pr. S. 407 A. 63.
 43, 24, 11 S. 384 A. 27.
 44, 1, 23 S. 384 A. 27.
 44, 4, 5, 5 S. 156 A. 16; S. 166.
 44, 6, 3 S. 247 A. 47.
 44, 7, 1, 5 S. 333 A. 56.
 44, 7, 5 S. 146 A. 29.
 44, 7, 11 S. 203 A. 1; S. 217
 A. 43.
 44, 7, 35, 1 S. 383 A. 19.
 44, 7, 42 pr. S. 175 A. 36.
 44, 7, 44, 1 S. 192 A. 88.

Digesta

- 44, 7, 44, 2 S. 179 A. 52.
 45, 1, 1, 4 S. 284 A. 64.
 45, 1, 38, 17 S. 203 A. 1.
 45, 1, 45, 2 S. 191 A. 84.
 45, 1, 59 S. 176 A. 40.
 45, 1, 83, 5 S. 250 A. 59.
 45, 1, 126, 2 S. 216 A. 41.
 45, 1, 137, 6 S. 250 A. 39.
 45, 3, 3 S. 384 A. 25.
 46, 1, 68, 1 S. 373 A. 68.
 46, 3, 67 S. 263 A. 21.
 46, 3, 95, 1 S. 319 A. 14.
 46, 3, 80 S. 273 A. 34.
 46, 4, 13 pr. S. 60 A. 59; S. 274 A. 37.
 46, 4, 13, 6 S. 177 A. 43.
 46, 4, 13, 10 S. 218 A. 46.
 46, 4, 14 S. 290 A. 94.
 47, 2, 54, 3 S. 327 A. 42; S. 328 A. 42.
 47, 2, 55, 5 S. 219 A. 51.
 47, 2, 57, 4 S. 81.
 47, 2, 82 S. 348 A. 2; S. 387 A. 36.
 47, 2, 83, 3 S. 294 A. 9.
 47, 3, 2, 22 S. 85 A. 33.
 47, 22, 1 pr. S. 398 A. 31.
 47, 22, 3 S. 346 A. 19.
 47, 22, 4 S. 395.
 48, 1, 6 S. 368 A. 49.
 48, 13, 5, 4 S. 348 A. 2; S. 387 A. 31.
 48, 18, 1, 6 S. 77 A. 11; S. 287 A. 85.
 48, 20, 5, 1 S. 70 A. 27.
 49, 1, 23 S. 51 A. 26.
 49, 14, 3, 10 S. 356 A. 18.
 49, 14, 6 pr. S. 372.
 49, 14, 6, 1 S. 355 A. 18.
 49, 14, 15, 5 S. 353 A. 10.
 49, 14, 21 S. 373 A. 68.
 49, 14, 28 S. 373 A. 68.
 49, 14, 47 pr. S. 373 A. 68.
 49, 15, 5, 3 S. 126 A. 8.
 49, 15, 8 S. 132.
 49, 15, 22, 2 S. 134 A. 35.
 50, 4, 6, 1 S. 382 A. 18.
 50, 6, 6, 10 S. 373 A. 68.

Digesta

- 50, 8, 3 S. 382 A. 18.
 50, 8, 5 pr. S. 382 A. 18.
 50, 8, 5, 1 S. 224 A. 68; S. 228, 229, 383 A. 19—21, A. 24.
 50, 8, 8 S. 322 A. 29.
 50, 8, 11 pr. § 1 S. 383 A. 18.
 50, 10, 5, 1 S. 368.
 50, 12, 3, 1 S. 163 A. 42.
 50, 16, 5 pr. S. 74 A. 2.
 50, 16, 16 S. 348 A. 2.
 50, 16, 131 S. 321 A. 22.
 50, 16, 213, 2 S. 335 A. 78.
 50, 16, 214 S. 154 A. 5.
 50, 16, 226 S. 335 A. 78.
 50, 17, 77 S. 169.

Dionysius Halicarnassensis Ant. Rom.

- 6, 1 S. 8 A. 13.
 6, 26 S. 99 A. 13.
 8, 80 S. 95 A. 7.

Dittenberger Sylloge²

- 533 S. 64 A. 5.

Festus v. Sacratae

- S. 25 A. 5.

Fragmentum Berolin. de dediticiis.

- S. 125 A. 46.

Fragmentum de jure fisci

- 8 S. 237 A. 1.

Frontinus de controuv. agror.

- 56, 20 S. 392 A. 5.

Gaius

- 2, 64 S. 210 A. 18; S. 234 A. 100.
 2, 85 S. 66 A. 9.
 2, 145 S. 238 A. 5.
 2, 195 S. 78 A. 14; S. 377 A. 4.
 3, 84 S. 99.
 3, 102 S. 284 A. 64.
 3, 119 S. 27 A. 10.
 3, 120 S. 115 A. 2; S. 119 A. 2.
 3, 123 S. 152 A. 61.
 3, 124 S. 176.
 3, 146 S. 168 A. 3.
 3, 171 S. 66 A. 9.
 3, 176 S. 249 A. 57.
 3, 179 S. 249 A. 57.
 4, 11 S. 56 A. 43.
 4, 29 S. 34 A. 13.

Gaius von Autun

4, 81 f. S. 28 A. 11.

Gellius Noctes Atticae

4, 3 S. 53 A. 31.

4, 4 pr. sq. S. 7 A. 13.

4, 4, 2 S. 270 A. 33.

Hypereides s. Pollux.**Institutiones Justin.**

2, 1, 41 S. 185 A. 71; S. 270.

3, 13, 1 S. 54 A. 33.

3, 15, 3 S. 193 A. 90.

3, 19, 5 S. 284 A. 64.

3, 19, 14 S. 180 A. 52.

Inscr. Graecae Sic. et Italiae ed.Kaibel n^o 645 (tabula Heracleensis)

1 l. 108, 109 S. 19 A. 55a.

Lex agraria v. J. 643

S. 104 A. 27; S. 343 A. 11.

Lex Rubria

c. 20 l. 31 S. 117 A. 15.

Livius

2, 23 S. 99 A. 13.

4, 9 S. 7 A. 11; S. 42 A. 4.

26, 15, 9 S. 144 A. 22.

26, 16, 3 S. 144 A. 22.

34, 4 S. 154 A. 9.

41, 8 S. 119 A. 24.

Ostraka ed. Wilcken (nach der dortigen Zählung)

329 S. 407 A. 63.

334 S. 407 A. 63.

545 S. 407 A. 63.

Papyri**Amherst.**

31 S. 358 A. 24; S. 368 A. 52.

43 S. 306 A. 36.

77 S. 356 A. 22.

90 S. 231 A. 92.

92 S. 407 A. 62.

— Berliner

86 S. 302 A. 46, 47.

106 S. 357 A. 23.

114 S. 245 A. 38.

156 S. 357 A. 23.

260 S. 309 A. 70.

326 S. 106 A., S. 295 A. 14 u. 16.

603 S. 215 A. 39.

619 S. 310 A. 72; S. 374 A. 69.

Papyri Berliner

622 S. 361 A. 28.

813 S. 309 A. 70.

919 S. 373 A. 67; S. 374 A. 69.

929 S. 368 A. 52.

976 S. 356 A. 20.

977 S. 356 A. 20.

979 S. 356 A. 20.

980 S. 356 A. 20.

989 S. 309 A. 70.

992 S. 358 A. 24.

— British Mus.

229 (Kaufvertrag aus Seleukeia).

S. 296 A. 16.

— Corp. Pap. Rain.

6 S. 373 A. 67.

136 S. 373 A. 67.

156 S. 373 A. 67.

— Florentin.

75 S. 231 A. 92.

— Genf.

10 S. 301 A. 40.

— Lips.

3 S. 312 A. 80.

4 S. 311 A. 78.

5 S. 311 A. 78.

9 S. 282 A. 59; S. 373 A. 67.

38 l. 13—14 S. 283 A. 63.

— Lond.

214 S. 369 A. 55, S. 375 A. 75.

335 S. 369.

470 S. 66 A. 9, S. 265 A. 24.

— von Magdola, Bull. de corr. hell.

1902 S. 116 XII

S. 303 A. 51.

— Oxyrhynch.

57 S. 356 A. 22.

95 S. 310 A. 72.

133 S. 226 A. 75.

135 S. 226 A. 75.

136 S. 226 A. 75.

489 S. 302 A. 45, 46.

705 Col. III S. 416 A. 11.

712 S. 373 A. 67.

721 S. 358 A. 24.

— Petrie

1 n. 16, 2 l. 24 S. 17 A. 49.

— Revenue-Laws

S. 407 A. 65.

- Papyri Tebryn.**
 1 n. 5 l. 99 S. 18 A. 49.
 382 S. 309 A. 70.
 386 S. 309 A. 70.
- Paulus sentent. rec.**
 1, 7, 10 S. 245 A. 35.
 2, 31, 32 S. 294 A. 9.
 3, 4a, 13 S. 283 A. 60.
 3, 6, 91a S. 253 A. 69.
 4, 1, 15 S. 88 A. 41.
 4, 13, 1 S. 167 A. 1 S. 195 A. 3.
 5, 8 S. 236 A. 109.
 5, 12, 6 S. 374 A. 71.
 5, 25, 5 S. 294 A. 9.
 5, 25, 6 S. 299 A. 27 u. 31.
- Plautus Pseudol.**
 2, 2, 34—35 S. 142 A. 17.
- Plinius Epist.**
 7, 18 S. 416 A. 9, 10.
- Pollux**
 2, 152 S. 296 A. 17.
- Quintilianus Instit. Oratoriae**
 7, 4, 35 S. 327 A. 42.
- Scholia Sinaitica**
 42 S. 278 A. 46.
- Seneca de beneficiis**
 7, 6, 3 S. 351 A. 7.
- Stadtrecht von Gortyn**
 1, 1—13 S. 19 A. 55a.
- Tacitus, Annales**
 S. 353 A. 10.
- Ulpianus Fragmenta**
 11, 27 S. 65 A. 9.
 24, 28 S. 377 A. 4.
- Varro de ling. lat.**
 7, 105 S. 137 f.
- Vaticana fragmenta**
 1 S. 155 A. 12.
 51 S. 209 A. 16.
 168 S. 37 A. 24; S. 71 A. 28.
 194 S. 70 A. 28.
 259 S. 120 A. 29.
 263 S. 155 A. 12.
 266 S. 162, 166 A. 57.
 286 S. 201 A. 24 S. 203 A. 34.
 283 S. 164 A. 47 S. 192 A. 88.
 293 S. 155 A. 12.
 307 S. 155 A. 12.
 310 S. 70 A. 23.
 328 S. 215 A. 37.
- Vita Severi Alexandri**
 c. 33 S. 347 A. 21.