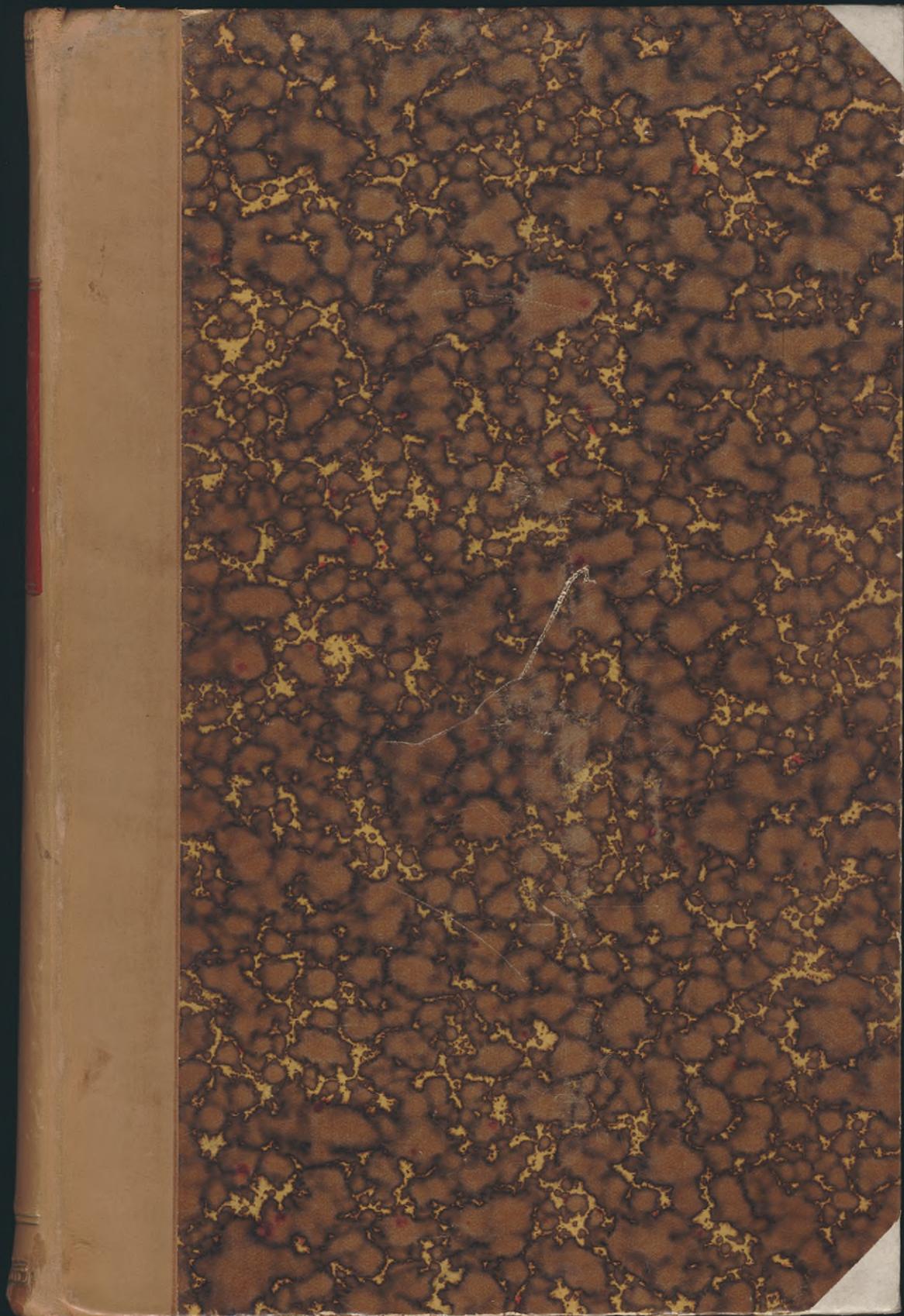


Det här verket har digitaliserats vid Göteborgs universitetsbibliotek.
Alla tryckta texter är OCR-tolkade till maskinläsbar text. Det betyder att du kan söka och kopiera texten från dokumentet. Vissa äldre dokument med dåligt tryck kan vara svåra att OCR-tolka korrekt vilket medför att den OCR-tolkade texten kan innehålla fel och därför bör man visuellt jämföra med verkets bilder för att avgöra vad som är riktigt.

This work has been digitised at Gothenburg University Library.
All printed texts have been OCR-processed and converted to machine readable text.
This means that you can search and copy text from the document. Some early printed books are hard to OCR-process correctly and the text may contain errors, so one should always visually compare it with the images to determine what is correct.





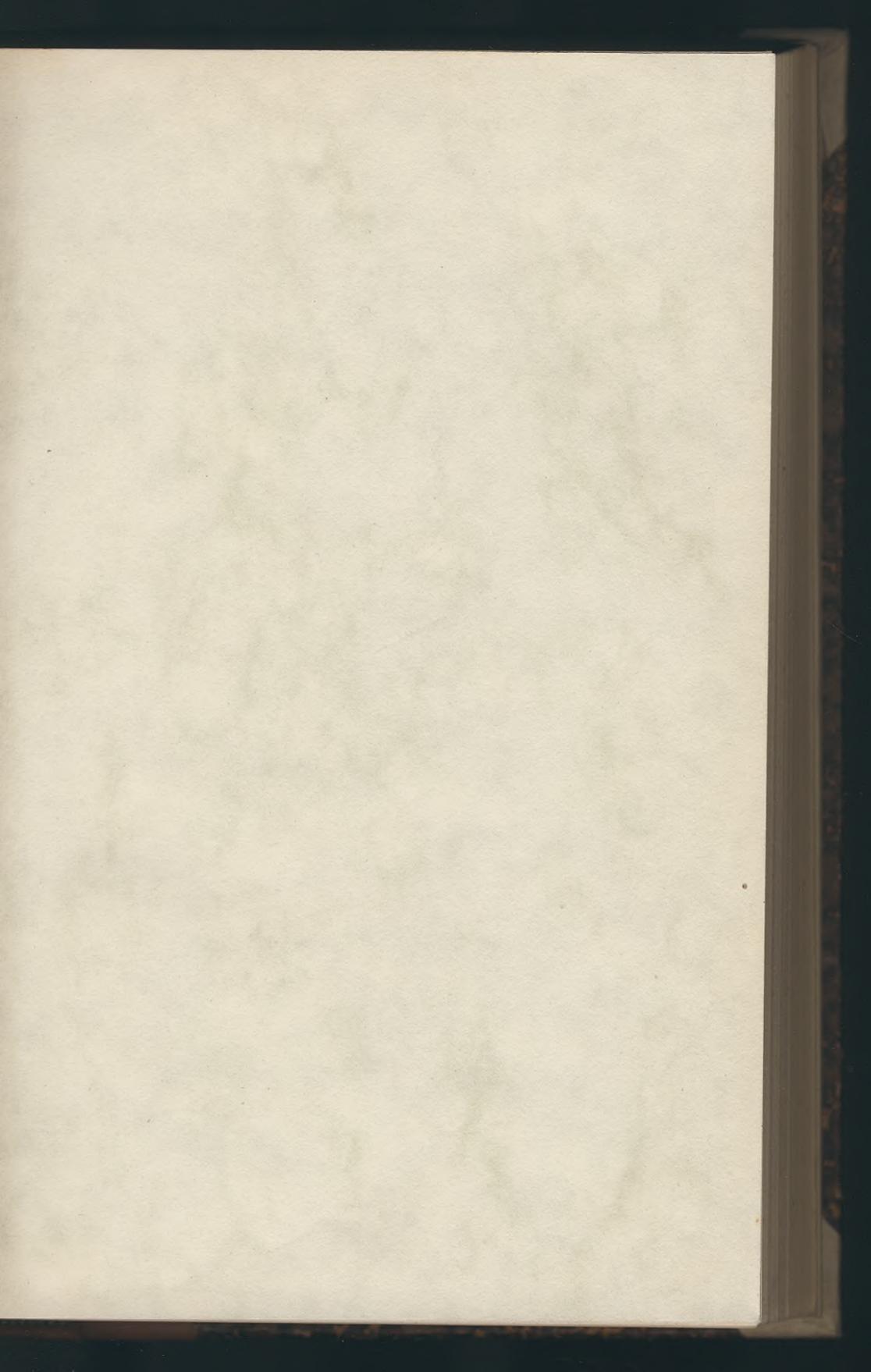


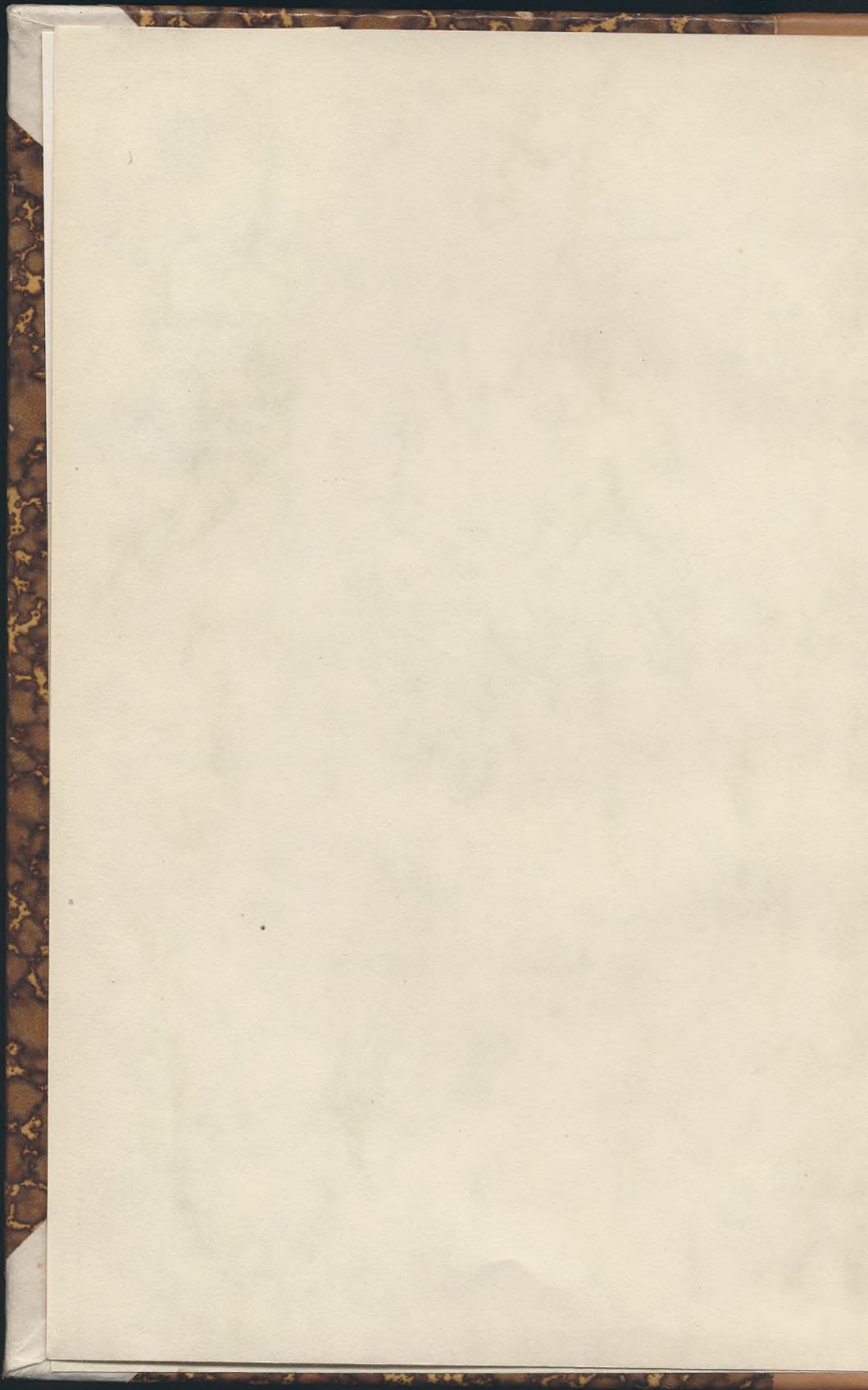
Centralbiblioteket

Acta

Sv.

Uppsala. K. huma-
nistiska veten-
skapssamfundet





Uppsala

Acta
Sv.

S K R I F T E R

UTGIVNA AV

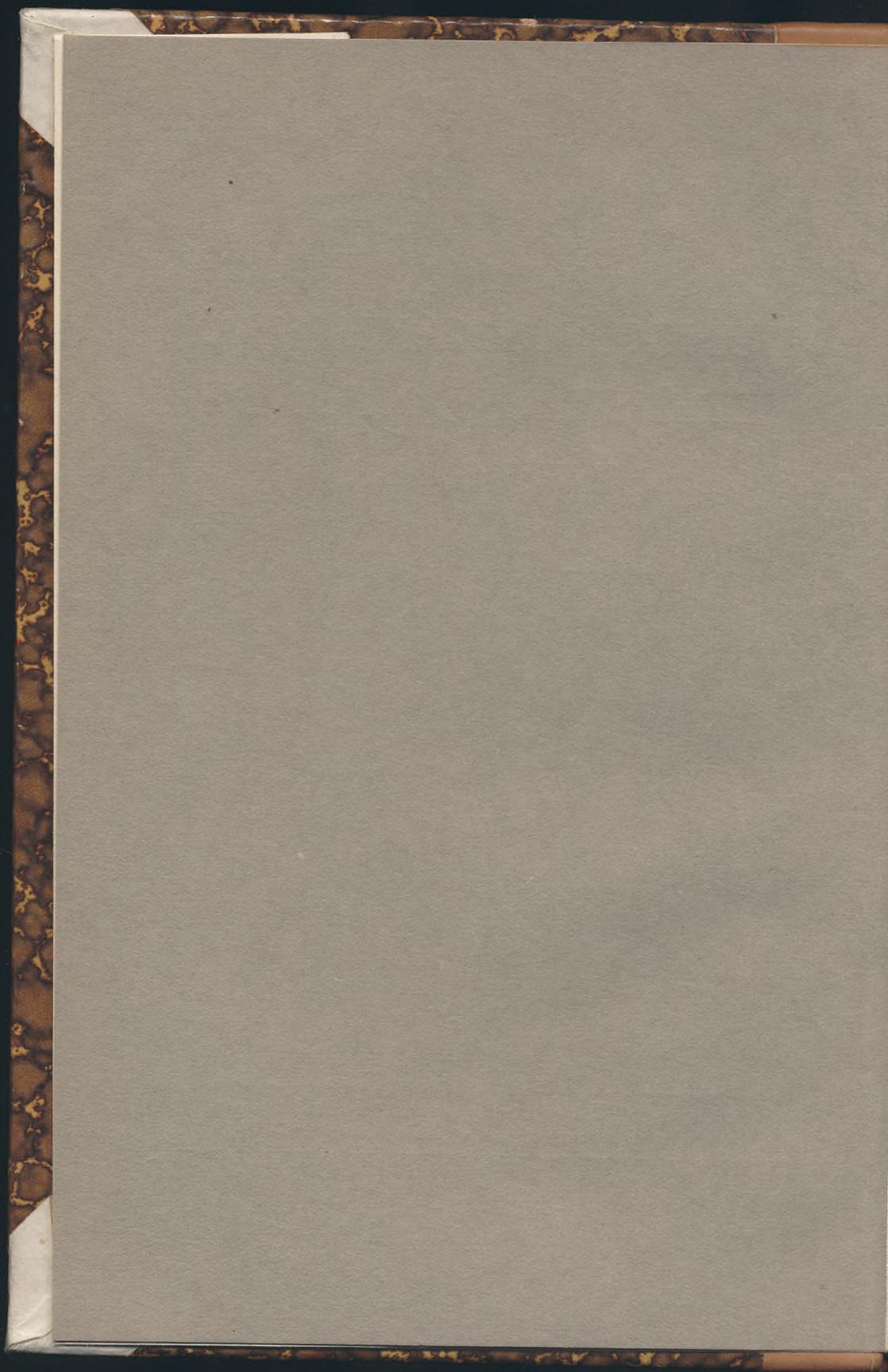
KUNGL. HUMANISTISKA
VETENSKAPSSAMFUNDET
I UPPSALA



Band 35

UPPSALA. ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.B.
LEIPZIG. OTTO HARRASSOWITZ





S K R I F T E R

UTGIVNA AV

KUNGL. HUMANISTISKA
VETENSKAPSSAMFUNDET
I UPPSALA



Band 35

UPPSALA. ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.-B.
LEIPZIG. OTTO HARRASSOWITZ



UPPSALA 1941

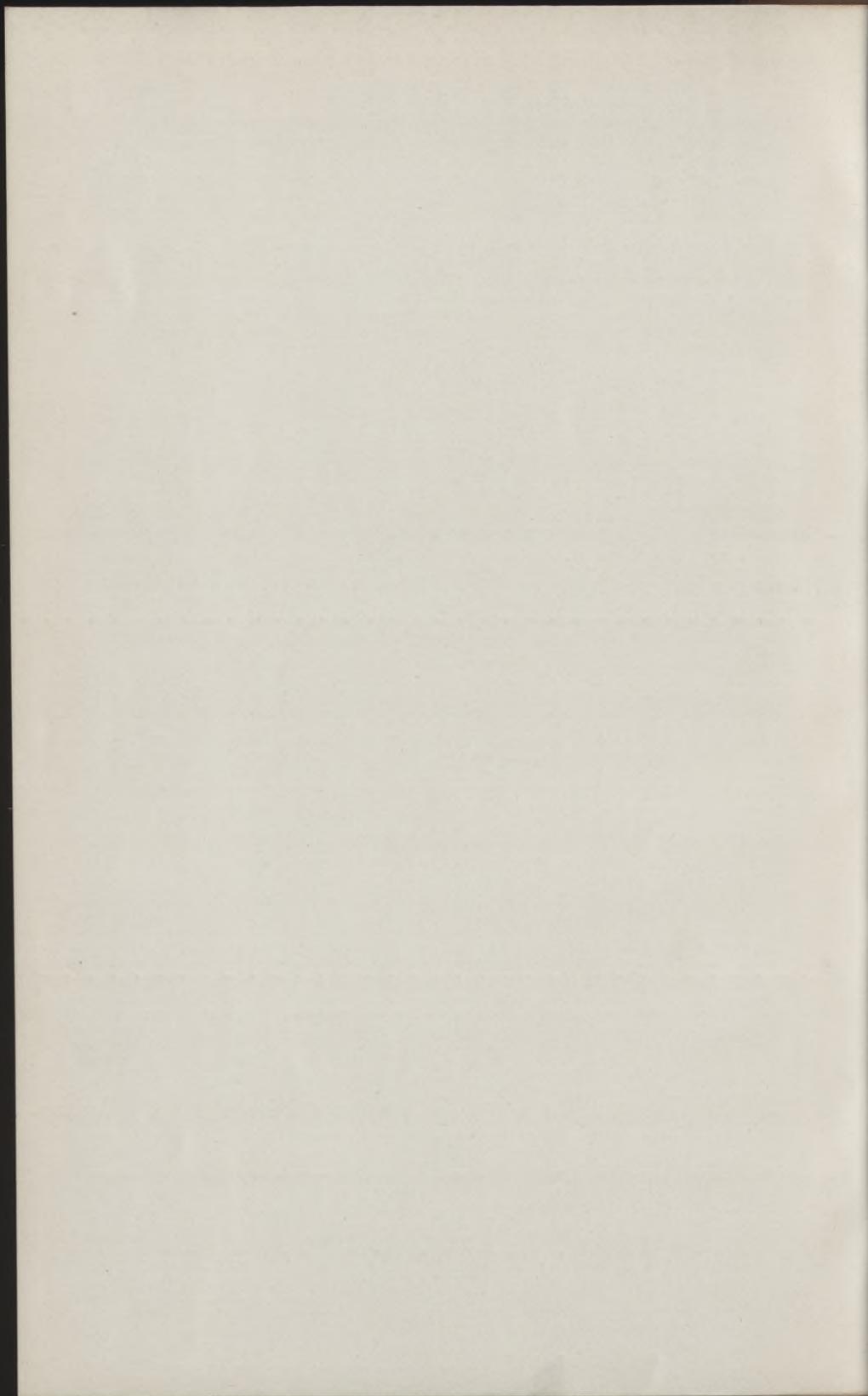
ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.-B.

3965



INNEHÅLL

HÄGERSTRÖM, AXEL, Der römische Obligationsbegriff im Lichte
der allgemeinen römischen Rechtsanschauung. II.



DER RÖMISCHE OBLIGATIONSBEGRIFF

IM LICHT DER ALLGEMEINEN
RÖMISCHEN RECHTSANSCHAUUNG

II.

ÜBER DIE VERBALOBLIGATION

VON

AXEL HÄGERSTRÖM



UPPSALA
ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.-B.

LEIPZIG
OTTO HARRASSOWITZ

HERAUSGEGEBEN MIT
GELDLICHER UNTERSTÜTZUNG DURCH
DEN SCHWEDISCHEN STAAT
HUMANISTISKA FONDEN
HUMANISTISKA VETENSKAPSSAMFUNDET
I UPSALA
VILHELM EKMANS UNIVERSITETSFOND

Printed in Sweden

UPPSALA 1941
ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.-B.
3965

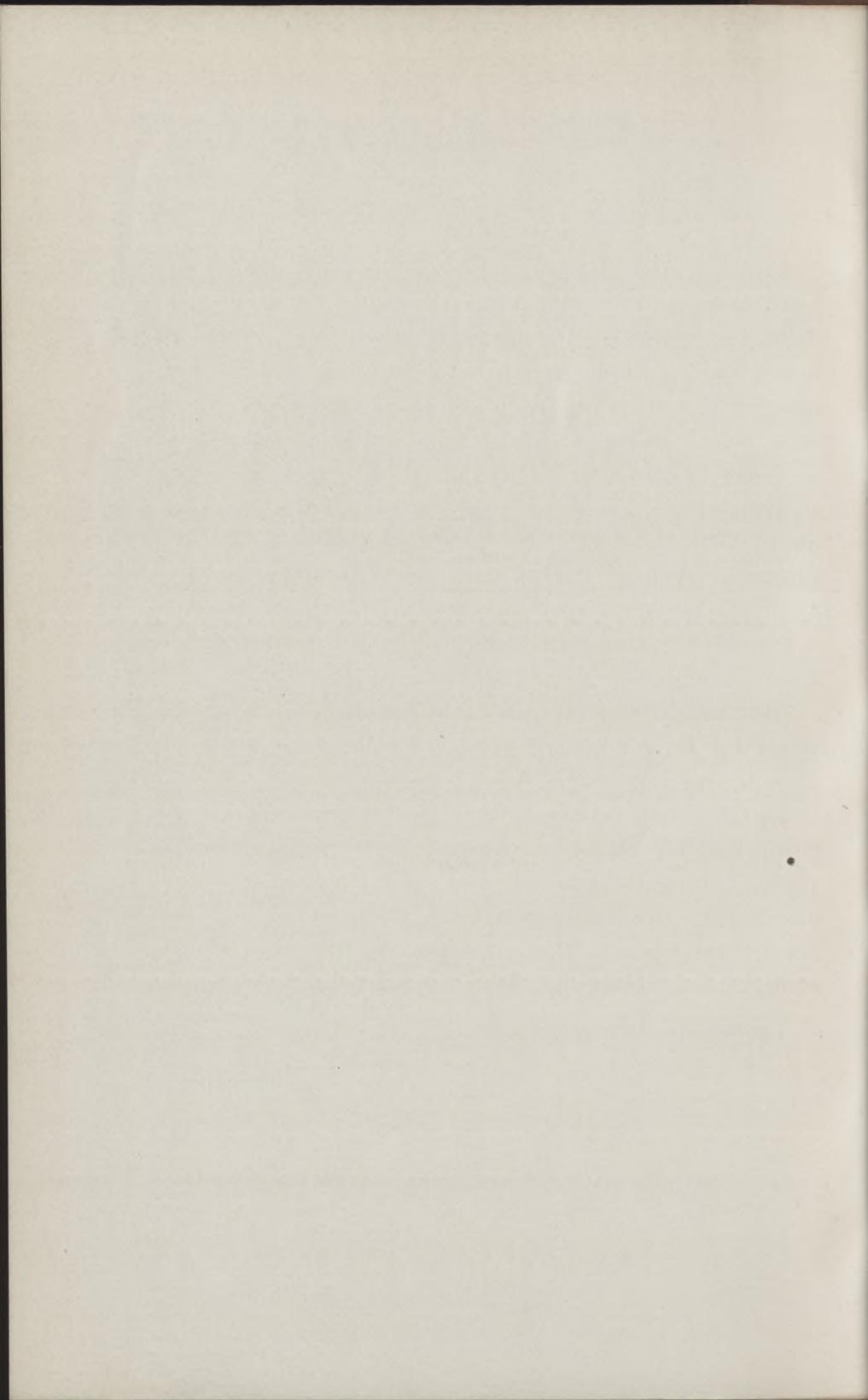
Professor Axel Hägerström gab auf seinem Sterbebett dem Unterzeichneten den Auftrag, die Herausgabe des vorliegenden Teiles seines Werkes „Der römische Obligationsbegriff“ zu besorgen. Beim Tode des Verfassers lag die Arbeit im wesentlichen in einem Manuskript vor, das für den Druck durchzusehen Hägerström nicht mehr die Zeit gehabt hatte. Die Durchsicht, die sich zur Kontrolle der Quellenhinweise und der zitierten Quellenstellen als nötig erwies, konnte ich wegen meines Reichstagsmandates nicht selbst übernehmen. Ich wandte mich daher an Dr. Karl Olivecrona, Professor Juris in Lund, der den Auftrag übernahm. Damit kam die Ausgabe in bessere Hände, da Professor Olivecrona sowohl mit romanistischen Methoden wie mit den betreffenden Untersuchungen Hägerströms vertrauter ist als ich.

Mit der Ordnung des viele Schwierigkeiten bietenden Manuskripts hat Dr. Martin Fries, Dozent für praktische Philosophie, Uppsala, eine zeitraubende Arbeit ausgeführt.

Als ich den Auftrag übernahm, fehlte trotz bereits zugewiesener bedeutender öffentlicher Beiträge noch ein Betrag von ung. Kr. 4,000: — zu den Druckkosten. Für die Bereitwilligkeit, mit der der Chef des Unterrichtsministeriums, Herr Minister Dr. Gösta Bagge, den genannten Betrag aus Staatsmitteln zur Verfügung stellte, habe ich meinen ergebenen Dank zum Ausdruck zu bringen.

Uppsala, im Dezember 1940.

V. Lundstedt.



Bei dem Tode des Verfassers waren die vier ersten Bogen der Beilagen schon gedruckt. Weiter lagen von den Beilagen die Bogen 5—10 und vom Text die Bogen 1—7 in Korrektur vor. Die Korrekturen waren von Professor Hägerström schon geprüft, augenscheinlich jedoch nicht abschliessend.

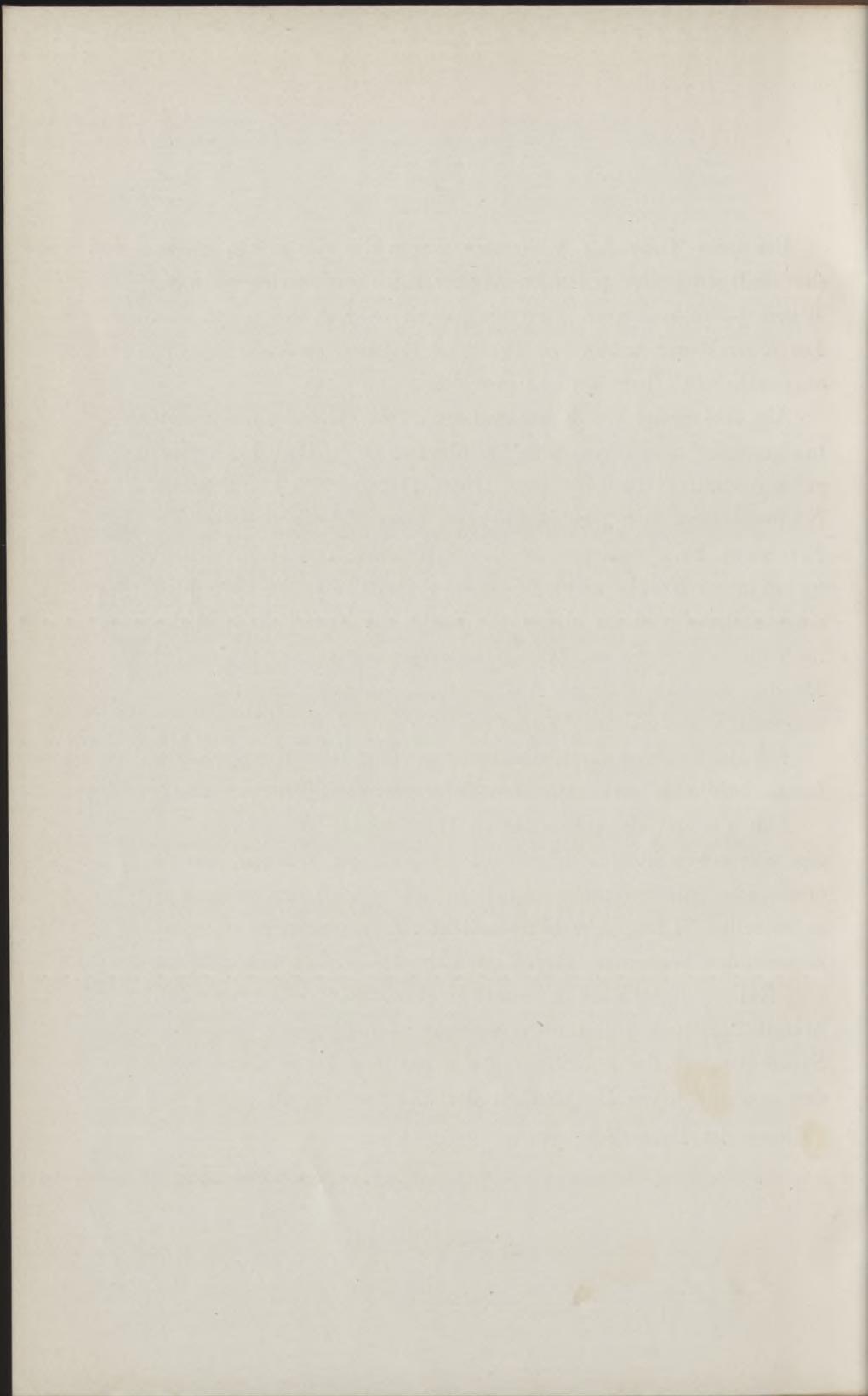
Als Beilage 25 wurde der Aufsatz „Tab. III, 1—3 des Zwölf-tafelgesetzes“ aus „Symbolae Philologicae O. A. Danielsson octogenario dicatae“ neugedruckt. Unter Hägerströms literarischem Nachlass fand sich das Manuskript einer Erwiderung auf die Rezension Fr. Sommers in der kritischen Vierteljahresschrift 63 (1934). Ich weiss nicht, ob dieser Aufsatz je an die Zeitschrift eingesandt worden ist. Jedenfalls stellte die Zeitschrift bald danach ihr Erscheinen an. (Das Manuskript war Juni 1934 datiert.) Da der Aufsatz wichtige Ausführungen enthält, schien es mir angebracht, ihn als eine Beilage drucken zu lassen (Beilage 26).

Bei der Prüfung der Korrekturen war mir Herr Ernst Blauert, Lund, behilflich. Ich sage ihm dafür meinen herzlichen Dank.

Um die gewaltige Produktion Hägerströms auf dem Gebiet des römischen Rechts leichter zugänglich zu machen, war es erwünscht, für sämtliche Schriften Sach- und Quellenregister aufzustellen. Diese sehr beträchtliche Arbeit wurde in entgegenkommender Weise von Herrn Dr. Erland Ehnmark, Privatdozent der Religionsgeschichte an der Universität Upsala, und Dr. Margit Särström, Lund, unternommen. Dr. Ehnmark stellte das Sachregister fertig, Dr. Särström das Quellenregister. Beide werden hoffentlich die Dankbarkeit der Leser erwerben.

Lund, im Dezember 1940.

Karl Olivecrona.



INHALTSVERZEICHNIS.

	Seite
A. <i>Die Legatsobligation</i>	1
Liegt die Kraft, welche die Legatsobligation und überhaupt die Rechtsfolgen des Testamentes hervorbringt, im Willen oder in den Worten des Testators?	
§ 1. Der Wille wird bei der Auslegung beachtet einerseits durch die Interpretierung der Worte in ihrem Zusammenhang, andererseits durch Theorien darüber, was in besonderen Fällen als wirklich gesagt angesehen werden darf	1
§ 2. Die prinzipielle Kraft der Worte, beleuchtet durch die verschiedene Behandlung der Erbeinsetzung <i>ex certa re</i> im zivilen und im militären Testament	14
§ 3. Zusammenfassende Darstellung und Vergleich	18
§ 4. Der geschichtliche Grund der Anschauung, dass die Worte, nicht der angekündigte Wille des Testators, die rechtserzeugende Kraft besitzen, liegt in der Betrachtung des Testators als Gesetzgeber durch <i>uerba ciuilia</i>	22
B. <i>Die eigentliche Verbalobligation — die im Verkehr inter uiuos</i>	37
Liegt die rechtserzeugende Kraft in den Worten oder im darin hervortretenden einstimmigen Willen der Parteien?	
§ 5. Beweis für den Primat der Worte bei der Auslegung unter dem Nachweis mancherlei postklassischer Interpolationen, die den Zweck verfolgen, den ursprünglichen Wesensunterschied zwischen der <i>stipulatio</i> und der <i>conuentio</i> zu verwischen	37
§ 6. Beweis für die schöpferische Kraft der Worte in der Stipulation durch die Bedeutungslosigkeit einer hinsichtlich des Inhaltes gemeinsamen Absicht für die rechtliche Kraft der Stipulation	64

	Seite
§ 7. Die Regel der „Alten“: <i>quotiens culpa debitoris interuenit, perpetuatur obligatio</i> als Beweis für die Wortgebundenheit der Stipulationsobligation, unabhängig von der im Akte hervortretenden Absicht	86
§ 8. Über den geschichtlichen Grund der Wortgebundenheit der echt römischen, bloss für römische Bürger möglichen Stipulationsobligation durch <i>sponsio</i> als in letzter Linie auf der ursprünglichen religiösen Kraft der Sponsion ruhend	107
§ 9. Über die ursprüngliche religiöse Bedeutung der <i>promissio</i> als historischer Erklärungsgrund der Wortgebundenheit der Stipulationsobligation durch <i>promissio</i> nach dem <i>ius gentium</i>	153
§ 10. Die Verbindung religiöser und zivilrechtlicher Obligation in der auf dem Eide des Freigelassenen beruhenden Obligation	174
§ 11. Über den religiösen Ursprung der zivilrechtlichen Gültigkeit der <i>dotis dictio</i>	182
§ 12. Abschluss	188
<i>Beilage 1</i> (zum Texte S. 8)	1
Die Auslegung von Testamenten bei römischen Juristen (Seruius, Tubero und Celsus).	
<i>Beilage 2</i> (zum Texte S. 10)	15
Die Celsische Auslegungsmethode bei Testamenten. Zur Kenntnis der <i>naturalis obligatio</i> .	
<i>Beilage 3</i> (zum Texte S. 10)	47
Die klassische Auslegungsmethode von Testamenten, der justinianischen gegenübergestellt.	
<i>Beilage 4</i> (zum Texte S. 16)	52
Zur Kenntnis des <i>testamentum militis</i> . Übertragung von Prinzipien für solches Testament auf ordinäres Testament in der postklassischen Jurisprudenz. Über die Pupillarsubstitution (S. 58).	
<i>Beilage 5</i> (zum Texte S. 37)	84
Über das älteste römische Erbrecht und Testamentsrecht. Die Formulierung der tab. 5,3 (S. 84), die Bedeutung des „ <i>legare suae rei</i> “ (S. 88), die <i>familiae emptio</i> (S. 89), die ältere <i>usucapio pro herede</i> (S. 100), <i>hereditas</i> als	

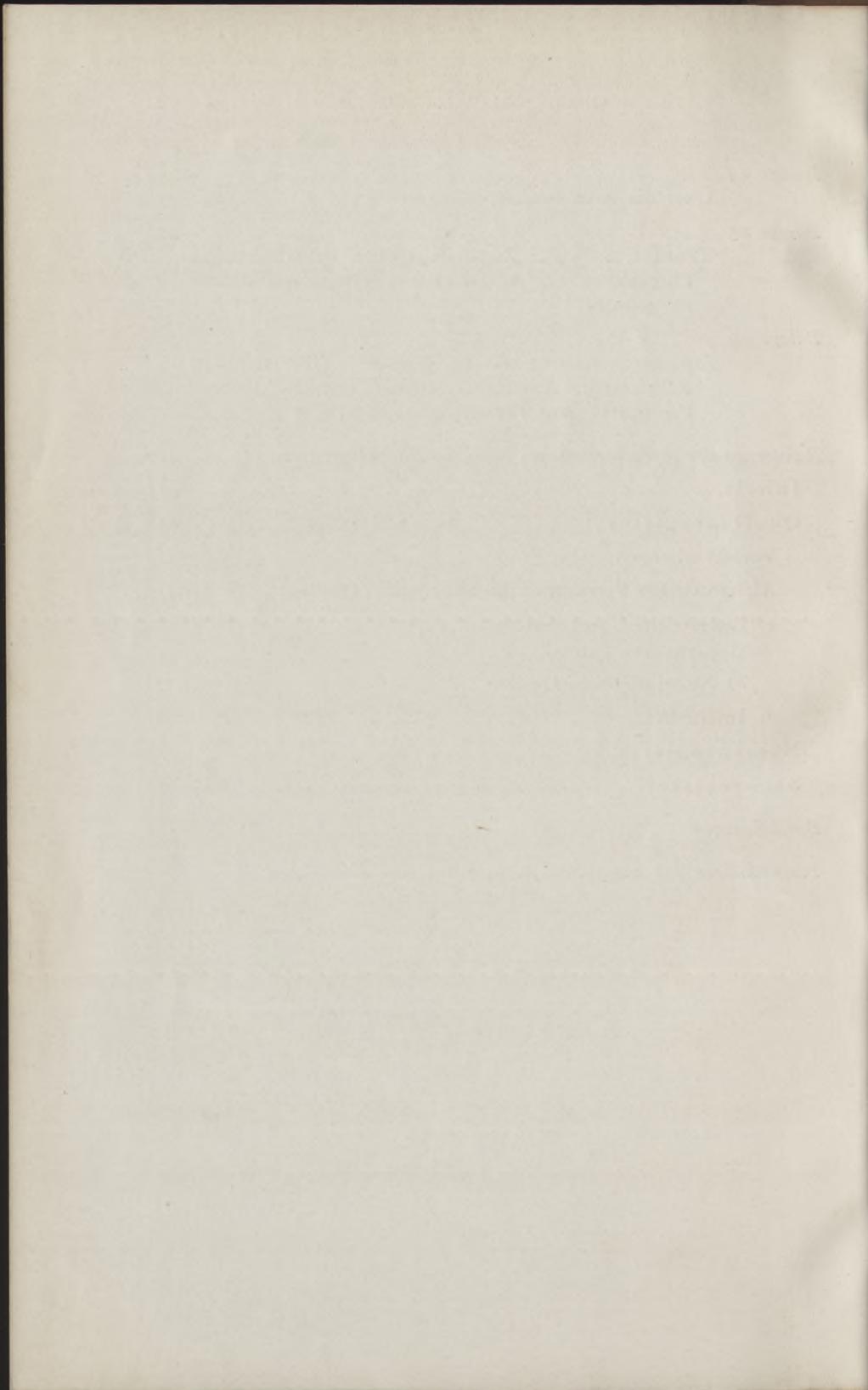
Seite

ideale Einheit (S. 101), die *possessio pro herede* (S. 111), die *in iure cessio hereditatis* (S. 119), die Auslegung von Paulus in D. 50, 16, 53 pr. der Worte *super pecunia tutelae* (S. 124), die ursprüngliche Bedeutung der Wörter *pecunia* und *familia* (S. 127), *domus* und *dominium* (S. 140), das *heredium* (S. 142), die Exheredierung (S. 143), das Erbrecht der Weiber nach dem Zwölftafelgesetz (S. 148), die Möglichkeit einer Verfügung *mortis causa* hinsichtlich der *familia*, wenn beim Todesfall *sui* vorhanden waren (S. 148), der Erbe als Mitglied einer Korporation (S. 150), Untersuchung der diesbezüglichen Stelle in dem neugefundenen Gaius-Fragment (S. 151).

Zusammenfassung (S. 160).

Kritik der Ansicht, dass das ursprüngliche Testament eine *adrogatio* gewesen sei (S. 163), Inhalt der Veränderung des Testamentsrechts durch das Zwölftafelgesetz (S. 164), Kritik der Theorie Bonfantès über das römische Testamentsrecht (S. 165), Bedeutung des Wortes *testimonium* (S. 171).

<i>Beilage 6</i>	(zum Texte S. 56)	173
	Über die Auslegung von <i>conventiones</i> .	
<i>Beilage 7</i>	(zum Texte S. 57)	178
	Weiteres über die Auslegung von <i>conventiones</i> .	
<i>Beilage 8</i>	(zum Texte S. 64)	184
	Über die Auslegung von <i>dotis dictio</i> . Kritik der Darstellung Albertarios hinsichtlich der Auslegungsprinzipien der klassischen Jurisprudenz.	
<i>Beilage 9</i>	(zum Texte S. 68)	187
	Zum Stipulationsrecht.	
<i>Beilage 10</i>	(zum Texte S. 78)	199
	Über die Bedeutung des <i>animus nouandi</i> .	
<i>Beilage 11</i>	(zum Texte S. 79)	213
	Zur Auslegung der Akzeptilation.	
<i>Beilage 12</i>	(zum Texte S. 80)	215
	Zur Lehre vom Irrtum bei Verkäufen.	
<i>Beilage 13</i>	(zum Texte S. 90)	221
	Zur Geschichte des bona-fides-Prinzipes bei Verkäufen. Über <i>mora accipiendi</i> des Stipulanten.	



Bei der Unterscheidung der römischen Juristen zwischen Verbal- und Konsensualobligation erhebt sich die Frage: Fasste man den Unterschied zwischen den zwei Obligationen so auf, dass die eine den Gebrauch einer gewissen Wortform erfordere, die andere nicht, die rechtserzeugende Kraft jedoch in beiden Fällen der Wille der Agierenden war? Oder wurde der Unterschied so aufgefasst, dass im einen Falle die Worte selbst die korrespondierende rechtliche Wirkung zustande brachten, im anderen Falle der Wille?

A. DIE LEGATSOBLIGATION.

Ogleich die Legatsobligation nicht als eine durch uerba entstehende Obligation bestimmt wird, ist sie doch der eigentlichen Verbalobligation offenbar so nahe verwandt, dass es angebracht ist, sie in Zusammenhang mit letzterer zu behandeln. Wir besprechen sie zuerst, um dadurch vorbereitungsweise die eigentliche Verbalobligation zu beleuchten. Damit wird es indes notwendig, die Bedeutung der Worte im Testamentsrecht überhaupt zu erörtern.

Liegt die Kraft, welche die Legatsobligation und überhaupt die Rechtsfolgen des Testamentes hervorbringt, im Willen oder in den Worten des Testators?

§ 1.

Der Wille wird bei der Auslegung beachtet einerseits durch die Interpretierung der Worte in ihrem Zusammenhang, andererseits durch Theorien darüber, was in besonderen Fällen als wirklich gesagt angesehen werden darf.

RICCOBONO dürfte als der hervorragendste Vertreter der Ansicht betrachtet werden können, dass schon zur klassischen Zeit die Interpretation des Testamentes den wirklichen Willen des Te-

stators berücksichtigte. Wir wollen hier auf seine Darstellung in dem Aufsätze eingehen: La formazione della teoria del contractus nel periodo della giurisprudenza classica in Studi in onore di Pietro Bonfante 1930 vol. 1, p. 125 ff. Aus diesem Aufsatz geht hervor, dass er in der erforderlichen Formalität einer Rechts-handlung nur eine rechtlich festgestellte Ausdrucksweise des Willens erblickt. Er sagt S. 137: „Tuttavia nel mondo romano i *verba* non potevano essere nè obliati nè alterati; poichè la dottrina non poteva stravolgere i precetti e la tradizione del *ius civile* . . . e la direzione del nuovo metodo della *interpretatio iuris*, si ottene col ritenere la *nuncupatio* (*oratio, pronuntiatio, vox, sermo*), le parole sollenni, come un requisito essenziale per la validità dell' atto, il requisito della forma. L'energia produttiva degli effetti giuridici scaturiva invece dalla *voluntas*.“ Nach S. 148 war *conventio* im subjektiven Sinne auch in den Verbalkontrakten „l'elemento essenziale e quindi costante, da cui derivano tutti gli effetti giuridici.“ Hier setzen wir nur die Anwendung dieser Theorie auf die Legats-obligation auseinander. R. beruft sich besonders auf Celsus D.33, 10,7,2 und führt aus diesem Texte die Worte des Celsus an: nam etsi prior atque potentior est quam uox mens dicentis, tamen nemo sine uoce dixisse existimatur. Dies wird S. 138 ausgelegt: „Qui il rapporto tra la *mens* e la dichiarazione è espresso nella maniera più chiara. La volontà è la forza efficiente degli effetti giuridici. In questo senso essa è *prior* e *potentior*. La voce è necessaria come requisito richiesto dall' *ius civile*, e per esprimere il contenuto della volontà medesima.“ Die Auslegung der Stelle ist jedoch nicht richtig. Der vollständige Text, der seine Grundlage in der Frage hat, wie das Wort *supellex* (*supellectilis*) in Legaten interpretiert werden soll, und deshalb die *Auslegung einzelner Worte* betrifft, lautet: *Seruius* fatetur sententiam eius qui legauerit aspici oportere, in quam rationem ea¹ solitus sit referre: uerum si [ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, ut puta?]²

¹ „ea“ bezieht sich auf in § 1 erwähnte Dinge.

² Die eingeklammerten Worte sind *möglicherweise* von einem Glossator hinzugesetzt worden. Jedenfalls stammen sie nicht von den Kompilatoren, die die Theorie des *Seruius* nicht gutheissen; darüber später.

escarium argentum aut paenulas et togas, suppellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere suppellectili legata ea quoque contineri: *non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere.* id *Tubero* parum sibi liquere ait: *nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent uoluntatem dicentis? Equidem (Celsus) non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: nam uocis ministerio utimur: ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaerit.* sed etsi magnopere me *Tuberonis* et ratio et auctoritas mouet, non tamen a *Serui*o dissentio non uideri quemquam *dixisse*, cuius non suo nomine usus sit. *nam etsi prior atque potentior est quam uox mens dicentis*, tamen nemo sine uocē *dixisse* existimatur: nisi forte et eos, qui *loqui* non possunt, conato ipso et sono quodam καὶ τῆ ἀνάγκῃ φωνῆ *dicere* existimamus. Was will *Celsus* hier erörtern? Er will die Frage beantworten: *was* sagt der Testator, wenn er seine Absicht nach allgemeinem Sprachgebrauch unrichtig ausdrückt? *Wir* würden diese Frage so beantworten: Er *sagt* etwas anderes, als was er meint. Weshalb gibt *Celsus* eine andere Antwort? Weshalb erklärt er, dass man solchenfalls gar nichts sagt: weder was die Worte wirklich ausdrücken, noch was man meint? Dies wäre unverständlich, wenn nicht *Celsus* *einerseits* die *Worte* als für die Rechtsfolge bestimmend ansähe, *andererseits* nicht eine Interpretierung gegen den Willen des Testators als unzulässig betrachtete. Wenn er gemeint hätte, dass der Wille des Testators für die Rechtsfolge bestimmend sei, aber freilich durch richtige Worte ausgedrückt werden muss, so hätte er gar nicht die Frage aufgeworfen: *was* sagt er, wenn er sich unrichtig ausdrückt? Er hätte *dann* nur so argumentiert: weil er etwas anderes, als was er meinte, gesagt hat, ist der Akt ohne Rechtswirkung, da die nötige Wortform nicht beachtet worden ist. Aber wenn die *Worte* selbst bestimmend sind, ist es völlig klar, dass der Wille des Testators bei unrichtiger Ausdrucksweise nicht auf andere Weise berücksichtigt werden kann als so, dass man erklärt: in diesem Falle hat der Testator *gar nichts* gesagt. (Wenigstens wenn man nicht so weit geht wie *Tubero* und die *Worte* immer nach dem individuellen Sprachgebrauch auslegt. Darüber

später.) Die Worte sind nun blosser Schall, der *gar nichts* bedeutet und deshalb keine Rechtswirkung haben kann. Der Satz des Celsus war in der Tat für denjenigen notwendig, der *einerseits* die Nunkupationsformel in der *familiae emptio* mit ihrem Hinweis auf das *scriptum* berücksichtigte, *andererseits*, sofern es möglich war, verfechten wollte, dass eine testamentarische Bestimmung, die nicht den Willen des Testators ausdrückte, ungültig sei. Dass der Satz echt ist und in dem eben angegebenen Sinne die klassische Auffassung zum Ausdruck bringt, wird durch andere ähnliche Äusserungen römischer Juristen bestätigt. Den *Justinianern* ist er völlig fremd.¹

¹ Nach BESELER, Beitr. 4,197 und Sav. Z. 43(1922)417 sollen die Worte *equidem — agitauerit* interpoliert sein. An der letzteren Stelle sagt er: „Das gemeingültig richtige Prinzip, von dem die Römer ausgegangen sein müssen und ausgegangen sind, ist: *qui aliud dicit, aliud uult, non dicit id quod uult* (so dass, wenn das Geschäft Wortform heischt, die Geschäftsform nicht gewahrt ist). Dies Prinzip wird verschoben formuliert in (34,5)3 [*itaque qui aliud dicit quam uult neque id dicit, quod uox significat, rell.*] und in 7 cit. [*equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: — agitauerit*]. In beiden Stellen ist das von mir Ausgeschiedene deutlich Fremdkörper. Für meine Athetese in 7 spricht auch die Unlogik, die in dem *id—quod non sentiret* steckt: nicht gemeint ist nicht nur das scheinbar Gemeinte, sondern alles ausser dem einen Gemeinten.“ Man muss hier fragen, was die byzantinischen Juristen hätte veranlassen können, solche „verschrobene“ Erörterungen anzustellen. Für *sie* wären sie völlig zwecklos gewesen, weil sie den Willen des Testators, wenn er nur konstatiert war, als für die Rechtsfolge bestimmend betrachteten. C.I.6,27,5,1 u. 1a(531) heisst es: *Dubitationis autem materia erat, quod adhuc seruum suum constitutum heredem sine libertate scripserat, et tanta inter ueteres exorta est contentio, ut uix possibile sit uideri eandem decidere. Sed antiquitatem quidem haec altercantem relinquendum est. nobis autem alius modus huiusmodi decisionis inuentus est, quia semper uestigia uoluntatis sequimur testatorum.* Vgl. C.6,28,3(531): *cum enim manifestissimus est sensus testatoris, uerborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat* und 6,37,23,2a(530). Übrigens hätte sich Iustinianus, wenn er, um seine eigene Ansicht auszudrücken, die fraglichen Worte eingeschoben hätte, nicht mit dieser Korrumpierung des Textes begnügen können. Er hätte, wenn er seine eigene Ansicht in der Zitierung des Celsus geltend machen wollte, unbedingt die Schlussworte ausschliessen müssen. Nach diesen soll ja eine fehlerhafte Bezeichnung des Gemeinten den Akt in dieser Beziehung ungültig machen. Dies widerspricht aber der justinianischen Ansicht. Denn Just. fordert *nur*

Wenn aber der Ausgangspunkt der Celsischen Darstellung der ist, dass die Worte selbst in Legaten die Rechtsfolge bestimmen und *deshalb* auseinandergesetzt werden muss, was im Einzel-

zu Beweiszwecken, dass der Testator das, was er meint, irgendwie erkennbar gemacht hat, wenn er nach allgemeinem Sprachgebrauch oder juristisch festgestellten Regeln seine Absicht ungenügend ausgedrückt hat: C.6,28,3(531); 6,37,23,2a(530) u. 6,51,1,11c(534). Man beachte solche gewöhnliche justinianische Zusätze zu juristischen Entscheidungen wie diese: nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit reuelatum, pro qua persona senserit (D.28,5,63), oder si modo uoluntas patris familias manifestissime non refragatur (D.28,5,9,13). Natürlich könnte ein Glossator die nach BESELER interpolierten Worte eingeschoben haben. Dann aber muss gefragt werden, welchen Grund dieser Glossator zu einer Verdrehung der nach BESELER höchst einfachen Sachlage gehabt hätte. Wenn indessen der Ausgangspunkt der war, dass das dictum selbst für die Rechtsfolge bestimmend war, *musste* die Berücksichtigung des Willens auf die Weise geschehen, dass man untersuchte, was im Einzelfall als wirklich dictum angesehen werden kann. Dann entfällt jeder Anlass, eine Interpolation anzunehmen. Man beachte nun die Nunkupationsformel in der familiae emptio, die als Testierungsform diente: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, rell. (Gaius I.2,104.) Diese Formel schloss ja in sich, dass die *Worte* selbst für die Rechtsfolge bestimmend waren. D.h. die Interpolationstheorie ist ausschliesslich dadurch möglich, dass man die *römische* Anschauung in das Netzwerk moderner juristischer Dogmen über die produktive Rechtskraft des Willens hineinzwingt. — Was nun Paulus D.34,5,3, betrifft, wo nach BESELER die Worte: itaque qui aliud dicit quam uult, neque id dicit quod uox significat, quia non uult, neque id quod uult, quia id non loquitur deutlich ein Fremdkörper sein sollen, so vergisst B., dass dann das unmittelbar Vorhergehende auch interpoliert sein muss: In ambiguo sermone non utrumque *dicimus*, sed id dumtaxat quod uolumus. Wenn eine Erklärung eine doppelte Auslegung zulässt, ist das wirklich Gemeinte allein das, was als *dictum* angesehen werden muss. Dies ist ja eine ebenso „verschrobene“ Ausdrucksweise wie in der Celsusstelle und muss sich auf dieselbe juristische Sachlage beziehen: die Worte, nicht die wirkliche Meinung des Sprechenden, bestimmen die Rechtsfolge. Paulus hält es nun offenbar für etwas Selbstverständliches, dass man in zweideutiger Rede nur das wirklich *sagt*, was man ausdrücken will. Hieraus zieht er — keineswegs ohne logische Berechtigung — den Schluss: wenn man objektiv gesehen etwas anderes sagt, als was man will, sagt man in Wirklichkeit gar nichts. Dass der Vordersatz nicht interpoliert sein kann, geht u. a. unzweifelhaft daraus hervor, dass Proculus D.50,16,125 dasselbe sagt. In dieser Stelle handelt es sich um dotis dictio, die eine Verbalobligation uno loquente begründet (Gaius I.3,95a mit 96 zusammengestellt). Proculus sagt: nam qui ambigue loquitur, id *loquitur*, quod ex his, quae significantur, sensit. Betreffs der Paulusstelle ist nur zu bemerken,

fall als wirklich dictum angesehen werden darf, so ist es notwendig, alle Ausführungen in dem erörterten Texte über das Verhältnis

dass der Satz nach ihm in dem Falle in Betracht kommt, wo man überhaupt nach dem Willen des Testators fragen darf. Das darf man nicht, wenn in einem *sermo*, d.h. einer Zusammenstellung von Worten, keine Zweideutigkeit vorliegt. Er sagt D.32,25,1: *cum in uerbis nulla ambiguitas est, non debet admitti uoluntatis quaestio*. Aus pr. geht hervor, dass es sich hier um einen *sermo*, nicht um einzelne Worte handelt. Celsus befasst sich hier nur mit der Bedeutung einzelner Worte, *nomina*. — Am sonderbarsten ist in den zitierten Worten BESELERS die Behauptung, dass die fraglichen Worte des Celsus eine „Unlogik“ enthalten sollten. Sie sind: *equidem arbitrator quemquam non dicere quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet*. Die „Unlogik“ soll hier darin liegen, dass *id*—quod non . . ., „alles ausser dem einen Gemeinten“ bezeichnen soll. Weshalb soll quod non . . . diese Bedeutung haben? Das Ganze hat offenbar diesen Sinn: *Etwas*, was man nicht meint, was es auch sein mag, darf nicht als gesagt betrachtet werden, auch wenn der zu diesem gehörende Ausdruck angewandt worden ist. Oder umgekehrt: auch wenn der zu etwas gehörende Ausdruck angewandt worden ist, ist dies nicht als gesagt zu betrachten, wenn der Sprechende es nicht meint.

RICCOBONO a. a. O. S. 138 betrachtet die Schlussworte nach: *nam etsi prior atque potentior est quam uox mens dicentis, tamen nemo sine uoce dixisse existimatur*, d. h. die Worte nisi forte et rel., als eine barbarische Umarbeitung der Worte des Celsus, der selber hier den Kontrast zwischen den an die Wortform gebundenen solennen *negotia* und den *negotia iuris gentium* habe hervorheben wollen. Für *letztere*, wolle Celsus sagen, ist nicht die Fähigkeit zu sprechen notwendig. Diesen Unterschied habe Just. aufgehoben, indem er nach C.6,22,10,5 auch dem Stummen die Möglichkeit gebe, ein gültiges Testament zu machen. In der Tat ermöglicht Just. dies dadurch, dass er auch ein schriftliches Testament *ohne Nunkupation* zulässt. (Darüber später). Aber in D.33,10,7,2 handelt es sich gar nicht um ein mündliches *dicere* im *Gegensatze* zum schriftlichen. Das normale zivilrechtliche Testament *ist* ja zur Zeit der klassischen Jurisprudenz schriftlich. ‚Dicere‘ ist hier ‚durch Worte ausdrücken‘ überhaupt, aber bei der Beurteilung, was als wirklich ‚dictum‘ zu betrachten ist, geht man vom mündlichen *dicere* aus. Bei R. liegt ein Missverständnis der Worte: *nisi forte . . . existimamus* vor, als ob damit angenommen wäre, dass man wirklich ohne artikulierte Laute sprechen könne. Obgleich, sagt Celsus, der Gedanke das Wort bestimmt, ist die *uox* für wirkliches (mündliches) *dicere* notwendig. Sonst würde man den blossen Versuch zu sprechen oder unartikulierte Laute als wirkliches Sprechen betrachten können, was absurd ist. Dies dient als Beweisgrund für den Satz des Celsus, dass man in Testamenten immer den zu den *Worten* gehörenden Sinn berücksichtigen muss. Die Rechtsfolge bestimmt sich nämlich immer nach dem, was wirklich *dictum* ist. Dies gegen Tubero.

zwischen dem Wort und dem Gedanken von diesem Gesichtspunkt aus zu betrachten. Man will in diesem Verhältnis einen Grund für die Entscheidung der erwähnten Frage finden. Dabei gelangen nun *Tubero* und *Seruius* zu entgegengesetzten Ansichten hinsichtlich der Interpretierung einzelner nomina, z. B. *supellex*. *Seruius* meint, wenn es dem nomen nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht an einer bestimmten Bedeutung fehle, müsse das Wort nach diesem ausgelegt werden. Sonst sei nach dem Sprachgebrauch des Testators auszulegen. Sein Gedanke ist der, dass, da das Wort selbst die Rechtsfolge bestimmt, man seine wirkliche Bedeutung im sozialen Leben beachten muss. *Tubero* dagegen behauptet: da die Worte nur zum Ausdruck unserer Gedanken dienen, ist ihr Sinn *in jedem Falle* durch die Bedeutung gegeben, die der Sprechende in sie zu legen pflegt. *Celsus* vermittelt zwischen *Seruius* und *Tubero*. Man darf allerdings niemals annehmen, dass jemand etwas wirklich gesagt hat, was er nicht bei den Worten dachte, *auch* wenn die angewandten Worte nach allgemeinem Sprachgebrauch eindeutig sind. Dies gegen *Seruius* und gemäss *Tubero*. Die Worte des *Celsus*: *equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet* enthalten eine direkte Kritik des dem *Seruius* zugeschriebenen Satzes: *non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere*. Andererseits will er ja *doch* nicht die Interpretierungsmethode *Tuberos* gutheissen. Gewiss: *mens dicentis prior atque potentior est quam uox*. Da aber die Anwendung von Worten, die im sozialen Leben eine bestimmte Bedeutung haben, für das *Sprechen* notwendig ist, darf nicht angenommen werden, dass jemand das Gemeinte gesagt hat, wenn er bei der Bezeichnung vom allgemeinen Sprachgebrauche abweicht. Dies *contra Tubero*. Man sieht, wie völlig *RICCOBONO* die Worte: *nam etsi prior atque potentior est quam uox mens dicentis* missdeutet, wenn er in sie hineinlegt, dass der Wille, nicht das Wort, die produktive Rechtskraft hat. Er übersieht den Zusammenhang, in dem dieser Satz steht. Es kann betreffs der *allgemeinen* Interpretationsmethode, also auch der Methode für Auslegung ganzer Sätze (*sermones*) hieraus nur geschlossen werden, dass *Seruius* die grösste, *Tubero*

die geringste Neigung, die *Worte* zu pressen, gehabt hat. Eine eingehende Prüfung der Äusserungen der drei Juristen über spezielle Fälle bestätigt diese Auffassung. *Celsus* kann allerdings, wenn ihm daran gelegen ist, die tatsächliche Absicht des Testators durchzusetzen, zu sophistischen Wortklaubereien seine Zuflucht nehmen, um die Übereinstimmung einer solchen Auslegung mit dem Wortlaut zu behaupten.¹

Die von Celsus angewandte Methode bei Auslegung von Testamenten — er mag Vorgänger² gehabt haben oder nicht — wurde von der späteren klassischen Jurisprudenz übernommen. Das Prinzip: man sagt in Wirklichkeit gar nicht, was man nicht meint, wird sowohl hinsichtlich der Einsetzung zum Erben und Legatar als hinsichtlich der Sache, die durch Legat vermacht wird, angewandt. Indessen scheint man sich bisweilen statt desselben der Formulierung bedient zu haben: man „nunkupiert“ nicht in der *familiae emptio*, was gegen den Willen geschrieben ist. In beiden Fällen liegt ein Versuch vor, den Willen des Testators zu berücksichtigen, trotzdem das Testament seine Kraft nur durch die Worte selbst hat. Die zweite Formulierung führt auch auf die erste zurück. Was in der *die Schrift* bestätigenden Nunkupation eingeschlossen ist, ist auch als geschrieben zu betrachten. Umgekehrt wird das Prinzip: man sagt nicht, was man meint, wenn das Gemeinte nicht auf die rechte Weise ausgedrückt worden ist, in denselben Fällen angewandt. Doch wird das letztere Prinzip nicht mit derselben Strenge aufrechterhalten. Wenn z. B. eine grössere Summe als die wirklich gemeinte formell durch Legat vermacht wird, kann „die Meinung verteidigt werden“, dass die wirklich gemeinte kleinere Summe, weil sie in der grösseren eingeschlossen ist, als wirklich vermacht zu betrachten ist. Aber nicht umgekehrt: wenn formell eine kleinere Summe als die wirklich beabsichtigte

¹ Beil. 1.

² Pedius erscheint als ein Vorgänger des Celsus, wenn er D.33,7,18,3 bezüglich des Begriffs *instrumentum fundi* hervorhebt, dass man den bestimmten Umfang dieses Begriffs in gewisser Hinsicht nicht objektiv feststellen kann, und daraus den Schluss zieht: *optimum ergo esse Pedius ait non propriam uerborum significationem scrutari, sed in primis quid demonstrare uoluerit.*

vermacht ist, kann, auch wenn letztere in irgendeiner Weise in Zusammenhang mit der Entstehung der Schrift vom Testator genannt worden ist, nicht „die Meinung verteidigt werden“, dass der Testator, wenn er die Schrift bei der *familiae emptio* als gültig „nunkupiert“, auch die grössere Summe bestätigt. Die grössere Summe kann nicht als in der kleineren eingeschlossen betrachtet werden. Man darf die Bedeutung, die der Wille so erhält, nicht missverstehen. Es handelt sich dabei durchaus nicht um prätorisches Recht, das positiv oder negativ den Willen schützen würde. Dies tritt besonders darin hervor, dass die *exceptio doli* trotz des allgemeinen Satzes, dass *qui contra uoluntatem testatoris petit*, von ihr getroffen wird, doch niemals als gegen eine *unrichtige Ausdrucksweise* im Testamente verwendbar dargestellt wird. Sie wird bei Testamenten nur in solchen Fällen angewandt, wo es sich um *ausserhalb* des Testamentsinhaltes liegende Umstände handelt. Der Testator hat nach der Entstehung des Testamentes durch Handlungen, die die zur Zeit der Testamenterrichtung bestehende Sachlage verändert haben, einen anderen Willen bekundet. Er hat z. B. die vermachte Sache verkauft, oder er hat das Testament selbst zerstört, ohne ein neues zu machen. Oder er war durch eine falsche Vorstellung betreffs der Sachlage bestimmt. In solchen Fällen, nicht beim blossen Irrtum des Testators über das im Testament Geschriebene, ist die *exceptio doli* anwendbar. — Endlich wird das Celsische Prinzip: bei zweideutiger Rede ist nur das Gemeinte als wirklich gesagt zu betrachten, angewandt. Dieses Prinzip gilt indes nicht für die Fälle, in welchen es sich um eine Unbestimmtheit in der *demonstratio* des Erben oder des ihm gleichgestellten Legatars handelt. Man setzt z. B. einen *Titius amicus* zum Erben oder Legatäre ein, und es sind mehrere *Titii amici* vorhanden. In diesen Fällen ist sogar jede nachfolgende Erklärung betreffs des Gemeintens ungültig, sofern der Testator nicht durch *im Testament* konfirmierte spätere Kodizille die Frage entscheidet, was nur für Legatäre Bedeutung haben kann. Dann aber sind die formalen Worte des Kodizilles, nicht die Worte des ursprünglichen Testamentes, für die Gültigkeit des Verordneten bestimmend. Dagegen scheint das Prinzip als anwendbar angesehen worden zu

sein, wenn der freizulassende oder legierte Sklave nicht unzweideutig bestimmt ist, sowie die Person des Vormunds. Dies bedeutet, dass in den erwähnten Fällen das wirklich Gemeinte allein als wirklich gesagt betrachtet wurde. Dann ist eine nachfolgende Erklärung des Testators als *Beweismittel* möglich.¹

Dass die nachfolgende Jurisprudenz der Celsischen und Tuberonischen Methode darin folgt, dass bei Auslegung einer testamentarischen Disposition immer der Sinn in sie hineinzulegen ist, welcher aus der *Zusammenstellung* der Worte hervorgeht, nicht der, welcher durch Wortklaubereien erhalten werden kann, versteht sich von selbst. In dieser Hinsicht liegt eine allgemein anerkannte Entwicklungslinie in der römischen Jurisprudenz vor. Aber immer handelt es sich dabei, insoweit der Sinn der Worte für nur auf *eine* Weise bestimmbar gehalten wird, um eine objektive Feststellung dieses Sinnes ohne Rücksicht auf die wirkliche Absicht *dieses* Testators.²

Indessen gibt es auch Fälle, in denen man nicht einmal der in der Zusammenstellung der Worte, objektiv gesehen, hervortretenden Absicht des Testators nachspüren darf, nämlich solche, in denen die Bedeutung der Worte schon vom *ius civile* festgelegt ist. Es mag sein, dass die Grenze, die diese Fälle von den vorher abgehandelten trennt, zuweilen fließend ist. Ein prinzipieller Unterschied besteht jedoch. Von einer schon durch das *ius civile* erfolgten Feststellung darf man unter keinen Umständen abgehen. Die Interpretation nimmt dann noch weniger Rücksicht auf die wirkliche Absicht des Testators. Dies tritt z. B. hervor bei solchen Erbeinsetzungen zu einem gewissen Teile der Erbschaft und Legaten, in welchen die Erben, bzw. die Legatäre entweder durch die Konjunktion et od. dgl. wie que oder cum verbunden sind *oder* separat aufgezählt werden. Die Konjunktion et od. dgl. bewirkt, dass die Eingesetzten ‚coniunctim‘ den bestimmten Vorteil genießen dürfen, die separate Aufzählung, dass sie jeder für sich ‚disiunctim‘ einen bestimmten Teil erhalten, was in gewissen Fällen verschiedene wohlbekannte rechtliche Folgen hinsichtlich der Accrescenz

¹ Beilage 2.

² Beil. 3.

nach dem *ius civile* mit sich bringt. Die Ausnahmen von der Regel sind durch komplizierende Umstände bestimmt.¹

¹ Über die Regel Gaius I.2,199 und Ulp. Reg. 24,12, weiter Gaius I.2,205. Nur in zwei Fällen wird die Regel für das Unterscheiden zwischen der Einsetzung *coniunctim* und *disiunctim* durchbrochen. Wenn der Testator ohne Anwendung der Konjunktion *et od. dgl.* die Erben bzw. die Legatäre aufgezählt hat, ohne jedoch für einen jeden besonders *heres esto, do lego, dare damnas esto* hinzuzufügen, wird dies als eine Einsetzung *coniunctim* betrachtet. So Paulus D.50,16,142 hinsichtlich der Erbeinsetzung, woraus *ex analogia* das entsprechende Prinzip für Legate geschlossen werden kann. Diese Abweichung ist jedoch nur eine logische Konsequenz des Prinzips, dass man immer bei Einsetzung *disiunctim* die Erben, bzw. die Legatäre jeden für sich einsetzen soll. Die andere Ausnahme geht in die umgekehrte Richtung. Wenn man zwar die Erben, bzw. die Legatäre zu einem Ganzen vereinigt, aber *aeque* hinzufügt, liegt keine *coniunctio* vor. D.28,5,13, pr.: *Interdum haec adiectio, aequae heredes sunt* testatoris uoluntatem exprimit, ut puta, *Primus et fratris mei filii aequae heredes sunt*: nam haec adiectio declarat omnes ex uirilibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit: qua detracta semissem fratris filii, semissem Primus haberet. Die Konjunktion *et* ohne den Zusatz *aeque* würde Primus als *eine* Einheit und fratris filii als *eine* Einheit setzen. Dann müssen nach dem Prinzip *coniunctim* Primus einen Erbteil, fratris filii zusammen einen gleich grossen Erbteil erhalten. Aber der Zusatz bedeutet, dass die Erbschaft zwischen allen gleich zu teilen ist. Die persönliche *coniunctio* entbehrt der *sachlichen* Vereinigung. Deshalb verfällt sie. Vgl. Pomp. D.28,5,67: *Si ita quis heredes instituerit: Titius heres esto: Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunt*, quamvis *et syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars adrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam coniunxisse quam celerius dixisse uideatur*. D.h. der Testator scheint die normale Ausführung der Disjunktion unterlassen zu haben. Doch ist die Disjunktion vorhanden, weil die persönliche Konjunktion (durch *et*) durch die sachliche Disjunktion *aequis ex partibus* aufgehoben wird. Deshalb kommt das *ius accrescendi*, wenn Gaius oder Maevius nicht wirklicher Erbe wird, nicht nur dem anderen, sondern allen Erben pro rata parte zu. Vgl. Celsus D.28,5,60,2: *Titius heres esto: Seius et Maevius heredes sunt* uerum est quod Proculo placet duos semisses esse, quorum alter *coniunctim* duobus datur. § 3: *Cum quis ex institutis, qui non cum aliquo coniunctim institutus sit, heres non est, pars eius omnibus pro portionibus hereditariis adrescit*. Hier fällt ein kleinerer Teil jedem der beiden Seius et Maevius zu. Aber wenn Seius oder Maevius defiziert, fällt sein Anteil ausschliesslich dem anderen zu. Der einzige Grund für die ungleiche Entscheidung in diesem Falle und im Falle fr. 67 ist der, dass *hier* kein Zusatz *aequis ex partibus* vorhanden ist. Natürlich gelten dieselben Prinzipien für das *do lego legatum*. (Für *Damnationes* legatäre hat der Unterschied zwischen der Einsetzung *coniunctim* und der

Ein besonders bemerkenswerter Fall ist der, dass man einer Person das Eigentum an einer Sache, einer anderen den *usus fructus* legieren will. Wenn man dies in der Disposition einfach ausdrückt und nicht der einen das Eigentum *ohne* *usus fructus* vermacht, erreicht man seine Absicht nicht.¹

Es ist endlich hinzuzufügen, dass bei der Auslegung eines *Damnationslegates* allerdings die Worte selbst zugrunde gelegt werden sollen, aber die Auslegung besonderer Wortzusammenstellungen sich hier freier als in anderen Testamentsfällen gestaltet. Man beachte hierbei, dass das fragliche *Legat* sicher erst zu einer späteren Zeit als das *Vindikatslegat* möglich geworden ist. In der *Nunkupationsformel* des Testaments *per aes et libram* mit den Worten *ita do, ita lego, ita testor* wird das *Vindikationslegat* offen vorausgesetzt, während die Möglichkeit eines *Damnations-*

disiunctim iure civili die Bedeutung, dass im ersten Fall ein jeder nur einen Teil der vermachten Sache, im zweiten ein jeder den ganzen Wert der Sache beanspruchen kann. Hier besteht kein *ius accrescendi*: Gaius I.2,205). Man beachte, dass *Iustinianus* (C.I.6,37, 2 u. 2a), der hier seine in Testamentsfragen gewöhnliche, auf den Prozess zugeschnittene Methode anwendet, von einer gewissen *Präsumtion* über den Willen des Testators auszugehen, die nur durch einen *evidenten* Gegenbeweis widerlegt werden kann, anordnet, dass, wenn derselben Person eine Erbschaft oder ein *Legat* wiederholte Male und danach nur einmal einer anderen Person hinterlassen wird, beide trotzdem einen gleichen Teil erhalten sollen, falls nicht eine ausdrückliche Disposition betreffs besonderer Teile vorhanden ist. Dies soll sogar gelten, auch wenn die an zweiter Stelle genannte Person nur zusammen mit der ersten (*coniunctim*) als Erbe oder *Legatar* eingesetzt ist. Dadurch werden die klassischen, von jeder Rücksicht auf den wirklichen Willen des Testators freien und an die zivilrechtlich festgestellte Bedeutung gewisser Wortzusammenstellungen gebundenen Prinzipien aufgehoben, damit dieser Wille besser gewahrt wird.

¹ Mod.D.33,2,19: Si alii fundum, alii usum fructum eiusdem fundi testator legauerit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. nam detracto usu fructu proprietatem eum legare oportet eo modo: ,Titio fundum detracto usufructu lego. <Seio eiusdem fundi usum fructum lego> (Lenel) uel ,Seio eiusdem fundi usum fructum heres dato'. quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur [quod interdum plus ualet scriptura quam peractum sit]. (BESELER, Beitr. 4,149.) Wahrscheinlich sind die Schlussworte von einem postklassischen Glossator aus einer Zeit hinzugefügt worden, in welcher der Streit über den Primat des Willens oder der Worte noch nicht im Justinianischen Sinne entschieden war.

legates nicht angedeutet wird. (Über andere Gründe dieser Annahme in Beil. 5.) Die freiere Auslegung tritt nun in folgenden drei Hinsichten hervor.

1:0) Der Erbe ist bei einem Damnationslegat einer einzelnen Sache iure ciuili verpflichtet, den Wert der Sache zu leisten, wenn es ihm unmöglich ist, die Sache selbst zu leisten, falls die Unmöglichkeit aus dem Legate selbst entspringt. Dies ist der Fall, wenn dieselbe Sache *disiunctim* zweien per damnationem legiert ist. Dann ist der Erbe verpflichtet, einem jeden *in solidum* zu leisten: ita fit, ut scilicet heres alteri rem, alteri *aestimationem* eius praestare debeat, sagt Gaius.¹ Man hat daher in diesem Fall in die Bezeichnung der einzelnen Sache, was den einen der Legatäre betrifft, die Bedeutung des Wertes der Sache hineingelegt.

2:0) Die Verschlechterung der Sache durch den Erben selbst macht ihn verantwortlich.² Dass das Legierte vom Erben nicht verschlechtert werden darf, wird also als in den Legatsworten eingeschlossen gedacht.

3:0) Wenn mora debitoris eintritt, trägt der Erbe selbst das Risiko des Untergangs und der Verschlechterung der Sache.³ Auch dies wird also als in den Legatsworten eingeschlossen be-

¹ I.2,205,— Derselbe Gedanke tritt in Iul.D.30,82,5 und in Pomp. D.31, 13,1 hervor.

² Iulianus sagt D.30,84,4: Aedes, quibus heredis aedes seruiebant, legatae sunt [traditae] <mancipio datae> (vgl. Gaius I.2,204) non imposita seruitute. dixi posse legatarium ex testamento agere, quia non plenum legatum accepisset: nam et eum, qui debilitatum ab herede seruuum acceperit, recte ex testamento agere. Dass es sich hier um ein Damnationslegat handelt, geht teils daraus hervor, dass von aedes traditae (mancipio datae) gesprochen wird, teils daraus, dass man ‚ex testamento‘ agere soll. Die intentio lautet bei Damnationslegaten auf certa res: si paret ex testamento . . . dare oportere (Lenel, Ed. S. 367), bei Vindikationslegaten dagegen: si paret rem eius esse. Siehe weiter über einen durch den Erben verschlechterten usus fructus Pomp.D.7,6,2. Weiteres hierüber in anderem Zusammenhang.

³ Africanus D.30,108,11: si seruus legatus sit (scil. per damnationem) et moram heres fecerit, periculo eius uiuit et deterior fit, [ut, si debilem forte tradat, nihilo minus teneatur]. Letztere Worte, die eine absurde Konsequenz einschliessen — der legierte Sklave könnte ja von Anfang an debilis sein — sind wahrscheinlich eine Paraphrase.

trachtet. Nun ist es wahr, dass, wenn man vom Risiko der Verschlechterung der Sache absieht, dasselbe auch hinsichtlich der Stipulation gilt, die doch in einer besonders starren Weise nach den Worten auszulegen ist. Aber in *diesem* Falle, *nicht* im ersteren, wird die Verantwortlichkeit für den Untergang der Sache auf die juristisch gültige Fiktion bezogen, dass die Sache *noch existiert*. Hierüber ausführlich später.

§ 2.

Die prinzipielle Kraft der Worte, beleuchtet durch die verschiedene Behandlung der Erbeinsetzung ex certa re im zivilen und im militärischen Testament.

Die prinzipielle Gebundenheit der klassischen Jurisprudenz an die Worte bei Auslegung der Testamente zeigt sich am deutlichsten an der Art, wie die Einsetzung zum Erben einer bestimmten Sache, *ex certa re*, ausgelegt wird. Weil eine solche Einsetzung nach klassischem Zivilrecht eine Nullität ist, sind die Worte, wodurch die Erbschaft *einer bestimmten Sache* ausgedrückt wird, beim ordinären Testament als bedeutungslose Zusätze zu betrachten. D. h. man soll nur die Erbeinsetzung in abstracto berücksichtigen, und da in einem solchen Fall kein abstraktes Erbteil: die Hälfte, das Viertel od. dgl. festgesetzt ist, soll der zum Erben Eingesetzte als ein Erbe *ohne* besonderes Erbteil betrachtet werden. Sind mehrere Personen als Erben besonderer Sachen eingesetzt, so erhalten sie gleich grosse Teile des Erbes. In diesem Fall wendet man dieselbe Methode an, wie Sabinus betreffs der *impossibilis condicio*. Man betrachtet die Bedingung einfach als gar nicht aufgestellt. Es scheint auch, dass gerade *Sabinus* Autor der erwähnten Entscheidungsart ist. Höchstwahrscheinlich konnte zur klassischen Zeit nicht einmal durch prätorisches Eingreifen die wirkliche Absicht des Testators realisiert werden. Dies erscheint von besonderer Bedeutung beim Vergleich mit dem speziellen Testament, das nach gewissen kaiserlichen Konstitutionen, nicht nach dem überkommenen Zivilrecht gültig ist: dem *testamentum militis*. Ein solches Testament, welches gilt, wenn der Testator während

des Kriegsdienstes oder innerhalb eines Jahres nach seiner Entlassung ohne Schande gestorben ist, ist von der ordinären Form unabhängig und hat seine Kraft durch den *ausgedrückten Willen* des Testators. Deshalb soll hier — wie bei einem Fideikommiss — der zuletzt ausgedrückte Wille massgebend sein. Bei diesem Testament hat auch eine Erbeinsetzung ex certa re eine ganz andere Bedeutung als bei dem nach ererbtem Zivilrecht geltenden. Sie gilt wirklich iure civili, weil hier ausnahmsweise die ausgedrückte *Absicht* des Testators, nicht die Worte, zivilrechtliche Kraft hat. Nur ist dabei zu bemerken, dass die fragliche Einsetzung auf die Verteilung der hereditären Forderungen und Schulden nur in einem Ausnahmefalle Einfluss übt. Diese Ausnahme bezieht sich auf den Fall: verschiedenen Erben werden einerseits die res castrenses, andererseits die übrigen Erbschaftssachen zuerteilt. Schon früh bestand eine prinzipielle Differenzierung zwischen solchen Vermögensmassen. Zu einer jeden gehörten besondere Forderungen und besondere Schulden. Der filius familias wurde betreffs des peculium castrense sui iuris. Deshalb wurde es im angegebenen Falle so angesehen, als ob die Erbschaft aus zwei Nachlässen bestehe, die zwei Menschen gehört hätten. Sieht man von diesem Ausnahmefall ab, so ist die zivilrechtliche Lage bei einem solchen Testament, wenn über alle Erbschaftsdinge durch Einsetzungen ex certa re verfügt ist, so auszudrücken: Alle Erben sind mit gleich grossen Erbteilen eingesetzt, weil keine abstrakten Teile der Erbschaft im Testamente den einzelnen Erben zuerteilt werden. Zugleich aber sind alle Erbschaftsdinge als *Legate per praeceptionem* unter die Erben verteilt. Die Konsequenz ist, dass die Erben betreffs der hereditären Forderungen und Schulden gleichgestellt sind, betreffs der Erbschaftssachen ein jeder die ihm zuerteilten als Legate per praeceptionem erhält, weshalb er auch bei der Erbteilung dieselben bekommt. Auch hier wird der Erbe also nicht Erbe einer bestimmten Sache, was dem Begriff eines *Erben* als eines successor der Rechtspersönlichkeit des Verstorbenen widerstreiten würde. Aber die Absicht des Testators wird in einer Weise durchgesetzt, die dem Begriff des *Erben* nicht widerstreitet. D. h. der Eingesetzte wird hinsichtlich der einzelnen Sache Le-

gatar. Im ordinären Testamente ist eine solche Auslegung unmöglich, weil er nicht durch *Worte* als Legatar bezeichnet ist. Aber wie verhält es sich bei einem test. militis, wenn nicht über alle Erbschaftssachen durch Einsetzungen ex certa re verfügt ist? Hier sind zwei Fälle denkbar. Der Testator hat andere Erben ohne certa res eingesetzt, oder er hat über den Rest keine Bestimmung getroffen. Im letzteren Falle fällt *prinzipiell* der Rest den Erben ex intestato zu. Alle Erben werden dann als Erben ex certa re betrachtet und erhalten ihre Sachen, als ob sie Legatare per praeceptionem wären. Was den ersteren Fall betrifft, deuten gewisse Äusserungen darauf hin, dass alle hereditären Aktionen aktiv und passiv den nicht ex certa re Eingesetzten gehören, während die ex certa re Eingesetzten als aussenstehende Legatare betrachtet werden. Die postklassische Jurisprudenz — wenigstens die Byzantinische — hat nun indessen in Übereinstimmung mit ihrer allgemeinen Tendenz, den Willen des Testators zu schützen, die für das testamentum militis in fraglicher Hinsicht geltenden Prinzipien mit zwei Ausnahmen auf das ordinäre Testament übertragen.

1. Ein „paganus“ kann niemals pro parte testatus, pro parte intestatus sterben.
2. Die lex Falcidia ist beim ordinären Testamente immer anzuwenden, nicht beim test. militis. Da nun durch die Übertragung der Regeln für das test. militis auf das zivile Testament auch hier bei der Einsetzung ex certa re die Eingesetzten als Legatare per praeceptionem zu betrachten sind, ist nun die lex Falcidia so anzuwenden: Im Erbe muss immer das Viertel von Legaten unberührt bleiben. Also müssen die Legatare-Erben, die so viel erhalten haben, dass ein oder einige Legatare-Erben das Viertel der einem jeden gehörigen abstrakten Erbquote nicht erhalten würden, auf einen so grossen Teil ihrer Legate pro rata parte zugunsten der Gegenpartei verzichten, dass der Mangel gedeckt wird.¹ Hierbei ist zu beachten, dass nicht der Umstand, dass niemand infolge des römischen Erbschaftsbegriffes Erbe einer einzelnen Sache sein kann, die Berücksichtigung einer institutio ex certa re bei einem ordinären Testament nach der klassischen

¹ Beil. 4.

Jurisprudenz ausschliesst. Es wäre immer möglich gewesen, den Eingesetzten als einen Legatar per praeceptionem hinsichtlich der Sache und zugleich als Erben hinsichtlich einer bestimmten Quote der Erbschaft zu betrachten. So hätte die fragliche institutio ohne Widerspruch mit dem römischen Erbschaftsbegriff entsprechend der Absicht des Testators Gültigkeit haben können. In dieser Weise wurde beim Soldatentestament verfahren. Beim ordinären Testament aber war dies, wie schon bemerkt, deshalb nicht möglich, weil die Einsetzung zum Legatar in diesem Testament durch ausdrückliche *Worte* geschehen musste. Bei einer institutio ex certa re fanden sich keine *Worte*, die den Eingesetzten zu einem Legatar machen konnten. Dass das erwähnte Verfahren bei einem testamentum militis möglich war, beruhte darauf, dass dort nicht die Worte, sondern die ausgedrückte Absicht des Testators die Auslegung bestimmte. Dass der Eingesetzte nicht als Legatar bezeichnet war, schloss nicht aus, dass er als solcher betrachtet wurde, da damit gerade die Absicht des Testators, die *hier* der nächste Grund der Gültigkeit des Testamentes war, realisiert wurde. Da in der postklassischen Jurisprudenz diese Absicht die Grundlage der Gültigkeit jedes Testamentes zu werden begann, war es natürlich, dass die Betrachtungsweise vom testamentum militis auf das ordinäre Testament übertragen wurde.

Die Sachlage wird durch die Art beleuchtet, wie man umgekehrt eine Einsetzung zum Erben unter *Ausschluss* einer bestimmten Sache („excepta re“) betrachtete. Diese Einsetzung widerstritt nicht dem Begriff des Erben als eines successor der Rechtspersönlichkeit des Erblassers. Natürlich hörte der Nachlass nicht auf, der Nachlass des Erblassers in abstracto zu sein, bloss weil man davon eine gewisse Sache ausnahm. Hier aber brauchte man nur die ausgeschlossene Sache als nicht zum Nachlass des Erblassers gehörend zu betrachten, insoweit es sich um den „excepta re“ Eingesetzten handelte, um bei der Auslegung die Absicht des Testators zu berücksichtigen. Diese Betrachtungsweise stand nun auch in völliger Übereinstimmung mit den Worten des Testamentes. Deshalb erklärte man ganz einfach ein solches Testament für zivilrechtlich gültig. Wenn man hier den Erben als einen Legatar hinsichtlich

einer gewissen Sache hätte betrachten müssen, um die Absicht des Testators bei der Auslegung zu realisieren, so hätte man die Erwähnung der besonderen Sache auch hier für bedeutungslos erklären müssen. Wenn also z. B. drei Erben mit gleich grossen abstrakten Erbteilen eingesetzt waren, aber betreffs eines unter ihnen eine bestimmte Sache ausgenommen war, wurde das Erbe so verteilt: Der letztgenannte erhielt ein Drittel des Erbes, nachdem jene Sache davon abgerechnet worden war. Jeder der zwei anderen bekam die Hälfte des Restes. (Nur wenn der *sine certa re* Eingesetzte Alleinerbe ist, ist die Beschränkung mutmasslich bedeutungslos.) Der Autor dieser Entscheidungsweise, die schon der republikanischen Zeit angehört, ist Gallus Aquilius.¹

§ 3.

Zusammenfassende Darstellung und Vergleich.

Wir können nun das Ergebnis dieser Untersuchung betreffs der Kraft eines ordinären Testamentes — die Worte oder der Wille des Testators? — in folgenden Sätzen zusammenfassen.

¹ Lic. Rufus D.28,5,75: Si ita quis heres institutus fuerit: „excepto fundo, excepto usu fructu heres esto“, perinde erit iure civili atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est. Wie CIAPESSONI, Studi in Bonf. 3, S. 722 die Worte atque si *sine ea re* . . . so auffassen kann, dass keine Rücksicht auf die Beschränkung genommen werden soll, ist mir unverständlich. Wenn ebenso wie betreffs der positiven Einsetzung *ex certa re* gesagt worden wäre: perinde ac si rerum *mentio* facta non esset oder ac si sine eius rei *commemoratione* heres institutus fuisset, wäre eine solche Auslegung richtig gewesen. Aber die Worte atque si *sine ea re* heres institutus esset, die im offenen Gegensatz zum Ausdruck *ex certa re* heres institutus stehen, können nicht anders ausgelegt werden als so: als ob er zum Erben eines Nachlasses, zu welchem diese Sache nicht gehört, eingesetzt wäre. Weiter nimmt er ohne jeden Grund an, dass iure civili hier für iure honorario interpoliert ist. Dass von Iustinianus in Testamentsfragen das ius honorarium ins ius civile aufgenommen worden ist, kann kein solcher Grund sein. Man beachte nun auch, dass Paulus D.31,86 pr. eine solche Einsetzung *ohne jede Andeutung* eines zivilrechtlichen Mangels bespricht. Im Gegenteil wird ganz einfach darüber gesprochen, was dem einen oder dem anderen auf Grund der fraglichen Einsetzung *gehört*. Die Worte lauten: „Seius pronepos meus heres mihi esto ex semisse bonorum meorum excepta domu mea et paterna, in quibus habito, cum omnibus quae ibi

1. Wenn bei Erbeinsetzungen und Legaten die Personen bzw. die Sachen gegen die Absicht des Testators bezeichnet worden sind, ist nach *Celsus*, der die Auffassungsweise der nachfolgenden Jurisprudenz bestimmt zu haben scheint, die Verordnung insoweit ungültig. Der *Grund* der Entscheidung aber ist dieser: der Testator habe das, was seine Worte nach allgemeinem Sprachgebrauch ausdrücken, nicht *gesagt*, wenn er es nicht gemeint habe. Denn die Worte seien ihrem Wesen nach Ausdruck der Meinung *des Sprechenden*. Andererseits habe er auch nicht *gesagt*, was er wirklich meint, wenn er nicht den der Meinung entsprechenden Ausdruck anwendet. Also habe er im angegebenen Falle *gar nichts gesagt*. Diese sophistische Reflexion ist nur unter der Voraussetzung verständlich, dass man zwar die Absicht des Testators, soweit möglich ist, zu berücksichtigen wünscht, aber doch die Worte selbst als die schöpferische Kraft des Testamentes betrachtet.

2. Wenn man eine gewisse Wortzusammenstellung, die Erbeinsetzungen oder Legate betrifft, auslegt, sind allerdings wenigstens der späteren klassischen Jurisprudenz gemäss Wortklaubeereien ausgeschlossen — die Meinung ist unter Berücksichtigung *des Zusammenhanges* zu beurteilen. Insoweit aber die Worte, so beurteilt, objektiv einen eindeutigen Sinn haben, müssen sie nach *diesem* Sinn, nicht nach dem wirklichen Willen des Testators ausgelegt werden. Wenn aber die Worte, objektiv gesehen, zweideutig sind, soll der wirkliche Gedanke des Testators, insoweit er als von den Worten gedeckt betrachtet werden *kann*, berücksichtigt werden. Der Grund dieser Entscheidung aber ist derselbe wie der unter 1 angegebene. Auf unsern Fall übertragen bedeutet die fragliche Reflexion: in ambiguo sermone non utrumque *dicimus*, sed id dumtaxat quod uolumus (Paulus).

3. Die unzweideutige Rede, bei der jede quaestio uoluntatis ausgeschlossen ist, kann von zweierlei Art sein. Es kann sich um

sunt: quae omnia scias ad portionem hereditatis, quam tibi dedi, non pertinere'. quaero, cum sit in his domibus argentum nomina debitorum supellex mancipia, an haec omnia, quae illic inueniuntur, ad alios heredes institutos debeant *pertinere*. Paulus respondit nomina debitorum non contineri, sed *omnium* esse *communia*, in ceteris uero *nullum pronepoti locum esse*.

einen besonderen Fall handeln, wo der objektive Sinn nach allgemeinem Sprachgebrauch eindeutig bestimmt werden kann und dann auch bei der Auslegung zugrunde gelegt werden *soll*. Es kann sich aber auch um eine allgemeine Ausdrucksweise handeln deren Sinn zwingend von der *auctoritas iuris consultorum* — ‚ius civile‘ — bestimmt ist. Hier kann natürlich die Absicht des unkundigen Testators völlig verfehlt werden. Das wichtigste Beispiel für die zuletzt erwähnten Fälle ist die Erbeinsetzung *ex certa re*. Die Auslegung ist anscheinend durch die *auctoritas* des Sabinus bestimmt. Diese Auslegung zeigt an sich, dass die Worte, unabhängig vom wirklichen Willen des Testators, als die schöpferische Kraft des Testamentes betrachtet werden. Weil die einzig mögliche Art, auf die eine solche Einsetzung, ohne in Widerspruch mit dem Begriffe der römischen Erbschaft zu kommen, in Übereinstimmung mit der Absicht des Testators ausgelegt werden kann — die Betrachtung des Erben als in fraglicher Hinsicht eines Legatars — nicht auf die Worte, sondern nur auf den erklärten Willen des Testators gestützt werden konnte, wurde die Auslegung notwendig, dass man von der Erwähnung der besonderen Sache gegen die Absicht des Testators absehen soll. Diese Auslegung wurde notwendig, falls man die Einsetzung nicht für absolut nichtig erklären wollte, was man anscheinend vor Sabinus getan hat.

Wenn in der früheren Kaiserzeit in gewissen Fällen der Wille des Testators als für die zivilrechtliche Gültigkeit konstitutiv betrachtet wurde: *test. militis* und Fideikommiss,¹ bedeutete das nicht, dass jede Form unnötig war. Sowohl beim *test. militis* wie beim Fideikommiss ist eine gewisse Form erforderlich.² Nur inso-

¹ Betreffs des ersteren siehe C.I.6,21,1(212): *nam uoluntas militis expeditione occupati pro iure seruatur*. Auch das Fideikommiss hatte zivilrechtliche Gültigkeit. Gaius gebraucht hinsichtlich des durch Fideikommiss Geleisteten den Ausdruck *debetur*: I.2,250 u. 283, Paulus den Ausdruck *iure debetur*: Sent. 4,1,11. In § 18 sagt letzterer: *Ius omne fideicommissi non in uindicatione, sed in petitione consistit*. D.h. nur die zivile *actio in rem* war ausgeschlossen; jedoch galt es nicht *ex rigore iuris ciuilis*, sondern *ex uoluntate relinquentis*: Ulp. Reg. 25,1.

² Über das letztere siehe Gaius I.2,249, wo die Worte *peto, rogo, uolo, fidei committo* als besonders verwendbar angegeben werden. Deutlicher ist indessen

fern war der Akt formlos, als er nicht an *die* Formen, besonders *die* Worte gebunden war, die nach dem überkommenen Zivilrecht zivilrechtliche Bedeutung hatten. Es handelte sich also bei der Betrachtung der „*uoluntas*“ als konstitutiv nicht um einen Gegensatz zum formgebundenen Testament. Dann muss darin die Bedeutung liegen, dass wenn die Formen beobachtet waren, die wirkliche Absicht des Testators für die Auslegung bestimmend war. Dies stand im Gegensatz zu der Erbeinsetzung, dem Legate, der direkten Freilassung und der Einsetzung zum Vormunde im ordinären Testament, wo, wenn die Formen beobachtet waren, nicht diese Absicht, sondern der objektive Sinn der angewandten Worte die Auslegung bestimmte.

Das Gesagte kann auch so ausgedrückt werden: Wenn das Testament nicht durch die ‚*uoluntas*‘ besteht, haben die *Worte* die schöpferische Kraft. Dass hierbei der Testator als Gesetzgeber betrachtet wurde und dass er also eine vom *ius civile* stammende Kraft, die Rechtswirkungen zu erzeugen, besass, während er im anderen Falle diese Kraft nicht hatte, sondern die Rechtsordnung allein das verbindende Glied zwischen dem Tatbestand — *uoluntas* — und den Rechtswirkungen war, wird in der nächsten Abteilung nachgewiesen werden.¹

Paulus Sent. 4,1,6, weil er, nachdem er ähnliche Worte als verwendbar erwähnt hat, ausdrücklich erklärt, dass gewisse andere Worte: *relinquo* und *commendo* keine *actio fideicommissi* begründen können. Er erwähnt auch 6a, dass ein blosser *nutus*, wenn nur der Testator sprechen *kann*, zureichend ist, vgl. D.32, 21 pr. Hierüber sagt Ulpianus Reg. 25,3, dass dies *usu receptum* est. D.h. der *nutus* gilt auf Grund des Gewohnheitsrechtes. Wir haben einen parallelen Fall, in welchem die Wirkung auch durch den Willen des Agierenden entstehen soll, nämlich die Freilassung eines Sklaven, die nicht durch *iusta ac legitima manumissio* geschah, besonders die *manumissio cum amicis*. Dieser Akt wurde vor der *lex Iunia* nur durch den Prätor geschützt. Durch diese *lex* wurde er insoweit zivilrechtlich gültig, als der Freigelassene ein *Latinus Iunianus* sein sollte und so jedenfalls aufhörte, Sklave zu sein. Siehe Der röm. Oblig. I S. 77 f. Der fragliche Akt wurde als infolge der *uoluntas domini* gültig betrachtet. *Je-* doch waren auch hier besondere Formen nötig, wie WLASSAK, Sav.Z.26, 1905 S. 377 ff. nachgewiesen hat.

¹ Hier ist der allgemeine Satz bei Gaius D.35,1,16 anzuführen: *In his quae extra testamentum incurrerent (incurrunt), possunt res ex bono et aequo inter-*

§ 4.

Der geschichtliche Grund der Anschauung, dass die Worte, nicht der angekündigte Wille des Testators, die rechtserzeugende Kraft besitzen, liegt in der Betrachtung des Testators als Gesetzgeber durch uerba civilia.

Zum Beweis der aufgestellten These ist zunächst auf den Charakter *der* formalen Worte einzugehen, durch welche die Erbeinsetzung, das Legat, die direkte testamentarische Freilassung

pretationem capere: (Das hier Gemeinte ist das Fideikommiss, welches nur ein Anhängsel eines Testamentes ist und übrigens fungieren kann, als ob es ein selbständiges Testament wäre, *ohne dass* irgendein wirkliches Testament vorhanden ist.) ea uero quae ex ipso testamento oriuntur (oriuntur) *neesse est secundum scripti* (stricti?) *iuris rationem expediri*. Man vergleiche Ulpianus Reg. 25,1: Fideicommissum est, quod non *civilibus uerbis*, sed *precatuue* relinquitur nec ex *rigore iuris civilis* proficiscitur, sed ex *uoluntate* datur relinquentis. Gegen solche unzweifelhaft echte Äusserungen, die dem justinianischen Standpunkte widerstreiten, kann man absolut nicht den nichtssagenden Satz des Paulus D.50,17,12 anführen: In testamentis plenius uoluntates testantium interpretamur. *Das* versteht sich von selbst, dass eine testamentarische Bestimmung als ein Ausdruck des Wunsches des Testators aufzufassen ist. Ulpianus definiert Reg. 20,1 das Testament so: *mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram ualeat*. Vgl. Seruius, Gell. N. A. 7,12,2: (testamentum uerbum) compositum esse dixit a *mentis contestatione*. Siehe auch Modestinus D.28,1,1. Er definiert: *uoluntatis nostrae iusta sententia* de eo, quod quis post mortem suam fieri uelit. Darüber herrscht kein Zweifel. Was fraglich ist, ist nur, ob das Relevante der *Ausdruck* des Wunsches ist, so dass der in jedem Falle angewandte Ausdruck nach seinem objektiven Sinne gilt, auch wenn der Testator *nachweislich* etwas anderes als das objektiv Ausgedrückte gemeint hat, oder ob der konstaterbare Wunsch, den er auszudrücken glaubte, entscheidend ist. Wenn aber auch *Ersteres* gilt, sind keine Wortklaubereien zulässig. Dass Cicero bei Darstellung der *causa Curiana*, wobei er die Interpretation nach den *uerba* der nach der *aequitas* (*uoluntas*) entgegenstellt, nicht den Gegensatz zwischen der Berücksichtigung der Worte und der Berücksichtigung des Willens des jeweiligen Testators im Auge hat, sondern den Gegensatz zwischen der schikanösen Auslegung der Worte durch Wortklaubereien und der Auslegung, die den Sinn solcher Worte in ihrem Zusammenhang nach der allgemeinen Ausdrucksweise zugrunde legt, geht aus den in *meiner* Darstellung in Das mag. ius gemachten Ausführungen hervor. Wie man jedoch *trotz* der prinzipiellen Wortgebundenheit innerhalb gewisser enger Grenzen durch sophistische Erklärungen die wirkliche Absicht schützen zu können glaubte, wurde früher dargelegt.

eines Sklaven und die Bestellung zum Vormund im Testament zustandekommen. Dabei liegt das Gewicht auf dem Gegensatz zu *den* formalen Worten, durch die ein Fideikommiss entsteht. Die fraglichen Worte haben *imperativischen* Charakter von derselben Art wie die *Gesetzesimperative*. D. h. sie sind nicht an gewisse *Personen* gerichtete Befehle, sondern sie sagen, dass dies oder jenes zur *Rechtsordnung selbst* gehören *soll*.¹ Die Erbeinsetzung geschieht prinzipiell durch die Worte *T. heres esto* oder *iubeo T. heredem esse*. Man beachte, dass der Ausdruck für den Gesetzgebungsakt des Volkes gerade *iubere* ist. Niemandem wird damit etwas befohlen. Aber hinsichtlich einer gewissen Person wird imperativisch bestimmt, dass sie das *Erbrecht* oder die Stellung als successor der rechtlichen Persönlichkeit des Erblassers erwirbt.² Das Entsprechende gilt für die Konstituierung eines Legates. Auch in diesem Fall haben die Worte imperativischen Charakter, obgleich nicht ganz dieselbe Ausdrucksweise wie im ersteren Falle angewandt wird.³ Was die direkte testamentarische Freilassung betrifft, sind die formalen Worte, wenn man nur für das Wort *heres* das Wort *liber* einsetzt, ganz dieselben wie bei der Erbeinsetzung.⁴ Was endlich die testamentarische Einsetzung zum Vormund anbelangt, so sind hier *mutatis mutandis* dieselben Worte

¹ Über den Charakter des Gesetzesimperatives siehe Der röm. Obl. I S. 540 ff.

² Gaius I.2,117 sagt: *Sollemnis autem institutio haec est: Titius heres esto; sed et illa iam conprobata uidetur: Titium heredem esse iubeo; at illa non est conprobata: Titium heredem esse uolo*. Dasselbe bei Ulp.Reg.21,1. Der letztere Ausdruck kann nicht gutgeheissen werden, *weil* der Testator *dann* nicht als *Gesetzgeber* hervortreten würde, sondern *nur* als etwas wünschend. Gaius fügt wie Ulp. hinzu: *sed et illae a plerisque inprobatae sunt: Titium heredem instituo, item: heredem facio*.

³ Ulp.Reg.24,1 sagt: *Legatum est, quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur*. Bei der Konstituierung des legatum per uindicationem sagt man nach Gaius I.2,193: *do lego* oder eines von diesen Worten oder auch *sumito* oder *sibi habeto* oder *capito*. Ebenso Ulp.Reg.24,3. *Do lego* oder eines von diesen Worten bedeutet deutlich dasselbe wie eine imperativische Bestimmung hinsichtlich des Eigentumsrechtes des Legatars. Dass andere Legate durch imperativische Worte konstituiert werden, braucht nicht belegt zu werden.

⁴ Bei Gaius I.2,267 ist folgende Formel angegeben: *Stichus seruus meus liber esto* oder *Stichum seruum meum liberum esse iubeo*.

erforderlich, die bei einem Legat per uindicationem angewandt werden, nämlich *do* oder ein Imperativ, so dass *tutorem do* dieselbe Bedeutung wie *tutor esto* hat. In dem fraglichen Legat hat *do* (*lego*) scil. die legierte Sache, dieselbe Bedeutung wie *capito* oder *habeto* oder *sumito*, scil. der Legatar.¹ Aus dem Gesagten geht hervor, dass alle testamentarischen Akte, wenn man das Fideikommiss ausnimmt, einen imperativischen Charakter haben, der von ganz derselben Art ist, wie der Imperativ des Gesetzes. D. h. der Testator hat durch das *ius civile* die Kraft erhalten, selbst für das Schicksal seiner eigenen Rechte und für die Vormundschaft über eigene unmündige Kinder nach dem Tode *Gesetze zu geben*.

Das primäre Moment in dieser Gesetzgebung ist ursprünglich eine Übertragung der *familia* im *dinglichen* Sinne gewesen. Einer gewissen Person oder gewissen Personen wird für die Zeit nach dem Tode des Testators die *familia* übertragen. Unter diesem Wort verstand man das Haus mit dazu gehörendem Gebiete, das von der Familie des Testators unter seiner Oberhoheit bewohnt wurde. Dieses Haus — diese *familia* — war auch der Sitz zahlreicher der Familie dienender Götter, vor allem der Herdgottheit in der Mitte des Hauses, daneben des zum Herde gehörenden Lar *familiaris*, der Penaten und der Geister der Ahnen des Hauses. *Durch* diese Gottheiten als Kraftquelle konnte der Inhaber des Hauses, zu welchem sie gehörten, bei gehörigem Kulte sich und seine Familie erhalten. Das totale Vermögen des Hausinhabers das als *pecunia* bezeichnet wurde, hatte deshalb seine Grundlage in der *familia* im dinglichen Sinne. Durch das Innehaben dieses Hauses erwarb der Hausvater sein ganzes Vermögen. Das Wort *dominium* kommt ja auch von *domus*. Aber die *familia* im persönlichen Sinne, zu welcher natürlich auch der Hausvater selbst gehörte, war ein *corpus* — d. h. eine rechtliche Einheit, die im Wechsel der einzelnen Mitglieder als dieselbe fortbestand, ebensowie der *populus Romanus* selbst. Wenn aber der *pater familias* wegfiel, entstanden aus der primären Familie neue Einzelfamilien

¹ Gaius I.1,149 sagt: Rectissime autem tutor sic dari potest . . . *tutorem do* . . . sed et si ita scriptum sit . . . *tutor esto*, recte datus intelligitur; vgl. 2,289 und h.t. D.26,2.

mit Hausvätern, die unter dem ursprünglichen *pater familias* gestanden hatten. Die *familia* im persönlichen Sinne bestand nicht aus Gleichgestellten. Sie konnte sich als ein besonderes Subjekt von Rechten nur *durch* den Hausvater geltend machen. Deshalb war er allein wirklicher Machthaber über das Vermögen derselben. Andererseits waren jedoch *auch* alle anderen Mitglieder derselben *Zwecksubjekte* für das ganze dem Hausvater gehörende Vermögen. Nur als potentiell oder aktuelles Oberhaupt einer zum Hause gehörenden Familie — nur als *pater familias* — hatte der einzelne irgendwelches Vermögen. Das Wort *familia* hatte ursprünglich nur *dingliche* Bedeutung. Der *pater familias* war als solcher der Vater *und damit* der Herrscher in dem *Hause*, das die gemeinsame Wohnstätte seiner Familie war. Erst im zweiten Jahrhundert v. Chr. erhielt das Wort in der konservativen Rechtssprache persönliche Bedeutung. In spezifisch religiösen Phrasen hatte es nie persönliche Bedeutung. Wenn es auch im *allgemeinen* Sprachgebrauch vorher eine solche Bedeutung erhalten hatte, zeigt der rechtliche Sprachgebrauch ebenso wie der spezifisch religiöse, dass dieselbe sekundär war. Diesen übertragenen Sinn bekam es, weil das Haus und, was auf Grund der Macht über dasselbe vom Inhaber erworben wurde, gerade seiner Familie, ihn selbst eingeschlossen, als *Zwecksubjekt* diente.

Die *persönliche* Seite der Hausherrschaft war die *patria potestas*, als potentiell oder aktuell vorhanden. Diese *potestas* konnte nicht selbst an die Testamentserben übertragen werden. Letztere mussten vor der Übertragung der Hausherrschaft — wenigstens potentiell — ihre eigene *patria potestas* über ihre Familien haben, und diese konnte nicht als mit der des Testators identisch betrachtet werden. Nicht einmal *sui heredes*, d. h. die zum Hause gehörenden Personen, die vorher untergeordnete Zwecksubjekte des Vermögens waren, durch den Tod des Hausvaters aber selbständig wurden und deshalb unmittelbar die Herrschaft über das Vermögen übernahmen, erbten die *patria potestas* des Verschiedenen. Diese *war* ja in erster Linie eine *potestas* über *sie selbst*. Nur die Herrschaft über das dingliche *Vermögen*, in erster Linie über die *familia* im dinglichen Sinne, konnte testamentarisch übertragen

werden. Eine *Bedingung* der Übertragungsmöglichkeit war, dass sie beim Tode selbst *patria potestas* hatten. (Sonst ging das Recht auf ihr *caput* über.) Deshalb war, wenn minderjährige Personen oder Weiber *sui iuris*, die selbst keine *patria potestas* haben konnten, zu Erben eingesetzt waren, das Zwittergebilde *tutela* notwendig. Dies war auch immer erforderlich, wenn solche Personen Erben waren oder überhaupt ein Vermögen innehatten. Die Eigenschaft *sui iuris* stand offenbar in Zusammenhang mit der *patria potestas*. Die *tutela* war ein Zwittergebilde, weil der tutor einerseits *patria potestas* über den Mündel ausübte und damit über sein Vermögen herrschte, andererseits aber insofern der *patria potestas* ermangelte, als er nicht *auch* im eigenen Interesse, sondern nur im Interesse des Mündels seine Macht hatte. Ausserdem war seine Herrschaft *rechtlich* stark eingeschränkt. Er ist z. B. nach den XII Taf. der *actio rationibus distrahendis* wegen Unterschlagung von Mündelgut ausgesetzt. Der eigentliche *pater familias* herrscht über das Vermögen und in Zusammenhang damit über seine Familie im Interesse der ganzen Familie, also natürlich auch im eigenen Interesse. Er herrscht ohne *rechtliche* Restriktionen.

Die *hereditas* wurde von den Juristen als ein *corpus ex distantibus*, also als eine ideelle, nicht physische Einheit betrachtet. Diese Auffassung tritt besonders darin hervor, dass der Testator bei der Verteilung des Erbes einem jeden nur ideelle Einheiten, Quoten, nicht physische Dinge zuerteilen konnte. Die Einheit der *hereditas* lag darin, dass der Erbe als *successor* in alles *dominium* des Erblassers ein *einheitliches* Recht an allem hatte, was dazu gehörte. Als *hereditas* galt indes nur das *dingliche* Vermögen des Erblassers, also nicht Forderungsrechte und Schulden. Über letztere konnte der Testator als solcher nicht verfügen. Sogar im Verkehr *inter uiuos* konnten sie nicht ohne Mitwirkung des Schuldners bzw. Gläubigers übertragen werden. Der Testator konnte nur über das *dingliche* Vermögen verfügen und es eventuell zwischen mehreren Erben nach gewissen Quoten verteilen. Durch besonderes Gesetz in den XII Tafeln wurde indes bestimmt, dass die Erben Forderungen und Schulden *pro rata parte* über-

nehmen sollten. Damit erwarben sie in Wirklichkeit *mittelbar* die ganze rechtliche Stellung des Testators in wirtschaftlicher Hinsicht und wurden so *successores in ius defuncti*, obgleich der Testator selbst nur über sein dingliches Vermögen als Gesetzgeber verfügen konnte. Dass der Übergang von Forderungsrechten und Schulden als eine *Folge* des Übergangs des dinglichen Vermögens betrachtet wurde, tritt darin hervor, dass sie bei jeder Erbfolge restriktionslos nur dann übergingen, wenn sie in Zusammenhang mit der rechtlichen Wirksamkeit des Testators standen, die wirtschaftlichen Zwecken diene, also die Erhaltung oder Vermehrung des dinglichen Vermögens bezweckte. (Über damit gegebene besondere Restriktionen beim Übergang in Beil. 5.) Wie das *Gesetz* über den Übergang von Forderungen und Schulden wirtschaftlicher Natur bestimmte, so gaben die *pontifices* Vorschriften über die *sacra*, die auch, wenngleich nicht so unbedingt, zum *heres* gehörten, ohne deshalb ein Bestandteil der *hereditas* selbst zu sein. Weder Forderungen und Schulden im ersteren Sinne noch *sacra* wurden deshalb bei der Erbteilung durch *actio fam. erc.* verteilt. Aber auch über die Agnatenrechte, d. h. über die Mitgliedschaft in der umfassenden persönlichen Familie, die alle väterlicherseits von einem gemeinsamen Hausvater stammenden Individuen umschloss, wobei Adoption als natürliche Verwandtschaft galt, konnte der Testator als solcher nicht verfügen. Obgleich der Testator Mitglieder seiner Familie exheredieren konnte, war er nicht imstande, sie aus der Agnatenfamilie durch Testament auszuschließen. Nur durch die Emanzipierung oder das Überlassen zur Adoption seitens einer anderen Person konnten die Agnatenrechte aufhören. Diese Akte bewirkten eine wirkliche *capitis minutio*. Deshalb konnte nicht über Patronatsrechte und *ius sepulchri* durch Testament verfügt werden. Diese Rechte waren mit der Zugehörigkeit zu der persönlichen Familie des Testators verbunden. Was hier über die testamentarische Übertragung des dinglichen Vermögens gesagt wurde, gilt auch hinsichtlich der Übertragung desselben, die durch das Gesetz der XII Tafeln stattfindet. Wenn der *pater familias* keine *sui heredes* hinterlasst und auch kein Testament errichtet hat, wird das dingliche Vermögen auf den *adgnatus proximi-*

mus übertragen. Auf die *sui heredes* findet *keine Übertragung* des Vermögens statt. Die Stellung dieser, die selbst schon während der Lebenszeit des Vaters Zwecksubjekte seines Vermögens sind, wird durch seinen Tod nur so verändert, dass sie nun selbständig über den Nachlass verfügen. Diese waren deshalb unmittelbar Fortsetzer der ganzen rechtlichen Stellung des Vaters. Sie sind auch immer *heredes necessarii*. Sie können ihre Eigenschaft als rechtliche *successores in ius defuncti* nicht aufheben. Allerdings können sie im Testament als Erben eingesetzt werden. Diese Einsetzung ist dann aber nur ein Gutheissen ihrer Eigenschaft, von selbst Erben zu sein. Die Möglichkeit ihrer Einsetzung hat ihr Gegenstück in der Fähigkeit des Testators, sie durch besondere Gesetzgebung zu *exheredieren*. Weil sie an sich die Erbrechte haben, müssen sie, um ausgeschlossen werden zu können, durch einen *formalen* Akt *exherediert* werden. Wenn ein bei der Anfertigung des Testamentes lebender *suus* weder eingesetzt noch *exherediert* wird, ist das ganze Testament von vorherein *hinfällig*. Wenn nachträglich ein neuer *suus* hinzukommt, wird das Testament „gebrochen“. Über daran angeknüpfte besondere, von der klassischen Jurisprudenz oder späteren Gesetzen aufgestellte Regeln siehe in der Beilage.

Ebenso wie die *hereditas* oder die *familia pecuniaque* ein Ding ist, ist auch der Erbe prinzipiell nur ein einziger. Wenn sich scheinbar mehrere Erben finden, sind diese *vor* der *actio familiae erciscundae* als eine korporative Einheit zu betrachten. Diese aus den einzelnen Erben als Mitgliedern bestehende Korporation ist der Inhaber des Dinges *hereditas*. Was die *sui heredes* betrifft, tritt dies unmittelbar darin hervor, dass ursprünglich nach dem Tode des Vaters alle mündigen Söhne wirklich als eine Korporation fungierten, die die rechtliche Qualifikation des Vaters nach seinem Tode unmittelbar übernahm. *Diese* Korporation aber bestand aus Gleichgestellten, welche über die nicht volljährigen Söhne und über die Töchter herrschten. Diese gehörten jedoch zu *der umfassenden Korporation*, in der die erstgenannte Korporation von mündigen Söhnen herrschte. In der *actio fam. erc.*, wodurch die alle umschliessende Korporation aufgelöst wurde, erhielten sie auch ihr

Los. Weil aber die kleinere Korporation aus Gleichgestellten bestand, repräsentiert ein jeder der mündigen Brüder dieselbe für sich allein, weshalb der einzelne Bruder z. B. zur hereditas gehörende Sklaven selbständig manzipieren und freilassen konnte — ganz ebenso wie der pater familias es hinsichtlich seiner Sklaven vermochte. Dies wäre unmöglich gewesen, wenn jeder der Brüder vor der Erbteilung nur einen bestimmten Teil der *hereditas* gehabt hätte und nicht als ein im *Namen* der ganzen Korporation über das Gesamtvermögen Herrschender betrachtet worden wäre. So waren ja auch die beiden Konsuln gleichgestellte Herrscher über den Staat und konnten, wenn auch ihre Amtspflichten (durch den Senat) verteilt wurden, ein jeder für sich im Namen des Staates selbständig herrschen. Nur durch die *actio familiae erciscundae* konnte eine Verteilung des Vermögens zustande gebracht werden. Natürlich fungierten dabei die volljährigen Brüder zusammen als Tutoren für die unmündigen Söhne und für die Töchter, die zu der umfassenden Korporation gehörten, und hatten die Schuldigkeit, ihre Interessen zu wahren. Ehe aber diese Verteilung geschehen war, existierte die genannte Korporation als Subjekt für die ganze rechtliche Qualifikation des Vaters und wurde deshalb *ercto non cito* benannt. Natürlich hörte auch durch *actio fam. erc.* die *hereditas* selbst auf, ein einziges Ding zu sein. Aber jedes Los war nun selbst *eine* Sache, welche die dem einzelnen Erben zugefallenen Dinge in sich schloss. *Mittelbar* tritt dieselbe Korporationsidee darin hervor, dass, wenn unter den Testamentserben einer defizierte, sein Los den übrigen bei der Erbteilung *pro rata parte* zufiel, sowie darin, dass, wenn nicht die ganze Erbschaft durch besonderen Erben zufallende Lose erschöpft war, über den restierenden Teil in gleicher Weise bei der Erbteilung verfügt wurde. Dasselbe galt umgekehrt, falls der Testator mehr als zwölf *unciae* in das Testament aufgenommen hatte. Dies setzt voraus, dass *kein* Erbe durch das Testament einen bestimmten Teil des Erbes erhielt, sondern alle es zusammen bekamen, und dass die Verteilung des Testators nur sekundäre Bedeutung hatte, nämlich als Grundlage der Erbteilung bei der *actio fam. erc.* Dasselbe tritt endlich mittelbar darin hervor, dass sich die Exheredierung eines

sus heres keineswegs auf das ihm an sich bei der Erbteilung gebührende *Los* bezieht. Auch wenn von zwei *sui*, die allein zu Erben eingesetzt waren, der eine nach dem Testament nur eine *uncia* der Erbschaft erhalten sollte, lag *deshalb keine* Exheredierung vor. Eine wirkliche Exheredierung würde dem Enterbten *jedes* *Los* genommen haben. Daher: entweder ist man ganz Erbe oder gar nicht. Der erwähnte ursprüngliche Korporationsgedanke macht sich indes nur in der Ausformung des Institutes geltend, das ohne sein ursprüngliches Vorhandensein unverständlich sein würde. *Nachher* aber verfiel der Gedanke und man sprach unbehindert von einer Erbeinsetzung zu einem gewissen *Lose*.

Es ist weiter zu bemerken, dass ein Erbe seine Stellung an eine andere Person unter Beibehaltung der Eigenschaft *sui iuris* nicht übertragen konnte. Nur durch *adrogatio* oder *coemptio* konnte eine solche Übertragung geschehen. Das neue *caput* wurde dann als solches der Erbe. Nur das Recht, Erbe zu *werden*, nicht die schon eingetretene Stellung als Erbe konnte mit Beibehalten der Eigenschaft *sui iuris* an eine andere Person übertragen werden, nämlich durch *in iure cessio*, jedoch nur, wenn das fragliche Recht einem *proximus adgnatus* gehörte. Diese Übertragungsmöglichkeit beruhte hier darauf, dass der *proximus adgnatus*, der erst nach freiwilligem Antritt Erbe werden konnte, durch seine Mitgliedschaft in der *Adgnatenfamilie* wirklich ein mit seiner Persönlichkeit unmittelbar zusammengehörendes Recht, Erbe zu *werden*, hatte, falls nicht ein Testament vorlag oder sich *sui heredes* fanden. — Mit der Unmöglichkeit, unter Beibehaltung der Eigenschaft *sui iuris* die *wirkliche* Heresstellung zu übertragen, hängt es auch zusammen, dass sogar das Recht, heres zu *werden*, sei es, dass es durch besondere testamentarische Verordnung konstituiert wurde, mit dem Tode bzw. der *capitis deminutio* des Berechtigten *absolut* unterging. Nur in *seiner* Person als *sui iuris* konnte der Berechtigte die Stellung als Erbe aufnehmen. Die Berechtigung bezieht sich immer auf seine *Person* als *sui iuris*.

Die testamentarische Gesetzgebung, welche die Übertragung der *familia* und in unmittelbarem Zusammenhang damit der ganzen *pecunia* auf eine gewisse oder auf gewisse Personen als eine korpo-

rative Einheit betrachtet für die Zeit nach dem Tode des Testators bedeutet, wird als ein *legare suae rei* = *legare de sua re* bezeichnet. (*Legare* eig. *legem dicere*. *Suae rei* objektiver Genitivus zu *legem*. Bei der Zusammenziehung des *legem dicere* zu *legare* bleibt der Genitivus. *Legare* mit Akkusativus beruht auf der Verbindung mit *dare*. *Do lego rem* = ich *übertrage* die res als *legem dicens*.) Der Testator kann aber den von ihm verordneten Nachfolgern in seiner rechtlichen Stellung bestimmte Sachen zugunsten besonderer Personen nehmen: *do lego legatum*. Er kann sie zu besonderen Handlungen in Form eines Damnationislegates verbinden. Er kann bestimmte Sklaven von seinen rechtlichen *successores* freimachen. Dies geht unmittelbar aus der rechtlichen Identität mit ihm in wirtschaftlicher Hinsicht *als* von ihm selbst konstituiert hervor. Er kann auch einen Vormund für Personen einsetzen, die bei dem Todesfalle unter seiner eigenen *patria potestas* standen. Letzteres geht nicht unmittelbar aus der Möglichkeit des *legare suae rei* hervor. Das wird auch *besonders* in dem die Testamentsfreiheit regelnden Gesetz erwähnt. Aber auch diese Fähigkeit setzt voraus, dass er einen Träger seiner rechtlichen wirtschaftlichen Qualifikation nach dem Tode im Testament konstituiert und dieser auch die *hereditas* angetreten hat. Ohne einen rechtlichen *successor* hätte der Verordnende nach dem Tode rechtlich zu existieren aufgehört, womit auch aus allen von ihm ausgegangenen Verordnungen *nichts* würde. Entsprechend ist ja klar, dass, wenn das römische Volk, welches Träger der staatlichen Gesetzgebung ist, als eine *rechtliche* Einheit zu existieren aufhörte, auch jede durch dasselbe Kraft besitzenden Gesetzgebung ihre Bedeutung verlieren würde. Das römische Recht selbst würde aufhören zu existieren. Selbstverständlich aber ist es, dass der Erblasser über einen von ihm selbst nicht konstituierten rechtlichen *successor* auch nicht selbst verfügen konnte. Nur das Recht des testamentarischen Erben konnte er durch *Legate* etc. einschränken. Indessen wurden alle darauf sich beziehenden Verordnungen erst dann gültig, *wenn* der Eingesetzte wirklich die Erbschaft als ein Ganzes angetreten hatte, womit die Übernahme der Forderungsrechte und der Schulden verbunden war.

Über letztere konnte der Erblasser nicht einmal durch spezielle Verfügungen bestimmen, weil allein das dingliche Vermögen *selbständig* übertragen werden konnte. (Dies schliesst natürlich nicht aus, dass, als Damnationslegate möglich waren, der Testator verordnen konnte, dass z. B. jemand als Legatar von den Erben als selbst Gläubigern zum *cognitor* oder *procurator in rem suam* gemacht wurde.)

Ursprünglich war indes die Kraft des ordinären Testamentes von der Zeugnisfunktion des *pro collegio pontificum* in den *comitia calata* versammelten Volkes abhängig. Dabei war vor dem Gesetze der XII Tafeln die Testamentierfreiheit wenigstens in bezug auf Legate und Freilassungen von Sklaven beschränkt. Dies beruhte sicher darauf, dass nach pontifikalen Prinzipien die *sacra* einerseits zum Erben als solchem gehörten, andererseits gerade mittels der Erbsubstanz selbst bestritten werden sollten. Deshalb hatten die *pontifices* die negative Funktion zu überwachen, dass der eingesetzte Erbe wirklich in den Stand gesetzt wurde, durch den Nachlass für die *sacra* zu sorgen. Durch *tab. 5, 3: uti legassit . . . suae rei, ita ius esto* fiel diese negative priesterliche Funktion weg, so dass die *pontifices* nun auf andere Weise die Aufrechterhaltung der *sacra* sichern mussten.

Der Charakter des Testamentieraktes als einer Gesetzgebung, deren Kraft aus dem allgemeinen römischen Rechte herkommt, wird durch die rechtliche Natur des *Fideikommisses* beleuchtet. Dieses hatte vor der augusteischen Zeit nur moralische Bedeutung. Der Erblasser *bat* den Erben oder den Legatar einer dritten Person, etwas zu leisten. Es wurde als eine *perfidia* betrachtet, diesem *Wunsche* nicht Folge zu leisten. Der Erbe ebenso wie der Legatar stand in einem besonderen, als *fides* bezeichneten moralischen Verhältnis zum Erblasser, welches ihn dazu verband. Durch Augustus erhielten indes die *Fideikommiss*e rechtliche, ja sogar zivilrechtliche Kraft.¹ Dabei wurde jedoch der Testator nicht mit eigener

¹ Ulp. Reg. 24, 1: Legatum est, quod *legis modo*, id est *imperatiue*, testamento relinquitur. Nam ea, quae *precatiuo* modo relinquuntur, *fideicommissa* uocantur; vgl. 25, 1: *Fideicommissum est quod non ciuilibus uerbis, sed precatiuo*

Gesetzgebungskraft in der fraglichen Hinsicht ausgerüstet. Dies tritt in dem immer beibehaltenen *präkativen*, nicht *imperativischen* Charakter der Worte, durch welche das Fideikommiss konstituiert wurde, hervor.¹ Also: wenngleich die Gesetzgebungskraft des Testators bei anderen testamentarischen Akten durch das staatliche Gesetz konfirmiert worden ist, hat der Testator jedoch dabei selbst die *unmittelbar* rechtserzeugende Kraft. Als *Fideikommiss* gebend aber entbehrt er jeder eigenen Kraft. Die staatliche Verordnung erzeugt in diesem Falle auch *unmittelbar* die Rechtsfolge. Die ausgedrückte *voluntas* oder die an die Erben gerichtete Bitte ist nur der *Tatbestand*, an welchen die Rechtsfolge *staatlicherseits* angeknüpft wird. In den eigentlichen testamentarischen Akten schliesst die Gesetzgebungskraft des Testators ein, dass *uerba civilia*², h. e. solche Worte, denen eine zivilrechtliche Kraft innewohnt, angewandt werden können. Weil solche Worte zum Fideikommiss seiner Natur zufolge nicht gehören, mangelt auch dem Testator die Gesetzgebungskraft bei diesem Akte. Die staatliche Verordnung kann nicht der *nuda voluntas* oder der blossen Wunscherklärung eine innere rechtsschöpferische Kraft zuerkennen, weil keine *uerba civilia* dazu gehören. Sie kann nur bewirken, dass der mit dem Fideikommiss Belastete sogar zivilrechtlich gebunden wird. Die rechtliche Kraft aber, welche die Bindung erzeugt, steckt dann *ausschliesslich* in der staatlichen Verordnung.³ Man beachte, dass das Fideikommiss nicht deshalb anderen testamentarischen Akten unterlegen ist, weil es einer notwendigen Form entbehrt, was gar nicht der Fall ist. Dann muss der Hinweis auf die *voluntas* als den *Tatbestand* in diesem Falle den Sinn haben, dass sich hier keine *uerba civilia* finden können, die selbst zivilrechtliche Kraft haben. Wenn man solche Worte

relinquitur. Konstitutive Worte sind nach Gaius I.2,249: *peto, rogo, uolo, fidei committo*. Paulus fügt Sent. 4,1,6 hinzu: *mando, deprecor, cupio, iniungo, desidero, impero*.

¹ I.1.2,23,1. Darüber, dass die Kraft zivilrechtlich war, siehe oben S. 20¹.

² Ulp.Reg.25,1.

³ Dies ist der Sinn der Ulpianusworte über das Fideikommiss Reg. 25,1 *nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex uoluntate datur relinquentis*.

anwendet, ist das Fideikommiss ungültig. Aber dass solche Worte bei den eigentlichen Akten angewandt werden können, beruht auf der dem Testator zuerkannten Gesetzgebungskraft.

Wir haben ein Gegenstück zu dem Verhältnis zwischen den eigentlichen testamentarischen Akten und dem Fideikommiss im Verhältnis zwischen *iusta ac legitima manumissio* und *manumissio inter amicos*. Erstere ist als *iusta* eine solche Freilassung, die in sich selbst Kraft hat, die *libertas* zuwegebbringen, welche *libertas* gerade deshalb selbst „*iusta*“ ist, d. h. *ex iure Quiritium* gilt.¹ Wenn letztere für nicht *iusta* erklärt wird, bezeichnet man den Gegensatz so, dass die *inter amicos manumissi* nur *domini uoluntate* frei seien.² Dies obgleich sie durch die *lex Iunia* rechtlich frei wurden, wenn auch nicht römische Bürger. Dadurch wird dann ausgedrückt, dass der freilassende *dominus* nicht den zivilen Apparat anwandte, mit welchem ein besonderes Verfahren aus eigener Kraft die rechtliche Freiheit erzeugt. Er übernimmt an sich nur eine moralische Pflicht nach dem *ius naturae* als mit dem *bonum et aequum* identisch, den Sklaven als frei zu behandeln. Indem aber der Gesetzgeber im erwähnten Gesetz den so freigelassenen für rechtlich frei erklärte, veränderte er nichts in dieser Hinsicht. Er knüpfte nur an den an sich selbst nur moralische Bedeutung besitzenden Tatbestand einen rechtlichen Effekt.³ Da nun auch das spätere *testamentum militis* ebenso wie das Fideikommiss im Gegensatz zum zivilen Testament auf die *uoluntas* des Testators gestützt wird, ist hier dieselbe rechtliche Situation vorhanden. Im *einen* Falle sind *uerba civilia* und überhaupt in sich selbst zivilrechtliche Kraft besitzende Zeremonien wirksam, im *anderen* Falle hat nur die staatliche Verordnung, die das Soldatentestament möglich macht, rechtserzeugende Kraft.

¹ Über die echtrömische Bedeutung des Wortes *iustus* als eine in letzter Linie göttliche, zum römischen Rechte gehörige Kraft von Personen und Handlungen bezeichnend siehe *Röm. Obl. I S. 554 ff., 568 ff., 577 ff.* und *Das mag. ius S. 8².*

² *Fr. Dos. 5 u. 7.*

³ In diesem Sinne bezeichnet Theophilus in *I. I. 1, 5, 3 S. 58* (Reitz) die *iusta ac legitima manumissio* als *ἐννομος τρόπος ἐλευθερίας*, die *inter amicos* als *φυσικός τρόπος ἐλευθερίας*.

Aus dem Angeführten geht hervor, dass die Formalität, die auch in den *uoluntas*-Fällen nicht bedeutungslos ist, eine wesentlich andere Rolle spielt als die bei an sich selbst zivilrechtlich gültigen Akten. In *ersteren* fungiert sie nur als *die* Art, in welcher der Wille oder der Wunsch ausgedrückt werden muss, damit er als wirklich ausgedrückt anerkannt werden kann und muss. Aber der von der staatlichen Verordnung an die fraglichen Erklärungen angeknüpfte rechtliche Effekt ist durch sie in ihrer Eigenschaft, den *wirklichen Willen* (Wunsch) auszudrücken, bestimmt. In den *letzteren* Fällen ist die Formalität *als solche* allein für den rechtlichen Effekt bestimmend.

Hiermit ist die prinzipielle Wortgebundenheit bei der Auslegung des zivilen Testamentes erklärt. Weil dieses Testament den Charakter einer Gesetzgebung hat, die ihre Kraft in besonderen Worten und äusseren Handlungen hat, haben auch hinsichtlich des *Inhalts* des Testamentes die *Worte* selbst, welche die *uerba civilia* ergänzen, allein Bedeutung. Der fragliche Charakter der testamentarischen Gesetzgebung war dem Charakter der öffentlichen Gesetzgebung nahe verwandt, ja, sicherlich davon abhängig. In beiden Fällen handelt es sich um Imperative, die sich an die *Rechtsordnung* selbst, keineswegs an Personen richten. In der öffentlichen Gesetzgebung wird gesagt: *uti nuncupassit* oder *legassit*, *ita ius esto*, weiter *sacer esto*, *damnas esto*, *ius potestasque esto* etc. (Röm. Obl. I S. 542). In der testamentarischen Gesetzgebung wird gesagt: *N. N. heres esto*, *capito*, *damnas esto*, *tutor esto* etc. Immer handelt es sich um Konstituierung von Rechten oder überhaupt um das Eintreten einer besonderen rechtlichen Situation auf Grund der persönlichen Macht des Gesetzgebers, also ohne *jede* Verhandlung mit anderen Personen. Der gemeinsame Ausdruck für den Akt, wodurch die Rechtsordnung bei der einen oder anderen Gesetzgebung durch den Gesetzgeber selbst alteriert wird, ist *iubere*. Was die testamentarische Gesetzgebung betrifft, kann wenigstens die Einsetzung zum Erben durch die Worte: *iubeo N. N. heredem esse* geschehen. Nur ist hierbei zu beachten, dass der Ausdruck für den privaten Gesetzgebungsakt als solchen *legare* ist. Dagegen ist es absolut unmöglich, die frag-

lichen Gesetzgebungen durch *imperare* zu bezeichnen. Dies beruht darauf, dass es sich bei ihnen nicht um ein *imperium* handelt, das sich immer irgendwie auf untergeordnete Personen bezieht, welche Gegenstände für Befehle sind. Die Sachlage wird dadurch besonders beleuchtet, dass im Fideikommissakt, der wirklich eine an eine Person gerichtete Aufforderung ist, das Wort *impero* anwendbar ist.¹ Dadurch erhält die Differenz zwischen der testamentarischen Gesetzgebung und dem Fideikommiss ein scharfes Relief. Es ist natürlich, dass eine untergeordnete Person, die von einer übergeordneten einen Befehl empfängt, diesen nach der Absicht des Befehlenden auslegt. Aber unnatürlich ist es, nach der Absicht der wirksamen Person auszulegen, wenn diese Person als fähig betrachtet wird, durch imperativische Worte die *objektive Welt*, zu welcher nach römischer Anschauung auch das *materielle Recht* gehört, selbständig zu beeinflussen. Dann befindet sich die wirksame Person gar nicht in einer übergeordneten Stellung zu anderen Personen. Ihre Potenz ist auf diese Fähigkeit beschränkt. Dann ist es allein natürlich, dass man den Sinn der hier wirksamen Worte feststellt. *Dadurch* kann man bestimmen, in welcher Weise das materielle Recht verändert wird. Zu diesem Zusammenhang gehört nun auch, dass nach römischer Anschauung in der Gesetzgebung ein über dem Volk stehendes Recht steht, auf dem ihre Kraft beruht. Die Worte *consul populum iure rogavit, populusque iure sciuit* bildeten die übliche praescriptio zur Publikation eines Gesetzes. Dass dies *ius* sakral war, kann bei Berücksichtigung der formellen und materiellen Schranken jeder Gesetzgebung nicht bezweifelt werden. Diese Schranken waren nämlich sakral.² Dass aber auf sakralem Gebiete Worte und äussere Handlungen das Wirksame sind, habe ich in meiner Schrift *Das mag. ius* bewiesen. Endlich ist bemerkenswert, dass umgekehrt sowohl bei der Auslegung des Fideikommisses wie bei der manumissio inter amicos die prinzipielle Bedeutung des Willens hervortritt. Ein Fideikommiss soll nämlich nach der in ihm hervortretenden *Absicht* des Erblassers ausgelegt werden, was als kennzeichnend für das-

¹ Siehe oben S. 32¹.

² Röm. Obl. I S. 543 ff.

selbe im Gegensatz zu Legaten hervorgehoben wird. Dasselbe ist über das analoge testamentum militis zu sagen. Deshalb soll in beiden Fällen das *zuletzt Verordnete* zugrunde gelegt werden.¹ Während die *iusta ac legitima manumissio* unabhängig von uis und dolus gilt, hebt uis oder dolus die Kraft der *inter amicos* auf.²

Hiermit soll gewiss nicht behauptet werden, dass die prinzipielle Wortgebundenheit bei der Auslegung eines Testamentes von der klassischen Jurisprudenz mit dem Charakter der Gesetzgebung, durch imperativische Worte das materielle Recht magisch zu beeinflussen, motiviert wurde. Die Wortgebundenheit war für dieselbe ein selbstverständlicher Ausgangspunkt. Es handelt sich hier nur um den *geschichtlichen* Grund der fraglichen Anschauung, der in der Denkweise der primären römischen Juristen — der Vorsteher der staatlichen Magie überhaupt, der *pontifices* — gesucht werden muss.³

B. DIE EIGENTLICHE VERBALOBLIGATION — DIE IM VERKEHR INTER UIUOS.

Liegt die rechtserzeugende Kraft in den Worten oder im darin hervortretenden einstimmigen Willen der Parteien?

§ 5.

Beweis für den Primat der Worte bei der Auslegung unter dem Nachweis mancherlei postklassischer Interpolationen, die den Zweck verfolgen, den ursprünglichen Wesensunterschied zwischen der stipulatio und der conuentio zu verwischen.

Es ist natürlich sehr wichtig, dass man sich bei der Behauptung von den betreffenden Interpolationen nicht, wie es oft in solchen Fällen geschieht, einer *petitio principii* schuldig macht. Hier

¹ Siehe Beil. 3 S. 50 f. u. 4 S. 52.

² Dos.fr.7.

³ Beil. 5.

gehen indes die Interpolationen aus zwei logisch unanfechtbaren Gründen hervor. Entweder sind sie durch die kompilatorische Darstellung selbst beweisbar, oder man kann sie aus entgegengesetzten Äusserungen derselben oder wenigstens klassischer Juristen herleiten. Nur eine Voraussetzung ist hier für die Kraft des Beweises nötig, nämlich die, dass die Wortgebundenheit, wenn sie in den Quellen hervortritt, nicht von der *postklassischen* Jurisprudenz herkommen kann. Aber dass man in *dieser* das *aequum et bonum* und damit bei der Auslegung juristischer Akte die wirkliche Absicht, nicht die blossen Worte zugrunde legen will, ist so allgemein anerkannt, dass eine besondere Untersuchung der Richtigkeit dieser Voraussetzung überflüssig ist.

Wir betrachten zuerst die programmatische Erklärung des Ulpianus D.2,14,1,3 u. 4 aus B.4 ad edictum, in welchem das Edikt über *pacta conuenta* abgehandelt wird. Siehe Ulp. l. 7 § 7: Ait praetor: *pacta conuenta*, quae . . . seruabo. In l. 1 § 2 hat Ulp. den Begriff *pactum* so bestimmt: Pactum autem a pactione dicitur . . . et est pactio duorum pluriumue in idem placitum et consensus. Danach folgt eine Auslegung des Begriffs *conuentio*, welchem dieselbe Bedeutung zuerteilt wird. Der Anlass dieser Eigentümlichkeit liegt darin, dass das Wort *conuentio* auch als Bezeichnung für Übereinkünfte, die eine besondere juristisch-technische Benennung haben und immer eine *actio* gebären, angewandt wird, während das Wort *pactum* nur als Bezeichnung für *unbenannte* Übereinkünfte gebraucht werden kann. Dass dies der Anlass ist, soll die folgende Untersuchung zeigen. §§ 3 u. 4 lauten im überlieferten Texte: Conuentionis uerbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti conuenire dicuntur qui ex diuersis locis in unum locum colliguntur et ueniunt, ita et qui ex diuersis animi motibus in unum consentiunt, [id est in unam sententiam decurrunt]. adeo autem conuentionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius [nullum esse contractum?] nullam <esse> obligationem, quae non habeat in se conuentionem, siue re siue [uerbis] <nudo consensu> fiat. [Nam et stipulatio quae uerbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.] (§ 4.) Sed

conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: ueluti in emptio-nem, in locationem, in pignus [uel in stipulationem].

Dass die Worte *Nam et . . . nulla est* interpoliert sind, ist offenbar, da sie nur eine hässliche Tautologie enthalten. Was die Worte *siue re siue uerbis* betrifft, muss man auf Grund des Zusammenhanges annehmen, dass ULPIANUS die Worte *siue nudo consensu* hinzugefügt hat. Eine Obligation, welche nicht eine conuentio einschliesst, ist ebenso in dem Falle unmöglich, dass sie durch *Sachübertragung* oder *Worte* entsteht, wie wenn sie durch *nudus consensus* selbst erzeugt wird, sagt Pedius. Dies allein gibt der Äusserung einen Sinn. Dass der Sinn der sein sollte, dass eine Obligatio immer eine conuentio einschliesst, ist unmöglich. Da indes die für das Verständnis notwendigen Schlussworte *siue nudo consensu* fortgelassen sind, ist es wahrscheinlich, dass die Kompilatoren statt dieser Worte *siue uerbis* geschrieben haben. Natürlich kann dies jedoch nicht mit Sicherheit entschieden werden. Es könnte sein, dass Ulp. und Pedius wirklich gesagt haben, dass bei einem negotium immer eine conuentio vorliegen muss — auch bei der Stipulation. Denn das ist klar, dass die Parteien auch dort in der Weise eine Übereinkunft eingehen, dass sie sich vorher darüber verständigen, dass der Verbalakt stattfindet. Ja, es wird später sogar nachgewiesen werden, dass, wenn sie eine andere Absicht haben als die, einen durch die Worte entstehenden, rechtlich bindenden Akt zustandezubringen, der Akt ungültig ist. Aber *das* kann sicher festgestellt werden, dass die fraglichen Juristen nicht gemeint haben, dass die Stipulation selbst eine conuentio wäre, was bedeuten würde, dass der Inhalt der entstehenden Obligation durch die übereinstimmende in den Worten hervortretende *Absicht* der Parteien bestimmt wäre. Dann gehörte die entstehende Obligation zu solchen Obligationen, die ex nudo consensu geboren werden, und die Anwendung der uerba sollennia wäre völlig bedeutungslos. Was den *Schein* einer solchen Meinung der angeführten Äusserung hervorruft, muss auf Korrumpierung des echten Textes beruhen. Man beachte auch, dass die Ausdrucksweise: obligatio, quae non habeat in se conuentionem in jedem Falle höchst sonderbar ist. In dem offenbar interpolierten Satze: nam

et stipulatio . . . findet man eine entsprechende Ausdrucksweise: habet consensum. Das indiziert eine durchgehende Korrumpierung der Stelle. In § 4 werden Beispiele besonders *benannter* conuentiones gegeben. Unter diesen wird ein so bedeutsamer Fall, wie es die Stipulation sein würde, wenn sie wirklich zu den conuentiones gehörte, *erst in letzter Linie* genannt, und zwar so, dass ein den vorausgehenden Fällen fremdes Verbindungswort: *uel* angewandt wird. Dies ist ein Indiz für die Richtigkeit der Annahme, dass die Worte *uel* in stipulationem später hinzugefügt worden sind. Hierzu kommt folgendes. Im selben Kommentar (B.4 ad ed.) teilt Ulp. (D.2,14,5) die conuentiones ein: Conuentionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex priuata: priuata aut *legitima* aut *iuris gentium* . . . In l. 6 lassen die Kompilatoren Paulus die *legitima conuentio* so bestimmen: quae lege aliqua confirmatur. Diese Äusserung ist aus dem entsprechenden Pauluskommentar zum Edikt de pactis geholt. Sie kommt in B.3 ad ed. vor, wo Paulus das Edikt de pactis abhandelt (Lenel Paling. I S. 971). Es ist deutlich, dass Ulp. hier die conuentio, die durch römisches Gesetz gültig ist und deren Kraft deshalb zum *proprium ius Romanorum* gehört, derjenigen gegenüberstellt, welche zum *ius gentium* gehört. Zu welcher dieser Kategorien gehört die Stipulation, die durch *sponsio* geschieht? Tatsächlich kann diese zu keiner von ihnen gerechnet werden. Um was es sich bei der *legitima conuentio* handelt, geht aus der Fortsetzung der Paulusstelle hervor: et ideo interdum *ex pacto* actio nascitur uel tollitur, quotiens lege uel senatus consulto adiuuatur. Wenn auch hier ein im echten Text zwischen den Worten *legitima* . . . *confirmatur* und *et ideo* stehender Satz von den Kompilatoren ausgelassen worden sein muss, weist der *et ideo*-Satz an sich keine Unrechtheitszeichen auf. Er zeigt, dass unter *legitima conuentio* ein *pactum*, also eine unbenannte conuentio verstanden wird, die durch besonderes Gesetz Kraft erhält.¹ Um so sicherer kann dann

¹ Ein solches pactum wird in tab. 8,2 als actio iniuriarum aufhebend erwähnt. Nach tab. 8,16 hebt ein pactum de furto nec manifesto als duplione damnum decidere jede actio furti auf. Deshalb sagt Paulus D.2,14,17,1: Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniuriarum, item furti.

behauptet werden, dass die Stipulation durch *sponsio*, obgleich sie zum *proprium ius Romanorum* gehört, nicht unter die von Ulp. gemeinte *legitima conuentio* fällt. Eine Fortsetzung des Ulpianus-Kommentars zum Edikte über *pacta conuenta* in B.4 ad. ed. wird in l.7 pr. und § 1 angeführt: *Juris gentium conuentiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio uenditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*¹ Hieraus geht hervor, dass Ulp. zu den *conuentiones iuris gentium* sowohl die *conuentiones*, die *iure gentium* Aktionen erzeugen und die besonders benannt sein müssen, als auch blosse *pacta* rechnet, die wenigstens an sich, obgleich sie nach demselben *ius gentium* gelten, nach römischem Rechte nur Exzeptionen erzeugen. Indes ist hier höchst beachtenswert, dass Ulp. als Beispiele für die ersteren nur solche anführt, die *consensu* oder *re* Kraft haben, nicht aber die *Stipulation*, obgleich er fünf Beispiele erwähnt. Wenn eine solche Hauptkategorie von *negotia* wie die *Stipulation* nach Ulp. wirklich zu den *conuentiones iuris gentium* gehörte, wäre eine solche Unterlassung unmöglich. Dieses beweist, dass *in jedem Falle* weder Ulp. noch Pedius haben sagen wollen, dass die *Stipulation* unter den Begriff der *conuentio* fiele, auch wenn sie gemeint haben sollten, dass ihr *Zustandekommen* eine *conuentio* voraussetzt. Eine ganz andere Sachlage ist hinsichtlich der Obligationen, die *re* entstehen, vorhanden. Dort ist unzweifelhaft eine formlose Übereinkunft über den Zweck, zu welchem die Sache übergeben wird, ein integrierendes Moment des Aktes selbst, während zur *Stipulation* als *solcher*, in welcher der Stipulierende nur *fragt, ob* die Gegenpartei etwas verspricht, keine Übereinkunft gehört. In dieser Frage tritt gar keine Absicht seitens des Fragenden hervor, das Versprechen geltend zu machen. Eine in den Worten hervortretende Absicht der beiden Parteien ist jedoch für jede Übereinkunft nötig. Bei den nahe verwandten *dotis dictio* und *ius iuran-*

¹ Die in § 2 abgehandelte Restriktion in dieser Hinsicht (nach Aristo) hebt nicht das Prinzip auf, dass die fraglichen *conuentiones* besonders benannt sein müssen.

dum liberti spricht überhaupt *nur* der Versprechende Gaius I.3, 95a u. 96. Durch die dabei gesprochenen Worte ist die entstehende Obligation völlig bestimmt, und jede daneben vorhandene Übereinkunft ist völlig bedeutungslos. Aber weshalb die Kompilatoren so entschieden behaupten, die Stipulation sei eine *conuentio*, dass sie sich sogar Tautologien schuldig machen, liegt auf der Hand. Die spätere „Leoniana constitutio“ hob die für die Stipulation zur Zeit der klassischen Jurisprudenz nötige *sollemnitatis uerborum* auf und forderte nur *consensus*.¹ Damit ergab sich die Konsequenz, dass auch *ihre* Kraft auf *consensus* ruhen muss.² Deshalb waren die Kompilatoren geneigt, bei dem Bestimmen des Umfangs der *conuentio* die Stipulation diesem Begriffe unterzuordnen.³

Aus der hier vorgenommenen Untersuchung geht hervor, dass die sehr weitgehenden Schlüsse, die Riccobono Studi in P. Bonfante I, S. 147 f. aus D.2,14,1,3 u. 4 zieht, verfehlt sind, weil er die besonderen hier beachtlichen Umstände, welche die Annahme einer Textkorrumpierung notwendig machen, unberücksichtigt lässt. Indes ist nun offenbar, dass die Auslegung des Stipulationsinhaltes, da die Stipulation nicht als eine *conuentio* betrachtet werden darf, nicht nach der gemeinsamen Absicht der Parteien, sondern nur nach dem objektiven Sinne der angewandten Worte zu erfolgen hat.

¹ I.I.3,15,1, C.I.8,37,10.

² Diese Konsequenz wird direkt ausgesprochen I.I.3,19,13: *sed cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes ualent . . .*

³ Dass die Korrumpierung des Textes in D.2,14,1,3 u. 4 fundamental ist und nicht bloss bedeutungslose Sätze, wie in *unam sententiam decurrunt* (Eisele Sav.Z.13, S. 133 u. BESELER Beitr. 2,93), interpoliert sind, ist bisher nicht nachgewiesen worden. PERNICE meint S.Z.8, S. 198⁵, dass die Kompilatoren nach *siue uerbis* die Worte *siue litteris* gestrichen haben, weil sie den Litteralvertrag nicht anerkannten. Hieran ist richtig, dass sie diese Worte nicht hinzugefügt haben, weil sie den Litteralvertrag nicht anerkannten, der sonst allerdings der weiten Bedeutung der *conuentio* gemäss, die sie annehmen, hier hätte erwähnt werden *müssen*. Aber sie können die betreffenden Worte gar nicht im Texte *gestrichen* haben, falls nicht die Worte *siue uerbis* wirklich echt sein sollten und dann den Sinn haben, dass auch der Verbalvertrag eine *vorhergehende conuentio* für sein Zustandekommen voraussetzt. Dies gilt natürlich auch für den Litteralvertrag. Dann hat im echten Texte *siue uerbis siue litteris* gestanden. Die Frage nach der Echtheit der betreffenden Worte kann, wie gesagt, nicht sicher entschieden werden.

Noch klarer ist das Vorhandensein einer Interpolation, die die Kompilatoren in Ulp.D.45,1,41pr. in der Absicht gemacht haben, die *Stipulation* mit einer *conuentio* im vorher angegebenen Sinne gleichzustellen. Es heisst: Eum, qui ‚kalendis Ianuariis‘ stipulatur, si adiciat ‚primis‘ uel ‚proximis‘, nullam habere dubitationem(!) palam est: sed et si dicat ‚secundis‘ uel ‚tertiis‘ uel quibus aliis, aequè dirimit quaestionem. si autem non addat quibus Ianuariis, facti questionem inducere (es fehlt dem Akk. cum inf. sowohl an einem bestimmenden Hauptwort als an einem Subjekt!), quid forte senserit, hoc est(!) quid inter eos acti sit (utique enim hoc sequimur quod actum est), easque (scil. kalendas Ianuarias: easque also ohne etwas, das bestimmt, *welche* kalendae Ianuariae gemeint sind) adsumemus (vgl. gr. λαμβάνειν).¹ si autem non appareat, dicendum est quod Sabinus, primas kalendas Ianuarias spectandas. Wir können die Interpolationsfrage hinsichtlich der ersten bedeutungslosen Worte: Eum . . . quaestionem unentschieden lassen. Dass aber die Worte: si autem . . . adsumemus ein späterer Zusatz sind, der den Zweck hat zu behaupten, dass man sich bei der Auslegung der verbaliter zweideutigen Stipulation in erster Linie nach der wirklichen Absicht erkundigen muss, ist völlig unzweifelhaft. Dieses Prinzip wird durch die Worte: utique enim hoc sequimur quod actum est ausgedrückt. Ausser der für einen klassischen Juristen *unmöglichen* Darstellungsweise ist der Umstand beweisend, dass auch der folgende Satz: si autem non appareat (scil. quod actum est) dicendum est quod Sabinus, primas Ianuarias spectandas esse in dieser Formulierung interpoliert sein muss. Diese Annahme ist um so sicherer, als es offenbar ist, dass nach der Äusserung die faktische Absicht bei der Stipulation an sich *zivilrechtliche* Relevanz hat, aber *diese* Relevanz verliert, wenn die faktische Absicht im Prozesse nicht nachgewiesen werden kann. Eine solche Verwechslung des *zivilrechtlichen* und des *prozessualen* Gesichtspunktes kann nicht der klassischen Jurisprudenz angehören. Dass der *Richter* nur das, was der *Kläger* zu beweisen vermag — quod apparet — zugrunde legen

¹ Die parenthetischen Anmerkungen in der Hauptsache schon bei BESELER, Beitr. 3,68 f.

kann, versteht sich von selbst. Daraus aber folgt nicht, dass das *wirkliche* zivile Recht danach zu bestimmen wäre. Indes kommt die fragliche Verwechslung oft in Justinianischen Interpolationen vor. (Hinsichtlich des Testamentsrechtes siehe Beil. 5.) Wir werden später mehrere Beispiele für dieselbe geben. Aus dem abgehandelten Satze geht hervor, dass Sabinus die Auslegung der Stipulationsworte ‚kalendis Ianuariis‘ gegeben hat, die von Iul. und Ulp. für die richtige erklärt wird. *Weshalb* gerade diese die richtige ist, wird später nachgewiesen werden.¹ Ulp. fährt in l. 41 fort: plane si ipsa die kalendarum quis stipulationem (scil. kalendis Ianuariis) interponat [quid sequemur? et] puto actum uideri de sequentibus kalendis. Die Ausdrucksweise ist sonderbar: plane . . . quid? Dennoch kann keine *sachlich* bedeutungsvolle Korrumpierung des Textes durch die Kompilatoren nur aus diesem Grunde behauptet werden, obgleich wahrscheinlich die Worte quid sequemur? et eingeschoben worden sind. Wir finden hier die unmittelbar vorher angewandte Ausdrucksweise wieder, die unzweifelhaft von den Kompilatoren her stammt: sequemur (statt spectandum est). Bei einer solchen Annahme des ursprünglichen Textes tritt er auch als vollständig klar hervor. Was aber in jedem Falle bemerkenswert ist, ist dies, dass die Worte dem vorher Gesagten *sachlich* widerstreiten. Denn hier wird nicht proklamiert, dass man das, was die Parteien *faktisch* gemeint haben, in erster Linie berücksichtigen muss. Sondern der Rechtsfall wird *ohne weiteres* entschieden: uideri actum de . . . Was bei den bezüglichlichen fundamental verschiedenen Entscheidungen Ulp. angehört und was die Ansicht der *Kompilatoren* ausdrückt, liegt auf der Hand. Ferner aber ist zu beachten, dass die Bedeutung des Wortes *actum* hier eine andere ist als im vorhergehenden Teile des Textes. Es ist unverständlich, dass die Parteien in einer Stipulation ‚kalendis Ianuariis‘ auf den Tag kal. Ian. gerade die nachfolgende kal. Ian. gemeint haben *müssen*. In der Stipulation ist in der Tat der

¹ BESELER hat a. a. O. in jedem Falle sachlich richtig den ursprünglichen Text, was den hier erörterten Teil betrifft, so wiederhergestellt: Eum qui kalendis Ianuariis stipulatur, etsi non adiciat primis uel proximis, tamen proximis kalendis Ianuariis stipulari uideri Sabinus ait.

Tag ihres Fälligwerdens vollständig unbestimmt und kein Schluss hinsichtlich der Meinung der Parteien kann aus derselben gezogen werden. Dann aber *kann* ‚actum‘ hier nur die *rechtliche Kraft* einer Stipulation mit dem angenommenen Charakter bedeuten.¹

Um einen Einblick in die Betrachtungsweise der klassischen Jurisprudenz hinsichtlich der Stipulation zu gewinnen, muss man zwischen zwei Bedeutungen des Wortes *agitur*, auf eine Verhandlung angewandt, scharf unterscheiden. In der kompilatorischen Darstellung l. c. l. 41 pr. wird gesagt *facti* quaestionem inducere, quid forte senserit, hoc est, *quid inter eos acti sit*. In diesem Falle handelt es sich offenbar um die tatsächliche Absicht der Parteien. D. h. *quid acti sit* bezieht sich auf das tatsächlich Gemeinte. Vgl. Marcianus D.20,4,12,4 über ein *pacisci de hypotheca*: erit autem

¹ Es ist, was die durchgehende Korrumpierung des Textes in D.2,14,1,3 in Richtung gegen die Unterordnung der Stipulation unter den allgemeinen Begriff *conuentio* betrifft, im Übrigen bemerkenswert, dass ganz dieselbe Art von Textkorrumpierung in l.4 wieder vorkommt. Nachdem in pr. gesagt worden ist: *Item quia conuentiones etiam tacite ualent, placet in urbanis habitationibus locandis inuecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim conuenerit* und in § 1 *Secundum haec et mutus pacisci potest*, heisst es in § 2: *Huius rei argumentum etiam stipulatio dotis causa facta est: nam ante nuptias male petitur, quasi si hoc expressum fuisset, et nuptiis non secutis ipso iure euanescit stipulatio. idem Iuliano placet. Hier handelt es sich offenbar um eine tacita pactio, dass nicht vor der Ehe das Versprechen geltend gemacht werden darf. Man beachte, dass sich hoc im quasi-Satze auf die Worte male peti bezieht. Eine solche pactio gibt nach Gaius l.4,122 eine dilatoria exceptio pacti conuenti. D. h. Paulus ebenso wie Iul. hat vielmehr ungef. so gesagt: quasi si nominatim conuenisset, ne antea peteretur. et nuptiis non secutis is, qui petit, exceptione pacti conuenti repellitur. Die Absicht der Textkorrumpierung ist offenbar. Die Stipulation soll als eine conuentio betrachtet werden, die auch bei stillschweigender Übereinkunft Kraft hat. In § 3 heisst es: Ex facto etiam consultus (scil. Iul.), cum conuenisset, ut donec usurae soluerentur, sors non peteretur, et stipulatio pure concepta fuisset, condicionem inesse stipulationi, atque si hoc (d. h. dass das Kapital nicht prozessual gefordert werden sollte, solange die Zinsen bezahlt wurden, also nicht, dass das Kapital solange nicht als debitum gelten sollte) expressum fuisset. Auch wenn dies in der Stipulation ausgedrückt worden wäre, wäre nicht die Stipulation selbst konditional gewesen! Die Absicht der Textkorrumpierung ist hier wenn möglich noch offener.*

quaestio *facti quid inter eos actum sit*. Nachdem Gaius I.3,179 auseinandergesetzt hat, dass bei einer Novation durch Zusatz einer Bedingung zu einer reinen Stipulation, wenn die Bedingung nicht eintritt, die reine Stipulation in Kraft bleibt, sagt er: *sed uideamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conuenti exceptione possit summoueri, quia uidetur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis exstiterit condicio*. Hier hat *actum* dieselbe Bedeutung. Die unter einer besonderen Bedingung novierende Stipulation wird als eine konkludente Handlung betrachtet, aus welcher eine für die Stipulation, *zivilrechtlich* gesehen, bedeutungslose Absicht der Parteien abgeleitet werden kann.¹

Wenn *aber* Gaius D.44,7,1,12 sagt: *Furiosum, siue stipulatur siue promittat, nihil agere natura manifestum est* oder in I.2,30: *alii uero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi* oder in I.3,114: *item seruus adstipulando nihil agit*, bedeutet *nihil agere* keineswegs, dass man keine Absicht bei der Verhandlung hat. Hier handelt es sich gar nicht um die *tatsächliche* Absicht bei der Verhandlung, sondern um die *rechtliche* Kraft derselben, die nicht vorhanden sein soll.² Das positive Gegenstück findet man bei Ulp.D.39,5,13: *Qui mihi donatum uolebat, seruo communi meo et Titii rem tradidit: seruus uel sic accepit quasi socio adquisiturus uel sic quasi mihi et socio: quaerebatur quid ageret*. Da im Nachfolgenden gesagt wird: *nam et si procuratori meo . . . nihil agit*, ist deutlich, dass *quaerebatur quid ageret* hier nicht bedeutet: es wurde gefragt, in welcher Absicht die Rechtshandlung, die Übergabe geschah — diese Absicht war ja übrigens im vorausgesetzten Falle klar gegeben — sondern: es

¹ Hier hätte statt *uidetur inter eos id actum, ut ita . . .* geschrieben werden können: *uidetur pactus (stipulator), ut ita . . .* In einem analogen Falle (D.2,14,30,1) sagt Gaius: *pactus uideatur, ne . . . petat*. Iulianus gebraucht D.45,1,56,1 im selben Sinne den Ausdruck: *quamuis conuenisse uideatur, ne . . . peteretur*. In § 4 verwendet er wie Gaius I.3,179 im gleichen Sinne das Wort *agere*: *nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est*.

² Vgl. Iul.D.41,1,37,6: *Si, cum mihi donare uelles, iusserim te seruo communi meo et Titii rem tradere, isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur*.

wurde gefragt, welche *Rechtswirkung* er zuwegebracht.¹ Die Beachtung der genannten Differenz zwischen dem Sinn des *agere* in den zuerst abgehandelten Fällen und dem Sinn dieses Wortes in den zuletzt erwähnten Wendungen ist von Bedeutung für das Verständnis der rechtlichen Natur der Stipulation in folgender Äusserung des Ulpianus. Er sagt in D.45,1,38,18: In stipulationibus cum quaeritur, *quid actum sit*, uerba contra stipulatorem interpretanda sunt. Hier kann dies: *quid actum sit* nicht bedeuten: was die Parteien bei der Verhandlung faktisch *gemeint* haben. Hier muss die *andere* Bedeutung vorliegen: was die *Rechtswirkung* ist. Diese Ulpianische Äusserung stammt von Celsus B.26dig, D.34,5,26 her: cum quaeritur in stipulatione *quid acti sit*, ambiguitas contra stipulatorem est. Diese Worte gewinnen ihre Beleuchtung durch die Celsische Äusserung in B.38dig, D.45,1,99: Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam uerbis exprimitur, omisum intellegendum est: ac fere² secundum promissorem interpretamur [quia stipulatori liberum fuit uerba late concipere].³ D. h. da nichts anderes als das wirklich Ausgesprochene bei Stipulationen gilt, muss sich der Stipulant, wenn er einen bestimmten Vorteil erhalten will, diesen ausdrücklich ausbedingen. Daraus folgt unmittelbar, dass er bei zweideutigen Worten nur das *Mindeste*, was durch die Worte gedeckt wird, rechtlich erwerben kann. Dann bezieht sich auch sowohl bei Celsus wie Ulp. dies: *quid actum sit* gar nicht auf die gemeinsame Absicht, sondern auf die Rechtswirkung der Stipulation. Weiter sind folgende Worte des Iauolenus D.45,1,106 anzuführen: Qui ex pluribus fundis, quibus idem nomen impositum fuerat, unum fundum sine ulla nota demonstrationis stipuletur, incertum stipulatur, id est eum fundum stipulatur, quem promissor dare uoluerit. D. h. der Promittent braucht nur

¹ Vgl. Gaius I.3,114: is autem, qui in potestate patris est, aliquid agit und Ulp.-Iul.D.46,4,13,4: Si is qui hominem stipulatus est Stichum accepto tulerit, Iul.1.54 dig. scripsit acceptilationem *aliquid egisse tollisque totam obligationem*.

² Bei Celsus D.34,5,26 cit. und bei Ulp.D.45,1,38,18 cit. kommt kein beschränkendes *fere* vor, sondern der Satz wird als absolut gültig aufgestellt.

³ Dass letzterer Satz interpoliert ist, geht daraus hervor, dass der vorhergehende Satz eine andere Motivierung gibt. Weshalb die Interpolation geschehen ist, wird später erörtert werden.

den fundus mit dem angegebenen Namen zu leisten, der den *geringsten* Wert hat. Nun aber sagt Paulus D.34,5,21 pr: Ubi est uerborum ambiguitas, ualet quod acti est, ueluti cum Stichum stipuler et sint plures Stichi, uel hominem(!) uel ‚Carthagini‘, cum sint duae Carthagines. Hier bedeutet *quod acti est* natürlich nicht, was rechtlich zuwegegebracht worden ist, sondern die Absicht, die die Parteien bei der Verhandlung gehabt haben. Sonst läge eine Tautologie vor: ualet quod ualet! Damit wird indes gerade das Gegenteil der angeführten Äusserungen ausgesprochen. Da die Ulpianische Äusserung D.45,1,41pr., in welcher auch behauptet wird, dass man bei Stipulationen, wenn die Worte zweideutig sind, das wirklich Gemeinte (*quod inter eos actum est*) berücksichtigen muss, *nachweislich* interpoliert worden ist und da die Gebundenheit an die Worte unmöglich von der postklassischen Jurisprudenz eingeführt worden sein kann, muss die Paulinische Äusserung eine Interpolation sein.

Aus dem Angeführten geht hervor, dass auch folgende Stellen interpoliert sind.

1. Nach dem Zit. pr. 1.21(34,5) sagt Paulus in § 1: Semper in dubiis id agendum est, ut quam *tutissimo loco* res sit bona fide contracta, nisi cum aperte contra leges scriptum est. Auch diese Fortsetzung widerstreitet dem Auslegungsprinzip der klassischen Jurisprudenz, soweit es sich um Stipulationen handelt. Was wird hier unter diesem: . . . id agendum est, ut . . . verstanden? Weder kann es bedeuten: (in zweifelhaften Fällen) muss das zwischen den Parteien verhandelt werden, noch: muss das rechtlich zuwegegebracht werden, dass . . . Der sehr schlecht ausgedrückte Sinn ist offenbar der: bei der *Auslegung* muss man in zweifelhaften Fällen so verfahren, dass das, worüber sich die Parteien bona fide geeinigt haben, gesichert wird. D. h. § 1 sagt dasselbe wie pr. Man kann hier BESELER, Beitr. 3,102 beistimmen: „Eine bis zur Unverständlichkeit unklare regula generalis in unverständlicher Sprache!“ Man beachte weiter, dass nach der klassischen Jurisprudenz eine Stipulation weder *bona fide* vereinbart noch *geschrieben* sein muss. Vgl. hiermit Ulp.D.45,1,80: Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, *commodissimum* est id accipi (bei der Auslegung), quo

res, de qua agitur, *in tuto* sit. Hier kann die Ausdrucksweise als solche dem Ulpianus angehört haben. Das Prädikativ *commodissimum* (das Bequemste? das Vorteilhafteste? das Zweckmässigste?) aber ist hier, wo es sich um eine Rechtsfrage handelt, unangemessen. Nur Iustinianus — der Gesetzgeber — kann eine Verordnung über die Auslegung damit motivieren, dass die vorgeschriebene Auslegung zweckmässig od. dgl. sei. Der Jurist darf allein das, was er als geltendes Recht betrachtet, der Auslegung zugrundelegen. Vgl. den Ausdruck Ulp.D.28,5,9,13: *expeditissima* Sabini *sententia* und Paulus eod. l.10: *expeditius est quod Sabinus scribit*, wo die Justinianische Interpolation offenbar ist. (Siehe Beil. 4) Man beachte endlich, dass die sonderbare Glosse: *res quam tutissimo loco sit* in der unzweifelhaft interpolierten Stelle Paulus D.34,5,21,1 bei Ulp. l. c. in der Form: *res in tuto sit* wiederkehrt!

2. Ulp.B.45 ad Sab.D.50,17,34: *Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est*. Hier bedeutet natürlich *quod actum est* ebenso wie in Ulp.D.45,1,41 pr. aus B. 50 ad Sab.: was von den Parteien beabsichtigt ist. Wir finden hier auch den Ausdruck: *sequimur quod actum est*. Da diese Worte in die andere Stelle von den Kompilatoren eingefügt worden sind (siehe oben S. 43), um die *Stipulation* unter den Begriff *conuentio* zu bringen, müssen sie auch hier interpoliert sein.

3. Marcellus D.45,1,94: *Triticum dare oportere* (statt des technischen Ausdrucks: *triticum dari*) *stipulatus est aliquis: facti quaestio est, non iuris. igitur(!) si de aliquo tritico cogitauerit* (nur der Stipulant, nicht auch der Promittent!), *id est certi generis certae quantitatis, id habebitur pro expresso: alioquin si, cum destinare genus et modum uellet, non fecit, nihil stipulatus uidetur, igitur(!) ne unum quidem modium*. Die Textkorrumpierung (vorher von Eisele u. a. behauptet) ist offenbar. Man findet die Ausdrucksweise: *si cogitauerit (Stipulator)* und *facti quaestio* in Ulp.D.45,1,41 pr. wieder, wo es heisst: *facti quaestionem inducere, quid forte senserit*. Hier wird nur ein Zusatz gemacht, der auch in der Marcellusstelle sachlich notwendig ist: *hoc est, quid inter eos acti sit*, obgleich er dort unterlassen worden ist. Denn dass

wirklich der bloße Gedanke des *Stipulators* für die Auslegung bestimmend wäre, ist auch für die Kompilatoren unmöglich, die die Kraft der Stipulation auf *consensus* stützen.

4. In Ulp. Buch 49 ad Sab. werden, wie LENEL, Paling. II S. 1189 und 1191 nachgewiesen hat, u. a. die Stipulationen *emptae et uenditae hereditatis* abgehandelt. Die Stipulation des Käufers wird in D.45,1,50,1 so formuliert: *quanta pecunia (sc. ex ea hereditate) ad te peruenerit doloue malo tuo factum est eritue, quo minus perueniat*. Ulp. kommentiert im angegebenen Buche (D.18,4,2,1) diese Stipulation so: In hereditate uendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit cum aditur hereditas, an ea, quae fuit, cum hereditas uenumdatur, [uidendum erit. et] uerius est [hoc esse seruandum quod actum est: plerumque autem hoc agi uidetur, ut] quod ex hereditate *peruenit* in id tempus quo uenditio fit, id [uideatur uenisse]. Die Worte plerumque . . . uidetur ut . . . müssen ein späterer Zusatz sein: „Meistens scheint dies gemeint zu werden, dass der Erwerb aus der Erbschaft bis zur Zeit des Verkaufes verkauft worden zu sein scheint.“ Dann muss auch das unmittelbar Vorhergehende: hoc esse seruandum, quod actum est, mit dem die erwähnten Worte zusammengehören, interpoliert sein. Der Zweck der Interpolation ist natürlich, die Grenze zwischen der Stipulation und der *conuentio* nach der *Leoniana constitutio* zu verwischen. Eine Parallelstelle ist Lab.-Iau.-Paulus D.18,4,25, wo auch das *peruenire* der fraglichen Stipulation abgehandelt wird: *si excepto fundo hereditario ueniit hereditas, deinde eius fundi nomine uenditor aliquid adquisiit (z. B. per alluuiationem), debet id praestare emptori hereditatis*. Paulus: [immo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id *non apparebit*, praestare eam rem debeat emptori uenditor] (man beachte, dass hier ‚*non apparebit*‘ das wirkliche ‚debere‘ bestimmen soll), nam id ipsum *ex ea hereditate* ad eum *peruenisse* uidebitur non secus ac si eum fundum in hereditate uendenda non excepisset. Die kursivierten Worte geben an, dass auch hier die Stipulation des Käufers kommentiert wird. Der Anlass der Interpolation ist derselbe wie in der Ulpianusstelle. — Die entsprechende Sti-

pulation des Verkäufers muss natürlich eine Verbindlichkeit des Käufers, dem Verkäufer jeden *Verlust* auf Grund der Erbschaft zu ersetzen, konstituiert haben. Hierüber u. a. in Ulp.D.18,4,2,14: Si uenditor hereditatis aedes sibi exceperit, quarum nomine damni infecti promissum fuerat [interest, quid acti sit; nam si ita exceperit, ut damni quoque infecti stipulationis onus sustineret (d. h.: wenn der Verkäufer beim Verkaufe der Erbschaft eine ihn selbst eventuell belastende Schuld ausnahm! dann . . . Er würde also auch seine Erbschaftsschulden verkaufen!), nihil ab emptore consequeretur: si uero id actum erit, ut emptor hoc aes alienum exsolueret (ein sonderbarer Käufer, der die eventuelle Schuld des Verkäufers auf Grund des Zusammenstürzens des Gebäudes auch für die Zukunft übernahm, obgleich dieser selbst dann über dasselbe verfügen sollte!), ad illum onus stipulationis pertinebit: si non apparebit, quid acti sit, uerisimile] erit id actum, ut eius quidem damni nomine, quod ante uenditionem datum fuerit, onus ad emptorem, alterius temporis ad heredem pertineat. Dies ‚uerisimile erit id actum‘, scil. falls gar keine besondere Absicht der Parteien in der fraglichen Hinsicht nachgewiesen werden kann, ist eine Sinnlosigkeit. Liest man aber den Text in der hier angegebenen Weise und zieht in Betracht, dass hier eine *Stipulation* des Verkäufers betreffs ihn belastender onera ausgelegt wird, so wird alles klar. Im vorliegenden Falle ist die Stipulation hinsichtlich ihres rechtlichen Inhalts (erit id actum hier = wird das die rechtliche Wirkung der Stipulation sein) so auszulegen, dass der Schaden des Zusammenstürzens *vor* dem Verkauf vom Käufer ersetzt werden muss, derselbe Schaden *nach* dem Verkauf vom Verkäufer. Dies scheint auch die einzig mögliche Auslegung zu sein. Die Stipulation des *Verkäufers* muss alle onera, die ihn als Inhaber der Erbschaft belasten, auf den Käufer übertragen, nur sofern sie auf Umständen beruhen, die zur *Zeit vor* dem Verkauf gehören, da in entsprechender Weise die Stipulation des *Käufers* es für den Verkäufer notwendig macht, allen Erwerb durch die Erbschaft auf den Käufer zu übertragen, der auf Umständen beruht, die zur *Zeit vor* dem Verkaufe gehören.

Wenn nun auch der *Stipulant* keinen Vorteil gewinnen kann,

der nicht in der Stipulation ausgedrückt worden ist, so kann doch andererseits gefragt werden, ob nicht eine indirekt hervortretende oder in einem besonderen pactum, das an die Stipulation angeknüpft ist, ausgesprochene gemeinsame Absicht der Parteien für den *Promittenten* Bedeutung haben konnte. Wir können hinsichtlich des Einflusses ausgesprochener pacta oder der zur Stipulation gehörenden causa auf die überzeugende Darstellung des *früheren* RICCOBONO in Sav.Z.43 (1922) S. 344 ff., besonders auf die kritische Behandlung von D.12,1,40 hinweisen. Daraus geht hervor, dass in solchen Fällen die zivile Obligation unberührt bleibt, dass aber exceptio doli oder pacti conuenti anwendbar ist. Wir müssen indes hier den Fall besonders abhandeln, dass in der Vornahme des Stipulationsaktes selbst eine gewisse Absicht der Parteien zugunsten des Promittenten hervortritt. Der Stipulationsakt selbst ist dann eine konkludente Handlung, die eine *tacita pactio* enthält, welche als ein pactum de non petendo unter bestimmten Bedingungen durch exceptio doli oder pacti conuenti Wirksamkeit erhält. Gaius sagt I.3,179 von der Novation durch eine Stipulation, in welcher die Einlösung einer vorher unbedingten Schuld mit dem Zusatze einer Bedingung versprochen wird: quod autem diximus, si condicio adiciatur, nouationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam nouationem, si condicio exstiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio: *sed uideamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conuenti exceptione possit summoueri, quia uidetur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis exstiterit condicio.* Hier indiziert der faktische Zusatz einer Bedingung, dass die Parteien die Absicht gehabt haben, dass die *Aktion* im Falle der Defizierung der Bedingung ausgeschlossen sein solle. Diese durch die Stipulationshandlung selbst indizierte Absicht beeinflusst jedoch durchaus nicht das *zivile* Recht des Stipulanten, wenngleich sie eine exceptio möglich macht.¹ Es ist unter solchen Umständen

¹ Ganz dieselbe Bedeutung einer hinsichtlich der Absicht konkludenten Handlung, womit eine stillschweigende, exceptio ermöglichende Übereinkunft vorliegt, erhält die Stipulation in dem von Gaius D.2,14,30,1 erwähnten Falle. Die Stipulation, bei welcher ein Sklave Promittent ist, hat zur Zeit des Gaius

unverständlich, wie der *spätere* RICCOBONO im angeführten Aufsatze in Studi Bonfante I die Möglichkeit, dass die Stipulation als eine konkludente *Handlung* eine *tacita pactio* enthält, als einen Beweis *dafür* betrachten kann, dass die Stipulation unter den Begriff *conuentio* fällt.

Besonders beachtlich sind in diesem Zusammenhang zwei Fälle, von welchen der eine die *Zeitgrenze* der *Entstehung*, der andere die des *Untergangs* der Stipulationsobligation betrifft. Eine unbedingte Stipulationsobligation ist, an sich betrachtet, sofort vollstreckbar, wenn sie sofort erfüllt werden kann. Aber zugunsten des Promittenten kann der Zeitpunkt in der Stipulation herausgeschoben werden. *Dann* muss indes, weil es sich hier um

nicht die Kraft, eine Schuld zu novieren, weil sie zivilrechtlich nichtig ist. Aber die in der Stipulationshandlung hervortretende Absicht kann eine *exceptio* erzeugen: *Qui pecuniam a seruo stipulatus est, quam sibi Titius debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conuenti summoueri et possit et debeat, quia pactus uideatur, ne a Titio petat, quaesitum est.*

Es handelt sich um dieselbe *tacita pactio* wie bei dem negativen Gegenstück der Stipulation — der Akzeptilation — gegeben in Paulus D.2,14,27,9: *Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum uidetur, ne peteretur.* Das Aussprechen der zur *acceptilatio* gehörenden Worte gilt, wenn der Akt zivilrechtlich bedeutungslos ist, als eine stillschweigende Übereinkunft, dass die Schuld nicht gefordert werden soll, und gibt deshalb *exceptio*. Die Akzeptilationshandlung hat hier dieselbe Bedeutung wie das Handeln in dem von Paulus D.2,14,2,1 erwähnten Falle: . . . *si debitori meo reddiderim cautionem* (die Schrift, die als Beweis für die *cautio* dienen sollte), *uidetur inter nos conuenisse, ne peterem, profuturamque ei conuentionis exceptionem placuit.* Der Handlung fehlt es infolge ihrer Natur an jeder zivilrechtlichen Kraft. Sie kann daher nur als eine Handlung fungieren, die das Vorhandensein einer bestimmten Absicht der Parteien hinsichtlich des Prozesses angibt. Sie fungiert, als ob ein ausdrückliches *pactum de non petendo* vorgelegen hätte. Iulianus sagt D.45,1,56,1: *Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes?* *Titii persona superuacua comprehensa est: siue enim solus heres exstiterit, in solidum tenebitur, siue pro parte, eodem modo quo ceteri coheredes eius obligabitur. et quamuis conuenisse uideatur, ne ab alio herede quam a Titio peteretur,* tamen inutile *pactum conuentum coheredibus eius erit.* Hier darf das mit der Stipulation selbst gegebene *pactum* nicht einmal als *exceptio* gebraucht werden. Das ist in jedem Falle klar, dass es den zivilrechtlichen Inhalt der Stipulation *gar nicht* berührt. In § 4 wird ein Fall erwähnt, in welchem ein *pactum* derselben Art wirklich Bedeutung erhält, aber nur als ein *pactum de non petendo*.

einen dem Promittenten gar nicht an sich selbst gebührenden Vorteil handelt, der Zeitpunkt in unzweideutiger Weise in der Stipulation bestimmt sein. *Quod inter eos actum est* hat keine Bedeutung gegenüber dem in der Stipulation Ausgedrückten. Wenn letzteres zweideutig ist, erhält der Promittent — ohne Rücksicht auf das, was bei der Stipulation vereinbart worden sein mag — zivilrechtlich nur den *Mindestvorteil*, der von den Worten gedeckt wird. Dies geht aus unserer Analyse der Ulpianusstelle D.45,1,41,pr. hervor. Die Stipulation ‚kalendis Ianuariis‘ bedeutet zivilrechtlich ‚proximis kalendis Ianuariis‘. Der Hinweis auf *quod inter eos actum est* in der fraglichen Stelle ist *nachweislich* ein späterer Zusatz. Das kann jedoch unter Berücksichtigung analoger Fälle behauptet werden, dass, wenn nachgewiesen werden kann, dass die Parteien spätere ‚kalendae Ianuariae‘ gemeint haben, sofern dies aus dem Akte hervorgeht, *exceptio pacti conuenti* angewandt werden kann, falls der Stipulant vorher die Erfüllung der Obligation fordert. Ebenso wie der *Stipulant* nur den *Mindestvorteil*, der durch die Worte gedeckt wird, fordern kann, so kann umgekehrt der *Promittent* für sich nur den *geringsten* durch die Worte gedeckten Vorteil beanspruchen. Eine ganz andere Situation ist vorhanden, wenn es sich um den Zeitpunkt für das *Aufhören* einer Stipulationsobligation handelt. Weil eine solche durch den blossen Zeitablauf nicht verschwinden kann, ist sogar jede Bestimmung hierüber in der Stipulation zivilrechtlich wirkungslos. Weil aber eine solche Bestimmung doch als ein *pactum* fungiert, gebiert sie *exceptio pacti conuenti* oder *doli mali*. Paulus schreibt D.44,7,44,1: *Circa diem duplex inspectio est: nam uel ex die incipit obligatio [aut] <uel?> confertur in diem. ex die ueluti ‚kalendis Martiis dare spondes‘? cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. ad diem autem ‚usque ad kalendas dare spondes‘? placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum . . . plane post tempus stipulator uel pacti conuenti uel doli mali exceptione summoueri poterit. In letzterer Hinsicht sagt Iulianus D.45,1,56,4 dasselbe.*

Die zivilrechtliche Bedeutungslosigkeit der Absicht der Parteien (*quod inter eos actum est*) für die Auslegung einer *Stipulation*

nach der klassischen Jurisprudenz wird scharf beleuchtet durch die prinzipielle Bedeutung derselben im Falle *conventiones*. Zu diesen gehören nicht nur *pacta conuenta* oder *nuda pacta*, die in jedem Falle einer besonderen Benennung entbehren und nur durch besonderes Gesetz oder durch Anknüpfung an zivilrechtlich gültige, besonders benannte Übereinkünfte zivilrechtliche Kraft erhalten¹, sondern auch besonders benannte, mit zivilrechtlicher Kraft ausgestattete Übereinkommen, mögen sie nur in Verbindung mit der Übergabe einer Sache gelten (*mutuum, depositum* etc.), oder durch blossen ‚consensus‘ Kraft haben (*mandatum, societas* etc.). Eine *conuentio* setzt immer ein formloses, indirektes (durch konkludente Handlung gegebenes) oder direktes, einseitiges oder zweiseitiges Versprechen voraus, in welches die Parteien denselben Sinn hineinlegen, was als *consensus* bezeichnet wird. Deshalb kann eine *conuentio* auch in Abwesenheit der Gegenpartei eingegangen werden und z. B. durch Brief oder Boten zustandekommen. Gaius sagt I.3,136: *Ideo autem istis modis (h. e. durch Kauf, Miete, societas und Mandat) consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.* Was hier über die Voraussetzung für die Entstehung einer Obligation in den angegebenen Fällen — einen von Formen unabhängigen *consensus*, der ein gegebenes und empfangen-

¹ Über *pacta*, die durch besonderes Gesetz zivilrechtliche Kraft erhalten, oben S. 40¹. Über *pacta*, die in der zuletzt angeführten Weise zivilrechtliche Kraft bekommen, Paulus D.2,14,7,5: . . . *ea enim pacta insunt quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt.* Um ein solches zum Hauptvertrage gehörendes *pactum*, das denselben näher bestimmt, handelt es sich in Paulus-Alfenus D.17,2,71pr.: *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset.* (Dies war der Hauptvertrag.) *De ea re, quae uoluerunt fieri, in pacto conuento societatis proscripserunt.* (Dieses *pactum* bestimmte die *Art*, in welcher die angegebene *societas* durchgeführt werden sollte, und erhielt dadurch so zivilrechtliche Kraft, dass auf seiner Grundlage *de societate* agiert werden konnte, was aus dem Nachfolgenden hervorgeht).

nes Versprechen enthält, gesagt wird, gilt natürlich auch bei der Entstehung einer Obligation durch Sachübergabe (*re*), weil auch hier nicht die blosser Übergabe genügt, sondern immer ein in Zusammenhang mit ihr empfangenes und gegebenes Versprechen mit *consensus* erforderlich ist. Da auch hier keine Formen notwendig sind, kann das Versprechen ausreichend durch die blosser Erklärung, zu welchem Zwecke die Sache empfangen wird (z. B. als *depositum*) abgegeben werden. Das Gesagte gilt auch für *nuda pacta*, wenn auch diese an sich selbst nur eine *exceptio* erzeugen können. Dann aber ist es notwendig, dass der Sinn, den die Parteien gemeinsam in empfangene und gegebene Versprechen hineinlegen, oder die gemeinsame Absicht, der Inhalt des *consensus*, nicht die *Worte* selbst objektiv betrachtet, bei der Auslegung zugrunde gelegt wird.

Nun ist es wahr, dass erst Iustinianus die Absicht, die die Parteien bei der Übereinkunft *wirklich* hatten, also nicht notwendig die, welche in der Verhandlung selbst als die faktische Absicht hervortritt, als das Relevante betrachtete. Dies geht aus vielen nachweislichen Interpolationen hervor, in welchen behauptet wird, dass man bei der Interpretierung einer *conventio* in erster Linie fragen solle, *quid actum sit* im subjektiven Sinne, und nur, wenn dies nicht feststellbar ist, an der Absicht, die unmittelbar in der Verhandlung selbst erscheint, festhalten solle.¹ Aber dass nach klassischer Jurisprudenz nur die Absicht, die in der Verhandlung selbst hervortritt, Bedeutung hat, darf nicht so aufgefasst werden, als ob es sich nicht um den Sinn handelte, den *vernünftig überlegende* verhandelnde Personen *faktisch* in die Verhandlung hineinlegen. Sie will damit nur sagen, dass *der* Sinn, den die Verhandlung durch *ausserhalb derselben* liegende Übereinkünfte erhält, irrelevant ist, ebenso wie der Sinn, den eine der Parteien ohne vernünftige Überlegung zufälligerweise in die Verhandlung hineinlegt. Immer ist die Absicht vernünftig überlegender verhandelnder Personen — gegeben durch den Sinn, den *sie* in angewandte Worte oder konkludente Handlungen faktisch

¹ Siehe Beil. 6.

hineinlegen — für die Auslegung bestimmend, niemals die Worte selbst nach ihrer objektiven Bedeutung, also ohne Rücksicht auf die besondere Situation, die vorliegt, z. B. auf den Umstand, dass es sich um einen Verkauf handelt, der für den Käufer den Vorteil, den er nach den Worten des Kontraktes erhalten soll, wertlos machen würde, wenn nicht der Verkäufer auch zu etwas anderem, nicht besonders Ausgedrücktem verbunden wäre. Gerade deshalb *braucht* erstens das Bezweckte gar nicht durch Worte bezeichnet zu werden. Auch Handlungen, die im Verkehr so fungieren, als ob eine in Worten ausgedrückte Übereinkunft eingegangen wäre, können wirkliche *conventiones* sein. Die oben abgehandelten *tacitae pactiones* beweisen dies. Zweitens aber: auch wenn die Übereinkunft wirklich durch ausgesprochene Worte zustande kommt, *braucht* die Absicht nicht nach objektiver Auslegung der Worte korrekt ausgedrückt zu sein. Wenn unter Voraussetzung vernünftiger Überlegung der Agierenden bei der angewandten Ausdrucksweise mit Hinsicht auf die Situation nur *eine* bestimmte Absicht als vorhanden angesehen werden kann, bekommt diese bei der Auslegung Relevanz, auch wenn sie bei direkter Auslegung nach den Worten nicht behauptet werden kann. Gerade dies konstituiert einen Wesensunterschied zwischen den Stipulationen und solchen *conventiones*, welche auch durch ausgesprochene Worte zustandekommen.¹

Eine scharfe Beleuchtung erhält das Prinzip, dass bei der Stipulation *nur* die Worte Relevanz haben, durch den von Paulus D.45,1,126,2 referierten und kommentierten Rechtsfall. (Wir bezeichnen durch . . . gewisse Sätze oder Worte, die für die abzuhandelnde Frage keine Bedeutung haben.) Chrysogonus Flauii Candidi seruus actor scripsit, coram subscribente et assignante domino meo, accepisse eum a Iulio Zosa, rem agente Iulii Quintiliani absentis, mutua denaria mille. quae dari Quintiliano herediue eius, ad quem ea res pertinebit, kalendis Nouembribus, quae proximae sunt futurae, stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintiliani, spopondit Candidus dominus meus. sub

¹ Beil. 7.

die supra scripta si satis eo nomine factum non erit, tunc quo post soluetur, usurarum nomine denarios octo praestari stipulatus est Iulius Zosas, spopondit Flavius Candidus dominus meus. subscripsit dominus. respondi: per liberam personam, quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis seruit, obligationem nullam acquirere possumus . . . quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur. superest quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit: <sed magis est, ne possit> (Mommsen), nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una uerborum . . . Ein Freigelassener, der für seinen patronus verhandelte, hatte einer Person eine Geldsumme als Darlehn gegeben. In unmittelbarem Zusammenhang mit diesem negotium stipulierte er, dass das Kapital *seinem patronus* bis zu einem bestimmten Tage zurückgezahlt werden sollte. Daneben stipulierte er, ohne *dabei* den patronus zu erwähnen, dass, wenn nicht zur bestimmten Zeit Bezahlung erfolge, danach Zinsen gezahlt werden sollten, bis das Kapital zurückgezahlt sei. Die Kapitalstipulation ist indes nichtig, weil man nicht zugunsten einer anderen Person stipulieren kann, wenn man nicht ihrer potestas unterworfen ist oder ihr bona fide als Sklave dient. Aber auch die sonst durch das formlose mutuum entstehende Obligation kommt im angegebenen Falle nicht zustande. Denn wenn in unmittelbarem Zusammenhang mit diesem negotium stipuliert wird, kann nur *eine* Obligation entstehen: die zur Stipulation gehörende.¹ Da nun in unserm Falle die Kapitalstipulation ungültig ist, entsteht gar keine Obligation hinsichtlich des geliehenen Kapitals. In der Folge wird nun gesagt: sequens stipulatio, in qua sine adiectione nominis usuras stipulatus est, non eodem uitio laborat . . . ideoque in liberti persona ualet stipulatio usurarum [et cogitur eam patrono cedere?] [plerumque] *enim in stipulationibus uerba ex quibus obligatio oritur* inspicienda sunt . . . Also: *die Zinsen können, wenn das Kapital nicht zur bestimmten Zeit bezahlt wird,*

¹ Hierüber und über den Anlass dieser Bestimmung in anderem Zusammenhang.

vom Freigelassenen selbst gefordert werden, weil in der betreffenden Stipulation der patronus nicht als Gläubiger *erwähnt* ist, obgleich es offenbar ist, dass es auch hier die Absicht war, dass dieser der Gläubiger sein sollte. Die Bedingung, unter welcher die Verbindlichkeit zur Zinszahlung eintreten sollte, war ja die, dass das Kapital nicht zur rechten Zeit dem *patronus* bezahlt würde. Stärker kann wohl die Gebundenheit an die Worte, im Gegensatz zu der im Akte erscheinenden Absicht, bei der Auslegung einer Stipulation nicht hervortreten. Aber in den hier nicht angeführten, zwischen ‚laborat‘ und ‚ideoque‘ im überlieferten Text eingeschobenen Worten: *neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui et sortem, uideri*, macht sich die Tendenz der Kompilatoren, auch bei Stipulationen die Absicht als relevant zu betrachten, auf eine sonderbare Weise geltend. Denn die Annahme, dass man zugunsten einer anderen Person stipuliert, der man nicht rechtlich unterworfen ist oder *bona fide* als Sklave dient, *darf* nicht gemacht werden, wenn die Stipulation ohne Erwähnung einer Person als Empfängers nur ein *dari* oder *feri* zum Inhalte hat, weil der selbständige Stipulant als solcher durch die Stipulation *sich* das Recht erwirbt und dies nur dann nicht geschieht, wenn er in der Stipulation eine andere Person als Empfänger bezeichnet. D. h. nur dann, wenn man die Absicht, nicht die Worte als das Relevante betrachtet, *kann* in unserm Falle angenommen werden, dass der Freigelassene zugunsten seines patronus auch die Zinsen stipuliert hat. Aber die Kompilatoren lassen Paulus eine solche Annahme als ‚*maligna*‘ ablehnen, obgleich es sich hier gerade um die *Absicht* handeln muss, wenn die Annahme überhaupt möglich sein soll, die Absicht aber in unserm Falle offenbar so beschaffen ist, dass die verworfene Annahme die einzig richtige ist, wenn die Absicht zugrunde gelegt werden soll!¹

¹ BESELER, Sav.Z.45(1925), S. 484 erklärt ohne Motivierung die *ganze* Partie: *non eodem uitio — ideoque* für interpoliert. Das ist nur eine willkürliche Annahme. Falls die Partie interpoliert sein sollte, liegt jedenfalls, wenn wir von dem im Texte behandelten, zwischen ‚laborat‘ und ‚ideoque‘ eingeschobenen Satze absehen, nur eine Paraphrase vor, deren Zweck es ist, hervorzuheben, dass ohne *adiectio nominis* der in der Stipulation Fragende als die Person gilt, welcher

Wir fassen die Untersuchungsergebnisse dieser Abteilung zusammen. 1. Das Beziehen der Stipulation auf den Begriff der *conuentio*, deren Grundlage der *consensus* ist, in den Dig. beruht auf postklassischen Textverfälschungen, ebenso wie die Behauptung, dass man in erster Linie ‚quod actum est‘ bei der Auslegung berücksichtigen müsse. 2. Nur auf das, was direkt ausgedrückt worden ist, kann der Stipulant seine Ansprüche gegen den Promittenten stützen. *Deshalb* wird in zweifelhaften Fällen, wenn es sich um Vorteile für den Stipulanten handelt, *gegen* ihn ausgelegt, so dass er nur den *geringsten* von den Worten gedeckten Vorteil erhalten kann. 3. Mit der Stipulation verbundene oder durch dieselbe als konkludente Handlung gegebene *pacta* entbehren vollständig zivilrechtlicher Kraft, begründen aber eine *exceptio pacti conuenti* oder *doli mali* zugunsten des Promittenten. 4. Der Promittent kann auf Grund der Worte der Stipulation zivilrechtlich nur die Vorteile genießen, die ein in der Stipulation angegebener Leistungstermin oder eine in ihr ausgesprochene Bedingung in sich schliesst. An sich muss er sofort leisten, falls nicht die Erfüllung des Versprechens seiner Natur nach eine gewisse Zeit erfordert. Andernfalls muss ein Leistungstermin, wenn er gültig sein soll, ausdrücklich stipuliert sein. Ist er zweideutig ausgedrückt,

prästiert werden soll. (Vgl. SCHERILLO, Studi Bonfante 4 S. 212.) Etwas, was der Auffassung des Paulus widerstritte, ist dadurch in keinem Falle ausgedrückt. — Dagegen sind die hier nicht angeführten Schlussworte: *raro inesse tempus uel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: numquam personam nisi expressa sit* sicher eine postklassische Interpolation. 1. Der Ausdruck *quod agi apparebit* weist auf die von Iustinianus eingeführte Relevanz der *Absicht* bei Stipulationen hin. 2. Das Wort *raro* ist unangemessen. Denn da die Gültigkeit einer Stipulation die *Möglichkeit* ihrer Erfüllung voraussetzt, kann natürlich die Leistung, wenn sie erst nach einer gewissen Zeit möglich ist, nicht vor Ablauf dieser Zeit gefordert werden, was derselbe Paulus D.45,1,73 pr. klar auseinandersetzt. 3. Dass nach Paulus eine *condicio*, nur wenn sie ausdrücklich in die Stipulation aufgenommen ist, nach klassischer Jurisprudenz Relevanz hat, geht unzweifelhaft aus der Korrumpierung des Paulustextes D.2,14,4,2 u. 3 hervor (oben S. 45¹). Diese Korrumpierung beweist nämlich, dass bei einer Stipulation, in welcher die gemeinte Bedingung nicht ausgesagt wird, wie es z.B. der Fall ist, wenn die Mitgift stipuliert wird, dies keine *zivilrechtliche* Relevanz hat.

so kann der Promittent in dieser Beziehung nur den Mindestvorteil in Anspruch nehmen, der von den Worten gedeckt wird. 5. Umgekehrt ist bei der Auslegung der *conventiones* die gemeinsame Parteiabsicht — *quod inter eos actum est* — das Entscheidende. Allerdings soll dabei nur der bei vernünftiger Überlegung von den Parteien in den Akt hineinzulegende Sinn Relevanz haben. Aber weder ist die Anwendung von Worten, welche die Übereinkunft bezeichnen, notwendig, noch ist die gemeinsame Parteiabsicht nach dem objektiven Sinne der Worte festzustellen, wenn die Übereinkunft durch Worte ausgedrückt wird. Immer muss die besondere Situation berücksichtigt werden, die veranlassen kann, dass als gemeinsame Absicht etwas hervortritt, was gar nicht von den Worten gedeckt wird. Wenn z. B. der ausdrücklich versprochene Vorteil bedeutungslos sein würde, falls nicht etwas anderes, was damit zusammenhängt, geleistet wird, muss die Leistung dieses letzteren als in der Absicht eingeschlossen betrachtet werden. 6. Während bei Stipulationen damit verbundene *pacta*, ja sogar das *pactum*, das die Stipulation selbst als konkludente Handlung einschliessen kann, zivilrechtlicher Kraft entbehren, hat bei *conventiones* jedes *zur Verhandlung selbst* gehörende *pactum*, das ihren Inhalt näher bestimmt, zivilrechtliche Relevanz — vorausgesetzt natürlich, dass die *conuentio* selbst *civiliter* gilt.

Man beachte, dass die Wortgebundenheit bei der Auslegung einer Stipulation viel stärker ist als die im zivilen Testamentsrecht, obgleich auch hier nach den Worten ausgelegt werden soll. Man realisierte nämlich auf letzterem Gebiete allmählich in gewissem Grade die unzweifelhaft vorhandene Tendenz, den wirklichen Willen des Testators relevant zu machen. Man stellte eigentümliche Sätze darüber auf, was eine Person in besonderen Fällen wirklich *gesagt* habe. Man *sagt* nicht, was man nicht meint! Dieses Prinzip wird bei fehlerhafter Anwendung *einzelner* Worte so gebraucht, dass z. B. in einem Legate weder das fehlerhaft bezeichnete, aber gemeinte Ding, noch das Ding, welches das Wort wirklich bezeichnet, als legiert betrachtet werden darf. Bei *zweideutiger Rede* sagt man nur, was man meint, doch muss dann das Gemeinte objektiv unter den Worten verstanden werden *kön-*

nen. Diese Vorstellungsweise findet auf Stipulationen keine Anwendung. Bei diesen sprechen ja immer wenigstens *zwei* Personen. Diese können dann in dieselben Worte einen verschiedenen Sinn hineinlegen. Wenn hier die erwähnte Vorstellungsweise angewandt würde, könnte die Auslegung unmöglich werden. Das wegen seiner unmittelbaren Vollstreckbarkeit gemäss den Worten im Verkehr so bedeutsame Stipulationsrecht würde seine soziale Funktion nicht erfüllen können. Deshalb herrscht hier die *starre* Wortgebundenheit. Bei zweideutiger Rede gilt hier vielmehr das Prinzip, dass die Partei, deren Vorteil in Frage kommt, nur den Mindestvorteil erhält, der aus den Worten herausgelesen werden kann. Sogar auf dem Gebiete der *conventiones* ist die fragliche Vorstellungsweise unmöglich. Auch hier würde die Möglichkeit, dass sich die einzelnen Parteien bei zweideutiger Rede auf ihre private faktische Auffassung der Worte berufen, die Bedeutung des Institutes selbst aufs Spiel setzen. Deshalb befolgt man hier entweder die Methode, dass man nach der konkreten Situation die notwendige gemeinsame Absicht vernünftig erwägender, verhandelnder Personen beurteilt, oder, wenn dies nicht möglich ist, zungunsten der Person entscheidet, welche die Übereinkunft formuliert und dabei versäumt hat, sich mit der nötigen Deutlichkeit auszudrücken.¹

Wenn auch die Stipulation das wichtigste Mittel war, eine an die Worte gebundene Obligation zu begründen, so gab es daneben zwei andere Möglichkeiten, nämlich *dotis dictio* und der Eid des Freigelassenen zugunsten seines *patronus*. In diesen Fällen spricht ganz wie im Testament nur eine Person.² Deshalb konnte hier das bei Testamentsauslegungen bei zweideutiger Rede angewandte Prinzip in Frage kommen, d. h. das Prinzip, dass man die faktische Meinung des Sprechenden feststellen müsse. Wir haben sichere Belege dafür, dass das Prinzip bei der *dotis dictio* wirklich angewandt wurde. Proculus D.50,16,125: *Nepos Proculo suo salutem. Ab eo, qui ita dotem [promisit] <dixit>: ,cum commodum erit, dotis filiae meae tibi erint aurei centum'* (vgl.

¹ Siehe Beil. 7.

² Gaius I.3,95a u. 96.

die Form der dotis dictio bei Terentius Andria 950—951: dos, Pamphile, est decem talenta), putasne protinus nuptiis factis dotem peti posse? quid si ita [promississet] <dixisset>: ‚cum potuero, doti erunt? quod si aliquam uim habeat posterior obligatio [‚possit‘] <‚potuero‘> uerbum quomodo interpretaris, utrum aere alieno deducto an exstante? Proculus: cum dotem quis ita [promisit] <dixit>: ‚cum potuero, doti tibi erunt centum‘, existimo ad *id quod actum est* (= das faktisch Gemeinte) interpretationem redigendam esse, *nam qui ambigue loquitur, id loquitur, quod ex his quae significantur sensit* = spricht aus, was unter den möglichen durch die Worte bezeichneten Gedanken, er in seinem Bewusstsein hatte (sensit). propius autem est tamen, ut hoc eum sensisse existimem ‚deducto aere alieno potero‘. potest etiam illa accipi significatio: ‚cum salua dignitate mea potero‘: quae interpretatio eo magis accipienda est, si ita [promissum] <dictum> est: ‚cum commodum erit‘, hoc est: ‚cum sine incommodo meo potero‘. Diese Äusserung zeigt, dass man auch im Verkehrsrecht (nicht nur im Testamentsrecht) bei der Entstehung einer Obligation durch Worte, wenn die Rede zweideutig ist und nur eine Person spricht, das wirklich Gemeinte, falls es von den Worten gedeckt wird, Relevanz haben lässt. Einen anderen Beleg gibt Iau. D.23,3, 57: Nuptura filio familias si socero dotem ita [promiserit] <dixerit>: ‚quod filius tuus mihi debet, id tibi doti erit‘, interesse puto, utrum filii obligatio an patris persecutio [et in rem uersum] <de peculio et in rem uerso> (Huschke) [promissioni] <dictioni> contineatur. nam si id quod filium dare oportet *significatum est*, tota pecunia, in quam filius obligatus est, [promissioni] <dictioni> continebitur: sin autem id, quod patrem de peculio uel in rem uerso praestare [oportebit] <oportet> (MOMMSEN), aestimare debebit, quantum sit eo tempore, id quod [promittitur] <dos dicitur>, ut ea summa dotis esse uideatur, qua patrem eo tempore filii nomine condemnari [oportebit] <oporteret> (MOMMSEN). Die Zweideutigkeit beruht hier darauf, dass der filius fam. allerdings selbst ‚debere‘ kann, andererseits aber gegen den Vater wegen des debitum des Sohnes eine actio adiecticia möglich ist, so dass in gewissem Umfang Exekution gegen ihn erfolgen kann. (Wir können hier die Frage

unentschieden lassen, ob der Sohn wirklich als *civiliter*, nicht nur als *naturaliter* obligiert betrachtet wurde.) Was hier besonders interessiert, ist die Ausdrucksweise, dass das, was ‚significatum est‘ d. h. was *bezeichnet* ist, entscheidend sein soll, obgleich die bei der dotis dictio angewandten Worte nicht eindeutig sind. Der Sinn ist, dass das, was die Braut bei der dotis dictio wirklich meinte, auch allein ‚significatum est‘: *bezeichnet* ist¹.

§ 6.

Beweis für die schöpferische Kraft der Worte in der Stipulation durch die Bedeutungslosigkeit einer hinsichtlich des Inhaltes gemeinsamen Absicht für die rechtliche Kraft der Stipulation.

Wir leiten die Darstellung mit der Besprechung einer Art gemeinsamer Absicht ein, die wirklich für die Gültigkeit der Stipulation Bedeutung hat. Die Absicht der Parteien scheint früh in der Weise für die Gültigkeit juristisch relevant gewesen zu sein, dass, wenn sie auf einen anderen Zweck als die Begründung einer Obligation gerichtet ist, die Stipulation keine Kraft hat. Wenn man z. B. im Scherz oder zur Demonstration sagt: ‚sponde‘? und der andere ‚spondeo‘ antwortet, sind die Worte kraftlos. Dies sagt wenigstens Paulus ausdrücklich. Dass der Text in der Hauptsache echt ist, ergibt sich aus einer ähnlichen Äusserung Varros. Paulus D.44,7,3,2: uerborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per iocum puta uel demonstrandi [intellectus] causa ego tibi dixero ‚sponde‘? et tu responderis ‚spondeo‘, nascetur obligatio. Varro l.1.6,72: itaque qui ad id quod rogatur non dicit, non respondet, ut non spondet ille [statim qui] <qui statim> dixit ‚spondeo‘, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. (Allerdings ist zu beachten, dass Varro hier eine besondere, auf religiöser Grundlage ruhende ‚actio ex sponsu‘, nämlich die zu den ‚sponsalia‘ gehörende, im Auge hat. Hierüber später. Dass aber die Wortgebundenheit bei einer

¹ Beil. 8.

religiösen Obligation auf Grund einer Sponsion geringer sein sollte als bei der korrespondierenden zivilrechtlichen, ist völlig ausgeschlossen, namentlich weil die Wortgebundenheit bei zivilen Sponsionen, wie später nachgewiesen werden wird, auf einer Übertragung der Kraft der religiösen Sponsion auf das zivile Gebiet beruht. Es ist sehr wichtig, die juristische Relevanz der fraglichen Absicht hier genau zu bestimmen. Erstens kann es sich nicht darum handeln, dass die Absicht, eine Obligation zu schaffen, die die entstehende Obligation erzeugende Kraft ist. Denn eine solche Absicht berührt ja gar nicht den Inhalt der Obligation und kann deshalb die Gültigkeit der Obligation, die im besonderen Falle entsteht, nicht konstituieren. Zweitens: was hier eigentlich Bedeutung hat, ist dies, dass eine hervortretende andere Absicht als die, durch die *uerba sollennia*: *spondes? spondeo* eine Obligation zu schaffen, die Kraft der Worte aufhebt. Paulus motiviert ja den positiven Satz durch die Nicht-Entstehung einer Obligation, wenn die konstitutiven Worte z. B. im Scherz ausgesprochen werden. Varro erwähnt nur diese negative Seite der Sache. Man darf deshalb nicht einmal *den* Sinn in die angeführten Äusserungen hineinlegen, dass die *Konstatierung* einer positiven rechtlichen Absicht nötig wäre, um die Kraft der Worte behaupten zu können.¹

Diese negative Bedeutung einer anderen Absicht als der, eine Obligation zu erzeugen, macht eine sehr wichtige Äusserung des Papinianus verständlich, nach welcher die faktische Absicht hinsichtlich der Entstehung einer Obligation durch die Stipulationsworte als für die Frage nach der Gültigkeit der Stipulation entscheidend bezeichnet wird. Er sagt D.45,1,115 pr.: *Ita stipulatus sum: 'te sisti in certo loco: si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes?' si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio, non secus ac si quod pondere numero mensura continetur sine adiectione ponderis numeri mensurae stipulatus essem, uel insulam aedificari non demonstrato loco, uel fundum dari non adiecto*

¹ Aus dem Angeführten geht hervor, dass man nicht, wie RICCOBONO a. a. O. S. 165, aus der Bedeutung der hier abgehandelten Absicht folgern darf, dass die Absicht bei der Stipulation und der *conuentio* dieselbe Rolle gespielt habe.

nomine. quod si ab initio id agebatur, ut quocumque die sisteres et, si non stetisses, pecuniam dares, quasi quaelibet stipulatio sub condicione concepta uires habebit, nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse. Hier besteht die vorausgesetzte Stipulation aus zwei Momenten: einer unbedingten Hauptstipulation — te sisti in certo loco — und einer bedingten pönalen Stipulation — *si non steteris, pecuniam dari*. Da die erste Stipulation den Zeitpunkt für das Erscheinen an dem bestimmten Orte nicht angibt, so kann sie unter keinen Umständen Kraft haben; denn es wird angenommen, dass ein bestimmter Zeitpunkt für das Interesse des Stipulanten an der ganzen Sache wesentlich ist. Eine Stipulation hat niemals Kraft, wenn die Realisation ihres Inhaltes den Stipulierenden nicht interessieren würde. Eine Angabe des Zeitpunktes ist hier ebenso notwendig wie die Bezeichnung des Gewichtes, Masses etc., wenn Dinge stipuliert werden, die erst durch eine diesbezügliche Angabe für den Stipulierenden Bedeutung haben können. Aber zwei Fälle werden vorausgesetzt. 1. Die Absicht der Parteien bezog sich auf einen *bestimmten* Zeitpunkt, der aber versehentlich nicht in die Stipulation aufgenommen wurde. Dann ist die *ganze* Stipulation, also auch der Teil derselben, der eine bedingte pönale Stipulation darstellt, ungültig. Der Grund kann nur der sein, dass in diesem Falle die Hauptstipulation infolge ihres mangelhaften Inhaltes rechtlicher Kraft entbehrt. 2. Die Absicht war die, dass der Promittent befreit sein sollte, wenn er sich zu irgend einem Zeitpunkte an dem Orte einfand. Sonst sollte er dem Stipulanten eine bestimmte Geldsumme leisten. D. h. die Absicht war gar nicht die, dass die Hauptstipulation selbst wirklich eine Obligation schaffen sollte. Nur die bedingte pönale Stipulation sollte gelten. Die Absicht der Hauptstipulation war dann nur, die Bedingung, unter welcher die Geldsumme zur Bezahlung verfallen sollte, im voraus negativ zu bezeichnen. Sie sollte gar nicht als eine Stipulation fungieren. Infolge dieser Absicht war sie bei der Frage nach der Gültigkeit der totalen Stipulation ebenso bedeutungslos, wie wenn sie offen nur im Scherze vorgenommen worden wäre. Dann kann die Gültigkeit der bedingten pönalen Stipulation in

keiner Weise von ihr beeinflusst werden. Im *ersten* Falle fungiert wirklich die Hauptstipulation als Stipulation. In einem solchen Falle macht nach römischem Stipulationsrecht die Ungültigkeit der Hauptstipulation auch die daran angeknüpfte bedingte pönale Stipulation ungültig. Es herrscht nämlich die Anschauung, dass der Inhalt der durch die Hauptstipulation entstandenen *Obligation* negativ die Bedingung der bedingten pönalen Stipulation bestimmt. Hier ist indes folgendes hinzuzufügen: Wenn auch eine zur Hauptstipulation gehörende *Obligation* vorhanden sein muss, damit die bedingte *Obligation* fällig werden kann — natürlich vorausgesetzt, dass wirklich die Hauptstipulation als Stipulation fungiert und die Worte nicht nur als eine negative Vorbezeichnung der Bedingung dienen — so findet doch immer eine quasi-nouatio statt. *Nur* das in der bedingten pönalen Stipulation Versprochene kann daher dem Promittenten abgefordert werden. Es entsteht niemals eine *vollstreckbare* zur Hauptstipulation gehörende *Obligation*, *obgleich* eine zu ihr gehörende *Obligation* für das Fälligwerden der bedingten Stipulation nötig ist. Die *Obligation* aus der Hauptstipulation geht *unmittelbar*, sobald sie fällig wird, in die bedingte *Obligation* über, so dass nun bloss diese zu berücksichtigen ist. Dies alles kann durch eine Menge Quellenstellen (ausser der angeführten Papinianusstelle, für deren Verständnis es eine notwendige Voraussetzung ist) als die in der klassischen Jurisprudenz zur Zeit des Papinianus herrschende Anschauung belegt werden. Ja, was den letzten Satz betrifft, so kann dieser sogar für die republikanische Jurisprudenz und die frühere klassische wenigstens mit Anspruch auf Wahrscheinlichkeit behauptet werden. In einem Punkte, der hier in unserer allgemeinen Darstellung nicht berührt worden ist, scheint Sabinus eine Ansicht gehabt zu haben, die nicht mit der Papinianusstelle übereinstimmt. Nach letzterer soll nämlich bei einer von keiner zu einer Hauptstipulation gehörenden *Obligation* abhängigen bedingten Stipulation, bei der jedoch die Bedingung in der Unterlassung einer bestimmten Handlung des Promittenten besteht, die Bedingung erst dann existent werden, wenn feststeht, dass die betreffende Handlung nicht mehr möglich ist. Nach Sabinus soll nach l. 115 § 2, wenn sich die Bedingung

auf ein *dare* bezieht, die Stipulation fällig werden, sobald die Handlung geschehen konnte, aber nicht geschah. Nach *beiden* gilt das letzterwähnte, wenn die Bedingung die Unterlassung der Handlung ist, die der Inhalt der aus einer Hauptstipulation entstandenen Obligation ist. (Die Erklärung der fraglichen Anschauung in der Beil.) Endlich ist zu beachten, dass alles, was hier von einer bedingten pönalen Stipulation gesagt worden ist, auch dann gegolten haben muss, wenn für den Fall des Eintritts der Bedingung statt einer *poena* ‚*quanti ea res erit, tantam pecuniam dari*‘ oder dies *und* eine *poena* in der bedingten Stipulation stipuliert wird, deren Bedingung in der Unterlassung einer bestimmten Handlung besteht.¹

Aber nur in dem Falle, dass die Absicht bei der Stipulation eine andere ist als die, eine Obligation zu erzeugen, hat sie nach klassischer Jurisprudenz Bedeutung für die rechtliche Kraft der Stipulation. Dies geht allerdings schon aus der zitierten Papinianusstelle hervor. Denn Papinianus macht keine Restriktion für den Fall, dass die *Absicht* hinsichtlich des Einstellungstages klar ist, obgleich der Tag nicht in die Stipulation aufgenommen worden ist. Die Stipulation ist auf alle Fälle ungültig, weil ihre Erfüllung ohne Zeitbestimmung in einem solchen Fall kein Interesse für den Stipulanten haben kann. Dann muss nach ihm die Absicht hinsichtlich des Stipulationsinhaltes für die Frage nach Gültigkeit oder Ungültigkeit irrelevant sein. Wir wollen indes hier vollständigere Argumente dafür, dass die Behauptung, was die klassische Jurisprudenz überhaupt betrifft, richtig ist, anführen und beginnen dabei mit der Novationstheorie. Obgleich die allgemeine Auffassung der Romanisten die ist, dass oft vorkommende Äusserungen in den Dig., in welchen die Notwendigkeit eines *animus nouandi* für Novation behauptet wird, Interpolationen sind, welche Ansicht auch hier verfochten wird, so ist es doch nicht überflüssig, die Frage einer erneuten Prüfung zu unterziehen, nicht nur deshalb, weil die erwähnte Auffassung nicht unbestritten ist, sondern auch, weil eine Darstellung der Art, in welcher die

¹ Siehe Beil. 9.

Justinianer die klassische Novationslehre *aufgefasst* haben, für das volle Verständnis der Veränderung notwendig ist, welche durch die justinianische Gesetzgebung herbeigeführt wurde.

Natürlich hat für die Entscheidung der Interpolationsfrage Gaius I.3,178 ff. eine besondere Bedeutung, weil hier nichts von der Notwendigkeit einer Novationsabsicht für eine zivilrechtlich gültige Novation gesagt wird.¹ Im Gegenteil wird in § 179 die hervortretende Absicht zu novieren als ein blosses pactum conuentum behandelt, das eine exceptio gibt, wenn nach zivilrechtlichen Regeln keine Novation eintritt und deshalb die erste Obligation weiter besteht. Es heisst: Quod autem diximus, si condicio adiciatur, nouationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam nouationem, si condicio exstiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio. sed uideamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conuenti exceptione possit summoueri, *quia uidetur inter eos id actum*, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis exstiterit condicio. Also: wenn eine unbedingte Obligation in eine spätere bedingte Stipulation aufgenommen wird, ist die in der Stipulation hervortretende Absicht, dass Novation eintreten soll, auch wenn die Bedingung defiziert, so dass dann die Obligation dem Obligierten nicht soll abgefordert werden können. D. h. Novation soll unmittelbar durch die bedingte Stipulation eintreten. Dann ist klar, dass nach der *Absicht* die Obligation nicht soll geltend gemacht werden können, bevor konstatiert werden kann, dass die Bedingung eingetreten ist, und dann auf Grund der späteren Stipulation. *Zivilrechtlich* aber kann die Obligation als in der ursprünglichen Rechtstatsache begründet gefordert werden, wenn die Bedingung defiziert. Also widerstreitet die Novationsabsicht der zivilrechtlich eintretenden Novation. Allerdings bezeichnet Gaius die Absicht so, als ob es sich nur um den Prozess, nicht um die zivilrechtliche Situation handelte. Es ist indes offenbar, dass *dieser* Unterschied für die *Parteien* keine Bedeutung haben kann, und dass Gaius die Absicht nur deshalb so bestimmt, weil allein eine Absicht hinsichtlich des *Prozesses* in unserm Falle

¹ Vgl. auch 2,38.

irgendwelche rechtliche Kraft haben kann. Sie kann nämlich nur als ein pactum conuentum, das eine exceptio im Prozesse begründet, geltend gemacht werden. Es ist also klar, dass die zivilrechtlich eintretende Novation unabhängig von einem dieselbe deckenden animus nouandi vorhanden ist.

Indes ist Paulus D.2,14,27,2 ebenso beweiskräftig: Pactus, ne peteret, postea conuenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, *non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem*, [si hoc actum est], *quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum uersatur*: et ideo replicatione exceptio elidetur. eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit. sed si pactum conuentum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, uelut iniuriarum, non poterit postea paciscendo, ut agere possit, [agere] <facere> (MOMMSEN): quia et prima actio sublata est et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conuentum [totam] obligationem sustulerit, ueluti empti: non enim ex nouo pacto prior obligatio resuscitatur, [sed proficiet pactum ad nouum contractum. quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conuentum intercessit, sed ut immiueret, posterius pactum potest renouare primum contractum]. Dass der eingeklammerte Satz interpoliert ist, ist offenbar. 1:0 wird die vorher behauptete Gleichheit mit dem Falle actio iniuriarum aufgehoben. 2:0 ist es nach klassischer Jurisprudenz *unmöglich*, dass ein freistehendes nudum pactum ein *contractus* ist, also eine Obligation begründet. 3:0 ist es nach derselben auch *unmöglich*, dass es eine vorher nur verminderte Obligation in ihrem ursprünglichen Umfang wiederherstellt. Dann ist auch im Vorhergehenden das Wort ‚totam‘ vor ‚obligationem‘ interpoliert. (Die Frage nach der Echtheit der Worte ‚si hoc actum est‘, wird besonders erörtert werden.) Die Stelle ist für die klassische Auffassung von dem Unterschied zwischen Stipulation und pactum höchst beleuchtend. Die Stipulation schliesst eine gewisse rechtliche Macht in sich — *in stipulationibus ius continetur*. Durch diese rechtliche Kraft hebt die neue Stipulation die Kraft der vorhergehenden auf. Die Novation geschieht deshalb, wie Paulus sagt, ipso iure. Die no-

vierende Kraft der neuen Stipulation liegt in ihrer Natur als *einer Schuldübernahme*. Man verspricht in ihr die Einlösung der vorher bestehenden Obligation nicht in anderer Weise als so, dass man dieselbe als *jetzt* entstehende eigene Schuld einzulösen verspricht, was Schuldübernahme bedeutet.¹ D. h. die neue Stipulation hebt die Kraft der älteren nicht so auf, dass die in der Sache relevante Rechtstatsache nun eine andere geworden ist, sondern so, dass die von der neuen Stipulation ausgehende rechtliche Kraft die rechtliche Kraft der älteren vernichtet. Dies gilt in gewissen Fällen (worüber Gaius I.3,176) sogar, wenn die neue Stipulation selbst keine eigene Obligation erzeugt. Wenn aber ein jüngeres pactum das ältere aufhebt, geschieht dies nach Paulus nicht so, sondern auf die Weise, dass die Rechtstatsache selbst nun eine andere geworden ist. Die Rechtstatsache ist nämlich hier, wo der *consensus* allein Bedeutung hat, die *letzte* Übereinkunft in der Sache. Es ist nämlich klar, dass ein vorher vorhandener *consensus* durch einen in einer neuen Übereinkunft in der Sache hervortretenden entgegengesetzten Willen aufgehoben wird. Etwas Derartiges lässt sich von der früheren Stipulation nicht sagen. Da hier nicht ein vorhandener *consensus*, der immer durch einen späteren Willen aufgehoben werden kann, sondern die uerba die Rechtstatsache sind, wäre es sinnlos zu sagen, dass eine spätere Stipulation die Tatsache, auf welcher die Kraft der älteren ruht, aufhöbe. Umgekehrt aber ist es ganz natürlich, dass, wenn zu der Rechtstatsache, auf welcher die Kraft eines pactum ruht, die Eigenschaft, die *späteste* Übereinkunft in der Sache zu sein, gehört, dieselbe unmittelbar aufhört, Rechtstatsache zu sein, wenn eine noch spätere Übereinkunft in der Sache erfolgt. Dagegen kann bei der Stipulation immer gesagt werden, dass, obgleich die faktische Situation, die der älteren Stipulation Kraft gab, noch völlig unverändert vorhanden ist, eine spätere Stipulation dieser bleibenden Situation ihre rechtliche Kraft nehmen kann. Dies ist der einzig mögliche Sinn der Worte, mit denen Paulus die Behauptung motiviert, dass, wenn eine spätere Stipulation die ältere aufhebt, dies *ipso iure*

¹ Weiteres hierüber in Beil. 10.

geschehe, während ein späteres pactum ein älteres *nicht* in *dieser* Weise aufheben könne: *in stipulationibus ius continetur, in pactis factum uersatur*. Was Paulus im übrigen an der Stelle sagt, stimmt auch völlig mit einer solchen Auslegung überein. Wenn ein späteres pactum de petendo ein vorhergehendes de non petendo aufhebt, so dass die exceptio pacti conuenti durch eine replicatio gehemmt wird, beruht dies natürlich nur darauf, dass die letzte Übereinkunft in der Sache auf diesem Gebiete die wirkliche Rechtstatsache ist. Dass aber, wenn ein pactum auf Grund des Gesetzes eine actio, z. B. die actio iniuriarum, schon aufgehoben hat, ein späteres pactum in umgekehrter Richtung wirkungslos ist, das beruht, wie Paulus sagt, darauf, dass, wenn ein späteres pactum in solchem Fall die Restituierung der actio bewirkte, es selbst die fragliche actio schaffen würde, was unmöglich ist. Aus demselben Grunde kann ein späteres pactum in umgekehrter Richtung keine Wirkung haben, wenn ein vorhergehendes pactum eine actio aufgehoben hat, die selbst auf consensus beruht, z. B. eine actio empti. — Indes folgt aus dem Angeführten und damit aus den eigenen Worten des Paulus, dass der Satz: *si hoc actum est*, der eine Bedingung für die Novation durch eine spätere Stipulation angeben soll, interpoliert sein muss. Man beachte, dass es sich hier um ein pactum handelt, weil nur eine gemeinsame Absicht vorausgesetzt wird. Es hätte auch: *si hoc pactum est* geschrieben werden können.¹ Dass ein pactum in keiner Weise bewirken kann, dass eine spätere Stipulation die Kraft einer älteren aufhebt, was ipso iure geschieht, das sagt ja Paulus. Ein pactum kann eine zivilrechtliche actio nur durch besonderes Gesetz aufheben, falls es nicht einen consensus aufhebt, auf dem eine Obligation beruht. Sonst kann es in der fraglichen Hinsicht nur als exceptio im Prozesse wirken.

Wir wollen nun sehen, wie die *Justinianer* den klassischen Standpunkt darstellen. Nachdem im justinianischen Gesetze C.I.8,4I,8 einzelne Fälle erwähnt worden sind, in welchen *ueteris iuris conditores* Novation annahmen, wobei nichts von der Notwendigkeit

¹ Es ist S. 46¹ nachgewiesen worden, dass der Ausdruck: *uidetur inter eos id actum esse* durch *pactus esse* oder *conuenisse* oder *egisse uidetur* ersetzt werden kann.

einer Novationsabsicht gesagt wird, fährt der Gesetzgeber fort: (sancimus) nihil penitus priori cautelae innouari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. § 1: Et generaliter definimus *uoluntate* solum esse, non *lege* nouandum, etsi non uerbis exprimatur, ut sine nouatione, quod solito uocabulo *ἀνοβαστέυτως* dicunt, causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus uolumus et non uerbis extrinsecus superuenire. *Lege* nouare wird hier dem *uoluntate* nouare gegenüber gestellt. Natürlich nimmt Iust. dabei an, dass nach der klassischen Jurisprudenz die Novation *lege* geschieht, während sie nach dem neuen Gesetze allein *uoluntate* eintreten kann. Dies *lege* muss dann ein Ausdruck für das *ipso iure* der klassischen Jurisprudenz sein. Nach dieser soll ja die Novation so geschehen. Indes geht aus dem Nachfolgenden hervor, dass Iust. die Bedeutung der fraglichen Entgegensetzung so entstellt, dass sie tatsächlich wegfällt. Er fasst nämlich dieses *lege* so auf, als ob die klassische Jurisprudenz damit die ‚naturalia‘ einer Übereinkunft hätte ausdrücken wollen. D. h. dass die Novation *lege* eintritt, soll bedeuten, dass, wenn eine schon bestehende Obligation in eine Stipulation aufgenommen wird, die Absicht der Parteien vorausgesetzt werden müsse, dass Novation eintreten solle, und *deshalb* trete sie auch wirklich ein. Nur wenn ausdrücklich etwas anderes bei der Stipulation gesagt wurde, dürfe die erwähnte Absicht nicht angenommen werden. Diese Möglichkeit, durch besondere Worte die Novation zu verhindern, kann in den Quellen der klassischen Jurisprudenz nicht entdeckt werden. Sie muss durch Einflüsse fremder Rechtssysteme in das römische Recht eingedrungen sein. (Wir haben keinen Anlass, ihre Herkunft hier näher zu untersuchen.) Also sei es nicht die die Obligation aufnehmende *Stipulation*, die an sich nach klassischer Jurisprudenz *noviere*. Es sei nur die zu präsumierende Absicht, die diese Wirkung zustande bringe. Iust. will durch das fragliche Gesetz die Situation umkehren. Zu den ‚naturalia‘, also zu der zu präsumierenden Absicht der Parteien, soll vielmehr gehören, dass Novation nicht eintreten soll. Nur wenn ausdrücklich erklärt wird,

dass noviert werden soll, darf eine darauf gerichtete Absicht angenommen werden. Dass diese unsere Auslegung der Auffassung der Justinianer von der klassischen Novationslehre richtig ist, zeigt mit voller Evidenz die Parallelstelle in I. I. 3,29,3, in der auf das fragliche Gesetz hingewiesen wird. Nachdem Gaiische Texte über die Novation (I.3,176,177 u. 179) angeführt worden sind, nach welchen ohne jede Rücksicht auf die Absicht Novation nach bestimmten Regeln eintritt, wird gesagt: *sed cum hoc quidem inter ueteres constabat tunc fieri nouationem, cum nouandi animo in secundam obligationem itum fuerat: per hoc autem dubium erat, quando nouandi animo uideretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definiuit . . .* Die verschiedenen Meinungen der Juristen darüber, ob in einem einzelnen Falle Novation eintritt oder nicht (Gaius gibt § 179 ein Beispiel einer solchen Meinungsdivergenz), werden also so aufgefasst, als ob sie verschiedene Präsumtionen hinsichtlich des Vorhandenseins des immer als relevant betrachteten *animus nouandi* in einzelnen Fällen bedeuteten. Aus den Worten *des Gesetzes selbst* geht jedoch hervor, dass die *Präsumierung* nach der justinianischen Auffassung des Standpunktes der klassischen Jurisprudenz immer zugunsten der Novation geschehen *sollte*. Man habe nur darum gestritten, ob überhaupt eine Präsumtion stattfinden dürfte. Es könne ja aus dem Akt selbst klar hervorzugehen, dass der *animus nouandi* nicht vorhanden sei. Dann sei natürlich jede Präsumtion ausgeschlossen. Dass indes Iust. dadurch in Widerspruch zu sich selbst kommt, ist offenbar. Wenn die Meinung der *ueteres* so aufgefasst wird, müssen ja auch diese behauptet haben, dass Novation *nicht lege*, sondern *uoluntate* geschieht, was andererseits erst durch das neue Gesetz eingeführt worden sein soll. Diese Konsequenz der justinianischen Auffassung vom Standpunkt der *ueteres* wird nicht dadurch aufgehoben, dass die *ueteres* angeblich Präsumtionen über den *animus nouandi* machten — Iust. selbst gibt ja in *seiner* Weise Vorschriften über die Präsumtionsmethode, die angewandt werden soll. Immer ist ja sowohl in dem einen als in dem anderen Falle der angenommene *animus nouandi* das einzig Relevante.

Wie ist diese Verwirrung entstanden? Für das Verständnis ist zu beachten, dass die in solchen ‚uerba ciuilia‘ — Worten mit ziviler Rechtskraft — wie ‚heres esto‘, ‚spondesne? spondes‘ nach der älteren Jurisprudenz eingeschlossene zivile Rechtskraft zur Zeit des Iustinianus etwas Unverständliches war. Das mit spezieller ziviler Rechtskraft ausgerüstete Formelwort: ‚ex iure Quiritium‘, durch welches allein ein nach römischem Rechte geltendes Eigentumsrecht im Prozesse behauptet werden konnte, welches aber auch ein Eigentumsrecht ausdrücken konnte, dem keine Realität entsprach, wurde von Iust. für ein uacuum et superfluum uerbum erklärt. Er verbot deshalb die Anwendung dieser Worte¹. Die Rechtsanschauung, die jetzt allein verständlich war, war die hellenisch-christliche, nach welcher das *aequum et bonum* die Grundlage jeder rechtlich gültigen Rechtsordnung sein sollte. Deshalb sollte auch die *bona fides* — das *aequum et bonum* der Versprechenstreue — der einzig mögliche Rechtsgrund der Gültigkeit jedes *negotium* sein, in welchem etwas versprochen wird. Aber bei der Anwendung eines solchen Prinzips musste man die Annahme machen, dass die Gültigkeit eines solchen *negotium* eine *gemeinsame Parteiabsicht* voraussetzt. Denn dass jemand durch ein Versprechen auf andere Weise gebunden wird, als so, dass der Sinn, den er faktisch in dasselbe hineinlegt, berücksichtigt wird, konnte nicht als moralisch recht erscheinen. Andererseits konnte es nicht als moralisch recht betrachtet werden, dass der Versprechensempfänger ein Recht erwirbt, wenn er das Versprechen nicht in demselben Sinne annimmt, den der Versprechende damit verbindet. Er akzeptierte ja dasselbe dann nicht, wie es vom Versprechensgeber gemeint war. So wurde *consensus* für die Kraft jedes *negotium* notwendig, das ein Versprechen enthält. Die Präponderanz der Moral als Grundlage jeder wirklichen Rechtsordnung ist schon von dem stoisierenden Cicero stark hervorgehoben worden.² Jedoch konnte sich eine solche Ansicht damals nicht in der Jurisprudenz durchsetzen. Selbst die klassische Jurisprudenz konnte sie nicht praktisch verwirklichen, so sehr sie auch mit stoischer

¹ Hierüber Röm. Obl. I S. 80^A.

² Siehe Das mag. ius S. 70.

Rechtsanschauung als einem stattlichen Portal der Rechtswissenschaft prunkte.¹ Die *aequitas* blieb ein nur moralisches Prinzip, das wenigstens nicht durchgehend das zivile Recht zu bestimmen vermochte, wenngleich der Prätor sie im Prozess anwenden konnte und sollte. Was besonders das Vertragsrecht betrifft, war der Gedanke an eine unabhängig von der Moral wirkende Kraft bei gewissen zur Stipulation gehörenden ‚*uerba ciuilia*‘ allzu stark eingewurzelt. Die Unabhängigkeit des Stipulationsrechtes vom *aequitas*-Prinzip tritt ja scharf darin hervor, dass *dolus* und *uis* hier keinerlei zivilrechtliche Bedeutung hatten. Erst als sich das spezifisch römische Rechtssystem in postklassischer Zeit aufzulösen begann, konnte die stoisierende Rechtsauffassung allmählich mehr als ein vornehmes Aushängeschild werden. Dieser Prozess fand seinen Abschluss in der Justinianischen Gesetzgebung. Was nun das Vertragsrecht betrifft, das die Verträge, welche auf *consensus* beruhten, regelte und in dem das moralische Prinzip vorherrschte, so besteht kein Grund zu der Annahme, dass die Justinianer die klassische Auffassung in dieser Hinsicht missverstanden hätten. Sie oder eine frühere postklassische Jurisprudenz machten nur einen modifizierenden Zusatz, den sie offenbar als eine Durchführung des *bonum et aequum* auf diesem Gebiete betrachteten. Während nach der klassischen Jurisprudenz die relevante gemeinsame Absicht aus dem Akte selbst, soweit dies möglich war, festgestellt werden sollte — *quod actum uidetur* — sollte jetzt die *in irgendeiner Weise* nachweisbare gemeinsame Absicht, die die Parteien *faktisch* hatten, in erster Linie Relevanz haben. Nur in zweiter Linie, wenn die faktische Absicht nicht nachgewiesen werden konnte, sollte die im Akte selbst hervortretende Absicht als die zu präsumierende Absicht zugrunde gelegt werden.² Das klassische Stipulationsrecht aber *mussten* sie infolge ihrer entschiedenen Auffassung von der Grundlage *jeder* Rechtsordnung missdeuten. Dass auch nach *diesem* Rechte, das sie ja doch als ein wirkliches Recht anerkannten, der Grund der bindenden Kraft des Vertrages in der gemeinsamen Absicht der Parteien

¹ Siehe Röm. Obl. I S. 290 f. und 564 f.

² Siehe die in Beil. 6 bewiesenen Interpolationen.

lag, *mussten* sie behaupten. Was aber war dann für die Justinianer der rechtliche Unterschied nach klassischem Recht zwischen diesem Vertrag, der nach demselben Rechte seine Kraft in den Worten hatte, und dem, dessen Kraft auf consensus beruhte? Sie erblickten ihn darin, dass im ersteren Falle die gemeinsame Absicht bei dem Vertrage nur dann Kraft hatte, wenn bestimmte Formelworte angewandt wurden und dass die relevante Absicht nach den Worten selbst festgestellt werden musste, während im anderen Falle der Vertrag keine besonderen Formelworte erforderte und die Absicht nicht strikt nach den Worten zu bestimmen war, sondern immer unter Berücksichtigung der besonderen Situation, in welcher die Erklärung abgegeben wurde. Dass diese Auffassung von der klassischen Vertragslehre wirklich die der Justinianer war, wird durch ihre Darstellung der klassischen Novationslehre bestätigt. Nur wenn die gemeinsame Absicht auch bei den Stipulationen als das nach der Meinung der ‚*ueteris iuris conditores*‘ Relevante aufgefasst wurde, konnten die Justinianer es als selbstverständlich betrachten, dass, wo die Worte nicht als Grundlage für die Feststellung der Absicht dienen konnten, wie es der Fall war, wenn die Frage: Novation oder nicht? entstand, nach denselben ‚*ueteres*‘ die Absicht zu präsumieren war. Umgekehrt erklärt die justinianische Vorstellung von der Grundlage jeder wirklichen Rechtsordnung den Gedanken, dass die Präsumtionsmethode für die klassische Novationslehre bestimmend gewesen sei. Es ist klar, dass die justinianische Auffassung vom älteren Stipulationsrechte der Vorstellungsweise der modernen Romanisten verwandt ist. Nach ihnen soll die römische Stipulation als eine *Willenserklärung* zu betrachten sein, die in gewissen Formen zu erfolgen hat, und bei der der erklärte Wille nach den angewandten Worten bestimmt werden muss. Dass indes eine solche Auffassung dem Gedanken der wirklichen klassischen Jurisprudenz noch fremder ist als die justinianische, wird in einer besonderen Beilage (22) nachgewiesen werden. Für Iustinianus ist allerdings die gemeinsame Absicht, in welcher die Worte ausgesprochen werden, das Relevante, welche Absicht natürlich identisch mit dem Sinne ist, den die Parteien gemeinsam in die Worte

hineinlegen. Eine solche Auffassung von der Meinung der klassischen Juristen ist auch, was die Verträge betrifft, welche auf consensus beruhen, richtig, nicht dagegen hinsichtlich der Stipulationen. Ein so absurder Gedanke aber wie der, dass die Absicht, in welcher man eine Erklärung abgibt, der *Inhalt* der Erklärung selbst sei — das Mittel, die Erklärung, wodurch man eine bestimmte Absicht zu erreichen glaubt, wäre dann eine Erklärung derselben Absicht und daher nicht für sich bestimmbar! — ist wirklich sowohl der klassischen als der justinianischen Jurisprudenz fremd.¹ — Es ist nun nur noch hinzuzufügen, dass durch die Leoniana constitutio, nach welcher die Formelworte nicht mehr notwendig sein sollten, die Stipulation ihren eigentümlichen Charakter verlor und der prinzipielle Unterschied zwischen ihr und dem Konsensualvertrag wegfiel. Dies war natürlich ein Ausdruck der Tendenz der postklassischen Jurisprudenz, die Idee von der *aequitas* als Grundlage des Vertragsrechtes so vollständig wie möglich durchzuführen. Die Konsequenz hiervon war indes, dass dieselbe Veränderung, die hinsichtlich der Konsensualverträge von der postklassischen Jurisprudenz vorgenommen wurde und darin bestand, dass die *irgendwie* nachweisbare gemeinsame faktische Absicht relevant wurde, auch für das Stipulationsrecht Bedeutung erhielt. Sequimur (scil. in erster Linie) quod actum est, wurde das Prinzip für die Auslegung auch auf den Gebiete der Stipulationen.^{2, 3}

Ein anderes Rechtsgeschäft, bei dem die Unabhängigkeit der Gültigkeit der Stipulation von der Parteiabsicht nach klassischer Jurisprudenz hervortritt, ist das formelle Gegenstück der Stipulation: die Akzeptilation. Auch hier ist indes der Parteiabsicht durch Interpolationen der postklassischen Jurisprudenz Relevanz erteilt worden, und zwar in einer Weise, die an die postklassische Behandlung der Novation erinnert. Man soll allerdings davon ausgehen, dass alles, was in die Akzeptilation verbaliter aufgenommen ist, mit der Parteiabsicht übereinstimmt. Wenn sich aber eine andere Parteiabsicht konstatieren lässt, so soll diese gelten.

¹ Vgl. Beilage 22 S. 344.

² Siehe oben die § 5, S. 37 ff. nachgewiesenen Interpolationen.

³ Siehe Beil. 10.

Hier gehen die Kompilatoren oder frühere postklassische interpolierende Kommentatoren in der Übertragung des Rechtsgrundes der *conuentio* — des consensus — so weit, dass sie auch ihre eigene Auslegung des consensus bei einer *conuentio* auf die Akzeptilation anwenden. D.h. in erster Linie gilt nicht der im Akte selbst bei Berücksichtigung der konkreten Situation hervortretende consensus, sondern die *wirkliche* Parteiabsicht, falls sie festgestellt werden kann.¹

Bevor wir nun näher die Stellen untersuchen, in welchen für die Gültigkeit einer Stipulation dem consensus direkt Relevanz erteilt wird, wollen wir zwecks Beleuchtung der Frage zunächst feststellen, welche Ansicht die klassische Jurisprudenz in diesem Stücke hinsichtlich der wirklichen *conuentiones* verfochten hat. Dass in abstracto hier der consensus erforderlich ist, kann nicht bezweifelt werden. Damit aber ist noch nichts darüber gesagt, *in welchem Sinne* der consensus nötig ist. Wir haben bereits nachgewiesen 1:0 dass, wenn eine bestimmte vernünftige Absicht *in der Verhandlung selbst* bei Berücksichtigung der jeweils vorliegenden Situation hervortritt, diese bei der Auslegung zugrunde zu legen ist; 2:0 dass dabei hinsichtlich der näheren Bestimmungen die Regel gilt, dass der Nachteil einer Undeutlichkeit die Partei trifft, die die *lex conuentionis* formuliert hat. Aber wie verhält es sich, wenn die *Hauptsache* selbst bei der Übereinkunft nicht ausreichend bestimmt wird? Ist *dann* der Akt gültig? Diese Frage hat besonders Bedeutung bei einem Specieskaufe. Wenn auch nicht vieles, das als echt angesehen werden kann, in der Frage anzuführen ist, so scheint der klassische Standpunkt doch der zu sein, dass in *solchem* Falle der Kauf ungültig ist. Die Kompilatoren aber haben für die Gültigkeit des Kaufes faktischen consensus gefordert, *auch wenn* der Gegenstand im Kaufakte vollständig bestimmt ist. *Immer* macht nach ihnen faktischer dissensus in dieser Hinsicht den Akt ungültig, gleichwie umgekehrt faktischer consensus ihn gültig macht. Wenigstens zeigen die Kompilatoren eine entschiedene *Tendenz*, diese Auffassung zur Geltung zu bringen. Wenn in Äusserungen, die von ihnen herkommen, der faktische consensus

¹ Beil. 11.

nicht immer als zureichend für die Gültigkeit hingestellt wird, so entspringt dies der Rücksichtnahme auf ältere Jurisprudenz. Einzelne ältere Juristen haben nämlich den Satz verfochten, dass der Verkauf einer bestimmten individuellen Sache ungültig sei, wenn dabei von den im gleichen Irrtum befangenen Kontrahenten erklärt wird, dass sie eine tatsächlich nicht vorhandene *Wesensbestimmtheit* besitze. Diese durch die klassische Lehre, dass die wesentliche Artbestimmtheit, ‚species‘, für die Identität eines Dinges konstitutiv sei, bedingte Anschauung — im angenommenen Falle werde das zu verkaufende Ding beim Verkauf als ein anderes bezeichnet, als es ist; dadurch werde die im Akte hervortretende gemeinsame Absicht, die allein Relevanz hat, unrealisierbar — hat die Kompilatoren veranlasst, gegen ihre eigentliche Tendenz in einigen Äusserungen einem faktischen Irrtum hinsichtlich der Artbestimmtheit trotz des consensus hinsichtlich des zu verkaufenden individuellen Dinges Relevanz in der Gültigkeitsfrage zu erteilen.¹

Wir wenden uns nun den Stellen zu, in denen direkt erklärt wird, dass consensus für die Gültigkeit einer Stipulation Bedeutung hat.

1. Paulus D.45,1,22: *si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus*: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris. Ausser aller Diskussion steht, dass der Irrtum des Stipulanten völlig belanglos ist, wenn das Kupferstück nicht wirklich *als* Gold stipuliert wird. Dies ist also die Voraussetzung. Dann aber sagt die Stelle:

a. Der Promittent wird wirklich gebunden, obgleich er das Stück *als* Gold, was es nicht ist, versprochen hat. b. Der Promittent braucht, wenn er *bona fide* verspricht, den Stipulanten nicht schadlos zu halten, obgleich dieser kein Gold erhält und selbst das Versprechen in dem Glauben entgegengenommen hat, dass das Stück Gold sei. Dies geht aus den Worten: *teneberis huius aeris nomine* hervor = du wirst im Namen *dieses* individuellen *Kupferstückes* obligiert werden. c. Wenn der Promittent den Stipulanten bewusst getäuscht hat, hat dieser keine Aktion auf Grund

¹ Beil. 12.

der Hauptstipulation selbst, sondern nur eventuell auf Grund einer akzessorischen Stipulation: *dolum malum abesse*. Man vergleiche nun mit diesem Falle den, dass ein Verkäufer *bona fide* Kupfer als Gold verkauft und auch der Käufer das Kupfer für Gold hält. Wenn ein solcher Vertrag als gültig anzusehen ist, kann nach klassischer Jurisprudenz dafür nur der Grund angeführt werden, dass das individuelle zu verkaufende Ding im Verkaufe bezeichnet worden ist. Nach Iust. ist die Voraussetzung die, dass faktisch in *corpore consensus est*. Wenn aber unter dieser Voraussetzung der Verkauf für gültig gehalten wird, ist in diesem Falle die Folge die, dass der Verkäufer wirklich im Namen der Voraussetzung, dass Gold vorliegt, nicht im Namen des versprochenen individuellen Kupferstückes prästieren muss.¹ Dann ist es auch deutlich, weshalb die Motivierung: *quia in corpore consenserimus* hier eingeschoben worden ist. Nach der *Leoniana constitutio* soll ja auch bei Stipulationen der *consensus* der Grund der Gültigkeit sein. Da nun beim Verkauf eines Kupferstückes als Gold der Grund der Gültigkeit der *consensus* hinsichtlich des individuellen zu verkaufenden Dinges sein soll, tritt dieselbe Situation bei einer *Stipulation* mit demselben Charakter ein. Dabei beachten indes die Kompilatoren nicht, dass, wenn überhaupt *consensus* hinsichtlich des individuellen Dinges, wie im Verkaufsfalle, Relevanz hat, auch der *Sinn* desselben berücksichtigt werden muss. Zu diesem Sinne gehört, dass der Käufer nicht Kupfer, sondern Gold durch das gemeinte individuelle Ding erwirbt. Wenn nun diese Absicht nicht realisiert werden kann, aber der Vertrag dennoch gültig ist, wird der Verkäufer für den Verlust des unwissenden Käufers verantwortlich, wie Iul. in D.18,1,45 hinsichtlich desjenigen sagt, der, wenn auch in gutem Glauben, aufgeputzte Kleider als neue verkauft. Die Konsequenz hinsichtlich des Stipulationsfalles, für welchen ja auch der *consensus* Relevanz haben soll, wird indes von den Kompilatoren nicht beachtet. Weshalb? Natürlich weil sie gedankenlos die Worte: *quia in corpore consenserimus* in den echten Text eingeschoben haben, ohne denselben im übrigen zu

¹ Siehe die Auseinandersetzung in Beil. 12.

verändern. Weshalb aber sagt *Paulus*, dass der Promittent in unserem Falle nur zur Leistung des individuellen Kupferstückes obligiert wird, nicht zum Ersatze dessen, was der Stipulant dadurch verliert, dass das Ding nicht Gold ist, wie beim Akte vorausgesetzt war? Hier gibt es keine andere Erklärung als die, dass sogar die gemeinsame Parteiabsicht, die im Akte selbst hervortritt, irrelevant ist und nur die *Worte*, die eine für den Promittenten mögliche Handlung als versprochen bezeichnen, Bedeutung haben. Für die weitergehende Haftung wäre erforderlich, dass der Promittent in einer besonderen Klausel *ausdrücklich* die Verantwortung auf sich genommen, d.h. hoc aurum esse *praestari* versprochen hat. Eine solche Klausel gehört indes nicht zum angenommenen Falle. Die blosse Erklärung in der Stipulation, dass das versprochene Ding Gold ist, kann keine Stipulation sein. Allerdings ist es möglich, sich nach dem aedilizischen Edikte durch die Spondierung zu verbinden: (hominem) sanum esse, furem non esse. Erstens aber muss dann eine wirkliche besondere Spondierung — nicht eine blosse Erklärung — vorliegen. Zweitens ist in diesem Falle die Spondierung als ein *praestari* einschliessend auszulegen. Sonst würde sie als ungültig zu betrachten sein, weil man in bezug auf vom Promittenten unabhängige Tatsachen nichts mit Rechtskraft *versprechen* kann. Wenn der Sklave wirklich nicht gesund oder tatsächlich ein Dieb ist, *kann* ja das Versprechen nicht erfüllt werden. Dies sagt Ulp. D.21,2,31, vgl. Ulp. D.50,17,31. Aber dass man im angegebenen Falle wirklich ein ‚*praestari*‘ darunter verstehen darf, das beruht auf der Entwicklung dieser Sponsionen aus bindenden, von den Aedilen vorgeschriebenen *Nunkupationen* mit angenommenem Inhalt bei Sklavenmanzipationen.¹ Dass dagegen andererseits beim *Verkaufe* einer Sache als Gold, die kein Gold ist, der Verkäufer trotz seiner Unkenntnis haftbar ist, beruht darauf, dass hier keineswegs die Versprechensworte an sich selbst Bedeutung haben, sondern die gemeinsame Parteiabsicht, zu welcher gehört, dass der Käufer mit dem Kupferstück Gold erwirbt. Der Verkäufer würde auf diese Absicht keine Rücksicht nehmen,

¹ Siehe Röm. Obl. I S. 393 f.

wenn er nicht Ersatz leistete, falls das gemeinte Ding nicht aus Gold ist.

Die *bona fides*, die das Prinzip solcher Verträge ist, schliesst die Rücksichtnahme auf die Absicht ein, unabhängig von eventuell angewandten Versprechensworten. Da im Akte selbst hervortritt, dass der Käufer das Ding *als* Gold erwerben will, und dies daher zum vom Verkäufer gutgeheissenen Interesse des Käufers am Akte selbst gehört, muss der erstere als ein redlicher Mann dieses Interesse wahren. — Es ist nun nur noch hinzuzufügen, dass gerade weil die Versprechensworte allein die aus der Stipulation entstehende Obligation vollständig bestimmen, jede Verantwortlichkeit für *dolus malus* ausgeschlossen ist, *sofern* sie nicht durch das ausdrückliche Versprechen: *dolum malum abesse* eintritt. (In Konsensualverträgen hat natürlich *dolus malus* als ein Verhalten gegen die im Vertrage hervortretende Absicht stets an sich Relevanz.) Dies sagt ja Paulus in unserer Stelle, die trotz ihrer Kürze den klassischen Standpunkt *contra* den justinianischen scharf beleuchtet. Was die klassische Jurisprudenz betrifft, tritt auch in dieser Stelle der Sinn des Satzes: *demonstratio falsa non nocet* bei Stipulationen hervor. Ein individueller Gegenstand wird versprochen. Eine eventuell dabei abgegebene Erklärung über seinen Charakter ist kein Versprechen und deshalb irrelevant.

2. Paulus D.45,1,83,1: Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit. quod et in iudiciis Aristo existimavit: sed hic magis est, ut is petitus uideatur, de quo actor sensit. *nam stipulatio ex utriusque consensu ualet*, iudicium autem etiam in inuitum redditur et ideo actori potius credendum est: alioquin semper negabit reus se consensisse. SCHULTZ¹ hat schon bewiesen, dass die Äusserung interpoliert ist. Hier soll nur besonders hervorgehoben werden, dass die Worte ‚*stipulatio ex utriusque consensu ualet*‘ mit der Ausdrucksweise in I.I.3,19,13 übereinstimmen, wo indes auf die Leoniana constitutio hingewiesen wird. Es ist auch zu beachten, dass die Motivierung durch die erwähnten Worte hier notwendig ist. Denn nur wenn die gemeinsame Absicht, nicht die Worte selbst, bei den Stipulationen die Gültigkeit

¹ Sav. Z.43 (1922) S. 211 f.

konstituiert, macht dissensus den Akt ungültig. Nun wissen wir einerseits, dass nach Iau. D.45,1,106,¹ Ulp. D.45,1,38,18 und Celsus D.34,5,26,² wenn bei Vorhandensein mehrerer Stichi Stichus stipuliert wird, der Promittent unabhängig von der Absicht gebunden ist, das Versprechen aber gegen den Stipulanten ausgelegt werden soll. D.h. der Promittent kann sich durch *denjenigen* Stichus, den er unter seinen Sklaven auswählt, befreien. Es liegt eine stipulatio *incerti* vor. Wir wissen aber andererseits, dass nach Paulus-Labeo D.18,1,34 pr. beim *Verkaufe* des Stichus, wenn der Verkäufer mehrere Sklaven mit diesem Namen hat, der Akt ungültig wird, weil die Absicht, die hier Relevanz hat, als auf einen bestimmten Stichus gerichtet angesehen werden muss, aber eine *gemeinsame* Absicht im Akte selbst nicht hervortritt.³ Die Kompilatoren haben die Bedeutung der Abwesenheit eines hervortretenden consensus in diesem Falle auf die Stipulation eines Stichus, wenn der Promittent mehrere Sklaven dieses Namens hat, übertragen, in welchem Falle, trotzdem die *Absicht* der Parteien auf einen bestimmten Stichus gerichtet ist, nach klassischer Jurisprudenz der Promittent durch die *Versprechensworte*, ohne Rücksicht auf consensus gebunden ist, aber irgend einen seiner Sklaven dieses Namens leisten kann. Dabei haben sie indes in Übereinstimmung mit ihrem Standpunkte nur dem *faktischen dissensus* ohne Rücksicht darauf, was im Akte selbst hervortritt, juristische Relevanz für die Ungültigkeit zuerteilt. Vgl. Venuleius D.45,1,137,1: Si hominem stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur. Hier liegt eine Dublette der Äusserung der Kompilatoren vor, die D.45,1,83,1 Paulus zugeschrieben wird: Obgleich hier ‚hominem‘ statt ‚Stichum‘ gesagt wird, ist offenbar gemeint, dass der ‚homo‘ durch einen Namen bezeichnet worden ist, der ihn individualisieren soll.⁴

3. Ulp. D.45,1,32: si in nomine serui, quem stipularemur dari, erratum fuisset, *cum de corpore constitisset*, placet stipulationem ualere. *Wenn* hier folgender Fall gemeint wäre: der Sti-

¹ Beil. 12.

² Oben S. 47.

³ Beil. 12.

⁴ In beiden Fällen sind die logisch notwendigen Worte *de te* (stipulatus) ausgelassen.

pulant sagt, auf einen anwesenden Sklaven hinweisend: hunc hominem Stichum dari spondes? der Sklave aber heisst nicht Stichus, dann läge kein Grund vor, die Echtheit der Stelle zu bezweifeln, weil auch bei Stipulationen das Prinzip: demonstratio falsa non nocet gilt. Der Sinn der Äusserung ist indes nicht dieser. Aus der Entgegensetzung: erratum fuisset — constitisset geht hervor, dass auch constitisset einen subjektiven Sinn hat und sich auf den gemeinsamen *Gedanken* an eine bestimmte Person, nicht auf die *Demonstrierung* dieser Person bei der Stipulation bezieht. Es muss sich um den Fall handeln, dass die Person, an die beide Parteien denken, gerade durch den Namen bezeichnet werden soll, aber diesen Namen nicht hat. Zwei andere Ulpianustellen können zum Vergleich angeführt werden, nämlich 1. D.28,1,21,1: errauerat (testator) in nomine uel praenomine uel cognomine (legatarii), cum in corpore non errasset (d.h. er hatte eine bestimmte wirkliche Person im Sinn gehabt, sie aber fehlerhaft bezeichnet). Der Testator soll nachträglich erklären können, wen er meinte. Wir haben nachgewiesen¹, dass eine Interpolation vorliegt. 2. D.18,1,9,1: Plane si in nomine dissentiamus, uerum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin ualeat emptio et uenditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat. Wir haben darauf hingewiesen², dass hier eine bei den Kompilatoren äusserst gewöhnliche Verwechslung des dissensus und des error vorliegt. Besonders die zuletzt angeführte Stelle ist ja beinahe wörtlich in derselben Weise formuliert wie Ulp. D.45,1,32, welche Stelle dann auch nicht echt sein kann. Dies muss um so mehr angenommen werden, als die Wortgebundenheit bei Stipulationen stärker hervortritt als im Testamentsrechte und im Verkaufsrechte. Ulp. selbst kann die in dieser Stelle aufgeworfene Frage nur so beantwortet haben, dass die Stipulation für den wirklich durch den Namen bezeichneten Sklaven gilt, falls ein solcher bei der Stipulation dem Promittenten gehört oder nachher ihm gehören wird — nicht, wie die Kompilatoren annehmen, für den wirklich gemeinten, aber fehlerhaft bezeichneten. Die Kompilatoren scheinen ihren eigenen Einschub in das 28 B. ad Lab. des Ulpianus

¹ Beil. 2, S. 20 ff.

² Beil. 12.

anus betreffs der *emptio uenditio* im 47 B. ad Sab. betreffs der *Stipulation* wiederholt zu haben, um die Bedeutung der *faktischen* gemeinsamen *Absicht* — des faktischen *consensus* — in beiden Fällen gleichmässig hervorzuheben.

§ 7.

Die Regel der „Alten“: quotiens culpa debitoris interuenit, perpetuatur obligatio als Beweis für die Wortgebundenheit der Stipulationsobligation, unabhängig von der im Akte hervortretenden Absicht.¹

Wenn ich von dir ein individuelles Ding stipuliert habe, besteht deine Obligation, falls die in den Worten hervortretende vernünftige Absicht bestimmend ist, darin, dass du das Ding leistest, oder wenn du selbst es vernichtest oder extra commercium bringst, darin, dass du mir den durch dein Verhalten verursachten Verlust des Dinges ersetzt. Wenn du die Freiheit zu einem solchen Verhalten hättest, ohne Ersatz leisten zu müssen, so gewänne ich als Stipulant gar keine Macht dir gegenüber. Die in den Worten hervortretende vernünftige Absicht kann daher keine solche Freiheit einschliessen. Aus ähnlichem Grunde kann, wenn diese Absicht bestimmend ist, der Promittent auch dann nicht frei werden, wenn er in mora hinsichtlich der Leistung ist und die Sache danach — wenn auch ohne sein eigenes Verschulden — zu existieren oder intra commercium zu sein aufhört. Wenn dagegen die Worte an sich die entstehende Obligation bestimmen, gehört zu ihr *nur* die Übertragung des Eigentumsrechtes an der Sache auf den Stipulanten. Da eine solche Obligation jede Bedeutung verliert, wenn das Ding nicht mehr geleistet werden kann, weil es aufgehört hat zu existieren oder keine Handelsware mehr ist, geht sie

¹ Ob die von Paulus D.45,1,91,3 in Übereinstimmung mit dem Titel dieses Paragraphen mitgeteilte Regel von ihm richtig angeführt worden ist, was man bestritten hat, wird in der Beilage 15 untersucht werden. Im Texte wird ihr Sinn unter Voraussetzung der Richtigkeit der Paulinischen Fassung abgehandelt werden. Auf der Grundlage einer solchen Auseinandersetzung kann die Richtigkeitsfrage selbst am besten entschieden werden.

im angenommenen Falle unter. *Dass* nun *nicht* die in den Worten hervortretende Absicht, sondern die Worte selbst die Obligation konstituieren, geht aus der in der Überschrift erwähnten Regel der ‚Alten‘ hervor, die sich gerade auf die Stipulation bezieht. Nach dieser Regel soll nämlich, wenn die Leistungsunmöglichkeit mit einem Handeln gegen den Stipulationsinhalt in Zusammenhang steht, der Bestand der Sache *intra commercium* rechtskräftig fingiert werden. *Ohne* diese Fiktion, wodurch im angegebenen Falle *si paret rem dari oportere* intendiert werden muss, obgleich es nicht mehr *möglich* ist, die *res* zu leisten, würde dem Promittenten *nichts* abgefordert werden können. Wenn die in der Stipulation hervortretende Absicht Relevanz hätte, würde im fraglichen Falle der Promittent zum *Schadenersatz* obligiert werden, was nur durch *quidquid dare facere oportet* intendiert werden kann, weil dann die Stipulation als eine *stipulatio incerti* zu betrachten wäre und bei einer solchen Stipulation diese *intentio* notwendig ist.¹ *Weil* aber der Promittent auf Grund der Worte nur zur Leistung des individuellen Dinges, nicht zum *Schadenersatz*, obligiert sein kann, *muss*, wenn die Stipulation überhaupt Kraft hat, *si paret rem dari oportere* intendiert werden. Dies wird in unserm Falle durch die rechtskräftige Fingierung des Bestandes der Sache *intra commercium* möglich.

Die fragliche Regel erhielt rechtliche Kraft durch die *auctoritas iuris consultorum*, die selbst zivilrechtlich geltende Regeln konstituieren konnten². Dies geht aus der Hauptstelle Paulus D.45,1,91 hervor, aus der auch folgt, dass sich die Regel nur auf Stipulationen bezieht. Paulus sagt § 3: *sequitur uidere de eo, quod ueteres constituerunt, quotiens culpa interuenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. et quidem si effecerit promissor, quo minus soluere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si uero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, exstinguatur superior mora . . .*³

¹ Gaius I.4,136.

² Cic. de off.3,16,65.

³ Dass sich die Regel auf Stipulationen bezieht, folgt auch aus Paulus D.22,1,24,2: *item cum procurator interpellauerit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem*. Siehe auch D.46,1,58,1, mit pr. zusammengestellt.

Die *culpa*, worüber Weiteres alsbald, schliesst in jedem Falle ein Handeln gegen das Stipulationsversprechen ein. Dann aber ist klar, dass die Regel den Sinn hat, dass im Falle: Handeln gegen das Versprechen bei einer Stipulation von *dare certam rem* der Bestand des Dinges *intra commercium*, wenn es nicht mehr so besteht, rechtskräftig fingiert wird und dass daher Obligation zum Schadenersatz mit *intentio: quidquid dare facere oportet* niemals entsteht. In § 6 sagt Paulus: *Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit* (d.h. auch wenn der Sklave nicht lebt, erhält die *intentio: si paret Stichum dari oportere* positive Wirkung): *sed et acceptum ei posse ferri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine*. Dies setzt natürlich voraus, dass der Sklave als noch lebend betrachtet wird.¹ Im Nachfolgenden sagt Paulus ferner: *nouari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem, qui non est, neque pecuniam, quae non debetur, stipulari possumus*. (Über die Novationsfrage später.) In den kursivierten Worten sagt Paulus direkt, dass in unserm Falle keine Obligation zum Schadenersatz vorliegt. Dass die *Kondemnation* in jedem Stipulationsprozesse auf *pecunia* geht, hat nichts mit der *Obligation* zu schaffen.

Die Sachlage ist ferner durch eine nähere Untersuchung der Bedeutung der hier als Bedingung für die Fiktion angenommenen *culpa* zu beleuchten. Ebenso wie der Inhalt der fraglichen Obligation unmittelbar durch die Worte der Stipulation, unabhängig von der in diesen hervortretenden Absicht, bestimmt wird, ist auch *das* Handeln gegen das Versprechen, das die in der Regel vorausgesetzte *culpa* bedeutet, *ausschliesslich* durch die Worte bestimmt. Paulus sagt an der Hauptstelle D.45,1,91 in pr.: *Si seruus stipulatus fuero et nulla mora intercedente seruus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. sin autem neglegat infirmum [an teneri debeat promissor considerantibus] utrum, quemadmodum in uindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpa huius nomine tenetur possessor, ita et cum ,dari' promisit,*

¹ Vgl. Paulus Sent.5,7,4: . . . *perinde* agi ex stipulatu potest, *ac si* ea res exstaret und Ulp. D.45,1,82,1: *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si* homo uiueret.

an ‚culpa‘, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est, quia qui ‚dari‘ promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.¹ Der possessor befindet sich nach Eröffnung des Eigentumsprozesses in culpa, wenn er nicht auf das Interesse der Gegenpartei, die möglicherweise der Eigentümer ist, Rücksicht nimmt und durch Unterlassung der Pflege des kranken Sklaven dem eventuellen wirklichen Eigentümer Verlust verursacht. Bei einer Stipulation von ‚dare certam rem‘ aber ist sogar die *dolose* Versäumnis zivilrechtlich bedeutungslos, weil in derselben kein *facere*, sondern nur *dare* versprochen ist. Der Promittent muss, wenn ihn culpa treffen soll, durch positives Handeln das ‚dare‘ unmöglich machen oder in mora sein. Dies bedeutet, dass die offenbare Parteiabsicht, die in der Stipulation hervortritt, irrelevant ist. Man denke an den analogen Fall, dass der Promittent es unterlässt, dem versprochenen Sklaven die nötigen Lebensmittel zu geben, und dieser deshalb vor Fälligwerden der Stipulation stirbt. Wenn der Stipulant nicht voraussetzte, dass dies nicht geschieht, würde er keinen Anlass haben, den Sklaven zu stipulieren. In entsprechender Weise wird der Promittent zivilrechtlich befreit und daher nicht von der fraglichen *culpa* betroffen, wenn er den Sklaven vor oder während

¹ GENZMER nimmt Sav. Z. 44 (1924) S. 95 f. eine radikalere Textänderung vor, m. E. mit unzureichendem Grunde. ‚Possessor‘ ohne weiteres bedeute sonst *b. f.* possessor. Hier bedeute das Wort *m. f.* possessor. In Wirklichkeit ist hier die Frage: *b. f.* oder *m. f.* gleichgültig. Denn es ist vorausgesetzt, dass die *l. c.* schon vorliegt. Dann ist die Stellung des possessor in beiden Fällen prinzipiell dieselbe, wenn auch der *b. f.* possessor bloss für culpa *nach l. c.*, der *m. f.* possessor auch für culpa *vor* der *l. c.* haftbar ist. Es lag natürlich für Paulus kein Anlass vor, hier *diese* Differenz zu berühren. Da indes auch GENZMER die Schlussworte mit Recht für echt hält, hat seine Textänderung keine grössere Bedeutung für die vorliegende Frage. Durch die Streichung der Partie aber, die den possessor im Vindikationsprozess betrifft, verliert die Äusserung die Pointe, die in der Antithese *der culpa* liegt, welche bei dem Arbitrieren des iudex im erwähnten Prozesse berücksichtigt werden muss, und der *Stipulationsculpa*. Erstere hat nichts mit ausgesprochenen Worten zu tun, letztere ist ganz von den Versprechensworten abhängig. Dass diese klare Antithese von *Iust.* herkommen sollte, wäre jedenfalls eine absurde Annahme. Das scheint auch G. selbst nicht zu meinen.

der Übergabe vergiftet, falls dieser nur lebend geleistet wird. Eine Sicherung war immer durch die in solchen Fällen später anwendbare allgemeine prätorische *actio de dolo* gegeben, die indes mit der zivilrechtlichen Situation nichts zu schaffen hat. Eine *andere* Frage ist die, ob der Stipulant den vom Promittenten in wesentlicher Hinsicht beschädigten versprochenen Sklaven bei Offertierung desselben annehmen muss, um nicht jedes Recht zu verlieren, d.h. ob nicht der Promittent in solchem Falle trotz der *Offerte* in mora bleibt und daher im Prozesse verurteilt wird, sei es, dass der Sklave noch lebt oder gestorben ist. Denn in *der* Frage, ob die *mora accipiendi* die *mora* des Promittenten aufhebt, gelten besondere Regeln, die wirklich vom *aequum et bonum* bestimmt sind.¹

In diesem Zusammenhang ist es ferner äusserst wichtig, die Bedeutung des *Wortes culpa* in der »Regel der Alten« zu bestimmen. Bisher haben wir nur gefragt, welches Handeln mit diesem Wort bezeichnet wird. Eine andere Frage ist die, worin die Eigenschaft *culpa* bei diesem Handeln besteht. Zunächst ist hier zu sagen, dass die Regel selbst sehr alt sein muss, wenigstens in der primären Bedeutung, nach welcher vorausgesetzt wird, dass das Ding vom Promittenten zerstört oder *extra commercium* gebracht wird. Aus dem neuen Gaiusfragment 4, 17a geht hervor, dass *actio ex sponsione* schon zur Zeit der XII tab. möglich war. Es ist aber unmöglich, dass eine *sponsio* von *certa res* anwendbar gewesen wäre, solange noch nicht die durch Aquilius Gallus eingeführte prätorische *actio de dolo malo* existierte, welche der Zeit Ciceros angehört, wenn der Promittent die Möglichkeit gehabt hätte, seine Obligation dadurch aufzuheben, dass er die versprochene Sache zerstörte oder in anderer Weise die Erfüllung des Versprechens unmöglich machte. Nur durch die Anwendung der fraglichen Regel aber konnte die zivile Obligation in solchem Falle bestehen bleiben. Wir können nun u.a. nach dem Sprachgebrauch bei Plautus sehr bestimmt die Bedeutung feststellen, die das Wort hatte, bevor Einflüsse griechischer Denkart eine Bedeutungsänderung herbei-

¹ Siehe Beil. 13.

führten. In meiner Schrift Röm. Obl. I S. 561 f. habe ich die ursprüngliche Bedeutung des Wortes bei Plautus unter Zusammenstellung mit der dem römischen Sakralrecht angehörenden Vorstellungsart festgestellt. Das Wort ist dort im wesentlichen mit *inuria* und *noxa* synonym. Es bedeutet eine den Täter infolge der Tat treffende Unreinheit oder Befleckung, die als solche den Götterzorn hervorruft. Wenn der Täter im Bewusstsein der Folge der Tat handelt, ‚prudens‘, ist die *culpa* untilgbar. Wenn er ohne Bewusstsein der Folge handelt, ‚imprudens‘, kann sie durch Piekularopfer ‚purgiert‘ werden. Indes tritt bei Plautus hervor, dass man sich auch durch nur moralisch unrechtes Handeln anderen Menschen gegenüber beflecken kann. Dann wird indes dieses Handeln als solches als dem religiösen Rechte — dem *fas* — widerstreitend aufgefasst, und eine solche *culpa* wird, wenn man sie ‚imprudenter‘ auf sich geladen hat, durch die Verzeihung des verletzten Menschen ‚purgiert‘. Diese Betrachtungsweise war natürlich sekundär. Prinzipiell war der Culpa-Begriff rein religiös. Später trat indes eine radikale Bedeutungsänderung ein, wenn sich auch auf sakralem Gebiet die alte Bedeutung stets erhielt. Man übertrug den Culpa-Begriff in der Weise auf das moralische Gebiet, dass *culpa* das moralisch tadelnswerte Handeln *als solches* bedeutete. Die Folge hiervon war, dass *culpa* nur dann vorhanden sein konnte, wenn eine *unmoralische Gesinnung* beim Handeln vorlag. Nur dann konnte das Handeln als moralisch tadelnswert betrachtet werden. Hiermit stand folgende Veränderung in unmittelbarem Zusammenhang. Während ursprünglich *culpa* sowohl bei einem Handeln ‚prudenter‘ als bei einem Handeln ‚imprudenter‘ möglich war, wobei letzteres dem Zustandebringen der religiös verpönten Wirkung *casu* oder *forte* gleichgestellt wurde,¹ war, wenn es sich um den neuen Culpa-Begriff handelte, *culpa* bei blossem *casu*, zu welchem auch der äussere Zwang zu rechnen ist, ausgeschlossen. Andererseits konnte jedoch der blosser Mangel an moralisch erforderlicher *diligentia* zur *culpa* gerechnet werden. Bei dem hellenisch orientierten Cicero liegt der neue Culpa-

¹ Siehe Röm. Obl. I a. a. O.

Begriff unzweideutig vor.¹ Seine Herstammung von griechischen Rhetoren und Philosophen steht ausser Frage, wenngleich auch die erwähnte, bereits dem Sakralrecht angehörende Unterscheidung mitwirkte. Besonders scheint die Aristotelische Schrift *Ars rhetorica* die Denkart stark beeinflusst zu haben.² Noch weiter entfernt man sich von der ursprünglichen Bedeutung des Wortes, wenn man, wie es in der klassischen Jurisprudenz gewöhnlich geschieht, *culpa* als das geringere Unrecht, welches nur Mangel an der nötigen *diligentia* ist, dem grösseren, das einen verwerflichen Vorsatz bedeutet (*dolus*), gegenüberstellt.³

¹ Siehe z.B. In Pis. 19,43: *Fortunae enim ista tela sunt non culpae*; pro Rab. post. 11,29: *Noli igitur fortunam conuertere in culpam neque regis iniuriam huius crimen putare nec consilium ex necessitate nec uoluntatem ex ui interpretari, nisi forte eos etiam qui in hostes aut in praedones inciderint, si aliter quippiam coacti faciant ac liberi uituperandos putes*; vgl. Auctor ad Her. 2,16,24: *Si autem imprudentia reus se peccasse dicet, primum quaeretur, utrum potuerit nescire an non potuerit; deinde utrum data sit opera, ut sciretur, an non; deinde utrum casu nescierit an culpa. Nam qui se propter unum aut amorem aut iracundiam fugisse rationem dicet, is animi uitio uidebitur nescisse, non imprudentia; quare non imprudentia se defendet, sed culpa contaminabit*. Die letzte Stelle ist besonders interessant, weil sie zeigt, dass man trotz des neuen Culpa-Begriffes unbefangen die alte Terminologie beibehält — man beachte, dass man nach dem Anfang der Äusserung auch imprudenter *casu sündigen* (*peccare*) kann und dass am Schluss *culpa* der älteren Vorstellungsweise gemäss als eine Befleckung betrachtet wird. Trotzdem wird ausdrücklich *culpa* für unvereinbar mit *casus* erklärt. Der Übergang vom älteren zum neueren Culpa-Begriff erfolgte trotz der scharfen Differenz offenbar unbewusst. Über den allgemeinen Standpunkt Ciceros in dieser Frage siehe COSTA Cic. giurecons.2, S. 67—68.

² Man findet hier beinahe wortgetreu den Ciceronianischen Standpunkt wieder. In I, cap. 10 wird erstens für ein *ἀδικεῖν* Freiwilligkeit seitens der Agierenden gefordert. Nur wenn sie *ἐκόντες παρὰ τὸν νόμον* — νόμος hier auch ungeschriebenes Recht — handeln oder, wie es auch heisst, *δι' αὐτούς*, liegt ein wirkliches *ἀδικεῖν* vor. Wenn sie *μὴ δι' αὐτούς* handeln, beruhe die äussere Handlung entweder auf *τύχη* oder auf *ἀνάγκη* (1368 b 33 ff.). Dass die Kraft einer Begierde oder heftiger Zorn als Bestimmungsgrund nicht die Freiwilligkeit aufhebe, wird ebenso wie bei Auct. ad Her. hervorgehoben.

³ Der Übergang vom älteren zum jüngeren Culpa-Begriff wird beinahe ad oculos demonstriert, wenn man Gaius I.3,210 u. 211 beachtet und damit Ulp. Coll.7,3,4 vergleicht. Im ersten Kapitel der *lex Aquilia* wird nach Gaius 210 das Delikt in *iniuria occidere* verlegt. Dass dieses *iniuria occidere* dasselbe wie

Dass aber die „Alten“, die die Regel autoritativ aufstellten, unter *culpa* nicht ein Handeln gegen das moralisch Rechte (das *bonum et aequum*) verstanden, sondern die primär geltende, von der Moral unabhängige, rein religiöse Bedeutung in das Wort hineinlegten, geht daraus hervor, dass das hier zur *culpa* gehörende Handeln *immer* ohne Rücksicht auf die Forderungen des *bonum et aequum* bestimmt wird. Denn die offen in der Stipulation hervortretende Absicht konnte, wie wir vorher nachgewiesen haben, sogar *dolos* verletzt werden, ohne dass deshalb selbst noch nach klassischer Jurisprudenz die hier fragliche *culpa* vorlag. Dass ein Verhalten wie ein Beschädigen des Sklaven bei oder vor der Übergabe desselben an den Stipulanten dem *moralisch* Rechten widerstreitet, ist offenbar, auch wenn der Sklave nicht daran stirbt. Nur das direkte Handeln gegen die Stipulationsworte wird als *culpa* bezeichnet. Hierin ist denn auch eingeschlossen, dass die *culpa* umgekehrt *ohne* jede moralische Schuld entstehen kann. Dies wird *expressis uerbis* in der Hauptstelle gesagt. Es heisst § 1: *Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta uel sacer factus uel seruus manumissus, uel etiam ab hostibus si capiatur, culpa in hunc modum diiudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res uel tempore stipulationis uel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur, idemque fiat, et si per alium, posteaquam ab hoc aliena-*

non iure occidere, d.h. *ohne Recht* töten, ist, daher ein rein objektiv bestimmbares Verhalten bedeutet, sagt Ulp. a. a. O., was ihn nicht hindert, unmittelbar danach zu erklären: *id est, si culpa qui occiderit*. Dies ist nur so verständlich, dass *iniuria* im angegebenen Sinne und *culpa* hier als Synonyme behandelt werden, was logisch einschliesst, dass auch *culpa* rein objektiv aufzufassen ist. *Ursprünglich* sind sie auch Synonyme gewesen. Gaius aber sagt in 211: *Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit*. (*Culpa* im *weiteren* Sinne ist der umfassende Begriff.) Hier hat *culpa* die Bedeutung einer moralisch schlechten Gesinnung, *uitium animi*, erhalten; sie hat ihren ursprünglichen, rein objektiven Charakter verloren und ist auf die *Gesinnung* übertragen worden. Natürlich liegt auch bei Ulp. dieselbe Übertragung vor. Er beachtet indes nicht, dass er in seinem Gedankengang von der einen Bedeutung zur anderen *gleitet*. Der vorhergegangene geschichtliche Prozess der Bedeutungsänderung machte das Gleiten für ihn notwendig, da er einerseits die Worte des *alten* Gesetzes, andererseits den *neuen* *Culpa*-Begriff berücksichtigen musste. Vgl. Röm. Obl. I S. 559 f.

tus sit, id contigerit. sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur, *quia nihil fecit*, nisi *si posteaquam moratus est solutionem*, aliquid huiusmodi acciderit: quam distinctionem et Iulianus sequitur. Also: wenn die Sache sogar *vor* jeder mora nach der Stipulation dem Promittenten gehört hat und dieser sie durch eigenes Handeln *extra commercium* gebracht oder an einen anderen veräußert hat, welcher selbst so gehandelt hat, ist der Promittent in culpa. Wenn aber die Sache von Anfang an einem anderen gehörte, der sie *extra commercium* versetzte, ist der Promittent vor einer eventuellen mora nach dem Erwerb derselben nicht in culpa, weil er dann nicht durch eigenes Verhalten die Prästationsunmöglichkeit verursacht hat. Wenn er aber in mora gewesen und danach das Ding *extra commercium* versetzt worden ist, so ist er unter allen Umständen gebunden, weil die mora selbst dann eine Bedingung der Prästationsunmöglichkeit ist. Die subjektive Unmöglichkeit zu prästieren, die natürlich auf der Unzugänglichkeit der Sache, obgleich sie dem Promittenten gehört, beruhen kann, ist ebenso wie die eventuelle Unkenntnis über den Bestand der Stipulationsschuld irrelevant, und doch trifft bei solcher Situation den Promittenten kein moralischer Vorwurf.

Es kann nun gesagt werden, dass die von den »Alten« gemeinte *culpa* hier mit dem *noxam nocere* (*peccare*) identisch gewesen ist, womit der Bruch einer völkerrechtlichen *sponsio* bei Liv. 9, 10, 9 bezeichnet wird. Hiervon wird später im Zusammenhang mit der Frage nach der historischen Grundlage des Stipulationsrechtes ausführlich die Rede sein. Diese ursprüngliche Bedeutung hat die spätere juristische Auslegung der *culpa* beeinflusst, wenn auch wenigstens die klassischen Juristen selbst nicht über den geschichtlichen Grund ihrer Art der Auslegung reflektiert haben, die doch dem sonst von ihnen angewandten Culpa-Begriffe vollständig widerspricht.¹

Wenn aber die culpa in der Regel der »Alten« eine religiöse Bedeutung gehabt haben muss, entsteht die Frage, wie ein Handeln gegen die Stipulationsworte als ein solches Verbrechen an-

¹ Beil. 14.

gesehen werden konnte. Dies ist nur unter der Voraussetzung verständlich, dass die zur Stipulation gehörende *sponsio* oder *promissio* historisch ihre zivilrechtlich obligierende Kraft gerade dadurch erhielt, dass sie ursprünglich ein Versprechen mit religiös bindender Kraft war. Darüber in den folgenden Paragraphen.

Indes macht sich auch im vorliegenden Falle der spätere, von griechischer Denkart beeinflusste Culpa-Begriff mit seiner Anknüpfung an das *moralisch* Tadelnswerte, wenn auch nur zögernd, geltend, allerdings niemals so, dass eine Stipulationsculpa durch die blosse *Immoralität* der Handlungsweise entstehen oder nicht unabhängig von moralischer Schuld entstehen *konnte*, wohl aber so, dass ihre Entstehung *in besonderen Fällen* durch *moralische Unschuld* verhindert wurde, oder so, dass sie, einmal vorhanden, durch nachfolgendes *moralisch* richtiges Verhalten *emendiert werden* konnte. Jedoch häsierte man sogar in dieser Hinsicht wegen des durchaus nach objektiven Kennzeichen zu beurteilenden Charakters der culpa, die in der Regel der »Alten« erwähnt wurde. An der erwähnten Hauptstelle § 2 sagt Paulus: De illo *queritur*, an et is, qui *nesciens* se debere occiderit, teneatur: quod Iulianus putat in eo, qui, cum nesciret a se petitum codicillis, ut restitueret, manumisit. Es ist natürlich, dass besonders bei Übernahme einer Stipulationsschuldigkeit durch Erbschaft der Obligierte in Unkenntnis von der Obligation sein konnte. Auch bei solcher Unkenntnis kann das Töten oder das Freilassen des stipulierten Sklaven den Obligierten in *culpa* versetzen, wenn der *alte*, nur das äussere Handeln gegen die Versprechensworte berücksichtigende Culpa-Begriff festgehalten wird, nicht aber, wenn der *neue*, nach welchem eine unmoralische Gesinnung die culpa bedingt, wenigstens negative Bedeutung erhalten soll. Deshalb die Häsitierung, die Paulus selbst nicht aufhebt.¹ Ferner sagt Paulus § 3: . . . si

¹ Es ist klar, dass der Hinweis auf die Entscheidung des Iulianus im angegebenen Falle — es handelt sich um eine auf Fideikommiss beruhende Obligation — gar keinen Aufschluss in der Frage über die Rechtslage bei einer *Stipulation* geben kann. Die gemeinte Iulianusstelle ist D.36,1,26,2: Si quis filium suum ex asse heredem instituit et codicillis, quos post mortem filii aperiri iussit, fidei eius commisit, ut, si sine liberis decesserit, hereditatem suam sorori suae

uero moratus sit tantum (scil. promissor), *haesitatur*, an, si postea in mora non fuerit, extinguitur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in soluendo Stichus, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: *esse enim hanc quaestionem de bono et aequo*: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur. Hier ist die Sachlage klar. Celsus meint: Wenn man die Culpa-Regel nach dem Wortlaut auslege, könne die *einmal* vorhandene Stipulationsculpa nicht aufhören so zu fungieren, dass bei einmal eingetretener mora die Obligation später immer perpetuiert werde. Wenn man aber so urteile, irre man sich sub auctoritate iuris scientiae, weil man übersehe, dass die Frage nach der Wirkung der mora accipiendi, worum es sich hier handelt¹, nach dem *bonum et aequum* zu entscheiden sei. Bei Berücksichtigung dieses Prinzips müsse man annehmen, dass eine culpa durch nachfolgendes moralisch richtiges Verhalten in der Sache weg falle. Erst Celsus, welchem Iulianus folgt, hat indes die frühere Häsitierung in dieser Hinsicht aufgehoben. Es ist aber zu beachten, dass die strenge Formulierung der

restituert, et filius cum sciret, quod in codicillis scriptum esset, Stichum seruum hereditarium testamento suo liberum esse iussit: heredes filii pretium eius serui sorori defuncti praestare debent [libertate fauore sui seruata]. hoc amplius et si ignorasset filius codicillos a patre factos, nihilo minus heredes eius pretium praestare debebunt [ne factum cuiusquam alteri damnum adferat]. Das wirkliche Motiv dieser Entscheidung kann nur das gewesen sein, dass die Erben des Sohnes die auf Fideikommiss beruhende Verbindlichkeit, unter gewissen Umständen die vom Vater stammende Erbschaft an die Schwester zu übertragen, mit dem Antritt der Erbschaft des Sohnes selbst übernahmen. Hier hat die culpa des Sohnes gar keine Bedeutung, weil das Fideikommiss, das nur auf der uoluntas des Vaters ruht, so, wie es geschehen kann, realisiert werden muss. Dies gehörte zur Absicht des Vaters. In einem entsprechenden Stipulationsfalle könnte Ersatz für die Freilassung des Sklaven durch den unwissenden Erben des Obligierten nur unter Voraussetzung einer culpa des Erben gefordert werden. Paulus fragt nun, ob ein entsprechender Stipulationsfall, wo der Erbe die Obligation des Erblassers nicht kennt, ebenso zu entscheiden sei, obgleich hier das Vorhandensein einer culpa für die Forderung auf Ersatz für den stipulierten, aber freigelassenen Sklaven notwendig ist.

¹ Siehe Beil. 13.

Regel auf dem *alten*, von jeder Rücksicht auf das bonum et aequum unberührten Culpa-Begriff beruht. Es tritt also in der Häsitierung nicht nur der Zweifel hervor, ob man vom Wortlaut der Regel abgehen darf, sondern im Zusammenhang damit auch, ob man den neuen moralischen Culpa-Begriff hier anwenden darf.¹ In entsprechender Weise stammt auch *die* Beschränkung der Gültigkeit der Culpa-Regel wahrscheinlich aus späterer Zeit, wonach derjenige, der seinen Sklaven auf frischer Tat ertappt und niederstösst, von der Stipulationsculpa frei ist.²

Wenn man nun die hier abgehandelte *Stipulationsculpa* mit der culpa, die bei Kontrakten *bonae fidei* Relevanz hat, vergleicht, tritt der Gegensatz offen hervor. Erstens hat die letztere culpa nichts mit der Religion zu schaffen, sondern ist ausschliesslich nach dem moralischen Prinzip: bonum et aequum zu beurteilen, weil die fraglichen Kontrakte nach bona fides, d. h. auf Grund der geforderten Treue gegen die im Kontrakte hervortretende gemeinsame Absicht obligieren. Zweitens ist es aus diesem Grunde natürlich, dass die zivilrechtliche Folge der culpa als eines der im Kontrakte hervortretenden Absicht widerstreitenden, moralisch

¹ Die angeführte Motivierung ist eine postklassische Interpolation: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur? Auch wenn man von dem unmotivierten Moduswechsel absieht: quaeritur — sit, teneatur — persequitur (GENZMER a. a. O. S. 99), finden sich bestimmte Kennzeichen einer solchen Interpolation. Die Logik fordert *cum* par statt et par. Es gibt im vorliegenden Falle, wenn die Sache nach der mora des Stipulanten der Voraussetzung gemäss untergegangen ist, keinen Beklagten, der den Prozessgegenstand innehat — ‚teneat‘. Ein obligationsrechtlicher Prozess wird mit einem Vindikationsprozess zusammengeworfen, wo der Beklagte die strittige Sache faktisch innehat und deshalb insofern ‚potentior‘ ist, als er sie nur herausgeben muss, wenn der *Kläger* sein Recht beweisen kann. Endlich ist zu beachten, dass die Frage gar nicht die Verbindlichkeit zu Schadenersatz — damnum soluere — betrifft, sondern nur die Frage, ob der Stipulant das *Ding* selbst trotz seines Untergangs im Prozess fordern kann. Die für die klassische Jurisprudenz so wichtige Differenz zwischen der Obligierung zum Dinge selbst trotz seiner Nicht-Existenz und der Obligierung zu Schadenersatz beim Untergang nach mora ist verwischt. Weitere Beispiele dieser Tendenz der postklassischen Jurisprudenz werden später angeführt werden.

² PERNICE, *Labeo*, 2,1, S. 115 unter Hinweis auf Pomp. D.45,1,96.

tadelnswerten Verhaltens die Verbindlichkeit zu einem solchen Handeln sein muss, durch das die Gegenpartei, soweit es möglich ist, in dieselbe Lage kommt, als ob dieses Verhalten nicht vorhanden gewesen wäre. Diese Reparationsschuldigkeit geht selbst aus der Schuldigkeit zur bona fides hervor. Hierin ist dann eingeschlossen, dass, wenn nach dem Kontrakte ein gewisses Ding geleistet werden soll, der dazu verbundene Kontrahent dasselbe aber gegen bona fides zerstört oder es nach einer moralisch verwerflichen mora untergeht, Schadenersatz nach der bona fides geleistet werden muss. Man beachte, dass *immer* bei solchen Verträgen intendiert werden muss: *quidquid dare facere oportet ex bona fide*. Hier ist dann jede juristische Fingierung des fortdauernden Bestandes des Dinges sinnlos. Allerdings kann es auch bei diesen Verträgen vorkommen, dass der Schuldner das *periculum* des Untergangs der Sache ohne jede moralische Schuld tragen muss. Dann aber hat dies nichts mit dem Vorhandensein einer *culpa* zu tun. Indes kann man bei den Kompilatoren eine Tendenz verspüren, die Differenz zwischen der Verbindlichkeit, Schadenersatz zu leisten, und der auf einer juristischen Fiktion beruhenden Verbindlichkeit, das Ding selbst trotz seiner Nicht-Existenz zu leisten, im Stipulationsfalle zu verwischen. Diese Tendenz tritt in einigen korumpierten Stellen in den Dig. hervor.¹

Besonders ist hervorzuheben, dass die Culpa-Regel, die hier abgehandelt wird, *nur* auf die Stipulation von certa res Anwendung findet. Die gewöhnliche Annahme, dass sie von diesem Gebiet auf andere, z.B. auf das Damnationislegat, die *condictio ex causa soluti indebiti* und die *ex causa furtiva* übertragen worden sei, entbehrt jedes Grundes. In der paulinischen Hauptstelle wird sie ausdrücklich und ausschliesslich auf die Stipulationsobligation zu certa res bezogen, und wenn der Ausdruck *perpetuatur obligatio* oder *proinde ac si ea res existeret* od. dgl.² hinsichtlich des individuellen Gegenstandes einer zivilen Obligation gebraucht wird, handelt es sich immer um die erwähnte Obligation. Was das Damnationislegat betrifft, muss man bedenken, dass, obgleich

¹ Beil. 15.

² Siehe oben S. 88¹.

auch die Rechtsfolge eines Testaments durch die *Worte* bestimmt ist, die Wortgebundenheit hier keineswegs so streng ist wie bei Stipulationen, wo zwei Personen sprechen. Ferner ist bezeugt, dass, *wenn* aus dem Damnationslegat selbst, sofern es sich auf eine certa res bezieht, hervorgeht, dass es nicht realisiert werden kann, statt der Sache ihr *Wert* geleistet werden soll. Hier muss man angesehen haben, dass in dem intendierten: ex testamento (certam rem) *dare oportere* in solchem Falle die Notwendigkeit, den Wert zu prästieren, eingeschlossen liege. Dasselbe ist der Fall, wenn z.B. durch die culpa des Erben der legierte Sklave nicht zugänglich ist. Es ist sogar bezeugt, dass, wenn das legierte Ding schon übergeben worden ist, aber der Erbe es im Vergleich mit seinem Zustand beim Erbschaftsantritt wesentlich verschlechtert hat, eine Aktion des Legatars auf Grund des testamentarischen certam rem dare damnas esto möglich ist¹. Um so mehr muss man aus der fraglichen Schuldigkeit Ersatzschuldigkeit bei Zerstörung des Dinges durch den Erben und bei Untergang nach der mora des Erben abgeleitet haben. Dann war es auch natürlich, dass kein Bedürfnis vorlag, hier die Perpetuierung der Obligation auf Grund der autoritativ für den Stipulationsfall aufgestellten Culpa-Regel zu proklamieren oder die für denselben Fall bestimmte juristische Fiktion des Bestandes des Dinges anzuwenden. Besonders tritt indes der Wesensunterschied in der fundamental verschiedenen Bedeutung der *culpa* in den beiden Fällen hervor. Nach der S. 93 f. angeführten Paulusstelle ist die Stipulationsculpa vorhanden, wenn nach mora das Ding aufgehört hat, intra commercium zu existieren; diese culpa ist völlig unabhängig von jedem moralisch unrichtigen Verhalten. Hiermit vergleiche man Ulp. D.30,47,2: Itaque si Stichus sit legatus et culpa heredis non pareat, debet aestimationem eius praestare: sed si culpa nulla interuenit, cauere heres debet de restitutione serui, non aestimationem praestare. Hier bedeutet culpa ganz offenbar ein *tadelnswertes* Verhalten, und der Unterschied vom Stipulationsfall tritt scharf hervor. Auch wenn der legierte Sklave dem Erben gehört und dieser nicht in culpa im angegebenen Sinne ist, muss er bei Unzugänglichkeit

¹ Siehe oben S. 13 f. und Beil. 13.

desselben nur Sicherheit dafür geben, dass er den Sklaven leistet, wenn dieser angetroffen wird. Also: wenn dieser, ohne vorher angetroffen zu werden, stirbt, ist der Erbe von *jeder* Verantwortlichkeit frei. Im Stipulationsfalle ist der Promittent, sofern er in mora gewesen ist oder den Sklaven, nachdem dieser einmal ihm gehört hat, entäussert hat, unter allen Umständen verantwortlich, also in culpa, wenn der Sklave aufgehört hat, *intra commercium* zu existieren. Die subjektive Prästationsunmöglichkeit, die im Legatsfalle die Schuldigkeit des Erben auf die erwähnte Kautio beschränkt, ist irrelevant.

Was die *condictio ex causa soluti indebiti* betrifft, bedeutet hier das intendierte *dare oportet*¹, sofern es sich um eine certa res handelt, dass *Restitution* durch Rückübertragung des Eigentumsrechtes an der Sache erfolgen soll. Dann gehört zu dieser Eigentumsübertragung auch, dass der gewonnene Ertrag der Sache zu prästieren ist und dass der, welcher *solutum indebitum* empfangen hat, für Verschlechterung der Sache durch ihn selbst haftbar ist.² Um so mehr gehört dann zur *Restitution* durch Eigentumsübertragung, dass er für die Zerstörung der Sache und ihren Untergang nach mora verantwortlich ist. Auch in diesem Falle ist die formula ‚*si paret rem dare oportere*‘ anwendbar, weil ‚*dare*‘ hier *Restitution* durch Eigentumsübertragung bedeutet und wenn Eigentumsübertragung nicht weiter möglich ist, immer die Möglichkeit bleibt, den Verlust des *indebitum solutum* zu ersetzen.

Besonderes Interesse hat die juristische Behandlung des Falles: *condictio ex causa furtiva*. Hier soll auch die formula: *si paret rem dare oportere* gebraucht werden, obgleich der actor prinzipiell selbst Eigentümer sein muss.³ Es wird aber besonders hervorgehoben, dass dieses ‚*dare oportet*‘ auch dann gilt, wenn der gestohlene Gegenstand nach dem Diebstahl untergegangen ist. Gaius sagt I.2,79 in fine: *Nec minus aduersus eundem* (einen gewissen Dieb) *condictionem ei* (dem bestohlenen Eigentümer) *competere*,

¹ Gaius I.3,91.

² Siehe Beil. 13.

³ Gaius I. 4,4.

quia extinctae res, licet uindicari non possint, condici tamen *furi-
bus* et quibusdam aliis possessoribus possunt. Welche ‚alii possessor-
es‘ hier gemeint sind, braucht nicht untersucht zu werden. Sicher ist, dass der Satz nur, wenn es sich um *condictio ex causa furtiua* handelt, besonders hervorgehoben wird.¹ Dass ‚res extincta‘ unter die formula mit ‚*rem dare*‘ fällt, hat seine Erklärung darin, dass ‚*dare*‘ hier nicht einmal Restitution durch *Eigentumsübertragung* wie im Falle *condictio ex causa soluti indebiti* bedeutet, sondern Restituierung schlechthin. Man beachte nun, dass nach der Meinung der »Alten« sogar eine nicht akzeptierte Offerte der noch existierenden Sache den Dieb nicht befreit, wenn die Sache danach untergeht.² Erst später hat man entsprechend der allgemeinen Tendenz, die Haftung für den Untergang einer geschuldeten Sache mit der blossen Offerte statt mit der Übergabe erlöschen zu lassen, eine Milderung in diesem Falle eingeführt. Die auf Grund des Diebstahls bestehende Verantwortlichkeit auch bei Untergang der Sache fällt durch die Offerte fort, vorausgesetzt jedoch, dass nicht nach der Offerte bei Abforderung der noch bestehenden Sache *mora* eintritt.³ Dies hatte besondere Erörterungen in der Novationsfrage zur Folge. Nach der Meinung, die durchschlug, war Novation der Obligation des Diebes durch Stipulierung der Sache selbst nicht möglich, weil der bestohlene Eigentümer — prinzipiell hatte nur dieser die bezügliche *condic-*

¹ Ulp. D.47,2,46 pr.: nam condici furi potest, etiamsi res sit aliqua ratione extincta. Paulus D.13,1,3: item si *mortuum* hominem condicat (der bestohlene Eigentümer) . . .

² Tryph. D.13,1,20.

³ Ulp. sagt D.13,1,8 pr.: In re furtiua *condictio ipsorum corporum* competit (dies bezieht sich natürlich darauf, dass die einzige anwendbare formula: *rem dare oportet* enthält): sed utrum tamdiu, quamdiu exstent, an uero et si desierint esse in rebus humanis? et si quidem obtulit fur, sine dubio nulla erit *condictio*: si non optulit, durat *condictio* [aestimationis eius: corpus enim ipsum praestari non potest]. Die eingeklammerten Worte, in welchen die rein formelle Bedeutung der Beziehung der *Kondition* auf ‚*ipsa corpora*‘ übersehen wird — diese werden deshalb als zu kondizierend behandelt, weil hier die formula mit *rem dare oportet* angewandt werden muss — sind sicher interpoliert. — Dass die angegebene Voraussetzung gilt, wird in der Folge nachgewiesen werden.

tio¹ — seine eigene Sache nicht stipulieren könne. Eine solche untaugliche Stipulation fungiere indes als eine nicht akzeptierte Offerte. Deshalb werde der Dieb frei, wenn ohne mora bei *nachfolgender* Abforderung der Sache diese untergeht. Die Stipulierung aber: quod eum ex causa condictiois dare facere oportet noviert wirklich, jedoch nur wenn sie vor dem Untergang der Sache in Kraft tritt. Wenn sie erst nach dem Untergang in Kraft tritt, befreit sie den Dieb von jeder Kondiktion, wird aber selbst wertlos. Sie hebt dann, weil sie als Solution gutgeheissen wird, die Wirkung jeder vorhergehenden mora auf. Und da nun eine mora nicht mehr möglich ist, gibt es im Momente der Stipulation kein oportet *ex condictiois causa*, das in dieselbe aufgenommen werden könnte. Sie wirkt auf die vorhergehende mora zurück, ihre Folge vernichtend, d. h. die Verantwortlichkeit des Diebes nach dem Untergang der Sache. Umgekehrt vernichtet eine solche Stipulation bei Bestand der Sache nicht jedes oportet *ex condictiois causa*. Denn dass der Dieb zum Zurückliefern der noch bestehenden Sache immer verbunden ist, ist von selbst klar. *Das* hat nichts mit der Wirkung einer mora des Diebes zu schaffen. *Diese* Verbindlichkeit aber wird in die Stipulation aufgenommen. Aber die Stipulation, die nach dem Untergang der Sache geschieht, fungiert als eine nicht akzeptierte Offerte. Der Bestohlene erhält kein Recht, der Dieb aber wird dadurch von jeder Morawirkung befreit.²

¹ Nur wenn der Eigentümer *ohne eigene Tat* sein dominium verloren hat, kann er gegen den Dieb kondizieren: Ulp. Marc. D.13,1,12 pr. u. § 1.

² Ulp.-Sabinus D.45,1,83,7: Stichum, qui decessit, si stipuler, si quidem condici etiam mortuus potuit, ut furi, utiliter me stipulatum Sabinus ait. Der Grund dieser Behauptung des Sabinus, die später nicht gebilligt wurde, kann nur der gewesen sein, dass im angegebenen Falle das dare bei der betreffenden Stipulation nicht seinen eigentlichen Sinn: Eigentumsübertragung hat, weil sie an das ‚dare‘, um welches es sich bei der condictio ex causa furtiva handelt, angeknüpft ist. *Dort* bedeutet es nämlich Restituierung in abstracto. Sabinus kann unmöglich gemeint haben, dass der Bestohlene mit rechtlicher Kraft das wirkliche ‚dare‘ seiner *eigenen* Sache und dazu einer Sache, die nicht mehr existiert, stipulieren könne. Ulp. berichtet weiter von Sabinus: si uero ex aliis causis, inutiliter, quia et si deberetur (scil. wenn der Sklave noch lebte) morte promissor liber(ar)etur. idem ergo diceret et si mora facta defunctum stipularer.

Der Sinn ist, dass, wenn die Stipulation eine ex alia causa bestehende Obligation novieren soll, das ‚dare‘ seine eigentliche Bedeutung hat. Eine solche Stipulation kann beim Untergang der Sache nicht gelten, natürlich vorausgesetzt, dass nicht eine nach derselben selbst zu bestimmende mora vorliegt. In D.45,1,29,1 sagt indes Ulp.: Si a fure hominem sim stipulatus, quaesitum est, an stipulatio ualeat. (Man beachte die Ansicht des Sabinus!) [mouet quaestionem quod stipulatus hominem plerumque meum uideor.] Die eingeklammerten Worte sind wahrscheinlich interpoliert. Eine besondere Untersuchung ist überflüssig, weil die Ansicht des Ulp. auf alle Fälle deutlich ist. non ualeat autem huiusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est. et constat (d.h. es ist allgemein angenommen), si quidem ita stipulatus sim: ‚quod ex causa condictionis dare facere oportet?‘, stipulationem ualere: si uero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem. Ulp. fügt danach hinzu: quod si postea sine mora decessisse proponatur seruus, non teneri furem condicione Marcellus ait. [quamdiu enim uiuit, condici poterit, at si decessisse proponatur, in ea condicione est, ut euanescat conditio propter stipulationem.] Dass die eingeklammerten Worte von einer Randbemerkung zum Texte herkommen, ist sicher. Der Paraphrast hat die Behauptung des Marc. zu erklären geglaubt. Er gibt indes nur eine nichtssagende und dazu inkorrekte Wiederholung. Die natürliche Einschränkung ‚sine mora‘, d.h. ohne Prästationsmora nach interpellatio bei Bestand der Sache, ist ausgelassen und deshalb ist die verbleibende Kondiktionsmöglichkeit auf die *Lebenszeit* des Sklaven eingeschränkt worden. Dass der Dieb infolge der untauglichen Stipulation die Freiheit habe, etwa den Sklaven selbst zu töten, ist eine absurde Annahme. Dann ist es auch unmöglich, dass er, wenn der Tod nach seiner nachfolgenden Prästationsmora eintritt, von der Kondiktion frei wird. Nur die Verantwortlichkeit auch beim Tode des Sklaven ohne mora bei interpellatio nach der untauglichen, doch als eine nicht akzeptierte Offerte dienenden Stipulation kann durch letztere aufgehoben werden. Eine nicht akzeptierte Offerte kann natürlich nur die Wirkung einer vorhergehenden mora, nicht die einer nachfolgenden vernichten. Dass aber Marcellus und mit ihm Ulp. wirklich, wie im Texte gesagt worden ist, die untaugliche Stipulation als eine nicht akzeptierte Offerte fungieren lassen, folgt daraus, dass Marcellus betreffs der untauglichen nachfolgenden Stipulation bei Stipulationsmora in derselben Weise argumentiert (Beil. 15, S. 242 ff.). Diese Bedeutung der untauglichen Stipulation, die doch als Solution gutgeheissen wird, wird nun auch von Marcellus direkt für den Diebstahl in einem analogen Falle hervorgehoben. Nachdem er D.46,3,72,1 u. 2 die Frage abgehandelt hat, welche Wirkung die nach Stipulationsmora erfolgende konditionale Stipulierung eines Sklaven hat, wenn die Bedingung erst nach dem Tode dieses existent wird, und dabei auseinandergesetzt hat, dass sie nicht noviert, aber als eine nicht angenommene Offerte fungiert, sagt er in § 3: Idem responsum est, si quis, cum subreptus sibi seruus esset, sub condicione stipulatus fuerit: quidquid furem dare facere oportet. (Natürlich wird hier ebenso wie in §§ 1 u. 2 vorausgesetzt, dass die Bedingung erst nach dem Tode

Ein Vergleich mit juristischen Theorien über die Novationsmöglichkeit hinsichtlich der speziellen Obligation, die auf Grund der Culpa-Regel beim Untergang der *stipulierten* Sache entsteht, beleuchtet scharf den Wesensunterschied zwischen den beiden Fällen. Niemals wird in diesen unter sich verschiedenen Theorien in Frage gestellt, dass eine *andere* Stipulation als die, welche auf ‚dare‘ des ursprünglich stipulierten Dinges gerichtet ist, novieren könnte.¹ Weshalb? Die Antwort kann nur die sein, dass die der Culpa-Regel gemäss bestehende bleibende Obligation selbst eine Schuldigkeit zum ‚dare‘ des Dinges trotz seines Untergangs einschliesst, wobei sein Bestand rechtlich fingiert wird. Umgekehrt wird bei der *condictio ex causa furtiva*, nachdem eine gewisse Ansicht in der Sache allgemein angenommen worden ist, niemals bezweifelt, dass keine *andere* Stipulation als die, die ein ‚quidquid ex causa furtiva dare facere oportet‘ od. dgl. enthält, novieren könnte. Weshalb? Die Antwort muss sein, dass das in der Kondiktion intendierte ‚rem dare oportet‘ eine Restitution in abstracto, nicht Eigentumsübertragung des gestohlenen Dinges bedeutet. Deshalb ist es mit diesem ‚quidquid etc.‘ sachlich identisch. Wenn aber in der Stipulation, die novieren soll, der Ausdruck der Kondiktionsformula wirklich angewandt würde, erhielte das ‚rem dare‘ den Sinn einer Eigentumsübertragung.² Dann ist klar, dass die

des Sklaven eintritt. Sonst läge ja keine entsprechende Situation vor.) Nam et fur conditione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit. Wie in diesem Falle die Stipulation als eine Offerte ohne Akzeptierung fungieren kann, ist im Texte erörtert worden.

¹ Siehe Beil. 15.

² FRANCISCI BOSSOWSKI hat in einer Abhandlung „de conditione ex causa furtiva“ in Ann. del Sem. giur. XIII (1929) p. 342 ff. nachzuweisen versucht, dass *condictio ex causa furtiva*, wenn die gestohlene Sache das Eigentum des Bestohlenen bleibt, nach der *klassischen* Jurisprudenz nicht möglich sei. Da in der *condictio dare oportere* intendiert werde, das dare aber Eigentumsübertragung bedeute, sei *condictio eigener Sache* unmöglich. Erst im römisch-byzantinischen Rechte, in welchem die alten Aktionsformeln keine Bedeutung mehr hatten, sei sie möglich gewesen. Es genügt für die Widerlegung dieser Theorie, folgende drei Umstände hervorzuheben.

1. Gaius bestimmt zuerst I. 4,2 u. 3 den Unterschied zwischen den zwei *genera actionum*: *actio in personam* und *actio in rem*. In ersterer intendieren

wi: dare facere praestare oportere, in letzterer rem nostram esse oder ius aliquod (scil. hinsichtlich einer Sache, die nicht selbst uns gehört) nobis competere oder dass ein entsprechendes Recht an unserer Sache dem Gegner nicht gehöre. In § 4 fährt er fort: Sic itaque discretis actionibus (da daher die Aktionen nach genera so zu unterscheiden sind) certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: *si paret eum dare oportere*; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod <ita datur>, ut nostrum fiat. nec res <quae nostra iam est> nostra amplius fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: *si paret eos dare oportere*, quamuis sit etiam aduersus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus. § 5: Appellantur autem in rem actiones *uindicationes*, in personam uero actiones, quibus dare [fieriue] oportere intendimus, *condictiones*. (Da vorher in § 2 die aktive Form *dare facere praestare oportere*, ebenso wie in § 4 an zwei Stellen, da auch in § 5 nach dem Veronesermanuscr. *dare*, nicht *dari*, gesagt wird, und da nach Gaius 4,18,19 u. 33 in einer *condictio certam pecuniam* oder *certam rem dare* intendiert wird — letzteres vom Verf. bemerkt —, hat er sicher recht in der Annahme, dass „fieriue“ ein späterer Zusatz ist.) Die Behauptung aber, dass in § 4 mit den Worten: *quamuis sit etiam aduersus eos (fures) haec actio, qua rem nostram esse petimus* die actio ad exhibendum gemeint wird, die, wenn die gestohlene Sache untergegangen ist, gegen den Dieb möglich sein soll (siehe z. B. 343—344 und 386) ist offenbar falsch. Erstens wird ja in § 3 gesagt, dass eine actio in rem vorliegt, wenn wir *rem intendimus nostram esse*. In rem actio est, *cum . . .* Der Ausdruck: *rem nostram esse petimus* in § 4 bedeutet natürlich dasselbe. Der Satz des Verf.s S. 386: „Notandum igitur est *non solum uindicatione, sed etiam ad exhibendum actione actorem intendere rem suam esse*“ widerstreitet absolut Gaius § 3 mit 5 vergl. Dass eine actio in rem eine actio ad exhib. sein konnte, will ja auch nicht der Verf. verfechten. Die Anwendung von Gaius 4,51 als Stütze für den angeführten Satz beruht auf einem Missverständnis: uel incerta est et infinita (condemnatio), uelut si rem aliquam a *possidente* nostram esse petamus, id est si in rem agamus, uel ad exhibendum. Man kann unmöglich a *possidente* ‚rem nostram esse‘ petere, wenn man ad exhib. gegen jemanden agiert, der dolo malo zu possidieren aufgehört hat — am allerwenigsten, wenn dies so geschehen ist, dass er die Sache selbst zerstört hat. D.h. die actio ad exhib. kann *als solche* nicht ein rem a possidente petere exemplifizieren. (Ein Komma ist nach „id est si in rem agamus“, was eine Parenthese zum Satze: si rem . . . nostram esse petamus ist, einzusetzen, und nach „ad exhibendum“ ist ein neues „agamus“ hinzuzudenken, welches ausgelassen worden ist, weil unmittelbar vorher „agamus“ gelesen wird.) Zweitens kann Gaius in § 4 unter den Worten: *quamuis . . . eine actio ad exhib. im Falle res furtiua extincta nicht verstehen*, weil eine solche actio nur dann in diesem Falle anwendbar ist, *wenn der Untergang auf dem Diebe selbst beruht*. Gaius denkt an den Primärfall: die gestohlene Sache existiert noch. Dass auch eine res furtiua extincta kondiziert werden kann,

ist nur eine Folge der primären Kondiktionsmöglichkeit. Durch diese ist der Dieb *in mora*, so lange die Sache existiert. *Deshalb* ist er beim Untergang verantwortlich. Siehe auch § 8: . . . nam ipsius rei et uindicatio et conductio competit. — Gaius will 4,3 u. 4 hervorheben, dass eine Ausnahme von der allgemeinen Bedeutung des „dare“ in den Aktionsformeln bei der *conductio* gegen Diebe vorliege. Die *conductio* eigener Sache trotz der bei einer *conductio* immer notwendigen *intentio rem* (*certam pecuniam*) *dare* sei von *odium furum* veranlasst.

2. Der Verf., der anerkennt, dass Ulp. an vielen Stellen in überlieferten Texten *conductio* der beim Diebe befindlichen Sache für möglich erklärt, obgleich dann Interpolationen vorliegen sollen, kann (S. 353—354) als Stütze für die Annahme, dass Ulp. in Wirklichkeit eine andere Ansicht gehabt hat, nur *diese* drei Stellen anziehen: D.12,1,11,2; 13,7,22,2; 12,6,53. Von diesen Stellen handeln die erste und die dritte gar nicht von *conductio* gegen einen Dieb, obgleich der Fall vorausgesetzt wird, dass ein Sklave seinen *dominus* bestohlen hat. In der zweiten Stelle heisst es: . . . *quamuis ipse* (*praedo*) *fructus suos non faciet* (*a praedone enim* — beachte — *fructus et uindicari extantes possunt et consumpti condici*) . . . Durch diesen Satz soll expliziert werden, dass der *praedo* den Ertrag der Sache nicht erwirbt. Es wäre dann sinnlos, in diesem Zusammenhang davon zu sprechen, dass der Bestohlene auch den existierenden Ertrag kondizieren kann. Natürlich kann auch gegen einen Eigentümer *conductio* angestrengt werden, z.B. bei *indebitum solutum*. Da aber die Kondiktion des konsumierten Ertrags den Eigentumsverlust des *Bestohlenen* ersetzt, liegt natürlich ein Grund vor, hier *diese* Kondiktion zu erwähnen. Also sind alle diese Stellen als Stütze für die Behauptung des Verf.s untauglich. Seine Interpolationstheorie ist dann eine *petitio principii*.

3. Der Verf. sagt S. 353: „*Quae regula iuris ab Ulpiano D.12,1 fr. 11 § 2 exposita* (siehe oben) *naturae conditionis conueniens est, nam conditione actor intendit rem sibi dari oportere* (Gai IV,8,20, III,91) *hoc est ita dari, ut actoris fiat, nemini autem res sua dari potest igitur res furtiua demum amissa(o?) ab eo, cui furtum factum est, rei dominio, furi condici potest.*“ Diese Worte schliessen einen Widerspruch ein. Denn wenn „*rem dare*“ in der Formel für *conductio ex causa furtiua* wirklich Eigentumsübertragung der Sache bedeutete, *könnte* solche *conductio* nicht vorkommen, wenn der Bestohlene auf die Weise sein *dominium* verloren hat, dass die Sache nicht weiter existiert. Dann kann *sie* ja nicht geleistet werden. Nur ihr *Wert* kann geleistet werden. Also kann *rem dare* bei *conductio* von der *res furtiua extincta* *nicht* Eigentumsübertragung der Sache bedeuten. Dem ist hinzuzufügen, dass die Verbindlichkeit, den Wert einer Sache zu leisten, an sich betrachtet, nur durch eine *actio incerti* geltend gemacht werden kann, in welcher *quidquid eum dare facere oportet* intendiert wird (Gaius 4,51,131 u. 137). Da nun in unserm Falle dennoch *rem dare* oportet intendiert wird, und da in diesem Falle nie von einer juristischen Fiktion gesprochen wird, *kann* *rem dare* hier nur eine vom Werte der Sache bestimmte

Möglichkeit *res extinctae* bei Diebstahl zu kondizieren, nicht auf einer Übertragung der *Culpa*-Regel beruhen kann. Deshalb wird auch sehr bezeichnenderweise niemals gesagt, dass bei der Kondizierung einer *res extincta ex causa furtiva* die *res* als noch existierend zu fingieren ist, obgleich, äusserlich gesehen, eine solche Ausdrucksweise gerade hier angemessen zu sein scheint.¹

§ 8.

Über den geschichtlichen Grund der Wortgebundenheit der echt römischen, bloss für römische Bürger möglichen Stipulationsobligation durch sponsio als in letzter Linie auf der ursprünglichen religiösen Kraft der Sponsion ruhend.

Bei der vorliegenden Untersuchung muss zuerst die Bedeutung der solennen Worte festgestellt werden, welche für die Gültigkeit der fraglichen Stipulation nötig sind: *spondes? spondeo*. Es ist gerade die Notwendigkeit, solche Worte anzuwenden, die der Behauptung zugrunde liegt, dass die zugehörige Obligation *uerbis*, nicht *re* oder *consensu contrahitur*. Hierbei ist zu beachten, dass, wenn sonst die *uoluntas*, um die es sich bei Konsensualkontrakten und Kontrakten *re* — im letzteren Falle in Verbindung mit der Übergabe eines Dinges an den Mitkontrahenten — handelt, als das ausschliesslich oder neben anderm Konstitutive bezeichnet und damit negativ gesagt wird, dass *uerba solennia oder civilia*

Restitution ausdrücken. Dann liegt natürlich kein Hindernis vor, dass durch *rem dare* beim Bestande der gestohlenen Sache Restitution bezeichnet wird — zunächst durch Übertragung des Besitzes. Wenn der *dominus* schon den Besitz erworben hat, verschwindet die *condictio* (Ulp. D. 13, 1, 10 pr.). Die Situation wird besonders dadurch beleuchtet, dass Novation beim Bestande der Sache, wie vorher nachgewiesen worden ist, nicht durch Stipulierung der Sache selbst, sondern *nur* durch eine Stipulation: *quidquid ex causa furtiva dare facere oportet* geschehen kann, *weil* bei Stipulationen das *rem dare* Eigentumsübertragung bedeutet. Offenbar ist *rem dare ex causa furtiva* beim Bestande der Sache als ein *facere* zu betrachten. Die Übertragung des Besitzes ist als solche ein *facere* (Ulp. D. 45, 1, 75, 7).

¹ Siehe Beil. 16.

nicht die Rechtswirkung erzeugen, letztere keineswegs unabhängig von Formalitäten eintreten muss. Im testamentum militis, im fideicommissum, in der manumissio inter amicos sind Formalitäten nötig, und doch soll der relevante Tatbestand wesentlich in der uoluntas liegen.¹ Es ist daher nicht die Notwendigkeit gewisser Formalitäten *als solcher*, welche bewirkt, dass der Akt in Worten oder formbestimmten Handlungen seine rechtliche Kraft hat. Wenn hinsichtlich der Sponsion gesagt wird, dass sie ihre Kraft durch uerba im Gegensatz zum *consensus* oder der *uoluntas* erhält, muss dies dann so ausgelegt werden, dass die Formalität hier die *besondere* Bedeutung hat, nicht nur eine Bedingung für die Gültigkeit des Aktes, sondern auch die *schöpferische* Kraft selbst zu sein.

Über das zur echtrömischen, nur für römische Bürger möglichen Stipulation gehörende Wort *spondere* sagt Gaius I.3,93: at illa uerborum obligatio *dari spondes? spondeo* adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamuis dicatur a graeca uoce figurata esse. D.h. *spondere* ist, soweit die Anwendung des Wortes in einer Stipulation rechtliche Kraft hat, mit der Qualität ‚römischer Bürger‘ so verbunden, dass die Übersetzung in die griechische Sprache nicht möglich ist. Eine solche nimmt dem Worte jede rechtliche Kraft in einer Stipulation, weil diese Kraft mit der erwähnten Qualität zusammengehört, oder weil diese Stipulation ihrem Wesen nach echtrömisch ist. Und doch soll das Wort aus einem griechischen Worte gebildet sein. Das gemeinte griechische Wort ist *σπένδειν* = eine Libation machen.² Der erwähnte Zusammenhang ist auch unzweifelhaft vorhanden.³ Es ist nun zu

¹ Siehe oben S. 20 f. und 32 ff.

² Festus p. 329 M. sagt: *Spondere* Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est uoluntate promittatur (vgl. Varro l.l. 6 § 69 ff.), deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex graeco dictam ait, quod ii *σπονδάς* interpositis rebus diuinis faciunt.

³ Siehe z.B. v. *spondeo* WALDE, Lat. Et. Wörterbuch, TUCKER, Lat. Et. Dict., ZIMMERMANN, Et. Wörterbuch, A. ERNOUT et MEILLET. Hier heisst es u.a.: „Le rite de la libation est indiqué par gr. *σπένδω*. Ceci indique évidemment le sens indoeuropéen“. Im Hittitischen bedeute ‚s'ipanti‘ ‚il verse une libation‘. L.

untersuchen, wie aus der ursprünglich religiösen Bedeutung des Wortes *spondeo* der spezifisch römische juristische Sinn hat entwickelt werden können, der Sinn, den das Wort in Stipulationen hat und der profan ist.

Zunächst kann konstatiert werden, dass das Wort *auch* in seiner ursprünglichen religiösen Bedeutung angewandt wurde und dann, ohne einen Akt zu bezeichnen, der nur für einen römischen Bürger möglich ist. Es hat nämlich auch die Bedeutung: *Einem etwas unter Hinweis auf ein Opfer versprechen*. Durch den heiligen Akt erhält das Versprechen den Charakter eines eidlichen *Versprechens*, dessen Nichterfüllung immer die Person befleckt — sie dem Götterzorn weiht. Die von KNIEP¹ erwähnte Tatsache, dass das Wort *conspondise* in *sen. cons. de Bach. 13,14* mit vier anderen Wörtern mit sakraler Bedeutung zusammengestellt wird, ist ein *allgemeiner* Beweis dafür, dass *spondere* sakrale Bedeutung noch im Anfang des zweiten Jahrhunderts vor Chr. haben konnte. Hier wird indes nachgewiesen werden, dass besonders auf *drei* Gebieten die religiöse Bedeutung den Charakter der an Spondierung angeknüpften Institute bestimmt. Diese drei Gebiete sind *das Völkerrecht, das Verlobungsrecht* und *das ältere Bürgerschaftsrecht*. Vorher ist indes das für die Römer so bedeutsame sakrale Prinzip zu beachten: in *sacris simulata pro ueris accipiuntur*. Wenn *spondere* ursprünglich

WENGER weist allerdings *Sav. Z. 30* (1909) S. 411 auf eine Äußerung MERINGERS hin, nach welcher die ursprüngliche Bedeutung von *σπένθειν* ‚zusichern‘ sei; nur weil dazu die Götter durch ein Trankopfer herbeigezogen wurden, habe das Wort den Sinn ‚ein Trankopfer ausgiessen‘ angenommen. Aber auch wenn dies der Fall sein sollte, wird ja damit gesagt, dass zu dem ‚Zusichern‘, das *σπένθειν* ist, eine Libation gehörte. Dann stand also das Wort von Anfang an mit Trankopfer in Verbindung! Was das römische *spondere* betrifft, ist sicher, dass *dieses* Wort niemals im Sinne ‚ein Trankopfer ausgiessen‘ oder im Sinne einer anderen heiligen Handlung *in abstracto* angewandt wird. Immer ist hierbei wirklich ein ‚Zusichern‘ gemeint, was auf die Richtigkeit der erwähnten Annahme hindeuten könnte. Da aber das *σπένθειν*, mit welchem Worte das *spondere* in Zusammenhang steht, nach derselben Theorie ein ‚Zusichern‘ bedeutet, das mit einem Trankopfer in Verbindung steht, muss auch, wenn man diese Worterklärung für richtig hält, die primäre sakrale Bedeutung des *spondere* anerkannt werden.

¹ Gaius 3,2, S. 89 f.

ein wirklicher gemeinsamer Opferakt unter Aussprechen eines Versprechens war, kann sich der Brauch, die Gegenpartei zu fragen, ob sie etwas spondiert (*spondesne?*), was sie bejahend beantwortet (*spondeo*), nur durch eine Anwendung dieses Prinzips entwickelt haben. Die blosser Erklärung nach besonderer Frage, dass sie spondiert, gilt in derselben Weise, als ob *wirklich* eine Zusicherung bei einem gemeinsamen Opferakte erfolgt wäre.

1. Bei Livius 9,5 ff. findet man eine wegen der allgemein anerkannten Vertrautheit dieses Geschichtsschreibers mit religiösen Zeremonien besonders wichtige Darstellung des Sinnes der Sponsion bei völkerrechtlichen Vereinbarungen. Er berichtet nämlich ausführlich über den Vertrag zwischen Samniten und Römern, als letztere in der kaudinischen Enge eingeschlossen worden waren (a. 433/321). Dieser habe nicht den Charakter eines *foedus* im eigentlichen Sinne, sondern den einer *sponsio* gehabt, obgleich ersteres allgemein angenommen werde. Als Beweis wird angeführt, dass, wenn ein wirkliches *foedus* vorgelegen hätte, das Vorhandensein von *sponsores* und *obsides* überflüssig gewesen wäre.¹ Das ganze Volk selbst werde nämlich bei einem *foedus* durch eine Eidesprekation gebunden, dass Iupiter das Volk, das die Übereinkunft breche, vernichten möge, so wie das Schwein (scil. einer gewissen Zeremonie gemäss) von dem Fetialen getötet werde. Sogar die Namen der Personen, die bei jener Gelegenheit als *sponsores* fungiert hätten, seien überliefert. Wäre ein wirkliches *foedus* vorhanden gewesen, würden nur die Namen der zwei Fetialen bewahrt worden sein. Dabei wird nun von den *sponsores* gesagt, dass sie etwas *spondiert* haben: *sponponderunt*². Sie hätten also etwas versprochen. Was? Dies wird so bezeichnet: *foedus ictum iri*³. Die *sponsores* aber hätten nach der von den Römern verfochtenen Anschauung das römische Volk selbst nicht religiös binden können, weil sie *iniussu populi* gehandelt hätten. In dieser Hinsicht hätten indes die Samniten eine andere Anschauung gel-

¹ c. 5,4 u. 5.

² § 4 vgl. c. 9,6: *si spondissemus* und c. 9,13: *ea demum sponsio esset, quam populi iussu spondissemus*.

³ c. 10,9.

tend gemacht. Sie hätten behauptet, dass, wenn die Anfangslage nicht wiederhergestellt werde, das römische Volk selbst gebunden sei.¹ Natürlich meinten die Samniten, dass die Anführer des römischen Heeres bei der Sponsion das römische Volk repräsentierten. *Ob* dies nach römischer staatsrechtlicher Theorie zu dieser Zeit wirklich der Fall war, auch wenn die Anführer *iniussu populi* handelten, braucht in diesem Zusammenhang nicht untersucht zu werden. Es ist auch nicht notwendig, zu entscheiden, ob nicht Livius gewisse Umstände, die mit dem späteren numantinischen Verträge zusammengehörten, rückwärts auf den kaudinischen übertragen hat.² Hier ist prinzipiell nur von Interesse, die religiöse Konsequenz der angeblichen römischen bzw. samnitischen Auffassung eines Friedensvertrages per sponsionem festzustellen. In dieser Hinsicht aber hat Livius, dessen Darstellung im fraglichen Stücke der Ciceros nicht widerstreitet, eine unzweifelhafte Autorität.³

Die Römer vertraten nun nach Livius den Standpunkt, dass das römische Volk nur die sponsores als religiöse Verbrecher ausliefern müsse, um sich selbst vom ‚scelus impium‘ (h.e. Götterzorn über die Tat) zu befreien und ein iustum piumque bellum beginnen zu können: Exsoluamus *religione* populum, si qua obligauimus, ne quid diuini humaniue obstat, quo minus iustum piumque de integro ineatur bellum, ruft der Konsul Sp. Postumius aus.⁴ Die Auslieferung geschah auch nach Livius (obgleich die Samniten den Empfang verweigerten). Dabei wurde die Formel angewandt: quandoque hisce homines iniussu populi Romani Quiritium foedus ictum iri sponponderunt atque ob eam rem noxam nocuerunt⁵, ob eam rem, quo populus Romanus *scelere impio* sit solutus, hosce homines uobis dedo.⁶ Die sponsores, meinen also die Römer, haben den Götterzorn dadurch über sich

¹ c. 11,3.

² Siehe Art. *foedus* von NEUMANN in Pauli-Wiss.

³ Siehe Beil. 17.

⁴ c. 8,6, vgl. c. 8,14 und c. 9,3.

⁵ Über die Bedeutung der noxa als eines religiösen Verbrechens siehe Röm. Obl. I S. 472 u. 561 sowie Beil. 14.

⁶ c. 10,9

kommen lassen, dass sie in der Form einer sponsio den Samniten etwas versprochen haben, worüber *sie* nicht verfügten, sondern nur das römische Volk selbst, das die Übereinkunft nicht gutheissen wollte. Von der *contagio noxae*, die infolge dieses Verbrechens das römische Volk traf, könne sich dieses durch Auslieferung der Schuldigen befreien. Es lag hier ganz dieselbe Situation vor, wie wenn z.B. einzelne Römer auf dem Gebiete eines anderen Volkes, mit welchem ein Friedensvertrag eingegangen worden war, einen Pflünderungszug unternommen hätten. Dann konnte sich das römische Volk durch *res reddere* und *noxae deditio* befreien.¹ Durch die Auslieferung der Schuldigen sollten die Samniten nach der römischen Anschauung verhindert sein, wegen des Verbrechens der *sponsio* ihrerseits einen den Göttern wohlgefälligen Krieg zu unternehmen. Dagegen seien nun die Römer ungehindert, wenn eine *inuria* der Samniten behauptet werden konnte, selbst einen solchen Krieg zu führen. Sie sollen auch durch einen hässlichen Kniff den Samniten eine solche *iniuria* in die Schuhe geschoben haben. Der ausgelieferte Konsul, der nun von den Römern für zu den Samniten gehörend erklärt wurde, soll den römischen Legaten gegen den Oberschenkel gestossen haben, worin ein Unrecht liegen sollte.² Ob die Erzählung in diesem Punkte wahr ist, kann natürlich nicht entschieden werden. Als ein Zeugnis für die völlig am Äusseren haftende religiöse Anschauung der Römer, hinsichtlich welcher Livius besonders sachkundig war, hat sie in jedem Falle ihre grosse Bedeutung. Dass die *sponsio* infolge Nichterfüllung des Versprechens mit einer religiösen Schuld

¹ Siehe hierüber Röm. Obl. I S. 53 A. Besonders beleuchtend für die römische, mutmasslich auch die allgemeine italische Anschauung ist in diesem Zusammenhang Zonaras 8,15,5, wo Regulus sagt: ἄν δὲ ἐπιорκήσω, πάντα ἢ πόλις ἀναπλησθήσεται. Regulus hatte sich eidlich verbunden, dass er sich selbst den Feinden ausliefern werde, falls er nach der ihm gestatteten Rückkehr aus Gefangenschaft nach Rom nicht für den Frieden arbeite. Da er nun im Gegenteil gegen den Frieden wirkte, fürchtete er, dass er durch Eidbruch das ganze Volk verunreinigen werde, weshalb er sein Versprechen hielt und sich freiwillig dem Feinde auslieferte.

² c. 10,10.

belastet wurden, war nun nach Livius auch die Meinung der Samniten, obgleich sie der Ansicht waren, dass das römische Volk selbst unmittelbar am Verbrechen teilhabe und sich deshalb nicht durch blosse Auslieferung der sponsores befreien könne. Deshalb wollten sie den Auslieferungsakt nicht als einen Befreiungsakt anerkennen. Der Führer der Samniten soll aus Anlass dieses Aktes gesagt haben: *nec moror, quo minus in ciuitatem obligatam sponsione commissa iratis omnibus dis, quorum eluditur numen, redeant.*¹ Die Samniten meinten also, dass ihre Fortsetzung des Krieges, wenn eine solche ihnen aufgezwungen würde, unter allen Umständen unter dem Schutze auch der römischen Götter stehe. Sie verfochten dabei dieselbe Ansicht, die Gaius I.3,94 wenigstens für seine Zeit für gültig erklärte: *si quid aduersus pactionem (d.h. die sponsio pacis der imperatores) fiat, non ex stipulatu agitur, sed iure belli (h. e. durch iustum piumque bellum) res uindicatur.*

Es ist besonders bemerkenswert, dass die Personen, die foedus ictum iri sponponderant, von Livius als *sponsores* bezeichnet werden. Vgl. Florus 2,2, wo derselbe Tib. Grachus, der nach Val. Antias (Gell. 6,9,12) beim Numantinischen Vertrage ‚*pacem speponderat*‘, als *sponsor foederis* bezeichnet wird. ‚Sponsor‘ bedeutet in der zivilrechtlichen Sprache einen Bürgen, der sich durch Spondierung gebunden hat. Der Gedanke an einen solchen macht sich nun auch bei Livius geltend. Auf diesen Gedanken weist der Ausdruck hin, dass die sponsores ihre eigenen Körper engagiert hätten, so dass, wenn kein Friedensvertrag zustande kam, diese ausgeliefert werden mussten.² Noch deutlicher tritt derselbe Gedanke hervor, wenn Livius den römischen Konsul sagen lässt: *Samnitibus sponsores nos sumus rei satis locupletes in id quod nostrum est, in id quod praestare possumus, corpora nostra et animos.*³ Indes liegt in Wirklichkeit eine *Umschreibung* der wirklichen *Rechtslage* mit solchen an Bürgerschaft erinnernden Ausdrücken vor. Die sponsores waren *faktisch* in dieselbe Lage ge-

¹ c. 11,10.

² c. 8,5.

³ c. 9,18.

kommen, *als wenn* sie sich durch enge Bürgschaftssponsio gebunden hätten, in welcher sie das Ausliefern der eigenen Körper versprochen hätten, falls das primäre Friedensversprechen nicht realisiert werde. Dass sie dies jedoch nicht spondiert hatten, geht ja daraus hervor, dass die Auslieferung ausschliesslich deshalb geschah, weil der *Staat* nur dadurch sich selbst von *Schuld* befreien konnte, keineswegs, damit ein Versprechen der *sponsores* erfüllt werde. Nun könnte eingewandt werden, dass es sich nicht um ein Bürgschaftsversprechen analog zivilrechtlicher Bürgschaft handelte, sondern um eine Selbstverpfändung in dem Sinne, dass, wenn das römische Volk faktisch nicht den Friedensvertrag schliesse, das Pfand verfallen sollte. Wie aber eine solche Verpfändung, bei der die Stellung der *sponsores* der der *obsides* analog gewesen wäre, eine andere Wirkung gehabt haben könnte als die, dass die Pfänder, wenn nicht Friede geschlossen wurde, gefordert wurden, wie sie als ein Verbrechen hätte betrachtet werden können, von dessen *contagio* sich das römische Volk durch *deditio noxae* befreien konnte, ist völlig unverständlich.

2. Auch im Verhältnis zwischen einzelnen Personen hat Spondierung eine religiöse Bedeutung gehabt und dabei ebenfalls nicht in Zusammenhang mit der Eigenschaft ‚römischer Bürger‘ gestanden. Die sog. *sponsalia* (die Verlobung) hatten ihre Grundlage in einer gegenseitigen Spondierung, in welcher der rechtliche Vertreter der Braut sie dem Bräutigam und dieser allein oder zusammen mit seinem rechtlichen Vertreter umgekehrt die Heirat verspricht. Hierbei ist besonders bedeutsam, dass der Versprechende als *sponsor* oder *desponsor* bezeichnet wird, ganz wie bei völkerrechtlichen Spondierungen. Weil die Parteien einander dasselbe versprechen, werden sie als *consponsi* bezeichnet. Der Versprechensakt selbst ist *sponsus* (Gen. -us). Der Bräutigam wird als *sponsus* (Gen. -i), die Braut als *sponsa* bezeichnet. Wenn aber der Bräutigam als *sponsus* bezeichnet wird, ist allerdings *sponsus* part. perf. von *spondere*. Die Gebundenheit durch Spondierung, die damit ausgedrückt wird, ist aber durch das eigene Versprechen der Person bedingt. Der *sponsus* ist also als solcher hier auch selbst *sponsor*. Auch wenn sein rechtlicher Vertreter spondiert, muss

doch er selbst gleichfalls spondieren. Im Zivilrechte aber hat zu älteren Zeiten die Spondierung eines *fil. fam.* nicht die Kraft, eine zivile Kontraktobligatio zu begründen.¹ Dann kann auch die Spondierung des Vaters, die hinsichtlich ihrer Kraft durch die des Sohnes bedingt war, keine Kontraktobligatio begründet haben. Auch wenn der Bräutigam *sui iuris* war, muss unter solchen Umständen dasselbe gegolten haben. Es bleibt also nur die Möglichkeit, dass es sich um eine obligatio auf Grund des Deliktes handelte, das in der Nichterfüllung des Versprechens bestand, sei es, dass diese Obligation den Vater des Bräutigams als Gewalthaber traf, sei es, dass sie den Bräutigam als *sui iuris* direkt belastete. Es ist nun auch notwendig anzunehmen, dass eine *religiöse* Obligation vorhanden war, deren Nichterfüllung für ein Delikt gehalten wurde. Dass die Spondierung, die nicht als Kontrakt zivilrechtlich obligierte, doch als religiös bindend betrachtet wurde, geht besonders aus der völkerrechtlichen Spondierung hervor. Der religiöse Charakter der sponsalia wird auch direkt bezeugt. Während aber der Bräutigam als *sponsus* selbst immer *sponsor* sein muss, bezieht sich die Bezeichnung der Braut als *sponsa* oder *desponsa* darauf, dass sie von ihrem rechtlichen Vertreter spondiert worden ist. *Consponsi* als Bezeichnung für die gegenseitig durch Spondierung gebundenen Parteien bedeutet dasselbe wie *consponsores*.

¹ Zur klassischen Zeit scheint sich allerdings auch der *fil. fam.* civiliter ex contractu obligieren zu können. Siehe z.B. Gaius D.44,7,39 und 45,1,141,2; Pomp. D.19,1,6,7; Iau. D.23,3,57. Ob indes diese Stellen, die besonders als Beweis angezogen zu werden pflegen, nicht vielleicht korrumpiert oder ob sie an sich beweiskräftig sind, brauchen wir hier nicht zu untersuchen. (Das würde u. a. eine eingehende Untersuchung des *sen. cons. Macedonianum* voraussetzen.) Es besteht die Möglichkeit, dass die ursprüngliche naturalis obligatio des *fil. fam.* beim Tode des Vaters oder bei Emanzipation in eine civilis obligatio überging. Dass etwas Derartiges zu der Zeit, in welcher sich das Sponsalieninstitut ausbildete, möglich war, kann jedenfalls nicht angenommen werden, wenn man bedenkt, dass in dem von den XII Tafeln geregelten Noxalinstitut den *filius familias* als Person für sich keine Obligation auf Grund eines Deliktes traf, sondern er in dieser Hinsicht ganz wie ein Sklave behandelt wurde (Gaius I.4,75 und Paulus Sent. 2,31,77 ff.). Noch weniger konnte der Familiensohn den Vater ex contractu civiliter binden.

Es ist ferner zu beachten, dass die fragliche Spondierung niemals einer *civilis actio*, auch nicht *ex delicto*, zugrunde gelegen hat. Dagegen war bei Verlobung zwischen römischen und lateinischen Bürgern — die Sponsaliensitte gehörte als solche zum älteren, Rom in sich einschliessenden *Latium* — ehe die Latiner römisches Bürgerrecht erwarben und also aufhörten, Fremde zu sein, ein *rekuoperatorisches* *iudicium* möglich, das unter der magistratischen Macht stand. In diesem wurde die Partei, die ohne *iusta causa* die Heirat verweigerte, zu Schadenersatz verurteilt. Dieses *iudicium* war ein auf völkerrechtlicher Vereinbarung beruhender Ersatz für die Restitution, die sonst bei Verletzungen von einer gewissen *ciuitas* angehörenden Personen durch Personen einer anderen *ciuitas*, die unmittelbar die einzelnen Verbrecher, mittelbar ihre ganze *civitas* religiös befleckten, zur Vermeidung eines *iustum piumque bellum* seitens der Gegenpartei notwendig war. Hier liegt also eine Parallele zu der Notwendigkeit der vorher dargestellten *noxae deditio* vor, wenn in einem Kriege der Friede von einzelnen Personen *per sponsionem* versprochen worden war, dieses heilige Versprechen aber infolge der Weigerung des Volkes nicht erfüllt werden konnte. Es ist indes klar, dass das erwähnte rekuoperatorische *iudicium* seiner Natur nach nicht gegen religiöse Verbrecher anwendbar war, die derselben *civitas* angehörten wie die verletzten Personen. Deshalb konnte, wenn die spondierenden Parteien römische Bürger waren, nur ein *zensorisches* *iudicium* in Frage kommen, in welchem entschieden wurde, ob der Bruch der Verlobung als mit dem *aequum et bonum* übereinstimmend angesehen werden konnte oder nicht.¹

Dass nun die in den *sponsalia* spondierenden Personen als *sponsores* und der Despondierende als *desponsor* bezeichnet werden, dass *consponsi* als *consponsores* bestimmt werden, dass bei Livius die den Frieden Spondierenden *sponsores* benannt werden, obgleich es sich in keinem dieser Fälle um einen Bürger im zivilrechtlichen Sinne handeln kann, hat die grösste Bedeutung für die Erklärung des geschichtlichen Ursprunges des zivilen Bürg-

¹ Beil. 18.

schaftsrechtes, in welchem *sponsor* als solcher einen Bürgen bedeutet.¹

3. Die durch *spondere* entstehende Bürgschaft im zivilrechtlichen Sinne zeigt gewisse Eigentümlichkeiten. Allerdings ist klar, dass der *Sponsor*-Bürge sich in *einer* Weise *für* den Hauptschuldner obligiert. Er *spondiert* nämlich „*pro eo*“.² Das Bemerkenswerte hierbei aber liegt darin, dass dies in dem formellen Akte selbst, durch den die Bürgschaft konstituiert wird, gar nicht hervortritt. Der Akt erfolgt so, dass der *sponsor* gefragt wird: „*idem dari spondes?*“, wobei ein vorhergegangener Versprechensakt vorausgesetzt wird.³ Damit wird nur *die* Gemeinschaft mit dem Hauptschuldner erzeugt, dass der *sponsor* zur selben Sache wie dieser obligiert wird. Dies schliesst ein, dass *einerseits* die Erfüllung bzw. die *l.c.* des einen die Obligation des anderen aufhebt, *andererseits* die Obligation des Bürgen auf die Weise sekundär ist, dass sie ihrer Natur nach die des Hauptschuldners, durch die sie inhaltlich bestimmt wird, voraussetzt.⁴ Die Bedeutung des Umstandes, dass der *sponsor* eine eigene Prästation verspricht, obgleich ihr Inhalt durch den der Hauptobligation bestimmt wird, wächst, wenn man beachtet, dass ein *sponsor*, der dem Gläubiger *so* leistet, dass die *Solution* formell als eine Einlösung der Obligation des Hauptschuldners gelten soll, prinzipiell keinen *Regress*

¹ Schon deshalb entfällt der Grund für die Behauptung von MITTEIS, dass *spondere* eigentlich in eine Geiselstellung eintreten bedeutet habe. Siehe z. B. PrR. I, S. 270 f. und SOHM-MITTEIS-Wenger Inst.¹⁷ S. 62—63. Er beruft sich nämlich darauf, dass als *sponsor* nur das Subjekt *des* *spondere*, das eine Bürgschaftsleistung einschliesst, bezeichnet wurde, was *nachweislich* falsch ist.

² Gaius sagt I,3,115 unmittelbar *vor* der Darstellung der Bürgschaft durch *Spondierung*: *Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari.*

³ Gaius I,3,116.

⁴ Der Unterschied zwischen der Bürgschaftsobligation durch *sponsio* und der Obligation der *duo rei promittendi* besteht nur darin, dass im letzteren Falle kein anderes Abhängigkeitsverhältnis vorhanden ist als das, dass die Einlösung durch den einen bzw. die *l.c.* mit dem einen den anderen befreit, während dagegen im ersteren Falle auch eine einseitige Abhängigkeit vorliegt, insofern die Obligation des Hauptschuldners durch *stipulation* schon erzeugt sein muss und die Bürgschaftsobligation nur durch Hinweis auf ihren Inhalt *bestimmt* wird.

durch *actio mandati contraria* hat. Der *sponsor* würde dann nicht seine eigene Obligation einlösen, obgleich er sich selbst natürlich auch so befreit. Was er auf Grund des Auftrages übernommen hat, ist nämlich nicht Solvierung der Obligation des Hauptschuldners, sondern die eigene Obligierung zur selben Sache. Nur wenn er diese Obligation zu *eigener* Leistung formell einlöst, ist deshalb seine Prästation eine Folge des Auftrages. Ausnahmsweise können jedoch die Umstände derart sein, dass er sich selbst nur durch formelle Solvierung für den Hauptschuldner befreien *kann*. Dann darf eigentlich kein Regress stattfinden, wenngleich Tryphoninus den Regress behauptet, aber nur aus dem Grunde, weil man nicht nur die formale Art der Einlösung berücksichtigen müsse, sondern auch ihren realen Grund, der auch dann die Bürgschaftssponion ist.¹ Natürlich wird im allgemeinen vorausgesetzt, dass der solvierende *sponsor* formell seine eigene Obligation einlöst. Nur wenn dies nach Lage der Umstände nicht vorausgesetzt werden *kann*, gewinnt deshalb die Frage nach der Möglichkeit eines Regresses praktische Bedeutung.²

Indes deuten verschiedene Indizien darauf hin, dass die Bürgschaftssponion mit zivilrechtlicher Kraft nicht ebenso alt ist wie die zivile ordinäre Sponion, welche letztere auf Grund des neuen Gaiusfragmentes wenigstens bis in die Zeit der XII Tafeln zurückdatiert werden kann. Ehe die zivile Bürgschaftssponion ent-

¹ Siehe Tryph. D.46,1,69 und den Kommentar zu dieser Stelle Röm. Obl. I, S. 122.

² Deshalb kann Gaius I.3,127 sagen: In eo quoque par omnium (scil. Bürgen) causa est, quod si quid pro reo soluerint, eius recipiendi causa habent cum eo mandati iudicium. Indes darf hier ‚pro reo‘ nicht als *im Namen des Hauptschuldners* aufgefasst werden. Denn dann würde der Bürge nicht seine eigene Obligation einlösen, und deshalb würde keine Folge des Auftrages vorliegen. ‚Pro reo‘ kann hier nur die Bedeutung haben, dass die Einlösung wegen des Hauptschuldners erfolgt, dessen Auftrag er durch die eigene Obligierung ausgeführt hat. Dagegen hat bei Tryph. a. a. O. die Entgegensetzung: *pro Titio contra pro se solvere* den Sinn: *im Namen des Titius contra in eigenem Namen solvieren*. D. h. *pro Titio* gehört hier *formell* zur Solution selbst, so dass diese als eigene Leistung des Titius hervortritt, nicht als Einlösung einer eigenen Obligation, die man wegen des Titius eingegangen ist.

stand und nach der Zeit der XII Tafeln gab es eine Bürgschafts-sponsion, die allerdings in die zivile überging, nicht aber den Charakter dieser gehabt haben kann. Diese Sponsion wird in der *lex Publilia* vorausgesetzt, deren hohes Alter allgemein anerkannt ist, obgleich sie *nach* dem Gesetze der XII Tafeln gegeben worden sein muss. Gaius sagt I.4,22: Postea (nach dem Gesetze der XII Tafeln) quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniunctionem in quosdam dederunt, sicut lex Publilia in eum, *pro quo* sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam *pro eo* depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam. Da dieselbe Ausdrucksweise betreffs desselben Gesetzes in § 25 ebenso wie in der Erwähnung des Gesetzes bei Plautus und Cicero wiederkehrt, kann man davon ausgehen, dass der Ausdruck des *Gesetzes* selbst vorliegt. Wenn dies aber der Fall ist, kann *pro alio* dependere nicht den übertragenen Sinn haben, den derartige Worte zur Zeit der klassischen Jurisprudenz besitzen, wenn sie in Bürgschaftsfragen angewandt werden. *Dort* bedeuten sie nämlich: eine *wegen* der Verpflichtung einer anderen Person übernommene eigene Verpflichtung zur selben Leistung einlösen. Hier müssen sie im juristisch-technischen Sinne aufgefasst werden. D. h. sie bedeuten: *im Namen* einer anderen Person *deren* Verpflichtung durch Bezahlung einlösen. Indes muss nun nach dem Gesetz eine solche Bezahlung, um die fragliche legis actio zu geben, auf Grund einer Spondierung erfolgt sein. Es ist ja nur der bezahlende *sponsor*, der dieselbe gegen den Schuldner anwenden kann. Welchen Charakter kann diese vorausgesetzte Spondierung gehabt haben? Sie kann nicht ein Versprechen mit demselben *Inhalt* gewesen sein wie der, welcher zur Verpflichtung des Hauptschuldners gehört. Denn *dann* würde es zum officium des sponsor als solchen gehört haben, im eigenen Namen *pro se*, zu prästieren. Sie muss vielmehr eine *Garantieübernahme* für die Einlösung der Verpflichtung des Hauptschuldners *durch diesen selbst* eingeschlossen haben. Daraus folgt, dass wenn letzterer nicht solvierte, der sponsor *im Namen des Hauptschuldners* bezahlen musste. Diese Auffassung der vorausgesetzten Spondierung wird durch Stellen bei Plautus und Cicero bestätigt, Plautus Trin. 425 ff.: Stasimus (der Sklave

des Lesbonicus): Trapezitae mille drachumarum Olympico[m], / Quas de ratione dehibuisti, redditae. Lesb. / Nempe quas sponpondi. St. Immo ‚quas dependi‘, inquito, / [Qua sponsione pronuper tu exactus es] / *Pro illo* adulescente, quem tu esse ai[ie]bas diuitem.¹ Hier haben wir gerade die in der lex Publilia vorausgesetzte Rechtstatsache. Dieselbe Ausdrucksweise wird angewandt. Lesbonicus hat *für* einen Jüngling sponpondiert — ‚sponpondi‘ — und hat auch *für* ihn bezahlt — ‚dependi‘. Was war der Inhalt der Sponponierung? Dieser Inhalt wird durch die nach ‚pro illo‘ folgenden Worte: *quem tu esse aibas diuitem* angegeben. D. h. er hat die *Solvenz* des Jünglings in Sponponionsform *garantiert*. Solche Sponponierungen fremder Leistung konnten nicht zivilrechtliche Kraft haben (hierüber sofort), obgleich sie mit religiöser Kraft ausgerüstet gewesen sein müssen und deshalb auch das Eintreten für die andere Person, wenn dieses möglich war, als zu einem *uir bonus* gehörend betrachtet worden ist. Cicero erwähnt oft solche Garantien durch Sponponierung, welchen dann immer nur religiös-moralische Kraft zugeschrieben wird. Siehe z. B. ad Att. 16,5,2: *egit mecum accurate multis uerbis, tibi ut sponponerem se dignum et te et nobis futurum*. Ähnliche Sponponierungen de lege agr. 2,36,100, ad fam. 7,5,3 und 15,21,1; ad Att. 16,1,6 und andere Stellen.² Wenn Cic. die lex Publilia selbst berücksichtigt, was er nur im figürlichen Sinne tut, handelt es sich nur um eine Sponponierung fremden Verhaltens. In ad fam. 1,9,9 erzählt er, dass Pompeius, der über gewisse Handlungen Ciceros ärgerlich war, zu dessen Bruder gesagt habe: *Nisi cum Marco fratre diligenter egeris, dependendum tibi est, quod mihi pro illo sponpondisti*. In ad Brutum 1,18,3 sagt er: *Est autem grauior et difficilior animi et sententiae, maximis praesertim in rebus, pro altero quam pecuniae obligatio. haec enim solui potest . . . ; rei publicae quod sponponderis, quemadmodum soluas, si is de(bitum non de)pendi facile patitur, pro quo sponponderis?* Hierbei ist zu beachten, dass, wenn auch die lex Publilia nur dann anwendbar war, falls der, für welchen der sponsor sponpondiert hatte, wirklich mit einem formellen

¹ Nach der Edition Götz-Schöll zitiert.

² Siehe COSTA Cic. giurecons. I, S. 161.

debitum belastet war, und deshalb hier eine wirkliche Bürgschafts-sponsion, wenn auch keine zivilrechtlich bindende, vorlag, es keineswegs zu der Art Spondierung pro alio, um welche es sich hier handelte, gehörte, dass der Inhalt die Einlösung eines formellen debitum des anderen war. In dieser Hinsicht kann ausser den angeführten Cicero-Stellen besonders Plautus Poen. 333 ff. angezogen werden. Ein Jüngling sucht die Gunst einer Dirne. Diese erklärt indes, dass sie zum Venustempel gehen werde, um sich die Göttin gnädig zu machen. Der Jüngling sagt dann: *Eho an iratast? propitia herclest uel ego pro illa spondeo.* „Heda du! sie ist wohl nicht zornig? Wenn du es behauptest, garantiere ich für ihre Gunst durch Spondierung für sie.“¹ Es ist nun auch zu beachten, dass es dem Spondierenden nur dann *möglich* ist, ein Versprechen des andern durch eigenes Handeln mittelbar zu erfüllen, wenn die von dem andern versprochene Handlung so beschaffen ist, dass sie ebensogut durch den einen wie durch den anderen vorgenommen werden kann. Es ist indes bei den Spondierungen, um welche es sich hier handelt, gar nicht notwendig, dass die versprochene Handlung eines anderen wirklich im Namen desselben von jemand anderem ausgeführt werden *kann*, wie aus den angeführten Stellen hervorgeht. Nur eine Verantwortung religiöser Art ist dann möglich, wie es auch der Fall war, als die Feldherrn im kaudinischen und numantinischen Verträge den Frieden und damit eine Handlung des *römischen Volkes* spondierten. Wie ich in meiner Schrift *Das mäg. ius* S. 52—53 u. 66 nachgewiesen habe, ist die Gebundenheit durch religiöse Akte so beschaffen, dass die Freiheit von religiöser Befleckung *ausschliesslich* dadurch bedingt ist, dass das geschieht, was durch die *Worte* versprochen worden ist, bzw. dass die eidliche Versicherung wahr ist. Ob der Schwörende etwas *gemeint* hat, was nicht durch die Worte gedeckt ist, bzw. ob er bei einer falschen Versicherung in gutem Glauben ist,

¹ Hier liegt dieselbe Konstruktion vor wie z. B. Ep. 699: *Aio uel da pignus, ni ea sit filia.* Der Sinn ist hier: *Ich* behaupte, dass das Mädchen die Tochter einer gewissen Person ist. Wenn du es bestreitest, so gib ein Pfand für eine Wette in der Sache (Röm. Obl. S. 461). In Poen. bietet nur der Jüngling Garantie, wenn die Gegenpartei bestreitet.

ist gleichgültig, ebenso wie es z. B. bei einem staatlichen votum gleichgültig ist, ob der Wortbruch auf Umständen beruht, über die der Staat selbst nicht Herr ist. (Deshalb muss man besondere Vorsicht bei *Formulierung* der Eide und der vota anwenden.) Anders verhielt es sich mit der *zivilrechtlichen* Gültigkeit von Stipulationen. Obgleich auch hier Wortgebundenheit galt, war zivilrechtliche Gültigkeit stets ausgeschlossen, wenn die Leistung als Leistung im eigenen Namen *objektiv* unmöglich war. Deshalb war auch Stipulierung einer fremden Handlung rechtlich ungültig. Sogar die Stipulierung der Handlung eines anderen, die der Promittent wirklich durch Handeln im Namen des andern mittelbar ausführen kann, war ungültig, weil in jedem Falle die fremde Handlung nicht von ihm als seine eigene Handlung oder durch Handeln im eigenen Namen ausgeführt werden kann.¹ Dann

¹ Paulus D.45,1,83 pr.: Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. *Itaque alius pro alio promittens daturum facturumue eum non obligatur.* Ulp. D.45,1,38,1 u. 2: Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est, inutiliter eum promittere factum alienum. at si quis uelit factum alienum promittere, poenam uel quanti ea res sit promittere potest. Hermog. D.46,1,65 bestimmt scharf den Unterschied zwischen einer Stipulationsbürgschaft und dem Versprechen der Handlung einer anderen Person: Sicut reus principalis non alias, quam si *de sua persona* promittat, obligatur, ita [fideiussores] <sponsores> (man beachte, dass fideiussio nicht voraussetzt, dass reus principalis durch eigene *promissio* gebunden ist) non alias tenentur, quam si *se* quid daturos uel facturos promittant: nam reum principalem daturum uel facturum aliquid frustra promittunt, quia factum alienum inutiliter promittitur. Hierin ist eingeschlossen, dass die zivilrechtlichen sponsores nicht einmal versprechen, dass, *wenn* der reus principalis seine Verpflichtung nicht einlöst, sie statt seiner dieselbe erfüllen werden. Sie versprechen ganz einfach *für ihre Person* dasselbe, was der reus principalis schon versprochen hat. — PEROZZI (Ist.2,220) neigt zu der Annahme, dass man nach klassischer Jurisprudenz allerdings das *dare* einer anderen Person nicht mit zivilrechtlicher Kraft versprechen kann, wohl aber das *facere*, und dass erst Iust. das *dare* und das *facere* in dieser Beziehung gleichgestellt hat. Indes kann er keine andere — scheinbare — Stütze für seine Meinung anführen als Iul. D.45,2,5: Nemo est, qui nesciat *alienas operas* promitti posse et fideiussorem adhiberi in ea obligatione. et ideo nihil prohibet duos reos stipulandi constitui uel promittendi, sicuti si ab eodem fabro duo rei stipulandi easdem operas stipulentur: et ex contrario duo fabri eiusdem peritiae easdem operas promittere intelleguntur et duo rei pro-

aber muss, wenn man die primäre religiöse Bedeutung des spondere berücksichtigt, angenommen werden, dass wenigstens der geschichtliche Ursprung der zweifellos im privaten Leben gewöhnlichen Spondierungen fremder Handlungen in der religiösen Heiligkeit solcher Versprechen zu suchen ist. Rein *moralisch* gesehen, ex aequo et bono, muss es gleichgültig gewesen sein, ob man das Handeln einer anderen Person formlos versprach oder ob man

mittendi fieri. PER. hält die Anfangsworte (nemo — obligatione) nicht für korrumpiert. Wenn sie aber echt sein sollten, müssen sie natürlich in Übereinstimmung mit dem Nachfolgenden ausgelegt werden. Da selbstverständlich einer von duo rei promittendi nicht das *facere* des *anderen* verspricht, sondern dieselbe Prästation übernimmt, handelt es sich hier um die Möglichkeit, *dieselben* operae, objektiv betrachtet, die eine andere Person verspricht, selbst zu versprechen, so dass es sich nur um dieselben operae, *objektiv*, nicht *subjektiv* betrachtet, handelt. ‚Alienae operae‘ kann dann nicht die Leistung von operae im Sinne durch die andere Person bestimmter operae bedeuten, sondern dieselben Werke, zu denen auch eine andere Person verpflichtet ist. Wenn PER. auch die Stipulationen *ratam rem dominum habiturum* und *non amplius peti* als Beweis anzieht, übersieht er *teils*, dass ausdrücklich bezeugt ist, dass die Worte *si non . . . quanti ea res est*, t.p. zu solchen Stipulationen gehören (Paulus D.46,5,2,2), *teils* dass bei in Wirklichkeit negativ bedingten Stipulationen auch in anderen Fällen die Voraussetzung für Befreiung *vor* dem wirklichen Versprechen als *scheinbare* Stipulation bestimmt wird. Weil die Absicht der ersten „Stipulation“ nicht die ist, eine Obligation zu konstituieren, dient sie nur als eine Bezeichnung der Bedingung im voraus. (Siehe Beil. 9.) Ich muss deshalb der scharfen Kritik von Perozzi durch FLUME, Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgerschaftsstipulationen S. 28 ff. beistimmen und verweise im ganzen auf diesen. Hinzuzufügen ist nur, dass kein Grund zu der Annahme besteht, dass jemals eine andere Meinung in der vorliegenden Frage von dem römischen Juristen vertreten worden ist.

Die Stellung des römischen *Zivilrechts* zu einer Stipulation, in welcher die Handlung einer anderen Person als die des promissor selbst versprochen wird, tritt besonders deutlich in der in Beil. 10 abgehandelten Celsusstelle D. 45,1,97,1 hervor. Wenn *Titii nomine te soluturum esse* stipuliert wird, in welchem Falle es sich in Wirklichkeit um ein Versprechen: *Titium soluturum* — wer *Titii nomine* solviert, fungiert als sein Vertreter — ist die Stipulation nur so gültig, dass der promissor zu *demselben* wie Titius selbst obligiert wird, aber nur unter Bedingung der Insolvenz des Titius. D. h. er hat als ein Bürge zu prästieren, also im eigenen Namen, obgleich formell keine Bürgschaft vorliegt, weil nicht dieselbe *Obligation* wie die Titius selbst belastende auf dem promissor ruht. Dies auf Grund der *Bedingung*.

die Sponsionsform anwandte. *Immer* muss es ein moralisches Unrecht gewesen sein, wenn man, falls es möglich war, nicht für die andere Person eintrat, oder wenn man wider besseres Wissen für sie garantierte. Weshalb hätte man also gerade die Spondierungsform gebraucht, um die Kraft der Garantie zu verstärken, wenn man dieser Form nicht eine besondere Kraft beigemessen hätte? Die eigentümliche Kraft dieser Form muss, wenn sie nicht moralisch gewesen sein kann, wenigstens ursprünglich religiöse Natur gehabt haben. Dies schliesst nicht aus, dass später nur der Gedanke an eine spezielle Heiligkeit solcher Versprechen im Bewusstsein hervortrat, ohne dass man über den Götterzorn oder die Befleckung als Folge der Spondierung reflektierte, wenn die garantierte Handlung unterblieb.¹

¹ Seneca sagt Ep. 19 am Anfang: *Exsulto, quotiens epistulas tuas accipio. implent enim me bona spe et iam non promittunt de te, sed spondent.* Dass Seneca hier seiner stoischen Anschauung gemäss, wenn er über die Sachlage wirklich reflektierte, die spezielle Heiligkeit einer *Spondierung* im Verhältnis zur blossen *promissio* mit einer besonderen inneren seelischen Verderbnis des Wortbrüchigen in Zusammenhang brachte und die Verderbnis nicht auf die grob materialistische Weise auffasste, welche die primitive Religiosität kennzeichnet, ist sicher. Weshalb aber soll die bloss äussere *Form* des Versprechens für den *Grad* seiner Heiligkeit bestimmend sein? Ohne den geschichtlichen Hintergrund einer primitiven Religiosität, die den Grad der Heiligkeit eines Versprechens von der äusseren Form abhängig machte, ist eine solche Äusserung unverständlich. Als Cicero de domo sua 7,17 in der offenbaren Absicht einer rhetorischen Steigerung sagt: *praesto* (= ich garantiere in abstracto), *promitto* (= ich verspreche mit Handschlag: hierüber später), *spondeo* . . . rem publicam annonae nomine in id discrimen quod uocabatur non esse uenturam!, ist dies gleichfalls ohne Berücksichtigung des geschichtlichen religiösen Hintergrundes völlig unverständlich.

KNIEP, a. a. O. S. 138 meint auch, dass der in der lex Publ. vorausgesetzte *sponsor*, der für eine andere Person bezahlt, nicht vom Gläubiger verklagt werden konnte. „Er ist aber ein Ehrenmann. Er hat sein *sponsor spondeo* einmal gesprochen und will sein Wort halten.“ Wenn KNIEP, wie aus seiner allgemeinen, der von uns eingenommenen analogen Stellung zur Frage nach der ursprünglichen Bedeutung des Wortes *spondere* hervorzugehen scheint, mit dieser Äusserung meint, dass die Eigenschaft „Ehrenmann“ daraus folgte, dass sich der Spondierende religiös gebunden hatte, so ist sie richtig. Denn es ist klar, dass der, welcher sich selbst durch culpa verunreinigte, obgleich er es vermeiden konnte, nicht als ein „Ehrenmann“ betrachtet werden konnte und

Man hat behauptet, dass der Ausdruck *sponsor* nur in bezug auf einen Bürgen angewandt wird und hieraus geschlossen, dass die Spondierung überhaupt ursprünglich zum Sich-Verbürgen gehörte. Dadurch hat man sich auch zu allerlei freien Phantasien verleiten lassen, wonach sich die Sponsorstellung aus dem Geiselinstitut entwickelt haben soll. Dies ist nun nachweislich falsch. Die *sponsores pacis*, von denen Livius u. a. berichten, hatten nicht einmal eine den Bürgen im zivilrechtlichen Sinne analoge Stellung, weil sie nicht die Verantwortung für eine *Verpflichtung* des römischen Volkes übernahmen. Sie wurden auch nicht durch den Akt der Gegenpartei verpfändet, was sich darin zeigt, dass sie durch das Versprechen, wenn es nicht in Erfüllung ging, zu *Verbrechern* wurden. Noch weniger waren der *sponsor* oder der *desponsor* bei den *sponsalia* oder die *consponsores* bei gegenseitigen Spondierungen überhaupt als Bürgen oder Pfänder zu betrachten. Das aber ist unzweifelhaft richtig, dass in der *zivilrechtlichen* Sprache der Ausdruck *sponsor* nur für die Bezeichnung eines Bürgen durch Spondierung angewandt wird. Dabei ist indes zu beachten, dass es auch in derselben Sprache noch einen anderen Ausdruck gibt, der mit dem *Verbum spondere* zusammenhängt und der *term. techn.* für das zivilrechtliche Sich-Verbürgen durch Spondierung ist. Dieser Ausdruck ist *sponsus* mit *Gen. -us*. Zuerst ist die *lex Furia de sponsu* anzuziehen, welche

dass es deshalb umgekehrt zum „Ehrenmanne“ gehörte, solche Verunreinigung zu vermeiden. Tatsächlich aber weist KNIEP nur nach, dass in der *lex Publ.* nicht *vorausgesetzt* wird, dass der *sponsor* rechtlich gebunden war, nicht, dass er zu dieser Zeit nicht *wirklich* so gebunden war.

Im übrigen kann hier gesagt werden, dass es gar nicht sicher ist, dass die Bürgschaftsspondierung zu der Zeit, um die es sich hier handelt, *deshalb* geringere Bedeutung hatte, weil sie nur religiöse Kraft besass. Wenn man, wie besonders aus der unerhörten Bedeutung, welche die Spondierungsform bei völkerrechtlichen Vereinbarungen hatte, hervorgeht, auch im privaten Verkehr der Spondierung eine spezielle Kraft zugeschrieben hat, muss der vorsätzliche Bruch eines so heiligen Versprechens den Verbrecher im höchsten Grade befleckt haben. Deshalb war wahrscheinlich die *Infamie* eine notwendige Folge. Man beachte auch, dass nach der Notiz bei Varro über die *sponsalia* ein *ensorium iudicium* bei Wortbruch möglich war.

Gaius I.4,22 unmittelbar nach der lex Publ. erwähnt. Diese lex verordnete, dass der *sponsor* gegen den Gläubiger *legis actio pro iudicato* haben sollte, wenn er mehr als die *uirilis pars* dieses *sponsor* eingetrieben hatte, mutmasslich durch Verbergen der Anzahl *sponsores*, die ihm bei der Eintreibung zur Verfügung standen. Dieses Gesetz muss dasselbe sein wie die 3,121 ff. abgehandelte lex Furia, welche sich auch auf die Bürgschaft durch Spondierung bezieht (hierüber sogleich). Zur Zeit der Entstehung dieses Gesetzes hatte die Bürgschaftsspondierung zivilrechtlich Kraft, wie aus der Darstellung des Gaius hervorgeht. Hinsichtlich dieser Zeit kann mit approximativer Sicherheit nur gesagt werden, dass sie zwischen der Mitte des dritten und der Mitte des zweiten Jahrhunderts vor Chr. liegt. (Die lex Apuleia, die nach § 122 älter war, aber auch für die *prouinciae* galt, muss nach Erwerb der ersten römischen *prouincia*, Sicilien — d. h. nach 241 v. Chr. — erlassen worden sein. Die lex Furia muss der Zeit vor der lex Aebutia angehören, weil sie eine *legis actio* gibt.) Nun sagt Ulp. in den *fragmenta Argent.* 3,3: *ut in Furi<a lege> spectamus, ubi spo<nsor> acceptus est, non ubi obli<gatio> con<tra>cta, cui sponsus accedit.* Durch diese Äusserung wird bestätigt, dass es sich in Gaius 3,121 ff. wirklich um dieselbe lex Furia handelt, die in 4,22 als lex Furia de *sponso* bezeichnet wird, woraus folgt, dass *sponsus* term. techn. für das Sich-Verbürgen durch Spondierung war.¹ Zwei Äusserungen Ciceros beweisen ausserdem dasselbe. Ad Att.12,19,2 schreibt er: *De sponso si quid perspexeris . . . uelim scire*, wobei es sich um eine Bürgschaft durch Spondierung für einen gewissen Cornificius handelt (Vgl. 12,14,2 u. 12,17.) *Sponsus* bedeutet daher hier den Akt, wodurch Bürgschaft spondiert wird. Ferner wird in Cic. ad Clod. et Cur. 16 (Mueller) gesagt: *Accesserunt ita pauci, ut eum non ad contionem, sed sponsum diceret aduocasse*, was in Schol. Bob. ad Cic.

¹ Man kann im übrigen folgern, dass die von Gaius besprochene Ausdehnung der Gültigkeit dieses Gesetzes auf den *fidepromissor* auf einer späteren analogen Anwendung desselben nach der Entstehung eines privatrechtlichen *ius gentium* beruhte und dass im *Gesetze* selbst nur der *sponsor* erwähnt worden ist.

p. 333 so erklärt wird: Uerum hic uolens eius (Clodii) perfidiam denotare ait non aliter paucos ad rostra uenisse, quam si conuocasset eos, *qui pro se sponderent*. Dagegen *ist sponsio* term. techn. für zivilrechtlich bindende Kontrakte durch spondere, wenn keine spezielle Rücksicht genommen wird, ob Verbürgung vorliegt. Im neuen Gaius fr.4,17 a enthält die daselbst dargestellte Formel für die durch die XII Tafeln geschaffene legis actio per iud. post. bei vorausgesetzter zivilrechtlich bindender Spondierung die Worte: *ex sponsione* (nicht *ex sponsu*) te mihi dare oportere. Dass der technische Ausdruck für den präjudiziellen Kontrakt durch spondere (beachte *sponsionem* facere cum aliquo, *sponsione* lacessere oder prouocare) *sponsio* ist, ist so allgemein bekannt, dass Belege überflüssig sind.¹ Nun tritt indes hier eine Eigentümlichkeit hervor, die der Eigentümlichkeit des Sprachgebrauches hinsichtlich des Wortes *sponsor* völlig entspricht. Ebenso wie *sponsor* nach *zivilrechtlichem* Sprachgebrauch nur den Bürgen durch Spondierung bezeichnet, aber auch zur Bezeichnung der bei Spondierungsakten mit *religiöser* Kraft spondierenden Personen angewandt wird, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Bürgschaftsspondierung handelt, hat auch der Terminus *sponsus* mit Gen. -us eine solche doppelte Anwendung. Obgleich er im *Zivilrecht* term. techn. für den Spondierungsakt bei Konstituierung einer Bürgschaft ist, ist er zugleich term. techn. für die Spondierung bei den nur *religiöse* Kraft

¹ Dass in den Dig. an zwei Stellen das Wort *sponsus* (Gen. -us) in einem weiteren Sinne angewandt wird, nämlich Ulp. D.21,1,19,2 und Paulus D.50, 16,7 ist keineswegs ein Gegenbeweis. Abgesehen davon, dass hier immer die Möglichkeit einer Textkorrumpierung vorliegt, die bei den angeführten Stellen von Gaius, Ulp. und Cicero ausgeschlossen ist, folgt aus den Dig.-Stellen nur, dass das Wort auch in einem weiteren Sinne angewandt werden konnte. (In Gaius I.3,179, wo es sich nicht um Bürgschaft handelt, ist nach dem Veroneser Manuskript zu lesen *sponsio* communio, was man in *sponsus* communio emendiert hat. Die Richtigkeit dieser Emendation ist indes höchst unsicher. Ebenso gut kann Gaius *sponsionis* communio geschrieben haben.) Wenn das Wort, ohne weiteres angewandt, sogar in der Gesetzesprache die *Verbürgung* durch spondere bedeutet, hat es auch eine spezielle Beziehung hierauf. Wie wäre etwas anderes möglich, wenn in solchen Fällen ein Zusatz, z. B. pro alio, wodurch besonders bezeichnet wird, dass es sich gerade um Bürgschaft handelt, überflüssig ist?

besitzenden sponsalia. So bei Varro 1.1.6 in einem jeden der §§ 69,70,71 u. 72.¹ So bei Seru. Sulp. in Gellius N.A.4,4,2. (Dass die hier besprochene actio ex sponsu, ebenso wie die von Varro erwähnte, *nicht* eine zivilrechtliche Aktion bedeutet, ist in Beil. 18 nachgewiesen worden.) Die Folgerung aus diesen koinzidierenden Eigentümlichkeiten kann nur die sein, dass die Bürgschaftsspondierung, insofern sie zivilrechtliche Kraft hat, der Spondierung mit religiöser Kraft näher steht als andere Spondierungen mit zivilrechtlicher Kraft. Nun muss sich, wenn *spondere* ursprünglich einen religiösen Versprechensakt bedeutet, *jede* zivilrechtliche Spondierung aus der religiösen entwickelt haben, worüber Weiteres später. *Die Bürgschaftsspondierung muss sich indes schwerer als andere Spondierungen aus einem Akte von ursprünglich rein religiösem Charakter zu einem zivilrechtlichen Institut entwickelt haben.* Deshalb hat sie zäher die Verbindung mit ihrer geschichtlichen Grundlage bewahrt. Dies macht sich in der eigentümlichen Terminologie geltend. Dasselbe tritt indes auch in der Struktur des zivilrechtlichen Bürgschaftsinstitutes selbst hervor, wie nun nachgewiesen werden soll. Vorher ist jedoch zu bemerken, dass die Bezeichnung *sponsus* als für die zivilrechtliche Bürgschaftsspondierung und den Sponsalienakt gemeinsam, von welchem Akte wir wissen, dass er durch die Frage ‚spondes?‘ und die Antwort ‚spondeo‘ zustandekommt und daher das Versprechen einer gewissen *Handlung* einschliesst, es unmöglich macht, *sponsor* als primär einen Geisel bedeutend aufzufassen. Besonders ist es aus dem angegebenen Grunde unmöglich, ihn mit *uas* oder *praes*, welche wirklich eine Abart von Geisel bedeuteten, hinsichtlich des prinzipiellen rechtlichen Charakters gleichzustellen. *Letztere* versprechen nämlich als solche gar keine *Handlung*, sondern konstituieren ihre Stellung durch die blosser Erklärung, dass sie die Position von *uas* (d. h. *uadimonium*, vgl. *testimonium* = die Stellung als testis: Beil 5 S. 171) bzw. *praes* einnehmen, wodurch der Akt den Charakter einer Selbstverpfändung erhält. Der *uas* fungierte als Prozessbürge in der Weise,

¹ So auch in 7,107, wo die Phrase *sponsus contra sponsum rogatus* vorkommt und sich auf die *sponsalia* bezieht.

dass der Kläger auf ihn Beschlag legen konnte, wenn sich der Beklagte zu bestimmter Zeit nicht am bestimmten Platz einfand, um sich zu verteidigen, oder dieser für die ihm im Urteile auferlegte Bezahlungsschuldigkeit nicht solvent war. Der *praes* fungierte zusammen mit der ihm bei der Pfandsetzung gehörenden *praedia* als Pfand für die Vollziehung einer übernommenen Verpflichtung dem Staate gegenüber seitens einer anderen Person — *manceps* — der auch selbst *praes* für sich war. Der *praes* d. h. seine *bona* sollte zusammen mit den *praedia* verkauft werden, wenn die übernommene Verpflichtung des *manceps* nicht realisiert wurde. Hierüber Röm. Obl. I S. 46 f. — *Vielleicht* war die Selbstverpfändung als *uas* die einzig mögliche Weise für zivilrechtliche Bürgschaft, ehe sich noch eine zivilrechtliche Bürgschaft durch Sponsion fand. Ein schwedischer Verfasser, Ivar Sjögren¹, verneint keineswegs ohne Grund, *was ältere Rechtsordnung betrifft*, dass die etwas mystische *satisfatio secundum Mancipium* bei dem Manzipationskaufe im Geben von einem *uas* für den Fall Eviktion bestand. Dies scheint auf Varro l.l.6,74 gestützt werden zu können: *Uas appellatus, qui pro altero, uadimonium* promittebat. *Consuetudo erat, cum reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret. A quo caueri postea lege coeptum est ab his, qui praedia uenderent, uadem ne darent; ab eo adscribi coeptum in lege Mancipiorum: uadem ne poscerent nec dabitur.* *Satisfatio sec. manc.* muss bedeuten: Stellen von Sicherheit durch Bürgschaft für den Eviktionsfall der *lex Mancipii* gemäss. Der Sinn der Äusserung bei Varro *scheint* der zu sein, dass sich der Verkäufer von *praedia* in der *lex Mancipii* von der sonst üblichen Bestimmung in dieser *lex* befreien konnte, dass ein *uas* als Sicherheit für die Vollziehung des eventuellen fällenden Urteils in der *actio auctoritatis* befreien konnte. Natürlich war dann auch der *uas*, der wirklich diese Stellung übernommen hatte, dafür verantwortlich, dass sich der Verkäufer wirklich an dem vom Prätor bestimmten Platz und zu der von ihm bestimmten Zeit einfand, um als Prozesspartei zu fungieren. Indes gibt es in uns erhaltenen

¹ Till frågan om utvecklingen av auctoritetsförpliktelsen vid mancipationsakten. Lunds universitets årsskrift 1936.

Verkaufsurkunden keine Andeutung über das Geben eines *uas* als Sicherheit bei ‚*satisfatio sec. manc.*‘. Dort hat diese den Charakter einer Stipulation, in welcher *duplum* oder *simplum* für den Eviktionsfall versprochen und an die eine *Stipulationsbürgschaft* angeknüpft wird. In jedem Falle ist ein eventuelles ursprüngliches Geben von einem *uas* der *lex mancipii* gemäss für den Eviktionsfall von einer solchen Stipulation ersetzt worden. Die Gebundenheit, die den Stipulationsbürgen traf, war wesentlich von einer anderen Natur als die, welche auf einem *uas* oder *praes* ruhte. Im ersteren Falle schloss sie nämlich ein, dass die Macht des Stipulanten über den Bürgen von der Unterlassung einer gewissen *Handlung* des Obligierten selbst bedingt war, so dass er sich immer durch *eigene* Handlung befreien konnte. In den anderen Fällen war der Übergang zu einer aktuellen Macht über die Person von Umständen abhängig, über welche diese prinzipiell keine Macht hatte. Wenngleich sich der *uas* und der *praes* durch Eintreten in die Stelle dessen, für welchen er *uas* oder *praes* war, befreien konnte, war dieses etwas Sekundäres. Er handelte dann nicht ‚*pro se*‘, sondern ‚*pro alio*‘, nicht im *eigenen* Namen, um sich zu lösen, sondern in seinem Namen, um ihn zu lösen. Die Macht über den *uas* oder den *praes* war daher juristisch von einem Verfahren des Hauptschuldners, nicht von *seinem eigenen* Verfahren abhängig. Ihre Stellung ist dann auch der eines *Dinges* als Pfandes, nicht der einer zivilrechtlich obligierten freien Person analog.

Eine religiöse Obligation auf Grund eines Versprechens hat ihre Bestimmtheit darin, dass die Nichterfüllung des Versprechens befleckt oder den Götterzorn weckt, d. h. eine *culpa-noxa* ist. Wenn sie eine zivile Aktion gebiert, muss diese, als aus dem erwähnten religiösen Bande entspringend, eine *actio ex delicto* sein. Als die Bürgschaftsspondierung mit ziviler Aktion verbunden wurde, setzte sie eine andere Spondierung voraus: nämlich die des Hauptschuldners, wobei diese vorher erfolgt sein musste und der Bürge *idem* spondierte. Auf Grund der Hauptspondierung konnte nun allerdings eine *actio ex contractu* entstehen, und dann sollte auch die daran angeknüpfte Bürgschaftsspondierung eine

entsprechende Aktion gebären. Aber dies gilt nicht ohne Einschränkung. Es gehört nämlich zur *actio ex contractu*, dass sie *gegen* die Erben des Obligierten gilt, also auch passiv vererblich ist. Gaius sagt indes I.3,120: *Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio iure ciuitas eius utatur; fideiussoris autem etiam heres tenetur.* Hinsichtlich des *sponsor* gilt hiernach die passive Nichtvererblichkeit absolut. Die Anwendung dieses Prinzipes auf den zum später ausgebildeten privatrechtlichen *ius gentium* gehörenden *fidepromissor*-Bürgen bedeutet natürlich nichts anderes, als dass der *fidepromissor* (nicht der *fideiussor*) einem *sponsor* gleichgestellt wurde. Da das Prinzip im Gegensatz zu anderen Bestimmungen über die rechtliche Stellung des *sponsor*, worüber in nachfolgenden Paragraphen bei Gaius gehandelt wird, auf kein besonderes Gesetz gestützt wird, muss es von Anfang an gegolten haben. Das genannte Prinzip schliesst indes ein, dass die Aktion, obgleich sie eine *actio ex contractu* sein soll, in der fraglichen Hinsicht als eine *actio ex delicto* behandelt wird. Nachdem Gaius es in 4,112 als *certissima iuris regula* bezeichnet hat, dass zivile pönale Aktionen *ex maleficiis* nicht gegen den Erben gelten, fügt er in § 113 hinzu: *Aliquando tamen ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit. nam adstipulatoris heres non habet actionem, sed<et?> sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur.* Hier wird ja das Prinzip als eine Restriktion sonst geltender Erbschaftsregeln dargestellt.¹ Die Erklärung dieser

¹ Die allgemeine Regel, dass die Aktionen *ex delicto* nicht passiv vererblich sind, hat ihren Erklärungsgrund darin, dass nur die in rechtlich-wirtschaftlicher Tätigkeit eingegangenen Verbindlichkeiten zur Familienversorgung gehörten. Die auf Grund eines Deliktes den Familienvater belastenden Verbindlichkeiten gehörten nicht mit den Vorteilen zusammen, die die Familie in toto zum Zwecksubjekt hatten. Aber nur die rechtliche Stellung, die zum *pater fam.* als solchem gehörte, konnte überhaupt geerbt werden. Andererseits belasten niemals die Delikte der Gewaltunterworfenen den *pater fam.* selbst, sofern *er* nicht die *noxae deditio* verweigert und dadurch freiwillig die Schuld als eigene übernimmt. Umgekehrt ist dann klar, dass die *actio ex contractu*, die den Familienvater natürlich in Zusammenhang mit seiner rechtlichen wirtschaftlichen Wirksamkeit trifft, prinzipiell passiv vererblich sein muss.

Restriktion ergibt sich von selbst aus unserer obigen Darstellung des religiösen Charakters, den *jede* Spondierung ursprünglich hatte. Es handelt sich um ein Überbleibsel aus der Zeit, zu welcher die Bürgschaftsobligation nur religiöse Kraft besass und deshalb der sponsor nur in der Weise gebunden war, dass er eine culpa-noxa beging, wenn das Versprechen nicht erfüllt wurde. Dies kann auch so ausgedrückt werden, dass der Übergang zu ziviler Gültigkeit der Bürgschaftsspondierung nicht in derselben radikalen Weise erfolgte wie bei anderen Spondierungen. In anderen Fällen entstand nämlich die zivile Gebundenheit ohne Beschränkung *direkt* aus dem Spondierungsakte selbst, also nicht vermittels des Deliktes, das im Bruch des Versprechens lag. Deshalb konnte der Deliktsgedanke dort nicht bei der Frage nach der passiven Vererblichkeit hemmend wirken. Bei der Bürgschaftsspondierung aber wurde die Gebundenheit nicht vollständig als eine direkte Folge des Aktes betrachtet, sondern zeigte durch das Fehlen passiver Vererblichkeit Spuren der primären Vermittlung des Bandes durch das Delikt der Nichterfüllung. Der Grund der Schwierigkeit, mit welcher sich das zivilrechtliche Bürgschaftsinstitut aus der religiösen Spondierung entwickelte und damit der Grund des zähen Einflusses der geschichtlichen Grundlage gerade bei Bürgschaftsspondierungen wird so gleich offenbar werden.

Einen gewissen geschichtlichen Übergang von religiöser zu zivilrechtlicher Gebundenheit habe ich Röm. Obl. I S. 474 ff. u. 483 ff. nachzuweisen versucht. Dabei war die Grundlage einerseits eine Analyse des *damnum decidere* bei der *actio furti nec manifesti* und des *damnas (damnatus)* bei der *actio legis Aquiliae*, andererseits der Hinweis auf die ursprüngliche Gentilverfassung in Rom, die einschloss, dass die einzelne gens als Rechtssubjekt anderen gentes gegenüberstand und die Rechtsverhältnisse zwischen ihnen durch das religiös bindende primäre *ius gentium* geregelt waren. Die einzelne gens hatte gegenüber der violierenden gens oder der gens, zu welcher ein einzelner Violant gehörte, die göttliche Kraft eines *purum piumque duellum*, das nur durch *rem reddere* oder *noxae deditio* der schuldigen Person oder beides

abgewehrt werden konnte. Die einzelnen gentes aber, die zusammen die römische Bevölkerung bildeten, wurden in den römischen Staat eingegliedert. Dabei wurden die Oberhäupter der einzelnen Familien im Verhältnis zueinander selbständige Rechtssubjekte, nun jedoch innerhalb des Rahmens des *römischen Rechtes*. Dann entwickelte sich nach dem Vorbilde des Verhältnisses zwischen den gentes gemäss dem *ius gentium* die *legis actio ex delicto*, ursprünglich wesentlich bei *furtum* und *noxiam nocere* (in der *lex Aquilia* als *damnum iniuria datum* bezeichnet). Das *damnum decidere oportet*, das bei *furtum nec manifestum* in der bezüglichen Aktion behauptet wurde, war ebenso wie das beim *noxiam nocere* behauptete *damnatem esse* nichts anderes als eine Bezeichnung für die Handlung des Violanten, durch die sich dieser von der an sich durch das römische Recht gegebenen Übermacht des Violierten über ihn befreien konnte. (Beim *furtum manifestum* war primär keine Lösung möglich.) Der geschichtliche Zusammenhang zwischen diesen dem violierten pater fam. zustehenden Legisaktionen und den Forderungen, die die violierte gens der violierenden gens oder der gens des einzelnen Violanten gegenüber erheben konnte, zeigt sich besonders darin, dass gerade in den erwähnten Fällen der einem pater fam. unterworfenen Violant zwecks Befreiung des Oberhauptes *noxae dedi* konnte — eine offenbare Übertragung eines ursprünglich zum *ius gentium* gehörenden Institutes auf das die Rechtsverhältnisse zwischen römischen patres fam. regelnde *römische Recht*.¹

¹ THOMAS versucht in einem Aufsatz *La nature de la damnatio* R. H. D. 10 (1931) S. 216 meine Auseinandersetzung über die ursprüngliche Bedeutung der Worte *damnum* und *damnare* zu widerlegen. Er hat nicht indes einerseits missverstanden, andererseits meine wirklichen Argumente unbeachtet gelassen. Er sagt a. a. O. A. 4: „Il ne croit pas que *damnare* dérive de *damnum*, p. 480 note 3. Si *damnare* provenait de *damnum*, comment expliquer, demande-t-il, que jamais ce verbe ne signifie causer un dommage.“ An der angeführten Stelle sage ich: „Wenn *damnare* aus *damnum* zu erklären ist, was im allgemeinen angenommen wird, ist es völlig unverständlich, dass *damnare* niemals beschädigen überhaupt bedeutet, sondern sich immer auf ein rechtliches Binden bezieht, vorausgesetzt dass *damnum* ursprünglich *Schaden überhaupt* bedeutet.“ Der geehrte Kritiker scheint seine Lektüre beim Worte „bezieht“ abgebrochen

Der Übergang von der religiösen zur zivilen Gebundenheit bedeutet indes bei der Spondierung eine grössere Veränderung als in dem eben erwähnten Falle, indem die *deliktische* Grundlage der entstandenen *zivilen* Obligation zurücktritt. Die zivile Aktion wird eine direkte *actio ex sponsione*. Aus der göttlichen Kraft des Versprechensempfängers, gegen das Delikt des Wortbruches zu reagieren, ist nicht eine Kraft *des römischen Bürgers* als solchen, gegen das Delikt durch *legis actio* zu reagieren, geworden, sondern eine Kraft, in einer *legis actio* die Spondierung selbst als ein *te mihi dare oportet* begründend zu intendieren. D. h. der Spondierende wurde als solcher direkt dem Stipulanten gegenüber gebunden, und die Aktion war selbst eine Aktualisation dieses Bandes, wenn er sich nicht durch die zu demselben als Lösungsmittel

und also den Satz „vorausgesetzt dass . . .“ nicht gelesen zu haben. Dadurch hat er mir ungewollt eine Ansicht zugeschrieben, die das gerade Gegenteil von dem ist, was ich gesagt habe. Eines meiner Hauptargumente ist, dass *damnare* aus *damnum* abgeleitet ist und dass deshalb *damnum* ursprünglich nicht Schaden überhaupt bedeutet haben kann, da *damnare* nur „rechtlich binden“, niemals Schaden überhaupt verursachen bedeutet. Dass das rechtliche Band, das *damnum* als die substantivische Grundlage des Verbums *damnare* ursprünglich bedeutet haben muss, als solches das Mittel ist, wodurch sich ein *Violant* von der durch die deliktische Tat entstandenen Macht des *Violierten* über ihn allein lösen kann, habe ich auf mehrere Argumente gestützt, wobei ich mich immer auf Quellenzeugnisse berufen habe. Z.B. habe ich hervorgehoben, dass *damnum* in der zu den XII Tafeln gehörenden Phrase: *duplione damnum decidito* nicht den vom Diebe verursachten Schaden bedeuten kann, da die *actio furti*, die von der *condictio ex causa furtiva* zu unterscheiden ist, niemals als eine Aktion auf Schadenersatz aufgefasst wird und da widerrechtlich zugefügter Schaden nach dem Sprachgebrauch der XII Tafeln durch *noxia*, nicht durch *damnum* bezeichnet wird. Diese Argumente werden von THOMAS nicht erwähnt, geschweige denn widerlegt. Dagegen spricht er ironisch davon, dass ich sage, *daps* t. t. für Opferschmaus — aus **dap* = zerteilen — könne dem Worte *damnum* verwandt sein, weil *daps* vielleicht ursprünglich ein Versöhnungsoffer bedeutet habe, dass ich aber zugleich erkläre, es könne hier nicht *bewiesen* werden, dass *daps* diese Bedeutung habe. In dieser Hinsicht handelt es sich indes gar nicht um einen *Beweis* für die Behauptung über die ursprüngliche Bedeutung des *damnum* (= Verlust, der als Strafe den Täter trifft), sondern nur um eine etymologische Hypothese, die auf *Grundlage* des gegebenen Beweises als möglich betrachtet werden kann!!!

gehörende Tat befreit hatte. Gaius sagt im neugefundenen Fragm. 4,17a: P(er) iudic[is p]ostulat[i]one(m) ageba[tur si] q[u]a de re, ut ita ager[et]ur lex ius[si]sse[t], sicu[ti] lex XII [t]abularum de [eo] q(uod) ex stipu[l]at[i]one petitur. ea(ue) res talis fere erat: qui agebat, sic dicebat: *ex sponsione* te mi[h]i X m(ilia) s(e)s(tertiorem) d(are) o(por)tere aio et rel. Hieraus geht wenigstens soviel hervor, dass zur Zeit der XII Tafeln der Spondierungsakt eine direkte zivilrechtliche Kraft hatte. Dadurch hatte man ein für den wirtschaftlichen Verkehr bedeutsames Rechtsgeschäft erhalten, indem man sich durch bloße Worte *ohne Hinsicht auf eine causa* binden konnte. Solche Obligationen waren, ebenso wie Wechsel im modernen Rechte, unmittelbar vollstreckbar. Man brauchte nur zu beweisen, dass die Worte selbst ausgesprochen worden waren.

Wenn wir von der Bürgschaftsobligation vorläufig absehen, tritt indes in den späteren Rechtsregeln für die zivile Obligation *ex sponsione* nur in *einer* Weise der religiöse Ursprung hervor. Die oben in § 7 abgehandelte Culpa-Regel hinsichtlich der Stipulationen von *certa res*: *culpa perpetuatur obligatio*, in welcher *culpa*, was hier dasselbe wie *nox*a ist, den Wortbruch als solchen ohne Rücksicht auf seinen moralischen Charakter bedeutet, *muss* ein Überbleibsel aus einer Zeit sein, zu welcher die Nichterfüllung des Sponsionsversprechens als mit *religio* beehrt betrachtet wurde und nur dadurch im Verkehr Bedeutung hatte. Dass Spondierungen mit besonderer religiöser oder daneben moralischer Bedeutung lange nach der Zeit der XII Tafeln angewandt wurden, wenn keine rechtliche Gültigkeit beabsichtigt war, zeigen die oben angeführten Beispiele aus Schriften Ciceros und Senecas. Die Spondierungen, um welche es sich bei den *sponsalia* handelte, erhielten niemals andere Bedeutung als eine religiös-moralische. *Wenn sich keine anderen Indizien für die Herammung des zivilen Sponsionsrechtes aus der Religion fänden als die Anwendung des Culpa-Begriffes in der Culparegel im Widerstreit gegen die Natur dieses Rechtes, so würde dies ausreichend sein.* (Dass die Culpa-Regel auch auf die Stipulierungen angewandt wurde, die durch einfachen Promissionsakt zustande kamen, beruhte natürlich dar-

auf, dass man, als das privatrechtliche *ius gentium*, zu welchem solche Akte gehörten, einmal ausgebildet war, die Regeln für die zum *proprium ius Romanorum* gehörenden Sponsionen auf entsprechende Akte des *ius gentium* übertrug. Vgl. das oben Gesagte über die Ausdehnung der *lex Furia de sponsu* auf die *fidepromissio*.)

Indes ist zu beachten, dass die *culpa* hier nur so fungierte, dass sie die zivile Obligation *ex sponsione* trotz des Untergangs der Sache perpetuierte. Sie beeinflusste nicht die *Art* derselben, so dass sich in dieser der Deliktsgedanke geltend gemacht hätte. Anders bei der Bürgschaftssponsion als solcher. Dort drang der Deliktsgedanke in das Wesen der Obligation ein und modifizierte es in gewisser Weise. Hinsichtlich der passiven Vererblichkeit wurde die Aktion, wie schon gesagt, eine *actio ex delicto*. Diese besonders starke Abhängigkeit von dem religiösen Ursprung, in der die Schwierigkeit des Übergangs zu ziviler Gültigkeit in diesem Falle zum Ausdruck kommt, lässt sich nun auch erklären. Wie schon auseinandergesetzt worden ist, fehlt der *civiliter* gültigen Bürgschaftssponsion durch *idem spondes?*, an sich betrachtet, der Charakter eines wirklichen Sich-Verbürgens. Nur durch vorausgesetztes Mandat bekommt eine solche Spondierung den Charakter, dass sie im Interesse des Hauptgläubigers geschieht. Dieses Mandat, das natürlich für die Möglichkeit eines *idem spondere* formell nicht notwendig ist, obgleich es faktisch vorausgesetzt wird, fällt ganz ausserhalb des Bürgschaftsaktes selbst. Allerdings tritt eine formelle Abhängigkeit der Bürgschaftssponsion von der Hauptobligation darin hervor, dass letztere schon konstituiert worden sein muss, damit die Bürgschaftsobligation möglich sein kann. Darin hat man auch den Unterschied von der Konstituierung von *duo rei promittendi* erblickt. Dieser Unterschied hätte jedoch nicht aufrechterhalten werden können, wenn nicht dem formellen Abhängigkeitsverhältnis ein vorausgesetztes reales, formell nicht hervortretendes hinzugefügt worden wäre, nämlich dass die sekundäre Obligation *wegen* des Hauptschuldners eingegangen wurde, d. h. dass dieser das Eingehen derselben dem Bürgen aufgetragen hatte. Dies neben anderen Indizien weist darauf hin,

dass eine ursprünglichere Bürgschaftssponsion angewandt worden ist, die den formellen Charakter eines Sich-Verbürgens für einen anderen hatte und die daher ein Versprechen einschloss, *für* den anderen zu solvieren. Ein solches Versprechen war indes seiner Natur nach ein Versprechen fremder Tat. Insofern es erfüllt wurde, war die Solvierung ein Akt im *Namen* des anderen, wodurch *dessen eigene* Solvierung ersetzt wurde. Eine solche Sponsion konnte indes nicht in das zivile Sponsionssystem eingeordnet werden. Zur *legis actio ex sponsione* gehörte nämlich von Anfang an die Behauptung: *ex sponsione te mihi dare oportet*, was bedeutet, dass die Partei die sponsiert hatte, durch ein Band gebunden war, von welchem sie *sich selbst* befreien musste. Dies konnte sie nicht, wenn sie nicht im *eigenen* Namen solvierte. Dieses Prinzip blieb auch immer für Stipulationen überhaupt geltend, was dann eine Stipulierung fremder Tat ziviliter ungültig machte.¹ Eine solche Stipulation konnte nur religiös und damit moralisch binden. Deshalb musste man, wenn die Bürgschaftssponsion zivilrechtliche Gültigkeit erhalten sollte, einen Umweg wählen. Der formelle Charakter, ein Versprechen fremden Verhaltens zu sein, *musste* wegfallen, was durch dieses *idem spondes?* erreicht wurde. Hieraus folgte indes, dass nur der Umstand, dass das *idem spondere* realiter wegen des ursprünglich Spondierenden geschah, dasselbe zu einem wirklichen Sich-Verbürgen machte. Weil aber dieses *spondere* doch ein Ersatz für die ursprüngliche formelle Bürgschaftssponsion sein sollte und infolge seines Charakters, eine Spondierung *wegen* des primär Spondierenden zu sein, realiter, wenngleich nicht formell, ein Versprechen fremder Leistung war, bewahrte es immer die Verbindung mit seinem Ursprung, was darin hervortritt, dass die Aktion nicht passiv erblich war und so fungierte, als ob sie eine *actio ex delicto* wäre. Dadurch wurde das ganze Institut nicht allein formell, sondern auch realiter unbefriedigend. Man brauchte ein ausserhalb des Gebietes der *sponsio* (und der hinsichtlich des *ius gentium* damit gleichgestellten *fidepromissio*) liegendes Bürgschaftsinstitut. Dieses wurde durch *fideiussio* geschaffen, die auf einem ganz anderen Prinzip

¹ Siehe oben S. 122.

ruhte und wirklich sowohl formell wie realiter befriedigend war. (Hierüber später.)

Der Zusammenhang zwischen der Bürgschaftssponson und der nur religiös und damit moralisch bindenden Spondierung tritt indes auch in *umgekehrter* Richtung hervor. Eine Hauptspnson war für die zivilrechtlich gültige Bürgschaftssponson notwendig, weil nur dadurch das zivilrechtlich untaugliche formelle *spondere pro alio* vermieden wurde. (Wir können hier ganz absehen von der Möglichkeit, dass, als später ein privatrechtliches *ius gentium* ausgebildet wurde, die Hauptspnsonierung möglicherweise durch eine bloße *promissio* ersetzt werden konnte, was Gaius I.3,119 vorauszusetzen scheint. Da die bloße *promissio* innerhalb des *ius gentium* in derselben Weise wie die Spondierung innerhalb des *ius proprium Romanorum* behandelt wurde, ist in jedem Falle die spätere Ersatzmöglichkeit verständlich. Sie kann indes nicht ursprünglich vorhanden gewesen sein. Und wenn sie später eintrat, änderte dies nichts in der hier interessierenden Hinsicht.) Nun findet sich hier die Eigentümlichkeit, dass die Hauptspnson nicht zivilrechtlich bindend sein musste, damit die Bürgschaftssponson *civiliter* gültig wurde. Dies erhält eine scharfe Beleuchtung dadurch, dass zur Zeit Ciceros, zu welcher unzweifelhaft die nicht zivilrechtlich bindende Sponson mit einer besonderen religiös-moralischen Kraft ausgerüstet war, *sogar* eine Spondierung durch einen Sklaven als Hauptspnsonierung dem *idem spondere* des Bürgen zivilrechtliche Kraft geben konnte. Gaius sagt I.3,118 ff.: *Sponsoris u<ero> et fidepromissoris similis condicio <est>, fideiussoris ualde dissimilis. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi uerborum, quamuis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, uelut si <mulier> aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. at illud quaeritur, si seruus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur.* Besonders wenn diese Äusserung mit der in § 126 zusammengestellt wird: *In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is, pro quo obligantur. at ex diuerso, ut minus debeant, obligari*

possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus; nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali reo, tritt ein direkter Widerspruch hervor. Die Bürgschaftssponsion müsse, um eine zivilrechtliche Obligation zustandezubringen, an eine uerborum obligatio angeknüpft sein. Jedoch brauche der Hauptakt keine Obligation zu erzeugen! Diesen Widerspruch löst Gaius in keiner Weise. Dass die Lösung nicht darin liegen kann, dass eine *obligatio naturalis* als in den angegebenen Fällen entstehend vorgestellt wird, ist sicher. Denn durch sponsio oder promissio ohne tutoris auctoritas wird der Mündel nicht einmal naturaliter obligiert. Nur durch den Empfang des *mutuum* ohne t. a. kann nach klassischer Jurisprudenz eine *obligatio naturalis* entstehen.¹

Es ist von besonderem Interesse, die Beispiele näher zu untersuchen, die Gaius anführt. In diesen Fällen sind die Hindernisse für die zivilrechtliche Gültigkeit der Hauptsponsion nicht von innerer, konstitutiver Natur. Das Erfordernis der tutoris auctoritas bei einer Sponsion von Weibern und nicht volljährigen Personen männlichen Geschlechtes schliesst nicht aus, dass, *wenn* der Akt mit dieser auctoritas gültig wird, doch die Mündel selbst spondieren und dass die erzeugende Kraft in *diesem* Akte besteht, obgleich die auctoritas eine Bedingung dafür ist, dass diese Kraft ihre Wirkung entfalten kann. Noch weniger ist das Hindernis in dem anderen Falle von konstitutiver Natur. Gaius kann keinen anderen Grund für die Ungültigkeit einer Stipulation, in welcher der Promittent ‚post mortem suam dari‘ spondiert, anführen, als dass dies ‚inelegans esse uisum est‘ (§ 100). Wenn aber nach Gaius *gefragt wird*, ob nicht die Spondierung eines Sklaven oder eines peregrinus als die Hauptspondierung genüge, so ist das Hindernis für zivilrechtliche Gültigkeit konstitutiv. Eine solche Spondierung hat *nichts* mit dem Zivilrechte zu schaffen, was so scharf wie möglich von Gaius hervorgehoben wird, wenn er § 93 sagt, dass die Obligation durch ‚dari spondes? spondeo‘ so streng an die Eigenschaft ciuis Romanus geknüpft ist, dass die Worte nicht in die griechische Sprache übertragen werden dürfen. Damit

¹ Siehe Beil. 2 s. 37 ff.

wird der angeführte Widerspruch zugespitzt, insofern trotzdem vorausgesetzt wird, dass vor der Zeit des Gaius von juristischer Seite behauptet worden ist, dass auch eine Sklavenspondierung oder eine peregrinische als Hauptpondierung dienen kann. Man beachte nun, dass *ganz dieselben Beispiele* wiederkehren, wenn Gaius in § 176 die Möglichkeit einer Novation durch eine Stipulation behandelt, die selbst zivilrechtlich ungültig ist. Gaius fügt indes in § 179 hinzu, dass SERU. SULP., der zu Ciceros Zeit lebte, sogar behauptet habe, dass die Spondierung eines Sklaven oder eines peregrinus für die Novation zureichend sei, welche Ansicht jedoch zur Zeit des Gaius nicht anerkannt gewesen sei. Aus dieser analogen Darstellung geht hervor, dass auch betreffs der Hauptpondierung bei Konstituierung einer Bürgschaft SERU. SULP. dieselbe Meinung gehabt hat und dass Gaius wenigstens an diesen Juristen denkt, wenn er § 119 den Ausdruck *quaeritur* anwendet. Dass aber Gaius den offenen Widerspruch nicht erklärt hat, beruht darauf, dass ihm einerseits der Gedanke an einen *religiösen* Ursprung der zivilrechtlichen Sponsion sicher fernlag, obgleich faktisch alle Zeichen auf diesen Ursprung hindeuten, und er andererseits sowohl auf die damalige Rechtsordnung wie auf die ihm bekannten rechtsgeschichtlichen Tatsachen Rücksicht nehmen musste. Wenn aber die Bürgschaftsspondierung anfänglich ein formelles *spondere pro alio* war, das als solches nur religiöse Gültigkeit haben konnte, ergibt sich die Lösung des Problems von selbst. Als dieses formelle *spondere pro alio* in *idem spondere* umgewandelt wurde, um eine zivilrechtliche Bürgschaft durch Spondierung zu ermöglichen, war der Anlass der, dass nur ein Versprechen *eigener Tat* zivilrechtlich gültig sein konnte. Deshalb aber war es gar nicht nötig, dass die primäre Spondierung, an welche das *idem spondere* angeknüpft wurde, selbst zivilrechtlich gültig war. Wenn sie nur die Obligation erzeugte, die zur ursprünglichen Bürgschaftsspondierung gehörte, war dies ausreichend. In dem Grade aber, wie der Gedanke an eine nur religiöse Kraft der ursprünglichen Bürgschaftssponsion verlorenging, reagierten die Juristen gegen den geschichtlich bedingten Charakter des Institutes in dieser Hinsicht und forderten, dass das Hindernis

für die zivilrechtliche Gültigkeit der Hauptspondierung wenigstens nicht konstitutiv sei.

Aus dem Stamme des ursprünglichen Bürgschaftsinstitutes sind indes zwei Äste hervorgegangen. Der eine war die zivilrechtlich gültige Bürgschaft durch idem spondere. Der andere war das *Novationsinstitut*. Der pro alio Spondierende konnte auch das primäre debitum selbst *übernehmen*. Dann bestand auch kein *Hindernis* für die zivilrechtliche Gültigkeit der fraglichen Spondierung als eines spondere *pro alio*. Ebenso natürlich aber war, dass, wenn der Stipulant, der mit dem Gläubiger selbst identisch war, mit der Stipulation die Übernahme des debitum guthiess, er sein Recht gegen den primären Schuldner auch dann verlor, sogar wenn die Spondierung selbst, die in ihrem ursprünglichen Charakter eine bloss religiös gültige Spondierung für den Schuldner war, rein religiöse Gültigkeit behielt. Dass allmählich diese Möglichkeit in einer Weise, die ihr Gegenstück, in der Entwicklung des Institutes idem spondere hatte, beschränkt wurde, ist aus denselben Gründen verständlich. Dass Novation auch so möglich war, dass *derselbe* Schuldner durch Spondierung seine eigene Schuld novieren konnte, ist bei dieser Hypothese über den geschichtlichen Zusammenhang erklärlich. In der das primäre debitum mit Zustimmung des Stipulanten übernehmenden Spondierung trat der Schuldner als eine *andere Person* als das Subjekt hinsichtlich des primären debitum auf.

In dieser Weise wird der bei Gaius in seiner Schilderung des Bürgschaftsinstitutes hervortretende Widerspruch begreiflich. Geschichtlich gab es eine andere mögliche Obligation auf Grund der Spondierung als die zivilrechtliche, nämlich die religiöse, die Sklaven und peregrini als Subjekte haben *konnte*. Wenn die primäre Spondierung nicht civiliter galt, so konnte sie doch die Grundlage einer Bürgschaftsspondierung bilden, vorausgesetzt, dass sie religiös gültig war. Deshalb war der Sinn in älteren juristischen Schriften für ihre Zeit völlig klar, wenn es hiess, dass die Hauptspondierung eine Obligation erzeugen müsse, obgleich diese keine zivilrechtliche Kraft zu haben brauche. Als Gaius diese Rechtsordnung auf der Grundlage dieser Schriften darstellte,

wurde die Ausdrucksweise widerspruchsvoll, weil er keine andere Obligation als die zivilrechtlich geltende kannte, soweit es sich um innerhalb des Zivilrechts relevante Obligationen handelte. Durch die dargestellte Hypothese über den geschichtlichen Ursprung des Novationsinstitutes im *spondere pro alio* wird die parallele Entwicklung innerhalb dieses Instituts in der fraglichen Hinsicht auch natürlich. Es ist nun bloss hinzuzufügen, dass es auf diese Weise auch verständlich wird, weshalb bei Sponsionsbürgschaft der Übergang zu zivilrechtlicher Gültigkeit nicht durch eine einfache Anknüpfung des *spondere* an die bestehende Verbindlichkeit geschah, für welche Bürgschaft geleistet werden sollte, sondern ein vorhergehendes *spondere* notwendig war, zu welchem ein *idem spondere* des Bürgen hinzutrat. Es war nämlich juristisch notwendig, dass, wenn eine andere Person spondierte: quod *Titius* debet dare eine vollständige Schuldübernahme, also Novation entstand. Es ist wahr, dass die Fidejussions-Bürgschaft wirklich an die Hauptverbindlichkeit angeknüpft wurde, ohne dass deshalb Novation eintrat. In *diesem* Fall lag indes der Grund in der besonderen Beschaffenheit der *fideiussio*, die keineswegs einem formellen Versprechen, zu leisten, was der Hauptschuldner zu leisten verbunden ist, gleichgestellt werden darf. Hierüber später.¹

Wie auseinandergesetzt worden ist, weisen mehrere Indizien darauf hin, dass die Sponsionsbürgschaft ursprünglich durch ein *formelles* *spondere pro alio* konstituiert wurde und deshalb anfangs nur religiöse Gültigkeit hatte, was einschliesst, dass die Nichterfüllung als eine *culpa-noxa* betrachtet wurde. Der Übergang zu einem *idem spondere*, angeknüpft an ein primäres *spondere* der Person, für welche man sich verbürgte, war durch das Bedürfnis eines *zivilrechtlichen* Bürgschaftsinstituts bedingt. Ein solches setzte voraus, dass der Bürge im *eigenen* Namen zu leisten verbunden wurde. Dann aber war auch notwendig, dass das *idem spondere* realiter als *wegen des primär Spondierenden* geschehend betrachtet wurde. Dadurch bewahrte es den Charakter eines Versprechens fremder Leistung, wenngleich nicht formell, so doch

¹ Beil. 19.

realiter, und damit die Verbindung mit ihrem religiösen Ursprung. Deshalb wurde die Idee einer *actio ex sponsione* niemals ganz durchgeführt, sondern die Aktion behielt in diesem Falle Spuren des Deliktsgedankens bei. Sie wurde nicht passiv vererblich, als ob sie eine *actio ex delicto* gewesen wäre.

Ebenso wie aber ein formelles *spondere pro alio* keine legis *actio ex sponsione* gegen den Spondierenden geben konnte, weil sich das in einer solchen *actio* zu behauptende *ex sponsione te mihi dare oportet* auf die Lösung von einem den Spondierenden selbst treffenden Bande bezog, weshalb die Solvierung in *eigenem* Namen geschehen musste, konnte in entsprechender Weise ein formelles *stipulari pro alio* keine legis *actio ex sponsione* zugunsten des Stipulanten geben, weil in einer solchen *actio* behauptet werden musste: *te mihi dare oportet*. Auch wenn der Stipulant *sich* oder *Titius* etwas ausbedingen kann, erhält Titius dadurch kein *Recht*, obgleich der mir gegenüber Obligierte, wenn er dem Titius leistet, frei wird.¹ Stipuliert man *sibi et Titio*, so hat die Stipulation überhaupt nur Bedeutung hinsichtlich des Stipulanten selbst. (Die Prokulianer meinen jedoch, dass der Stipulant nur die Hälfte des Stipulierten fordern kann.²) Sowohl ein formelles *spondere pro alio* als ein formelles *stipulari pro alio* könnte nur eine religiöse Obligation begründen. Dass wenigstens ersteres wirklich im Verkehr vorkam und eine solche heilige Kraft hatte, kann direkt belegt werden. Indes gab es ein *reelles stipulari pro alio* mit zivilrechtlicher Kraft, indem eine andere Person als der ursprüngliche Stipulant in dessen Auftrag, also *seinetwegen, idem* von dem Spondierenden stipulieren konnte. Dieser zweite Stipulant wurde *adstipulator* genannt. (Gaius I.3,110—112.) Man kann dann *apriori* annehmen, dass dem hier vorliegenden *reellen*, wengleich nicht *formellen*, *stipulari pro alio*, dieselbe Schwierigkeit hinsichtlich der Möglichkeit einer *actio ex sponsione* hervortreten musste. D. h. man kann erwarten, dass die Vorstellung von dem religiösen Charakter der so entstehenden Obligation und damit auch der Gedanke an ein Delikt als Grundlage der Aktion bei der Ausbil-

¹ Siehe z.B. Gaius D.45,1,141,3 und § 7.

² Gaius I.3,103.

ding des Instituts durch die pontifikalen Juristen wirksam sein musste. Diese Annahme wird nun auch durch die Darstellung des Instituts bei Gaius völlig bestätigt. Bei der nachfolgenden Untersuchung sehen wir von der Angabe bei Gaius 3,112 ab, dass, auch wenn der primär Stipulierende den Ausdruck *spondes?* angewandt hat, der *adstipulator* sagen kann: *fide promittis?* oder *fide iubes?* Dies hängt natürlich mit der Einverleibung des später ausgeformten privatrechtlichen *ius gentium* in das römische Recht zusammen. Wir kommen auf diese Frage bei der späteren besonderen Behandlung des Sinnes des *fideiubere* zurück und nehmen hier nur auf die primäre zivilrechtlich gültige *adstipulatio* Rücksicht, in welcher beide Stipulanten die Gegenpartei *spondieren* lassen. (Das Institut wird, wie bekannt, schon in der *lex Aquilia*, a. 289 v. Chr., vorausgesetzt.)

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass, wenn die Sponsion nur eine rein religiöse Obligation konstituiert, in welchem Falle der Obligierte nur in der Weise gebunden wird, dass die Nichterfüllung eine *culpa-noxa* einschliesst, die Obligation weder aktiv noch passiv vererblich sein kann. Sie kann überhaupt auf keine andere Person übertragen werden. Wenn auch z. B. die *gens*, zu welcher der Verbrecher gehört, von der *contagio noxae* betroffen wird, so kann sie sich selbst durch Ausliefern des Verbrechers befreien. Was den aktiven Gesichtspunkt betrifft, kann nur die verletzte *gens* als solche durch ein *iustum piumque bellum* gegen den Verbrecher vorgehen. Im privaten Verkehr kann die Reaktion gegen die Verletzung, wenn eine solche Sponsion vorliegt, seitens der verletzten Person nur ein Herabrufen des Götterzorns auf den Verbrecher sein. Überhaupt kann auf privatrechtlichem Gebiet ein Delikt, welches immer, wenn man den geschichtlichen Ursprung des Deliktsgedankens in der *culpa-noxa* berücksichtigt, in seiner Wurzel eine religiöse Verletzung ist, niemals eine zivile Obligation erzeugen, falls es sich nicht um eine Verletzung der vermögensrechtlichen Macht des *pater familias* handelt. Die Primärfälle sind *furtum facere* und *noxiam nocere*. In diesem Falle ist die Obligation auch vererblich, weil dem *pater familias* als Familienversorger die verletzten Interessen mit der ganzen Familie

gemeinsam sind. Wenn aber die Verletzung rein persönlich ist und doch eine wirkliche *actio ciuilis* erzeugt, wie es bei einer *iniuria* im speziellen Sinne der Fall ist, so handelt es sich nicht um eine zivile Obligation, die in der Aktion geltend gemacht wird, also nicht um eine Macht über die Person des Verbrechers, von welcher sich dieser durch eine gewisse Prästation von wirtschaftlichem Wert lösen kann, sondern um das Recht der Verletzten, Talion gegen ihn zu üben.¹ Ein solches Recht kann nicht vererblich sein. Siehe z. B. Gaius I.4,112.² Es ist nun hinzuzufügen, dass eine *ciuilis obligatio an sich* genau so wie die zum *Patrimonium* gehörenden Dinge aktiv erblich sein muss, weil sie eine rechtliche Macht über den Obligierten mit wirtschaftlichem Inhalt ist. Wenn sie in einem gewissen Falle nicht aktiv vererblich ist, so kann kein anderer Erklärungsgrund angegeben werden als der, dass geschichtlich eine Kreuzung ziviler Obligation mit einer ihrer Natur nach nicht übertragbaren, nur religiösen Gebundenheit vorgelegen hat.

Nun weisen alle Zeichen darauf hin, dass gerade bei der *adstipulatio* eine solche Kreuzung vorgelegen hat. Einerseits gibt die *adstipulatio formell* eine *ciuilis actio*, weil der Spondierende dem Adstipulierenden *idem* verspricht, d. h. dasselbe, was er dem ursprünglichen Stipulanten versprochen hat. D. h. er verpflichtet sich wirklich, auch dem Adstipulierenden selbst zu prästieren. Andererseits stipuliert letzterer *realiter* für den ursprünglichen Stipulanten und ist daher tatsächlich keine Person, die die Prästation erhalten soll. Insoweit liegt daher eine *stipulatio pro alio* vor, die aus dem angegebenen, im zivilen Aktionssystem liegenden Grunde nur religiös obligieren kann. Der Adstipulierende, der nur im Auftrage des ursprünglichen Stipulanten fungieren kann,

¹ Siehe die Auseinandersetzung über diese Frage Röm. Obl. I S. 480 ff.

² Im prätorischen Edikte *de his, qui effuderint uel deiecerint* wird der Fall, dass eine freie Person getötet oder beschädigt wird, von der Beschädigung einer Sache gesondert (Ulp. D.9,3,1 pr.). Ulp. hebt in seinem Kommentar hervor (9,3,5,5), dass im letzteren Falle die prätorische Aktion aktiv (nicht passiv) auf den Erben übergeht, im ersteren weder aktiv noch passiv. Dies wird so motiviert: *quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium.*

konnte zur Zeit des Gaius durch *actio mandati* gezwungen werden, das auf Grund der Stipulation Empfangene dem Hauptstipulanten oder seinen Erben herauszugeben. Bevor die *actio mandati* existierte, war die Herausgabe mutmasslich nur eine Ehrenpflicht des Adstipulierenden. Befreite er den Promittenten durch *acceptilatio*, so fiel dies ursprünglich unter das Delikt *damnum iniuria datum*.¹ Die *raison d'être* dieser Stipulation lag darin, dass, wenn durch Zeitbestimmung in der primären Stipulation die Obligation des Hauptstipulanten erst nach seinem Tode fällig wurde, diese Obligation vernichtet wurde und der Erbe nichts erhielt — es war eine allgemeine Regel, dass eine Obligation nicht in der Person des Erben zu existieren beginnen konnte.² Der Adstipulierende aber konnte nach dem Tode des Hauptstipulanten das Versprochene fordern. Im allgemeinen wurde auch ein *adstipulator* zugezogen, wenn sich die Hauptstipulation auf die Zeit nach dem Tode des Stipulanten bezog³, in welchem Falle sie keine Gültigkeit hatte, aber als formelle Grundlage der gültigen *adstipulatio* dienen konnte. Indes hat eine besondere rechtliche Ordnung für den *adstipulator* von Anfang an gegolten. Erstens ist die Aktion nicht aktiv vererblich. In Zusammenhang damit steht, dass sie durch *capitis diminutio* untergeht. Weiter kann auf Grund der *adstipulatio* agiert werden, wenn ein *filius fam.* *adstipulator* ist, obgleich durch die *adstipulatio* dem *pater fam.* kein Recht erworben wird. Diese Aktion wird möglich, wenn der Sohn ohne *capitis diminutio iuris* geworden ist. Er kann dann auf Grund der *vorher* erfolgten *adstipulatio* selbst agieren. Endlich ist die *adstipulatio* des Sklaven rechtlich bedeutungslos, obgleich sonst der Sklave durch Stipulation dem *dominus* erwirbt.⁴ Dies alles widerspricht den Prinzipien für eine *actio ex contractu*, um welche es sich doch hier handelt, soweit eine Aktion möglich ist. Alles weist darauf hin, dass das Recht des *adstipulator*, obgleich die Obligation, wenn sie

¹ Gaius I, 3, 111, 117 und 215.

² Gaius 3, 158.

³ Gaius 3, 117.

⁴ Gaius 3, 114. Über die Zusammengehörigkeit zwischen dem Untergang durch den Tod und dem durch *capitis diminutio* siehe Gaius 3, 101 u. 154.

zivilrechtlich gilt, eine obligatio ex contractu sein soll, *rein persönlich* ist. Besonders macht sich dieser rein persönliche Charakter bei dem Sklavenadstipulator geltend. Er kann nur *für sich selbst* adstipulieren, wodurch jede Aktion ausgeschlossen ist. Dieser Charakter der Obligation lässt sich nur auf die Weise erklären, dass die adstipulatio, auch wenn sie wirklich eine Aktion erzeugt, ursprünglich zugleich als eine stipulatio pro alio und deshalb als religiös obligierend aufgefasst wurde. Die religiöse Obligation hat ihrem Wesen nach nur für den Inhaber *persönlich* Kraft. Er kann die Götterrache wegen der culpa-noxa herabbeschwören. Im Falle eines filius fam. als adstipulator kann die Stipulation, aus welcher sich eine actio ciuilis entwickelt, nur ein religiöses Band zustandegebracht haben, das indes, wenn er ohne capitis diminutio sui iuris geworden ist, in ein ziviles Band übergeht. Wir haben also hier einen speziellen Fall, wo der allgemeine Entwicklungsgang auf dem Gebiete der Sponsionen von religiöser zu ziviler Gültigkeit direkt demonstriert werden kann. Es ist nun nur hinzuzufügen, dass derselbe persönliche Charakter eine obligatio ex contractu, aktiv betrachtet, nur in einem *einzigen* anderen Falle kennzeichnet. Dieser Fall betrifft die Obligation auf Grund des *Eides* des Freigelassenen. Dort aber liegt eine direkt hervortretende Kreuzung einer religiösen und einer zivilen Obligation vor. Hierüber in § 10.

Es herrscht also eine vollständige Korrespondenz zwischen den beiden Instituten: Sponsionsbürgschaft und adstipulatio. Sie sind gleichsam aus einem Stücke geformt. Weil formell keine sponsio bzw. stipulatio pro alio vorliegt, sondern nur *idem* spondiert oder stipuliert wird, entsteht eine Obligation ex contractu. Weil aber realiter für eine andere Person spondiert oder stipuliert wird und von diesem Gesichtspunkte aus die Obligation als religiös erscheint, wurde der Kontraktcharakter der Obligation nicht vollständig durchgeführt. Im einen Falle wurde die den *sponsor* belastende Obligation hinsichtlich der passiven Vererblichkeit eine obligatio ex delicto, im anderen Falle wurde die Macht des *adstipulator* zu obligieren rein persönlich. Im ersteren Falle wurde umgekehrt die Obligation aktiv vererblich, weil der *Stipulant* selbst nur pro se stipulierte, im letzteren Falle wurde die Obligation passiv ver-

erblich, weil der *Spondierende* nur pro se versprach. Das Angeführte gilt indes nur für die Zeit, zu welcher die fraglichen Institute ausgebildet wurden. Die spätere Jurisprudenz konnte nur die auf diesem Gebiet geltende Rechtsordnung darstellen. *Weshalb* sie den angegebenen Charakter hatte, konnte sie nicht erklären, weil das zivilrechtliche *spondere* nun vom Sakralrechte vollständig losgelöst war.

Hinsichtlich der Sponsionsbürgschaft sowie der analog nach ihr ausgebildeten Bürgschaft durch *fidepromissio* ist nun ferner zu beachten, dass sie wegen ihrer passiven Nichtvererblichkeit als Sicherheit nicht befriedigen konnten. Ausserdem hatte das Institut den Mangel, dass solche Bürgschaft nicht an eine beliebige Verbindlichkeit angeknüpft werden konnte, sondern als Grundlage immer eine vorhergehende *sponsio* oder wenigstens *promissio* erforderte. Deshalb wurde von der Jurisprudenz eine andere Art der Bürgschaft konstruiert, bei welcher die erwähnten Mängel wegfielen: die *fideiussio*. In dieser erklärt der Bürge *vor* dem Gläubiger, dass er nun nachher dem Schuldner den *iussus* gibt, sich im schon bestehenden Obligationsverhältnisse zu befinden. Dadurch übernahm er selbst, zunächst nur moralisch, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, ohne dass deshalb wie bei *Novation* diese selbst wegfiel. Er versprach nämlich gar nicht formell zu prästieren, was der Schuldner schuldig war. Durch die Entgegennahme eines solchen Versprechens seitens des stipulierenden Gläubigers hätte dieser die Erfüllung der Verpflichtung in Form der neuen Obligation empfangen. Der *fideiussor* kam durch den *iussus*, dass das Obligationsverhältnis vorhanden sein sollte, *id esse* nur in die Lage, dass die *Verpflichtung*, die den Hauptschuldner belastete, gegen ihn selbst zunächst moralisch gültig wurde trotz des Bestandes des ursprünglichen Obligationsverhältnisses. Bei der Frage *id fide tua esse iubes?*, durch deren Bejahung die Bürgschaft konstituiert wurde, ist ein vorher angegegebenes Verhältnis von obligationsrechtlicher Natur zwischen zwei Personen vorausgesetzt. Das Wort *id* bezieht sich auf dieses Verhältnis. Die Worte *fide tua* aber bestimmen trotz des Scheines nicht *id esse*, sondern *iubes*. Der Sinn ist: *fide tua iubes id esse?* Dies ergibt sich sowohl

aus den Ausdrücken *fideiubere* und *fideiussio* als aus der Möglichkeit, eine Obligation durch die blossen Worte: . . . *fide iubes?* zu begründen, in welchem Falle es sich nicht um Bürgschaft handelt. (Hierüber alsbald.) Dasselbe geht auch aus der Übersetzung in die griechische Sprache hervor: τῆ ἐμῇ πίστει κελεύω hervor.¹ Als das *iubere* selbst bestimmend haben die Worte *fide tua* bei Bürgschaft durch *fideiussio* den Sinn, dass die Schuldübernahme, die das *iubere* hier einschliesst, durch eine *promissio* bekräftigt wird. Ich werde alsbald nachweisen, dass der Ausdruck *fide promittere* auf der Vorstellung beruht, dass eine *promissio* durch *Handschlag* Kraft erhält. Mit der Hand wird die Versprechens-treue gleichsam dem Empfänger zum Eigentum überlassen. Dieser kann deshalb die Treue fordern. Hinter dem Worte *fide* liegt deshalb der Gedanke an die *dextra*. *Fide promittere* bedeutet eigentlich *durch die dextra als fides einschliessend versprechen*. Dann bedeutet auch ‚*id esse fide tua iubes?*‘: verordnest du durch die *dextra-fides*, dass sich der Schuldner in dem beabsichtigten Schuldverhältnis befindet? Durch das Wort *fide* gibt die Schuldübernahme, die ein solches Verordnen moralisch einschliesst, auch eine solche Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber, die dieselbe zivilrechtliche Kraft erhält, wie eine gewöhnliche *promissio*, die in Stipulationsform abgegeben wird. Der *blosse iussus* macht das verordnende Subjekt selbst für die Verpflichtung, die der Inhalt der Verordnung ist, nicht *zivilrechtlich*, sondern nur moralisch verantwortlich. Die *actio* ‚*quod iussu*‘ (*patris* oder *domini*) ist nicht zivil, sondern prätorisch. Deshalb ist der Zusatz *fide tua* notwendig, damit der *fideiussor civiliter* gebunden wird. *Verordnest* du, dass das Obligationsverhältnis zwischen mir und dem Schuldner vorhanden ist, und *versprichst* du die damit gegebene Schuldübernahme? Dies ist der Sinn der Frage des Stipulanten. Aber gerade weil die *fides* hier diese Bedeutung hat, kann nicht in Frage kommen, dass der Bürge in diesem Falle *für* einen anderen eine gewisse Leistung verspricht. Deshalb kann auch kein Hindernis für die passive Vererblichkeit einer Obligation durch *fideiussio*

¹ I.I.3,20,7 (Ulp. D.46,1,8 pr.).

vorliegen. In dieser Weise hat die römische Jurisprudenz ein allgemein anwendbares, vom Sicherheitsgesichtspunkt befriedigendes Bürgschaftsinstitut konstruiert. Das Bedürfnis eines solchen Instituts wurde um so stärker, je mehr die Geldwirtschaft an die Stelle der Naturalwirtschaft trat. Man war dabei infolge der Einführung von *fides* als dem für das Band Konstitutiven nicht von dem sonst geltenden Prinzip für die bindende Kraft einer Stipulation abgewichen. Indes scheint es offenbar zu sein, dass man ebensogut durch *fideiubere* direkt eine Obligation übernehmen kann, also ohne Anknüpfung an eine vorher bestehende Obligation mit anderem Passivsubjekt. Weshalb sollte man nicht einer anderen Person als aktivem Subjekt gegenüber anordnen können, dass ein gewisses Obligationsverhältnis zu dieser mit dem Erklärenden *selbst* als passivem Subjekt vorhanden sein soll und der so geschaffenen, zunächst nur moralischen Verbindlichkeit durch die *promissio*, die *fides* bedeutet, zivilrechtliche Kraft verschaffen? Auf diese Möglichkeit bezieht sich nun auch Gaius 3,112: *Ceterum potest etiam aliis uerbis uti adstipulator, quam quibus nos uti sumus. Itaque si uerbi gratia ego ita stipulatus sim: dari spondes? ille sic adstipulari potest: idem fide tua promittis? uel idem fide iubes? uel contra.* Wenn nun der adstipulator sagt: *idem fide iubes?*, muss der Sinn sein: Verordnest du, dass eine Obligation mit demselben Inhalt dich mir gegenüber belastet, und bekräftigst du die damit gegebene Übernahme einer solchen Obligation durch *promissio*? *Idem* hat hier keineswegs dieselbe Bedeutung wie *id* bei *Bürgschaft* durch *fideiussio*. Es bezieht sich nämlich nicht auf eine schon bestehende Verbindlichkeit, die nun als eigene Verpflichtung durch *iussus* und *promissio* übernommen wird, sondern auf die *Leistung*, die den Inhalt einer vorher bestehenden, durch Stipulation begründeten Obligation ausmacht. Und es wird erklärt, dass die Obligation, die der *fideiussor* auf sich nimmt, dieselbe Leistung zum Inhalt haben soll. Er übernimmt nicht *das* Band, das einem anderen gegenüber ihn belastet, sondern er begründet dem adstipulator gegenüber eine *neue* Obligation, die denselben Inhalt wie die ursprüngliche Obligation hat. Das Band selbst wird nicht gemeinsam. Nur der Inhalt der beiden Obligationen ist derselbe,

so dass nur objektiv, nicht subjektiv, dieselbe Obligation vorhanden ist. Deshalb hat hier das *fide iubere* dieselbe Bedeutung, als ob ein *idem spondere* oder *idem fide promittere* vorläge. Noch deutlicher wird die Möglichkeit, direkt eine Obligation durch *fide iubere* zu begründen, wenn man die Schlussworte bei Gaius: uel contra in Betracht zieht. Dadurch wird ja gesagt, dass die Obligation selbst, zu welcher eine adstipulatio hinzukommt, durch *fide iubere* begründet werden kann. Das Gesagte schliesst nicht aus, dass die fideiussio eine besondere Beziehung zur Bürgschaft hatte. Es folgt aber auch aus dem Angeführten, dass wenn fideiussio als Bürgschaft fungiert, es vollständig gleichgültig sein muss, ob die übernommene Schuld selbst wirklich zivilrechtlich gilt, oder wenn dies der Fall ist, ob sie der einen oder anderen Art ist. Immer wird der *fideiussor* zivilrechtlich verantwortlich, weil er das vorhandene Schuldverhältnis verordnet, und dies in Verbindung mit einer promissio. Deshalb betont Gaius I.119a, dass der fideiussor zu irgendwelcher Obligation, auch einer obligatio naturalis, ‚accedere‘ kann.

Zusammenfassung.

Die uerba: *spondes? spondeo*, die als *civilia* die schöpferische Kraft bei einem Sponsionsakte besaßen und die dadurch bewirkten, dass die Rechtsfolge des Aktes ganz durch die angewandten, diese uerba vervollständigenden Wörter bestimmt war, haben ursprünglich einen gemeinsamen Opferakt bezeichnet, bei welchem der Gegenpartei etwas zugesichert wurde. Als eine Darstellung eines solchen Aktes konnten die Worte eine zivilrechtliche schöpferische Kraft erhalten. Die Nichterfüllung des mit religiöser Kraft ausgerüsteten Versprechens brachte es ganz wie ein Eidbruch mit sich, dass der Versprechende von einer religiösen Befleckung oder vom Götterzorn getroffen wurde. Dabei waren wie immer bei religiösen Akten die ausgesprochenen Worte das allein Entscheidende. Ob das Versprochene realisiert werden konnte, war gleichgültig. Die erwähnte Folge des Wortbruches konnte der Stipulant auf den Spondierenden herabbeschwören. In dieser mittelbaren Weise hatte er diesen in seiner Macht. Aus einer solchen Vorstellungs-

weise entwickelte sich indes der Gedanke, dass der Stipulant *unmittelbar* durch Empfang der durch die Worte: *spondeo? spondeo* dargestellten Sponson eine Macht über die Person der Gegenpartei erwarb und dass die Erfüllung des Versprechens als eine Lösung von dieser Macht zu betrachten war. Daraus ergab sich indes die Konsequenz, dass die Erfüllung, die als eine Lösung fungieren sollte, nur durch eine Handlung im *eigenen* Namen des Spondierenden geschehen konnte. Damit stand in Zusammenhang, dass nur *eigenes* Verhalten in einer Spondierung mit solcher Kraft zugesichert werden konnte und dass, wenn die versprochene Handlung *an sich* unmöglich war, die Spondierung keine Kraft hatte. Durch eine *legis actio*, in welcher das Vorhandensein einer nicht eingelösten Sponson behauptet wurde, konnte die Macht des Stipulanten physisch realisiert werden. Da es zu der Zeit, als die fragliche Vorstellungsart Festigkeit gewann — spätestens zur Zeit des Gesetzes der XII Taf. — kein anderes römisches Privatrecht gab als das, welches *nur* für römische Bürger galt, wurde die Sponson, als unmittelbar das passive Subjekt bindend und als in einer *legis actio* geltend zu machen, an die Eigenschaft ‚römischer Bürger‘ geknüpft. Diesen spezifisch römischen Charakter bewahrte sie auch, als ein allgemeines privatrechtliches *ius gentium* dem römischen Recht einverleibt wurde. Die Sponson hatte deshalb niemals Kraft, wenn ein Peregrine kontrahierende Partei war, sofern nicht *communio sponsonis* dem Fremden bewilligt war (Gaius I.3.179), der damit an römischer Zivität Teil hat.

Sponsonen mit nur religiöser Kraft kamen auf völkerrechtlichem Gebiete noch zur Zeit des Gaius vor. Weiter fanden sich solche in der *sponsalia*. Ein Überbleibsel der ursprünglichen religiösen Kraft der Sponson auf dem zivilrechtlichen Gebiete war die *Culpa-Regel*, bei deren Ausbildung die *culpa* religiöse Befleckung bedeutete. Ein solches Überbleibsel macht sich speziell auf dem Gebiet der Bürgschaftssponson und der *adstipulatio* geltend. Der Umstand, dass diese Akte der Sache nach Spondierungen *pro alio* waren, welche als solche nur religiöse Gültigkeit haben konnten, hemmte die vollständige Ausbildung der zu-

gehörigen Obligation zu einer obligatio ex contractu. Der Gedanke an den religiösen Ursprung der zivilrechtlichen Sponsion war indes den späteren Juristen fremd, obgleich dieser Ursprung als der Hintergrund gewisser von ihnen geschilderter Institute auf dem Gebiete des Sponsionsrechtes hervortritt.¹

§ 9.

Über die ursprüngliche religiöse Bedeutung der promissio als historischer Erklärungsgrund der Wortgebundenheit der Stipulationsobligation durch promissio nach dem ius gentium.

Die Kraft, die die *sponsio* — unzweifelhaft der heiligste der Versprechensakte, an denen *beide* Parteien aktiv teilnahmen², und auch im Verkehr als religiös bindend angewandt, wenngleich nicht so gebräuchlich wie die einfache *promissio* — im spezifisch römischen Zivilrechte hatte, wurde im später ausgebildeten privatrechtlichen *ius gentium* durch *promissio* ersetzt. Allerdings sind hier nicht in entsprechender Weise die Worte *promittis?* *promitto* für die Gültigkeit der Stipulation nötig. Man *kann* auch sagen: *dabis? dabo*, bzw. *facies? faciam*.³ Es ist jedoch offenbar, dass auch in solchem Fall eine *promissio* als vorliegend betrachtet wurde, so dass diese Worte als ein: *promittis? promitto* gelten sollten. *Immer* wurde die in einer Stipulation eine gewisse Handlung (*dare facere*) versprechende Partei als *promissor* bezeichnet. Es gibt ein wichtiges Indiz für die Richtigkeit der Annahme, dass die *promissio*, aus welcher sich die zivilrechtlich bindende *promissio* entwickelt hat, den formellen Charakter

¹ LEIFER hat B. I. D. R. 1936—1937 S. 161 ff. „die Herkunft von *sponsio* und *stipulatio*“ abgehandelt. Da diese Darstellung sich nicht auf eine Analyse *römischer* Quellenstellen stützt und im Ganzen allzu hypotetisch ist, finde ich keinen Anlass, mich mit derselben auseinanderzusetzen, ohne damit bestreiten zu wollen, dass sie *möglicherweise* in verschiedenen Stücken einen geschichtlichen Beitrag zur Lösung des Problems gegeben hat. Die Analyse *römischer* Quellen führt in jedem Falle zu der hier gegebenen Erklärung.

² Oben S. 109, 127.

³ Gaius I.3,92.

eines *fide promittere* gehabt hat und dass das einfache *promittere* als eine verkürzte Ausdrucksweise zu betrachten ist. Wie bereits nachgewiesen worden ist, wurden auf dem Gebiete des *Bürgschaftsrechtes* die ursprüngliche Bezeichnung für den Spondierenden und die für den Akt selbst als *termini technici* beibehalten: *sponsor*, bzw. *sponsus* (Gen. -us). Der Grund dieser Eigentümlichkeit liegt darin, dass das Sichverbürgen durch Spondierung ursprünglich eine Zwischenstellung einnahm, indem hier eine Verbindung religiöser und zivilrechtlicher Obligation vorlag.¹ Nun ist indes zu beachten, dass das Sichverbürgen durch *promissio* nur durch idem *fide promittis?* geschehen kann² und dass *fidepromissor* nur einen Bürgen, der durch *promissio* konstituiert wird, bezeichnen kann. Da nun den *fidepromissor* ganz dieselbe Eigentümlichkeit hinsichtlich der Vererblichkeit der Bürgschaftsobligation kennzeichnet³ wie den *sponsor* und also die Bürgschaft durch *fidepromissio* auch auf das ursprüngliche Vorhandensein einer Kreuzung religiöser und zivilrechtlicher Obligation in der Person des Bürgen hindeutet, ist die Annahme natürlich, dass die primäre *promissio*, aus welcher sich die zivilrechtlich bindende *promissio* entwickelt hat, den formellen Charakter eines *fide promittere* gehabt hat, so dass bei der Anwendung des blossen *promittere* eine Verkürzung vorliegt.⁴ Dann aber erscheint es

¹ Oben S. 145. ² Gaius I.3,116.

³ Gaius I.3,120.

⁴ Es ist im übrigen zu beachten, dass die *lex Apuleia* und die *lex Furia de sponsu*, obgleich sie sicher nur die Stellung der *sponsores* regelten, von den Juristen, sobald es eine zivilrechtlich bindende Obligation nach dem *ius gentium* gab, auf die *fidepromissores* ausgedehnt wurden (oben S. 126 ff.), woraus hervorgeht, dass die letzteren nach römischer Anschauung eine den *sponsores* analoge Stellung hatten. Ferner ist beachtenswert, dass, obgleich das *fide promittere* der *term. techn.* für Konstituierung der Bürgschaft durch *promissio* war, dadurch doch auch ein Sich-Obligieren, das keine Verbürgung war, bezeichnet werden konnte. Dies ergibt sich aus der Bezeichnung der Stipulationsversprechen, die nach erhaltenen Kaufurkunden an Manzipationen angeknüpft zu werden pflegten. Bruns Fontes⁷ Nr. 130,12: *f(ide) promisit*, dasselbe Nr. 131,15, Nr. 132,13 und Nr. 133,11. In ganz entsprechender Weise war *sponsus* zwar *term. techn.* für Sichverbürgen durch Spondierung, konnte aber auch *allgemein* statt des gewöhnlichen Ausdruckes: *sponsio* angewandt werden (oben S. 127 f.).

natürlich, dass das *dabis?* oder *facies?* seinerseits als eine Verkürzung des einfachen *dari* bzw. *feri promittis?* zu betrachten ist, so dass nur eine noch weiter gehende Verkürzung aus Bequemlichkeitsgründen vorlag. — Dem *fide* promittere verwandt ist die von Paulus Sent. 2,3,1 angegebene mögliche Ausdrucksweise bei Stipulation: *fidei tuae* (Gen.) *erit?* Die Phrase muss bedeuten: wird die angegebene Handlung zu deiner Versprechenstreue gehören (so dass du diese durch Unterlassung verletzt)?

Die religiöse Grundlage der Kraft des *promittere*, eig. *fide* promittere, ist, wenn möglich, noch offener als beim *spondere*. Kein Zweifel kann hinsichtlich der heiligen Handlung herrschen, die durch die Frage und die Antwort: *promittis?* *promitto* als vorhanden dargestellt wird. Die Ansicht, dass *promittere*, primär = vorschicken, die Bedeutung *versprechen* dadurch bekam, dass ein Versprechen durch Darreichen der rechten Hand Kraft erhielt, hat starke Gründe für sich. In Corn. Nepos Datames 10,1 heisst es: *Hic tamen tam callidus vir extremo tempore captus est Mithridatis . . . dolo. namque is pollicitus est regi se eum interfectorum, si ei rex promitteret, ut quodcumque uellet liceret impune facere, fidemque de ea re more Persarum dextra dedisset. hanc (scil. dextram) ut accepit a rege missam . . .* Man beachte hier den Ausdruck: *dextram* mittere (das Wort hier im figürlichen Sinne angewandt. Vgl. Tac. Hist. 1,54) für den Akt, durch welchen ein *promittere* Kraft erhält. Vgl. ferner den Ausdruck *dextram porrigere* mit demselben Sinne, z.B. bei Cic. Cum sen. gratias egit 9,24: *consularem fidem dextramque porrexit*, eig. reichte die Versprechenstreue (hinsichtlich konsularischer Hilfe) und die Rechte (in einem Momente) dar. In der griechischen Sprache finden sich die Ausdrücke *τείνειν*, *ἐμβάλλειν δεξιάν* mit demselben Sinne. Aus dem primären *dextram promittere* scheint das bloss *promittere* als *versprechen* mit dem Versprochenen als Akkusativobjekt geworden zu sein. Dies deshalb, weil die dargereichte Rechte des Versprechenden, wenn der Versprechensempfänger sie mit seiner rechten Hand ergreift, dem Versprechen Kraft verleiht. Eine entsprechende Entwicklung scheint im griechischen Sprachgebrauche stattgefunden zu haben. Siehe z.B. Soph.

Philoktet 813: (Phil.) ἔμβαλλε χειρὸς πίστιν. (Neopt.) ἐμβάλλω μενεῖν. Das blosse ἐμβάλλω hat hier die Bedeutung erhalten: ich verspreche mit dem Versprochenen im Infinitivus, wobei dieser als Akkusativobjekt dient, obgleich das primäre Objekt χειρὸς πίστιν = fidem dextramque ist. Dies, weil das beim Darreichen der Rechten geleistete Versprechen durch diesen Akt bekräftigt wird. Es ist klar, dass die Ableitung des *promittere* als *versprechen* aus einem primären *dextram* *promittere*, wenngleich sie sehr wahrscheinlich ist, nicht streng bewiesen werden kann, da sich ein ‚dextram *promittere*‘ nicht direkt belegen lässt. Dass aber in jedem Falle das *promittere*, welches in Verbindung mit der *fides* steht, durch das Darreichen der *dextra* seine Kraft erhält, kann als ursprüngliche römische Anschauung direkt auf zahlreiche Äusserungen in älteren Quellen gestützt werden. Man beachte den Ausdruck: *fidem dextra dare* oder *fidem dextramque dare* als Bezeichnung für ein *promittere*. Dieser Ausdruck weist darauf hin, dass die Versprechenstreue als ein *Ding* betrachtet wurde, das in der dargereichten und angenommenen *dextra* seinen Sitz hat. Das Empfangen dieses Dinges seitens der anderen Partei bindet den Versprechenden an das bei dem Akt abgegebene Versprechen. Durch den Wortbruch vergreift er sich gleichsam an einer Sache, die dem Versprechensempfänger gehört. Der Empfänger wird eo ipso Herr über das damit gegebene Band.¹ Beim einfachen *fidem dare* muss deshalb ursprünglich ein *dextram dare* vorausgesetzt sein. Dieselbe syntaktische Eigentümlichkeit wie beim ἐμβάλλειν δεξιάν tritt auch hier hervor. Was versprochen wird, wird ein Akkusativ mit Infinitiv, der als Akkusativobjekt zum *fidem* (*dextram*) *dare* dient.²

¹ In Plautus Merc. 149 f. wird gesagt: (Cha.) Cedo tuam mihi dext[er]am: age[n]dum Ac[h]anthio. (Ac) em dabitur, *tene*.

² Siehe z.B. PLAUTUS Cist. 236 f. (Al.) Numquam edepol faciam. (Se.) *Fidem da*. (Al.) *Do*, non facturum esse me. Miles 453 ff. (Se) . . . te nusquam mittam, nisi das firmatam fidem / te huc, si omisero, intro ituram . . . (Ph.) / *Do fidem*, si omittis, isto me intro ituram, que iubes; Rudens 952: Si *fidem modo das* mihi te non fore infidum. Terentius Hec. 112 f. Si mihi *fidem das* te tacitauram. *Fidem dare* ist hier dasselbe wie das einfache *promittere*: versprechen. Vgl. hiermit die von Zusammenziehung abhängige Anwendung substantivischen

Zum *promittere* gehört wesentlich der Ablativ *fide*, so dass er, wenn er fehlt, hinzuzudenken ist.¹ Der Ausdruck hat ganz dieselbe Bedeutung, als ob gesagt würde: *dextra promittere*. Und wenn nur *fide promitto* gesagt wird, ohne dass die *dextra* wirklich dargereicht und empfangen wird, so wird dieser Akt in Worten dargestellt. Durch die Phrase: *fide mea iubeo* = ich verordne und binde mich dabei durch *fides*², wird dann auch ein solcher Akt ausgedrückt.³

Ebenso wie aber *fides* in Verbindung mit *dextra* hinsichtlich des Versprechenden die Versprechenstreue bezeichnet, die in der *dargereichten* und *empfangenen* *dextra* verkörpert ist, und zu welcher der Versprechende durch den Akt *verpflichtet* wird, bedeutet *fides* in derselben Verbindung hinsichtlich des *Berechtigten* die

Akkusativobjekts bei *male* oder *bene dicere* oder *facere*, *gratias agere* in der Vulgarsprache und im Spätlatein (LÖFSTEDT, Phil. Kom. zur Peregr. Aetheriae S. 218).

¹ Siehe oben S. 149 f., 154.

² Siehe oben S. 148 f.

³ Obgleich BESELER, Sav. Z. 45 (1925) S. 423 f. wahrscheinlich richtig das einfache *promittere* (als versprechen) aus dem Auslassen des ursprünglichen Akkusativobjektes (*manum*) erklärt und dabei gute Analogien aus dem lateinischen und griechischen Sprachgebrauche anführt, ist seine Darstellung in diesem Stücke doch im Ganzen verfehlt. Erstens behauptet er, dass im Ausdrucke *fide promittere* das Wort *fide* ein alter Dativus sei, obgleich der vollständige technische Ausdruck bei Plautus (Men. 894: *Sanum futurum mea ego id promitto fide*) und Gaius (I.3,112: *idem fide tua promittis*) *fide mea* oder *tua* ist. Hierauf ist schon von DAVID Sav. Z. 53 (1933) S. 609⁶ hingewiesen worden. Ausserdem führt BESELER in diesem Zusammenhang das Wort *contrahere* an und sagt: „Ferner *contrahere* = *manus contrahere* = gleichzeitig und gegenseitig die Hände ziehen: zwei Personen vollziehen durch gegenseitigen Handschlag eine gegenseitige Selbstvergeiselung, jeder von den beiden macht Miene, den anderen als seinen Geisel mit sich fortzuziehen.“ Wie die *gegenseitige* Vergeiselung, die das *contrahere* bezeichnen soll, physisch möglich ist, sagt der geehrte Verf. leider nicht. Diese Auffassung ist, soweit es sich um das *contrahere* (scil. obligationem) handelt, das bei Promissionsakten (ebenso wie bei Sponsionsakten und überhaupt bei Stipulationsakten) vorliegt, auch aus dem Grunde absurd, weil dort immer *nur* die eine Partei gebunden wird. Ausserdem scheint jeder Gedanke an die so stark bezeugte *religiöse* Bedeutung des Handschlags bei den Römern dem Verf. völlig fremd zu sein. Hierüber und über die Theorie BESELERs von einer Selbstvergeiselung bei Promissionsakten ausführlich Beil. 20.

durch die *empfangende* dextra erzeugte Kraft, von der Gegenpartei diese Treue zu fordern. Dies entspricht vollständig der doppelten Bedeutung der *fides* (ebenso wie der πίστις): Treue gegen jemanden und Vertrauen für jemanden. In der Verbindung mit dextra wird indes die *fides* in beiden Bedeutungen potenziert. Sie wird *einerseits* die Treue, die durch das Geben und Nehmen der dextra des Versprechenden dem Versprechensempfänger zur Verfügung gestellt wird, so dass er sie von dem Versprechenden fordern kann. Aus welchem Grunde, wird alsbald nachgewiesen werden. *Andererseits* bedeutet sie das verstärkte Vertrauen zur Versprechenstreue des Versprechenden, das durch die mit den Empfangen seiner dextra gegebene Macht, sie die Treue zu fordern, erzeugt wird.

Ohne Rücksichtnahme auf die letztgenannte Bedeutung der aktiven *fides* als in der dextra des Versprechensempfängers verkörpert sind die gewöhnlichen technischen Phrasen *fide rogare* und *fide accipere* mit ihrem sonderbaren Ablativus instrumentalis völlig unverständlich. Das erstere bedeutet: zum *fide* promittere oder *fide iubere* *auffordern*. Das letztere: als Bürgen *annehmen*. (Es handelt sich hier gar nicht um ein Moment im formellen Stipulationsakte, sondern um eine denselben vorbereitende Handlung des Stipulanten, der im voraus zum promittere bzw. *fide iubere* auffordert oder jemanden als Bürgen akzeptiert.¹) Der

¹ In der Kaufverhandlung, die bei Bruns als Nr. 130 angeführt wird, heißt es: Dacius Breucus emit mancipioque accept . . . de Bellico Alexandri, f(i)te r(ogato) M. Uibio Longo. Uibius Longus war aufgefordert worden, als Bürgen für die Stipulationsobligation, die der Verkäufer übernehmen musste, zu fungieren. Diese Aufforderung schloss natürlich ein, dass er im voraus als Bürgen akzeptiert war. Er leistete ihr Folge durch ein nach der Entstehung der Stipulationsobligation des Verkäufers abgegebenes formelles *fide iubere*, worüber in L. 14: id[em] fide sua esse iussit Uibius Longus. Hier kommt kein neues *fide rogare* vor, was beweist, dass *fide rogare* keineswegs als ein Ausdruck für die formelle *Frage*, die zu jeder Stipulation gehört, zu betrachten ist, sondern eine vorausgegangene Aufforderung zur Teilnahme (als passives Subjekt) an einem gewissen Stipulationsakte bedeutet. Vergleiche die *Provokation* zu einer Streitsponsion! Man provoziert (*prouocat* oder *laccessit*) dadurch, dass man *im voraus* die beabsichtigte Stipulationsfrage ausspricht, und macht dabei zur Bedingung der Provokation, dass der Gegner bestreitet, dass sich die umstrittene Sache

Ablativus *fide* ist nur dann verständlich, wenn man den als geschichtliche Grundlage für das *fide* promittere bzw. das *fide* iubere dienenden Akt berücksichtigt, der durch Handschlag vollzogen wurde. Dieser Akt fand so statt: Der Versprechende reichte unter Aussprechen der Versprechens-Worte *seine* dextra hin, und der Versprechensempfänger fungierte als solcher, indem er mit seiner Rechten die des Versprechenden ergriff. Oder umgekehrt: ersterer hielt zuerst seine dextra unter Aufforderung zum Abgeben eines Versprechens hin, das dadurch bekräftigt werden sollte, dass die andere Partei mit ihrer dextra die ausgestreckte Hand nahm. Erst durch die beiderseitigen

so verhält, wie der Provozierende behauptet. Siehe die Auseinandersetzung Röm. Obl. I S. 460 ff. Natürlich kann der Provozierte sich weigern, als passives Subjekt in der vorgeschlagenen Stipulation aufzutreten. Wenn er aber die Provokation annimmt, folgt die formell bindende Stipulation mit Frage und Antwort in Übereinstimmung mit der in der Provokation im voraus bestimmten Form. So nun auch beim *fide rogare*, obgleich dieses sich auf eine Stipulation mit selbständiger Bedeutung bezieht. Der Auffordernde bestimmt auch hier im voraus die Stipulation, die er verlangt. Diese Auslegung des *fide rogare* wird durch die entsprechende Ausdrucksweise in der in Nr. 132 angeführten Kaufverhandlung bestätigt, wo über den fungierenden Bürger zuerst gesagt wird: *f(ide) a(ccepto) Alexandro Antipatri (L. 5)*, dann, nachdem die eigene Stipulation des Verkäufers angegeben worden ist: *Id fide sua esse iussit Alexander Antipatri (L. 14)*, also ohne ein neues Erwähnen eines *fide accipere* des stipulierenden Käufers. Das *fide accipere* kann daher nicht die zur Stipulation gehörende *Frage* bezeichnen, was auch an sich klar ist. Es kann nur eine im voraus erfolgende *Akzeptierung* von Alexander Antipatri als Bürgen bedeuten. Es korrespondiert indes dem in Nr. 130 erwähnten an den künftigen Bürgen gerichteten *fide rogare*, das dann eine *Aufforderung* zum Sichverbürgen bedeuten muss. Dasselbe geht auch aus der Ausdrucksweise bei Anführung des Aktes hervor, durch welchen das eigene Stipulationsversprechen des Verkäufers zustande kommt. In Nr. 130 (L. 12 f.), in Nr. 131 (L. 13 f.), in Nr. 132 (L. 12 f.), in Nr. 133 (L. 10 f.) wird, nachdem die Bedingung der Haftung des Verkäufers angegeben worden ist, gesagt: *tantam pecuniam . . . dari fide rogavit (scil. der Käufer), dari fide promisit (scil. der Verkäufer)*. Es ist eine sprachliche Unmöglichkeit, das *rogare* hier mit *fragen* zu übersetzen. Es *muss* hier *verlangen* bedeuten. Der Käufer erheischt, dass unter gewisser Bedingung der Verkäufer ihm eine gewisse Geldsumme bezahlt, was als eine Aufforderung zum *fide promittere* fungiert, welcher der Verkäufer durch ein wirkliches *fide promittere* Folge leistet.

Handlungen der Parteien wurde das Versprechen bindend. Die Ausdrücke *fide* rogare oder accipere haben ursprünglich bedeutet: *durch* das Darreichen der *dextra* des Versprechensempfängers, in welcher die *fides* als die *Kraft*, durch Versprechen zu binden verkörpert ist, zu einem durch die *dextra* der anderen Partei zu befestigenden Versprechen *auffordern* bzw. ein solches im voraus *akzeptieren*. Die *dextra* des Versprechensempfängers allein gibt der mittelbaren Akzeptierung, die das *fide* rogare einschliesst, bzw. der direkten Akzeptierung *Kraft*, welche Akzeptierung für die *Kraft* des totalen Aktes notwendig ist. Das ursprüngliche *fide* rogare oder accipere ist indes bei der Entwicklung des formellen Stipulationsaktes aus dem religiöse Bedeutung besitzenden beiderseitigen Ergreifen der *dextra* durch die blosser Frage: *fide* promittis? oder *fide* iubes? ersetzt worden. Die erstgenannten Ausdrücke sind dann nur zur Bezeichnung einer den formellen Akt *vorbereitenden* Aufforderung zum Versprechen bzw. seiner Annahme angewandt worden. — Der vorliegende eigenartige Ablativus instrumentalis *fide* ist durch einen in Prekationsformeln vorkommenden, entsprechenden Ablativus zu beleuchten. So heisst es z. B.: *Te hac strue commouenda . . . precor* oder *Iupiter, te hoc fercto obmouendo precor*. Hier drückt der Ablativus das Mittel aus, durch welches die Prekation *Kraft* erhält.¹ Eine entsprechende Bedeutung hat der Ablativus in unserm Falle. Die Versprechensworte binden den dieselben Aussprechenden *durch* das Darreichen seiner *fides-dextra*: *fide* promittit, indem er *fidem dextramque* dat. Und die Aufforderung zum Versprechen bzw. seine unmittelbare Annahme wird *durch* die *fides dextra* des Versprechensempfängers ein Erwerb der *Kraft*, den ändern zu binden.

Wenn nun also das Darreichen der *dextra-fides* und das Ergreifen derselben durch die *dextra* des Empfängers eine Gebundenheit zu Versprechenstreue bzw. eine *Kraft*, selbst zu binden, konstituieren und diese Bedeutung später in die Frage und die Antwort bei Stipulationen mit *fide* promittere oder *fide* iubere hineingelegt wurde, so erhebt sich die Frage nach der Art dieses

¹ Siehe Das mag. ius S. 38, wo solche Formeln kommentiert werden.

Bandes. In dieser Hinsicht lassen uns die Quellen keineswegs im Stiche. Die religiöse Bedeutung des Aktes, in welchem die rechten Hände ineinander geschlossen werden und das Fides-Band geknüpft wird, wird offen ausgesprochen. PLINIUS sagt N. H. II, 45, 250: *inest et aliis partibus (corporis) quaedam religio, sicut in dextera: osculis auersa adpetitur, in fide* (h. e. in Akten, in welchen eine Verbindlichkeit zur *fides* konstituiert wird) *porrigitur*. Da *religio est* dasselbe wie *ius non est, fas non (nefas) est* bedeutet¹, ist es klar, dass es sich hier um ein einem gewissen Verhalten anhaftendes Tabu handelt, das aus dem Darreichen der *dextra* entsteht. Die Befleckung oder *ira deorum* trifft den Täter bei Wortbruch infolge des Aktes, der *fides* notwendig macht.

Weshalb aber wird der Wortbruch auf Grund des Aktes tabuiert? Cicero sagt pro Deiotaro 3, 8: *Per dexteram istam te oro, quam regi Deiotaro hospes hospiti porrexisti, istam, inquam, dexteram non [tam] in bellis nec in proeliis quam in promissis et in fide firmiorem*. Die Kraft der dargereichten *dextra* gegen den Bruch dabei geleisteter Versprechen und überhaupt gegen das Verletzen der *fides*, die darin verkörpert ist, zu reagieren, ist nicht weniger stark als die derselben *dextra* in Krieg und Schlachten. Auf diese Kraft, die natürlich nicht physisch ist, sondern ausschliesslich darauf beruht, dass die heilige *fides* in der Hand ihren Sitz hat, weist der Sprechende warnend hin: *per istam dextram te oro!* Es ist ferner zu beachten, dass es sich hier nicht unmittelbar um ein besonderes Versprechen handelt, sondern um die direkt wirksame *dextrarum iunctio*, die die gegenseitige Treue in dem dadurch geschaffenen Freundschaftsverhältnis notwendig macht, indem ohne dieselbe religiöses Verderben droht. In der Folge heisst es: *Tu illius domum inire, tu uetus hospitium renouare uoluisti; te eius di penates acceperunt, te amicum et placatum [Deiotari] regis arae focique uiderunt*. Die mutmasslich gemeinindogermanische Vorstellung, die solchen Wörtern zugrunde liegt, ist die, dass das *Haus*, der *Altar*, der *Herd*, die *Hausgötter* übernatürliche, Leben spendende Kräfte beherbergen,

¹ Siehe Das mag. ius S. 27—28.

die zugunsten derer fungieren, welchen sie angehören. Der Fremde aber, der zu diesen mächtigen Dingen Zutritt erhält, nimmt eo ipso Teil daran. Dadurch entsteht für den Inhaber und den Fremden eine gemeinsame Teilnahme an *denselben* Lebenskräften. Feindseligkeit gegen den Fremden-Gastfreund und umgekehrt muss dann als ein Angriff auf diese gemeinsame Lebenskraft erscheinen, die dann durch ein die feindliche Person treffendes Verderben reagieren muss. Man greift ja damit seine eigene Lebensquelle an. Die Handlung wird so religio. Ein *heiliges* Band wird konstituiert, dessen Bruch gefährlich ist. So nun auch beim Handschlage. In der dextra selbst wohnt eine besondere innere Kraft, die eigenen Zwecke zu realisieren. Durch dextrarum iunctio werden die bezüglichen Kräfte in einer übernatürlichen Weise vereinigt und so eine mystische Gemeinschaft hinsichtlich der Kraftquelle geschaffen. Man vergleiche primitive Vorstellungen von der mystischen Übertragung in äusseren Gegenständen eingeschlossener Kräfte durch Berührung oder überhaupt äusseres Zusammensein. Die fraglichen Kräfte werden als *fluida* betrachtet, die von einem Gegenstand auf einen anderen übertragen werden. Wenn die Verbindung ursprünglich organisch gewesen ist, entsteht sogar eine übernatürliche Schicksalsgemeinschaft. Von dem Schicksal der Nabelschnur, der Nachgeburt, des abgeschnittenen Haares oder der Nägel ist das Geschick des Individuums abhängig.¹ Das Haar und die Nägel des flamen dialis müssen, wenn sie abgeschnitten worden sind, unter einer *arbor felix* — einem Baum mit Glückskraft — begraben werden.² Durch diesen Baum werden sie übernatürlich potenziert und wirken damit auf die glückbringende Kraft des flamen dialis zurück, welche für das römische Volk die grösste Bedeutung hat. Würden sie ohne weiteres weggeworfen werden, so würden *sie* und damit der Priester selbst verunreinigt werden. Aber auch durch zufällige Berührung kann eine solche Übertragung der

¹ Siehe hierüber meinen Aufsatz: Vergleich zwischen den Kraftvorstellungen der primitiven und der modernen Kulturvölker in Festschr., Prof. A. Grotenfelt zugeeignet (1933) S. 82—83.

² Gell. N. A. 10, 15, 15.

Kraftfluida geschehen. Indem man einen Nagel in die Spur des gejagten Wildes schlägt, lähmt man dieses selbst, da es etwas von seiner individuellen Potenz in dem Boden, auf den es getreten hat, hinterlässt. Die Peruindianer reiben die Füße eines neugeborenen Kindes an einem Schleifstein, um sie hart zu machen. Jesus fühlte, dass „Kraft“ von ihm ausgegangen war, als ein Weib seine Kleider berührt hatte. In den kürzlich entdeckten Grotten in den französischen Pyrenäen finden sich Bilder von Tiermasken. Diese Masken sind von Zauberern getragen worden. Die dabei zugrunde liegende Vorstellung war, dass die Tierhaut die Kraft des Tieres auf den Träger übertrug, wie man aus ähnlichen Gebräuchen bei neuzeitlichen primitiven Völkern schliessen kann. Bei Australnegern pflegt bei Vegetationsriten das Totemtier des Klans durch Menschen dargestellt zu werden, die als Repräsentanten des Klans die Kraft des Tieres für denselben wirksam machen. Dabei werden Lieder gesungen, in welchen die agierenden Personen für Totemtiere erklärt werden, die nun anwesend sind und für das Wohl des Klans wirken. Mutmasslich bezieht sich das Wort *τραγῳδία* „Bockgesang“ ursprünglich auf eine Zeremonie mit ähnlicher Bedeutung, bei welcher in Zeiten des Unglücks mit Bockhäuten bekleidete Menschen auftraten, um die Kraft des Bockes, Fruchtbarkeit hervorzurufen, auf die Gruppe zu übertragen, und der Sinn des Aktes in Gesängen erklärt wurde. In unserm Falle führt eine solche Vorstellungsweise zu der Anschauung, dass durch die gegenseitige Berührung der dextrae unter Abgabe einer Erklärung eine übernatürliche Gemeinschaft der Kräfte entsteht. Wenn bei dieser gegenseitigen Kraftübertragung ein spezielles Versprechen abgegeben wird, schliesst die Untreue gegen dieses einen Angriff auf die neue gemeinsame Kraftquelle ein, und diese zeigt ihre Macht in dem Verderben, das in übernatürlicher Weise den Verletzenden trifft. Deshalb ist der Wortbruch mit religio behaftet. Man trifft sich selbst dadurch, dass man eine gemeinsame Kraftquelle angreift. Wenn die dextrarum iunctio direkt die Personen selbst miteinander verbindet, liegt es ja auf der Hand, dass das Vermeiden jeder feindlichen Handlung, worin dann die fides besteht, notwendig

ist, weil eine solche Handlung einen direkten Angriff auf die Kratgemeinschaft einschliesst.

Die in dieser Weise erzeugte ebenso wie die aus anderen Gründen bestehende mystische Lebensgemeinschaft, die die Personen miteinander verbindet, wird in ihrer Eigenschaft als einer heiligen unverletzbaren Kraft bisweilen als *ius* bezeichnet. Bei Livius 23,9,2 heisst es z.B.: ‚Per ego te‘, inquit, ‚fili, quaecumque *iura* liberos iungunt parentibus, precor quaesoque, ne ante oculos patris facere et pati omnia infanda uelis‘. Was sind hier die de Eltern und Kinder vereinigenden *iura*? Dass es sich bei Livius, der natürlich zu seiner Zeit gebräuchliche Redeweisen anwendet, um eine nicht sinnliche Gemeinschaft zwischen Eltern und Kindern handelt, die sich bei feindseliger Handlungen gegen den Täter wendet, aber, wenn sie respektiert wird, ihre innere religiöse Gesundheit bewahrt, kann, wenn man die allgemeine Bedeutung des *ius* auf religiösem Gebiete berücksichtigt, nicht bezweifelt werden. Dieses Wort bedeutet hier immer eine göttliche, für die Menschen wirksame Kraft, welche diese anwenden können, die sich aber in ihr Gegenteil verwandelt, wenn man auf eine Weise verfährt, die den Bedingungen ihres Bestandes widrstreitet. In entsprechender Weise bedeutet ‚*ius*‘ auf diesem Gebiete dasselbe wie *purus* = der von Befleckung Reine, der eo ipso das göttliche Wohlwollen genießt. *Ius est*, von einer die Götter berührenden Handlung gesagt, hat den Sinn, dass sie die Wirksamkeit die Götter *zugunsten* des Handelnden steigert, und *ius non est* = nefas est bedeutet das Umgekehrte.¹ Die angeführten Worte bei Livius bedeuten daher: Unter Anrufen der heiligen Gemeinschaft zwischen Eltern und Kindern, deren Respektierung die religiöse Gesundheit bewahrt, beschwöre ich dich, mein Sohn . . . Die schändlichen Handlungen, die der

¹ Siehe Das mag. *ius* S. 23 ff. und Der röm. Obl. I S. 555 A. Man beachte auch den Ausdruck: *diuina iura polluere*. Siehe z.B. Cic. pro S. Roscio 2355, dort von einem parricidium gesagt, und Phil. 11,12,29. In Cic. pro Mil. 3135, Röm. Obl. I S. 555 angeführt, wird vom *ius* albanischer Hügel, Haine und Altäre gesprochen, welches *ius* sich durch Befleckung in sein Gegenteil verwandelt und so seine Kraft, gegen die Verunreinigung zu reagieren, gezeigt haben soll.

Vater unter Hinweis auf die Gefahr, sie vor *seinen* Augen vorzunehmen und ihn dadurch grob zu verletzen, abwehren will, werden durch die nachfolgenden, höchst ausdrucksvollen Worte angegeben: 'Paucae horae sunt, intra quas *iurantes* per quidquid deorum est, *dextrae dextras iungentes, fidem obstrinximus* — ut *sacratas fide manus* digressi a conloquio extemplo in eum armaremus? ab *hospitali mensa* surgis . . . ut eam ipsam mensam cruentares hospitis sanguine? Die Zusammenstellung der Gründe, welche die geplante Bluttat zu einem besonders furchtbaren religiösen Verbrechen, ‚infandum‘, machen, ist sehr bezeichnend. Der Vater und der Sohn haben die Freundschaft mit der gemeinten Person bei allen Göttern *beschworen: iurantes* per . . . Iurare bedeutet *ius* in dem Sinne schaffen, dass die als ‚testes et arbitri‘ bei einer Erklärung zugezogenen Götter als eine Glückskraft wirksam werden, falls das Erklärte wahr ist bzw. das Versprochene gehalten wird. Die Götter helfen dem Eidestreuem und lieben ihn. Der Meineidige aber wird *periurus*, befleckt das von ihm selbst Erzeugte und macht es damit zu einer Fluchmacht.¹ Ferner: *dextrarum iunctio* macht infolge der damit geschaffenen, in den *dextrae* vorhandenen, heiligen, gegenseitig bindenden *fides* die Hände selbst heilig: *fide sacratas*. Dass sie unmittelbar, nachdem sie so geheiligt worden sind, zu einer Bluttat gegen die Person missbraucht werden, der gegenüber die *fides* gilt, muss beispielsweise einer Tempelschändung gleichzustellen sein. Endlich: die Gastfreundschaft, die durch das gemeinsame Essen am Tische des Wirtes begründet wird, vereinigt religiös und macht den Tisch selbst im Verhältnis zwischen dem Wirt und dem Gaste heilig. Wie soll es nicht eine Schändung des Heiligen sein, wenn du nun unmittelbar danach den Tisch mit dem Blute des Gastfreundes bespritzest? In einer anderen Stelle (29,24,3) wird die zum *hospitium* und zur *societas* gehörende Gemeinschaft als *iura hospitii*, bzw. *societatis* bezeichnet: . . . monet eum, ne *iura hospitii* secum neu cum populo Romano in itae *societatis* neu fas, fidem, dexteras, deos testes atque arbitros conuentorum fallat.

¹ Siehe Der röm. Obl. I S. 567.

Das *fallere* bedeutet hier offenbar dasselbe wie *uiolare*, und es handelt sich ebenso wie in der vorher kommentierten Liviusstelle um ein *diuina iura polluere*.

Indes müssen wir hier einen Schritt weiter gehen. Aus der *fides*, die in einzelnen Fällen in der *dextra porrecta* verkörpert ist, machten die Römer durch Generalisierung und Hypostasierung eine Gottheit, welcher die *dextra* geweiht (*consecrata*) ist¹ und welche deshalb darin ihren Sitz hat. Ihr Bestand als eine die religiöse Gesundheit des Volkes aufrechterhaltende Kraft ist von der Treue der Einzelnen bei Handschlag abhängig. Durch Untreue wird sie verunreinigt. Da es für das Volk wichtig ist, dass die göttliche Kraft unbefleckt ist, war in einzelnen Fällen ein besonderer Gottesdienst für die Beförderung der Treue angeordnet. Numa, erzählt Livius 1,21,4, befahl den *flamines* in diesem Dienst: *bigis curru arcuato* (zum Schutze gegen von aussen kommende Unreinheit) *uehi iussit* (scil. nach dem Heiligtum der *Fides*) *manuque ad digitos usque inuoluta* rem *diuinam facere*, *significantes fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse*.² Die Hand des *Fides*-Priesters symbolisiert das numen *Fides*, weil dieses in der *dextra porrecta* seinen Sitz hat. Das Schützen der Hand gegen äussere Unreinheit durch die Hülle symbolisiert das Aufrechterhalten der positiven Kraft der *Fides*-Gottheit gegen religiöse Verunreinigung durch das Verletzen der mit der *dextrarum iunctio* notwendig gewordenen Treue im menschlichen Verkehr. Die Symbolisierung aber bewirkt nach allgemeiner magischer Vorstellungsweise das Symbolisierte.³

¹ Seru. ad Aen. 3,607.

² Dass das beim Einhüllen der Hand angewandte Tuch *weiss* sein sollte, geht aus Hor. Carm. 1,35,21 f. hervor: *Te spes et albo rara Fides colit / uelata . . . panno*. Die weisse Farbe schützt gegen religiöse Unreinheit. Vgl. den *albo-galerus* des *flamen Dialis*, der besonders gegen für die religiöse Gesundheit gefährliche Mächte geschützt werden musste. — Siehe auch Seru. ad Aen. 1,292 und 8,636: *fides tecta esse debet et uelata*.

³ Dass der religiöse Kultus bei den Römern die Erhöhung der Kraft der Götter, für die Menschen zu fungieren, bzw. die Abwehr Unglück bringender göttlicher Mächte bezweckt, habe ich in Das mag. ius (besonders S. 36 ff. und 45 ff.) nachgewiesen. Darüber, dass der Kultus von zu *numina* hypostasierten,

Wir können nun aber drei verschiedene Schichten in dem Gedanken, dass die *fides* in der *dextra porrecta* eingeschlossen ist, unterscheiden. Die Wurzel dieses Gedankens ist die Vorstellung, dass durch das Geben und Nehmen der *dextra* eine mystische Gemeinschaft der zu diesen *dextrae* gehörenden Kräfte entsteht. Dadurch wird alles, was als ein Angriff auf die die Hand nehmende Gegenpartei betrachtet werden kann, auch ein Angriff auf die übernatürliche Gemeinschaft, wodurch der Angreifer sich selbst trifft. Der, dem die Hand gegeben wird — d. h. bei speziellem Versprechen nur der Versprechensempfänger, bei Begründung von Frieden und Freundschaft beide Teile — kann durch Herabrufen von Fluchkräften oder des Götterzornes reagieren. Da nun das richtige Verfahren hier als *fides* bezeichnet wird, ist es, wenn man die Tendenz der Römer zur Verdinglichung ihrer religiösen Begriffe berücksichtigt, nicht verwunderlich, dass auch die *fides* ein Ding wird, welches in der dargereichten und empfangenen *dextra* inhäriert und als solches heilig ist, und bei Verletzung den Götterzorn notwendig macht. Indes handelt es sich hierbei zunächst um die *fides*, die im konkreten Falle heilig gehalten werden muss. Auf diesem Boden entwickelt sich aber die Vorstellung, dass alle einzelnen *Fides*-Dinge in einer gemeinsamen *Fides*-Gottheit eingeschlossen sind. Nach dieser Vorstellungsweise ist es diese in der *dextra porrecta* ihre Existenz besitzende Gottheit, die durch Untreue verletzt wird und die gegen die Verletzung als eine Verunreinigung des Heiligen reagiert.

Man vergleiche hiermit den Überbau über dem Zwange, den *ἰκέτης* zu achten. Dieser Zwang beruht ursprünglich auf der Gemeinschaft zwischen dem Flehenden und dem Angeflehten, welche durch äussere Handlungen, z. B. das Umfassen der Knie oder das Einnehmen eines Platzes auf dem Herde, entsteht. Nach dem Eintritt in das Haus des Alkinoos umfasst Odysseus als *ἰκέτης* mit den Händen die Knie der Gemahlin und setzt sich

wünschenswerten menschlichen Eigenschaften, z. B. *uirtus*, *honor*, *uerticordia*, der Verstärkung derselben im menschlichen Leben dienen soll, siehe *Der röm. Obl.* I S. 294. Zu dieser Art Kultus gehört natürlich der *Fides*-Kultus.

danach auf den Herd.¹ (Über den Anlass der erstgenannten Sitte findet sich bei Plinius d. Ä. eine ausführliche Erörterung, die in Beil. 20 abgehandelt wird. Dies schliesst nicht aus, dass man *Zeus* als Schutzherrn der *ἱέταρι* darstellt.²) Die Notwendigkeit, den *ἱέταρις* zu respektieren, kann aber auch aus dem Tragen des heiligen Olivenzweiges entspringen, an dessen Kraft der Träger teilhat. Jedoch wird in jedem Falle *Zeus Hikesios* als der Schutzherr des *ἱέταρις* betrachtet. Aus der auf der Berührung einer zu der angeflehten Person gehörenden Kraftquelle, z. B. der Knie als Sitz der Vitalität (hierüber in Beil. 20) oder des Herdes beruhenden Lebensgemeinschaft oder aus der Kraft des getragenen Olivenzweiges, welche Mächte durch Befleckung gegen die Missachtung des *ἱέταρις* reagieren, ist durch Generalisierung und Hypostasierung eine besondere Gottheit geworden. Diese *zürnt* den Verbrechern als *sie* selbst verletzend. In entsprechender Weise beruht ursprünglich der Zwang, den Gastfreund zu achten, auf einer äusseren Handlung, durch welche Lebensgemeinschaft entsteht, z. B. dem Essen an demselben Tische, — *ἄλλεξ καὶ τράπεζα*. Aus der Kraft dieser magischen Verbundenheit ist ein gegen jede Feindseligkeit dem Gastfreunde gegenüber reagierender Gott geworden: *Zeus Xenios* (*Jupiter hospitalis*). Dann ist auch *die* Auffassung natürlich, dass die Gottheit selbst in den Dingen ihr Dasein hat, durch deren Berührung der Zwang zur Respektierung primär entsteht. So erhält die *Fides*-Gottheit ihren Sitz in der *dextra porrecta*.³

Wir haben nachgewiesen, dass der Ablativus *fide* in den Phrasen *fide* promittere, *fide* rogare, *fide* accipere, die zum Stipulationsrechte gehören, so zu erklären ist, dass die *dextra porrecta*, in welcher die *fides* verkörpert ist, das Werkzeug war, durch welches das Versprechen bzw. die mittelbare oder unmittelbare Annahme eines Versprechens passiv bzw. aktiv religiöse Kraft erhielt. Ursprünglich muss das Aussprechen der Formeln: *fide* promitto bzw. *fide* rogo oder *fide* accipio als eine Wortdarstellung

¹ Od. 7, 142 ff., v. 153.

² v. 164 f.

³ Beil. 20.

des Darreichens der *dextra* unter Abgabe eines Versprechens oder Aufforderung zu einem solchen oder unter Annahme eines Versprechens betrachtet worden sein. Damit ist indes beinahe *ad oculos* demonstriert, dass die zivilrechtliche Kraft des *fide promittere* und des einfachen *promittere*, das, wie nachgewiesen wurde, als eine Verkürzung des ursprünglichen *fide promittere* zu betrachten ist, von dem damit gegebenen religiösen Bande her stammt. Man hat im später konstruierten privatrechtlichen *ius gentium*, in Analogie mit der Entwicklung des zivilrechtlich bindenden *spondere* auf dem Gebiete des *ius proprium Romanorum*, dem (*fide*) *promittere* eine zivilrechtliche Kraft zugeschrieben. Der Empfänger hat nicht eine nur durch die Götter vermittelte Macht über den Versprechenden, der sein Wort bricht, sondern er erwirbt unmittelbar mit der Abgabe des Versprechens eine Macht über die Gegenpartei, von welcher Macht diese sich durch die Erfüllung befreien kann. Es ist nur zu beachten, dass in der zivilrechtlich gültigen *promissio* das ursprünglich notwendige *fide rogare* als Aufforderung oder *fide accipere* als Annahme des Versprechens durch die blosse Frage: (*fide*) *promittis* ersetzt worden ist, und dass das *fide rogare* und das *fide accipere* nun bloss den zivilrechtlich bindenden Akt mit Frage und Antwort vorbereiten. Endlich ist zu bemerken, dass der Ablativus *fide* in *fide iubere* auf einer der Phrase *fide promittere* nachgebildeten Phraseologie beruhen muss, so dass der religiöse *Ursprung* derselbe ist.

Es ist höchst wichtig, die hier dargelegte Bedeutung der *fides* von ihrer Bedeutung in der römischen *Moral* zu unterscheiden. In allen *iudicia*, in welchen zum intendierten oportet *ex fide bona* hinzugefügt wird, wird die in dem vorliegenden Verhältnisse zwischen den Parteien moralisch erforderliche Treue als eine juristische Pflicht geltend gemacht. Die *mala fides* ist dann das der moralisch erforderlichen Treue widerstreitende Verhalten. (Wenn *bona fides* der *mala fides* als guter Glaube beim Besitze entgegengestellt wird, handelt es sich um einen den Besitz moralisch rechtfertigenden Glauben contra einen solchen, der den Besitz zu einem moralischen Unrechte macht. Besonders beachtens-

wert ist hier das bei Manzipationen *fiduciae causa* vorkommende *fiduciam contrahere*, das durch Nunkupation in Zusammenhang mit dem *mancipio dare* erfolgt.¹ Das Wort *fiducia*, das oft mit *fides* zusammengestellt oder durch *fides* ersetzt wird, wenn es sich um Übergabe einer Sache oder Person zu *fiducia* (mit Manzipation oder ohne solchen Akt) handelt², hat an sich einen moralischen Sinn und bedeutet die nach den vorliegenden Umständen moralisch erforderliche Treue im Verfahren hinsichtlich des Übergebenen. Man kann deshalb dieses Wort ebenso wie das Wort *fides*, wenn es mit *fiducia* zusammengestellt wird oder statt *fiducia* fungiert, als *bona fides* in der vorhandenen Lage bestimmen. Dass dies richtig ist, geht mit völliger Evidenz daraus hervor, dass zum betreffenden *iudicium* ein *ex bona fide* oder ein *uti inter bonos bene agier oportet* gehört.³

Man beachte nun, dass die Phrasen *fide promittere*, *fide rogaré*, *fide accipere*, *fide iubere* in der juristischen Terminologie ausschliesslich zum Stipulationsrecht gehören. Sie sind nicht anwendbar, wenn es sich um Versprechen handelt, die zwar juristische Kraft haben, in welchen aber die erforderliche Versprechenstreue von dem im vorliegenden Verhältnisse zwischen den Parteien *moralisch Rechten* bestimmt ist. Im letzteren Falle ist der Ausdruck für die erforderliche Treue *bona fides*, welcher Ausdruck dem Stipulationsrechte völlig fremd ist. Der Grund der scharfen terminologischen Differenz liegt auf der Hand. Das

¹ Der röm. Obl. I S. 394 ff.

² Siehe z. B. Plautus Trin. 117: Qui tuae mandatus est *fide et fiduciae* und 141 f.: . . . *concreditumst . . . fide et fiduciae* (*fide* ist hier ein älterer Dativus). In Aul. 615 *Tuae fidei* *concredidi*, Cas. 1007. *Tuae fidei* *credo?*, Cist. 245: *Quae mihi esset commendata et meae fidei concredita* ist die Phrase durch das blosser *fidei* ersetzt. In der formula Baetica, Bruns, Nr. 135, 3, u. 4 heisst es: *fidi fiduciae causa mancipio dedit*.

³ Der röm. Obl. I S. 396. — Wenn Plautus Trin. 128 von einem jemanden anvertrauten Jüngling, der nach der Ansicht des Sprechenden treulos behandelt worden ist, ironisch gesagt wird: *Edepol fide adolescentem mandatum malce*, wird natürlich vorausgesetzt, dass die Übergabe mit fiduziarischem Zwecke so geschieht, dass das Übergebene der *bona fides* des Empfängers anvertraut wird.

fide promittere etc. hat seine geschichtliche Grundlage in der Vorstellung, dass die *dextra porrecta*, in welcher die Versprechens-treue bzw. die Kraft, das Versprechen geltend zu machen, verkörpert ist, dem Versprechen passiv und aktiv religiöse Kraft verleiht. *Fides-dextra* ist ein Werkzeug, wodurch das Versprechen seine Kraft erhält. Das Fungieren dieses Werkzeuges ist ursprünglich als durch das *fide promittere etc.* bei den Stipulationen dargestellt betrachtet worden. Als *Darstellung* in Worten des wirklichen religiös bindenden Handschlages hat das *fide promittere etc.* im Stipulationsrechte Bedeutung erhalten. Deshalb ist die mit einer *promissio* gegebene Obligation als eine Obligation betrachtet worden, welche *uerbis* (scil. *sollennibus*) *contrahitur*. Deshalb ist auch ein im Akte hervortretender oder nicht hervortretender *consensus* bedeutungslos, und darum muss auch die Auslegung nach dem objektiven Sinne der *Worte*, nicht nach der in denselben nach den Umständen hervortretenden Parteiabsicht erfolgen. Bei allen den Obligationen aber, für welche die *moralisch* erforderliche *fides* = *bona fides* bestimmend ist, gilt das Umgekehrte, insofern überhaupt ein *consensus* bzw. eine besondere Parteiabsicht in Frage kommen kann. Dies, *weil* hier kein formgebundener *religiöser* Akt bzw. die Darstellung eines solchen in Worten die geschichtliche Grundlage der Kraft des Aktes gewesen ist, sondern nur die in besonderen Situationen *moralisch* erforderliche Treue für die Obligation bestimmend ist. Allerdings kann in gewissen Fällen, wie bei *fiducia cum amico*, bei familienrechtlichen fiduziarischen Manzipationen und bei der den Vormund belastenden Obligation, die in einem *iudicium bonae fidei* geltend gemacht wird, der *consensus* als Grundlage der Gültigkeit ebenso wie die im Akte hervortretende Parteiabsicht als Grundlage der Auslegung bedeutungslos sein. Im ersten Falle aber wird die *moralisch* richtige Treue beim Verfahren mit der manzipierten Sache in *abstracto* in der Nunkupation vor *testes rogati* gefordert, weshalb die Forderung eines *consensus* hier sinnlos ist und auch nicht nach einer besonderen Parteiabsicht gefragt werden kann. Im zweiten Falle wird der Inhalt der *fiducia* — z. B. *ut sibi remanciparetur* — in der Nunkupation solenn ausgesagt, weshalb auch

hier dasselbe gilt.¹ Wenn die zur fiducia manzipierte Sache als *Pfand* dienen soll, in welchem Falle, wie aus der formula Baetica hervorgeht, der Inhalt der fiducia durch ein hinzugefügtes pactum bestimmt wird, ist zwar die Frage nach dem Vorhandensein des consensus auch hier sinnlos, weil die fiducia als gefordert unter Hinweis auf ein hinzuzufügendes pactum solenn ausgesagt worden sein muss. Das pactum selbst, das hier in derselben Weise an den Hauptakt angeknüpft wurde wie pacta betreffs der Nebenbestimmungen an formlose Vereinbarungen und das gerade deshalb Gültigkeit erhielt, muss so wie diese pacta ausgelegt worden sein, d.h. nach der im pactum selbst hervortretenden Parteiabsicht. Im dritten Falle kann natürlich kein consensus, der dann im Verhältnisse: Vormund und Mündel vorhanden sein würde, Bedeutung erhalten. Ebenso ist hier die Frage nach der gemeinsamen Parteiabsicht sinnlos. Wenn aber eine Obligation, die in einem iudicium ex fide bona geltend gemacht wird, ihre Grundlage in einer formlosen, besonders benannten Vereinbarung hat, wie es bei depositum, Übergabe zum pignus und mandatum, societas, emptio uenditio, locatio conductio der Fall ist, so ist der in der Vereinbarung hervortretende consensus — nicht die Worte als solche — die Grundlage der Gültigkeit, ebenso wie dabei angewandte Worte nach der in denselben unter Rücksichtnahme auf den Sinn des Aktes hervortretenden gemeinsamen Parteiabsicht, nicht nach ihrem objektiven Sinn, auszulegen sind. Dies, weil der, welcher ein Versprechen abgegeben hat, sich nur dann als durch das Versprechen moralisch gebunden betrachten kann, wenn ein im Versprechensakt bei vernünftiger Überlegung hervortretender Sinn konstatiert werden kann. Daher stammt die juristische Forderung, dass für die Gültigkeit des Aktes consensus notwendig ist und dass die Auslegung nach der im Akte hervortretenden gemeinsamen Parteiabsicht geschehen muss. Dass der consensus nur betreffs der Hauptsache, nicht hinsichtlich der in besonderen an den Hauptakt angeknüpften pacta gegebenen Nebenbestimmungen nötig ist, und dass sogar hinsichtlich dieser,

¹ Siehe hierüber Der röm. Obl. I S. 394 f.

wenn keine im Akte selbst hervortretende gemeinsame vernünftige Absicht vorhanden ist, nicht nach dem *faktischen* Sinn gefragt werden darf, sondern die Undeutlichkeit der Partei zum Nachteile gereichen soll, welche die Übereinkunft formuliert hat¹, hat natürlich seinen Grund in der rechtspolitischen Rücksicht auf die Bedürfnisse der Verkehrs, obgleich *formell* immer die bona fides das Prinzip für die Entscheidungen sein soll.

Also kann allgemein gesagt werden, dass es zwei Arten von Kontrakten mit zivilrechtlicher Gültigkeit gibt, die in der *fides* ihre letzte Grundlage haben, nämlich Stipulationen durch (*fide*)promittere und Kontrakte, welche in iudicia ex fide bona geltend gemacht werden. Die fides aber spielt in den beiden Fällen eine fundamental verschiedene Rolle. Im ersten Falle hat die fides, sei es, dass sie direkt in der Stipulation als das Instrument, durch welches das promittere Kraft hat, bezeichnet wird, sei es, dass sie als solches Instrument vorausgesetzt wird, ihre zivilrechtliche Kraft von einem in der Stipulation als vorhanden dargestellten *religiösen* Akte erhalten. Deshalb herrscht hier vollständige Wortgebundenheit. Im zweiten Falle aber hat die fides ihre zivilrechtliche Kraft dadurch gewonnen, dass die *moralisch* erforderliche Versprechenstreue juristische Bedeutung erhalten hat. Deshalb wird hier die Konstatierung des *consensus* als beim Kontrakte vorhanden das für die Gültigkeit Relevante, sofern sein Vorhandensein überhaupt in Frage gezogen werden kann, was bei gewissen fiduziarischen Übereinkünften nicht möglich ist. Deshalb soll hier prinzipiell nach der gemeinsamen Parteiabsicht ausgelegt werden. Wie das moralisch Rechte juristische Bedeutung erhalten hat, ist zwar bei fiducia von selbst klar, da hier in der die Parteien bindenden Nunkupation bei der Manzipation die fiducia = die fides *bona* als den Empfänger bindend vor testes rogati proklamiert wird. Wie aber in anderen Fällen der Übergang erfolgt ist, ist erst in einem späteren Teile dieser Arbeit zu untersuchen.

¹ Vgl. Beil. 7 mit Beil. 12.

§ 10.

Die Verbindung religiöser und zivilrechtlicher Obligation in der auf dem Eide des Freigelassenen beruhenden Obligation.

Gaius gibt I.3,95 und 96 an, dass eine Obligation durch uerla nicht nur bei Stipulationen entsteht, sondern auch in zwei Fällen, wo bloss eine Person spricht, nämlich bei *dotis dictio* und bei den Eide des Freigelassenen zugunsten des *patronus*. Der letztgenannte Fall soll zunächst abgehandelt werden.

Das Patronatsverhältnis war ursprünglich vom *fas* geregelt, wie man aus dem Vorbilde desselben — dem Verhältnis zwischen dem patrizischen *patronus* und seinem Klienten — schliessen kann. Gewisse Handlungen der einen Partei gegenüber der andern machten in diesem Falle den Handelnden *sacer*.¹ Das ursprüngliche Patronatsrecht gegenüber dem Freigelassenen war ein Recht auf *obsequium* — einen allgemeinen Gehorsam — und *uerecundia*.² Die Verletzung dieses Rechtes wurde als ein Delikt der Undankbarkeit betrachtet.³ Dasselbe Recht verschloss den Freigelassenen unbedingt die Möglichkeit infamierender Aktionen gegen den *patronus*.⁴ Das Patronatsrecht konnte nach gewissen Regeln von den agnatischen Descendenten des *manumissor* vererbt werden, dies unabhängig von Exheredierung oder Emanzipierung(?) dieser.⁵ Indes konnte der ursprüngliche *patronus* beson-

¹ Dion. Hal. 2,10 u. tab. 8,21. Vgl. Ulp. D.37,15,9: *Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni uideri debet*. Siehe auch C. I. 6,68 a. 287.

² Dies geht aus Pap. D.38,1,41 und Ulp. D.38,2,1,1 hervor.

³ Siehe z.B. Ulp. D.40,9,30,1—5 und Marcianus D.37,15,4. Allerdings handelt es sich hier um eine einer späteren Zeit, auf welche die allgemeine Gehorsamspflicht beschränkt war, angehörende Undankbarkeitsklage. Man kann indes daraus schliessen, dass zu älteren Zeiten dieselbe Klage gegen jeden Ungehorsam galt. Über den Grund des unbegrenzten Rechtes auf Gehorsam siehe *De Franzisci*, Mél. Corn. I S. 298.

⁴ Iul. D.37,15,2 und C. I. 6,6,1 (a. 223).

⁵ Über die zivilrechtlichen Regeln in fraglicher Hinsicht siehe Gaius I. 3,40 nebst den §§ 45, 46, 48, 58, 60 und 64. Dass auch die Emanzipierung der Descendenten nicht das Erbrecht ausschloss, sagt wenigstens Modest. D.37,1,9

ders einem seiner Söhne das *ius patroni* zuwenden: *adsignare liberum*. Dieser wurde dann allein Erbe dieses Rechtes.¹

Das ursprüngliche Recht, einen unbegrenzten Gehorsam zu fordern, wurde indes missbraucht. Die Freigelassenen wurden als Sklaven behandelt.² Nach dem prätorischen Edikte aber, das in diesem Falle vom Prätor Rutilius stammte, sollten Versprechen von quantitativ hinsichtlich der Anzahl Tage bestimmten *operae* seitens des Freigelassenen die Pflicht zu unbegrenztem Gehorsam ersetzen, so dass (ausser der allgemeinen *uerecundia*) nur die Erfüllung dieser Versprechen von dem Freigelassenen gefordert werden konnte. Dadurch wurde natürlich auch die Möglichkeit einer Undankbarkeitsklage beschränkt.³ Die Abgabe der fraglichen Versprechen konnte nun auch erzwungen werden.⁴ Jedoch sollte

pr. Allerdings handelt es sich bei Gaius um den Übergang des Rechtes auf das Erbe des Freigelassenen. Dass dieser Übergang jedoch mit dem Übergang des *ius patroni* selbst in Zusammenhang stand, geht aus Paulus D.38,1,51 hervor, wo ausdrücklich das *ius patroni* der Descendenten nach den fraglichen Regeln bestimmt wird.

¹ Paulus D.38,1,51 und Ulp. D.40,9,30,5.

² Cic. ad Quint fr. 1,1,4,13 und Ulp. D.38,2,1 pr.

³ Ulp. D.38,2,1,1. Ausser der *actio operarum* auf Grund eines Versprechens sollte dieser Stelle gemäss nach dem Rutilianischen Edikte nur eine *actio societatis* seitens des patronus zugelassen werden, wenn nämlich der Freigelassene, der nicht das (unbestimmte) *obsequium* prästieren wollte, mit dem patronus eine gewisse *societas* vereinbart hatte. Eine solche *societas* ist indes später als *ipso iure* ungültig betrachtet worden. So schon Labeo nach Ulp. D.38,1,36, welchem auch Ulp. folgt. Direkt sagt dies Ulp. D.44,5,1,7. Der Grund war der, dass die bei Verurteilung infamierende *actio pro socio* vom Freigelassenen gegen den patronus nicht angestrengt werden kann, die *societas* aber mit dem *aequum* übereinstimmen muss. Gaius I.3,149.

In Pap. D.38,1,41, wo allgemein *obsequi uerecundiae tenetur* gesagt wird, handelt es sich natürlich nicht um das ursprüngliche unbegrenzte *obsequium*, sondern nur um solchen Gehorsam, der zur *uerecundia* gehört. Als *consuetum obsequium* wird diese Pflicht, deren Verletzung immer Undankbarkeitsklage begründete, C. I.6,6,5 u. 6 (a. 240 u. 242) bezeichnet. Dasselbe ist auch bei Paulus D.37,14,19 gemeint.

⁴ Dies folgt e contrario aus Pap. D.38,1,42 und Valens eod. l. 48. Mutmasslich wurde der Zwang so realisiert, dass sonst die Pflicht zum unbegrenzten *obsequium* bestehen blieb. Eine Andeutung einer noch gefährlicheren Folge zu älteren Zeiten bei Cic. ad. Att. 7,2,8.

der Prätor, wenn sie den Freigelassenen allzu stark belasteten, was als *onerare libertatem* bezeichnet wurde, im Prozess eine *exceptio* geben.¹

Die erwähnten Versprechen konnten indes auf zweierlei Art abgegeben werden. Entweder wurden die zu leistenden *operae* *beschworen*, oder sie wurden in einer *Stipulation* versprochen. Im ersteren Falle konnte auch ein *donum munus* (eine Ehrengabe) versprochen werden.² Im letzteren konnte dem *patronus* auch pekuniäre Hilfe, falls er bedürftig würde, versprochen werden.³ Diese Arten zu versprechen waren indes auch ihrem Wesen nach verschieden. Die *Eidesobligation* bezog sich nämlich auf solche *operae*, die in persönlichen Diensten für den *patronus* bestanden, und die deshalb nur für ihn wirtschaftlichen Wert haben konnten. Sie hatten deshalb denselben Inhalt wie das ursprünglich dem Freigelassenen obliegende *officium*, wenngleich dieses durch die von Anfang an im Eide bestimmte erforderliche Zahl Tagwerke begrenzt war. Deshalb wurden die betreffenden *operae* *officiales* genannt. Sie konnten jedoch durch den immer möglichen Zusatz einer bedingten *Stipulation*: *si non . . . quanti ea res est* von einem Bürgen übernommen werden⁴, der dann natürlich nicht selbst die Werke leisten konnte, aber für das *quanti ea res est* bei Versäumnis des Hauptschuldners haftete. Dagegen konnten die beschworenen Werke als persönliche Dienste keiner anderen Person als dem *patronus* selbst prästiert werden, auch wenn im Eides-

¹ Siehe z.B. Ulp. D.44,5,1,5 ff.

² Ulp. D.38,1,7,3 (über den Fall *iurare*) und Ven. D.40,12,44,1. (In der ganzen l. 44, wo die Phrase *donum munus operae* vorkommt, handelt es sich um die *Eidesobligation*: die Worte *aut promittat* in pr. sind interpoliert, worüber später). Siehe auch Gaius Epit. 2,9,4.

³ Pomp. D.38,1,12, wo es sich um *promittere* handelt. Dagegen wurde ein abstraktes Geldversprechen als ein *onerare libertatem* betrachtet, weshalb seine Einklagung von *exceptio* betroffen wurde. Siehe Mod. eod. l. 32 und Paulus l. 39. Man darf natürlich daraus nicht folgern, dass eine bedingte *Stipulation* von *quanti ea res est* als Zusatz zu einer Hauptstipulation von *operae* nicht möglich gewesen wäre, wodurch allein Bürgschaft für *operae* als unvertretbare Leistungen möglich war (Beil. 21).

⁴ Hierüber in Beil. 21.

versprechen selbst gesagt war: mihi aut Titio. Sie konnten auch nicht dem Gläubiger des patronus delegiert oder vermietet werden. Die entsprechende *Stipulationsobligation* aber bezog sich nicht direkt auf das ursprüngliche officium des Freigelassenen dem patronus gegenüber, sondern auf operae handwerksmässiger Natur oder andere von allgemeinem wirtschaftlichen Werte, die das ursprüngliche officium nur ersetzen sollten. Deshalb galten hier nicht die erwähnten Beschränkungen der Möglichkeit, sie einer anderen Person als dem patronus zu leisten. Die fragliche Stipulation unterschied sich *civilrechtlich* von anderen Stipulationen von operae handwerklicher Natur nur darin, dass die operae, die versprochen werden, nicht besonders qualifiziert, sondern nur *quantitativ* bestimmt sind. Wegen der eigenartigen causa promittendi aber stehen diese Stipulationsversprechen unter einer besonderen Kontrolle des Prätors. Er überwacht durch Exzeptionen, dass ihre Eintreibung den Freigelassenen nicht zu stark belastet. Weil sie das ursprüngliche officium ersetzen sollen, soll ihr Fälligwerden nicht vom Tage der Stipulation an eintreten, so dass der Promittent verpflichtet wäre, unmittelbar die Leistung zu beginnen, sondern die Werke sollen vorher hinsichtlich ihrer Art und der Tage für ihre Leistung vom patronus angegeben sein. Ferner: die prozessuale Eintreibung wird nur dann nicht vom Prätor verhindert, wenn der patronus Werke gefordert hat, die mit dem vom Freigelassenen faktisch ausgeübten artificium übereinstimmen.

Der allerwichtigste Unterschied zwischen der Eidesobligation und der Stipulationsobligation liegt indes auf einem anderen Gebiete. Die *erstere* geht nämlich mit dem Tode oder der capitis diminutio des patronus oder der patrona durch arrogatio bzw. coemptio unter, sofern sie nicht schon in einem iudicium legitimum eingeschlossen ist. In diesem Falle ist sie in eine neue Form übergegangen — *dari* oportet hat sich in condemnari oportet verändert — in welcher Form sie nicht mehr als *Eidesobligation*, sondern als eine auf der litis contestatio beruhende Obligation besteht. Die Stipulationsobligation dagegen geht nicht mit dem Tode oder der genannten cap. dim. unter. Sie wird nach allgemeinem Zivil-

recht vererbt, *wenn auch* der Prätor wegen der besonderen *causa* (*causa libertatis*) den *heres extraneus* zurücktreibt — *repellit* —, weiter auch unter *liberi*-Erben den, der selbst *exhereditatus* und *emanzipatus* worden ist, aber durch Einsetzung seines Sklaven mittelbar Erbe wird. Der Prätor scheint umgekehrt den *liberi* unabhängig vom Erbrecht Aktion gegeben zu haben, wenn der Freigelassene die *operae* dem *Patronus* *und* seinen *liberi* versprochen hatte.

Zu den angegebenen Differenzen zwischen den betreffenden Charakteren der *Eidobligation* und der *Stipulationsobligation* ist indes noch eine weitere hinzuzufügen. Da es zum Wesen des *Eides* als eine *Obligation* des Freigelassenen begründend gehört, dass diese *Obligation* die mit der Freilassung unmittelbar vorhandenes *officium* selbst zum Inhalte hat, wenn auch dieses darin begrenzt wird, so ist es auch natürlich, dass sie unmittelbar mit der Freilassung eintreten muss. D. h. der *Eid* muss, um eine *Obligation* zu begründen, in *continenti* nach der Freilassung abgegeben werden. Deshalb kann er nur direkt dem *manumissor* selbst abgegeben werden. Auch wenn sein Sohn das *ius patroni* geerbt hat, kann der *Eid* diesem nicht mit zivilrechtlich bindender Kraft abgegeben werden. Dagegen konnte immer, wenn der *manumissor* nicht die unmittelbare *Eidesablegung* erzwungen hatte, das *Stipulationsversprechen* nachher auch von dem Sohne, soweit er das *ius patroni* innehatte, gefordert werden. Dieses *Versprechen* sollte nämlich *an die Stelle* der Leistung des *officium* treten, die sonst durch die unmittelbare *Eidesablegung* geregelt wurde.

Weshalb aber haben gerade die zur *Eidesobligation* gehörenden *operae* einen solchen Charakter? Hierbei muss das ursprünglich bestehende religiöse *officium obsequi uerecundiae* des Freigelassenen dem *patronus* gegenüber in Betracht gezogen werden, das dem *officium pietatis* des Kindes gegenüber den Eltern analog ist. Wenn dieses *officium*, das natürlich auf beiden Seiten rein persönlich war, durch besonderes *Versprechen* näher bestimmt werden sollte, konnte dies nur durch einen religiösen Akt geschehen. Als solcher Akt diente der *Eid*. Wenn auch das darin gegebene *Versprechen* eine zivile *Obligation ex contractu* erzeugte, war es doch

möglich, daran festzuhalten, dass die Leistung einen rein persönlichen Charakter habe. Der Eid als solcher bindet nur in der Weise, dass der Wortbruch eine culpa-noxa mit sich bringt. Die zivilen Aktionen ex delicto aber gehen niemals passiv auf den Erben über, worin dann auch in diesem Falle eingeschlossen ist, dass vom Erben des Freigelassenen die versprochene Leistung nicht gefordert werden konnte. Ebenso verhinderte die Grundlage der zivilen Aktion beim Eide die aktive Vererblichkeit derselben. Nur der Empfänger des Eides kann gegen den Wortbruch unter Anrufung der göttlichen Eidesmächte reagieren. So konnte dann eine beiderseits persönliche Leistung in eine zivile, auf *Eid* ruhende Obligation aufgenommen werden.

Die Vereinigung religiöser und ziviler Gebundenheit, die bei der Eidesobligation vorliegt und die die Möglichkeit, sonst für die Obligationen ex contractu geltende Erbgregeln anzuwenden, ausschliesst, ist natürlich hier viel offener als in anderen vorher behandelten gleichartigen Fällen. Sehr deutlich ergibt sich die Verbindung aus einer Äusserung des Veneleius D.40,12,44 pr.: Licet *dubitatum* antea fuit, utrum seruus dumtaxat an libertus iurando patrono obligaretur in his, quae libertatis causa imponuntur, tamen uerius est non aliter quam liberum obligari. Der Text, der uns vielleicht etwas korrumpiert überliefert ist, ist nicht ganz klar. Aber die Erörterung in Bas. 48,9,43 mit zugehörigem Sch. macht seinen Sinn deutlich. Dieser Erörterung gemäss handelt es sich hier darum, ob die Eidesobligation des libertus schon durch den Eid des Sklaven vor der Freilassung so entsteht, dass er nach der Freilassung eine zivile Obligation erzeugt oder ob der obligierende Eid nach der Freilassung geleistet werden muss. Wenn auch Ven. sagt, dass letzteres notwendig sei, ist also doch jedenfalls einmal die Ansicht vertreten worden, dass der Eid des Sklaven zureichend sei. Da nun ein solcher Eid nur religiös bindend sein konnte, sollte sich daher dieser Ansicht gemäss aus einer rein religiösen Obligation durch die Freilassung eine zivile Kontraktionsobligation entwickeln.

Es ist nun bloss hinzuzufügen, dass der angeführte Wesensunterschied zwischen der Eidesobligation und der Stipulations-

obligation zu operae liberti, der für die klassische Jurisprudenz bestand, in postklassischer Zeit verwischt worden sein muss. Er wird in den Dig. niemals direkt ausgesprochen, sondern muss den überlieferten Äusserungen der klassischen Juristen entnommen werden, aus welchen er mittelbar hervorgeht. Die spätere Verwischung ergibt sich auch aus einigen besonders offenbaren Textkorrumpierungen, worüber in der untenstehenden Fussnote.¹

¹ 1. Pomp. D.38,1,8 pr.: Si quando duobus patronis iurauerit libertus [operas] <unam operam> se daturum, Labeoni placet et deberi et peti posse partem operae [cum semper praeterita opera, quae iam dari non possit, petatur. quod contingit si uel ipsis patronis iuretur uel promittatur uel communi eorum seruo uel complures heredes uni patrono existant]. Man beachte erstens, dass der Plural ‚operas‘ dem nachfolgenden partem operae widerstreitet. Zweitens ist es nach demselben Pomp. eod. l. 3 unmöglich, eine opera, die innerhalb des Patronatsrechtes ein *Tagewerk* bedeutet, teilweise zu solvieren. Drittens aber beachte man, dass in dieser Hinsicht nach Iul. D.45,1,54 gleichsam eine Notlage eintreten kann, wenn z. B. der zwei patroni gemeinsam gehörende Sklave nur *eine* opera stipuliert hat. Dann *muss* ein Teil des Werkes eingetrieben und auch solviert werden können. E contrario geht dasselbe aus Ulp.-Pap. D.38,1,15,1 hervor, wo es sich zunächst um mehrere Erben eines patronus handelt, der *eine* opera stipuliert hat. Aus diesen Gründen ist die Korrektur von ‚operas‘ in ‚unam operam‘ notwendig. Was nun das nachfolgende cum . . . petatur betrifft, gibt dies wenigstens für ‚et deberi . . . partem operae‘ eine sinnlose Motivierung. Aber auch die Fortsetzung ‚quod contingit . . . existant‘ muss ein späterer Zusatz sein. Erstens war die Voraussetzung, dass der Freigelassene zwei patroni *geschworen* hat. Deshalb hängt die Fortsetzung mit dem Vorhergehenden nicht zusammen. Zweitens wird sonst, wenn der gemeinsame Sklave das Versprechen für domini-patroni empfängt, immer vorausgesetzt, dass er *stipuliert*. So in D. 38,1,15,1, über welche Stelle in Beil. 21, wo auch erklärt wird, *weshalb* die Antithese vorkommt: communis libertus patronis duobus operas mille daturum se *iurauerit* aut communi eorum seruo *promiserit*: der Eidesempfänger kann als solcher den Schwörenden nur sich selbst gegenüber binden. So Pomp. eod. 10 pr. So Pomp.-Celsus D.45,3,38. So Iul. D.45,1,54,1. In dem fraglichen Zusatze wird indes der prinzipielle Unterschied zwischen der Bedeutung des iurare und der des promittere verwischt.

2. Ven. D.40,12,44, pr. ideo autem [solet] <solent> (Mommsen) iusiurandum a seruis exigere, ut hi religione adstricti, posteaquam suae potestatis coepissent, iurandi necessitatem haberent <quod iusiurandum qui praestiterit operas dare necesse haberet> (diese Worte, die MOMMSEN nach BΣ eingeschoben hat, sind im Zusammenhang notwendig) dummodo in continenti, cum ma-

Es ist auch signifikant, dass in I. I. 3, 10, 1, welche Stelle sonst im wesentlichen Gaius 3, 83 widergibt, statt ‚operarum obligatio <libertorum>, quae per iusiurandum contrahitur‘ nur ‚operarum obligationes‘ überhaupt erwähnt werden.¹

numissus est, [aut] iuret [aut promittat]. Der Einschub *aut promittat* gibt keinen Sinn. Der Eid des Sklaven *vor* der Freilassung soll es ja zu einer religiösen Notwendigkeit machen, *nach* der Freilassung zu *schwören*, welch letzterer Eid dann gültig sei, aber nur wenn er sofort geleistet wird.

3. Ulp.-Celsus D. 38, 1, 7 pr. und § 1: Ut iurisiurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet, qui iuret, et *libertatis causa* iurare. Plane [quaeritur] si quis liberto suo legauerit, si filio suo iurauerit se decem operarum nomine praestaturum [an obligetur iurando. et], Celsus Iuuentius <iurando non> obligari eum ait [paruique?] (nihilque?) referre, quam ob causam de operis libertus iurauerit: et ego Celso acquiesco. Aus zwei — jeder für sich — entscheidenden Gründen muss der überlieferte Text eine Verfälschung sein. a. Zuerst wird gesagt, dass die Eidobligation nur *dann* eintritt, wenn der Freigelassene *libertatis causa* schwört. Danach lässt Ulp. ohne Einwand Celsus sagen, dass es gleichgültig sei, für welche *causa* der Eid abgelegt wird! b. Der Ausdruck: *Plane quaeritur* ist sinnlos. In Wirklichkeit muss der fragliche Satz mit einem an eine Erklärung des Celsus angeknüpften *Plane* angefangen haben. Die Kompilatoren haben hier ebenso wie in Ulp. D. 45, 1, 41 pr: Plane si ipsa die . . . quid sequemur? (worüber oben S. 44) das Anfangswort beibehalten und danach eine *Frage* eingeschoben! Unsere Emendation des Textes bringt ihn in volle Übereinstimmung mit sonst bekannten klassischen Prinzipien für die Eidesobligation, die niemals für einen Erben des manumissor — wäre er auch ein eigener Sohn — als aktives Subjekt gelten kann, weshalb auch ein dem *Sohne* geleisteter Eid zivilrechtlich wirkungslos sein muss, aus *welcher causa* er auch abgelegt wird. Andererseits ist klar, dass eine dem Sohne nach dem Tode des Vaters abgegebene *promissio de operis* nicht einmal ope exceptionis kraftlos sein kann, wenn sie nur die libertas als causa hat. Deshalb äussert sich hier die Tendenz der Kompilatoren, die Eidesobligation der Stipulationsobligation gleichzustellen. In § 2 fährt Ulp. fort: Iurare autem debet post manumissionem, ut obligetur: et siue statim siue post tempus iurauerit, obligatur. Die Echtheit dieser Äusserung ist schwer anzunehmen. Dass der Eid des *Freigelassenen* nach der Freilassung abgelegt werden muss, ist hinsichtlich des in pr. schon Gesagten eine Tautologie. Ferner widerstreitet der allgemeine Satz: siue *statim* siue *post tempus* (wie lange *Zeit*?) der unmittelbar vorher angeführten Stelle Ven. D. 40, 12, 44. Die Tendenz ist indes dieselbe wie in § 1.

¹ Beil. 21.

§ 11.

Über den religiösen Ursprung der zivilrechtlichen Gültigkeit der dotis dictio.

Der andere Fall, in welchem eine Obligation ‚*uerbis fit*‘, obgleich dabei nur einer spricht, ist nach Gaius I.3,95 die *dotis dictio*. Dieser Akt ist zur spätrepublikanischen Zeit und zur Zeit der klassischen Jurisprudenz seitens des Weibes *sui iuris* vor der Ehe — doch immer nur mit der *auctoritas tutoris*¹ — möglich. Indes kann auch ihr debitor nach ihrem *iussus* dem Bräutigam die Mitgift zusagen. Ebenso kann immer ihr *parens* männlichen Geschlechtes, sofern sie väterlicherseits von ihm her stammt, den Akt mit zivilrechtlicher Kraft vornehmen.² Die Mitgift konnte indes auch durch Stipulation festgesetzt werden, wobei eine beliebige Person der *promissor* sein konnte. Eine solche Stipulation ist nach dem *ius commune* gültig, wie Gaius § 95 sagt. Die *dotis dictio*, die eine an den Bräutigam gerichtete einfache Erklärung über die Mitgift ist: *dos est* oder *dos tibi erit (erunt)*³, erzeugt *ipso iure* eine durch die Schliessung der Ehe bedingte Obligation.⁴ Bei der entsprechenden Stipulation, die vom *ius commune* bestimmt war und bei welcher der Umstand, dass das Versprochene als Mitgift dienen sollte, nur als die *causa stipulationis* fungieren konnte, war eine *exceptio* nötig, wenn die Erfüllung des Versprechens unabhängig von wirklicher Eheschliessung gefordert wurde.⁵

KNIEP, Gaius 3,2 S. 160 f., der ebenso wie BECHMANN, Das römische Dotalrecht, und CZYHLARZ, Dotalrecht, das *dotem dicere* als eine Form von *legem dicere* auffasst, polemisiert gegen deren Ansicht, dass diese *legis dictio* ursprünglich an die *sponsalia* angeknüpft worden sei, deren Klagbarkeit von ihnen vorausgesetzt wird. Er verfißt statt dessen die Ansicht, dass der Hauptakt

¹ Cic. pro Caec. 25,72 u. 73 und pro Flacco 35,86.

² Siehe z.B. Ulp. Reg. 6,2.

³ Ter. Andria 951 f.; Paulus D.23,3,25; Iau. l. 57, Marcellus l. 59 pr.

⁴ Siehe z.B. Labeo-Iau. D.23,3,80.

⁵ Dies geht aus der oben S. 45 A. abgehandelten Korrumpierung des Textes Paulus D.2,14,4,2 hervor.

die *Ehe* selbst gewesen sei, die der fraglichen *dictio ex posteriore* Gültigkeit verliehen habe. Das ist nun nachweislich falsch, dass die *sponsalia*, sofern es sich um römische Bürger handelte, jemals klagbar gewesen seien. Nur im Verhältnis zwischen einem römischen Bürger und einem zum Latium gehörenden Peregrin, mit welchem *conubium* bestand, waren sie klagbar, und dies nur in einem durch internationalen Vertrag bestimmtes rekuperatorisches Verfahren. D. h. die *sponsalia* haben niemals privatrechtliche Gültigkeit gehabt.¹ Andererseits können die stärksten Gründe für die Meinung angeführt werden, dass die *dotis dictio* ursprünglich gerade mit den *sponsalia* zusammengehörte.

Bei Plautus — unserer ältesten direkten Quelle in dieser Frage — tritt der Zusammenhang deutlich hervor, ebenso bei Terentius, wenngleich nicht so offen. In Plautus, Aul. 255 ff. sagt Megadorus (der Bewerber): *Quid nunc? etiam mihi despondes filiam?* Euclio (der Vater des Mädchens) antwortet: *Illis legibus, cum illa dote, quam tibi dixi.* Meg. *Sponden ergo?* Euc. *Spondeo.* Offenbar hat hier der Vater des Mädchens die Mitgift vorher angegeben, die für den Sponsionsakt selbst gelten soll. Er spondiert unter Hinweis auf eine vorher genannte Mitgift, die damit in die Sponson als ein Moment eingeht: *cum illa dote quam tibi dixi* (scil. *filiam despondeo*). — Auf diese Weise wurde indes das Mitgiftversprechen mittelbar eine Bedingung der Sponson selbst. Denn die Sponson des Vertreters für das Mädchen gehörte mit einer korrespondierenden Sponson des Bräutigams zusammen.² Dieser versprach seinerseits, das Mädchen zur Frau zu nehmen — das *ducere*. Ohne diese Gegensponson verlor die erstere jede Kraft. Die Sponson des Bräutigams aber war durch die primäre Ehesponson bedingt und damit auch durch das mit dieser verbundene Versprechen einer gewissen, vorher bestimmten Mitgift. Ferner heisst es: *Meg. Di bene uortant. Eucl. Ita di faxint. illud facito, ut memineris / Conuenisse, ut ne quid dotis mea ad te adferret filia.* D. h. Eucl. hat die *dotis dictio* gemacht, dass *keine*

¹ Siehe oben S. 116 und die Beil. 18, S. 261 f.

² Siehe Beil. 18.

Mitgift geleistet werden solle. Ferner: Meg. Memini. Eucl. At scio quo uos soleatis pacto perplexarier: / *Pactum* non pactumst, non *pactum* pactumst, quod uobis lubet. Dass hier die Ausdrücke *conuenisse* bzw. *pactum* angewandt werden, beruht darauf, dass der totale Sponsionsakt notwendig aus zwei gegenseitigen Sponsionen bestand. Deshalb war er eine wirkliche *conuentio* oder ein wirkliches *pactum*. Aus demselben Grunde wurde die Braut zugleich als *sponsa* und als *pacta* betrachtet.¹ Und weil die vorher vom Vertreter der Braut angegebene Mitgift in den totalen Sponsionsakt aufgenommen wurde, gehörte sie auch zur fraglichen Übereinkunft. Der Vater des Mädchens ermahnt den Bräutigam, den Inhalt des *pactum* gerade hinsichtlich der genannten Mitgift nicht zu bestreiten. Diese sollte ja im vorliegenden Falle nichts sein. Der Sinn der Mahnung war dann der, dass der Bräutigam, wenn der Vertreter der Braut im Zusammenhang mit der Ehe keine Mitgift geben wollte, sich nicht als von *seiner* Sponsion gelöst hinstellen dürfe, indem er behauptete, dass ein *anderes* *pactum* hinsichtlich der Mitgift eingegangen worden sei. Wenn dies wirklich der Fall gewesen wäre, hätte er behaupten können, dass die Leistung der so festgesetzten Mitgift eine in seiner eigenen Sponsion eingeschlossene Bedingung sei, so dass die Unterlassung ihn von seiner Sponsion befreie. — Zum selben Ergebnis führt Plautus Trin. 1157 ff.: Ly. Sponden ergo tuam gnatam uxorem mihi? / Ch. Spondeo et mille auri Philippum dotis. Dies ist noch nicht die formelle Sponsion, wie aus der Antwort hervorgeht. Diese entspricht ja nicht der Frage. Der Vater der Braut fügt nämlich hinzu: et mille . . . dotis. Dann kann der Bräutigam kein Recht durch das Versprechen des Vaters erwerben, auch kein religiöses Recht. Denn die Frage fungiert bei einer Stipulation immer als die für ihre Kraft nötige *Akzeptierung* des Versprechens. In der Folge sagt der Bräutigam: Dotem nihil moror. Aber der Vater der Braut sagt: Si illa tibi placet, placenda dos quoquest, quam dat tibi. / Postremo quod uis non duces, nisi illud quod non uis feres. Der unbeteiligte Callicles erklärt: Ius hic orat.

¹ Siehe Beil. 18, S. 19 ff.

Danach der Bewerber: *Impetrabit te aduocato atque arbitro. Istac lege* (die *lex dotis*) *filiam tuam sponden mihi uxorem dari?* Der Vater: *Spondeo.* Nun erst ist die formelle Sponsion vorhanden, mit vollständiger Korrespondenz zwischen der Frage und der Antwort. In dieselbe ist indes die *dotis dictio* aufgenommen und bindet dadurch den Vater der Braut. Vgl. auch Plautus Poen. 1278: Ag.: *Patruē, facito in memoria habeas, tuam maiorem filiam / Mihi te despondisse.* Ha: *Memini.* Ag. *Et dotis quid promiseris.* In Terentius Andria 99 f. schlägt Chremes dem Simo die Verlobung seiner Tochter mit dessen Sohn Pamphilus *cum summa dote* vor. Simo nimmt den Vorschlag an und verlobt das Mädchen mit seinem Sohne: *despondi*, sagt er. Am Ende der Komödie wird indes Pamphilus mit einer anderen Tochter des Chremes verlobt. Dies geschieht so (949 ff.): Pa.: *De uxore, ita ut possedi, nil mutat Chremes?* Ch.: *Causa optumast, nisi pater quid ait aliud.* Pa. *Nempe id?* Si.: *Scilicet.* (Der Sinn dieser Worte ist nach Donatus, dass der Vater und der Sohn eine versteckte Andeutung hinsichtlich der Mitgift machen.) Ch.: *Dos, Pamphile, est decem talenta.* Pa.: *Accipio.* Nun erst können die gegenseitigen Sponsionen, die *sponsalia* erfolgen. Auch hier tritt der innere Zusammenhang zwischen der *dotis dictio* und den *sponsalia* hervor.

Man beachte in dieser Hinsicht auch folgendes. Der überaus wichtige und ausführliche Bericht von Seru. Sulp. (Gell. 4,4,1 ff.) über die altertümlichen Sponsalien findet sich in seiner Schrift *De dotibus*. Weshalb dies, wenn nicht die *dotis dictio* wenigstens ursprünglich zu den Sponsalien gehört hat? Hierauf deutet auch die Tatsache, dass die *dotis dictio* nur seitens der weiblichen Partei möglich war. (Wenn der Schuldner des Weibes nach dessen *iussus dotem dicere* konnte, entstand ja doch das damit gegebene Band auf Kosten des Weibes, das natürlich durch seinen *iussus*, wenn ihn der Schuldner befolgte, die entsprechende Forderung verlor, falls die Ehe wirklich eingegangen wurde. Vor der Ehe konnte das Weib nicht die Schuld von seinem *debitor* erheischen, weil die Gültigkeit der *dotis dictio* in *pendenti* war.¹ Dagegen war die

¹ Iau.-Labeo D.23,3,83.

dotis promissio und die dotis datio für einen jeden möglich. Dies kann *nur* auf die Weise erklärt werden, dass die dotis dictio mit der primären Ehesponsion zusammengehörte, deren Subjekt die weibliche Partei war.

Wir haben eine offenbare Parallele zu dem hier vorliegenden Zusammenhang in den von Cato de agric. mitgeteilten Formeln für das Ausbieten einer Sache zum Kauf bzw. zur Miete durch einen uenditor oder locator. Diese Formeln werden als *leges* bezeichnet, welche von dem Ausbietenden kundgegeben werden, um von einem eventuellen Käufer oder Mieter angenommen zu werden und *damit* Gültigkeit zu erhalten.¹ Zum Ausdrucke *illis legibus* (cum illa dote) spondere liegt besonders eine Parallele in dem Ausdrucke ea lege mancipio dare vor, wo ea lege für die Bezeichnung der zur Manzipation gehörenden Nunkupation des mancipio dans angewandt wird, welche durch den Manzipationsakt selbst Kraft erhält und auch den mancipio accipiens belasten kann.²

Dass die sponsalia selbst nie zivilrechtliche Gültigkeit erhielten, ist völlig verständlich, wenn der Grund des Übergangs der Sponsionen überhaupt von religiöser zu zivilrechtlicher Gültigkeit das Bedürfnis war, im *wirtschaftlichen Verkehr* ein unmittelbar vollstreckbares Rechtsgeschäft zu erhalten.³ Nun hatte natürlich ein Eheversprechen an sich kein wirtschaftliches Interesse, wenn es auch *mittelbar* ein solches erhalten konnte. In dieser Hinsicht tritt besonders die dotis dictio als dem Versprechen ein wirtschaftliches Interesse verleihend hervor, wenn sie mit demselben verbunden war. Was den Bräutigam betrifft, ist dies ja ohne weiteres klar. Aber auch für den weiblichen Teil hatte das Mitgiftversprechen wirtschaftliches Interesse, nämlich als eine notwendige Gegenprästation für die Versorgungspflicht des Gatten, sofern das Weib alieni iuris war und daher dem Gatten kein eigenes patrimonium durch die Manusehe übertragen konnte oder in der Ehe ohne manus kein eigenes patrimonium besass. Dass die Sitte

¹ Siehe Röm. Obl. S. 394.

² A. a. O. S. 377 u. 391 ff.

³ Oben S. 135.

eines Mitgiftversprechens bei der Verlobung wirklich davon her-
stammte, dass das Weib, wenn es *alieni iuris* war, kein eigenes
Vermögen hatte, folgt daraus, dass bei Plautus und Terentius stets
der Vertreter des Weibes, der es verlobt, nie das Weib selbst, die
Mitgift verspricht. Wegen des beiderseitig bestehenden wirt-
schaftlichen Interesses am Mitgiftversprechen wurde dieses aus
dem religiös bindenden totalen Sponsalienakte herausgelöst und
erhielt für sich zivilrechtliche Gültigkeit. Da die *dotis dictio* als
eine vor dem Sponsalienakte einseitig gegebene *lex dicta* fungierte,
die durch diesen Akt selbst gültig wurde, gehörte zu ihr, nachdem
sie von dem Akte losgelöst worden war und für sich zivil-
rechtliche Gültigkeit erlangt hatte, keine formelle Akzeptierung.
„Nur einer spricht.“ Besonders in dieser Hinsicht zeigt sich die
Unhaltbarkeit der Theorie KNEIPS, dass der Hauptakt, welcher
der *dotis dictio* zivilrechtliche Kraft gibt, der spätere Eheschlie-
sungsakt war. Denn dieser Akt war unzweifelhaft nur eine *Be-*
dingung, die für die Kraft der *dotis dictio* existent werden musste.
Als Akzeptierung des Mitgiftversprechens, die ihm als solche
Gültigkeit gegeben hätte, konnte er nicht dienen. Das betreffende
Versprechen hatte *unmittelbar*, ebenso wie jedes bedingte Ver-
sprechen, eine bedingte Gültigkeit, und wenn die Ehe zustande
kam, erhielt es unbedingte Gültigkeit, *weil* es von Anfang an unter
dieser Bedingung galt.

Wenn aber die *dotis dictio* ihre zivilrechtliche Kraft als ein aus
einem religiös bindenden Sponsionsakt herausgelöstes Glied er-
halten hat, versteht man auch, weshalb die betreffende Obligation
als eine *obligatio uerborum* bezeichnet wird. Ebenso wie ein Spon-
sionsakt in seiner Totalität zivilrechtliche Gültigkeit dadurch er-
halten hat, dass die Worte *spondes? spondeo* ursprünglich sym-
bolisch einen Opferakt dargestellt haben, mit dem ein Versprechen
verbunden ist, und deshalb die zivile Obligation als von den *Worten*
selbst hervorgebracht betrachtet worden ist, hat aus demselben
Grunde die zivile Obligation, welche durch die aus einem Spon-
sionsakte herausgelöste *dotis dictio* entsteht, als eine durch die
Worte erzeugte Obligation gegolten.

§ 12.

Abschluss.

Wenn wir nun zum Schluss die durch Testament entstehende Damnasobligation mit der eigentlichen obligatio uerborum vergleichen, so können wir nur die Ähnlichkeit konstatieren, dass auch erstere durch die Worte des Testators — uerba ciuilia — nicht durch seinen ausgedrückten Willen, Geltung hat. In diesen Falle aber beruht die Kraft der Worte darauf, dass der Testator eine öffentliche Gesetzgebungsmacht hinsichtlich des eigenen Vermögens und der Vormundschaft über unmündige Kinder für die Zeit nach seinem Tode innehat. Dadurch kann er auch den zum Träger des Vermögens konstituierten Erben mit Auflagen belasten, die Rechte für das begünstigte Subjekt werden; jede öffentliche Gesetzgebung hat nach römischer Anschauung durch an die *Rechtsordnung* gerichtete Imperative Kraft: *ita ius esto*. D. h. sie erzeugt für im Gesetz bestimmte Personen besondere Rechte oder Auflagen. Jede Mitwirkung dieser Personen beim Gesetzgebungsakt ist ausgeschlossen, obgleich die Gesetzgebungsmacht selbst in der Weise beschränkt sein kann, dass die im Gesetz festgestellten Rechte und Auflagen nur unter der Bedingung einer nachfolgenden Genehmigung des im Gesetz bestimmten Subjektes eintreten können. Der Testator-Gesetzgeber hat nur hinsichtlich der *sui heredes* die Macht, ohne weiteres über ihren Eintritt als Erben und über sie damit belastende Auflagen zu bestimmen. Wenngleich nun hinsichtlich anderer Personen entsprechende Bestimmungen nur unter der Voraussetzung gültig werden, dass diese die Erbschaft durch besondere Handlung antreten, so haben natürlich die Bestimmungen an sich ohne jede Mitwirkung dieser Personen die fragliche bedingte Gültigkeit. Der Behauptung, dass das Testament nur durch darin ausgesprochene imperativische Worte seine Gültigkeit erhält, widerspricht nicht die Tatsache, dass man in der klassischen Jurisprudenz, von dem natürlichen Interesse bestimmt, auf den wirklichen Willen des Testators Rücksicht zu nehmen, bei der Auslegung die Wortgebundenheit zu umgehen versuchte. Man gab dann

in dieser Absicht verschiedene künstliche Erklärungen darüber, *was* der Testator in verschiedenen angenommenen Fällen wirklich *gesagt* habe. Man *sagt* nicht, was man nicht meint, und bei zweideutiger Ausdrucksweise *sagt* man das dabei wirklich Gemeinte, wenn dieselbe nur so gedeutet werden kann! Wenn der ausgedrückte Wille, wie beim Fidekommiss und beim späteren Militärtestament direkt als das Entscheidende betrachtet wurde, beruhte der Zusammenhang zwischen Rechtstatsache und Rechtsfolge auf besonderen kaiserlichen Verordnungen und lag ausserhalb des ererbten römischen Zivilrechtes, nach welchem der Testator nur Recht erzeugen kann, indem er durch Imperative Gesetz gibt.

Bei der eigentlichen obligatio uerborum, die zum Vertragsrechte gehört und die niemand erwerben kann, ebenso wie niemand von ihr belastet sein kann, ohne dass er mit der Gegenpartei zusammenwirkt (wenngleich nicht immer eine formelle Akzeptierung des abgegebenen Versprechens notwendig ist), haben allerdings auch gewisse Formelworte die erzeugende Kraft. Niemand aber hat hier eine der Rechtsordnung übergeordnete Gesetzgebungsmacht. Wenn man von der Eidesobligation des Freigelassenen dem patronus gegenüber absieht, bei welcher die Herstammung der zivilrechtlichen Kraft der Worte von der magischen Kraft der Eidesworte unmittelbar hervortritt, ist die zivilrechtliche Kraft der Worte nur aus der Geschichte der fraglichen Institute zu verstehen. Das „spondere“ und das „promittere“ bedeuten ursprünglich mit Versprechen verbundene religiöse Akte — einen Opferakt bzw. einen Handschlag, der eine Kraftübertragung durch das Empfangen der dargereichten dextra bewirkt. Der fragliche Akt, der aus dem Wortbruch ein religiöses Delikt, eine Verunreinigung desjenigen, der versprochen hat, macht, ist als durch die Worte: spondes? spondeo, bzw. promittis? promitto dargestellt betrachtet worden. Diese Worte haben so dieselbe religiöse Kraft erhalten, als ob der entsprechende Akt wirklich stattgefunden hätte. Aus der göttlichen Reaktion gegen den sein Versprechen Brechenden hat sich eine Kraft des menschlichen Versprechensempfängers entwickelt, die Gegenpartei (später ihr Vermögen) in Besitz zu nehmen, wenn sie sich nicht von

dem durch die Worte entstandenen Bande durch Versprechens-
erfüllung löst. Mittelbar weist auch die Gebundenheit durch aus-
gesprochene Worte, die bei der *dotis dictio* vorhanden ist, Zeichen
des Ursprungs aus einem religiös bindenden Sponsionsakte auf,
obgleich hier nicht die Worte *spondeo? spondeo* bei der Begrün-
dung der zivilen Obligation angewandt werden. — Dem Gesagten
ist nur hinzuzufügen, dass auf Stipulationen die Auslegungsart,
die von der klassischen Jurisprudenz in der Absicht, den wirk-
lichen Willen des Testators zu seinem Rechte kommen zu lassen,
in Testamentsfragen autorisiert worden ist, nicht angewandt wird.
Weil in ihnen beide Parteien übereinstimmend sprechen, hat man
angenommen, dass die Worte eine über den Parteien stehende
Rechtsbestimmung konstituieren. Deshalb ist sogar eine im Akte
selbst hervortretende Absicht, wenn sie den Worten, nach ihrem
objektiven Sinne ausgelegt, widerstreitet, zivilrechtlich irrelevant.
Eine strenge Auslegung nach den Worten ist hier notwendig.

Im Gegensatz sowohl zum Testamentsrechte als zum Stipula-
tionsrechte ist bei den Übereinkünften, deren Kraft auf *consensus*
beruht — den *conventiones* — das allein Relevante die im Akte
hervortretende Absicht in der Bedeutung des Sinnes, den die
Parteien in angewandte Worte oder in hier auch anwendbare
konkludente Handlungen gemeinsam hineinzulegen scheinen.
Dies gilt gleichermassen, mag nun die *conuentio* als *nudum pactum*
nur *exceptio* gebären, oder mag sie zivilrechtlich obligieren. (Worin
im letzteren Falle der Grund für die Gültigkeit der gemeinsamen
Absicht besteht, ist nicht in diesem Teile der Arbeit auseinander-
zusetzen.)

BEILAGEN



Beilage 1

zum Texte S. 8.

Ungef. 20 responsa des Seruius in Testamentsfragen sind uns überliefert worden. (Lenel, Pal. 11, S. 328—329.) Sie alle haben das negative Charakteristikum, dass die eventuelle Absicht des einzelnen Testators niemals irgendwie berücksichtigt wird. Ich werde hier nur einige Beispiele anführen. Iau. D.35,1,40,3: Dominus seruo aureos quinque legauerat: heres meus Sticho seruo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato. nihil seruo legatum esse Namusa Seruium respondisse scribit, *quia dominus seruo nihil debere potuisset*: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur. Man beachte hier, dass Seruius *gewiss nicht* die Möglichkeit von einem *debere* seitens des Machthabers dem Unterworfenen gegenüber verneint. Sie wird Ulp. D.40,7,3,2 ausdrücklich von Seruius behauptet. Ulp. D.15,1,9,2 u. 3 spricht Seruius auch von debita des Gewaltunterworfenen, die in der actio de peculio Bedeutung erhalten — ganz in derselben Weise wie Gaius. Nun wird indes hier sogar nach der späteren klassischen Jurisprudenz der Ausdruck debitum nur *abusiue* angewandt und oft wird verneint, dass wirklich hier ein debitum vorhanden sei, das als eine obligatio seiner Natur gemäss eine actio in sich einschliesst. In der Tat beruht die Bezeichnung auf einer hier vorhandenen *Analogie* mit dem wirklichen debitum. Ein solutum kann, *obgleich* es mit einem zivilrechtlich ungültigen negotium gestum als causa geliefert worden ist, in gewissen Fällen dennoch nicht zurückgefordert werden. Die causa fungiert dann als ein quasi-debitum konstituierend. Hierüber in einem späteren Zusammenhang. Dann versteht man den Grund der Seruianischen Entscheidung hinsichtlich des fraglichen Legates. *Weil* ein *wirkliches* debitum im Verhältnisse des dominus und des Sklaven nicht vorkommen kann (das sagt auch z. B. Gaius I.4,78) wird dasselbe ungültig. Ein debitum in diesem Verhältnisse kann nur unter *abusus* des Wortes als vorhanden bezeichnet werden. Solcher Missbrauch von den Worten darf nicht in einem gültigen Legate vorkommen. Iau. will nun *gegen* Seruius sagen, dass *wenn* auch ein Wortmissbrauch vorliegt, jedoch derselbe gewöhnlich ist. Deshalb *kann* er auch in einem gültigen Testamente vorkommen. D.h. Seruius legt *am strengsten nach den Worten* aus und behauptet deshalb die Ungültigkeit des Legates. GROSSO, Studi in onore di Bonfante 2, S. 208 fragt, weshalb Seruius hier nicht das Legat nach dem Prinzip: *falsa demonstratio non nocet* gelten lässt — Iau. beruft sich auch nicht auf dieses Prinzip. Da dies

die Äusserung verdächtig machen könnte, soll die Frage hier erörtert werden. Gr. erklärt die Sache durch den Hinweis auf eine geschichtliche Entwicklung. *Ursprünglich* habe das fragliche Prinzip hinsichtlich vermachter Dinge für die schon zureichend bestimmte individuelle Sache gegolten. Ein näheres falsches Bestimmen derselben sei bedeutungslos gewesen. Dies sei nicht gleich klar gewesen, wenn es sich um res fungibiles handelte, wie aureos quinque, quos . . . Gr. hätte auf die von ihm selbst angeführten Ulp. D.30,75,1 fin. und Paulus D.34,3,25 fin. hinweisen können. Dort werden dem Seruianischen Beispiel analoge Rechtsfälle besprochen. Für die Behauptung der Gültigkeit des erwähnten Prinzips in diesen Fällen wird einerseits eine Entscheidung des Iulianus — es handelt sich um ein Legat der Mitgift — andererseits ein Reskript des Kaiser Pius angezogen. Bei Labeo II post. a Iau. epit. D.33,4,6 pr: Cum scipitum esset: 'quae pecunia propter uxorem meam ad me uenit quinquaginta, tantumdem *pro ea dote* heres meus dato', quamvis quadraginta dotis fissent, tamen quinquaginta deber[e] <i>, Alfenus Varus Seruium respondisse scribit, quia proposita summa quinquaginta adiecta sit, liegt nicht (ne falsa demonstratio der res fungibilis vor, die vermacht wird, sondern ein Irrtum betreffs der *causa*, für welche das Legat gegeben wird. Es handelt sich nicht um ein Legat *dotis*, wie bei Iulianus a.a.O., sondern um ein Legat *pro dote*. Die Bedeutung der angeführten Verschiedenheit hinsichtlich der falsa demonstratio wird von Labeo in § 1 ausdrücklich hervorgehoben. Man vergleiche Iau. VI ex post. Labeonis D.24,3,6,4, wo eine Stipulierung der Mitgift selbst seitens der Frau nach der Ehescheidung besprochen wird, in welcher Stipulierung die Mitgift als grösser bestimmt wird als sie wirklich ist: nur die wirkliche Grösse derselben für die Schuldsomme bestimmend. RICCOBONO, Sav. Z.43 (1922) S.279 scheint die Verschiedenheit des Tatbestandes nicht zu beachten und kommt dadurch zu einer unrichtigen Annahme. Dass eine *falsa causa* weder bei einem Legat noch bei einer Stipulation Bedeutung hat, ist sicher eine alte Rechtsregel. Bei Pomp. ad Sab. D.45,1,21,1, wo Proculus angeführt wird, wird die Frage nach der Gültigkeit einer derartigen Stipulation auf andere Weise entschieden. Insoweit die Summe der Stipulation die wirkliche Grösse der Mitgift überschreitet, ist letztere als *falsa causa* zu betrachten. Deshalb ist die Stipulation für den Überschuss gültig, ganz als ob man einer Schwester oder Mutter ein Legat *dotis nomine* gegeben hätte. Für die Summe, die von der wirklichen Mitgift gedeckt wird, gilt aber nicht die Stipulation, wenn auch die actio rei uxoriae anwendbar ist. Mutmasslich kommt man zu letzterem Ergebnis, weil der Voraussetzung gemäss die Summe in der Stipulation doch fehlerhaft bestimmt worden ist, und wenn sich *etwas* in der Mitgift findet, die Stipulation als eine wirkliche Stipulation der Mitgift selbst zu betrachten ist, aber mit fehlerhafter demonstratio der Grösse. Erst IULIANUS scheint den

Satz: *falsa demonstratio non nocet* auf ein *legatum dotis* angewandt zu haben. — Folgende zwei Stellen sind besonders bedeutsam, weil sie unzweifelhaft bezeugen, wie *Seruius* die auf Grund von *STROUX*, *Summum ius summa iniuria*, viel besprochene *causa Curiana* entschieden haben würde. *Alfenus Varus* B. II dig. a *Paulo* epit. D.28,5,46: ‚*Si Maevia mater mea et Fulvia filia mea uiuent, tum mihi Lucius Titius heres esto*‘. *Seruius* respondit, si testator filiam numquam habuerit, mater autem superuixisset, tamen *Titium* heredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam uim haberet. Vgl. *Gaius* I.3,98, *Ulp.* D.35,1,3 und I.1 2,14,10. Daraus geht hervor, dass *Seruius* betreffs einer testamentarischen Bedingung, die nicht existent werden konnte, dieselbe Meinung wie die spätere *Sabinianische* Schule gehabt hat, welche Meinung auch siegte. *Pomp.* D.35,1,6,1: *Si seruos certos quis manumisisset, heres esse iussus erat: quibusdam ex his ante mortuis, Neratius* respondit *defici eum condicione nec aestimabat pareri posset condicioni necne.* (Man beachte dass *Neratius* *Prokulianer* war und dass nach der *Prokulianischen* Schule eine Bedingung, die eine Unmöglichkeit einschloss, die testamentarische Bestimmung ungültig machte.) *Sed Seruius* respondit, cum ita esset scriptum: ‚*si filia et mater mea uiuent*‘, altera iam mortua non *defici condicione.* D.h. *Seruius* würde gegen *Neratius* *respondiert* haben. Völlig willkürliche *Interpolationstheorie* bei *BESLER*, *Sav. Z.*45 (1925) S. 447. *COSTA* *B.I.D.R.*14 (1902) S. 26 behauptet mit philologisch einwandfreien Gründen, dass weder *Seruius* noch *Alfenus Varus* diese D.28,5,46 angeführten Worte: quia id quod *impossibile* et rel. ausgesprochen haben können. Aber das beweist nicht, dass die Stelle *korrumpiert* ist. Die *Alfenischen digesta* sind ja hier aus dem von *PAULUS* stammenden *Resumee* angezogen. Zur Zeit des *Paulus* war jedenfalls das Wort *impossibilis* (*ἀδύνατος*) der Sprache einverleibt. (Es scheint erst von *Quintilianus* angewandt worden zu sein.) *Gaius* und *Ulpianus* a.a.O. verwenden den Ausdruck: *impossibilis condicio.* Die *Alfenische* Ausdrucksweise stimmt ja völlig mit der Äusserung des *Pomponius* überein. Über letztere sagt nun *COSTA* S. 27: »Questo testo ci dimostra anzitutto che veramente *Seruius* non aveva portato nel suo responso, come motivo la regola della nullità della condizione impossibile e che solo la giurisprudenza posteriore richiamò a sostegno di questa regola la sentenza del vecchio giureconsulto.« Aber welches Motiv für seine scheinbar absurde Entscheidung kann *Seruius* angeführt haben? Hat er sich vielleicht auf den Willen des Testators berufen, und ist dies nachher von *Pomponius* oder den *Justinianern* gestrichen worden?? Dass *Seruius* den Satz nicht unter Verwendung des Wortes *impossibilis* angezogen haben kann, ist sicher. Das aber wird in der *Inskription* auch nicht gesagt. Aus dem Angeführten geht hervor, dass *Seruius* eine in das Testament aufgenommene Bedingung nur dann berücksichtigte, wenn diese keine Unmöglichkeit einschloss, dass

sie dann aber nach ihm nicht beiseite gesetzt werden dürfte und *dass* die fragliche Unmöglichkeit nach solchen Umständen zu beurteilen war, die *vor* dem Zustandekommen des Testamentes vorhanden waren. In der *causa Curiana* war nach Cicero *de or.* 2,32,141 die auszulegende Testamentsbestimmung diese: *si mihi filius genitur isque prius moritur et cetera, tum mihi ille sit heres*. Bei Cicero *Brutus* 52,195 wird die Bedingung so ausgedrückt: *si pupillus ante mortuus esset, quam in suam tutelam uenisset*. Welches auch die Formulierung gewesen sein mag, kann es sich nach der Betrachtungsweise des *Seruius* nicht um eine solche Unmöglichkeit gehandelt haben, die die Bedingung rechtlich bedeutungslos machte. Er könnte also nur gefragt haben, ob wirklich ein nach dem Zustandekommen des Testamentes geborener Sohn des Testators gestorben war, ehe er das Mündigkeitsalter erreicht hatte. Da dies nicht der Fall war, müsste er die Frage ebenso beantwortet haben, wie *Q. Mucius Scaevola* unter Berufung auf seinen Vater *respondierte*. D.h. die Bedingung trat nicht ein. Der unter derselben zum Erben eingesetzte *Curius* war von der Erbschaft ausgeschlossen. Auch wenn der Rhetor *Crassus*, der die Sache des *Curius* verteidigte, juristische Autoren für seine Meinung angeführt haben sollte, hätte er sich nicht auf *Seruius* berufen können, wenn dieser damals schon wirksam gewesen wäre. (Die Frage, ob er sich wirklich auf juristische Autoren berufen hat, ist durch *de or.* 1,39,180 und 57,242 nicht entschieden. Ein bekannter gleichzeitiger Jurist, der die Meinung des *Crassus* gehabt hätte, wird von Cicero nicht erwähnt. Möglicherweise gebrauchte *Crassus* juristische Analogien. In Wirklichkeit siegte er bei dem *Centumviralgericht* durch seine überlegene Rednerkunst: *de or.* 1,57,243 und *Brutus* 53,197 f.). Dann tritt indessen die von *Riccobono* herangezogene Darstellung von *Stroux* über den Einfluss der Rhetorik auf die *interpretatio iuris* in Richtung gegen die *aequitas* unter besonderer Hervorhebung des *Seruius*, der ursprünglich Rhetor war, in ein eigentümliches Licht. Ich frage in der Kritik von *Stroux* in meiner Schrift *Das mag. ius*: »Ist es klar, wie er (*Seruius*) in *causa Curiana* entschieden haben würde?» Diese Frage ist *hier* so beantwortet worden, dass er einen sehr bestimmten Standpunkt *gegen* die »*aequitas*» für die »*uerba*» eingenommen haben würde.

Was *Tubero* betrifft, hat dieser nur in der Hinsicht eine besondere Meinung, dass er bei der Auslegung eines zur Bezeichnung der testamentierten Sache verwendeten nomen immer den besonderen Sprachgebrauch des Testators berücksichtigt. Siehe die S. 2 angeführte Stelle *D.33,10,7,2* und vgl. hinsichtlich der Anwendung des Prinzips *Paulus D.34,2,32,1*: *Tubero autem, quod testator auri numero habuisset, legatum deberi ait*. Man beachte, dass auch *Tubero* bei einem einfachen Verschreiben des Testators nicht das wirklich Gemeinte gelten lässt. Es handelt sich bei ihm nur um die Notwendigkeit, den besonderen, eventuell dem gewöhn-

lichen widerstreitenden Sprachgebrauch *dieses* Testators hinsichtlich einzelner Sachen zu berücksichtigen. Sonst gebraucht er die gewöhnliche Methode: man soll nach dem wirklich Gesagten urteilen. Aber bei dieser Auslegung soll der Sinn der Worte zugrunde gelegt werden, den ein Testator überhaupt in die fragliche Wortzusammenstellung hineingelegt haben muss. Dies ist als vom einzelnen Testator wirklich gesagt, ‚dictum‘, anzusehen. D.h. man hat nicht nach der wirklichen Absicht dieses bestimmten Testators zu fragen. Labeo D.32,29,4: ‚Si Stichus et Dama serui mei in potestate mea erunt cum moriar, tum Stichus et Dama liberi sunt et fundum illum sibi habent. Si alterum ex his post testamentum factum dominus alienasset vel manumississet, neutrum liberum futurum Labeo putat. Man beachte hier, wie Labeo die Worte presst. Weil der Testator sagt: Si Stichus *et* Dama . . ., also nicht jeder gesondert erwähnt wird, müssen beide in der potestas des Testators bei seinem Ableben stehen, wenn *einer* Freiheit und Legat erhalten soll. Sed TUBERO eum qui remansisset in potestate, liberum futurum et legatum habiturum putat. Tubero entscheidet den Fall also ohne jede Rücksicht darauf, was der *spezielle* Testator möglicherweise gemeint hat. Er fragt nur, was ein Testator überhaupt bei solchen Worten gedacht haben kann. Iau. fügt hinzu: Tuberonis sententiam uoluntati defuncti magis puto conuenire. Die uoluntas defuncti, die aus der *Wortzusammenstellung* deutlich wird, muss berücksichtigt werden. Iau. Labeo D.33,6,7: Quidam heredem damnauerat dare uxori suae uinum oleum frumentum acetum mella salsamenta. Trebatius aiebat ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum *heres* mulieri dare uoluisset, quoniam non adiectum esset, quantum ex quaue re daretur. Also: Trebatius kommt durch das gewaltsamste Pressen der Worte zu dem Ergebnis, dass der Erbe gegenüber der Witwe des Testators frei sein soll, wenn er ihr nur einen Tropfen Wein, ein Getreidekorn liefert! Ofilius Cascellius TUBERO omne quantum pater familias reliquisset legatum putant. Es wird hinzugefügt: Labeo id probat idque uerum est (nach Iuolenus). Obgleich Labeo sonst eine Hinneigung zur rein grammatischen Methode zeigt, hält er die Entscheidung des Trebatius für gar zu vernunftwidrig. Die *abstrakte* Auslegungsmethode ist jedoch dieselbe wie im ersteren Falle. Die Methode des verhältnismässig freisinnigen Tubero beleuchtet indes die Frage, wie der Rhetor Crassus die freiere Auslegung in der erwähnten causa Curiana verfochten haben muss, mag er sich nun auf einen wirklichen Juristen berufen haben oder nicht. Er muss behauptet haben, dass die *Worte*, die in diesem Falle gebraucht wurden, den *Sinn* hatten, dass Curius der Erbe sein soll, auch wenn nachher kein Sohn geboren werde. In dieser Weise müsse deshalb das Testament rechtlich ausgelegt werden. Auf die Absicht dieses Testators kommt es gar nicht an. Ich habe auch schon Das mag. ius. S. 71 direkt auf Grund der Ciceronianischen Äusserungen bewiesen, dass Crassus

so verfuhr! Dem dort Angeführten sei hier nur hinzugefügt de or. 1,39, 180 fin: . . . num destitit uterque nostrum in ea causa in auctoritatibus, in exemplis, in testamentorum formulis, hoc est in medio iure civili uersari? Weshalb würden sie so verfahren sein, wenn es sich darum gehandelt hätte, den Willen *dieses* Testators festzustellen? Nachdem Cic. Brutus 53,197 gesagt hat, dass Crassus sich auf den Willen des Testators stützte, fährt er unmittelbar fort: *ita scribere plerosque et id ualere et ualuisse semper*. Alles deutet darauf hin, dass die Darstellung von STROUX und RICCOBONO in dieser Hinsicht unhistorisch ist.

Was endlich CELSUS betrifft, ist zuerst zu beachten, dass er in gewissen Fällen ohne *jede* Rücksicht auf den Willen des Testators die rechtlichen Wirkungen des Testamentes bestimmt. In diesen Fällen handelt es sich um *Interpretationszusammenstellungen*, die schon *iure civili* eine bestimmte Bedeutung haben. In dieser Beziehung hat Celsus grundsätzlich keine andere Ansicht als irgend ein klassischer Jurist. Es handelt sich dann um dasselbe, was Paulus wenigstens in erster Linie meint, wenn er D.32,25,1 sagt: *cum in uerbis nulla ambiguitas est, non debet admitti uoluntatis quaestio*.

Wenn Celsus den Willen des Testators als ein Glied seiner Argumentation heranzieht, so hat dies eine doppelte Bedeutung. Bisweilen meint er nur den abstrakten Willen des Testators, der durch die Worte ausgedrückt wird. Dann handelt es sich zwar um Fälle, in denen hinsichtlich des *ius civile* verschiedene Meinungen möglich sind. Deshalb wird der fragliche Wille als entscheidend herangezogen. Aber es ist gleichgültig, was gerade *dieser* Testator gemeint haben kann. Celsus gebraucht hierbei die freisinnige Methode Tuberos, die Worte nach ihrer *objektiven* Bedeutung in der fraglichen *Zusammenstellung* derselben auszulegen, d.h. er bindet sich nicht an die Bedeutung der einzelnen Worte, jedes für sich genommen, sondern er will bestimmen, was nach allgemeinem Sprachgebrauch eine solche Rede (*sermo*) bedeutet. Aber die *grundsätzliche* Gebundenheit an die Worte selbst tritt darin hervor, dass er sogar durch sophistische Mittel zu beweisen versucht, dass das *einzelne* Wort die Bedeutung, die es in diesem Zusammenhang haben soll, haben *kann*. Ulp. D.33,6,3,1: *Si uinum legatum sit, uideamus, an cum uasis debeat. Et Celsus inquit uino legato, etiamsi non sit legatum cum uasis, uasa quoque legata uideri, non quia pars sunt uini uasa, quemadmodum emblemata argenti scyphorum forte uel speculi, sed quia [credibile est mentem testatoris eam esse, ut uoluerit] <testator uoluit> accessioni esse uino amphoras: et sic loquimur habere nos amphoras mille, ad mensuram uini referentes. Man beachte hier, dass die Begründung der Behauptung: *uinum cum uasis debetur* mit der *wahrscheinlichen* Absicht *dieses* Testators verfehlt ist. Wenn der Text in diesem Stücke echt wäre, könnte es sich nicht darum handeln, was ohne weiteres debetur, sondern nur um eine Präsumtion, gegen die*

Beweis geführt werden darf, wenn *evidente* Gründe vorgebracht werden können. Für die Kompilatoren aber ist ein solcher sich auf den *Prozess* beziehender Gedankengang natürlich. Ihr gewöhnlicher Zusatz: *si modo uoluntas patris familias manifestissime non refragatur od. dgl.*, der hier, wenn der Text echt wäre, angebracht sein würde, drückt diesen prozessualen Gesichtspunkt aus. Da es sich jedoch darum handelt, was ohne weiteres *bei einem solchen Legate debetur*, müssen die Worte: *credibile est mentem testatoris eam esse* (beachte Präsens), *ut uoluerit* (Perfectum) ein späterer Zusatz sein. Man vergleiche die fragliche Stelle mit Ulp. D.28,6,24: *Si plures sint instituti ex diuersis partibus et omnes inuicem substituti, plerumque credendum et ex isdem partibus substitutos . . .* Dass die Worte *plerumque credendum*, die sich auf den zu präsumierenden Willen des besonderen Testators beziehen, ein späterer Zusatz sind, ist unzweifelhaft. Denn in fr. 10 pr. eod. entscheidet Ulpianus eine *analoge Frage* rein zivilrechtlich ohne jede Rücksicht darauf, was hinsichtlich der Absicht dieses Testators angenommen werden kann. In fr. 24 fin. findet sich auch der für eine solche Betrachtungsweise natürliche kompilatorische Zusatz: *nisi forte alia mens fuerit testatoris: quod uix credendum est, nisi euidenter fuerit expressum*. Um nun zur Stelle D.33, 6,3,1 zurückzukehren, so kann natürlich der korrumpierte Text nicht mit völliger Sicherheit wiederhergestellt werden. Alles aber deutet in die Richtung, dass Celsus auf den Willen des Testators verweisen wollte, der *in den Worten* selbst hervortritt, und dass er seine freie Auslegung darauf gestützt hat, dass man in der Sprache des Alltags die amphora als ein Weinmass anwendet. Man stellt also Wein mit amphora zusammen. Die Erwägung ist nicht frei von Sophistik, denn in solcher Ausdrucksweise bedeutet die ‚amphora‘ nicht eine wirkliche amphora. — Noch deutlicher ist die folgende Celsische Äusserung: Marcianus D.28,5,52,1: *Si quis ita scripserit: ‚Stichus, si meus erit, cum morior, liber et heres esto‘, alienatus non poterit iussu emptoris adire hereditatem, quamuis, etsi non erat hoc expressum, non alias liber et heres fieri poterat, quam si mansisset eius.* (Beseler Sav. Z.43, 1922, S. 547 betrachtet die Worte *quamuis*—*eius* als interpoliert, was möglich, sachlich aber gänzlich bedeutungslos ist). *sed si uiuus eum manumiserit, Celsus libro quinto decimo digestorum scripsit fieri hunc heredem: non enim hunc casum testatorem uoluisse excludere palam est neque uerba omnino repugnant, nam quamuis seruus eius non est, at certe libertus.* Hier liegt der Gedankengang offen zutage. Eine solche Wortzusammenstellung drückt die Absicht aus, dem Sklaven Freiheit *und* Erbschaft zuzuerteilen. Wenn er schon vor dem Tode vom Testator freigelassen worden ist, will er ihn zu seinem Erben einsetzen. Auch wenn der einzelne Testator dies nicht meinen sollte, wird doch eine solche Absicht durch die Worte in ihrer *Zusammenstellung* ausgedrückt. Der Wille des Testators dient als Glied der Argumentation

hier nur in der Weise, dass Celsus den in den Worten hervortretenden Willen berücksichtigt. Indessen liegt ihm daran, nachzuweisen, dass eine solche freie Auslegung auch dem grammatischen Wortlaut nicht „gänzlich“ widerspricht. Denn ‚si meus erit‘ soll *einschliessen*: si meus *libertus* erit. Der *libertus* wird ja als *libertus des patronus* betrachtet. Freilich ist dies sophistisch; denn wenn man auch *meus libertus* sagen kann, so kann doch nicht das bloss *meus* von einem *libertus* gesagt werden. Beseler a.a.O. behauptet, dass die Entscheidung des Celsus in Wirklichkeit entgegengesetzt gewesen sei. Celsus soll geschrieben haben ‚heredem eum fieri *non posse*‘. Die Worte *non enim—libertus* seien interpoliert. Was ersteres betrifft, ist eine solche Quellenkritik willkürlich. Ihre Unrichtigkeit kann auch durch eine Celsische Parallelstelle wahrscheinlich gemacht werden. Darüber alsbald. SOLAZZI, Arch. giur. 94 (1925) S. 89 f. betrachtet die angebliche Entscheidung des Celsus als echt, aber gleichwie Beseler die erwähnten Schlussworte als interpoliert. Der Sklave sei ja nicht mehr *eius*, wenn er freigelassen worden ist. S. sagt: „Noi siamo abituati a vedere che i bizantini danno rilievo alla *voluntas* rimpetto ai *verba*, in D.28,5,2,1 si sono compiaciuti di ammoniere che i *verba* non contrastano con la *voluntas*.“ Sie sollen bald so, bald so die Entscheidung eines klassischen Juristen erklären und vervollständigen. Wäre es aber nicht sonderbar, dass sie bei der Ergänzung eine Motivierung eingefügt hätten, die ihren eigenen bestimmt ausgesprochenen Grundsätzen widerspricht? Die Meinung Solazzis erscheint als noch sonderbarer, wenn man die grundsätzliche Notwendigkeit für CELSUS in Betracht zieht, hier seine freie Auslegung mit den Worten in Einklang zu bringen. Wenn die Kompilatoren überhaupt eingegriffen hätten, wäre weiter unverständlich, dass sie nicht auch den von ihrem Gesichtspunkt aus hier höchst nötigen Zusatz: *nisi mens testatoris et rel.* gemacht haben. Die Echtheit der fraglichen Äusserung wird endlich dadurch bestätigt, dass man sophistische Sätze, die durch dasselbe Motiv bestimmt sind, in anderen Fällen gerade bei CELSUS wiederfindet. Wir haben schon einen solchen Fall erwähnt und werden im folgenden noch einen zweiten besprechen. — Ulp. D.28,7,2,1: Sed si duo serui ita sint heredes instituti: ‚Primus et Secundus si mei erint, cum moriar, liberi et heredes sunt‘ et alter ex his sit alienatus, Celsus recte putat, sic accipiendum, atque si singulos separatim sub eadem condicione heredes instituisset. (Die Entscheidung erfolgt hier im Geiste Tuberos, vgl. oben S. 7 Tubero contra Labeo.) D.h. man beurteilt den Sinn der Worte mittelst einer allgemeinen Erwägung darüber, was derjenige, der so spricht, bei seiner Zusammenstellung der Worte nach allgemeinem Sprachgebrauch beabsichtigen muss. Man beachte weiter, dass Celsus hier nicht sagt . . . alter ex his sit alienatus uel manumissus. Der Grund muss sein, dass im Falle der manumissio nach Celsus die Einsetzung des Sklaven zum Erben trotz der Bedingung, si

meus erit, gültig bleibt und deshalb die zu beantwortende Frage nicht gestellt werden kann. Also bestätigt diese Stelle die Echtheit der Celsischen Entscheidung D.28,5,52,1.

Celsus berücksichtigt indessen auch den wirklichen Willen des bestimmten Testators. Er wendet dann seine eigentlich für besondere nomina, die das Legierte bezeichnen, aufgestellte These: der Testator sagt wirklich nur, was er meint, aber er muss immer das rechte nomen dabei gebrauchen, auf einen sermo an, welcher, objektiv gesehen, keinen eindeutigen Sinn hat. Celsus D.31,21: Cum quidam <qui?> uxori suae dotem reddidisset, quadraginta ei legare uoluisset et quamquam sciret dotem redditam, hoc tamen praetextu usus esset, quasi dotis reddendae nomine eam summam legaret, existimo deberi quadraginta: etenim reddendi uerbum quamquam significationem habet ‚retro dandi‘, recipit tamen et per se dandi significationem. Der Sinn dieser Äusserung wird offenbar, wenn man sie mit dem von Celsus in D.33,10,7,2 aufgestellten Prinzip und anderen schon angeführten Äusserungen desselben zusammenstellt. Das Wort ‚reddere‘ ist im formalen Legat angewandt worden, wie GROSSO, Studi Bonfante 2 (1930) S. 211—212 A. 56 geneigt ist anzunehmen. Die damnatio im Legat hat nach ihm ungef. so gelautet: — Heres meus quadraginta, quae dotis nomine accepi, damnas esto *reddere*. Dies ist nach der Darstellung des Falles notwendig. Sonst hätte der Testator die *Rückgabe* der Mitgift nicht als Vorwand (praetextus) gebrauchen können. Wir haben hier einen Fall, wo das Celsische Prinzip anzuwenden ist, dass man, wenn die Worte einen zweideutigen Sinn haben, das allein sagt, was man wirklich meint, wenn nur das wirklich Gemeinte nach der allgemeinen Bedeutung der Worte von ihnen gedeckt wird. Das Wort *reddere* hat eine doppelte Bedeutung — nämlich einerseits *retro dare*, andererseits *per se dare*. Da nun, wenn letztere Bedeutung angenommen wird, die wirkliche Absicht durch das wirklich Gesagte gedeckt wird, gilt das Legat; und die Absicht des Testators wird durchgeführt, *weil* das Gesagte das wirklich Gemeinte bezeichnen *kann*. Hätte der Testator infolge eines sachlichen Irrtums gewollt, dass die Mitgiftsumme der Frau zurückgegeben werden solle, so wäre das Legat ungültig gewesen; denn man kann nicht *retro dare*, was schon zurückgegeben worden ist. Dass der Testator selbst die Rückgabe der Mitgift als causa hinstellen und deshalb die Vorstellung erwecken will, dass es sich um ein *retro dare* handelt, ist völlig gleichgültig. Alles hängt daran, was er wirklich gesagt hat und ob das angewandte Wort *reddere* als *per se dare* ausgelegt werden *kann*. Wenn dies der Fall ist, kann auch die hier allein relevante Absicht, die Frau durch das Legat zu beschenken, als durch die Worte ausgedrückt betrachtet werden. Sophistik liegt zwar insofern vor, als ja der Testator das *reddere* doch als ein wirkliches *retro dare* hinstellen wollte. Diese Sophistik ist indes bei der Tendenz, die Absicht des Testators durchzu-

setzen, hier notwendig, wenn man, wie Celsus, fordert, dass in jedem Falle die Absicht von den wirklichen Worten nach ihrer objektiven Bedeutung gedeckt sein muss. Beseler, Beitr. 3,17, der die Worte *etenim*—*significationem* als interpoliert betrachtet, sagt: „Was hinter *etenim* gesagt ist, mag richtig sein, passt aber nicht, weil hier *reddere* unmöglich anders als im gewöhnlichen Sinne verstanden werden kann. Der Entscheidungsgrund ist der, dass ein widersinniges Motiv die Gültigkeit des Legats nicht berührt ausser gegebenen Falles durch *exc. d.* Die aber fällt hier aus, weil der Testator die Widersinnigkeit des von ihm gegebenen Motives kannte und dieses folglich nicht ernst genommen werden kann . . .“ Eine ähnliche Motivierung derselben Interpolationstheorie bei SCHULZ, Einführung in das Studium der Dig. 1916 S. 49—50. Die genannten Autoren müssen indes, wenn sie ihre Ansicht aufrechterhalten wollen, folgende Fragen beantworten: Wenn die Interpolation von den Kompilatoren stammt, wie kann dann angenommen werden, dass sie ihre ständig wiederholten Grundsätze über den Primat des Willens in Testamentsfragen hier beiseite gesetzt haben, obgleich gerade hier *nach der Voraussetzung* der Wille klar ist? Wenn ein klassischer Glossator hier interpoliert hat, wie kann man glauben, dass er das Prinzip: *falsa demonstratio non nocet* betreffs der *causa* nicht kennt? Endlich: Wenn nach der Voraussetzung das Wort *reddere* im Legat angewandt worden sein *muss*, wie könnte dann das Legat als gültig betrachtet werden, *wenn* *reddere* hier die angemessene Bedeutung zurückgeben hätte? Der Erbe *kann* ja dann das Legat nicht realisieren! — Mit der angeführten Stelle hängt eine andere zusammen. Ulp. D.33,4,1,9: Celsus libro uicesimo digestorum scribit, si socer nurui dotem relegauit, si quidem ius actionis [de dote] <rei uxoriae> uoluit relegare, nullius momenti esse legatum [quippe nupta est?] (Beseler Beitr. 4, 215). Das Motiv dieser Entscheidung gibt der Gedanke, dass die Schwiegertochter nur unter Voraussetzung erfolgter Ehescheidung *actio rei uxoriae* gegen die Erben des Schwiegervaters erhalten kann, sie dann aber auch *unbedingt* erhält. Nun kann sich indes das mit dem *dotem relegare* und der dazu gehörigen *damnatio* gegebene *dotem reddere* gerade auf die *actio rei uxoriae* beziehen. Bei dieser *actio* handelt es sich ja um ein formales *dotem reddere*. Aber *dotem reddere* kann auch etwas anderes bedeuten: darüber im Nachfolgenden. Deshalb wird hier der wirkliche Wille des Testators für die Auslegung des Legates bestimmend. Aber wenn der Testator das *dotem reddere* in der angegebenen Weise aufgefasst hat, wird das Legat nichtig. Es heisst in der Fortsetzung: *sed si uoluit eam recipere dotalem pecuniam, inquit, utile erit legatum*. Die andere mögliche Interpretation des *dotem reddere* ist die: die Frau soll die Geldsumme, die der Mitgift entspricht, *dotalem pecuniam*, bekommen. Das ist natürlich immer möglich. Weiter: *Si tamen haec dotem receperit (scil. ex causa legati), nihilo minus maritus.*

dotis persecutionem habeat, siue heres institutus esset, familiae heriscundae iudicio, siue non utili actione. Der Mann kann die Mitgift, wenn er pater familias geworden ist, immer bei der Erbteilung oder von den Erben (wenn er exheredatus ist) fordern: obgleich er im letzteren Falle nur eine utilis actio anwenden kann, weil vor dem Tode seines Vaters (des Testators) die Mitgift nur zu seinem peculium gehört haben kann. (Aus demselben Grunde war sicher auch das besprochene fam. erc. iud. hinsichtlich des Rechts auf die Mitgift nicht vom Zivilrechte bestimmt.) Ulpianus fügt hinzu: ego puto, quoniam non hoc uoluit socer, ut bis dotem heres praestet, mulierem agentem ex testamento cauere debere defensu iri heredem aduersus maritum. ergo et maritus idem debet cauere aduersus mulierem defensu iri, si prior agat. Man beachte, dass hier die uoluntas testatoris eine doppelte Bedeutung erhält. Sie bestimmt einerseits die Art, wie das Legat gültig wird, andererseits, wie unter Voraussetzung dieser Gültigkeit im Prozess verfahren werden soll. Diese Differenz wird sich in der nachfolgenden allgemeinen Untersuchung als sehr bedeutungsvoll erweisen. — Ein einfaches Beispiel der Celsischen Auslegungsmethode bei Berücksichtigung des Willens in einer zweideutigen Erklärung gibt D.22,3,12: Quingenta testamento tibi legata sunt; idem scriptum est in codicillis postea scriptis: refert duplicare legatum uoluerit an repetere et oblitus se in testamento legasse id fecerit. Endlich ist Ulp. D.33,7,12,44 anzuführen: Celsus scribit seruis qui in fundo morarentur legatis uicarios eorum non contineri [nisi appareat et de uicariis eum sensisse]. Zwei Gründe geben Anlass anzunehmen, dass die eingeklammerten Worte interpoliert sind. Das Wort contineri ist der gewöhnliche Ausdruck für das, was in einer Legatsobligation eingeschlossen ist. Siehe z.B. die ganze Ulpianische Darstellung D.34,2,19 pr. — § 18. D.h. es handelt sich hier darum, was iure civili gilt, wenn das Legat als rechtliche Tatsache vorliegt. Wenn im Legat das, was der Testator *gemeint* hat, beschränkende zivilrechtliche Relevanz haben sollte, muss dies gegebenerweise so ausgedrückt werden: wenn nicht der Testator etwas anderes *gemeint hat*. Denn eine zivilrechtlich relevante Tatsache muss natürlich, um Kraft zu haben, *wirklich* vorliegen. Dass die Tatsache im Prozesse *bewiesen wird* (apparet oder paret), hat natürlich für den Richter Bedeutung. Aber der Richter behandelt dann die zivile Rechtsfolge als nicht auf Grund des Beweises, sondern auf Grund der Wirklichkeit der civiliter relevanten Tatsache eintretend. Man beachte z.B. die Formula: quidquid heredem ex testamento dare facere oportet (Gaius I.2,213). Dass ein klassischer Jurist ein prozessuales apparet als für das oportet selbst bestimmend betrachten sollte, setzt voraus, dass er den Sinn einer Formula nicht verstanden hätte, in welcher die eine oder andere Tatsache als für das oportet bestimmend angezogen wird, was völlig unmöglich ist. Deshalb kann beinahe mit völliger Sicherheit behauptet werden, dass, wenn bei der

Frage: *quid in legato continetur?* die Entscheidung durch die Worte beschränkt wird: *si non apparet* (siehe z.B. Paulus-Cassius D.34,2,8), ein kompilatorischer Zusatz vorliegt. Hier sind bloss zwei verdeutlichende Bemerkungen nötig. Unter gewissen Umständen kann ein *apparet* als für die zivilrechtliche Kraft der Rechtstatsache bedeutungsvoll bezeichnet werden. So z.B.: Wenn man sagen will, dass der Testator, damit seine Einsetzung des Erben oder des Legatars Kraft hat, eine *certa demonstratio* machen muss, so kann dies natürlich so ausgedrückt werden: es muss durch die Worte deutlich sein (*apparere*), *wer* gemeint ist. Weiter kann natürlich auch ein klassischer Jurist seine Aufmerksamkeit auf die Frage gerichtet haben, wie die Sache im Prozess zu behandeln ist, und dann ein gewisses *apparet* als für den Sieg des Klägers entscheidend darstellen. *Nur* wenn sich das Wort *apparet* auf den Beweis im Prozesse bezieht und ihm zugleich Bedeutung für die Entscheidung beigegeben wird, was *iure civili* gilt, kann mit grosser Wahrscheinlichkeit das aufgestellte Prinzip für die Beurteilung einer justinianischen Interpolation angewandt werden. Dass für Iustinianus, für welchen die wesentliche Aufgabe ist, für die *Richter* geltende Befehle zu erlassen, das ererbte Zivilrecht selbst seine Gültigkeit nicht behält, sondern durch solche prozessuale Befehle beeinflusst wird, ist natürlich. Auch das Zivilrecht soll ja jetzt auf Grund kaiserlicher *Verordnung* gelten. Für die Kompilatoren bedeuten die Folgen eines Legates, die sich nach dem bestehenden Zivilrecht ergeben, nur eine Präsumption in bezug auf den Willen des Testators, von welcher der Richter ausgehen soll, aber gegen die Beweis geführt werden darf. Siehe z.B. Ulp. D.32,73,3: . . . *an servorum appellacione etiam hos legasse uideatur, [quod et praesumi oportet, nisi contraria uoluntas testatoris appareat]* oder Paulus D.31,85: *Creditorem, cui res pignoris iure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, [si uoluntas testatoris compensare uolentis euidenter non ostenderetur]*. Besonders deutlich ist die Vermischung des zivilrechtlichen und des prozessualen Gesichtspunktes und damit auch der Eingriff der Kompilatoren, wenn man die Gültigkeit eines im Legat angeordneten debitum davon abhängig macht, dass *die interessierte Partei* beweisen kann, dass der Testator eine gewisse Absicht gehabt hat. So z.B. Modestinus D.33,10,8: . . . *non deberi, [nisi hoc quoque testatorem sensisse legatarius doceat]* und Paulus D.34,2,32,4: *non uideri id . . . legatum, [nisi de eo quoque sensisse is qui petat probet]*. — Wenn wir nun zur Celsischen Äusserung D.33,7,12,44 zurückkehren, so ergibt sich aus den angeführten Gründen klar, dass die Worte: *nisi appareat et de uicariis eum sensisse* (die *uicarii* sollen nicht in den vermachten, zum *fundus* gehörenden Sklaven unter einer anderen Voraussetzung eingeschlossen sein: *contineri*) kompilatorisch sind. Dies wird auch durch den unmittelbar folgenden § bestätigt, wo eine derartige Interpolation ausser allem Zweifel steht. Papinianus quoque libro septimo

responsorum uxori, cui uir omnia, quae in domo erant, ab herede filia praestari uoluit, cautiones debitorum emptionesque seruorum non uideri legata respondit, [nisi, inquit, ex alia parte (!) et de seruis (!) eum cogitasse apparuerit, scilicet ut eorum seruorum ei legasse uideatur emptiones, quos et ipsos uoluit ad eam pertinere]. ‚Ex alia parte‘ muss sich auf die Beweisführung der interessierten Partei beziehen. Hier ergibt sich die Interpolation ohne weiteres aus der verkehrten Ausdrucksweise. — Der andere Grund, der die Annahme einer Interpolation in § 44 veranlasst, ist der, dass die prinzipale Entscheidung — die Untersklaven, die zum peculium der besonderen Sklaven gehören, sind nicht in der Bezeichnung serui eingeschlossen, deshalb sind sie selbst nicht als vermacht zu betrachten — vollständig mit der programmatischen Erklärung D.33,10,7,2 übereinstimmt: nichts ist als legiert anzusehen, was nicht durch die rechte Bezeichnung ausgedrückt ist.

Beilage 2

zum Texte S. 10

Zum Beweis des im Texte Gesagten zitieren und erörtern wir zuerst Ulp. D.28,5,9 pr. — § 7: Pr. Quotiens uolens alium heredem scribere alium scripserit [in corpore hominis errans] (hierüber später) [ueluti ‚frater meus‘, ‚patronus meus?‘] (Beseler Beitr. 4,142) placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam uoluntate deficitur, neque eum, quem uoluit, quoniam non scriptus est. Dass diese Entscheidung nichts für die modernisierende Auffassung von der Bedeutung des Willens in testamentarischen Fragen beweist, für welche BESELER und RICCOBONO eintreten, wird aus der folgenden Untersuchung hervorgehen. — § 1. Et si in re quis errauerit, ut puta dum uult lancem relinquere, uestem leget, neutrum [debebit hoc] debebitur (Mommson) [siue ipse scripsit siue scribendum dictauerit]. Nach Beseler a.a.O. sind die letzten Worte interpoliert. Dies ist richtig, weil sich die Worte auf ein justinianisches Nunkupationstestament beziehen, in welchem der Nunkupierende für einen tabularius diktiert. Darüber alsbald. — DONATUTI B.I.D.R. 34 (1925) S. 197 nimmt an, dass uestis als wirklich geschrieben iure civili vermacht ist, aber der dieselbe fordernde Legatar von der exceptio doli getroffen wird. Dies ist unmöglich, wenn die Worte neutrum *debebitur* echt sind. Nach LEVY und RABEL, Index interpolationum II (1931) hat niemand Interpolation in diesem Falle behauptet. Indes könnten natürlich die fraglichen Worte interpoliert sein. Statt derselben würde dann in der

echten Stelle *exceptio doli* betreffs der formell vermachten *uestis* erwähnt worden sein. Es ist zu bemerken, dass für Iustinianus, der durchgehend das Prinzip vom absoluten auch zivilrechtlichen Primat des einmal *sicher* festgestellten Willens des Testators proklamiert, jede *exceptio doli* im rein prozessualen Sinne, die auf einen entgegenstehenden Willen des Testators gegründet wäre, ausgeschlossen ist. Oder anders ausgedrückt: wenn die *exceptio doli* aus dem angegebenen Grunde wirklich anwendbar ist, so muss das für Iustinianus dasselbe bedeuten, wie dass das Testament in der fraglichen Hinsicht keine Gültigkeit hat. Wir werden dies durch eine Konfrontierung der Äusserung in den justinianischen Institutionen 2, 20,12 mit Gaius I.2,198 beleuchten. In der *ersten* Stelle wird gesagt: *Si rem suam legauerit testator posteaque eam alienauerit, Celsus existimat, si non adimendi animo uendidit, nihilo minus deberi, idque divi Seuerus et Antoninus rescripserunt . . . si uero quis partem rei legatae alienauerit, pars quae non est alienata omnimodo debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.* In der zweiten Stelle heisst es: *Sed si quis rem suam legauerit, deinde post testamentum factum eam alienauerit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatus consulto confirmari (senatus consultum Neronianum, das u. a. bestimmt, dass, wenn ein Vindikationslegat, weil die Sache nicht beim Tode dem Testator gehört, nicht gültig sein kann, es im Prozess als ein Damnationslegat zu behandeln ist). Quod ideo dictum est, quia et si per damnationem aliquis rem suam legauerit eamque postea alienauerit, plerique putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra uoluntatem defuncti petat.* Natürlich gilt auch nach Gaius wenigstens konsequent dieselbe Beschränkung wie bei Celsus nach I.I. a.a.O. Wenn der Testator beim Verkauf nicht wollte, dass der Legatar dadurch verhindert sein solle, die Sache zu fordern, so wird letzterer nicht von *exc.d.m.* getroffen. Aber aus der Konfrontierung folgt, dass weder Celsus noch die zitierten Kaiser davon gesprochen haben können, dass der Bestand des *debitum* von der Absicht des Testators bei der Entäusserung abhängig sein solle. Die wirkliche Ausdrucksweise des Celsus kann aus der Darstellung eines derartigen Rechtsfalles nach Pomp. D.34,2,34,1 u. 2 hergeleitet werden. Nur die Kompilatoren haben die *exc. d.m.* das *debitum* selbst beeinflussen lassen. Deshalb ist auch Celsus D.34,2,3 korrumpiert: *uxori legauit, quae eius causa parata sunt et ante mortem diuertit, non deberi, quia adempta uideantur, Proculus ait.* Hier haben die Kompilatoren eine spätere Handlung, die selbst keine hinzukommende Testamentsbestimmung sein kann, die Ehescheidung, die aus den Worten folgende Legatsobligation aufheben lassen. Die wirkliche *ademptio legati* kann nach *klassischem* Rechte nur durch *contraria uerba* im Testament oder in einem späteren durch das Testament konfirmierten Kodizill geschehen, wie aus Ulp. Reg. 24,29

und 2,12 hervorgeht. Vgl. aber I.I.2,21: *siue contrariis uerbis siue non contrariis*. Die Kompilatoren haben der Äusserung des Proculus, die ein repellere oder summouere des Legatars im Prozesse: *quia testator legatum adimere uoluisse uideatur* oder dgl. enthalten haben muss, eine zivilrechtliche Bedeutung gegeben. Man beachte hier, dass quae uxoris causa parata sunt das wirklich Vermachte war. Diese Worte beziehen sich auf die Zeit des Testaments selbst, wie aus der Parallelstelle Pomp.-Qu. Mucius D. 34,2,34,1 u. 2 sicher hervorgeht. Deshalb muss sogar jedes solches nachfolgendes Verfahren, wodurch die Frau des Gebrauchs von dem ihr Verschafften sogar direkt beraubt wurde, hinsichtlich der Gültigkeit des Legates irrelevant, die exc.d.m. aber möglich sein. Wären quae uxoris causa parata erunt das Vermachte gewesen, würde die zivilrechtliche Obligation selbst hinsichtlich ihres Umfangs immer von nachfolgender Entäusserung des für die Frau Verschafften bzw. von neu hinzukommendem Erwerb für sie bis zum Tode des Testators abhängig gewesen sein. Bei der Entäusserung würde dann jede exc.d.m. überflüssig gewesen sein. Dies geht auch aus der Parallelstelle hervor. Dagegen ist wahrscheinlich die Fortsetzung in Celsus D.34,2,3 echt, worin Celsus selbst sagt: *nimirum facti questio est: nam potest nec repudiatae adimere uoluisse*. (Der Testator kann gewünscht haben, dass die Frau durch die Ehescheidung des Legates nicht beraubt werde.) — Wenn wir nun zu D.28,5,9,1 zurückkehren, so ist die Frage einer eventuellen Interpolation der Worte *neutrum debetur*, welche Interpolation, wenn sie vorliegt, eine Übertragung der exceptio doli auf das Gebiet des Zivilrechts bedeuten muss, mittelst folgender Untersuchung zu beantworten. Findet sich in den Quellen ein Fall, in welchem die exceptio doli als relevant angezogen wird, wenn sich der Testator bei der Formulierung des Testaments über den Sinn des Geschriebenen irrte? DONATUTI a.a.O. S. 194 führt den allgemeinen Satz Ulpianus D.44,4,4,10 an: *Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra uoluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere*. Dieser Satz muss indes nach seiner faktischen Anwendung ausgelegt werden. Wenn man nun die betreffenden Stellen untersucht, findet man, dass es sich niemals um den *Irrtum des Testators* über den Inhalt des Testaments handelt. Pap. D.26,2,28 pr. behandelt z.B. den Fall, dass die Legatäre die Voraussetzung einer gewissen Handlungsweise — nicht die aufgestellte Bedingung, unter welcher das Legat gegeben ist — nicht erfüllen. Pap. D.35,1,72, 6 wird die zivilrechtliche Bedeutungslosigkeit einer falsa causa bei einem Legat dargetan. Es wird aber hervorgehoben, dass sie eine exceptio doli gibt. Dieselbe Bedeutung hat die exc. d.m. bei Africanus D.29,7,15: *Sed cum ea testatoris uoluntas fuerit, ut ex uniuersa hereditate legata erogarentur, dicendum scriptis heredibus profuturam doli exceptionem, si amplius quam hereditaria portio petatur*. Der gemeinte Fall ist in fr. 14, besonders in § 1, dargestellt. Von den Erben ist zur Zeit der Er-

richtung eines Kodizilles, in welchem ein Legat angeordnet wird, einer schon gestorben. Für ihn ist ein anderer substituiert. Da der Testator gleichwohl im Kodizill zu den *primär* eingesetzten Erben spricht, ist das Legat, insofern es den schon Gestorbenen betrifft, gleichwie betreffs des für ihn Substituierten nichtig. Daraus folgt, dass die anderen Erben die ganze Last tragen müssen. Aber zur causa dieses Legates gehörte die falsche Voraussetzung des Testators, dass der zum Erben Eingesetzte, der schon bei Konstituierung des Legates gestorben war, *noch lebte*. Der Testator wollte daher, dass alle Erben nach ihrem Anteil die Last tragen sollten. Die vorliegende falsa causa begründet die exceptio doli, wenn der Legatar von einem der zur Zeit der Errichtung des Kodizills lebenden primären Erben mehr verlangt, als er seinem Erbeile gemäss leisten soll. Sehr oft wird davon gesprochen, dass die exceptio doli dann anwendbar ist, wenn der Testator später seinen Willen geändert hat, ohne ein neues Testament zu errichten: mag die Willensänderung in einer besonderen Handlung, welche die ursprüngliche Sachlage selbst aufhebt, oder in Vernichtung des Testaments hervorgetreten sein. Besonders bedeutungsvoll in dieser Hinsicht sind Gaius I.2,198 u. 151a, Pomp.-Qu. Mucius D.34,2,34,1 u. 2 und Pap. D. 37,11,11,2. Man beachte besonders die Schlussworte in der letzten Stelle! Obgleich die exc. doli bei Paulus D.30,85 in einem ausserhalb des gewöhnlichen Rahmens liegenden Falle zugelassen wird, handelt es sich keineswegs um einen Irrtum des Testators hinsichtlich des Inhalts des Testamentes. Ehe nicht eine Quellenstelle nachgewiesen wird, nach welcher der blosser Irrtum des Testators über den Inhalt des Testamentes Bedeutung für die Möglichkeit einer exceptio doli hat, muss die Möglichkeit in diesem Falle bestritten werden. Übrigens zeigt der oben angeführte Satz von Celsus und Paulus: qui aliud dicit quam uult . . ., dass, wenn überhaupt ein derartiger Irrtum Relevanz hat, diese die *zivilrechtliche* Folge berührt. Andererseits zeigt gleichfalls der oben angeführte Paulinische Satz: cum in uerbis nulla ambiguitas est, non debet admitti uoluntatis quaestio, dass in den Fällen, wo er gilt, nicht einmal exceptio doli wegen Willensmangels des Testators möglich ist. — Wir können also feststellen, dass in D.28,3,9,1 die Worte neutrum debet(ur) echt sind. Dann muss § 1 eine direkte Anwendung des erwähnten Celsischen und Paulinischen Satzes sein.

§ 2. [Sed si non in corpore errauit, sed in parte, puta, si cum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, Celsus libro duodecimo quaestionum digestorum [undecimo] <sexto decimo> (Lenel Pal. Ulp. 2460) posse defendi ait ex semisse heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum, quae sententia rescriptis adiuuatur generalibus. idemque est et si ipse testator minus scribat, cum plus uellet adscribere.] Beseler Beitr. 4,142 sagt: „§ 2 ist auch in der Entscheidung verfälscht: das

Diktieren ist in aller Regel Testamentsvorbereitung, nicht Nunkupation“. Beitr. 2,24 wird gesagt, dass ‚potest defendi‘ interpoliert sei: „Wenn die dictatio im Testamentserrichtungsakte stattgefunden hat, so ist die Entscheidung selbstverständlich richtig und das bescheidene *potest defendi* nicht am Platze. Hat die dictatio aber vorher stattgefunden, so ist die Entscheidung willkürlich und verkehrt.“ Indes wird die Sachlage nicht zu reichend beleuchtet, wenn man nicht beachtet, dass sowohl Theodosius als Iust. ein besonderes *Nunkupationstestament* zulassen, in welchem die vom Testator vor sieben testes rogati gesprochenen Worte von einem tabellarius aufgezeichnet werden, wonach die anwesenden Zeugen und der tabellarius selbst die Schrift unterzeichnen und signieren. Die *dictatio* ist hier die *nuncupatio*. Siehe C.I.6,22,8 pr. — 1 b u. 6,23,21,4 mit l. 29 zusammenmengestellt. Auf solches Testament bezieht sich offenbar die Phrase: plus nuncupatum minus scriptum. Im klassischen zivilen Testament per aes et libram hat die Nunkupation nur die Aufgabe den vom Testator beim Akte vorgewiesenen tabulae Kraft zu geben. Wer diese tabulae geschrieben hat, ist völlig gleichgültig. Durch die Nunkupation gilt auf alle Fälle das Geschriebene als vom Testator stammend. Dies macht die Annahme, dass die Phrase interpoliert ist, völlig sicher. (Ebenso sicher ist Ulp. D.28,5,1,5 interpoliert, wo sie sich auch findet.) Da indes im Vorhergehenden vom Testator als für einen testamentarius diktierend gesprochen wird, ist der ganze § für ein Produkt der Kompilatoren zu halten. Die Anführung von Celsus als Autor beruht darauf, dass dieser die von Proculus ausgesprochene Ansicht, dass, wenn der Testator dem Legatar einen grösseren Teil der bona als er wollte zuerteilt hat, der wirklich gemeinte kleinere Teil als in dem grösseren eingeschlossen für allein geschrieben angesehen werden darf, in der erwähnten Schrift aufgenommen hat. Proculus hat dabei den Ausdruck: potest defendi angewandt. Hierüber alsbald. — § 3 [Sed si maiorem adscripserit testamentarius uel quod difficilium est probatione ipse testator ut pro quadrante semissem, Proculus putat ex quadrante fore heredem, quoniam inest quadrans in semisse.] Dieser § ist aus demselben Grunde wie § 2 für ein Produkt der Kompilatoren zu halten. Aber dass er seine klassische Grundlage in einer Äusserung von Proculus gehabt hat, geht aus Paulus D.30,15 pr. hervor: Qui quartam partem bonorum legare uoluit, dimidiam scripsit. Proculus recte ait posse defendi quartam legatam, quia inesset dimidia, quam sententiam et Celsus probat. — § 4 [Sed et si quis pro centum ducenta per notam scripsisset, idem iuris est, nam et ibi utrumque scriptum est et quod uoluit et quod adiectum est. quae sententia non est sine ratione!] — § 5 Tantundem Marcellus tractat et in eo [qui] <cui> (Momm- sen) condicionem destinans inserere non addidit: nam et hunc pro non instituto putat. sed si condicionem addidit, dum nollet, detracta ea heredem futurum nec nuncupatum uideri quod contra uoluntatem scriptum est. [quam

sententiam et ipse et nos probamus.] Man beachte, dass es sich hier nicht um eine Diktierung handelt, die als Nunkupation gelten soll, was für klassische Jurisprudenz unmöglich ist. *Hier* bezieht sich das nuncupare auf die notwendige Nunkupation beim Testament per aes et libram, durch welche der Testator dem Geschriebenen Kraft gibt. Und der Sinn scheint zu sein: der Testator hat nur *dem* Geschriebenen, das er schreiben *wollte*, durch die Nunkupation Kraft gegeben. Dies allein ist dann als vom Testator *geschrieben* zu betrachten. — § 6 [Idem tractat et si testamentarius contra uoluntatem testatoris condicionem detraxit uel mutauit, heredem non futurum, sed pro non *instituto habendum*.] Die Rede von einem schreibenden testamentarius, die vom klassischen Gesichtspunkte sinnlos ist, macht die Interpolationsannahme notwendig. Der Ausdruck aber: pro non *instituto* habendum für den Fall: die Schrift widerstreitet dem Willen ist von der klassischen Jurisprudenz geholt. ‚pro non *instituto*‘ = ‚pro non scripto‘. Vgl. D.34,8 rubr.: De his quae pro non *scriptis habentur* und die Anwendung auf besondere Fälle im Kapitel. Vgl. auch Paulus D.30, 15 pr. fin.: sed et si plus legare uoluit et minus scripsit, ualebit legatum: ‚legatum‘ = das als Legat Geschriebene. (Donatuti a.a.O. S. 196) — § 7 Sed si, cum Primum heredem ex parte dimidia scribere destinasset, Primum et Secundum scripsit, solus Primus *scriptus* heres uidebitur et solus heres existet, quasi ex parte dimidia *institutus*. Heres institutus oder heres ex testamento ohne Weiteres = heres *scriptus*. Durch Legat vermacht ist das, was als wirklich scriptum betrachtet werden darf. Dann ist auch deutlich, dass, wenn der Inhalt eines Testaments dem Willen des Testators widerstreitet und deshalb nicht gilt, dies darauf beruhen muss, dass derselbe nicht als wirklich *geschrieben* angesehen werden darf. Die ganze Ulpianische Partie von pr. bis § 7, sofern sie echt ist, ruht auf dieser Grundlage.

Dass die spätere Jurisprudenz das Celsische Prinzip, wonach bei zweideutiger Erklärung das Gemeinte allein als wirklich geschrieben betrachtet werden darf, übernommen hat, geht aus Paulus D.34,5,3 hervor: In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod uolumus. Die Anwendung dieses Satzes durch Celsus D.33,4,1,9 (worüber oben S. 12) wird auch von Ulpianus übernommen. Auf einen solchen Fall ist auch die julianische Erörterung D.28,5,41 des testamentarischen Satzes: ‚Si Stichus heres non erit, Sempronius heres esto‘ zu beziehen. Wenn der Testator weiss, dass Stichus einem anderen als Sklave gehört; intelligitur tale quod *dicere*(!): ‚Si Stichus neque ipse heres erit neque alium fecerit.‘ Wenn aber der Testator glaubt, dass Stichus frei ist: nihil aliud intelligitur *significare*(!) quam ‚si hereditatem uel sibi non adquisierit uel mutata condicione alium heredem non fecerit‘. Mutmasslich bezieht sich auch Marcellus D.28,5,54 auf einen solchen Fall.

RICCOBONO führt a.a.O. S. 139 Ulp. D.28,1,21,1 ff. an, um darauf seine Meinung zu stützen, dass der wirkliche Wille in der klassischen Ju-

risprudenz als für die Kraft des Testamentes bestimmend betrachtet wurde. „Ulpianus“ sagt dort, dass, wenn der Testator im solennen Testament das Legat oder den Legatar nicht völlig bestimmt hat, dieser Mangel durch eine spätere Erklärung des Testators behoben werden kann, in welcher er seine Absicht deutlich kundtut. Die Stelle lautet: Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex intregro facienda sunt. quod [uero] <si>quis [obscurius in testamento uel nuncupat uel scribit, an post sollempnia explanare possit, quaeritur: ut puta] Stichum legauerat, cum plures haberet, nec declarauit, de quo sentiret: [Titio legauit, cum multos Titios amicos haberet: errauerat in nomine uel praenomine uel cognomine, cum in corpore non errasset:] poteritne postea declarare, de quo senserit? et puto posse: nihil enim nunc dat, sed datum significat. [sed et si notam postea adiecerit legato uel sua uoce uel litteris uel summam uel nomen legatarii, quod non scripserat, uel nummorum qualitatem, an recte fecerit? et puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi: nam etsi adiecta non fuisset, utique placeret coniectionem fieri eius, quod reliquit, uel ex uicinis scriptis uel ex consuetudine patris familias uel regionis.] Nach BESELER Sav. Z. 43 (1922) S. 416 und DONATUTI B.I.D.R. 34 (1925) S. 221 sind die Worte nec—sentiret wie die: errauerat—errasset interpoliert. (Letzteres wird von GROSSO, Studi in Bonfante 2 S. 209 A 51 bestritten.) RICCOBONO betrachtet Mél. Cornil 2,362 A.1 die Worte: nihil . . . significat als interpoliert. Nachstehend soll die Interpolationsfrage eingehend untersucht werden.

Unter allen vorher in der Stelle erwähnten Fällen findet sich nur einer, auf den die Motivierung der Entscheidung: et puto posse passt: nihil enim nunc dat, sed datum significat, nämlich der zuerst angeführte: der Testator hat Stichus ohne nähere Bestimmung vermacht, obgleich er mehrere Sklaven mit dem Namen Stichus hatte. Die anderen Fälle, die zwischen diesem und der Entscheidung nebst Motivierung stehen, betreffen die Bezeichnung des *Legatars*. Von einem *Legatar* kann nicht gesagt werden, dass er *etwas* ist, was gegeben wird — datur. Nun behauptet freilich RICCOBONO, dass die fragliche Motivierung von aussen eingeschoben sei. Es kann aber bewiesen werden, dass Ulpianus eine besondere Motivierung *des* Satzes gegeben haben muss, dass eine nachfolgende Erklärung bezüglich des gemeinten Stichus möglich sei — falls er denselben aufgestellt hat. Man vergleiche zuerst Ulp. D. 30,71 pr.: Si domus alicui simpliciter sit legata neque adiectum quae domus, cogentur heredes, quam uellent domum ex his, quas testator habebat, legatario dare. Allerdings sagt Ulp. D. 33,5,2,1: sed et homine generaliter legato arbitrium eligendi, quem acciperet, ad legatarium pertinet. In diesem Falle handelt es sich indes, wie aus pr. und dem unmittelbar folgenden § 2: data igitur optione . . . hervorgeht, um ein dem Legatar im Testamente erteiltes *Optionsrecht*. Dieselbe Voraussetzung besteht dann auch Iul. B. 54 ad Sabinum,

D.34,4,11: Qui hominem legat et Stichum adimit, non peremit legatum sed *extenuat*. D.h. der Legatar mit Optionsrecht kann nicht auf Stichus Anspruch machen. Diese Annahme wird durch die Anführung aus demselben B. ad Sab. bei Ulp. D.46,4,13,4 bestätigt: Si is, qui hominem stipulatus est, Stichum accepto tulerit, Iul. l. 54 dig. scripsit acceptilationem aliquid egisse tollisseque totam obligationem: quod enim inuito stipulatori promissor soluere potest, id et acceptum latum liberationem pariet. Hier liegt also der Gedanke vor, dass der promissor, wenn ein Mensch im allgemeinen stipuliert wird, das Wahlrecht hat. Wie könnte Iul. mutatis mutandis etwas anderes betreffs des Falles meinen: ein Mensch im allgemeinen ist legiert, sofern nicht im Legate dem Legatar das Wahlrecht besonders erteilt worden ist? Wenn man D.30,71 pr. statt ‚domus‘ ‚Stichus‘ setzt, scheinen wir den von Ulp. D.28,1,21,1 erwähnten Fall zu haben. Die Entscheidung muss anscheinend auf dieselbe Weise ausfallen. Dass die Erben selbst, nicht der Legatar (ohne ausdrückliches Optionsrecht), die Auswahl haben, stimmt völlig mit Entscheidungen in ähnlichen Stipulationsfällen überein. Iau. D.45,1,106: Qui ex pluribus fundis, quibus idem nomen impositum fuerat, unum fundum sine ulla nota demonstrationis stipuletur, incertum stipulatur, id est eum fundum stipulatur, quem promissor (also die gebundene Partei) dare uoluerit. Weiter: Ulp. D.45,1,75,8: Qui illud aut illud stipulatur ueluti ‚decem‘ uel ‚hominem Stichum‘, utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quaeritur: nam et res certae designantur et ultra earum potius praestanda sit, in incerto est, sed utcumque is, qui sibi electionem constituit, adiectis his uerbis, ‚utrum ego uelim‘ potest uideri certum stipulatus, cum ei liceat uel hominem tantum uel decem tantum intendere sibi dari oportere: qui uero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur. Siehe auch Iul.-Ulp. D.46,4,13,4 cit. D.h., wenn nicht hinzugefügt wird: utrum ego uelim, hat der Promissor die Auswahl. Nun könnte gegen die Heranziehung der Stipulationsfälle für die Beurteilung der Legatsfälle eingewendet werden, dass bei Legaten das wirklich Gesagte keine Gültigkeit haben soll, wenn es nicht vom Willen gedeckt wird, das Gewollte aber richtig ausgedrückt sein muss. Aber erstens würde die Anwendung dieses Satzes zu dem Ergebnis führen, dass ein Legat, in dem der wirklich gemeinte besondere Stichus nicht bezeichnet, sondern nur ein Stichus überhaupt erwähnt ist, *ungültig* wäre. Zweitens ist der angeführte Satz von der negativen Bedeutung des Willens sicher nicht auf den vorliegenden Fall anwendbar. Hier handelt es sich ja nicht um eine *bestimmte* Person oder einen *bestimmten* Gegenstand, die statt einer anderen gemeinten Person bzw. eines anderen gemeinten Gegenstandes im Testament genannt werden, sondern um eine vom Gesichtspunkt des Testators fehlerhafte Generalisation. Um *ersteres* handelt es sich indessen sowohl Celsus D.33,10,7,2 als Ulpianus D.28,5,9, pr. u. § 1 bei der Formulierung bzw. der An-

wendung des Prinzipes. Hier dagegen ist ein anderes Prinzip anwendbar, welches zu einer andern Entscheidung führt als in analogen Stipulationsfällen, nämlich dieses, dass bei zweideutiger Rede nur das wirklich Gemeinte als wirklich gesagt betrachtet werden darf. Im unzweifelhaft echten fr. Vat. 227 wendet Paulus tatsächlich dieses Prinzip bei der *datio tutoris*, der *manumissio* und dem *Legat von Sklaven* an, wenn das in jedem Falle Bezeichnete nicht eindeutig angegeben ist. Dann aber ist die natürliche, von Paulus auch gezogene Konsequenz, dass *derjenige* zum tutor etc. eingesetzt ist, welchen der Testator in Gedanken gehabt hat. Wenn durch *irgendwelchen Beweis* nachgewiesen werden kann, wer der Gemeinte war, kann das Recht geltend gemacht werden. Sonst nicht. Paulus sagt: *is datus est, quem dare se testator sensit: si id non apparet, non ius deficit sed probatio, ergo neuter est tutor. Hoc rescriptum est in Sticho manumisso, si duo sint Stichi et incertum de quo testator senserit, uel si Erotem legauerit, qui plures eodem nomine habuit seruos. Quod in nummis legatis non ita placuit: si non adparet uoluntas, id acceptum est quod minus est.* Es ist ja deutlich, dass, wenn derjenige zivilrechtlich eingesetzt ist, an welchen der Testator wirklich gedacht hat, jeder Beweis in dieser Frage über die *Tatsache* möglich ist. Dann kann auch der Testator durch nachfolgende Erklärung dem Mangel an Bestimmtheit abhelfen. Eine solche Erklärung hat dann Bedeutung, weil sie einen *Beweisgrund* in der Frage liefert, *wer im Testament zivilrechtlich* zum tutor etc. eingesetzt ist. Man beachte hier den Unterschied zwischen den beiden Fällen: ein Haus ohne nähere Bestimmung ist legiert, und: Stichus ist legiert, *manumissus* oder zum tutor eingesetzt, wenn mehrere Stichi in Frage kommen können. In den letzteren Fällen, nicht im ersteren ist die Erklärung als unvollständig zu betrachten, denn man meint bei solchen Erklärungen nach allgemeinem Sprachgebrauch einen *bestimmten* Stichus. Dann liegt der oben dargestellte Sachverhalt vor, d. h. die wirkliche Absicht muss untersucht werden, damit der wirklich Eingesetzte festgestellt werden kann. Wenn der Testator selbst nachträglich erklärt, was er gemeint hat, so hat dies keine *zivilrechtliche* Bedeutung, sondern kann nur als Mittel dienen, um die schon vorher geschaffene zivilrechtliche Lage zu beweisen. Dies drückt Ulpianus so aus: *nihil nunc dat, sed datum significat.* Ohne diese Motivierung wäre die Entscheidung des Ulpianus unverständlich. Man beachte, wie scharf sowohl Ulpianus als Paulus zwischen der *datio* und der *significatio* bzw. der *probatio* des datum im hier abgehandelten Falle unterscheiden. Die ‚*datio*‘ ist, obgleich der Gemeinte nicht hinreichend individualisiert ist, durch die testamentarischen Worte vollendet, weil der tatsächlich Gemeinte mit dem juristisch gesehen wirklich ‚*datus*‘ identisch ist. Die nachfolgende ‚*significatio*‘ bzw. die ‚*probatio*‘ berührt nicht die zivilrechtliche Lage, sondern gibt nur die Möglichkeit das testamentarisch ‚*datum*‘ geltend zu machen. Damit ist

klar, dass, wenn sonst, wie in gewissen alsbald zu erwähnenden Fällen, gesagt wird: nisi apparet . . . institutio non *ualet* od.dgl., es sich um eine für die ‚*datio*‘ erforderliche certa demonstratio im Testamente selbst handelt, nicht um ein Beweismittel. Wenn man aber annimmt, dass die Entscheidung mit ihrer notwendigen Motivierung in unserm Falle echt ist, welche Annahme um so mehr auf eine analoge Entscheidung bei Paulus gestützt werden kann, als sich Paulus hier auf ein *Reskript* beruft, müssen die eingeschobenen Fälle bei Ulp. 28,1,21,1, bei denen die Entscheidung der Begründung entbehrt, unbedingt spätere Zusätze sein. (Wenn man sich auf das Paulinische fr. Vat. 227 stützen darf, sind auch die Schlussworte Ulp. D.30,32,1: Si quis plures Stichos habens Stichum legauerit, si non apparet, de quo Stichos sensit, [quem elegerit debet praestare] interpoliert. Nach Paulus hat dies *non apparet* die Folge, dass, weil die *probatio* betreffs des wirklich ‚datus‘ unmöglich ist, der Legatar keinen Stichus durch Prozess erhalten kann. Andere Gründe weisen indes darauf hin, dass wenigstens insofern eine Interpolation vorliegt, als eine den Sinn vernichtende Zusammenziehung stattgefunden hat. Denn *das* ist unmöglich, dass Ulp. der fehlenden Beweismöglichkeit einen Einfluss auf die zivilrechtliche Lage zugestanden hat. Dass hier die Kompilation nachlässig erfolgt ist, zeigt auch der Umstand, dass sowohl ‚elegerit‘ wie ‚praestare debet‘ kein bestimmtes Subjekt haben. CANNegieter setzt vor ‚elegerit‘ legatarius, mutmasslich wegen der demselben liber ad Sabinum entnommenen Ulpianischen Äusserung D.33,5,2,1, die er indes dann missverstehen würde: siehe oben S. 21. Alsdann muss jedoch unbedingt vor praestare debet ‚heres‘ gesetzt werden. Die Byzantiner — Bas. 44,1,31 — nehmen in beiden Fällen ‚heres‘ als Subjekt an. Eine derartige Textkorruption Ulp. eod. 1.37,1.) Indes lässt sich die Verfälschung in den angegebenen Fällen bei Ulp. 28,1,21,1 auch unmittelbar beweisen.

1. Man setzt zum Legatar einen Titius ein, obgleich sich mehrere Titii amici finden. Diesem Fehler soll der Testator nachher abhelfen können. Vgl. hiermit Ulp. D.28,5,9,9 über die Einsetzung zum *Erben*: Heres *institutui*, nisi ut *certe demonstratur*, nemo potest. Im unmittelbar vorhergehenden § 8 wird gesagt: Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed in *indubitabili signo* eum *demonstrauerit* [quod paene nihil a nomine distat?] . . . *ualet* institutio. Bei Paulus Sent. 3,4B,3 heisst es: Quotiens non apparet, qui (quis) sit heres institutus, institutio non *ualet*, quod [euenit] <euenire potest> si testator plures amicos unius nominis habet. ‚Non apparet‘ = non certe demonstratur. Also: bei apparet ist hinzuzudenken ex scripto. Man vergleiche weiter die direkte Äusserung desselben Ulpianus über die Einsetzung zum Legatar D.34,4,3,7: Si duobus Titiiis separatim legauerit et uni ademerit nec appareat, cui ademptum sit, utrique *legatum debetur*, quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus *neutri legatum*. Eine Entscheidung gleichen Sinnes

findet sich Ulp. D.34,5,10 pr. Dass apparet sich in diesen Fällen auf die certa demonstratio in der Schrift bezieht, geht aus der Parallelstelle Paulus Sent. 3,6,13 hervor: Legatum nisi certae rei sit et ad certam personam deferatur, nullius est momenti. Vergleiche auch Modestinus D.28,5,63, 1: Quotiens non apparet, quis heres institutus sit, institutio non ualet. quippe euenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat (insoweit beinahe wörtlich dasselbe wie Paulus Sent. 3,4B,3, oben zit.) et ad designationem <non> singulari nomine utatur! ‚non apparet‘ bezieht sich offenbar auf das Fehlen einer certa demonstratio (durch *singulare* nomen). Aber es wird hinzugefügt: nisi ex aliis *apertissimis* probationibus fuerit reuelatum, pro qua persona testator senserit. Hier ist ja ein justinianischer, vom Präsumptionsprinzip bestimmter Zusatz offenbar. Aber wenn wir den Fall auf die Einsetzung eines Legatars übertragen, erhalten wir die ‚Ulpianische‘ Entscheidung betreffs eines non certe demonstratus legatarius in D.28,1,21,1. Denn was kann mehr eine aperta probatio (außerhalb der Worte des Testamentes) für die Absicht des Testators sein als seine eigene nachträgliche Erklärung? Also ist die Entscheidung D. 28,1,21,1, was diesen Fall betrifft, unzweifelhaft interpoliert. Man beachte hier, dass es sich bei der nachträglichen Erklärung nicht um ein im Testament konfirmiertes Kodizill handelt. Wenn dies der Fall wäre, könnte die Frage nicht aufgeworfen werden. Ein solches Kodizill würde selbst durch formelle Worte den gemeinten Titius unmittelbar als Legatar einsetzen (Gaius I.2,270a), aber es könnte nicht die Bedeutung einer Erklärung über die ursprüngliche Absicht des Testators haben.

2. Der Testator hat sich über nomen, praenomen oder cognomen der gemeinten Person geirrt, nicht dagegen in bezug auf die Individualität, indem er z.B. zwei Personen miteinander vermengt hätte. Auch diesem Mangel soll er durch eine spätere Erklärung abhelfen können. Vgl. zunächst Ulp. 29,5,9 pr.: Quotiens uolens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans . . . placet . . . Die Einsetzung ist eine Nullität. BESELER hält mit Recht die Worte: in corpore errans für interpoliert. Er motiviert diese Annahme auch richtig. Ein Irrtum hinsichtlich der Individualität (corpus), indem z.B. zwei Personen im Bewusstsein des Testators vermengt werden, gehört nicht zum Tatbestand. Dies ist hier näher auseinanderzusetzen, besonders hinsichtlich der Absicht der Kompilatoren. Es ist klar, dass in der primären Voraussetzung — Verwechslung der Namen zweier Personen — die gemeinte Person ein bestimmtes Individuum ist, das also im Bewusstsein des Testators nicht mit einem anderen verwechselt wird. Aber der dem widerstreitende Zusatz: in corpore errans ist eingeschoben, weil nach Iustinianus der bloße Irrtum betreffs des Namens keine Relevanz hat, wenn nur auf irgend eine Weise bewiesen werden kann, welche bestimmte Person gemeint ist. Auch nach der klassischen Jurisprudenz braucht die fehlerhafte Benen-

nung nicht Nullität zu bedingen, wenn nämlich aus dem *Geschriebenen* selbst hervorgeht, wer gemeint ist. Aber wenn keine bestimmte Person wirklich gemeint ist, ist natürlich auch nach Iustinianus die Einsetzung eine Nullität. Es ist *dieser* Gedanke, der in unserm Falle hervortritt: errauerat in nomine uel praenomine uel cognomine, *cum in corpore non errasset*, dann soll eine spätere Erklärung betreffs des Gemeinten gelten. Wir finden dasselbe Prinzip in I.I.2,20,29 klar ausgesprochen: Si quid in nomine cognomine praenomine errauerit testator, si de persona constat, nihilo minus ualet legatum: idem in heredibus: nomina enim significantorum hominum gratia reperta sunt, qui *si quolibet alio modo* intelliguntur, nihil interest. Ein Reskript von Kaiser Gordianus C.6,23,4 (239), also nicht lange nach dem Tode des Ulpianus und gleichzeitig mit dem Todesjahr des Modestinus spricht dasselbe Prinzip aus. Von diesen aber wissen wir, dass sie beim Fehlen einer certa demonstratio, die immer in erster Linie durch die Benennung geschieht, wenn auch ein anderes indubitabile signum *statt* des Namens angewandt werden kann, die Einsetzung für nichtig hielten. Das Reskript ist wahrscheinlich eine Interpolation. Man beachte die Schlussworte: error huiusmodi nihil officit ueritati! Man darf das fragliche Prinzip nicht mit dem Satz: falsa demonstratio non nocet verwechseln, bei dem es sich um einen Zusatz zu einer anderweitig erfolgten certa demonstratio handelt. Es heisst auch in I.I. unmittelbar nach § 29 cit.: Huic *proxima* est illa iuris regula falsa demonstratione legatum non peremi. Iul. sagt D.37,11,8,2: sed et cum in praenomine cognomine erratum est, is ad quem hereditas pertinet etiam bonorum possessionem accipit. Aus dieser Äusserung kann nichts hinsichtlich des julianischen Standpunktes in der Frage geschlossen werden, da nicht gesagt wird, *wer* is ad quem hereditas pertinet beim betreffenden Irrtum ist.

Die Sachlage ist durch Ulp.D.30,4 pr. zu beleuchten. Si quis in fundi <legati?> vocabulo errauit et Cornelianum pro Semproniano nominauit, <neuter> debebitur [Sempronianus], [sed si in corpore errauit, non debebitur]. quod si quis, cum uellet uestem legare, suppellectilem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione uestem contineri, Pomponius scripsit uestem non deberi, quemadmodum si quis putet auri appellatione electrum uel aurichalcum contineri uel quod est stultius, uestis appellatione etiam argentum contineri. [rerum enim uocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.] Vgl. Beseler, Sav. Z. 43 (1922) S. 415 f. Der Tatbestand ist ja mutatis mutandis derselbe wie in Ulp. D.28,5,9 pr. und Ulp. D.28,1,21,1: man hat sich über das nomen des gemeinten Erben oder Legatars, *nicht* betreffs seiner Individualität geirrt. Wenn die wirkliche Absicht überhaupt sicher konstatiert werden kann, ist der Gemeinde als eingesetzt zu betrachten: so nach dem justinianischen Prinzip. Interpolationen derselben Art müssen dann hier vorhanden sein. Wir finden auch in dem überlieferten Texte Ulp. D.28,5,9 pr. und § 1 dieselbe Differenzierung zwi-

schen den Folgen offenbar fehlerhafter Anwendung der nomina appellativa und fehlerhafter Anwendung der nomina propria wie in unserm Falle wieder. Wenn man sich bei der individualisierenden Bezeichnung einer bestimmten Person irrt, hat dies nicht unbedingt Nichtigkeit zur Folge. Für die unbedingte Nichtigkeit ist Irrtum in corpore nötig. Schreibt man aber *lanx* für *uestis*, tritt unbedingt Nichtigkeit ein, ganz wie nach 30,4 pr. Nicht einmal die Justinianer wollen ihr Prinzip, dass der wirklich konstatierte Wille immer bestimmend ist, in einem Falle zulassen, wo die Bezeichnungsweise *offenbar* der allgemeinen widerstreitet. Natürlich ist diese Abweichung vom Prinzip durch den Gedanken an die Notwendigkeit einer *gewissen* Ordnung bestimmt. Denselben Standpunkt vertreten die klassischen Juristen hinsichtlich der offenbar absurden Anwendung der nomina appellativa. Wenn aber ein gewisser Sprachgebrauch zwar dem gewöhnlichen widerstreitet, aber doch möglich ist, ohne dass man deshalb den Betreffenden für verrückt oder in sprachlicher Beziehung grob unwissend halten muss, scheint wenigstens *Tubero* zu meinen, dass die Bestimmung nicht ungültig ist. (Siehe oben S. 6.) Man beachte endlich, dass die Motivierung 30,4 pr. der erwähnten Differenzierung mit der Unveränderlichkeit der *rerum* uocabula und der Veränderlichkeit der *hominum* uocabula absurd ist. Ein einzelner Gegenstand, z.B. ein Landgut, kann ja einen Namen haben, der von derselben Natur ist wie ein Name einer bestimmten Person, ohne dass der Name des Gegenstandes gerade von einem Personennamen hergeleitet ist. — *Grosso* verteidigt *Studi* in *Bonf.* 2, S.197 A. 29 die Echtheit der Stelle 30,4 pr. in der fraglichen Hinsicht und behauptet, dass es sich 28,5,9 pr. um eine Bezeichnung durch ein nomen commune, nicht durch ein nomen proprium handelt. Er beruft sich dabei auf die Worte *ueluti* ‚frater meus‘ ‚patronus meus‘. Wenn diese Worte zum echten Text gehören, sind nach *Mommsen* zwischen ‚meus‘ und ‚patronus‘ die Worte *scribere uolens scripsit* weggefallen. Es handelt sich jedoch auf alle Fälle nur um ein *Beispiel*. Man muss deshalb auf den allgemeinen Satz Rücksicht nehmen: *uolens alium scribere alium scripsit*. Das kann natürlich ebensogut durch Verwechslung der betreffenden nomina propria geschehen. Übrigens ist klar, dass, wer auch immer den Satz *D.28,1,21,1: errauerat in nomine et rel. geschrieben* haben mag, dabei jedenfalls ein Mangel an *certa demonstratio* des wirklich Gemeinten vorausgesetzt ist, obgleich es sich um nomina propria handelt. Sonst wäre es sinnlos, von einer abhelfenden nachträglichen Erklärung zu sprechen. *Grosso* verweist a.a.O., um seine Meinung zu stützen, auf *Pap. D.32,91,3: ‚Titio Seiana praedia, sicuti comparata sunt, do lego‘. cum essent Gabiniana quoque simul uno pretio comparata, non sufficere solum argumentum emptionis respondi, sed inspiciendum, an litteris et rationibus appellatione Seianorum Gabiniana quoque continentur et utriusque possessionis confusi reditus titulo Seianorum accepto lati*

essent. GROSSO meint, dass das Prinzip der Entscheidung hier die *konstante* individuelle Ausdrucksweise des Testators sei und dass die Entscheidung deshalb der 30,4 pr. überlieferten Entscheidung entspräche. Indessen wird in 30,4 pr. nur von einem *Irrtum* bei der Bezeichnung gesprochen. Dieser Irrtum muss auf einen wirklichen Schreibfehler bezogen werden. Als ein Irrtum kann es nicht betrachtet werden, dass der Testator einen fundus, der von *anderen* als fundus Cornelianus bezeichnet wird, fundus Sempronianus zu nennen pflegt oder umgekehrt. Wenn es sich in solchen Fällen um nomina propria handelt, ist der Sprachgebrauch des Testators — des Eigentümers — allein relevant. In 32,91,3 aber handelt es sich gar nicht um einen Irrtum, sondern um eine Erklärung des Testators, dass die praedia, die bei ihrem Ankauf als Seiana bezeichnet worden sind — *Seiana sicuti comparata sunt* —, als Legat geleistet werden sollen. Papinianus meint nun, dass, wenn die Seiana bei dem Kauf *im Hausbuch* mit den Gabiniana unter der Bezeichnung Seiana vereinigt wurden und dies nicht zufällig geschah, sondern die Grundlage der nachfolgenden Rechnungsführung blieb, auch die Gabiniana als vermacht zu betrachten sind. Es sei nicht ausreichend, dass für die gesamten praedia ein Preis ohne Differenzierung bezahlt wurde. D.h. Papinianus erklärt nur den Sinn der *Worte*: *Seiana sicuti comparata sunt*. GROSSO führt in diesem Zusammenhang S. 209A,51 auch Pomp. D.5,1,80 an: Si in iudicis nomine praemine erratum est, Seruius respondit, si ex conuentione litigatorum is iudex addictus esset, eum esse iudicem, de quo litigatores sensissent. Ides übersieht er dabei einen Unterschied, der im postklassischen Rechte keine Rolle spielte, im klassischen Recht aber prinzipielle Bedeutung hatte, nämlich den, der zwischen iudicium *legitimum*, in welchem der Prator das ius Quiritium selbst vertritt und wo deshalb die *Worte* entscheidend gewesen sein müssen, und dem iudicium imperio continens, in welchem der Prator als Inhaber eines persönlichen imperium auftritt und deshalb *sein Wille* allein bestimmend ist. Seruius hat wahrscheinlich den letzteren Fall im Auge gehabt, obgleich dies in der Darstellung der Kompilatoren ausser acht gelassen ist. Überhaupt wird ja in ihrer Kompilation der erwähnte, für das klassische Recht höchst wichtige Unterschied ausgetilgt. Da jedenfalls die erwähnte Möglichkeit besteht, kann aus der Seruianischen Äusserung kein Schluss hinsichtlich des Testamentsrechtes gezogen werden.

Aus dem Angeführten geht hervor, dass in Ulp. D.28,1,21,1 die ganze Partie Titio—errasset in dem Zusammenhang, in dem sie steht, von aussen eingeschoben worden ist. 1. Die Motivierung der Ulpianischen Entscheidung passt nicht zu den hier erwähnten Fällen. 2. Die Entscheidung widerstreitet bestimmten Äusserungen von Ulpianus, die selbst deshalb nicht sein müssen, weil sie der postklassischen Rechtsanschauung widersprechen. Sie kann auch nicht auf die Entscheidung des Paulus im fr. Vat.

227 gestützt werden, denn *hier* wird nicht die Einsetzung zum Legatar erwähnt. Nur der zuerst erwähnte Fall: Stichum legauerat cum plures haberet . . . ist echt.

Besonders interessant ist die Fortsetzung in D.28,1,21,1: sed et si notam postea adiecerit legato *uel sua uoce uel litteris* uel summam uel nomen legatarii, quod non scripserat uel nummorum qualitatem — an recte fecerit? et puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi: nam etsi adiecta non fuisset, utique placeret coniectionem fieri eius quod reliquit uel ex uicinis scripturis uel ex consuetudine patris familias uel regionis. Dies kann nicht als Ganzes echt sein. Vgl. Ulp. D.34,5,10 pr. u. Paulus Sent. 3,6,13. Die l. 21,1 eingefügten Worte *uel sua uoce uel litteris* sind zusammenzustellen mit den in pr. ohne Zusammenhang mit dem Vorhergehenden: Heredes palam ita, ut exaudiri possunt, nuncupandi sint eingeschobenen Worten: licebit ergo testanti uel nuncupare heredes uel scribere, weiter mit den Worten in § 1: quod uero quis obscurius in testamento uel nuncupat uel scribit an post sollemnia explanare possit . . . Eine solche Alternative (Nunkupation oder Schrift des Testators) im *zivilen* Testamentsrecht ist der klassischen Jurisprudenz völlig fremd. Das zur fraglichen Zeit allein zivilrechtlich gültige Testament ist nach absolut einstimmigen Zeugnissen in Gaius Inst., Ulpianus Reg. und der geschichtlichen Darstellung in den justinianischen Inst. eine *Verbindung* von Nunkupation und Schrift. Es ist wahr, dass Iauolenus, Seruius und Labeo D.28,1,25 ebenso wie Paulus D.28,5,59 und 29,7,20 u. Iul. D.37,11,8,4 ein Testament durch bloße unmittelbare Nunkupation der Erben voraussetzen und dass Suetonius in seiner uita Horatii ed. Roth. S. 298 berichtet, dass Augustus von Horatius ‚heres palam nuncupatus‘ wurde, und auch in uita C. Caligulae 38 Erbeinsetzungen des Kaisers durch eine solche Nunkupation erwähnt. In allen diesen Fällen handelt es sich indes ganz sicher um ein Testament, das als Notbehelf diente, wenn man wegen Krankheit nicht einmal ein ordinäres schriftliches *prätorisches* Testament mit signacula der sieben Zeugen machen konnte. Dies geht aus der Angabe des Suetonius über das Horatische Testament hervor: cum urgente ui ualitudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas. ‚Obsignatio‘ tabularum, die durch sieben Zeugen geschehen musste, ist die nötige Formalität bei dem prätorisch (hinsichtlich der bon. possessio) gültigen Testamente, obgleich natürlich, wenn familiae emptio mit der Nuncupatio durch uerba civilia auch vorlag, das Testament sowohl prätorische wie zivile Gültigkeit in fraglicher Hinsicht erhielt. Wenn GIRARD Man. S. 823 A.3 aus Cic. in Verr. 2,1,45,117: Der Prätor (Verres) erklärt: Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, *quam e lege oportet*, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo, den Schluss zu ziehen scheint, dass eine obsignatio tabularum auch für das *zivilrechtlich* gültige

Testament wenigstens zur Zeit Ciceros nötig gewesen sei, so ist dies übereilt. ‚E lege oportet‘ kann sich natürlich auf eine lex über das prätorische Verfahren beziehen, die für das prätorische Edikt hinsichtlich der Anzahl der Zeugen bestimmend wurde. Solche auf den Prätor bezügliche Verordnungen finden sich ja mehrfach zur beginnenden Kaiserzeit in der Form von *senatus consulta*. Da nun in den Gaiischen und Ulpianischen Darstellungen des zivilrechtlichen Testamentes nichts von einer solchen Notwendigkeit gesagt wird und in der *geschichtlichen* justinianischen Darstellung die *obsignatio* durch sieben Zeugen, was *ius civile* betraf, im Gegenteil ausdrücklich für *nicht* nötig erklärt wird (I.2,10,3 vgl. § 4), muss die Annahme GIRARDS unrichtig sein. Dies schliesst natürlich nicht aus, dass man im allgemeinen das Testament sowohl durch formale *familiae emptio* und *nuncupatio* wie durch *obsignatio tabularum* errichtete.¹ So erhielt der Erbe den Vorteil einer mit dem blossen Vorlegen der *tabulae obsignatae* unmittelbar bewilligten *bonorum possessio*, die gegen *jeden* Vindikanten standhielt. Über die Mangelhaftigkeit eines bloss prätorischen Testamentes siehe Gaius I.2,119—120 u. 147—149a. Indes wird in den unzweifelhaft echten Darstellungen der klassischen Juristen nicht einmal eine *bonorum possessio secundum nuncupationem* erwähnt. In Ulp. Reg. 28,1 heisst es ausdrücklich: *Bonorum possessio datur aut contra tabulas testamenti aut secundum tabulas aut intestati*. Da nun die Nunkupation ohne eine Schrift, auf die in ihr hingewiesen wird, keine zivilrechtliche Kraft hat, muss man fragen, welche Bedeutung die von Suetonius, Iuolenus, Seruius und Labeo erwähnten blossen Nunkupationen gehabt haben können. Das Rätsel löst sich sofort, wenn man beachtet, dass nichts anderes hinsichtlich der formalen Natur des Testamentes für die *bonorum possessio* nötig ist, als dass *tabulae testamenti* mit den *signacula* der sieben Zeugen vorgelegt werden, die durch die *signacula* bescheinigen, dass das Testament wirklich vom Testator stammt. Dagegen wird *nirgends* gesagt, dass diese *obsignatae tabulae* vom Testator selbst geschrieben sein müssen, was nicht einmal für ein Testament *iure civili* nötig ist, oder dass sie zu Lebzeiten des Testators fertig vorliegen müssen. Dann ist auch natürlich, dass, wenn der Testator vor sieben *testes*, die besonders für diesen Zweck zugezogen worden sind, mündlich erklärt ‚*palam nuncupat*‘, wen er als Erben einsetzt, und die Zeugen — selbst erst nach seinem Tode — dies als von ihm verordnet aufzeichnen und durch ihre *signacula* besiegeln, das so Aufgezeichnete und Besiegelte als prätorisch gültige *tabulae testamenti* zu betrachten ist. Wenn der Testator noch lebt, kann er natürlich die *obsignatio* dieser *tabulae* überwachen, ja, ihnen auch zivilrechtliche Gültigkeit verschaffen, falls er nicht neue *tabulae* anfertigen will. Der einzige Unterschied zwischen der vorausgesetzten unmittelbaren Nunkupation

¹ So auch KRETSCHMAR, Sav. Z. 57 (1937) S. 60¹.

der Erben und anderen Fällen, in denen der Testator ohne *familiae emptio* und Nunkupation durch *uerba civilia* eine gewisse testamentarische Schrift vor den Zeugen für von ihm gutgeheissen erklärt oder eigenhändig unterschreibt, ist der, dass er im letzteren Fall sicher sein kann, dass die *tabulae testamenti* richtig geschrieben sind, und dass die Zeugen den Inhalt der Schrift wenigstens nicht zu kennen *brauchen*. Deshalb wählte man natürlich, wenn man es konnte, den letzteren Weg. Dass sich die direkte Nunkupation der Erben gerade bei unmittelbar drohendem Todesfall eignete, geht sowohl aus der angeführten Horatischen Einsetzung des Augustus wie aus Suetonius C. Caligula 38 hervor. In letzterer Stelle bezeichnet der freche Kaiser diejenigen, die ihn ‚*palam*‘ als Erben nunkupiert hatten und nicht gleich danach starben, als ‚*derisores*‘. Endlich ist bei Iau. D.28,1, 25 die Voraussetzung dieselbe: Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, *obmutisset* . . . Weshalb eine solche Annahme, wenn nicht vorausgesetzt wurde, dass sich die unmittelbare Nunkupierung der Erben für einen Testator eignet, der dem Tode nahe ist? Die hier gegebene Erklärung ist die einzige, die in Übereinstimmung mit unzweifelhaft echten Quellen steht. Man beachte, dass bei Iulianus D.37,11,8,4, wo es sich um die Einsetzung eines Pupillarsubstituts durch Nunkupation handelt, *nur* prätorische *bon. possessio* als die eintretende rechtliche Folge betrachtet wird. — Hieraus geht hervor, dass dem klassischen Testamentsrecht, sowohl was das zivile wie was das prätorische Testament betrifft, die Alternative: vom Testator unmittelbar nunkupierte und von ihm geschriebene Erben völlig fremd ist. Im ersteren Falle sind sowohl mittelbare Nunkupation wie schriftliche Bezeichnung der Erben unbedingt nötig, aber die Schrift braucht nicht vom Testator geschrieben zu sein. Jede unmittelbare Nunkupation der Erben ist ausgeschlossen. Im zweiten Fall ist unmittelbare Nunkupation der Erben möglich, aber dann sind für *bonorum possessio* besondere *tabulae testamenti* nötig, die der Nunkupation gemäss von den *testes* angefertigt und besiegelt sind. Wenn keine unmittelbare Nunkupation der Erben vorliegt, sondern nur *tabulae testamenti*, brauchen letztere nicht vom Testator selbst geschrieben zu sein. Dagegen müssen nach dem justinianischen Recht, wo *ius civile* und *ius praetorium* verschmolzen sind, die Namen der Erben unbedingt entweder *eigenhändig* vom Testator geschrieben *oder* von ihm selbst vor den sieben Zeugen nunkupiert werden: Quod si non fuerit obseruatum et nomen heredis uel heredum non fuerit manu testatoris scriptum uel uoce coram testibus nuncupatum, hoc testamentum stare minime patimur . . . : C.I.6,23,29,3 (531). Hier ist hinzuzufügen, dass in den Quellen in denen wirklich eine den Inhalt des Testamentes aussprechende Nunkupation für die republikanische oder klassische Zeit als möglich behauptet wird, niemals von einer anderen Nunkupation als der der Erben gesprochen wird. ‚Legate‘ können auch

nur als Fideikommissie geltend gemacht werden, wie aus Paulus D.29,7, 20 hervorgeht, wo die ‚Legate‘ bei der unmittelbaren Nunkupation des Erben als in besonderen tabulae geschrieben supponiert werden, welche tabulae nicht als tabulae testamenti, sondern nur als freistehende Kodi-zille betrachtet werden sollen. Nach justinianischem ebenso wie nach theodosischem Rechte besteht die allgemeine Möglichkeit, das ganze Testament mit Legaten und Fideikommissen durch Schrift oder Nunkupation anzufertigen: C.I.6,22,8, pr (521) und 6,23,21,4, (439) vgl. I.I.2,10,14. Endlich ist zu bemerken, dass nach klassischem Rechte bonorum possessio auf Grund eines Testamentes *nur* secundum tabulas möglich ist. Nach justinianischem Recht ist sie zufolge des prinzipiellen Unterschiedes zwischen dem nunkupativen und dem schriftlichen Testamente sowohl secundum nuncupationem wie secundum tabulas möglich. (Theodosisches Testamentsrecht ist die Grundlage des Iustinianischen.) Hier ist ja *entweder* die Nunkupation des Testators *oder* seine eigenhändige Schrift (wenigstens hinsichtlich der Namen der Erben) die *Grundlage* jeder Gültigkeit des Testamentes. In Gordianus C.I.6,11,2 (242) ist pr. echt: Bonorum quidem possessionem ex edicto praetoris *non nisi* secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non uenit. Aber § 1 ist notwendig ein postklassischer Zusatz: Uerum si eundem numerum adfuisse *sine scriptis* testamento *condito* doceri potest, iure civili testamentum factum uideri ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati iuris est. Dieselbe Ausdrucksweise bei Gordianus C.I.6,13,1(239): . . . uel contra nuncupationem si testamentum *sine scriptis conditum est*. Vgl. C.I.6,22,8, pr. (521): . . . per nuncupationem suae *condant* moderamina uoluntatis, *praesentibus septem testibus*, 6,23,21,4(439): Per nuncupationem quoque, hoc est *sine scriptis* . . . Vgl. endlich I.I.2,10,14 . . . *sine scriptis* ordinare *iure civili* testamentum. Man vergleiche das Berliner Fragm. Papiniani resp. 14, wo auch von bon. poss. contra nuncupationem gesprochen wird: eadem erunt *tabulis quoque non signatis*; defertur enim contra nuncupationem filio possessio, cum ualuit nuncupatio. Hier ist die Voraussetzung, dass tabulae testamenti *existieren*, obgleich sie nicht, wie beim prätorischen Testamente nötig ist, durch sieben Zeugen signiert worden sind. Unter nuncupatio ist dann hier ein iure civili, *nicht* iure praetorio, gültiges Testament zu verstehen und contra nuncupationem bedeutet contra tabulas testamenti *non signatas*. Es handelt sich also gar nicht um eine nuncupatio sine scriptis.

Wenn wir nun zu Ulp. D.28,1,21,1 zurückkehren, kann kein Zweifel hinsichtlich des Ursprungs der Worte *uel sua uoce uel litteris* eintreten, mit denen die Worte in pr. . . licebit ergo testanti uel nuncupare heredes uel scribere und die in § 1: quod uero quis obscurius in testamento uel nuncupat uel scribit, an post sollemnia explanare possit zusammenzustellen sind. Die Worte in pr., die in keinem Zusammenhang mit der übrigen

Auseinandersetzung daselbst über den terminus *palam nuncupare* stehen, geben der allein postklassischen Forderung Ausdruck, dass im Testamente die nomina heredum entweder vom Testator nunkupiert oder eigenhändig von ihm geschrieben werden müssen. Eine derartige Interpolation in Ulp. 28,5,1,1: Institutum autem heredem eum quoque dicimus, qui scriptus non est, sed solummodo nuncupatus. Hier wird bei den Worten: qui non scriptus est vorausgesetzt: a testatore. Die aus § 1 angeführten Worte geben der allein *postklassischen* Möglichkeit Ausdruck, das Testament in toto entweder zu nunkupieren oder zu schreiben. Auch Ulp. D.28,6,20,1: Si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem uel contra fecerit testamentum, *ualebit*, ist aus demselben Grunde als interpoliert zu betrachten. Im pr. handelt es sich um *ius praetorium* bezüglich der Pupillarsubstitution. Mutmasslich hat Ulp. gesagt, dass *iure praetorio* ein Testament gültig ist, welches die primäre Erbeinsetzung durch *tabulae signatae*, die Pupillarsubstitution durch Nunkupation vornimmt oder umgekehrt. Dann ist auch nicht zweifelhaft, worauf sich die Worte uel sua uoce uel litteris (vgl. C.I.6,23,29,6: uel ex litteris testatoris uel ex uoce quidem testatoris) beziehen. Sie beziehen sich auf ein ad exemplum testamenti nachträglich angefertigtes nicht konfirmiertes Kodizill. Durch dieses soll der Testator der Mangelhaftigkeit des ursprünglichen Testamentes durch nähere Erklärungen über das daselbst hinsichtlich der Person des Legatars bzw. des Legates Gemeinte abhelfen können: sowohl durch mündliche wie schriftliche Erklärungen coram testibus. Der Sinn ist ein ganz anderer als der, den Ulpianus in die wirklich echten Worte hineinlegt. Mit *diesen* ist gemeint, dass in den Fällen, wo Stichus vermacht ist, aber mehrere Sklaven des Testators mit dem Namen Stichus vorhanden sind, eine nachträgliche Erklärung des Testators als Beweismittel Bedeutung hat. Im *justinianischen* Zusatz handelt es sich um ein vervollständigendes Kodizill *ad exemplum testamenti*, das nicht im vorhergehenden Testament konfirmiert ist, aber dem Mangel des vorhergehenden Testamentes abhilft, *ohne* dass deshalb dieses Testament ganz geändert zu werden braucht. Wie schon nachgewiesen wurde, ist der scharfe klassische Unterschied zwischen der zivilrechtlichen Gültigkeit eines Testamentes und den prozessualen Bedingungen seiner Durchsetzung weggefallen.

Aus dem Angeführten kann der Schluss gezogen werden, dass § 1 starken Einfluss von der Hand der Kompilatoren erfahren hat. In der Tat ist das ganze fragment 21 in wesentlichen Teilen korruptiert. Für pr. haben wir dies schon nachgewiesen. Der letzte Teil von § 2 ist interpoliert, um die echtrömische Forderung von testes *rogati* zu mildern. Ferner ist der ganze § 3 interpoliert: Uno contextu actus testari oportet, est autem, uno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere: quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat (wer? Der

Testator? Ein Zeuge?) *testamentum non uitiatu*r (eine Tautologie). ‚Unus contextus‘ kommt in einem solchen Zusammenhang nur hier und in I.1.2,10,3 vor (siehe Thes. I.1.) wo die Notwendigkeit als vom *aten* Zivilrecht stammend dargestellt wird. Aber was die Interpolationannahme absolut notwendig macht, ist der Umstand, dass hier jeder Unterschied zwischen dem zivilen und dem prätorischen Testament weggefallen ist. Im letzteren ist ‚unus contextus‘ gar nicht notwendig. Es gehört indessen zum justinianischen Rechte, dass die beiden Testamentsformen zu *einer* verschmolzen sind, wie aus der angeführten Stelle der *hst.* hervorgeht, und dass es deshalb kein *besonderes* prätorisches Testament gibt. — Einen schwächeren Grund als das fragliche Fragment für die Annahme des Primats des Willens über die Worte schon im klassischen Rechte könnte also RICCOBONO nicht anführen.

Ein anderes ausgezeichnetes Beispiel für die spätere Anwendung der Celsischen Auslegungsmethode bei einer zweideutigen testamentarischen Erklärung bietet Pap. D.36,2,25,1: ‚Heres meus Titio dato quod nihi Seius debet‘. si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepit [nec locupletior factus est] et creditor ad praesens debitum uerba retulit, quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit: quod si uerbo ‚debiti‘ naturalem obligationem et futuram solutionem cogitauit, intrin nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit, non secus ac si ita dixisset: ‚Titio dato, quod pupillus soluerit‘ . . . Diese Stelle ist von PEROZZI und VAZNY völlig missverstanden worden, welche behaupten, dass der Begriff *naturalis obligatio* nach klassischem Recht nur für das Verhältnis: Sklave-dominus und Sklave-aussenstehende Person Bedeutung hat. PEROZZI *Ist.* 2,45A. sagt, dass die Worte *quia nihil debet* dem nachfolgenden Hinweis auf die *naturalis obligatio* widerstreiten, und meint deshalb, dass Interpolation vorliege. VAZNY *Studi Bonfante* IV S. 167⁹⁶ meint, dass die Kompilatoren das Wort *praesens* eingefügt haben, um eine Antithese zum folgenden *furam solutionem* zu erhalten und die Versicherung zu schwächen, dass der Pupill in unserm Falle nichts schuldig ist. Aus letzterem Grunde seien auch die Worte *naturalem obligationem* von ihnen eingeschoben. Hiernach soll also Papinianus der Ansicht sein, dass, wenn ein Testator dem Legatar *quae Seius debet* vermacht, dies Legat gültig sei, falls der Testator in das Wort ‚debitum‘ die Bedeutung hineingelegt hat, dass der Pupill Seius in Zukunft das als *mutuum s.t.a.* empfangene dem Erben zurückzahle, obgleich Seius gar keine Schuld hat. Eine solche Annahme widerstreitet völlig der bekannten Auslegungsmethode der klassischen Jurisprudenz. In Wirklichkeit haben die Worte (si) *creditor ad praesens debitum uerba retulit, quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit* folgenden Sinn: wenn der Gläubiger meinte, dass dem Titius die vorhandene Schuldforderung selbst oder das schon eingetragene Geld als Legat übertragen werden sollte, so ist das Legat ungültig,

weil *Seius* keine einzutreibende Schuld, daher keine Schuld in der zivilrechtlichen und damit primären Bedeutung des Wortes hat. Man beachte, dass dieser Ausdruck *nihil debere* im angegebenen Sinne oft hinsichtlich der zivilrechtlich nicht geltenden Schuld angewandt wird. Obgleich *Seruius* nachweislich Schulden Sklaven gegenüber kennt (siehe oben S. 3), sagt er nach *Iau. D.35,1,40,3*: *quia dominus seruo nihil debere potuisset*. *Gaius* sagt *I.4,78*: *Sed si filius patri aut seruus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur, nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest*. Deutlich setzt *Gaius* voraus, dass die wirkliche obligatio Aktionsrecht einschliesst und dass obligatio daher ein zivilrechtlicher Begriff ist. Derselbe *Gaius* aber spricht offen *I.3,119a* von *naturales obligationes* im Verhältnis Sklave-dominus und Sklave-aussenstehende Person, ebensowie er *4,72* und *73* von *debere* in solchen Verhältnissen spricht. *SIBERS* Auslegung des Wortes *naturalis* in *Gaius I.3,119a*: *Fideiussor uero omnibus obligationibus, id est siue re siue uerbis siue litteris siue consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. at ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur: adeo quidem, ut pro seruo quoque obligetur, siue extraneus sit, qui a seruo fideiussorem accipiat, siue ipse dominus in id quod sibi debeat, ist absurd*. Das Wort *naturalis* soll hier bedeuten *iuris gentium*. Dass für eine auch für Römer geltende obligatio *iuris gentium* Bürgschaft möglich ist, wird ja schon durch die Worte: *siue re siue uerbis siue litteris siue consensu* ausgedrückt. Siehe z.B. hinsichtlich der Verbalobligation, die nicht durch *sponsio* entsteht, *3,93*: *ceterae uero iuris gentium*, hinsichtlich der Obligation, die *consensu* contrahitur, *3,153*: *sed haec quidem societas, de qua loquimur, id est quae consensu contrahitur nudo, iuris gentium est*. Es ist indes unmöglich, dass auch für Römer geltende obligationes *iuris gentium*, um welche Art obligationes es sich hier handelt, nicht unter den Begriff *ciuilis obligatio* fallen. Wie könnte in der *legis actio in rem* gesagt werden: *ex iure Quiritium meum esse, auch* wenn *nec mancipi* vindiziert werden, welche durch *blasse traditio* (also *iure gentium*) das Eigentum des Empfängers werden (*Gaius I.4,16 u. 17*), wenn nicht das nach römischem Rechte geltende *ius gentium* zum römischen Zivilrechte, wenn auch nicht zum *ius proprium Romanorum*, gehörte? Dass *Gaius* *ius gentium* und *ius naturale* gleichstellt, ist wahr. Aber wenn *ius gentium* nicht durch *ius proprium Romanorum*, das *eigentliche* *ius ciuile*, was die Römer betrifft, aufgehoben ist, wie z.B. die *cognationis iura*, die nicht zugleich *agnationis iura* sind (*Gaius 3,27 vgl. § 51 in fine*), so hat es *auch* für die Römer Gültigkeit und konstituiert damit zivile Rechte. Wie aber kann dann unmittelbar nachher gesagt werden: *at ne illud quidem interest, utrum ciuilis an naturalis . . .*, wenn sich hier das Wort *naturalis* auf eine obligatio *iuris gentium* bezöge, die immer *ciuiliter* gelten kann und deshalb der obligatio *ciuilis* nicht entgegengesetzt

werden kann? Die Differenzierung zwischen *debitum* und *obligatio*, die SIBER macht (siehe die zusammenfassende Darstellung in Röm. Recht II, S. 166: der Sklave könne zur Zeit des Gaius *debere*, nicht *obligari*), ist offenbar falsch, wie unmittelbar aus der Gaius-Stelle hervorgeht. Aber schon Iulianus betrachtet *debere* (und damit auch *obligari*) als einen zivilrechtlichen Begriff und meint deshalb, dass das Wort auf einen Sklaven bezogen *abusiue* angewandt wird: D.46,1,16,4: *nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi receperisse.* Ulp. sagt D.15,1,44: *Nec seruus quicquam debere potest nec seruo potest debere. sed cum eo uerbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius ciuile (scil. auf welches Recht sich das Wort bezieht) referimus obligationem und 50,17,22 pr: In personam seruilem nulla cadit obligatio.* (Im Ganzen sind dieselben Bemerkungen schon von M. LAURIA, Riv. It. 1926 S. 149 ff. gegen die Auffassung SIBERS dargestellt. Diese verfehlte Theorie wurde ursprünglich in Gedenkschrift f. L. MITTEIS, 1925, auseinandergesetzt.)

Nun sagt indes Pap. in der Fortsetzung, dass wenn der Gläubiger beim Worte *debitum* an *naturalem obligationem et futuram solutionem* dachte ein *legatum* in diem vorliege, in welchem eine Bedingung eingeschlossen sei, nämlich die, dass wirklich *solutio* von dem natürlichen *debitum* stattfindet. Dann meint er: was aus dem unmittelbar gesehen bedeutungslosen *naturale debitum* in Zukunft *entstehen mag*. Man kann nämlich ein *naturale debitum* als *causa* für Bezahlung anwenden, so dass das mit solcher *causa* Geleistete nicht als *indebitum* zurückgefordert werden kann. (In unserm Falle muss der debitor entweder erst nach dem Mündigkeitsalter oder mit der *tutoris auctoritas* mit der Schuld als *causa* bezahlen. Der Mündel kann ohne t.a. *nichts* mit rechtlicher Kraft auf eine andere Person übertragen: Gaius 2,84, ebenso Marcianus D.41,1,11. Deshalb kann er sich auch nicht durch solchen Akt befreien. Allerdings gilt, dass, wenn das ohne t.a. Geleistete konsumiert wird, das *factum* selbst den Mündel befreit, weil das Geld dann vom Schuldner-Mündel an den Gläubiger gekommen ist. Siehe hierüber Iul. D.12,1,19,1 und Ulp. D. 46,3,14,8. Aber der Akt selbst ist dann keine wirkliche Schuldbezahlung.) Dass dies die richtige Auslegung ist, wird durch die nachfolgenden Worten bestätigt: *ac si dixisset 'Titio dato quod pupillus soluerit' (scil. debitum) uel si legasset 'quod ex Arethusa natum erit' uel 'fructus, qui in illo fundo nascentur'*. Das Zweideutige in der fraglichen Verfügung, das die Rücksichtnahme auf die wirkliche Absicht des Testators rechtfertigt, liegt in den Worten: *quae Seius debet*, die das natürliche *debitum* einschliessen können. Die Papinianische Äusserung ist der von Ulp. D.33,4,1,9 angeführten Celsischen analog: *Celsus . . . scribit, si socer nurui dotem relegauit, si quidem ius actionis [de dote] <rei uxoriae> uoluit relegare, nullius momenti*

esse legatum (vgl. Pap.) . . . sed si uoluit eam recipere dotalem pecuniam, inquit, utile erit legatum. Siehe den Kommentar oben S. 12. Hier liegt die Zweideutigkeit in den Worten *dotem relegare*, bei Pap. in den Worten *quae . . . debet* in bezug auf einen Pupillen, der sine t.a. mutuum empfangen hat. Wir haben früher nachgewiesen, wie grosses Gewicht Celsus darauf legt, dass in zweideutigen Fällen, wo der wirkliche Wille Relevanz hat, dieser doch von den *Worten* gedeckt wird. Aber nur wenn der hier relevante Wille des Testators wenigstens auf ein vorausgesetztes debitum naturale geht, kann in unserm Falle Deckung vorliegen. Wenn sich keine andere Quellenstelle fände, welche bezeugte, dass ein ohne t.a. vom Pupillen empfangenes mutuum eine naturalis obligatio erzeugt, so würde dies doch auf die papinianische Äusserung gestützt werden können. — Dass in dieser Äusserung die Worte: *nec locupletior factus est* von den Kompilatoren stammen und weshalb sie von ihnen hineingeschoben worden sind, wird im folgenden auseinandergesetzt werden.

Indes kann, auch wenn wir ganz von dieser Stelle absehen, nachgewiesen werden, dass die klassische Jurisprudenz in unserm Falle eine naturalis obligatio annahm. Wir brauchen bei der Untersuchung hierüber nur die eingehende Darstellung VAZNYŠ a.a.O. S. 160 ff. zu berücksichtigen. Diese Darstellung hat die Eigentümlichkeit, dass nur *eine* Stelle angeführt wird, in welcher obl. nat. im Falle mutuum des Mündels sine t.a. *verneint* zu werden scheint, nämlich Lic. Rufus, ein Schüler des Paulus, D.44,7,58: pupillus mutuum pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur. Neratius D.12,6,40: <si> quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, soluerit, repetitio est, quia nec natura debet hat keine Bedeutung für unsern Fall. Es besteht ein grosser Unterschied zwischen Versprechen des Pupillen ohne t.a. und dem Empfang eines mutuum ohne t.a. Im ersteren Falle *verliert* ja der Versprechensempfänger nichts, wenn er auch das Versprochene dem Pupillen nicht abfordern kann. Weshalb sollte hier eine obl. nat. vorliegen, da der Versprechensakt ja wegen der Unmündigkeit, also aus einem zur *Natur* des Versprechenden gehörigen Grunde kein wirkliches negotium ist? (Wenn ein mündiger Sklave etwas verspricht, beruht die Ungültigkeit nur auf dem *Zivilrechte*, nicht auf der *Natur* des Versprechenden.) Im Falle mutuum ohne t.a. aber ist das negotium trotz der Natur des Mündels sofern gültig, als dieser das Eigentumsrecht durch das negotium auf Kosten des Darlehers erwirbt. Dann kann nicht die *Natur* des Mündels die sonst zum Mutuumakte gehörige Verbindlichkeit des Empfängers zur Zurückzahlung verhindern. Nur das *Zivilrecht* kann das Hindernis ausmachen. Man könnte gegen diese Erwägung anführen, dass Ulp. D.46,2,1 pr. u. § 1. auch die blosser promissio ohne t.a. als eine obl. nat. konstituierend betrachtet: Nouatio est prioris debiti in aliam obligationem uel civilem uel naturalem transfusio et translatio, hoc est cum ex

praecedenti causa ita noua constituatur, ut prior perematur . . . illud non interest, qualis praecessit obligatio — utrum naturalis an ciuilis an honoraria et utrum uerbis an re an consensu. qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, nouari uerbis potest, dummodo sequens obligatio sit aut ciuiler teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. Die Äusserung ist indes fälschlich Ulp. zuerteilt, was besonders hinsichtlich der Worte aut naturaliter deutlich ist. Nach Gaius I.3,179 kann *nicht* ein stipuliertes Versprechen des Sklaven novieren, obgleich es eine naturalis obligatio begründet. Auch VAZNY nimmt hier S. 162 nach SIBER Interpolation an. — Weshalb die Kompilatoren auch im Falle promissio sine t.a. eine dadurch entstehende obl. nat. annehmen, wird wahrscheinlich richtig von ALIBRANDI B.I.D.R.24 (1911) S. 176 so erklärt, dass *sie* nur *eine* Bürgschaft, nämlich *fideiussio* annahmen und deshalb die überlieferte Möglichkeit von Sponsionsbürgschaft oder fidepromissio für ein Stipulationsversprechen des Mündels ohne t.a. auf die fideiussio übertragen, woraus folgte, dass ein solches Versprechen eine obl. nat. erzeugen muss. Jedenfalls ist es völlig unmöglich, diese einzige, offenbar korrumpierte Stelle über ein Stipulationsversprechen ohne t.a. den vielen eingehend begründeten Äusserungen gleichzustellen, dass ein *mutuum* ohne t.a. eine obl. nat. erzeugt. Was nun Lic. D.44,7,58 betrifft, so ist diese Stelle mit einer Äusserung seines Lehrers Paulus in derselben Frage D.12,6,13,1 zu vergleichen: Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit [et locupletior factus est], si pubes factus soluat, non repetit. Dass die Worte: et locupletior factus est, die *grammatisch* nicht in den Zusammenhang hineinpassen, ein späterer Einschub sind, wird wohl niemand bestreiten. Also: was der Mündel mit mutuum sine t.a. als causa mündig bezahlt, kann nach PAULUS nicht zurückgefordert werden. Die eingeschobenen Worte *et locupletior factus est* beleuchten indes den postklassischen Standpunkt. Man hat offenbar später für soluti retentio die wirkliche Bereicherung des Mündels durch das mutuum gefordert. Nur dann sei es gültige causa soluendi. Deshalb hat man diesen Zusatz gemacht. Da sich derselbe indes sonst in solchen Fällen nicht findet, sagt Stephanus, der in seinem Kommentar zur Stelle Bas. 24,6,13 natürlich auch auf andere Texte Rücksicht nehmen muss, in denen der Zusatz *nicht* vorkommt, dieser sei überflüssig. Er fügt aber hinzu, dass derselbe der erwähnten Auffassung Ausdruck gibt. Was den Fall ‚der Pupill ist reicher geworden‘ betrifft, sei Zurückforderung deshalb unmöglich, weil der Mündel in diesem Falle sowohl nach Gesetz als nach der Natur obligiert sei. Über das gemeinte Gesetz vgl. Ulp. D.26,8,5 pr. und 1 pr., 13,6,3 pr. und 3,5,3,4, nach welchen Stellen auf Grund einer kaiserlichen Verordnung gegen den Mündel, der durch Geschäfte ohne t.a. reicher geworden ist, vom Prätor eine actio (utilis) gegeben werden soll. Dieselbe prätorische Aktion wird auch schon

von Pomp. D.46,3,66 erwähnt. Es ist mindestens zweifelhaft, ob der Hinweis auf ein kaiserliches Reskript in diesem Falle echt ist und die fragliche Aktion nicht vielmehr ein reines Juristenprodukt ist. Siehe hierüber SIBER, S.Z. 53 (1933) S. 47 ff. Sicher ist, dass umgekehrt die prätorische exceptio, die gegen den Mündel, der trotz ohne t.a. empfangener Bezahlung einer Schuld von neuem Aktion anstrengt, vom Prätor bewilligt werden soll, wenn der Mündel durch die Bezahlung reicher geworden ist, ein reines Juristenprodukt ist: Gaius I.2,84, Ulp. D. 44,4,4,4, Paulus D.44,1,4 und 46,3,47 pr. und C.I.7,26,9 (294). Es ist nun zu beachten, dass Ulp. D. 26,8,5 pr. in Zusammenhang mit der Behauptung, dass eine prätorische Aktion gegen den bereicherten Mündel gegeben werden soll, sagt: sed et <si> (Mo.) cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit uel ab eo stipuletur (in welchem Falle seine eigene auctoritas kraftlos ist) non erit obligatus tutori: [naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam] <sed> in pupillum non tantum tutori, uerum cuiuis actionem in quantum locupletior factus est dandam diuus Pius rescripsit. Hier findet man nun als Bedingung für die naturalis obligatio des Mündels auch beim mutuum die wirkliche Bereicherung desselben wieder: eine Bedingung, die nach Paulus D.12,6,13,1 nicht nötig ist, wie aus der notwendig anzunehmenden Interpolation der Worte ‚et locupletior factus est‘ hervorgeht. Man kann deshalb den sicheren Schluss ziehen, dass bei Ulpianus die Worte *naturaliter*—nam ein späterer Einschub sind. Ausserdem ist bemerkenswert, dass die Annahme einer naturalis obligatio im vorliegenden Falle unmotiviert ist, da es sich nur um die Entstehung einer *prätorischen* actio auf Grund eines mutuum ohne t.a. bei der Bereicherung des Mündels dadurch handelt. Das Vorhandensein der fraglichen Aktion erklärt nun, weshalb in der angeführten Papinianischen Äusserung die Worte: *nec locupletior factus est* hinzugefügt werden. Die Situation ist diese: Wenn ein debitum im eigentlichen, also zivilrechtlichen Sinne, nach der Absicht des Testators vom Erben auf den Legatar übertragen werden soll, so ist das Legat ungültig, weil kein solches debitum vorhanden ist. Wenn aber ein debitum naturale (ohne Aktionsrecht) gemeint ist, so ist allerdings auch eine Übertragung der Schuld an sich selbst unmöglich. Das Geld aber, das auf Grund eines solchen debitum gezahlt wird, kann übertragen werden, und wenn der Testator dies meinte, ist das Legat gültig, obgleich realiter bedingt. Wenn aber der Mündel wirklich bereichert worden ist, ist zwar auch ein debitum ‚naturale‘ vorhanden, das *als solches* nicht übertragen werden kann. Dann aber gibt es ja eine actio, wenngleich nur eine prätorische, die auf den Legatar in gewöhnlicher Weise (d.h. durch Konstituierung zu einem cognitor oder procurator in rem suam) übertragen werden kann. Das Legat ist *dann* nicht an eine der *Zukunft* gehörige Bedingung geknüpft. *Dann* darf auch, *meint man*, nicht von der Stellung des Mündels, der durch

den Empfang des *mutuum locupletior factus est*, gesagt werden: *nihil debet*. Deshalb wird der Zusatz: *nec locupletior factus est* notwendig, wenn man diese Stellung durch dieses: *nihil debet* bezeichnen können soll. D.h. man stellt das hier im Gegensatz zum *debitum naturale* stehende *debitum civile*, das nicht vorhanden sein soll, einer Gebundenheit durch *actio honoraria* gleich. Damit aber ist auch wahrscheinlich, dass der *nec*-Satz von Iust. stammt, der das *ius prætorium* in das *ius civile* aufgenommen hat. Nun geht aus der angeführten Paulusstelle D.12,6,13,1 auf Grund der unzweifelhaften Interpolation der Worte: *et si locupletior factus est* sowie aus der Ulpianischen Parallelstelle hervor, dass erst *postklassische* Jurisprudenz die Bereicherung des Mündels zur Bedingung für *soluti retentio* im Falle *mutuum pupilli* ohne t.a. gemacht hat. Dann ist auch der Anlass der angeführten angeblichen Äusserung des *Licinius* völlig klar. Wenn das *blasse mutuum* keine *soluti retentio* gestattet, kann es natürlich auch keine *obl. nat.* erzeugen. D.h. in dieser Äusserung macht sich wieder die erwähnte *postklassische* Tendenz geltend: das *blasse mutuum accipere* ohne t.a. ermögliche *nicht* *soluti retentio*. Dazu sei nötig, dass ein aus der *aequitas* geholter Grund vorhanden ist. Ein solcher Grund sei allein damit gegeben, dass der Mündel wirklich bereichert worden ist. Dass die Stelle korumpiert ist, wird auch dadurch bestätigt, dass eine Ausdrucksweise angewandt wird, die der *klassischen* Jurisprudenz fremd ist, sofern es sich um eine *obl. nat.* handelt, nämlich *iure naturali obligari* statt *naturaliter obligari*. Letzterer Ausdruck bei Paulus D.12,6,13 pr.; Ulp. 4,5,2,2; 5,3,25,11; 44,7,14; 45,1,12. (Siehe V.I.R.v. *naturalis*, spez. *ius naturale*.) Die Ausdrücke *natura* und *naturaliter debere* sind ja bekannt. *Iure naturali debere* wird niemals gesagt, obgleich *iure civili debere* von Ner. D.36,3,13 gesagt wird, was alles darauf hinweist, dass ursprünglich *obligatio naturalis* *nichts mit ius naturale zu schaffen hat*. Da nun indes *ius naturale* bei Lic. mit *ius gentium* als *civiliter* gültig ebenso wenig wie mit einem nur für *Peregrine* geltenden *ius gentium* identisch sein kann, muss es sich hier um dasselbe *ius naturale* handeln, das von Paulus D.1,1,11 als *id quod semper aequum ac bonum est* bestimmt wird. Dass aber die *blasse aequitas* eine *naturalis obligatio* begründen könnte, ist unbekannt. Allerdings behandelt Pap. D.46,3,95,4 diese *obligatio* wirklich als *vinculum aequitatis*. Die fraglichen Worte sind aber interpoliert. Es handelt sich nämlich hier darum, dass ein *iustum pactum* oder *iusiurandum delatum ipso iure* die *naturalis obligatio* aufheben könne. Ihr Charakter eines *vinculum aequitatis* soll die Motivierung liefern. Eine solche Motivierung passt indes nicht. Denn es ist natürlich, dass *Exceptionsgründe*, die in solchen Fällen, wo ein *civile debitum* vorliegt, die *Aktion* hemmen, im Falle *naturale debitum* ohne *zivilrechtliche Aktion*, das ja jedoch nach *zivilrechtlichen Prinzipien* beurteilt werden soll (die *Sklavenschuld* entsteht, wenn eine *freie Person* durch den *Akt* obligiert worden wäre: Pomp. D.15,1,49,2;

über spez. die promissio des Sklaven als ein debitum begründend Ulp. eod. 11,1), nicht unwirksam sein können. In *diesem* Falle können sie indes auf keine andere Weise wirken als so, dass die fragliche Obligation selbst aufgehoben wird. Iul. D.12,2,42 pr. wird ohne weiteres gesagt: naturalis obligatio *hac pactione* (iusiurandum delatum des reus) tolletur et soluta pecunia repeti poterit. Da nun auch anderswo die obl. nat. wenigstens nicht direkt auf die aequitas bezogen wird, ist die ganze Motivierung: quod uinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conuentionis aequitate dissoluitur als ein späterer Zusatz zu betrachten. (Man beachte auch die unmögliche Ausdrucksweise: die Obligation, die selbst ein uinculum *ist*, soll — durch ein uinculum aufrechterhalten werden. Auch VAZNY S. 163 nimmt diese Interpolation an.) Damit aber ist völlig klar, dass die Liciniusstelle, in welcher indirekt die aequitas als für obl. nat. bestimmend betrachtet wird, korrumpiert ist. Die Absicht der Interpolation ist auch deutlich: Nicht einmal nach der aequitas, die die naturalis obligatio bestimmt, will man sagen, ist der Mündel, der mutuuum ohne t.a. empfangen hat, gebunden. Weshalb? Weil dafür erforderlich ist, dass das empfangene Geld den Mündel wirklich reicher gemacht hat. *Eine solche Beschaffenheit hat die einzige Stelle, die Vazny als Stütze für seine Theorie anführt, dass mutuuum ohne t.a. nicht einmal eine obl. nat. konstituiert habe!*

Nun liegen indes andererseits *mehrere* Stellen vor, in welchen eine naturalis obligatio in unserm Falle behauptet wird. Die Quellenkritik dieser Stellen von VAZNY a.a.O. schliesst eine petitio principii ein. Ich werde zuerst nachweisen, dass sich der Verf. in Widersprüche verwickelt. Er behauptet S. 160: „Il contratto del pupillo può esser base della *sponsio e fidepromissio* della *fideiussio*“. (Dass er S. 163 f. den Fall *fideiussio* zu verneinen *scheint*, ist eine andere Sache.) Aus Gaius 3,126 geht indes deutlich hervor, dass *fideiussio* — ebenso wie *sponsio* und *fidepromissio* — nur als eine accessio zu *Obligationen* möglich ist. Dass trotzdem nach Gaius I. 3,119 Sponsionsbürgschaft und *fidepromissio* für ein Stipulationsversprechen des Mündels ohne t.a. möglich ist, obgleich dann weder eine civilis noch naturalis obligatio vorliegt, und dass sich Gaius scheinbar widerspricht, ist geschichtlich aus dem ursprünglichen Vorhandensein einer dritten Art von Sponsions- und Promissionsobligation: der religiösen zu erklären, worüber ausführlich später. Dass *fideiussio* entweder eine civilis oder naturalis obligatio voraussetzt, geht aus Gaius 3,119a unzweifelhaft hervor. Da nun ein Vertrag des Mündels ohne t.a. keine obligatio civilis begründet, *muss* ja eine obl. nat. entstehen, insoweit *fideiussio* möglich ist. (In Wirklichkeit ist indes die Möglichkeit der *fideiussio* in unserm Falle nur für das mutuuum bezeugt.) Weiter: V. betrachtet S. 164 f. Ner. 12,6,41: <si>, quod pupillus s.t.a. promiserit, soluerit, repetitio est, quia nec natura debet *nicht* als korrumpiert, sondern verwendet diese Stelle als Argument für seine Theorie. Wenn der Umstand, dass keine

obl. nat. entsteht, die repetitio bei Bezahlung mit der Stipulation als causa begründet, muss auch mutuum als causa repetitio in unserm Falle begründen, wenn auch das mutuum keine naturalis obligatio erzeugt. Dies wird indes S. 167 oben verneint. Dass hier die Voraussetzung gemacht wird, dass die Bezahlung des mutuum durch den mündig gewordenen Mündel oder mit t. a. geschieht, spielt keine Rolle in unserer Frage. Wenn der Mündel ohne t. a. bezahlt, ist dieser Akt an sich immer unwirksam. Die Münzen gehen nicht auf den Empfänger über, und wirkliche mutui solutio ist ausgeschlossen. Was nun fideiussio pro pupillo betrifft, hat man zunächst von Gaius D.4,8,35 abzusehen, weil es sich hier um Bürgschaft für ein Stipulationsversprechen handelt. Für dies kann nach Gaius I.3,119 immer eine Sponsionsbürgschaft oder fidepromissio geleistet werden. Deshalb kann hier fideiussor für sponsor (fidepromissor) interpoliert sein. Wenn man Ner. D.12,6,41 in Betracht zieht, nach welcher Stelle im Falle promissio des Mündels ohne t.a. keine obl. nat. vorhanden sein soll, wird Interpolation wahrscheinlich. (Alibrandi nimmt sie auch a.a.O. an.) In Pomp. D.12,2,42 pr. aber finden wir eine Stelle, wo fideiussor pro pupillo, der ein *mutuum* ohne t.a. empfangen hat, nicht für sponsor oder fidepromissor interpoliert sein kann, weil solche Bürgschaft in diesem Falle unmöglich ist. Die Stelle, die den gewöhnlichen Scharfsinn des Iul. zeigt, lautet: Creditore, qui de mutua pecunia contra pupillum contendebat, ius iurandum deferente pupillus iuravit se dare non oportere: eandem pecuniam a fideiussore eius petit, an excludendus sit exceptio iure iurandi? quid tibi placet, rescribe mihi. eam rem apertius explicat Iulianus. nam si controuersia inter creditorem et pupillum fuerit, an omnino pecuniam mutuam accepisset, et conuenit, ut ab omni [condicione] <contentione> (Mommsen) discederetur, si pupillus iurasset, isque iurauerit *se dare non oportere*, naturalis obligatio hac pactione tolletur et soluta pecunia repeti poterit. Aus dem danach angeführten Falle, über welchen gesagt wird: *hoc casu* fideiussorem praetor non tuebitur, geht hervor, dass Iul. die Frage nach dem Exzeptionsrecht des fideiussor *bejahend* beantwortet. Da der Mündel in einem iusiurandum delatum geschworen hat: *se dare non oportere*, und dies unter der Bedingung, dass durch den Eid jeder Rechtsstreit verschwinden soll (auch der Mündel kann, wenn ihm Eidgang vom Kläger angeboten wird, mit rechtlicher Kraft schwören, Paulus D.12,2,26 pr.) so versteht es sich von selbst, dass exceptio, wenn eine civilis obligatio behauptet wird, von den Fideiussoren angewandt werden kann. Dies braucht nicht besonders gesagt zu werden. Es ist ein allgemeines Prinzip, dass ein pactum des Hauptschuldners auch dem Bürgen nützt, sofern nichts anderes vereinbart worden ist. Paulus D.2,14,21,5, Ulp. 1.22, Paulus 1.23. Nur die Frage, ob diese exceptio nicht ausgeschlossen sein muss, wenn eine naturalis obligatio des Mündels den Fideiussoren gegenüber behauptet wird, ist

zu erörtern. Weil der Gläubiger darauf eingegangen ist, dass *jeder* Rechtsstreit ausgeschlossen sein soll, wenn der Mündel den angeführten Eid schwört, was gerade für die Fideiussoren Bedeutung hat, wird die *naturalis obligatio*, die sonst bestehen würde, wenn der Mündel ohne t.a. mutuum empfangen hat, aufgehoben, und *soluti repetitio* wird möglich. Dann kann der Fideiussor, der auf Grund der Natur des fraglichen Eidespactum dasselbe als Exzeptionsgrund anwenden kann, nicht durch den Einwand: *naturalis obligatio* des Mündels in dieser Hinsicht gehemmt werden. Wenn ein pactum, das die Aktionsmöglichkeit im Falle einer behaupteten *ciuilis obligatio* hemmt, Bedeutung *auch* hinsichtlich einer *obl. nat.* hat, so *kann* seine Kraft dabei nur darin bestehen, dass *repetitio* möglich ist. D.h. die *obl. nat.* kann nicht bei *condictio* geltend gemacht werden. Aber da die Kraft eines zivilrechtlich ungültigen *negotium* bei Eigentumsübertragung mit demselben als *causa*, die *repetitio* zu verhindern die *obl. nat. ist*, wird letztere durch das pactum aufgehoben. Das fragliche pactum aber erhält im fideiussorischen Prozesse eine besondere Bedeutung gerade hinsichtlich der *obl. nat.* des Mündels. Der Fideiussor könnte es nicht *der* Behauptung gegenüber, dass *naturalis obligatio* des Mündels vorhanden sei, als *exceptio* anwenden, wenn es nicht enthielte, dass, wenn der Mündel *se dare non oportere* geschworen hat, keine Behauptung von einem Rechte irgendwelcher Art gegen ihn auf Grund eines mutuum gemacht werden dürfte, d.h. keine Behauptung betreffs eines mutuum überhaupt, mit oder ohne t.a. Die Fortsetzung lautet: *si uero creditor quidem se mutuum dedisse contendebat, pupillus autem hoc solo defendebatur, quod tutor eius non interuenisset, et hoc tale iusiurandum interpositum est, hoc casu fideiussorem praetor non tuebitur.* Also: in *diesem* Falle würde allerdings ein Fideiussor die *exceptio* der Behauptung gegenüber gebrauchen können, dass eine *obligatio ciuilis* vorliege. Dies aber braucht nicht der Gläubiger im fideiussorischen Prozesse verfechten, da nach der Voraussetzung der Mündel selbst im direkten Prozesse gegen ihn in den Vorverhandlungen dadurch allein verteidigt wurde, dass er zwar mutuum, aber ohne t.a. empfangen hatte. Dann braucht im fideiussorischen Prozesse seitens des Gläubigers nur behauptet zu werden, dass eine *naturalis obligatio* vorliege, was vom defensor desselben anerkannt wurde. Dieser Behauptung gegenüber könnte sich der Fideiussor nicht auf das Eidespactum als Exzeptionsgrund berufen. Dann könnte dieses pactum nichts anderes enthalten als dass der Eid jede Behauptung von einer *ciuilis obligatio* bedeutungslos machen würde. Also wird ja hier ausdrücklich gesagt, dass fideiussio für ein ohne t.a. empfangenes mutuum geleistet werden kann. — Die Fortsetzung lautet: *si autem liquido probari non potest, quid actum sit, et in obscuro erit, ut plerumque fit, de facto an de iure* (beachte die Fälle 1 u. 2) *inter creditorem et pupillum controuersia fuerit* (es ist ungewiss, ob sich der Streit, der durch Eidgang

entschieden werden sollte, auf die Faktizität eines *mutuum* bezog oder nur darauf, ob der Gläubiger ein ziviles Recht erhalten hatte) <et hoc solum apparuerit?> *deferente creditore pupillum iurasse, intellegere debemus, id actum inter eos, ut si iurasset se dare non oportere, ab omni [condicione] <contentione> discederetur atque ita et solutam pecuniam repeti posse et fideiussoribus exceptionem dari debere existimauimus*. Es gibt allerdings starke Gründe für die Annahme, dass diese Äusserung ein späterer Einschub ist. Der Stil ist ein ganz anderer: ‚*intellegere debemus*‘ ‚*existimauimus*‘. Ausserdem findet man hier die sonst *Iust.* auszeichnende Präsumtionsmethode in zweifelhaften Fällen wieder. Die Frage aber kann hier beiseitegelassen werden. Immer weist die Äusserung, dass der Verf., wer er auch ist, die vorhergehende Darstellung gerade so, wie hier erörtert worden ist, auffasst. Diese entscheidende Stelle beachtet Vazny gar nicht. Ebensowenig Alibrandi a.a.O. S. 176. Dieser hätte sonst nicht die Hypothese aufgestellt, dass die Kompilatoren deshalb die *nat. obl.* auch in unserm Falle (*mutuum*) eingeführt haben, weil sie statt der immer bei Stipulationsversprechen des Mündels ohne t.a. möglichen Sponsionsbürgschaft (*fideipromissio*) *fideiussio* eingeführt haben und diese, wenn nicht eine zivile Obligation vorhanden ist, eine *nat. obl.* erfordert. Ist Bürgschaft beim *mutuum* ohne t.a. möglich, *muss* in diesem Falle *nat. obl.* vorhanden sein.

Wir wollen nun noch andere Stellen anführen, in welchen dieselbe *naturalis obligatio* behauptet wird. Paulus D.35,2,21 pr.: *Si pupillus, cui sine t.a. decem mutua data sunt, legatum a creditore meruerit sub hac condicione, si decem quae acceperit heredi reddiderit, una numeratione et implet condicionem et liberatur naturali obligatione*. Dass VAZNY in Widerstreit mit sich selbst kommt, wenn er behauptet, dass *mutui solutio* in einem solchen Falle *soluti retentio* mit sich führt, obgleich keine *nat. obl.* vorhanden sein soll, ist schon bemerkt worden. Dass die Erklärung V.s, dass die Worte: ‚*et liberatur naturali obligatione*‘ für ‚*mutui solutionem*‘ od. dgl. interpoliert seien, nicht nur eine *petitio principii* enthält, sondern direkt falsch sein muss, geht aus dem folgenden von V. nicht Angeführten hervor: *ut etiam in Falcidia heredi imputentur, quamvis non imputarentur, si tantum condicionis implendae causa data fuissent*. Wenn sich die Zahlung des fraglichen *mutuum* als *mutuum* an den Erben nicht auf ein wirkliches Recht des Erblassers, wenn auch nur ein Recht im Prozesse *condictio indebiti* bezöge, wie könnte dann diese Zahlung zur Erbschaft gehören? Sagt man, dass der Erwerb des Gezahlten zur Erbschaft deshalb gehöre, weil das mit diesem *mutuum* als *causa* Gezahlte nicht zurückfordert werden kann, muss man auch sagen, dass dies der Fall ist, weil der Erblasser selbst das Recht auf *causa mutui soluti retentio* hatte. Aber was unterscheidet ein solches Recht, wenn doch das *mutuum* nicht zivilrechtlich gültig ist, von dem Innehaben einer *obl. nat.*? Es gibt eine Pa-

parallelstelle D.46,3,44, wo Marcianus, der ein jüngerer Zeitgenosse des Paulus ist, sagt: In numerationibus aliquando euenit, ut una numeratione *duae obligationes* tollantur uno momento, ueluti si quis pignus pro debito uendiderit creditori, euenit enim, ut ex uendito tollatur obligatio et debiti: *item* si pupillo, qui sine t.a. mutuum pecuniam accepit, legatum a creditore fuerit sub ea condicione, si eam pecuniam numerauerit, in duas causas uideri eum numerasse, et in *debitum suum*, ut in Falcidiam heredi imputetur, et condicionis gratia, ut legatum consequatur. (Mutmasslich hat Marc. im letzteren Teile PAULUS referiert und deshalb Acc. cum inf. angewandt.) Hier wird nun der Mündel als *debitor* bezeichnet, ebenso wie der, der mutuum geleistet hat, als *creditor*. Man bedenke auch, dass allgemein das Prinzip gilt, dass eine *naturalis obligatio*, die dem Erben gegenüber eingelöst worden ist, zur Erbschaft gehört, weshalb bei Restitution nach s.c. Treb. das Geleistete herausgegeben werden muss. Dieses Prinzip scheint *Iulianus* zuerst aufgestellt zu haben. Siehe Paulus D.35,2,1,17, wo Iul. angeführt wird. Es wird auch von Pomp. D.36,1,49 und Paulus D.36,1,41 pr. angenommen. E contrario folgt dann auch, dass eine Zahlung an den Erben, die *nicht einmal* Einlösung einer hinterlassenen *naturalis obligatio* ist, nicht zur Erbschaft gehören kann. Da nun das für ein hinterlassenes mutuum ohne t.a. dem Erben Gezahlte zur Erbschaft gerechnet wird, muss der Grund das Vorhandensein einer *naturalis obligatio* sein. Maecianus wendet nun auch D.36,1,66 pr. das erwähnte Prinzip auf den Mutuum-Fall an, nämlich umgekehrt so, dass die obl. nat., passiv betrachtet, vom Erben an den Fideikommissar übergeht, so dass nur, wenn letzterer zahlt, *repetitio* ausgeschlossen ist. Das Vorhandensein einer obl. nat. muss auch der Grund des Rechtes sein, das dem Gläubiger des Mündels, der ohne t.a. ein mutuum empfangen hat, zusteht, sich als Erbe des Mündels das ganze creditum zuzueignen. Die *aditio hereditatis* fungiert als eine *solutio* von pecunia, die nicht durch *condictio* zurückgefordert werden kann: Pap. D.46,3,95,2. — Es interessiert nicht, die übrigen Stellen zu untersuchen, wo eine obl. nat. beim mutuum ohne t.a. angenommen wird, da in diesen Fällen die einzige Stütze für die Interpolationstheorie die *nachweislich* korrumpierte Stelle Lic. D.44,7,58 ist.

Zur vollen Klarstellung des Sachverhalts ist noch hinzuzufügen, dass die ‚abusiu‘ angewandte Bezeichnung *naturale debitum* ihren Grund nur *darin* haben kann, dass das *debitum*, das aus einem *negotium* mit zivilrechtlicher Form, aber ohne zivilrechtliche Gültigkeit entstanden wäre, *wenn* es solche Gültigkeit gehabt hätte, doch als gültige *causa* für eine Eigentumsübertragung in gewissen Fällen fungieren kann, so nämlich dass der Übergang des Eigentums den Charakter einer *solutio debiti* erhält und *deshalb* *condictio indebiti* ausschliesst. Eine *naturalis obligatio* unterscheidet sich von einer *ciuilis obligatio* darin, dass erstere nicht als Grund

für eine *actio ciuilis* dienen kann. Wenn aber eine Eigentumsübertragung mit derselben als *causa* stattfindet, so erhält sie *im Momente der Eigentumsübertragung* denselben Charakter wie eine *ciuilis obligatio*, so dass die Eigentumsübertragung eine *solutio* von einem *zivilrechtlichen debitum* wird, trotzdem *vorher* kein solches *debitum* vorlag. Dadurch bedeutet eine *obl. nat.* allerdings *aktuell* eine nur tatsächliche Situation ohne Rechtscharakter, *potentiell* aber ein Recht für den Inhaber ebenso wie eine Gebundenheit seitens des passiven Subjekts. *Deshalb* kann für den *naturaliter obligatus* ein *fideiussor* ebenso wie *Pfand* geleistet werden, was unmöglich wäre, wenn sie nicht einmal *potentiell* ein Recht bzw. eine rechtliche Verbindlichkeit wäre. *Deshalb* geht auch das Inhaben einer *obl. nat.* seitens des *Erblassers* an den *Erben* über, ebenso gut wie das Inhaben einer *obl. civ.* Im *ersten* Falle erhält indes aus natürlichen Gründen der *Übergang* für den *Erben* nur dann Bedeutung, *wenn* wirklich mit der *obl. nat.* als *causa* der *Erbe* das, was deren Inhalt ist, bekommt. Dasselbe gilt umgekehrt für das *passive* Subjekt der *obl. nat.* *Deshalb* geht bei der *hereditatis restitutio* nach *s.c. Trebellianum* die *obl. nat.* auf den *Fideikommissar* über, nämlich *aktiv* auf die Weise, dass nur ihm gegenüber eine *solutio* mit der *obl. nat.* als *causa* als eine *solutio debiti* mit *retentio soluti* gilt, *passiv* auf die Weise, dass nur die *solutio* des *Fideikommissars* mit *solcher causa* als *solutio debiti* gilt.

Wir führen endlich *Paulus D.12,6,13* vollständig an. (Vorher nur § 1 angeführt.) *Naturaliter etiam seruus obligatur: et ideo, si quis nomine eius soluat uel ipse manumissus, [ut Pomponius scribit] <uel> ex peculio, cuius liberam administrationem habeat, <ut Pomponius scribit>, repeti non poterit: et ob id et fideiussor pro seruo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur et si seruus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneraticia reddenda est. Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit [et locupletior factus est], si pubes factus soluat, non repetit.* *PEROZZI* *Ist. S. 45A.* hält die Worte *et ideo* für hier, ebenso wie immer in solchem Zusammenhang, interpoliert. Er unterlässt indes zu erklären, *wie* *soluti retentio* bei Eigentumsübertragung mit einem *debitum als causa* möglich ist, wenn in keiner Weise bei diesem Akte ein *debitum* vorhanden ist. *Wenn* dies unmöglich ist und doch das *negotium*, auf das sich das notwendig anzunehmende *debitum* bezieht, nicht *zivilrechtlich gültig* ist, muss dieses *negotium* solches sein, dass aus demselben bei Eigentumsübertragung mit ihm als *causa* ein *debitum entsteht*. Und *dieser* Charakter des fraglichen *negotium* muss der Grund der *soluti retentio* sein. *D.h.* die *obl. nat.* muss der Grund der *soluti retentio* sein. Er unterlässt auch zu erklären, wie *fideiussor* und *Pfand* für die *obl. nat.* geleistet werden können, *wenn* diese selbst keine rechtliche Bedeutung hat. Wenn aber sie eine solche Bedeutung hat, kann diese allein der *soluti retentio* zum Grunde liegen.

Diese weitläufige Auseinandersetzung war nötig, um jeden Zweifel an der aufgestellten These auszuschliessen, dass die Papinianusstelle D. 36,2,25,1 ein ausgezeichnetes Beispiel für die von Celsus inaugurierte Methode ist. In solchen Fällen, wo der Sinn der testamentarischen Erklärung zweideutig ist, hat das *wirklich* Gemeinte rechtliche Kraft. Immer muss jedoch das Gemeinte von den Worten gedeckt werden. Diese müssen in einer solchen Bedeutung angewandt werden *können*.

Ulp. sagt in B. 24 ad Lab. D. 32,52,7 u. 7a: Sed si bibliothecam legauerit, utrum armarium solum uel armaria [continebuntur] an uero libri quoque contineantur, quaeritur, et eleganter Nerua ait interesse id quod testator senserit: nam et locum significari (scil. durch dieses Wort): ‚in bibliothecam eo‘, alias armarium, sicuti dicimus ‚eboream bibliothecam emit‘, alias libros, sicuti dicimus ‚bibliothecam emisse‘. Quod igitur scribit Sabinus libros bibliothecam non sequi, non per omnia uerum est . . . Hier wird nun von Nerva und Ulp. die besonders Celsus zugeschriebene Methode angewandt. Weil das Wort ‚bibliotheca‘ auf mehrere Arten ausgelegt werden kann, ist das, was der testator wirklich gemeint hat, für die Auslegung des Testamentes bestimmend. BESELER betrachtet Sav. Z. 53 (1933) S. 14: interesse—emisse als interpoliert und führt als Begründung an „Die Maxime ‚entscheide nach dem wirklichen Willen des Testators‘ ist unrömisch“. In fr. Vat. 227 (Paulus), wo sogar Beseler die Behauptung einer Interpolation kaum wagen würde, wird gesagt: is datus est (zum tutor), quem dare se testator sensit. Dies, weil der Gemeinte nicht unzweideutig im Testament bezeichnet ist. Siehe hierüber oben S. 23.

Beil. 3

zum Texte S. 10².

Beispiele: Ulp. D. 28,5,15 pr.; Iul. eod. 37, 1; Ulp. D. 28,6,10 pr. u. Ulp. eod. 24. In letzterer Stelle sind die Worte: plerumque credendum und die Schlussworte: nisi forte. . . . expressum interpoliert. (Siehe oben S. 9.)

Zur Beleuchtung der Methode setzen wir den Fall auseinander: der Testator hat das ganze Erbe schon in seiner Verfügung über die Erbteile erschöpft. Trotzdem fügt er danach andere Erben hinzu, welche besondere Erbteile erhalten sollen. Oder er hat umgekehrt durch die totale Einsetzung das Erbe nicht erschöpft. Die *klassische* Jurisprudenz legt den Sinn des Testamentes so aus, dass man unabhängig von der Reihenfolge, in welcher die Erben genannt sind, zunächst die unciae (Zwölftel), die einem jeden nach der testamentarischen Anordnung ge-

hören sollen, bestimmt. Wenn deren Anzahl weniger als zwölf beträgt, wird der Rest pro rata parte verteilt; wenn sie die Zahl zwölf übersteigt, teilt man das ganze Erbe in so viele Teile, wie sich aus 12 und dem Zusatz ergeben. Von diesen Teilen erhält ein jeder so viele, wie er der ursprünglichen Berechnung nach Zwölfteln gemäss bekommen soll. Ulpianus sagt D.28,5,13,1ff: Pater familias distribuere hereditatem in tot partes potest quot uoluerit, sed sollemnis assis distributio in duodecim uncias fit. 2. Denique si minus distribuit, potestate iuris in hoc reuoluitur: ut puta si duos heredes ex quadrante scripserit: nam hereditas eius residua accedit, ut ex semissibus uideantur scripti. 3. Sed si alter ex quadrante, alter ex semisse heredes scripti sunt, qui accedit quadrans pro partibus hereditariis eis ad crescit. 4. Sed si excesserit in divisione duodecim uncias, aequae pro rata decrescet: ut puta me ex duodecim unciis, te ex sex scripsit: ego hereditatis habeo bessem, tu trientem. 5. Sed si duos ex asse heredes scripserit, alios ex duodecim unciis, an aequae distributio fiat, apud Labeonem libro quarto posteriorum quaeritur. et putat Labeo et illos ex semisse et hos, qui ex duodecim unciis scripti sunt, ex semisse heredes fore, cui sententiae ad sentiendum puto. 6. Sed si duos ex asse heredes instituerit, tertium autem ex dimidia et sexta, eodem libro Labeo ait in viginti uncias assem dividendum, octo laturum ex dimidia et sexta scriptum, illos duos duodecim. 7. Apud eundem refertur: 'Titius ex parte tertia', deinde asse expleto 'idem ex parte sexta': in quattuordecim uncias hereditatem diuidendam Trebatius ait. Diese Entscheidungen sind insoweit bedeutsam, als hier in jedem Falle die Äusserung des Testators als ein Ganzes betrachtet und dabei untersucht wird, wie die verschiedenen Momente als eine gleichwertige Gültigkeit besitzend mit einander vereinbar sind. Dies ist besonders bemerkenswert, wenn der Testator zuerst über die ganze Erbschaft verfügt hat und danach hinzufügt, dass ein Teil einer gewissen Person gehören soll. Wenn er auf diese Weise verfährt, wenn er z.B. zuerst sagt, dass Primus das ganze Erbe haben soll, danach aber, dass die Hälfte Secundus gehören soll, scheint die Auffassung natürlich zu sein, dass der Testator in seiner späteren Äusserung von seiner vorherigen Bestimmung abgeht. Er korrigiert sich selbst. Nein, sagt er, Primus soll nicht die ganze Erbschaft erhalten, Secundus soll die Hälfte haben. Der zuletzt ausgedrückte Wille aber hat allein Relevanz. Bei einer solchen Auslegung aber ist die Voraussetzung, dass man die Worte nicht als ein Ganzes mit gleichwertigen Momenten auffasst, sondern davon ausgeht, dass eine Willensänderung des Testators beim Schreiben des Testaments zu berücksichtigen ist. D.h. man legt den wahrscheinlichen faktischen Willen des Testators, nicht den objektiven Sinn der Worte in ihrer Zusammenstellung zu Grunde. Jedoch können die vorher erwähnten Entscheidungen nicht als auf Wortklaubeereien beruhend betrachtet werden. Bei Wortklaubeerei würde man am

ehesten dazu kommen, dass, wenn die ganze Erbschaft einmal erschöpft ist, nichts übrig bleibt: also ist das Nachfolgende ohne jede Relevanz. Vielmehr ist die Methode der klassischen Juristen die, dass man alle Worte zusammenstellt und untersucht, was sie bei dieser Zusammenstellung objektiv gesehen bedeuten; nach der wirklichen endgültigen Absicht des Testators fragt man nicht. — Die Sachlage wird klar dadurch beleuchtet, dass IUSTINIANUS im Gesetz C.6,37,23 ausdrücklich die erwähnten Entscheidungen aufhebt und dabei gerade die Methode anwendet, *den wirklichen endgültigen Willen zu erforschen*. Es heisst nämlich im pr.: Cum quaestio talis de significatione uerborum animos ueterum mouit, si quis cuidam agrum puta Cornelianum uel alium quendam in solidum legauerit, deinde alii partem eius dimidiam, quantam portionem primus, quantam secundus legatarius consequitur (simili dubitatione et in hereditate et in fideicommissis habita), cumque computationes multae introducebantur et multis ratiocinatoribus dignae: nos huiusmodi computationes quasi superfluas et *contrarias uoluntati testatorum* omnes esse sopiendas censemus.

1. Cum enim manifestissimum est eum, qui ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii autem postea sex, *recessisse quidem a priore uoluntate, uoluisse autem minui eam sex uncias*, cum alii eas obtulit, et praesens casus exitum apertissimum inueniet. 1 a. Si quis itaque uel agrum uel hereditatem reliquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam, utrumque in sex uncias esse uel dominum rei legatae uel heredem. Nach § 4 D.28,5,13 soll der nachher genannte Erbe in solchem Falle das *Drittel* der ganzen Erbschaft erhalten. 1 b. Et si primo re tota relicta tertiam partem secundo reliquerit, secundum praedictum modum octo quidem uncias uel agri uel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem uel quattuor uncias ad secundum migrare. Nach dem in 28,5,13 angewandten Prinzip erhält der Erste drei Viertel oder neun unciae, der Zweite ein Viertel oder drei unciae. 1 c. Et sic in omnibus statuendum est, id est in hereditatibus uel legatis uel fideicommissis: uestigia enim uoluntatis testatoris non aliter nisi per huiusmodi uiam aestimanda sunt. Nach dem justinianischen Prinzip bekommen in dem in § 5 D. erwähnten Falle die zuerst als Erben Proklamierten nichts, die in zweiter Linie Genannten alles. In dem Falle des § 6 erhält der Dritte acht unciae, aber die Ersten nur vier; statt zwei, bzw. drei Fünftel der ganzen Erbschaft u.s.w. Die prinzipielle Verschiedenheit zwischen der den objektiven Sinn der testamentarischen Disposition berücksichtigenden klassischen Auslegungsmethode und der dem wirklichen Willen des Testators nachspürenden justinianischen kann wohl kaum schärfer hervortreten. Es ist hinzufügen, dass Iustinianus *natürlich* immer spätere Erklärungen des Testators, wenigstens durch Kodizille, über die wirkliche Absicht in letzter Linie bestimmend sein lässt und dass die von ihm angewandte, hier dargestellte Auslegungsmethode im

angegebenen Falle nur bestimmt, was im Prozesse *präsumiert* werden soll.

Weiter ist zu bemerken, dass man wahrscheinlich schon in der klassischen Jurisprudenz die dargestellte justinianische Methode anwendet, wenn über das Erbe durch Fideikommiss verfügt wird. Diese haben nämlich ihre Grundlage allein im *Willen* des Testators — besitzen aber gerade *deshalb* keine Kraft nach dem überkommenen Zivilrecht. (Darüber im Texte S. 20 f.) Wenn man aber dem wirklichen Willen des Testators nachspürt, muss der zuletzt erklärte Wille gelten. Pomp. sagt D.40,5,5: In libertatibus leuissima scriptura spectanda est, ut si plures sint, quae manumissio facilior sit, ea leuissima intellegatur. (Man beachte, dass in diesem Fall vorausgesetzt wird, dass die vorhergehende manumissio *nicht* durch *formelle* ademptio aufgehoben worden ist — siehe hierüber Ulp. Reg.2,12 —, sondern nur eine manumissio derselben Person unter einer hinzugefügten oder geänderten Bedingung folgt. Dann ist es konsequent, dass zugunsten des Freigelassenen die manumissio, welche an die leichteste Bedingung geknüpft ist, geltend gemacht werden kann. Keine ist ja aufgehoben worden.) Danach heisst es indessen: sed in *fideicommissariis* libertatibus nouissima scriptura spectatur. Der Grund des Unterschiedes kann nur der sein, dass das *Fideikommiss* durch 'nuda uoluntas' zustande kommt. Man vergleiche hiermit Pomp. D.30,12,3: In legatis nouissimae scripturae ualent, quia mutari causa praecedentis legati uel die uel condicione uel in totum *ademptione* potest, sed si sub alia et alia condicione legatum ademptum est nouissima ademptio spectanda est. Bei diesen 'ademptiones' wird nun vorausgesetzt, dass ein vorhergehendes legatum oder eine vorhergehende ademptio durch *uerba contraria* aufgehoben wird. Dann versteht es sich von selbst, dass die letzte 'ademptio' allein gilt. Das hat nichts mit *dem* Gedanken zu tun, dass das zuletzt Gesagte allein den endgültigen Willen ausdrückt. Die Sachlage wird durch die Fortsetzung beleuchtet: interdum tamen in legatis non posterior sed praecedens scriptura ualet: nam si ita scripsero: 'quod Titio infra legauero, id *neque do neque lego*', quod infra legatum erit, non ualebit, nam et eum sermonem, quo praesentia legata data in diem proferuntur, ad postea quoque scripta legata pertinere placuit. Im ersten Falle ist ja offenbar das zuletzt Geschriebene nicht gültig, weil gerade *dies* vorher durch *uerba contraria* aufgehoben wird. Die Reihenfolge der scripturae ist also nicht an sich entscheidend, sondern nur der Umstand, dass das, was legiert wird, einmal formaliter aufgehoben wird. Es ist nur zu beachten, dass die strenge Regel über die Notwendigkeit einer besonderen ademptio durch *uerba contraria* insoweit eingeschränkt wird, als in gewissen Fällen diese ademptio auf Grund der Ausdrucksweise als vorliegend zu *betrachten* ist. Das wichtigste Beispiel dürfte Gaius D.34,4,5 sein: Sicut adimi legatum potest, ita et ad alium

transferri potest, ueluti hoc modo: 'quod Titio legauit id Seio do lego': quae res in personam Titii *tacitam ademptionem* continet. Ein anderes Beispiel gibt Paulus eod. 6,1: sed si id quod a Titio dedi, a Maeuio dem, quamuis soleant <uideri> esse duo eiusdem rei debitores, tamen uerius est hoc casu ademptum esse <a Titio> legatum. nam cum dico: 'quod Titium dare damnauit, Seius damnas esto dare' uideor dicere: ne Titius det. Dieselbe auf die Ausdrucksweise gestützte Betrachtungsweise bei Pomp. D.28,6,16pr.: Si quis eum, quem testamento suo legauit, rursus a substituto filii liberum esse iusserit, liber erit *quasi legato* adempto, nam et in legato in his testamentis nouissima scriptura erit spectanda, sicut in eodem testamento . . . obseruaretur. Natürlich hat hier 'nouissima scriptura' ganz dieselbe Bedeutung wie bei demselben Pomp. D.30, 12,3. Kehren wir nun zur letzterwähnten Stelle zurück, so ist noch zu beachten, dass die Schlussworte: uoluntas ergo facit, quod(!) in testamento scriptum ualeat ganz sicher interpoliert sind. Der Grund für die Gültigkeit der vorhergehenden 'scriptura' liegt in diesem Falle nur in der wegen der Ausdrucksweise angenommenen formellen ademptio des später Legierten. Mit der Denkweise der Kompilatoren aber stimmen diese Worte völlig überein. Aus einem analogen Grunde sind die Schlussworte Paulus D.34,4,6,2: nouissima enim uoluntas seruatur als interpoliert zu betrachten. Nachdem, wie schon angeführt wurde, Paulus vorher behauptet hat, dass durch die Worte: id quod a Titio dedi, a Maeuio do das ursprünglich den Erben Titius belastende Legat aufgehoben ist, weil ich dann zu sagen scheine: ne Titius det — dies im Gegensatz zur Meinung anderer —, sagt er: *Item* si pro fundo decem legentur, quidam putant non esse ademptum prius legatum: sed uerius est ademptum esse. In diesem Fall *muss* Paulus an *denselben* Entscheidungsgrund gedacht haben, was auch im Worte *item* hervortritt. Daher kann der hinzugefügte Grund: nouissima enim uoluntas seruatur nicht echt sein. Die Tendenz der klassischen Jurisprudenz, bei Fideikommissen nach dem Prinzip: der zuletzt hervortretende Wille gilt, auszulegen, ist auch in C.I.6,38,4pr.(531) angedeutet, wo verschiedene Ansichten der Juristen über die Fälle: ille uel ille heres mihi esto uel illi aut illi *do lego* uel *dari uolo* angeführt werden, von denen sich der letzte auf ein Fideikommiss bezieht. Unter anderem wird gesagt: alii in fideicommissis *posteriores* solum accepturum fideicommissum existimauerunt quasi *recentiore uoluntate* testatoris utentem. Siehe hierüber C.I.6,42,9, vom Jahre 290: Clari et aperti iuris est in *fideicommissis* posteriores uoluntates esse firmiores. Vgl. auch 42,16,1, schon vom Jahre 283. Sane quoniam in *fideicommissis* uoluntas magis quam uerba plerumque *intuenda sunt*, si quas pro rei ueritate praeterea (ausserhalb der uerba) *probationes habes ad commendandam hanc patris uoluntatem*, quam fuisse adseueras, apud praesidem experiri non uetaris. Wahrscheinlich hat Iustinianus eine

wenigstens von einigen klassischen Juristen bei der *fideikommissarischen* Erbinsetzung angewandte Auslegungsmethode auf die Interpretation iure civili geltender Erbinsetzungen sowie auf Legate übertragen. Der prinzipielle Unterschied zwischen dem Legat und dem Fideikommiss ist ja von Iust. aufgehoben worden I.I.2,20,3.

Beilage 4

zum Texte S. 16¹.

Zum Beweise der im Text aufgestellten Sätze kann folgendes angeführt werden:

1. Dass das testamentum militis auf der nuda uoluntas, d.h. auf dem ausgedrückten Willen, ruht und *doch* iure civili gilt, geht aus Gaius I.2,109 und Ulp. Reg.23,10 hervor, vgl. das mandatum des Traianus Ulp. D.29,1,1pr.: . . . sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda uoluntas. Weil das fragliche Testament durch die nuda uoluntas Kraft hat, kann der Testator ihm auch durch nuda uoluntas seine Kraft nehmen. Eine Kanzellierung oder Zerstörung des Testamentes, in der Absicht es ungültig zu machen, hebt es nach Ulp. D.29, 1,15,1 ohne weiteres auf, während ein solcher Willensausdruck das ordinäre zivilrechtliche Testament nicht aufhebt, sondern nach Gaius I. 2,151a nur eine exceptio doli gegen den begründet, der sich gegenüber dem heres ab intestato mit bon. poss. auf das Testament beruft. Während beim testamentum paganorum eine exhereditatio nach vorhergehender Erbinsetzung im selben Testamente keine zivilrechtliche Bedeutung hat, hebt sie beim testamentum militis die Gültigkeit der Einsetzung auf: Gaius D.29,1,17,2. Deshalb ist jedoch die Existenz eines wirklichen Testamentes nicht von *jeder* Form unabhängig. Derselbe Kaiser Traianus, der ausgesprochen hat, dass die nuda uoluntas für das fragliche Testament genügt, sagt auch, dass wenigstens *die* Formalität nötig sei, dass testes 'conuocati ad hoc' anwesend sind (D.29,1,24). Dass das testamentum militis zivilrechtliche Kraft hat, geht daraus hervor, dass man die dem ordinären zivilrechtlichen Testamente angepasste Terminologie, z.B. testamentum ruptum, und die Art ihrer Anwendung auf ersteres überträgt. Siehe z.B. Tert. D.29,1,33pr. — § 3. Besonders bedeutsam ist der Umstand, dass ein späteres testamentum iure militiae ein vorhergehendes testamentum iure communi unbedingt aufhebt — 'rumpit' —, so dass letzteres nicht einmal dann seine Kraft wiederbekommt, wenn ersteres zu gelten aufgehört hat: Pap. D.29,1,36,4. Vgl. auch C.I.6,21, 1(212): nam uoluntas militis expeditione occupati pro iure seruatur.

2. Dass, wenn bei einem test. militis für res castrenses und für die übrigen Erbteile verschiedene Erben eingesetzt werden, das Testament in der Weise gilt, dass die Vermögensmassen als verschiedene hereditates duorum hominum betrachtet werden und deshalb auch die respektiven Erben jeder für sich die betreffenden Nachlassschulden tragen, ebenso wie sie die betreffenden Nachlassforderungen jeder für sich innehaben, ist nach Gaius-Julianus 29,1,17,1 völlig klar. Beachte *ipso iure* debeatur! Dass, wenn der eine Erbe wegen zu grosser Nachlassschulden die Erbschaft nicht antreten will, der andere das ganze Erbe antreten oder es den Gläubigern überlassen muss, hebt natürlich die Richtigkeit des Gesagten nicht auf. Dies wird übrigens durch mehrere andere Äusserungen hierüber, z.B. Paulus D.10,2,25,1 und Pap. D.16,2,16pr., bestätigt. DAVID, Studien zur institutio ex certa re s. 33 sagt „Diese Art der Vermögensteilung in Soldatengut und sonstiges Vermögen . . . dürfte die ursprüngliche sein, diejenige, welche zur Privilegierung der heredis institutio ex certa re im Soldatentestament geführt hat. Ja, sie dürfte zunächst wahrscheinlich sogar noch zu den Zeiten von Julian und Gaius die allein zulässige gewesen sein, da nur auf sie die Begründung von fr. D.29,1,17,1 passt, quasi duorum hominum duas hereditates intellegi, womit auf die Militär- und Zivilperson angespielt wird. Wann in dieser Auffassung eine Wandlung eingetreten ist, lässt sich nicht bestimmen; in spätklassischer Zeit war es jedenfalls möglich im Soldatentestament Erbeseinsetzungen auf beliebige Gegenstände vorzunehmen.“ Hier ist die Kraft der Erbeinsetzung ex certa re in eigentümlicher Weise mit der Möglichkeit vermengt, zwei absolut verschiedene Erbschaftsmassen mit zu einer jeden gehörigen Schulden und Forderungen zu hinterlassen. Dass diese Möglichkeit in anderen Fällen als gerade betreffs Soldatengutes und übrigen Gutes *jemals* vorhanden war, kann — wenigstens für die klassische Zeit — nicht nachgewiesen werden. Andererseits ist unverständlich, warum Erbeinsetzungen ex certa re in anderen Fällen ausser ‚Soldatengut contra übrige Güter‘ zur Zeit von Julian und Gaius nicht möglich gewesen sein sollten. Im pr. der von DAVID selbst abgehandelten Stelle sagt ja Gaius allgemein: *ualebit* institutio, scil. von heredes certarum rerum. Und es wird erklärt, wie dies aufzufassen ist. In § 1 sagt Iulianus, dass, wenn bona castrensia und die übrigen bona verschiedenen Erben zugewiesen werden, keine Erbteilung geschehen kann, weil in *diesem* Falle keine Einheit des Nachlasses vorliegen soll, sondern dieser als zwei Erbschaften einschliessend zu betrachten ist.

3. Wenn wir von der angegebenen Ausnahme absehen, gilt nach Gaius D.29,1,17pr. eine heredis institutio ex certa re im test. militis, wenn in diesem über alle Erbschaftssachen verfügt wird, in der Weise, dass ein jeder der Erben ein gleich grosses Erbteil erhält und also gleich-

mässig an den Erbschaftsforderungen bzw. Schulden teil hat, aber als *Legatar per praeceptionem* betreffs der certa res zu betrachten ist. Gaius sagt: Si certarum rerum heredes instituerit miles, ueluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, *ualebit* institutio perindeque habebitur, atque si *sine partibus* heredes eos instituisset resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset. Jede Annahme einer Unechtheit der Stelle aus dem Grunde, weil Iulianus in § 1 ebenso wie andere Juristen den Fall: res castrenses und übrige Erbschaftssachen werden verschiedenen Personen vermacht, auf eine besondere Weise entscheidet, ist, wie schon gesagt, unberechtigt. Hinsichtlich des Terminus ualere ist zu bemerken, dass bei Gaius I.2, 114, 115 u. 119 das blosses ualere und das *iure civili* ualere dasselbe bedeuten. 2, 218 wird iure civili non ualent gesagt. Dies wird im folgenden durch das blosses non ualere ersetzt. Nach dem senatus consultum Neronianum kann ein Vermächtnis, das iure civili nicht gilt, unter gewissen Umständen durch prätorische actiones ficticiae Kraft erhalten. Dann wird der Ausdruck confirmari oder conualescere, nicht ualere angewandt: Gaius I.2, 198, 218 u. 220 u. Ulp. Reg. 24, 11a. Der Sinn der Stelle Gaius fr. 17 pr. ist also der, dass der Erbe ex certa re mit zivilrechtlicher Kraft zum Erben der certa res in *der Weise*, wie dies zivilrechtlich möglich ist, eingesetzt worden ist. Wenn alle Nachlasssachen im Testament angegeben sind, müssen sie bei der Erbteilung unter die Erben als Legatate per praeceptionem verteilt werden. Aber hinsichtlich der hereditären Forderungen und Schulden, welche die Erben als Erben, nicht als Legatate haben, kann ein solches Testament keine Wirkung haben. Diese werden hier ebenso wie beim ordinären zivilrechtlichen Testament nach der abstrakten Erbquote verteilt. Da aber keine solchen Quoten im Testament festgesetzt sind, müssen alle Erben in *dieser* Hinsicht als gleichgestellt betrachtet werden. Mit fr. 17 pr. ist zusammenzustellen Ulp. D. 36, 1, 17, 6: Sed et si miles rogauerit quem res Italicas restituere uel res prouinciales, dicendum est suspectam dicentem cogi adire et restituere: nam, ut eleganter Maecianus libro sexto fideicommissorum ait, qua ratione ex certa re miles heredem instituere potest actionesque ei dabuntur, pari ratione etiam ex Trebelliano transibunt actiones: et quamuis placeat, cum quis hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obuenerunt uel quae in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transiant actiones, tamen contra responderi in militis testamento ait: nam sicuti concessum est, inquit, militibus circa institutionem separare species bonorum, ita et, si per fideicommissum ab institutis heredibus id fecerit, admitteretur Trebellianum senatus consultum. Dass hier vorausgesetzt wird, dass die Einsetzung ex certa re iure civili gültig ist, natürlich in der Weise, wie sie zivilrechtlich, ohne dem Begriff eines Erben zu widersprechen, gültig sein kann, das kann bewiesen werden. 1:0 Ein Ausdruck

von gleicher Bedeutung wie der, welcher zur Bezeichnung der *allgemeinen zivilrechtlichen* Gültigkeit eines test. militis bei Gaius I.2,114 und Ulpianus Reg. 23,10 angewandt wird, wird hier zur Bezeichnung der speziellen Gültigkeit einer Erbeinsetzung ex certa re in einem solchen Testament gebraucht: bei Gaius und Ulpianus wird gesagt: permittitur oder permissum est, hier concessum est. 2:0 Der Analogieschluss bei Maec. würde vollständig unberechtigt sein, wenn nicht vorausgesetzt würde, dass bei einem test. militis die Einsetzung ex certa re zivilrechtliche Gültigkeit hat. Beim ordinären Testament kann das sc. Trebellianum mit seiner Vorschrift, dass die *hereditären* Aktionen auf den Fideikommissar übergehen, nur *dann* angewendet werden, wenn die Erbschaft als eine universitas restituiert wird, *weil* es keine zivilrechtlich gültigen hereditären Aktionen auf der Grundlage einer Einsetzung ex certa re gibt. *Umgekehrt* kann dasselbe sc. bei fideikommissarischer Restitution einer certa res beim test. militis angewendet werden, *weil* durch dieses zivilrechtlich gültige hereditäre Aktionen auf der Grundlage einer Einsetzung ex certa re möglich sind. Dies ist der notwendige logische Sinn der maecianischen Reflexion. 3:0 Die Äusserung von Gaius fr. 17 pr.: ualebit institutio ist völlig unzweideutig. Man kann sich nicht auf den Ausdruck: actionesque ei dabuntur (nicht competunt) berufen, um zu behaupten, dass die Einsetzung ex certa re nach unserer Stelle nur prätorische Aktionen gäbe. Gaius sagt selbst I.2,255 actiones dantur . . . iure civili. Der Ausdruck besagt in unserer Stelle nur, dass die Aktionen dem Berechtigten nicht nur *zustehen*, sondern auch vom Prätor wirklich *gegeben* werden. Wenn dem nicht so wäre, würde ihre zivilrechtliche Gültigkeit dem Schlusse nicht zugrunde gelegt werden können. Sie schlossen dann nur ein nudum ius Quiritium ein. — Die zivilrechtliche Kraft der Einsetzung ex certa re im test. militis tritt besonders hervor, wenn man die Quellenstellen berücksichtigt, die eine solche Einsetzung im *ordinären* Testamente behandeln.

4. Stellen, die die Einsetzung ex certa re in einem ordinären Testament berühren oder zu berühren scheinen, sind:

α. Marc.D.36,1,30 = I.1.2,17,3: Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, *etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est*, ut divi quoque Seuerus et Antoninus rescripserunt, cuius constitutionis uerba rettuli, cum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt: „Imperatores Seuerus et Antoninus Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, *licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, iure ualere, perinde ac si rerum mentio facta non esset*, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, *propter inserta fideicommissaria uerba*, quibus ut ualeret prius testamentum expressum est,

debitari non oportet. Hieraus geht völlig klar hervor, dass beim ordinären Testament institutio ex certa re *keine* Gültigkeit hat, aber doch ebensowenig wie eine impossibilis condicio das Testament ungültig macht. Ebenso wie in diesem Falle betrachtet man den Zusatz, der an sich das Testament ungültig machen würde, als *nicht* vorhanden. Etwas ganz anderes ist es, dass die Erwähnung der certa res für das im vorausgesetzten Falle vorhandene Fideikommiss, welches als solches ebenso wie ein testamentum militis durch die *uoluntas* testatoris Kraft hat, Bedeutung erhält. Das fragliche Fideikommiss ist so auszulegen, dass der durch das spätere, allein gültige Testament eingesetzte Erbe alle Nachlasssachen, die certa res ausgenommen, den Erben des früheren, jetzt ungültigen Testamentes herausgeben soll. Dabei kann sich der wirkliche Erbe auf das sc. Pegasianum berufen und also, wenn der Wert der certa res weniger beträgt als ein Viertel des Wertes der ganzen Erbschaftsmasse, von letzterer so viel behalten, dass er wirklich dieses Viertel erhält. (Vgl. Gaius I.2, 254.) CIAPESSONI, Studi in onore Bonf. 3, s. 724 legt die Worte: perinde ac si rerum mentio facta non esset so aus, als ob es sich um actiones ficticiae handelte und also das spätere Testament iure civili ungültig wäre, aber durch ius honorarium Kraft erhielt. Er muss dann auch annehmen, dass zwischen den Worten iure ualere ursprünglich *honorario* eingeschoben gewesen sei. Dies ist indessen aus mehreren Gründen unmöglich. Man kann kein Beispiel für den Ausdruck iure honorario ualere hinsichtlich eines Testamentes anführen. (Siehe oben S. 54.) Marcianus, der die kaiserlichen Worte anführt, sagt ja, dass das vorhergehende Testament durch das neue aufgehoben ist („sublatum est“). Ein Testament, das *nur* prätorische Kraft hat, *kann* nicht ein vorhergehendes iure civili gültiges Testament aufheben. Auch wenn der im späteren Testament geschriebene Erbe bonorum possessio erhalten hat, kann der im früheren Testament eingesetzte Erbe als Kläger ihn besiegen. Der prätorische Erbe kann in diesem Falle nicht einmal exceptio doli anwenden. Siehe Gaius I.2,149: Nam si quis heres iure civili institutus sit *uel ex primo* uel ex posteriore testamento et rel. Vgl. 149 a und 120, aus welchen Stellen hervorgeht, dass in einem *solchen* Fall nicht einmal eine exceptio doli möglich ist. Weiter wird anderswo gesagt, dass eine Einsetzung ex certa re das Testament *nicht* vitios macht. Endlich wird derselbe Ausdruck: perinde ac si . . . betreffs der Bedeutung einer impossibilis condicio angewandt, in welchem Falle es sich nicht um nur prätorische Gültigkeit handeln kann. Die Richtigkeit der beiden letzten Argumente wird aus dem Nachfolgenden hervorgehen.

β. Pap. D.28,6,41,8: Non uideri *cum uitio* factam substitutionem his uerbis placuit: „ille filius meus si (quod abominor) intra pubertatis annos decesserit, tunc in locum partemue eius Titius heres esto“, non magis quam si post demonstratam condicionem *sibi* heredem esse substitutum

iussisset. Weshalb wird hier gefragt, ob eine solche Einsetzung an einem uitiuum leide? Darüber gibt Ulp. eod. 10,5 Auskunft: Ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obuenerint: neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, cum et exheredato substituire quis possit: nisi mihi proponas *militem esse*, qui substituit heredem hac mente, ut ea sola uelit ad substitutum pertinere, quae a se ad institutum peruenerunt. D.h. in der ordinären Pupillarsubstitution wird der substitutus nicht nur Erbe des Testators, sondern auch des Mündels, der vor dem Mündigkeitsalter stirbt. Nur im test. militis wird die Absicht des Testators berücksichtigt, das Erbe des substitutus auf den vom Testator selbst stammenden Nachlass des Mündels zu beschränken. Deshalb kann hier die Frage aufgeworfen werden, ob nicht eine solche Substitution infolge der Worte: *ille fil. meus si intra pubertatis annos decesserit, in locum partemue eius* (des eingesetzten Pupillen) oder *mihi T. heres esto* an einem uitiuum leidet, das die Substitution ungültig macht. Durch solche Worte wird ja der substitutus vom totalen Erbe des Mündels ausgeschlossen. Indessen wird erklärt, dass solche Worte die Substitution nicht ungültig machen. D.h. der substituierte Erbe erhält den Nachlass des Pupillen ohne Einschränkung, ganz als ob die Worte in „*locum partemue eius*“ oder „*mihi*“ nicht vorhanden wären. Dies wird ausdrücklich bei Iulianus D.37,11,8,1 gesagt: Qui filio impuberi substituitur ita: *si filius meus moriatur, priusquam in suam tutelam ueniat, tunc Titius mihi heres esto* sicuti hereditatem uindicat, *perinde ac si uerbum hoc „mihi“ adiectum non esset*, ita bonorum quoque eius (pupilli) possessionem accipere *<cum re>* potest. Die Entscheidung in 28,6,41,8 wird in der Fortsetzung so motiviert: *nam et qui certae rei heres instituitur coherede non dato bonorum omnium hereditatem obtinet*. Die Einsetzung *ex certa re* macht die Erbeinsetzung nicht vitios, sondern die beschränkende Erwähnung der certa res wird bedeutungslos. Ex analogia ist auch bei der Pupillarsubstitution die beschränkende Erwähnung des Erbteils des Pupillen, der vom Vater stammt, als bedeutungslos zu betrachten. Die Einsetzung *ex certa re* schliesst nicht Vitiosität ein, aber die Erwähnung der certa res soll als nicht vorhanden angesehen werden: dies ist der Ausgangspunkt der juristischen Entscheidung des Falles Pupillarsubstitution mit angegebenem Charakter. Aus der erwähnten Ulpianischen Äusserung D.28,6,10,5 geht auch hervor, dass, *ebenso wie* die Einsetzung *ex certa re* in einem test. militis Kraft hat, so dass die Erwähnung der certa res *nicht* bedeutungslos wird, eine entsprechende Beschränkung der Pupillarsubstitution in einem *solchen* Testament dieselbe Kraft hat. Es kann also kein Zweifel darüber herrschen, dass man die Einsetzung *ex certa re* in einem ordinären Testamente als auf die Weise zivilrechtlich gültig betrachtet, dass die Erwähnung der certa res, die nicht Kraft erhalten kann, als nicht vorhanden zu betrachten ist.

Sonst würde man nicht vom Testament als nicht vitios gesprochen haben. — Eine ähnliche, jedoch nicht erschöpfende Erörterung der Stelle D.28,6,41,8 bei DAVID, a.a.O. S. 4 ff. CIAPESSONI a.a.O. S. 722 A.269 will hinsichtlich der Papinianusstelle 28,6,41,8 für seine Meinung eintreten, dass das ordinäre Testament mit Einsetzung ex certa re nur durch prätorische Mittel Kraft erhält — obgleich das Testament als nicht vitios bezeichnet wird. Er meint, dass die Worte hier: bonorum omnium *hereditatem* obtinet für bonorum omnium *possessionem* obtinet interpoliert seien. Hier wird wieder die klassische juristische Ausdrucksweise nicht beachtet. Man sagt, wenn es sich um die Kraft der bon. possessio dem Kläger gegenüber handelt: obtinere oder retinere *hereditatem*, aber im selben Sinne *possessionem accipere cum re*: Gaius I.2,119 u. 148, vgl. Ulp. Reg. 28,13 und Gaius I.3,35. In unserm Falle handelt es sich allerdings um eine bon. possessio. Aber die Worte: obtinet bon. omnium hereditatem hat dieselbe Bedeutung als ob gesagt wäre: accipit bon. omnium *possessionem cum re*. D.h. niemand kann auf Grund seines zivilen Rechtes die bon. omnium hereditas gegen ihn *vindizieren*. Beachtet man daher die feste juristische Terminologie in dieser Hinsicht, folgt gerade aus der *Ausdrucksweise* hier, dass der institutus ex certa re ein ziviles Recht auf das ganze Erbe trotz der Worte erhält. Aus dem *selben* Grunde muss angenommen werden, dass in der Iulianusstelle (37,11,8,1) im Satze: . . . *possessionem accipere potest*, die Worte *cum re* von den Kompilatoren ausgelassen sind, die *keine besondere* bon. possessio *cum re* annehmen.¹

γ. Pap. D.28,5,79 pr.: Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium. *iure semisses ambos habere constitit. sed arbitrum dividendae hereditatis supremam uoluntatem factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi salua Falcidia, scilicet ut, quod uice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.* Die Frage der teilweisen oder vollständigen Unechtheit der Worte: *sed arbitrum* — *compensetur* ist viel erörtert worden. *Wenn* sie aber echt sein sollten, muss es sich hier um ein Abgehen vom zivilrechtlich Gültigen zugunsten des Willens des Testators handeln, nämlich um ein prätorisches iudicium familiae erciscundae, in dessen formula fingiert wird, dass die institutio ex certa re wirklich gilt. Es heisst ja: *iure semisses ambos habere constitit, sed . . .* Wenn diese Fiktion gemacht wird, gehört es zum officium iudicis familiae erciscundae, die ex certa re Eingesetzten als Legatäre per praeceptionem hinsichtlich der certa res zu behandeln. Dann gehört auch zu demselben, dass der iudex das Prinzip der lex Falcidia anwendet. Im sonst analogen Falle: institutio ex certa

¹ Siehe die Anmerkung gegen Ende dieser Beilage S. 69.

re in einem test. militis ist dieses Prinzip nicht anwendbar. Beim ordinären Testament aber ist es notwendig auch im Falle: Legate per praeceptionem. Hier bringt es mit sich, dass den übrigen Erben zustehende Legate soweit müssen beschränkt werden, dass keiner weniger als ein Viertel seines abstrakten Erbteils erhält. Als Erben ex certa re sind ja alle immer als ohne besondere Teile eingesetzt zu betrachten. Sie haben also immer einen abstrakten Erbteil, der gar nicht mit dem Werte der certa res zusammenfallen muss. Indes ist schon wegen des Wortlautes wahrscheinlich, dass der angeführte Zusatz von sed . . . postklassisch ist. Die hier durch die im Anfang behauptete rechtliche Bedeutungslosigkeit einer institutio ex certa re in einem ordinären Testament gegebene Notwendigkeit, dass der arbiter diuidendae hereditatis eine formula braucht, in welcher ihre Gültigkeit fingiert wird, wird nicht berücksichtigt. Ausserdem ist die *an sich notwendige* Behauptung, dass lex Falcidia zu berücksichtigen sei, höchst sonderbar formuliert: salua Falcidia scilicet ut, quod uice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur. Endlich ist der Ausdruck: uoluntatem factis adiudicationibus et cautionibus propter actiones interpositis sequi unrichtig: = nachdem adiudicationes etc. schon erfolgt sind, berücksichtigt der arbiter den Willen des Testators. Der Sinn ist: in adiudicationibus etc. beachtet . . . Die Wahrscheinlichkeit einer Interpolation wird durch nachfolgende Untersuchung zur Gewissheit.

δ. Ulp. D.28,5,35 pr.: Ex facto proponebatur: <cum> quidam duos heredes scripsisset unum rerum prouincialium, alterum rerum Italicarum, et cum merces in Italiam deuehere soleret, pecuniam misisset in prouinciam ad merces comparandas, quae comparatae sunt uel uiuo eo uel post mortem, nondum tamen in Italiam ductae, quaerebatur, merces utrum *ad eum pertineant*, qui rerum Italicarum heres scriptus erat an uero ad eum, qui prouincialium. Ehe wir weitergehen, ist zu bemerken, dass sprachlich nichts darauf hindeutet, dass die Äusserung nicht echt wäre. Wenn sie aber als echt angesehen wird, muss man erklären, wie angenommen werden kann, dass gewisse *Dinge* dem einen, andere dem anderen von den ex certa re eingesetzten Erben *gehören* sollten (ad eum pertineant). Das widerstreitet ja sowohl der unter α zitierten Marcianusstelle wie der unter γ angeführten Papinianusstelle. Nach ersterer soll, wenn nur einer ex certa re eingesetzt worden ist, die Sache so behandelt werden, als ob die certa res niemals erwähnt worden wäre. Nach letzterer soll von zwei ex certa re eingesetzten Erben ein jeder die Hälfte des totalen Erbes ohne weiteres iure erhalten. Vielleicht ist aber der Sinn, dass der Fragende eine unrichtige Frage stellt? Diese Erklärung ist ausgeschlossen. Denn in § 5 entscheidet Ulpianus die Sache so, dass die besprochenen merces demjenigen Erben *gehören* (ad eum heredem pertinere), welchem die res Italicae zugeschrieben worden sind. Die Fort-

setzung des pr. lautet: dicebam receptum esse rerum heredem institui posse nec esse inutilem institutionem, sed ita, ut officio iudicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi. Wir wollen hier wieder stehen bleiben. Erstens: receptum esse rerum heredem institui posse. Vgl. hiermit *denselben* Ulpianus D.36,1,17,6 (oben zitiert) . . . qua ratione ex certa re *miles* heredem instituere potest. Dabei liegt der Schwerpunkt auf dem Worte *miles*. Gerade weil der *miles* eine solche Institution machen kann, wird bei einem testamentum militis das sc. Trebellianum in gewissem Falle anwendbar, wo es bei einem testamentum pagani nicht anwendbar sein würde. Siehe auch die Schlussworte: nam sicuti concessum est . . . *militibus* circa institutionem separare species bonorum . . . Man beachte nun weiter in fr. 35: sed ita, ut officio iudicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi. Dies stimmt ja mit Gaius D.29,1,17 pr. überein. Nach dieser Stelle soll die institutio ex certa re in einem test. militis gelten: ualebit institutio perindeque habebitur atque si sine partibus heredes eos instituisset (in dieser Hinsicht wird dasselbe im Nachfolgenden in fr. 35 § 2 gesagt) resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset. Hier wird vorausgesetzt, dass die totale Erbmasse durch Einsetzungen ex certa re erschöpft ist. Dass das in 35 pr. erwähnte officium iudicis von der Idee aus bestimmt ist, dass die Erben ex certa re die res als Legate per praeceptionem erhalten, ist notwendig, *wenn* sie als Erben ex aequis partibus zu betrachten sind, *jedoch* der iudex fam. erc. ex officio einem jeden nur *seine* Sache zuerteilen soll. Also gilt sowohl nach Gaius fr. 17 wie nach Ulp. fr. 35 pr., dass der Erbe ex certa re bei der Erbteilung *nicht mehr* als die certa res erhält. Bei ersterem aber handelt es sich um ein testamentum *militis*. *Kann* nun indessen dasselbe für ein testamentum pagani gelten, *auch* wenn wirklich im letzteren Falle, wie im fr. 35 vorausgesetzt wird, der iudex die certae res als Legate per praeceptionem zu verteilen, aber die ex certa re Eingesetzten als Erben ex aequis partibus zu behandeln hätte? Das ist nicht möglich, weil bei einem solchen Testament, im Gegensatze zum test. militis, die lex Falcidia auch für Legate per praeceptionem unbedingt gilt. Dann muss immer, wenn sich, wie im fr. 35 pr., nur zwei Erben finden, die beide ex certa re eingesetzt sind, derjenige, dem eine certa res zugeschrieben ist, deren Wert weniger als das Viertel seiner Hälfte beträgt, Kompensation der dem anderen als Legat zugefallenen certa res erhalten. Dies gilt unter der im fr. 35 pr. vorliegenden Voraussetzung, dass die ganze Erbschaft durch die fraglichen certae res erschöpft ist. *Wenn* es sich also im fr. 35 um ein test. militis handelt, wird der Satz: Keiner der Erben erhält mehr als die certa res, verständlich. Sonst ist er unverständlich. Alles, was bis

hierher aus dem fr. 35 pr. angeführt worden ist, ist also nur dann verständlich, wenn es sich um ein test. *militis* handelt. Die Verwunderung wächst, wenn man das Nachfolgende beachtet: *ita igitur accipietur. uerbi gratia pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liuiano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem: erunt quidem heredes ex aequis partibus quasi sine partibus instituti, uerumtamen officio iudicis [tenebuntur] <continebitur>, ut unicuique eorum fundus qui relictus est adiudicetur uel adtribuatur.* Wieder wird ja die Sache so dargestellt, als ob es sich um ein test. *militis* handelte. Jedoch wird eine sonderbare Restriktion gemacht. Es wird nämlich vorausgesetzt, dass der eine fundus drei Viertel, der andere ein Viertel des ganzen Erbes ausmacht. Dies steht in Zusammenhang mit nachfolgenden Erörterungen in § 1, in welchen die Notwendigkeit, hier die lex Falcidia anzuwenden, behauptet wird, weshalb die Erbteilung gar nicht nach dem allgemeinen Prinzip geschehen soll, d. h. so, dass keiner mehr als die ihm zugeschriebene certa res erhält. Es heisst in § 1: *Unde scio quaesitum, aeris alieni onus pro qua parte agnosci debeat, et refert Papinianus, cuius sententiam ipse quoque probauit, pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse: fundos etenim uice praeceptionis accipiendos.* Bis hierher entspricht auch in § 1 die Darstellung dem Falle der Einsetzung ex certa re in einem test. *militis*. Die Frage der hereditären Schulden ist natürlich eine zivilrechtliche. Aber bei Einsetzung ex certa re in einem test. *pagani*, wo die Erwähnung der certa res keine, wenigstens zivilrechtliche, Bedeutung haben soll, kann hinsichtlich der hereditären Schulden gar keine besondere Frage entstehen. Aber *wenn* dagegen wirklich wie bei einem test. *militis*, die fragliche Einsetzung zivilrechtliche Kraft hat, *dann* ist jene Frage höchst motiviert. Das Nachfolgende in § 1 aber erweist sich als sicher interpoliert: *quare si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus institutiones istas ex re factas nullius esse momenti.* Man beachte hier zunächst, dass Ulp. sonst im ganzen Fragmente von sich in der ersten Person Singularis spricht. Hier allein gebraucht er die erste Person Pluralis. Weiter: wenn beide Erben trotz der Überschuldung, um das Gedächtnis des Erblassers zu schützen, die Erbschaft wirklich übernehmen, werden natürlich die Einsetzungen gar nicht bedeutungslos. Indes ist die Interpolationsfrage betreffs dieses Punktes für uns ohne Interesse. Aber es heisst weiter: *et si forte Falcidia interueniens recisionem esset legatorum factura, sic officio iudicis recidi[t] praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset uel aliud uel etiam praeceptiones. quod si fuerit incertum, an Falcidia interuentura sit, rectissime probatur officio iudicis cautiones esse interponendas.* Man beachte, dass sich der Infinitiv *recidi* hier auch auf den Plural *dicemus*

bezieht. Weiter ist der Sinn des Ganzen verkehrt ausgedrückt. Der Sinn ist: Wenn die fraglichen *praeceptiones* als *Legate*, sei es als andere *Legate*, sei es als *praeceptiones* auf *gewöhnliche Weise* geleistet würden und dann eine Beschränkung der *Legate* durch die *lex Falcidia* notwendig wäre, *dann* werden sie auch eine entsprechende Beschränkung erfahren. Niemand kann auch leugnen, dass die Wiederholung der Erwähnung der *lex Falcidia* in § 2: *quae res* (dass die Erben als *ex aequis partibus* eingesetzt zu betrachten sind) *facit, ut si forte in aliis facultatibus plus sit* (in *Italicis forte quam in prouincialibus*) in *aliis minus et aeris alieni ratio urguet, debeat dici imminutionem eandem fieri, quam supra ostendimus: proinde et si aliis fuerint legata relicta, contributio admitenda erit* ein schlechter kompilatorischer Zusatz ist. Es handelt sich ja um die Anwendung der *lex Falcidia*. Diese kann weder davon abhängen, dass die Schuldenlast gross ist, noch davon, dass die eine *certa res* einen nicht näher angegebenen grösseren Wert als die andere hat. Dann ist notwendig auch die im *pr.* eingeschobene, sich negativ auf die *lex Falcidia* beziehende Voraussetzung interpoliert, dass der Wert des einen *fundus* drei Viertel, der des anderen ein Viertel der ganzen Erbschaftsmasse ausmacht. Man beachte nun endlich, dass die Anführung der *lex Falcidia* in einem absoluten Widerspruche zur Entscheidung im *pr.* steht: *nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi*. Die Annahme der hier erwähnten Interpolationen ist notwendig. *Wahrscheinlich* ist indessen die ganze Partei im *pr.*, in welcher das Beispiel zwei *fundi* angewandt wird, interpoliert, da sie nichts Neues bringt, was die Sachlage beleuchten könnte. Wenn dies der Fall ist, sind auch die Worte in § 1: *fundos etenim uice praeceptionis accipiendos* interpoliert. Endlich ist § 2 anzuführen: *Cum haec ita sint, haec etiam institutio, de qua quaeritur, non est repellenda (si alius rerum prouincialium, alius Italicarum heres fuerit scriptus) officioque iudicis adtribuentur singulis res, quae adscriptae sunt, erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est*. Bis hierher liegt nur die Anwendung des allgemeinen, im *pr.* ausgesprochenen, einem *testamentum militis* entsprechenden Prinzips vor. Was nachfolgt: *quae res facit . . .* und schon als eine deutliche Interpolation nachgewiesen worden ist, hebt die Anwendung des Prinzips auf: ebenso wie die entsprechende Äusserung über die *lex Falcidia* in § 1 das Prinzip selbst aufhebt.

Nun aber ist die Sachlage völlig klar. Die Teile des *fr. 35*, die gar keine Kennzeichen einer Interpolation aufweisen und die *certa res* als wirklich dem betreffenden Erben gehörend erklären, im übrigen dem sonst bekannten Prinzip für die Behandlung einer *institutio ex certa res* im *test. militis* nach der klassischen Jurisprudenz angepasst sind, beziehen sich notwendig auf ein *testamentum militis*. D.h. am Anfang ist in der Darstellung der Kompilatoren ein sehr wichtiges Wort ausge-

lassen worden, nämlich miles: quidem miles statt des blossen quidam hat ULPIANUS geschrieben. Der Grund der Ausschliessung war das justinianische Interesse, in der fraglichen Hinsicht den Unterschied zwischen diesem Testament und dem ordinären auszugleichen und die Prinzipien des ersteren auf das letztere zu übertragen. Dann musste indessen die lex Falcidia herangezogen werden. Diese lex bezog sich auf das ordinäre Testament, nicht auf das test. militis (siehe Gaius D. 29,1,17,4 und C. I.6,21,12(246)). Deshalb die Interpolationen. Also: die Interpolationen sind im pr.: — cum quidam miles . . . consequi ist der ursprüngliche Text — [ita igitur . . . adtribuatur] interpoliert. In § 1: [fundos . . . interponendas] interpoliert. In § 2: [quae res . . . erit] interpoliert. — DAVID a.a.O. S. 20 ff. stellt eine Interpolationstheorie auf, die fehlerhaft ist, gerade weil er nicht beachtet, dass es sich im Urtext um ein testamentum militis handelt. Er behält als ulpianisch die Worte, welche sagen, dass die certa res dem betreffenden Erben gehört. Er betrachtet — allerdings ohne jeden Grund — die Rede im pr. vom officium iudicis als unecht, nimmt aber die Echtheit der entsprechenden Worte in § 2 an. Dann verträgt sich der nach ihm echte Text gar nicht mit dem sonst bekannten Prinzip für die Behandlung einer institutio ex certa re in einem testamentum pagani. — Nach dem hier gewonnenen Ergebnis kann die vorher als nur wahrscheinlich angenommene Interpolation in der Papinianusstelle D.28,5,29 pr. als sicher betrachtet werden.

ε. Cod. Greg. 3,4,1 findet sich ein Reskript Gordians aus dem Jahre 243. Da das Reskript selbst in verschiedener Weise ausgelegt werden könnte, die ihm hinzugefügte interpretatio aber unzweideutig ist, soll letztere zuerst angeführt werden: Si quis per testamentum heredem aliquem appellauerit et rem certam, id est aut possessionem aut mancipia aut quamlibet aliam speciem, de qua dubietas esse non possit, sub heredis uocabulo dimiserit, cui heredis nomen imposuerit, ad eum et illa, quae non sunt nominata, perueniant. Hieraus geht hervor, dass es sich um Einsetzung eines einzigen Erben handelt. Beachte: zuerst heisst es heredem aliquem appellauerit, danach cui heredis nomen imposuerit. Dem als Erben Bezeichneten — sub heredis uocabulo — hat der Testator, ohne dass Zweifel darüber herrschen kann, eine certa res vermacht. Der Erbe erhält indes nicht nur diese certa res, sondern auch alle nicht besonders erwähnten Nachlasssachen: ad eum et illa, quae non sunt nominata, perueniant. Wie DAVID a.a.O. S. 40 sagen kann: „ . . . während der Verfasser der interpretatio nüchtern die Rechtsfolgen schildert, die sich an den Fall der Einsetzung eines Erben ex re certa neben einem Erben ex asse . . .“, ist mir völlig unverständlich. Wenn wir nun zum Reskript selbst übergehen, so finden wir, dass jemand, der zum Erben seiner Mutter eingesetzt, dabei aber als Erbe einer bestimmten Sache bezeichnet worden ist, die Erbschaft aus Furcht vor einer darauf ruhenden gros-

sen Schuld ausgeschlagen hat, den Kaiser aber um Restitution in integrum bittet. Dabei ergibt sich, dass bei ihm eine ignorantia iuris vorlag, die bei einem Mann über 25 Jahre nicht entschuldigt werden kann. Das Reskript lautet: *Ex re certa heredem institutum sic haberi, ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset* [sane officio familiae heriscundae iudicis conuenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam aliquis esset habiturus, si ex certa re heres institui potuisset] in dubium non uenit. Falcidiam quoque in matris testamento cessare falso tibi persuasum est. Proinde cum iuris ignorantiam excusare facile non possis, si maior 25 annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subueniri tibi desideras. Wenn nun auf Grund der Interpretatio feststeht, dass der einzige Erbe in unserm Falle der Bittsteller ist und dass er ex certa re eingesetzt war, so sind auch die eingeschobenen Worte über das officium iud. fam. herc. als ein völlig bedeutungsloser Zusatz zu betrachten, der nicht vom Kaiser selbst stammen kann. Dieser hatte keinen Anlass, die Situation zu berücksichtigen, die vorhanden sein würde, wenn sich mehrere Erben fänden. Wenn man nun ferner beachtet, dass sich bei Ulp. D.28,5,35 pr. entsprechende Behauptungen betreffs des officium iud. fam. herc. ganz sicher im echten Text auf ein test. militis beziehen, obgleich sie von Iustinianus auf ein ordinäres Testament angewandt worden sind, und dass auch bei Pap. eod. 79 pr. eine Interpolation vorliegt, welche Stellen die einzigen sind, in denen über eine solche Erbteilung ebenso wie an unserer Stelle gesprochen wird, so kann kein Zweifel an der Unechtheit der fraglichen Worte herrschen. Eigentümlich ist nun auch, dass sowohl in den vorhergehenden Worten *wie* in der Äusserung selbst vorausgesetzt wird, dass eine institutio ex certa re als solche *keine rechtliche Kraft* hat. Vielleicht liegt der Ursprung bei einem Glossator aus der Zeit des Diokletianus, als im codex Gregorianus kaiserliche Entscheidungen gesammelt wurden, welcher Glossator in Übereinstimmung mit der Tendenz dieser Zeit die Absicht des Testators im vorliegenden Falle als irgendwie beachtlich hinstellen wollte. Wer aber die fraglichen Worte hinzufügte, konnte nicht auf Grund der vorhergehenden kaiserlichen Worte, wie Ulpianus-Iustinianus a.a.O. in dem fälschlich auf das ordinäre Testament bezogenen Texte es tut, behaupten, dass die Einsetzung ex certa re als solche Kraft erhalten konnte. Man beachte einerseits Ulpianus: dicebam receptum esse *rerum heredem institui posse*, andererseits den unbekanntnen Verfasser: *si ex certa re heres institui potuisset*. — Nun ist auch klar, worin die im Reskript erwähnte unentschuld-bare ignorantia iuris des Bittstellers bestand. Er meinte 1:o, dass, wenn er überhaupt die Erbschaft anträte, er bei Vindikation derselben von ihrem zufälligen possessor nur die certa res, für welche er allein als Erbe eingesetzt war, erhalten könne. 2:o ist nach dem über die quarta Falcidia Gesagten deutlich, dass die Erbschaft mit Legaten belastet war. Er

meinte, dass er als blosser Erbe ex certa re diese Legate durch die Anwendung der lex Falcidia nicht restringieren könne. Jedoch sollte er als der einzige Erbe *alle* hereditären Schulden tragen. In Wirklichkeit bedeutete sowohl in der einen wie in der anderen Hinsicht die Beschränkung des Erbschaftsrechtes auf die certa res gar nichts. Überhaupt: wenn man den parenthetischen Zusatz über die Erbteilung weglässt, stimmt das Reskript völlig mit der interpretatio überein. Die certa res soll als *nicht erwähnt* betrachtet werden, womit von selbst klar war, dass die lex Falcidia anwendbar war. Diese Ausdrucksweise im Reskript stimmt nicht nur mit der bei Marcianus D.36,1,30 erwähnten kaiserlichen Entscheidung eines ähnlichen Falles (perinde ac si rerum mentio facta non esset) überein, sondern sie kommt bei solchen Entscheidungen allgemein vor. Dies wollen wir jetzt zeigen.

ζ. Ulp. D.28,5,9,13: Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus [expeditissimam] Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, [si modo uoluntas patris familias manifestissime non refragatur]. Dass ein klassischer Jurist sich auf die grössere oder geringere *Praktikabilität* einer gewissen Ansicht, statt allein auf rechtliche Gründe, in einer zivilrechtlichen Frage berufen sollte, ist nicht anzunehmen. Das Wort expeditissimam ist unbedingt als interpoliert zu betrachten. So auch BESELER Sav. Z 45 (1925) S. 445. Wenn dieser indessen für *sine partibus pro partibus* setzt, irrt er. Eine solche Meinung könnte man den Kompilatoren zutrauen, weil man sich so dem Willen des Testators wenigstens nähern würde. Dass weder Ulpianus noch Sabinus dieselbe gehabt haben, geht aus dem unten zu erwähnenden Falle hervor. *Sie* haben gemeint, dass mit dem Absehen vom fundus auch von den erwähnten Teilen desselben fundus abstrahiert werden muss. Besonders expressiv sind indessen die postklassischen Zusätze. *Eigentlich* soll die institutio ex certa re auch im ordinären Testament rechtlich gelten. In unserm Falle soll sie jedoch nur unter Abstraktion von der certa res gelten. Weil aber ein anderes Verfahren mit Schwierigkeiten verknüpft sein würde, wird die Ansicht des Sabinus in diesem Falle gutgeheissen. Weiteres hierüber unten. Vor allem beweist der justinianische Zusatz: si modo uoluntas patris familias manifestissime non refragatur, dass man in Wirklichkeit den klassischen Standpunkt nicht gutheisst. Dann bedeutet ja nicht die Entscheidung ein vollständiges Absehen vom Willen des Testators.

η. Paulus eod. fr. 10: Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur [quasi non adiectis partibus heredes scripti essent: nec enim facile ex diuersitate pretium (praediorum?) portiones inueniuntur: ergo expeditius est quod Sabinus scribit, perinde habendum] ac si nec fundum nec partes nominasset, <ut Sabinus scribit?>.

Wir finden hier wieder gleichsam eine Entschuldigung für das Gutheissen der Sabinianischen Ansicht: eine andere Auslegung würde in unserm Falle mit Schwierigkeiten verbunden sein. Die Interpolation beginnt schon mit den Worten: quasi non . . . Denn *damit* wird nicht gesagt, dass man von der Erwähnung der beiden *fundi* absehen soll. Man soll nur die *Teile* dieser *fundi* als nicht erwähnt betrachten. Dies widerstreitet ja der doch gutgeheissenen Entscheidung des Sabinus. Sowohl was fr. 9,13 wie was fr. 10 betrifft, liegt der Anlass für die Erörterung der Frage bei Sabinus, Celsus, Ulpianus und Paulus darin, dass, wenn auch von der erwähnten besonderen Sache abgesehen werden muss, doch die Frage aufgeworfen werden kann, ob nicht die abstrakten Teile dieser Sache, die der Testator den betreffenden Erben zukommen lassen will, der Erbteilung zugrunde gelegt werden sollen. Die genannten Juristen verneinen dies. Wenn auch die Kompilatoren anscheinend diesen Standpunkt einnehmen, so geschieht dies indes in solcher Weise, dass einerseits die Motivierung keine zivilrechtliche ist, andererseits eine Restriktion gemacht wird, die in Wirklichkeit die Entscheidung aufhebt. Hier verdient der Umstand Beachtung, dass sich sowohl Celsus wie Ulpianus und Paulus auf *Sabinus* berufen. Es ist deshalb wahrscheinlich, dass überhaupt die Behandlung der *institutio ex certa re* in einem ordinären Testament auf der Autorität von Sabinus beruht. Derselbe Sabinus, dem übrigens Servius vorausging, hat die Bedeutungslosigkeit einer *condicio impossibilis* bei Legaten behauptet, welche Meinung auch siegte. (Vgl. oben S. 5.) Das Legat sollte nach ihm so beurteilt werden: *ac si sine condicione relictum esset* (Gaius I,3,98). Diese Betrachtungsweise hat er auf die *institutio ex certa re* übertragen, bei der ein Analogon zu einer *impossibilis condicio* insofern vorliegt, als die Bedingung, unter welcher jemand so zum Erben eingesetzt wird, nämlich dass er nur die *certa res* geniessen soll, aus zivilrechtlichen Gründen eine Unmöglichkeit einschliesst. Die Sachlage soll *ex analogia* so beurteilt werden: *ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset*. Siehe oben den unter ε angeführten Fall.

§. Iau. eod. fr. 11: „Attius fundi Corneliani heres esto mihi: duo Titii illius insulae heredes sunt“: habebunt duo Titii semissem, Attius semissem idque Proculo placuit: quid tibi uidetur? respondit: uera est Proculi opinio. Hier haben es die Kompilatoren für überflüssig gehalten, ihre eigene Meinung in den Text einzufügen. Nach dieser sollen die Erben *ex certa re*, wenn sich nur solche Erben finden, allerdings als *Erben ex aequis partibus*, aber als *Legatäre* hinsichtlich der *certa res* angesehen werden. Dass wirklich ein jeder der Erben Attius bzw. duo Titii in unserm Falle die Hälfte des Erbes *erhalten* soll, „habebunt“, ist nach den justinianischen Prinzipien unrichtig.

u. Ulp. D.28,5,1,4: Si ex fundo fuisset aliquis [solus] institutus,

ualet institutio *deducta fundi mentione*. Nun wissen wir, dass nach den klassischen Juristen der fundus als nicht erwähnt betrachtet werden soll, auch wenn mehrere Erben eingesetzt sind. Das eingeschobene Wort *solus* stammt deshalb von den Kompilatoren. Da auch nach Iustinianus niemand, wenn ein testamentum pagani vorliegt, pro parte testatus, pro parte intestatus sterben kann, ergibt sich für ihn die Konsequenz, dass, wenn nur ein Erbe, aber ex certa re, eingesetzt ist, dieser alles erhält. Indessen geht aus dieser Stelle hervor, dass auch die Kompilatoren den Ausdruck ‚*deducta rei mentione*‘ oder dgl. so auffassen, dass damit jedes Recht an der certa res auf Grund des Testamentes ausgeschlossen wird.

5. Wir kehren nun zur institutio ex certa re in einem test. militis zurück. Dass die lex Falcidia bei einem solchen Testament nicht anwendbar ist, wurde bereits nachgewiesen (S. 63). Hier galt weiter schon nach der klassischen Jurisprudenz, dass der Testator, wenn die ganze Erbschaft durch besondere Einsetzungen ex certa re nicht erschöpft ist, und doch keine anderen Erben ex asse oder mit einem abstrakten Erbeil eingesetzt sind, hinsichtlich des Restes intestatus stirbt. Dies, falls er um das Vorhandensein eines Restes bei der Errichtung des Testamentes nicht wusste oder bei noch fortdauerndem Kriegsdienst den Rest einem anderen Erben geben wollte, aber seine Absicht nicht ausführte. Die Richtigkeit des hier Gesagten geht aus Ulp. D. 29,1,11,2 und eod. 13 pr. u. § 1 in Verbindung mit Tryph. D. 49,17,19,2 hervor. Daraus, ebenso wie aus Pomp. D. 50,17,7, folgt besonders, dass nur bei einem testamentum militis die Möglichkeit, pro parte testatus, pro parte intestatus zu sterben besteht. Obgleich es sich in den angeführten Stellen um die res castrenses im Gegensatz zu den übrigen Nachlasssachen handelt, findet sich kein Anlass zu bezweifeln, dass das Prinzip allgemein galt. In Ulp. D. 29,1,6 wird es auch auf den Fall einer Einsetzung ex fundo angewandt. Da Iustinianus weder in bezug auf die Anwendbarkeit der lex Falcidia noch hinsichtlich der Möglichkeit, pro parte testatus, pro parte intestatus zu sterben, eine Änderung vornahm, ist es auch *einerseits* natürlich, dass er, der die zur institutio ex certa re in einem test. militis gehörende Erbteilung auf dieselbe institutio in einem test. pagani übertrug, doch die lex Falcidia im letzteren Falle für anwendbar erklären musste, obgleich sie im ersteren Falle nicht in Betracht kommen konnte, *andererseits*, dass er die erwähnte Möglichkeit bei einem test. pagani nicht zulassen konnte. Dass Iustinianus wirklich die der klassischen Jurisprudenz entsprechende Art der Erbteilung bei der institutio ex certa re in einem test. militis auf dieselbe in einem test. pagani mit der Restringierung durch die Falcidia übertrug, ist schon unter 4δ nachgewiesen worden. Die Unmöglichkeit, bei einem test. pagani *teilweise* intestatus zu sterben, brachte die Konsequenz mit sich, dass, wenn die Erbschaft nicht durch die Einsetzung ex certa re erschöpft war und keine anderen Erben eingesetzt waren, und nur *Einer*

als Erbe *ex certa re* bezeichnet war, dieser das ganze Erbe bekam. Darüber unter 4t. Wenn aber im angegebenen Falle mehrere Erben *ex certa re* eingesetzt waren, war die Konsequenz jener Übertragung die, dass jeder dieser Erben bei der Erbteilung ausser einem gleich grossen Teil der Erbschaft unter Abrechnung der im Testament erwähnten *certae res* als Legat *per praeceptionem* die Sache erhielt, die ihm in der *institutio ex certa re* zugesprochen war. Jedoch war dabei natürlich stets die *lex Falcidia* gültig. D.h. immer muss jeder der besonderen Erben wenigstens ein Viertel seines Anteiles an der *ganzen* Erbschaft erhalten. Ein besonderer Beleg für die Richtigkeit dieser Behauptung kann nicht gegeben werden, aber sie ist eine notwendige Konsequenz des sonst bekannten justinianischen Standpunkts. Indes entsteht hier die Frage: wie beurteilte Iustinianus den Fall, dass andere Erben ausser den *ex certa re* Eingesetzten in einem *test. pagani* eingesetzt waren? Es ist klar, dass es dem Willen des Testators widersprach, wenn dann auch die *ex certa re* Eingesetzten als Erben einer gewissen Quote der Erbschaft und zugleich als Legatäre *per praeceptionem* betrachtet wurden. Dieser hatte die Absicht, dass die *ex certa re* Eingesetzten nur die besonderen Dirge, die ihnen zugesprochen waren, erhalten sollten. Die übrigen sollten den Rest bekommen. Iustinianus hat hierüber eine besondere Vorschrift erlassen. C.I.6,24,13 (529) heisst es: *Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes uel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii uero ex certa parte uel sine parte . . ., eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti uel conueniri decernimus, qui ex certa parte uel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.* D.h. die ohne *certa res* Eingesetzten sollen allein als wirkliche Erben behandelt werden, während die anderen bloss als aussenstehende Legatäre angesehen werden sollen. Wenn man bedenkt, dass Iustinianus *erwiesenermassen* die Art, in der die klassische Jurisprudenz die *institutio ex certa re* in einem *test. militis* zivilrechtlich auslegt, auf dieselbe *institutio* in einem ordinären Testament überträgt, so kann man *vermuten*, dass die erwähnte justinianische Vorschrift dadurch bestimmt ist, wie die klassische Jurisprudenz einen solchen Fall wie den in der Vorschrift vorausgesetzten bei einem *test. militis* behandelt. Wir haben auch im Texte nichts anderes gesagt, als dass gewisse Zeichen darauf hindeuten, dass der fragliche Fall bei einem *test. militis* so behandelt worden ist. Jedenfalls wird die Entwicklung von der klassischen Jurisprudenz zu Iustinianus oder vielleicht zu der weniger wortgebundenen postklassischen Jurisprudenz auf diese Weise leicht verständlich und erscheint natürlich.

Damit ist der Beweis der im Text aufgestellten Sätze mit den erforderlichen Belegen zu Ende geführt.

Anmerkung zu S. 58.

Für das Verständnis der Papinianusstelle D.28,6,41,8 und der Iulianusstelle D.37,11,8,1 ist eine Untersuchung darüber nötig, weshalb von alters her zur gewöhnlichen Formel der Pupillarsubstitution gehört hat: *si filius ante moritur, quam in tutelam suam uenerit, tum mihi heres esto* (Cic. De inuent. 2,122). Hieraus scheint zu folgen, dass der Substitut nicht der Erbe des *Pupillen* wird, was doch bei Pap. und Iul. a.a.O. vorausgesetzt wird. Gerade deshalb ist nach ihnen der zum Erben des *Testators* eingesetzte Pupillarsubstitut als *ex certa re* eingesetzt zu betrachten. Eben deshalb soll *mihi* als nicht geschrieben behandelt werden. Es scheint ja, als ob der Substitut, wenn die übliche Formel zugrunde gelegt wird, wirklich direkt den *Vater* des Pupillen beerbt. Dies ist kürzlich so erklärt worden, dass ursprünglich der beim Tode des Vaters lebende Pupill, der nicht das Mündigkeitsalter erreichte, den Vater gar nicht beerbte, der von diesem eingesetzte tutor aber, der mit dem Substitut identisch sei, beim Tode des Vaters die *patria potestas* über den Pupillen erhielt. Deshalb falle, was sonst der Pupill erworben haben würde, dem tutor zu. Der erstere erwerbe für sich selbst gar nichts. Als man aber später begonnen habe, den Pupillen selbst als *sui iuris* zu betrachten, sei das Institut mit einem Widerspruch behaftet worden. Der Pupill habe nun den Vater beerbt, der Substitut aber *auch*, nämlich nach dem Tode des Pupillen vor erreichter Volljährigkeit. So LA PIRA in einem Aufsatz in Studi in onore di Bonfante 3 (1930). Siehe die Zusammenfassung § 13 S. 326 ff. In der Monographie über die Pupillarsubstitution von HANS JULIUS WOLFF in Studi in onore di Salvatore Riccobono vol. III wird gleichfalls behauptet, dass der Pupill, der vor dem Mündigkeitsalter starb, ursprünglich nicht wirklicher Erbe werden konnte, „zumal die alte Zeit den Mangel der Verfügungsberechtigung wahrscheinlich dem Mangel des Rechtes selbst gleichsetzte“ (S. 460 ff.). Der Verfügungsberechtigung entbehrte der Pupill, mochte er nun der Tutel der Brüder oder einem besonders vom Vater eingesetzten tutor unterworfen sein. WOLFF aber nimmt nicht an, wie BONFANTE und seine Schule es tun, dass der tutor als solcher ursprünglich die *patria potestas* innehatte. Die tutela sei nur „eine zeitlich begrenzte Schutzherrschaft“. Deshalb meint er, dass der Substitut nur ein Ersatzmann für den Pupillen war, der vor dem Mündigkeitsalter starb und deshalb ursprünglich nicht als Erbe betrachtet worden sei.

Es ist zunächst zu untersuchen, ob sich noch zur klassischen Zeit Spuren der vermeinten älteren Betrachtungsweise finden, dass der nicht exheredierte, vor dem Mündigkeitsalter gestorbene Sohn nicht Erbe des Vaters war. Auch dies behaupten nämlich die erwähnten Autoren. Man zieht z.B. Ulp. B.20 ad Sabinum D.30,32 pr. an: *Si quis a filio pupillo*

herede instituto, cum is in tutelam suam uenisset, pecuniam legauerit et a substituto herede legata repetier[a](<i>t, impubere filio mortuo secundus heres legatum non debet. (Mutmasslich wird hier Sabinus angeführt: Ulp. kommentiert ja Sabinus.) Quod ita uerum esse tam Sextus <Africanus?> quam Pomponius putant, si repetitio legatorum ad eum modum concepta sit ueluti: ‚quae a filio meo legauit quaeque eum dare iussi, si mihi heres esset, id heres meus isdem diebus dato‘. sed si ita repetita fuerint: ‚quae a filio meo legauit, heres meus dato‘, pure repetita uidebuntur legata et dumtaxat demonstratio eorum facta . . . LA PIRA fasst a.a.O. S. 279—280 dies ‚si mihi heres esset‘ als mit der Bedingung ‚si is in tutelam suam uenisset‘ identisch auf und folgert daraus, dass hier die Meinung hervortrete, dass der impubes erst, wenn er mündig geworden ist, Erbe seines Vaters werden kann. Dass dies ein Missverständnis sein muss, kann unmittelbar aus der bestimmten Äusserung in dieser Frage bei Gaius I.2,180 gefolgert werden: *si uero heres exstiterit filius et ante puertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus*. Vgl. die von Gaius in § 179 angegebene Formel für Pupillarsubstitution und Ulp. selbst Reg. 23,7. Weiter: dies ‚si heres erit‘ ist niemals als eine spezielle Bedingung eines *Legates*, das an sich nur vom *Erben* prästiert werden kann, zu betrachten, so dass dadurch das Legat bedingt würde. Das ist, was den belasteten Erben betrifft, ein überflüssiger Zusatz, der das Legat nicht bedingt machen kann, so dass der dies cedens erst mit dem Antritt der Erbschaft vorhanden wäre. So Pomp. 36,2,22,1. Hiermit steht in Zusammenhang, dass eine Bedingung für das *Erbrecht* (z.B. die, dass der Substitut, nur *wenn* der primäre Erbe die Erbschaft abschlägt, Erbrecht erhält) nicht als eine Bedingung für das den Erben belastende *Legat* gilt, so dass der dies cedens erst mit der Existenz einer solchen Bedingung eintrite. Ist das Legat selbst nicht bedingt, tritt der dies cedens unmittelbar beim dies apertarum tabularum ein. So Ulp. Reg. 23,31. Dann ist auch umgekehrt klar, dass, wenn für das *Legat* eine Bedingung festgesetzt ist, deren Existenz ein Aufheben von der Existenz der Bedingung für das *Erbrecht* desjenigen, auf welchem das Legat ruhen soll, bedeutet, es sich nicht um eine wirkliche Legatsbedingung handelt. Dann wird ja im Testament vorgeschrieben, dass dann, wenn derjenige, zu welchem als *passivem* Subjekt das Legat gehört, *nicht* Erbe wird, das Legat gelten soll. Dies ist allerdings sinnlos, da ein Legat nur auf einem Erben ruhen kann, weshalb sich die Bestimmung aufhebt. Es ist aber keine wirkliche Legatsbedingung. Wenn ‚Titius heres esto. Si Titius hereditatem adierit, Mauius . . . dato‘, keine wirkliche Legatsbedingung ist, kann auch, wie absurd es immer sein mag, ‚T. heres esto. Si T. heres non erit, M:o . . . dato‘ keine solche Bedingung sein. Dies hat die grosse Bedeutung, dass in solchem Falle keine *condicio legati* vorliegt, von welcher man nach Sabinianischer Rechtsregel *abzusehen* hat. Ein solches Legat ist ohne

weiteres ungültig. Nun ist es deutlich, dass der Zusatz: ‚cum is in tutelam suam uenisset‘ eine gültige Bedingung des auf dem *Pupillen* ruhenden Legats ist, obgleich er als eine Zeitbestimmung hervortritt. Es ist ja ungewiss, ob der Pupill das Mündigkeitsalter erreicht. Der dies cedens tritt deshalb erst beim wirklich erreichten Mündigkeitsalter ein. Siehe hierüber Paulus D.36,2,21 pr. und Pomp. eod. l. 22 pr. Wenn aber nun auch diese Bedingung für ein auf dem Substitut des Pupillen ruhendes Legat mit demselben Inhalt gelten soll, wird sie keine wirkliche Legatsbedingung. Da letzterer, wenn der Pupill das Mündigkeitsalter erreicht, nicht Erbe werden kann, wird damit gesagt: wenn der Substitut nicht Erbe werden kann, ruht auf ihm dasselbe Legat. Das ist sinnlos. Es drückt doch keine *condicio legati impossibilis* aus. Deshalb wird das Legat nichtig. Damit wird die in der Stelle zuerst genannte Ansicht — mutmasslich die des Sabinus — völlig verständlich. Sabinus (?) geht indes ohne weiteres davon aus, dass mit der *repetitio legati*, was den Substitut betrifft, die für das primäre Legat geltende Bedingung selbst auch wiederholt wird. Sextus (Africanus?) und Pomponius — möglicherweise liegt eine Fehlschreibung vor, wie BESELER meint, so dass nur Sextus Pomponius gemeint ist? — machen gegen die erstere Ansicht den Einwand, dass die *repetitio legati* nur dann ungültig sei, wenn das Legat, was den Substitut betrifft, dieselbe Zeitbestimmung wie das primäre ‚*idem diebus*‘ habe. Wenn die *repetitio* aber so geschehe: ‚*quae a filio meo legauī, heres meus dato*‘, sei das Legat gültig — natürlich weil dann nur das Legierte selbst demonstriert wird: ohne Wiederholung der Bedingung. Vgl. nun Marcianus D.30,113,4: Si ab impubere legatum fuerit sub condicione: ‚*si ad pubertatem peruenerit*‘, et a substituto repetitum fuerit, legatum debetur et a substituto nec uidetur repetita condicio, quae inutile legatum facit. Marc. meint hier, dass mit der *repetitio legati*, was den Substitut betrifft, nicht auch die Bedingung als wiederholt erscheint, womit ein die Kraft des Legates aufhebender Widerspruch eintreten würde. Die Marcianische Äusserung steht also hinsichtlich des für die Entscheidung bestimmenden Prinzips in völliger Übereinstimmung mit der Ulpianusstelle. Möglicherweise will Marc. gegen Pomp. sagen, dass man, auch wenn die Bedingung formell wiederholt wird, davon abzusehen hat, um einen Sinn in die *repetitio* hineinlegen zu können. Es ist jedenfalls unmöglich, dass sich Marc. hier auf die Regel für eine *condicio legati impossibilis* beruft, da eine wirkliche *Legatsbedingung* mit Bedingungen für das *Erbrecht* nichts zu tun hat. Die Festsetzung einer aus realen Gründen *impossibilis condicio* ist kein Widerspruch an sich. Ein wirklicher Widerspruch macht die Bestimmung selbst sinnlos. Man vergleiche denselben Marcianus D.28,7,16, wo es sich um die Bedingung des *Erbrechts* handelt: ‚*Si Titius heres erit, Seius heres esto: si Seius heres erit, Titius heres esto*‘. Iulianus *inutilem esse institutionem* scribit, cum condicio exis

tere non possit. Dies scheint der Sabinianischen Regel zu widerstreiten, dass eine *condicio impossibilis* auf dem Gebiete des Erbrechts keine Relevanz habe. Iulianus war doch selbst Sabinianer. Aber es handelt sich im erwähnten Falle nicht um eine *condicio impossibilis* für jede einzelne der testamentarischen Bestimmungen. Natürlich kann sehr gut Titius das Erbe vor Seius antreten und so Seius Erbe werden, ebenso wie Seius vor Titius es antreten, und daher Titius Erbe werden kann. Aber die *Zusammenstellung* der beiden jede für sich gültigen Bestimmungen schliesst einen Widerspruch ein. Es ist *logisch* unmöglich, dass Titius vor *Seius* antritt, wenn das Erbrecht des ersteren davon bedingt ist, dass Seius vor Titius antritt. Eine *derartige* *condicio impossibilis* macht notwendig die totale Bestimmung ungültig, da hier von keiner der einander aufhebenden Bestimmungen abgesehen werden kann. Titius und Seius sind ja gleichgestellt. — WOLFF übernimmt a.a.O. S. 456 die völlig verkehrte Benutzung La Pira's der Stelle D.30, 32 pr. Er weist indes darauf hin, dass BESELER Sav. Z.52 (1932) S. 33 f. die fragliche Stelle als korrumpiert betrachtet, meint aber selbst, dass sie im wesentlichen echt sei. Welche Gründe werden von BESELER angeführt? Er sagt: „Et a — repetierat unecht? Quod ita rell. ist sprachlich und in der Darstellung schlecht und verkündet Unklassisches.“ Nur eine willkürliche Deklaration! BESELER scheint den Sinn nicht zu verstehen. Er weist ferner auf verwandte Stellen hin, nämlich D.30,52,1; 30,74 und 30,113,4. Die beiden ersteren Stellen sind wirklich korrumpiert, was aus der Einführung einer *coniectura uoluntatis* und der Rücksichtnahme auf den wirklichen Willen des Testators in einem solchen Falle hervorgeht. Dies beweist natürlich gar nichts hinsichtlich der Stelle 30,32 pr., wo im Widerstreit gegen die postklassische Tendenz keine Erwähnung des wirklichen Willens vorliegt. Was 30,113,4 (zit. oben) betrifft, schreibt B.: „Si ab impubere legatum fuerit sub <hac> condicione, si ad pubertatem peruenerit et a substituto repetitum fuerit legatum, <non> [debetur et (et ist sachlich falsch!) a substituto nec (man fordert nec enim!)] videtur repetita condicio, quae inutile legatum facit.“ Abgesehen davon, dass B. unrichtig den Entscheidungsgrund die Bedeutungslosigkeit einer *condicio impossibilis* bei Legaten sein lässt, ist die Textkorrigierung völlig willkürlich. Das Wort ‚et‘ ist gar nicht sachlich falsch. Sowohl der Haupterbe wie der Substitut werden mit dem Legat belastet, wenn auch natürlich ein jeder nur unter der für ihn geltenden *Bedingung*. Man fordert nicht *nec enim* statt des einfachen *nec*. Unmittelbar nach der kritischen Untersuchung dieser Stelle schreibt er: „Jetzt geben wir auf die soeben zu 32^p aufgeworfene Frage ‚Et a — repetierat unecht?‘ die Antwort ‚sicher ja‘.“ Wie lautet dann nach B. der echte Text in 32^p? Er korrigiert den Text so: Si quis a filio pupillo herede instituto, cum is in tutelam suam uenisset, <per damnationem> [pecuniam]

legauerit et a substituto herede legata repetier[ⁱ][^a]t, impubere filio mortuo secundum heres legatum non debebit. <et ita Sextus Pomponius libro — scribit>. D.h.: wenn der filius heres, weil die in der Zeitbestimmung eingeschlossene (jedoch nicht an sich unmögliche) Bedingung nicht eintritt, gar nicht mit einer Legatsschuld belastet wird, übernimmt sein eigener Erbe — der Substitut —, auf welchem durch das Testament kein ihn besonders belastendes Legat ruht, da keine repetitio legati vorausgesetzt wird, keine solche Schuld!! Diese Trivialität soll Ulp. hervorheben und sich dabei auf die Autorität des Pomp. berufen!

LA PIRA führt ferner a.a.O. S. 280 Africanus D.28,6,33,1 an, um den Satz zu begründen, dass der Sohn, der das Mündigkeitsalter nicht erreicht, sogar zur klassischen Zeit bisweilen nicht als Erbe betrachtet worden ist: Si filius et ex eo nepos postumus ita heredes instituantur, ut Gallo Aquilio placuit, et nepoti, *si is heres non erit*, Titius substituitur, filio herede existente Titium omnimodo [id est etiam, si nepos natus non fuerit?] excludi respondit (scil. Iulianus). Der Sinn dieser Stelle ist völlig klar. Wenn der nepos postumus *deshalb* nicht Erbe wird, weil er nach dem Tode des Testators — Grossvaters — unter der potestas seines eigenen Vaters steht, gilt keine Substitution, nicht einmal Vulgarsubstitution. Wäre dies der Fall, könnte auch für einen Sklaven substituiert werden! Der Verf. führt eine gewisse kaiserliche Konstitution als hier vorausgesetzt an: Mod. D.28,6,4 pr. Iam hoc iure utimur ex diui Marci et Veri constitutione, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur, siue filius heres non exstiterit, siue exstiterit et impubes decesserit. Hier wird ja vorausgesetzt, dass der filius Erbe werden kann, obgleich er impubes stirbt. Es wird nur verordnet, dass der Substituierende, wenn er die eine Substitutionsbedingung erwähnt, z.B. die: der Sohn-Erbe stirbt im Zustande der Unmündigkeit, auch die andere, dieselbe in der Tat aufhebende, die: er wird nicht Erbe — er ist z.B. vorher emanzipiert worden und schlägt die Erbschaft ab — für erwähnt gehalten werden soll. Auch wenn Africanus-Iulianus an diese Konstitution gedacht hat (was höchst unsicher ist), kann auf alle Fälle hier nur die Bedingung *si (nepos) heres non erit* Bedeutung haben. Es wird ja vorausgesetzt, dass der nepos nicht Erbe wird, weil der Vater, der patria potestas über ihn hat, Erbe wird. Dass der Vater nicht auch für das Erblos des nepos Erbe wird, ist unmöglich, wenn er überhaupt beim Tode des Grossvaters lebt, da er nicht exhereditiert, sondern selbst zum Erben eingesetzt worden ist. Es ist unverständlich, wie LA PIRA aus dieser Stelle einen Schluss ziehen kann, der seine Auffassung stützen soll.

Ferner wird in derselben Absicht a.a.O. S. 283 Iau. D.42,5,28 angezogen. Wir zitieren die Stelle mit eingeschobenen Bemerkungen: Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit

heredem. is filius paterna hereditate se abstinet, ideoque bona patris uenerunt. Wir unterbrechen hier das Zitat und fragen zuerst, was dieses se abstinerere seitens des Sohnes rechtlich bedeutet, danach, wer ex iure Quiritium Eigentümer der verkauften bona wird. Gaius gibt hinsichtlich der ersten Frage I.2,157 und 158 vollständige Auskunft. Über sui et necessarii heredes wird § 157 gesagt: *necessarii uero ideo dicuntur, quia omni modo, <siue> uelint <si>ue nolint, <tam> ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.* In § 158 sagt er: *sed his praetor permittit abstinerere se ab heredi<tate>, ut potius parentis bona ueneant.* D.h. *zivilrechtlich* hat das fragliche se abstinerere *keine* Bedeutung. Aber der *Prätor* sorgt dafür, dass die bona, die der Sohn möglicherweise nach dem Tode des Vaters unabhängig vom Vatererbe erwirbt, den Gläubigern des Vaters entzogen werden, *obgleich* die Gläubiger, weil der Sohn zivilrechtlich Erbe ist, das *zivile* Forderungsrecht haben. D.h. der *Prätor* verweigert in dieser Hinsicht die ihnen *civiliter* zustehenden Aktionen. Statt dessen aber wird der Nachlass des Vaters zu ihren Gunsten *zwangsweise* verkauft. Über die andere Frage, nach dem zivilen Eigentumsrechte an den *zwangsweise* verkauften bona, gibt Gaius gleichfalls, nämlich I.3,79 und 80, vollständige Auskunft. Nachdem er in § 79 erklärt hat, dass auch die bona einer verstorbenen Person von den Gläubigern *zwangsweise* an einen *bonorum emptor* verkauft werden können, sagt er § 80: *Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum <res> pleno iure fiunt, sed in bonis efficiunt<ur>. <ex iure Quiritium> autem ita demum adquiruntur, si uisecerunt.* Über die Bedeutung des Begriffes *alicuius esse in bonis* im Gegensatz zum *nudum ius Quiritium* bzw. dem *plenum ius*, siehe Röm. Obl. I S. 72¹, 74¹ und 75¹. Nun kann gefragt werden: *ist jemand* nach dem Verkaufe Eigentümer *ex iure Quiritium* dieser bona? Wenn, wie es beim se abstinerere des Sohnes der Fall ist, dieser selbst *civiliter* notwendiger Erbe des Vaters ist, hat er auch notwendig das *zivile* Eigentumsrecht an den bona des Vaters, bis er entweder selbst das Recht an jemanden übertragen oder es durch die Ersitzung seitens einer anderen Person verloren hat. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass der *bonorum emptor* durch den *Zwangsverkauf* das Eigentum in *bonis*, d.h. das, praktisch gesehen, *reale* Eigentum erhält und also der Sohn nur das *nudum ius Qu.* behält. Damit steht in Zusammenhang, dass letzterer nach wie vor *zivil*er Schuldner der nach dem Verkauf der bona des Vaters übrigbleibenden Schulden ist, obgleich die Gläubiger des Vaters sie infolge des Eingreifens des *Prätors* nicht eintreiben können. Wir fahren nun in der Zitierung der *Iauolenusstelle* fort: *Postea filio hereditas obuenit, qua adita decessit. quaero, cum praetor in ipsum pupillum, quamuis postea hereditas obuenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret* (damit ist keineswegs die *zivile* Obligation weggefallen) an in *substitutum creditoribus patris danda sit actio* (d.h. die Frage ist nur die, ob sich der

Substitut desselben prätorischen beneficium, das der Sohn genoss, erfreuen darf, nicht die, ob der Substitut hinsichtlich der übrigbleibenden Schulden des Vaters *civiliter* obligiert ist, was sich von selbst versteht, da dieser der Erbe des Sohnes ist), cum ex bonis paternis, quae scilicet ad creditores missos in bona pertinent (wir wissen, dass sie nur ‚in bonis‘ das Eigentum des bonorum emptor vor der Ersitzung werden können, was jedoch das *reale* Recht bedeutet), nihil adquirat (scil. realiter) et cum creditores nihil iuris in bonis pupilli habuerint (scil. realiter, weil der Prätor ihnen die Aktionen verweigert) eorumque nihil interfuerit, adiretur necne pupilli hereditas [cum ea bona omissa a substituto hereditate ad creditores non pertinebant]. (Der eingeklammerte Satz mit Indikativ trotz des cum causale, der unklar ist und nicht zum Verständnis beiträgt, ist augenscheinlich eine Paraphrase.) Der Sinn des Ganzen ist der: Es könnte unnatürlich erscheinen, dass die Gläubiger kein reales Recht auf die speziellen bona des Pupillen während seiner Lebenszeit haben sollten und deshalb nicht daran interessiert sein konnten, ob die neue dem Pupillen zufallende Erbschaft von ihm angetreten wurde oder nicht, während sie ein solches Recht gegenüber seinem rechtlichen Nachfolger — dem Substituten — erhalten würden, welcher seinerseits kein Recht an den schon verkauften bona des Vaters erwerben konnte. Der Fragende fährt indes fort: me illud maxime mouet, quod praeceptoribus tuis (Sabinus und Cassius) placet unum esse testamentum. Aus Gaius I.2,180 geht nämlich hervor, dass der Vater im Pupillartestament in *einem* Zusammenhang über seinen eigenen Nachlass und den speziellen seines Sohnes verfügt, wenn dieser unmündig stirbt. *Deshalb* tritt der Substitut, indem er den *speziellen* Nachlass des Sohnes antritt, auch den des Vaters an. Dies auf Grund der testamentarischen Verfügung des Vaters über seinen eigenen Nachlass, insofern dieser auf den Sohn übergeht; *auch* nach dem Tode des Sohnes vor erreichter Volljährigkeit. Dann würde der Prätor, wenn er den Gläubigern die Realisation ihrer noch immer fortlebenden zivilen Forderungsrechte gegen den Vater dem Substituten gegenüber verweigerte und ihn also den speziellen Nachlass des Pupillen unbelastet durch die väterlichen Schulden behalten liesse, übersehen, dass der Substitut mit dem Antritt in *einem* Zusammenhang (auf Grund *eines* Testaments) die väterlichen Schulden ebensowohl wie die speziellen des Pupillen übernimmt. Er ist nicht allein rechtlicher Nachfolger des Pupillen, sondern *auch* des Vaters. Wäre er *nur* als Nachfolger des Pupillen zu betrachten, so wäre es richtig, wenn der Prätor *ihm* dieselbe Gunst wie seinem Vorgänger bewilligte. Aber wenn er ebensowohl als der Nachfolger des Vaters wie als der des Pupillen selbst anzusehen ist, so besteht kein Anlass, weshalb er, der in seine Stellung als Erbe beider in *einem* Zusammenhang *freiwillig* eintritt, sich der speziellen, dem Pupillen gewährten Vergünstigung erfreuen sollte. Dass dies der Sinn

des Hinweises auf das Vorhandensein *eines* Testaments ist, geht aus der Antwort des Iuolenus hervor: Respondit, quod praetor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris eius uenditis in eum actio detur, tametsi postea ei hereditas obuenerit, [creditoribus non reddat], idem in substituto filio herede seruandum non est, quoniam (im ersteren Falle) *fili pudori* parcitur, ut potius patris quam eius bona ueneant (vgl. Gaius I.2,158). [itaque in id, quod postea ei obuenerit, actio creditoribus denegatur, quia id ex aduenticio adquisitum est, non per patrem ad eum peruenit?] (Dieser Satz ist überflüssig und wahrscheinlich eine Paraphrase.) at cum substitutus filio hereditatem adiit, [postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati] (Faber), *tunc hereditas et patris et filii una est* (h.e. mit dem Antritt der Erbschaft des Sohnes übernimmt der Substitut die väterliche Erbschaft, weil das Recht auf die Erbschaft des Sohnes nur auf Grund *eines* Testamentes vorhanden ist, in welchem der Vater über seinen eigenen Nachlass auch nach dem Tode des unmündigen Sohnes-Erben verfügt) et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam inuitus heres obligatur: et quemadmodum liberum ei non est [obligationem] <—> (hier ist im echten Texte etwas über die notwendige *reale* Gebundenheit des Substituten bezüglich der speziellen — nicht väterlichen — Schulden des Pupillen ausgesprochen worden, wie aus dem Nachfolgenden hervorgeht), ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona ueneant, ita ne separare quidem (durch die Hilfe des Prätors) aes alienum patris et filii poterit. [quo casu efficietur, ut creditoribus in eum actio dari debeat] (überflüssig und schlecht formuliert). Der Prätor hat keinen Anlass, die bona des *freiwillig* antretenden Substituten gegen die Gläubiger des Vaters zu schützen. Es heisst nun weiter: quod si substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris in id, quod pupillus reliquit, actio *dari* non debet, quoniam neque pupilli bona (hier = die bona, die der Prätor ihn behalten lässt) uenire debent propter aes alienum patris neque in bonis patris est, quod pupillus adquisiit. Die Gläubiger erhalten keine actio gegen den Erben des Pupillen ex intestato, der, wenn der Substitut abschlägt, den Pupillen beerbt. *Er* tritt natürlich ohne weiteres in die Rechtsstellung des Pupillen ein und hat nichts mit dem Testament des Vaters zu schaffen. — Man sieht, dass die ganze Darstellung darauf abzielt, das richtige Verfahren des *Prätors* im vorliegenden Falle anzugeben, und dass sie die zivilrechtlichen Verhältnisse nicht berührt. LA PIRA, der auch auf diese Stelle seine Theorie stützt, dass der Sohn, der unmündig stirbt, nach römischer Anschauung trotz der Worte der Juristen in Wirklichkeit den Vater nicht beerbt, sagt S. 284, dass, wenn *wirklich* der Pupill den Vater beerbe, nur *eine* Antwort auf die abgehandelte Frage möglich sei: „se il pupillo erede si era astenuto della eredità paterna, se il sostituto diventa erede del padre solo mediante il pupillo, quasi continuando il

rapporto di successione già dal pupillo iniziato, bisogna dire che il sostituto subentra nei rapporti giuridici del defunto *paterfamilias* così come essi si erano configurati attraverso la successione del pupillo. Ora se costui non era tenuto a rispondere verso i creditori paterni, tanto meno doveva esservi tenuto il sostituto . . . La soluzione logica è questa. So bene che è illogico il punto di partenza: cioè la sostituzione ad una persona che è già divenuta erede: ma se si ammette questa idea bisogna pure ammetterne le conseguenze.“ In Wirklichkeit ist in der fraglichen Stelle gar nicht gesagt, dass der Pupill oder der Substitut *zivilrechtlich* von den nicht schon durch Verkauf der bona paterna eingelösten väterlichen Schulden frei sei. Nur *darum* dreht sich die Erörterung, ob der Substitut dieselben *prätorischen* Vorteile wie der filius-pupillus, der auf die bona paterna (tutore auctore) verzichtet, geniessen darf, wofür kein Grund besteht, weil der Substitut nicht ohne weiteres der Erbe des Pupillen ist, sondern nur durch Vermittlung eines Testamentes, in welchem der Vater über seinen eigenen Nachlass nach dem Tode des Pupillen verfügt. Weshalb *das* unlogisch sein soll, dass der Vater über das Schicksal des dem Pupillen überlassenen Nachlasses auch nach dessen Tode vor erreichter Volljährigkeit bestimmen kann, ist unmöglich zu verstehen. Ein solcher Pupill kann ja als nicht volljährig nicht einmal tutore auctore ein Testament errichten. Jedenfalls haben die römischen Juristen nichts „Unlogisches“ darin gefunden. Der Verf. fährt fort: „Ebene: quantunque i giuriconsulti romani dicano a parole che il pupillo diventa erede del *paterfamilias* e che malgrado ciò può aver luogo una sostituzione, *tuttavia, in fatto, essi disciplinano questa sostituzione come se si trattasse di una successione originaria ed immediata del sostituto al paterfamilias.*“ Wenn der Vater überhaupt über seine bona so verfügen kann, dass er einen Erben *auch* für die *Zeit nach* dem Genusse des unmündig sterbenden Sohnes einsetzen kann, so kann er natürlich auch den Substituten zu *seinem* Erben machen, obgleich dieser die bona als Erbe erst erhält, *nachdem* der Sohn sie als Erbe innegehabt hat. Nur *die* Frage erfordert eine besondere Auseinandersetzung, weshalb der Vater *auch* über das selbständig erworbene Vermögen des Sohnes-Pupillen verfügen kann. *Cicero* gibt in dieser Hinsicht eine zureichende Erklärung, worüber später.

Auch WOLFF beruft sich a.a.O. S. 456¹⁰⁰ auf die fragliche Iauolenusstelle zur Begründung der Behauptung, dass der unmündig verstorbene Pupill nicht als Erbe betrachtet wird. Während aber nach LA PIRA der unmündig verstorbene Sohn den Worten nach wirklich als Erbe bezeichnet wird, aber bei Bestimmung der Rechtslage des Substituten behandelt wird, als ob er nicht Erbe wäre, sagt WOLFF: „Tatsächlich wird aber der Pupill in der Stelle nicht als Erbe bezeichnet, sondern nur praktisch so behandelt, als ob er schon Erbe wäre; darum kann auch die „uenditio

bonorum' stattfinden." Wenn der Sohn nicht zivilrechtlicher Erbe wäre, müsste er exherediert worden sein. Dann aber könnte er keine hereditas abtreten! Sowohl LA PIRA wie WOLFF irren schwer bei der Auslegung der Iaulenusstelle, weil sie nicht beachten, dass es sich hier gar nicht um die *zivilrechtliche* Erbfolge handelt. Beide geben auch eine Ausegung der Stelle, die, wenn sie richtig wäre, einschliessen würde, dass Iau. einen Standpunkt einnähme, der dem von Gaius und Ulp. so bestimmt vertretenen (siehe oben) widerspräche. — Im übrigen stützt WOLFF S. 456—457 die fragliche These besonders auf Ulp. D.36,1,11,1: Idem Iulianus ait, si duo fuerint a patre instituti cum filio eius impubere et idem substituti filio, sufficere ei, qui fideicommissum in secundis tabulis accepit, unum ex heredibus institutis cogere adire patris hereditatem: hoc enim facto confirmatisque patris tabulis poterunt ex substitutione ambo cogi adire et restituere hereditatem. Der Umstand, dass das primäre Testament, in welchem der Sohn-Pupill mit zwei Miterben zum Erben eingesetzt worden ist, nur durch den Antritt eines der *Miterben* Kraft erhalten kann, soll einschliessen, dass ersterer, obgleich zum Erben eingesetzt, nicht Erbe wird. Indes liegt hier ein Schreibfehler vor. Die Stelle enthält einen direkten Widerspruch. Beim „sufficere . . . unum ex heredibus institutis cogere“ ist einer der Miterben des Sohnes gemeint. Danach werden ja die heredes instituti durch *ambo* bezeichnet, was voraussetzt, dass der Sohn nicht zu den heredes instituti gerechnet wird, obgleich er zu Anfang als ein heres institutus bezeichnet wird. Was hier ursprünglich gestanden hat, lässt sich auf Grund einer direkten Äusserung von Iul. eod. l. 28,5 feststellen, auf die sich die Worte des Ulpianus in l. 11,1: „Iulianus ait“ beziehen müssen: Quod si duo heredes a patre instituti fuerint et utriusque fidei commissum sit, ut *exheredati* filii hereditatem restituerent (man beachte, dass der Vater immer auch für den *exheredierten* Sohn-Mündel einen Substituten für den Fall seines Todes vor dem Mündigkeitsalter einsetzen kann, aber dass dann immer die primae tabulae, in welchen er über seinen eigenen Nachlass verfügt, Kraft erhalten müssen, wenn die sekundären Substitutionstafeln, in welchen der Vater *nur* über den speziellen Nachlass des vom Vatererbe ausgeschlossenen Sohnes-Pupillen verfügt, gültig werden sollen — eine Rechtsregel, die aus der geschichtlichen Grundlage der Pupillar substitution, worüber alsbald, folgt) *satis erit* (bei Ulp. sufficere) uel unum cogi adire: *hoc enim facto* (bei Ulp. unum cogere adire patris hereditatem: hoc enim facto) etiam is, qui patris hereditatem non adit, filii hereditatem adire et restituere cogetur (scil. als Substitut). Dies ist ja derselbe Fall wie der von Ulp. referierte, obgleich bei Iul. der Sohn-Pupill, welchem zwei als Erben des Vaters eingesetzte Personen substituiert sein sollen, als *exherediert* dargestellt wird. Hieraus kann mit vollständiger Sicherheit gefolgert werden, dass CUIACIUS recht hat, wenn er annimmt,

dass in der Ulpianusstelle irrtümlich *cum filio* statt *exheredato filio* geschrieben worden ist. Damit fällt auch der in dieser Stelle sonst unmittelbar hervortretende Widerspruch weg. Die Stelle schliesst eine Anwendung des sc. Pegasianum (Gaius I.2,258) auf einen komplizierten Fall ein. Damit ein erzwungener Antritt der eingesetzten und zugleich dem Pupillen substituierten Erben hinsichtlich der Erbschaft nach *ihm* möglich sein soll, müssen zuerst die *primae tabulae* Kraft erhalten, was schon durch das Erzwingen des Antritts der Erbschaft des *Vaters* seitens *eines* der Eingesetzten geschehen kann. Danach können alle Substitute nach sc. Peg. zum Antritt der Erbschaft nach dem Pupillen erzwungen werden, womit dieselbe automatisch auf den Fidekommissar nach sc. Trebellianum übergeht. Der Schluss WOLFFS aus dieser Stelle ist völlig verfehlt. — Dieser sagt weiter S. 457: „Dieses Ergebnis sichern einige weitere Stellen. Ulp. D. 36,2,7,4 setzt den lebenden Pupillen dem liberierenden ‚*primus heres*‘ bei der Vulgarsubstitution gleich.“ Diese Folgerung beruht auf einem Missverständnis. § 1 wird gesagt: *Proinde siue pure institutus tardius adeat, siue sub condicione per condicionem impediatur, legatarius securus est* und in § 3: *Inde dicimus et si a substituto legatum sit relictum, quamdiu institutus deliberat, defuncto legatario non nocebit, si postea heres institutus repudiauit: nam ad heredem suum transtulit petitionem.* Paulus-Pomp. erklärt D.36,2,21,1, weshalb der dies cedens, um den es sich hier handelt, von der Zeit des Antritts des durch das Legat belasteten Erben ebenso wie von jeder *Erbschaftsbedingung* unabhängig ist. Der Antritt des mit einem Legat belasteten Erben ist eine dem Legat als solchem immanente Bedingung und kann deshalb nicht als eine dem Legat hinzugefügte, dasselbe näher bestimmende Bedingung betrachtet werden. Nur eine solche spezielle Legatsbedingung kann den dies cedens beeinflussen. Nun heisst es in l. 7, § 4 weiter: *Tantundem et si ab impuberis substituto legetur: nam ad heredem suum legatum transfert.* D.h. der dies cedens tritt unmittelbar ein, obgleich es noch unbestimmt ist, ob ein Substitut-Erbe jemals existieren wird, natürlich nur, wenn wirklich *nachher* der Substitut Erbe wird. Der Erbe des vor dem dies cedens verstorbenen Legatars kann nun Anspruch auf das Legat machen. Wie hieraus gefolgert werden kann, dass nach der klassischen Jurisprudenz der vorversterbende Pupill niemals Erbe wird, ist gänzlich unverständlich. — Die übrigen Stellen, die WOLFF zum Beweise seiner These anführt, brauchen nicht besonders behandelt zu werden, da ihre Beweiskraft noch schwächer ist.

Eine völlig sichere Auskunft darüber, wie die klassische Jurisprudenz die Pupillarsubstitution aufgefasst hat, erhält man durch die Ciceronische Darstellung in *De inuent.* 2,62—64 der ‚*rationes*‘ bzw. ‚*rationum infirmationes*‘, die sich zu seiner Zeit in der Frage geltend machten. Man braucht nämlich nur zu berücksichtigen, welche von diesen ‚*ratio-*

nes' oder 'infirmationes' in der Jurisprudenz siegten. Wir wollen hier die fraglichen Paragraphen teilweise zitieren und kommentieren: *Negotialis (scil. constitutio) est, quae in ipso negotio iuris ciuilis habet implicatam controuersiam. ea est huiusmodi: quidam pupillum heredem fecit; pupillus autem ante mortuus est, quam in suam tutelam uenit. de hereditate ea, quae pupillo uenit, inter eos, qui patris pupilli heredes secundi sunt, et inter adgnatos pupilli controuersia est.* Zunächst ist hier zu bemerken, dass nach dieser Äusserung der Pupill seinen Vater ohne jede Bedingung hinsichtlich erreichter Volljährigkeit beerben kann. Ferner: unter 'hereditas ea, quae pupillo uenit' wird nicht die *Vaterserbschaft* verstanden, sondern eine andere, dem Pupillen nach dem Tode des Vaters zugefallene Erbschaft. Um die *Vaterserbschaft* konnte natürlich kein Streit zwischen den Substituten und den Agnaten des Pupillen nach dem Tode des letzteren entstehen, falls eine solche Substitution überhaupt Gültigkeit hatte. Die Richtigkeit dieser Auslegung geht nun auch daraus hervor, dass in § 63 derselbe Fall abgehandelt wird ('ut in hac ipsa causa'), in § 64 aber von einer *altera* (pecunia) pupilli die Rede ist, welche als *aduenticia* bezeichnet wird. Hierunter kann nichts anderes verstanden werden als die in § 62 genannte 'hereditas ea, quae pupillo uenit'. Übrigens folgt dies aus der unmittelbar danach in § 62 abgehandelten 'controuersia'. Es heisst: *possessio heredum secundorum est. intentio est adgnatorum: nostra pecunia est, de qua is, cuius adgnati sumus, testatus non est.* Hier ist die pecunia des Pupillen gemeint, die nicht dem Vater gehört hat und über welche *er* deshalb (nach der Meinung der Adgnaten) nicht testamentarisch verfügen konnte. Es heisst nämlich unmittelbar nachher: *depulsio (scil. seitens der heredes secundi) est: immo nostra, qui heredes testamento patris sumus. quaestio est: utrorum sit? ratio (nämlich zugunsten der heredes secundi): pater enim et sibi et filio testamentum scripsit, dum is pupillus esset. quare, quae filii fuerunt, testamento patris nostra fiant necesse est. infirmatio rationis: immo pater sibi scripsit et secundum heredem non filio, sed sibi iussit esse. quare, praeterquam quod ipsius fuit, testamento illius uestrum esse non potest.* (So die Adgnaten.) *iudicatio: possitne quisquam de filii pupilli re testari; an heredes secundi ipsius patrisfamilias, non filii quoque eius pupilli heredes sint?* Die Frage ist also die: Kann der Vater über etwas anderes, als was ihm selbst beim Tode gehört, auch für die Zeit nach dem Tode des Pupillen-Erben testamentarisch verfügen? Man beachte, dass bei jedem Testament die pecunia, über welche verfügt wird, zu der Zeit, zu welcher das Testament Kraft erhält, nicht mehr dem nun verstorbenen Testator gehört. Wenn gesagt wird, dass ein Testator über sein Vermögen verfügt, ist immer *das* Vermögen gemeint, das ihm beim Tode gehörte, nicht das Vermögen, das ihm beim Inkrafttreten des Testamentes gehört. Deshalb verfügt der Testator im selben

Sinne, wie er *sonst* über ‚sein‘ Vermögen verfügt, über ‚sein‘ Vermögen, auch wenn dies, bevor das Testament in Kraft tritt, zunächst dem Pupillen als Erben gehört hat. Er verfügt dann auch über das Vermögen, das ihm beim Tode gehörte. Auch im letzteren Falle wird der Eingesetzte der Erbe des Testators auf dieselbe Weise, auf die jemand überhaupt sein Erbe werden kann. Deshalb wird in dem Satze: *possitne quisquam de filii pupilli re testari?* nicht gefragt, ob der Vater über sein Vermögen verfügen kann, falls es nachher dem Sohne gehört hat, sondern es wird gefragt, ob der Vater über *das* Vermögen verfügen kann, das nicht *ihm* bei seinem Tode gehörte, sondern nur dem Pupillen bei dessen Tode. Die andere Alternative wird nun so ausgedrückt: *an heredes secundi ipsius patrisfamilias non filii quoque eius pupilli heredes sint?* D.h. kann er *nicht* über das Vermögen, das ihm bei seinem Tode nicht gehörte, sondern das *spezielle* Vermögen des Pupillen war, verfügen? Die dem Sohne substituierten Erben verfechten im Nachfolgenden, dass der Vater durch das Testament auch über dieses Vermögen verfügt hat. Die Adgnaten bestreiten dies, weil der Vater bei der *Substitution* geschrieben hat: *mihi heres esto*. In 63 u. 64 wird ‚*haec ipsa causa*‘ hinsichtlich der verschiedenen Möglichkeiten, Gründe und Gegengründe anzuführen, auf eine etwas andere Weise dargestellt: *subponatur enim ab heredibus (scil. secundis) haec ratio: 'unius enim pecuniae plures dissimilibus de causis heredes non esse possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset'*. Man behauptet also, es sei unmöglich, dass das einheitliche Vermögen des Pupillen teilweise einem Erben *ex testamento*, teilweise einem anderen *ab intestato* zufällt. Man meint, dass die beiden Erbschaften, die der Pupill empfangen hat — die Vaterserbschaft und die ihm von anderswoher zugefallene — *ein einziges* Vermögen des Pupillen ausmachen und deshalb nicht einerseits *ab intestato*, andererseits *ex testamento* geerbt werden können. Da nun keiner bestreitet, dass das Testament des Vaters Kraft habe, müsse das ganze Vermögen des Pupillen den substituierten Erben allein zufallen. Die Adgnaten bestreiten indes im weiteren Verlauf die Voraussetzung, dass nur *ein* Vermögen des Pupillen vorliege, oder die, dass ein Vermögen nicht sowohl *ab intestato* wie *ex testamento* beerbt werden könne: *Infirmatio autem haec erit: ‚non est una pecunia, propterea quod altera pupilli iam erat aduenticia, cuius heres non illo in testamento quisquam scriptus erat, si quid pupillo accidisset. et de altera patris etiam nunc mortui uoluntas plurimum ualebat, quae iam mortuo pupillo suis heredibus concedebat‘. iudicatio est: unane pecunia fuerit; aut, si hac erunt usi infirmatione: posse plures esse unius heredes pecuniae dissimilibus de causis et de eo ipso esse controuersiam, iudicatio nascitur: possitne eiusdem pecuniae plures dissimilibus generibus heredes esse?*

Wenn man nun den klassischen Standpunkt in der vorliegenden

Frage in Betracht zieht, ist es völlig klar, wie diese noch zur Zeit Ciceros offenbar umstrittene Frage später entschieden wurde. Allerdings, sagt man, erhalten die *heredes secundi* auf Grund des Testamentes nur den Teil des Pupillarvermögens, der dem *Vater* beim Todesfall gehörte. Nur über sein eigenes Vermögen kann er verfügen. In Zusammenhang mit seinem Rechte, testamentarisch einen Vormund für den beim Todesfalle in seiner *potestas* stehenden Pupillen einzusetzen, stand seine Fähigkeit, über das genannte Vermögen auch nach dem Tode des Pupillen im Unmündigkeitsalter zu verfügen. Dies war von alters her anerkannt. *Aber* niemand kann sowohl *testato* wie *intestato* beerbt werden. Dies wurde allmählich durch die *auctoritas iurisprudantium* festgestellt. Da nun das väterliche Vermögen dem Pupillen bei seinem Tode unzweifelhaft gehörte, müssen nach der klassischen Jurisprudenz die Substituten, die nach dem Tode des Pupillen die *Vatererbschaft* erhalten sollten und die, weil sie allein auf Grund der testamentarischen Verfügung des Vaters über seinen Nachlass ihr Erbrecht haben, als Erben des *Vaters* selbst anzusehen sind, *auch*, obgleich nur mittelbar, den Pupillen beerben. *Deshalb* müssen sie auch das von aussen gekommene Vermögen des Pupillen erben, allerdings *nicht* auf Grund des Testaments, in welchem der Vater nur über seinen eigenen Nachlass verfügen kann, aber auf Grund der erwähnten Rechtsregel. Sie übernehmen also die *pecunia aduenticia* nicht als Erben des Vaters. In *dieser* Hinsicht sind sie *per consequentiam* als Erben des *Pupillen* zu betrachten. Hieraus folgte indes, dass der Vater *in Wirklichkeit* durch sein Testament auch über ein Vermögen bestimmen konnte, das ihm niemals gehört hatte, und dass er daher in *einem* Zusammenhang über sein eigenes Vermögen und über das spezielle des Pupillen verfügen konnte. Aus *dieser* rechtlichen Situation entwickelte sich allmählich die Annahme, dass der Vater sogar über das Vermögen des *exheredierten* Pupillen verfügen könne. *Dann* aber zeigt sich die primäre Bedeutung der testamentarischen Verfügung des Vaters über den eigenen Nachlass darin, dass das Testament in dieser Hinsicht durch wirklichen Antritt der Eingesetzten, zu denen der *filius pupillus* dann nicht gehört, Kraft erhalten muss (siehe oben S. 78). Dass das Recht, über das spezielle Vermögen des Pupillen zu verfügen, dem Vater nicht an sich zusteht, sondern ihm nur vermittelt der genannten Rechtsregel zugefallen ist, zeigt sich im selben Falle darin, dass der *heres secundus* des *exheredierten* Pupillen nur dann mit Legaten belastet werden kann, wenn er doch etwas aus dem väterlichen Vermögen als Erbe erhalten hat. Siehe Iul. Pap. D.35,2,11,8: *Si quis exheredato filio substituit heredem institutum et ab eo tabulis quoque secundis legauerit, necessario ratio confundetur, cum ideo legata ualere dixerit Iulianus a substituto relicta, quod idem patri heres exstiterit.* In diesem Falle muss der *heres secundus*, damit die *tabulae secundae* Kraft erhielten, das Erbe als *heres*

institutus wirklich angetreten haben. Nur deshalb konnte er als Substitut des exheredierten Sohnes durch das Testament mit Legaten belastet werden, obgleich er als solcher nur den Sohn beerbte. Wenn die *tabulae* für die Substitution durch den Antritt anderer primärer Erben Kraft erhalten hätten, würde also das den Substitut belastende Legat bedeutungslos geworden sein, weil der Vater über das Vermögen des exheredierten Sohnes, das dann allein an den Substitut übergegangen wäre, gar nicht als Testator, unmittelbar gesehen, verfügen konnte. Dass er es überhaupt konnte, beruhte auf der erwähnten Entwicklung. Infolge der Möglichkeit, über sein eigenes Vermögen auch für die Zeit nach dem Tode des Pupillen-Erben zu verfügen, konnte der Testator auch über die *pecunia aduenticia* des Pupillen auf Grund der Rechtsregel verfügen, die zwei Arten von Erben seines Vermögens ausschloss. Der nächste Schritt war, dass sogar für den exheredierten Pupillen ein Substitut eingesetzt werden konnte. Aber *nur* in dieser Hinsicht konnte infolge des geschichtlichen Ursprunges *dieser* Regel über das Vermögen des exheredierten Sohnes verfügt werden. Niemals konnte so darüber verfügt werden, dass der Substitut, der dasselbe übernahm, als solcher mit Legaten belastet wurde. In entsprechender Weise kann der exheredierte Pupill durch das Testament *dann* mit Legaten belastet werden, wenn er selbst einem anderen Sohn-Pupillen, der zum Erben eingesetzt worden ist, so substituiert wird, dass er wirklich als Substitut Erbe hinsichtlich einer Quote des *väterlichen* Vermögens wird, die über den Bruder, der selbst Pupill und zum Erben eingesetzt war, gegangen ist: Iul. eod. 87,7. (Hinsichtlich der Auslegung dieser Stellen vgl. WOLFF, a.a.O. S. 441²² u. 442²⁶.) Dass die *quarta Falcidia* bei Legaten immer nach dem Vermögen des Vaters bei dessen Tode berechnet werden muss (WOLFF a.a.O. S. 442), folgt aus der dargestellten Bedingung für die Möglichkeit, den Substitut mit Legaten zu belasten. Nur wenn er Erbe des väterlichen Vermögens wird, kann er damit belastet werden. Ebenso folgt daraus, dass der dies cedens, wenn das Legat an sich nicht bedingt ist, zur selben Zeit wie der für Legate überhaupt, d.h. zum dies apertarum tabularum gehört.

Überhaupt kann nun gesagt werden, dass die Annahme eines Widerspruches, der darin liegen soll, dass der Substitut als der Erbe des Vaters-Testators hingestellt wird, obgleich er zunächst den Pupillen zu beerben scheint, und der auf dieser Annahme beruhende Schluss, dass ursprünglich der Pupill, der starb, gar nicht Erbe seines Vaters wurde, völlig verfehlt sind. Der Substitut war in Wirklichkeit, wenn wir vom Einfluss der erwähnten Rechtsregel absehen, nur als Erbe des *Vatersvermögens* auf Grund des Testaments des Vaters Erbe des Pupillen. Eigentlich ist es übrigens nicht adäquat zu sagen, dass der Substitut hier in irgendeiner Weise Erbe des Pupillen ist, was aus der primären Formel: *mihi heres esto* hervorgeht. Dies aber ist so zu verstehen, dass die Substitution dadurch

bedingt ist, dass *zuerst* der vorversterbende Pupill Erbe gewesen ist. Der Substitut ist ein testamentarischer *Nacherbe* desselben Vermögens. Darin liegt gar kein Widerspruch. Eher tritt ein Widerspruch darin hervor, dass der Vater auch über ein Vermögen, das niemals sein gewesen ist, in unserm Falle testamentarisch verfügen kann. Dies aber hat seine geschichtliche Erklärung darin, dass beim Tode des Pupillen die vom Vater beerbte Vermögensmasse und die von anderswo übernommene als *ein* Vermögen betrachtet worden sind, sowie in der Auffassung, dass dieses einheitliche Vermögen nicht von verschiedenen Erben aus verschiedenen Gründen geerbt werden könne.

Nun sind indes die Stellen: Iul. D.37,11,8,1 und Pap. D.28,6,41,8 völlig verständlich. Allerdings schloss ursprünglich die Substitutionsformel die Worte ein: *mihī heres esto* (scil. der Substitut), weil das Testament als solches nur über das eigene Vermögen des Vaters beim Todesfalle verfügen konnte. Die Geltung des Testamentes für das ganze Vermögen des Pupillen bei seinem Tode beruhte auf dem Siege der erwähnten Rechtsregel und folgte also nicht direkt aus dem Testament. Nachdem aber die testamentarische Verfügungsmacht über das *ganze* Vermögen des Pupillen ohne weiteres als natürlich betrachtet wurde, wurde die Verfügung über die pecunia aduenticia der Verfügung des Testators über sein eigenes Vermögen gleichgestellt. *Jetzt* konnte auch dem exhereditierten Sohn-Pupillen substituiert werden. Dann erhielt natürlich die Substituierung ‚in locum partemue pupilli‘ oder ‚*mihī heres esto*‘ denselben Charakter wie Erbeseinsetzung *ex certa re*. Diese Worte sollten als nicht geschrieben betrachtet werden.

Beilage 5

zum Texte S. 37^a.

Das Gesetz, das die Testamentsfreiheit gab, hat nach dem ältesten bekannten Zeugnis bei Pomponius in seinem Kommentar zu Quintus Mucius D.50,16,120 folgende Worte enthalten: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*. Es wird hierbei angegeben, dass durch diese Worte *latissima potestas* tributa uidetur et heredis instituendi et legata et libertates dandi [tutelas quoque constituendi]. Über die Wahrscheinlichkeit, dass die letzteren Worte interpoliert sind, siehe SOLAZZI *Diritto ereditario Romano* S. 39. Niemals wird sonst der Ausdruck tutelum constituere von den klassischen Juristen angewandt. Pomp. fügt hinzu: *sed id interpretatione coangustatum est uel legum uel auctoritate iura constituentium*. Dass die erwähnten Worte in dem fraglichen Gesetze gestanden haben und auch

als die Grundlage der Testamentsfreiheit betrachtet worden sind, geht weiter aus Gaius I.2,224 hervor: *sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: uti legass[et] <it> suae [res] <rei>, ita ius esto.* Schon aus dem Grunde, dass auch von *Freilassungen* gesprochen wird, ist es unmöglich, hier das *legare* im späteren Sinne aufzufassen und zu behaupten, dass nach Gaius durch diese Worte nur die Legatsfreiheit gegeben war. Dass *legare* hier eine viel weitere Bedeutung hat, die auch die Erbesetzung einschliesst, geht ja auch aus dem Zusatz *suae rei* hervor. Gaius fasst die Phrase so auf, als ob gesagt wäre: *ut de sua re testatus erit.* Über die Bedeutung des Ausdruckes *sua res* in abstracto als das eigene dingliche Vermögen in abstracto später. Wozu die Diskussion SOLAZZIS a. a. O. S. 42 f. über die Möglichkeit, dass die Worte *suae rei* nicht echt seien, dienen soll, ist unverständlich. Iust. nimmt ja I.1.2,22 pr. die Darstellung bei Gaius auf und wendet dieselbe Ausdrucksweise an. Diese liegt ja auch bei Pomp.-Mucius vor. Und die Worte *uti legassit . . . suae rei* findet man Ulp. Reg. 11,14 wieder. Mit derselben Willkür betrachtet SOLAZZI a.a.O. die Worte: *atque libertatibus* bei Gaius 2,224 als interpoliert, obgleich sich die nachfolgende Darstellung bei Gaius über Gesetze, die später zwecks Ausschliessung der Möglichkeit gegeben wurden, dass das Recht des Erben auf Grund dieses Gesetzes allzusehr in den Testamenten eingeengt wurde (die §§ 225—228), *ebensogut* auf Freilassungen wie auf Legate bezieht. Wenn nicht *atque libertatibus* in § 224 geschrieben worden ist, hängt § 228: *In libertatibus quoque dandis nimiam licentiam conpescuit lex Fufia Caninia, sicut in primo commentario rettulimus, in der Luft.* Dass Iust. I. 2,22 pr. diese Worte nicht erwähnt, hat offenbar seinen Grund darin, dass in diesem Kapitel die *lex Falcidia*, die nur Legate betrifft, motiviert werden soll. S. 38—39 bestreitet S. die Echtheit der Äusserung von Pomp., dass aus den Worten: *uti legassit et rel. potestas heredis instituendi* folge. Begründung: die *decemviri* würden, wenn dies gemeint wäre, den Ausdruck *testari* statt *legare* angewandt haben. Der Verfasser scheint nicht zu beachten, dass Cicero De inu.2,50,148 gleichwie Auct. ad Her. 1,13,23 das Gesetz durch die Worte *uti legauerit* ausdrückt und dass *dieses Gesetz dort als die Grundlage für die Möglichkeit, Erben testamentarisch einzusetzen, behandelt wird.* Streit entstand in einem gewissen Fall, wo ein Schwerverbrecher unmittelbar vor Vollstreckung der Todesstrafe ein Testament errichtet hatte, zwischen den Testamentserben und den legitimen Erben betreffs der Erbschaft. *Beide hier in Betracht kommenden Gesetze werden angeführt, und es wird gesagt, dass es in diesem speziellen Falle unmöglich sei, die Streitfrage nach den Worten dieser Gesetze zu entscheiden!! Es ist un-*

wissenschaftlich, von einer gewissen Bedeutung des Wortes *legare* auszugehen und danach die Echtheit der Zeugnisse der Quellen zu entscheiden, statt die ursprüngliche Bedeutung dieses Wortes aus miteinander übereinstimmenden Quellenzeugnissen über seinen Sinn in alten Gesetzen festzustellen. Gaius *sagt* ja ausdrücklich, dass im Gesetze *legare* dasselbe wie *testari* ist. — Mit der Auffassung Ciceros von dem fraglichen Gesetze als der Grundlage der Testamentierfreiheit stimmt weiter völlig überein Ulp. D.50,16,130: *Lege obuenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.* Schon zur Zeit Ciceros hat man also dem Worte '*legassit*' hier eine weitere Bedeutung als das blosse '*Legate vermachen*' zugeschrieben. Es ist ein Unsinn anzunehmen, dass die Juristen so verfahren wären, wenn *sie* nicht gemeint hätten, dass *legare* diese weitere Bedeutung *hier* wirklich habe. Wenn verschiedene Autoren, z.B. WLASSAK in Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrechte (Ak. der Wiss. in Wien Sitz. Ber. 125 Bd. 2. Abh. S. 4), proklamieren, dass sich das Wort *legare* nur auf '*Legate*' bezieht, und dass es daher hier die *später* geltende Bedeutung gehabt haben muss, übersieht man, dass dem späteren Juristenlatein, in welchem das testamentarische *legare* den engeren Sinn hat, die Phrase *legare suae rei völlig fremd* ist. Es ist zu beachten, dass das ursprüngliche Legat — das Vindikationslegat — durch die Worte *do lego* konstituiert wurde und dass die gewöhnliche Konstruktion des testamentarischen *legare* mit einer *Sache* als Akkusativobjekt daher stammen muss. Das *blosse lego* hat ursprünglich keine *Sache* zum Akkusativobjekt gehabt, wie aus tab. 5,3 hervorgeht. Dagegen konnte das Wort ursprünglich eine *Person* als Akkusativobjekt haben, wie aus dem zu internationalen Verhältnissen gehörenden uralten Ausdrücke vom *nuntius regius legatus* hervorgeht. Hierüber später. Deshalb ist die Konstruktion *lego tutorem* (Varro in Non. Marc. 478) dem ursprünglichen Sprachgebrauche nicht fremd. Man kann jedoch fragen, ob nicht auch das persönliche Akkusativobjekt auf einer Verbindung mit einem *dare* oder *facere* beruht. (Bei Varro a.a.O. wird auch gesagt, *do lego tutorem*. Das *blosse do tutorem* ist technisch.) Wenn das *legare* als solches *legem dicere* bedeutet (hierüber alsbald), ist eine solche Annahme notwendig. *Do lego* oder das *blosse lego* mit hinzuzudenkendem *do* bedeutet dann: *ich gebe als Gesetzgeber . . . Legatum est, quod legis modo, id est imperatiue* testamento relinquitur: Ulp. Reg. 24,1. Daher stammt dann jede Konstruktion von *legare* mit einer *Sache* als Akkusativobjekt. In der Tat hat das Wort *legare* im Testamentsrechte durch seine spätere spezielle Beziehung auf *Legate* seine ursprüngliche *Bedeutung* nicht verändert. Es liegt nur eine spätere Beschränkung in der *Anwendung* des Wortes vor. Vorher hat *legare* auch testamentarische Freilassungen, Einsetzungen zu Vormündern und Erbeinsetzungen umfasst. Dass eine

solche Beschränkung in der Weise erfolgt ist, dass man die testamentarische Freilassung als *manumissio testamento*, die Erbeinsetzung als *heredis institutio* und die Bestellung zum Vormund als *datio tutoris* bezeichnete, ist völlig klar. Die bedeutendsten Quellenzeugnisse beweisen jedoch, dass *legare* ursprünglich eine viel weitere Bedeutung gehabt hat und dass auch *legare* in der Phrase *do lego* diese ursprüngliche weite Bedeutung hatte. Als absurd erscheint besonders die Behauptung, dass das Wort in tab. 5,3 nur 'Legate vermachen' bedeutet, wenn man zugleich die Formulierung: *uti legassit super pecunia tutelaue* für quellenmässig hält. Grundlos ist weiter die bisweilen vorkommende Behauptung, dass *legare* hier deshalb *nur* Legate vermachen bedeuten müsse, weil Gaius a.a.O. und die justinianischen Institutionen in der Parallelstelle 2,22 pr. nur über die Legatsfreiheit (Gaius jedoch auch über die Freilassungsfreiheit) als aus der tab. 5,3 folgend sprechen. Weil diese Freiheit *bei der besonderen Behandlung des Legatsrechtes* als eine Folge aus dem Gesetze erwähnt wird, braucht man doch wohl nicht anzunehmen, dass es *nur* diese Freiheit verliehen habe. Wir werden übrigens (S. 163 ff.) im Zusammenhang mit einer Kritik der Ansicht, dass das ursprüngliche Testament eine *adrogatio* gewesen sei, nachweisen, dass sich die *Veränderung* des Testamentsrechtes, die durch das Gesetz der XII Tafeln herbeigeführte wurde, gerade auf die unbeschränkte Freiheit, zu legieren und freizulassen, bezog. Dann ist es natürlich, dass man besonderen Anlass hatte, das Gesetz gerade bei der Behandlung dieser Freiheiten zu erwähnen. Aber das ist die gewöhnliche juristische Betrachtungsweise, dass, wenn auch ein schon vorher bestehendes Recht vom Gesetze der XII Tafeln bloss konfirmiert wurde, dieses Recht dennoch nachher als *nur* in dieser magna charta der Römer gegründet anzusehen war. Deshalb war es gar nicht ausgeschlossen, dass auch die *potestas heredis instituendi* von Anfang an als durch dieselbe Tafel 5,3 *gegeben* betrachtet wurde, obgleich diese Tafel das Testamentsrecht *nur* in der erwähnten Hinsicht veränderte.

Die erwähnte Formulierung der tab. 5,3 wird, wie schon gesagt worden ist, durch Ulp. Reg. 11,14 bestätigt: *uti legassit super pecunia tutelaue suae rei, i.i.e.* Über die Bedeutung der eingeschobenen Worte später. Es ist indessen zu beachten, dass *suae rei* hier nicht ein objektiver Genitivus zu *tutela* sein kann. Denn dass sich *tutela* hier auf Vormundschaft über unmündige Personen bezieht, ist allgemein anerkannt. Man beachte weiter, dass weder bei Pomp. noch bei Gaius gesagt wird, dass die fragliche tabula *nur* die Worte, *uti legassit suae rei* enthalte, sondern allein, dass aus *ihnen* die erwähnten Freiheiten folgen. Es ist zu bemerken, dass bei Pomp. die Worte *tutelas constituendi* wahrscheinlich interpoliert sind (siehe oben S. 84) und dass er wahrscheinlich nicht hat sagen wollen, dass aus den Worten: *uti legassit suae rei* auch *diese* Freiheit folge. Ihre

Äusserungen widerstreiten also gar nicht der Ulpianischen. *Keine* derselben trägt deshalb Unechtheitszeichen. Die Echtheit der Ulpianischen Äusserung wird auch durch Paulus bestätigt. Darüber unten S. 92. Sie folgt übrigens daraus, dass sonst kein Gesetz das Recht, einen *tutor* zu bestellen, geben würde. Es ist aber völlig unmöglich, dass Pomp.-Mucius und Gaius die betreffenden Worte aus dem Gesetze herausgebroschen und sie als die Grundlage der erwähnten Freiheiten betrachtet hätten, wenn sie nicht *suae rei* als unmittelbar zu *legassit* gehörend aufgefasst hätten. Dann muss auch bei Ulp. *suae rei* dieselbe grammatische Stellung einnehmen. Deshalb ist die Hypothese KNEIPS Gaius I, S. 227 f., dass statt *suae rei sui aerei* = *sui heredis* gestanden habe, nach gewöhnlicher quellenkritischer Methode völlig sinnlos. Die Worte würden ja dann ein objektiver Genitivus zu *tutela* sein. — Unmöglich ist die Auffassung HÖLDERS Sav. Z. 30 (1909) S. 72¹ von *suae rei* als auch den Mündel einschliessend, für welchen der Testator einen *tutor* einsetzt. Allerdings muss dieser unter der *patria potestas* des Testators stehen. Immer war er jedoch eine *libera persona* und konnte deshalb nicht zur *sua res* gehören.

Dann aber muss gefragt werden, was *legare suae rei* hier bedeutet. Es liegt in dieser Hinsicht besonders nahe, das Wort mit dem Fachausdruck *legem dicere suae rei* in Verbindung zu bringen. Paulus sagt z.B. D.23,4,20,1: *Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid uult pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari potest: legem enim suae rei dicit.* Dieses *legem dicere suae rei* in Verbindung mit einem Überlassen ist bei der Manzipation eine feste Institution. Der Manzipant ‚sagt‘ bei dem Akte eine *lex mancipi* = ein Gesetz für den Eigentumsübergang, auch als ein Gesetz für die Sache selbst bezeichnet: *lex fundi, lex praedii, lex aedium*. Ein solches Gesetz obligiert sowohl den Manzipanten selbst, als den Empfänger. Siehe Der röm. Obl. I S. 377, 391 ff. und 394 ff. In entsprechender Weise werden die Bedingungen, die der Verkäufer und der Vermieter feststellen, als *leges* bezeichnet. Siehe z.B. Cato de agricultura 145,1; 146,1; 147,1; 149,1; 150,1, wobei die *lex* als eine *lex der Sache selbst* hervortreten kann: *lex oleae pendentis* (156), *lex uini pendentis* (157). In der *lex arae Aug. Narbonensis* II, 7—9 wird gesagt: *hanc aram dabo dedicaboque his legibus. . . , quas hic hodie palam dixero.* Indessen hat nur im zuletzt angeführten Beispiel das *legem dicere suae rei* den Charakter einer wirklichen Gesetzgebung, so dass der *legem dicens* wie ein öffentlicher Gesetzgeber die Entstehung der Rechte und der Gebundenheiten selbständig ohne jede Mitwirkung der Subjekte dieser konstituiert. Es ist klar, dass z.B. der *mancipio accipiens*, der Käufer, der Mieter mit dem *legem dicens* zusammenwirken muss, damit eine Rechtswirkung eintritt. Das *legem dicere suae rei*, das ein *legare suae rei* ist, hat indessen das besondere Kennzeichen, dass die

Rechtsfolgen ohne jedes Zusammenwirken der betreffenden Subjekte mit dem Testator eintreten. In gewissen Fällen liegt das Fehlen jeder Mitwirkung des Empfängers auf der Hand, nämlich wenn es sich um die Einsetzung eines *heres suus et necessarius* und eines blossen *heres necessarius* handelt. Zivilrechtlich werden diese unmittelbar, auch wenn sie selbst es nicht wollen, durch die Einsetzung Erben (Gaius I.2,152 ff.). Wenn nun auch die eingesetzten *extranei* natürlich das Wahlrecht haben, so kann dies nichts anderes bedeuten, als dass sie nur bedingt als Erben eingesetzt werden. Ihr Recht entspringt jedoch unmittelbar dem Testament als *vor* der Akzeptierung gültig. Das *legare suae rei* scheint also zu bedeuten: ‚Gesetz für eigene Sache durch Sprechen geben.‘ *Suae rei* ist als ein objektiver Genitivus zu fassen. Dieser hat ursprünglich *lex* in der Phrase *legem dicere* bestimmt, ist aber, als *legem dicere* zum blossen *legare* verkürzt wurde, als eine Bestimmung des *Verbis* *legare* geblieben. Dass die Worte als Genitiv aufzufassen sind, folgt daraus, dass Gaius *suae rei* durch ‚de sua re‘ auslegt, und daraus, dass man sonst eine solche *lex dicta* als eine *lex* der Sache selbst, *praedii* etc., bezeichnet.

Die hier dargestellte Theorie über die Bedeutung von *legare* wird durch die Berücksichtigung der Nunkupationsformel in dem auf das Testament in den *comitia calata* folgenden späteren Testament *per aes et libram* bestätigt. Dies knüpfte an die früher übliche *familiae emptio* an, die man vornahm, falls der Tod drohte, ehe ein zivilrechtliches Testament errichtet werden konnte. Ursprünglich war diese *familiae emptio*, worüber ausführlich später, nur ein Ersatz für die zivilrechtlich gültige Erbinsetzung, welche immer einen Gesetzgebungsakt voraussetzte. Die *familia* wurde für die Zeit nach dem Tode des „Verkäufers“ „verkauft“, was möglich war, weil sich der „Käufer“ in den Manzipationsworten auf das Testamentierungsrecht des Verkäufers berief. Aber er wurde nicht ein wirklicher Erbe des „Verkäufers“, weil kein wirklicher testamentarischer Akt vorlag. Der Käufer erwarb auch nach seinen eigenen Worten nicht das Eigentumsrecht an der *familia*, sondern nur die *Pflege* derselben nach gewissen Aufträgen. Er fungierte indessen nach dem Tode des Verkäufers *heredis loco* so, dass er die Befugnis erhielt, die Rechte eines testamentarischen Erben *auszuüben*, obgleich er sie nicht besass. Damit erhielten natürlich auch die hereditären Gläubiger die Möglichkeit, ihre Rechte gegen ihn *geltend* zu machen, obgleich sie keine Rechte gegen ihn hatten. Aber als die abzuhandelnde Nunkupationsformel an die *familiae emptio* angeknüpft wurde, verlor die *familiae emptio* als solche jede *eigene* Kraft. Die Manzipation geschah nur *dicis causa* (Gaius I.2,104). Sie fungierte nur als Grundlage der Nunkupation der Regel gemäss: *cum nexum faciet mancipiumque, uti nuncupassit, ita ius esto*. So nach Cicero *de or.* 1,57,245. Da nun kein Kauf der *familia* mit eigener Kraft stattfand, hatte man nur die Nunkupation zu beachten.

Wenn diese mit der Formel für die ursprüngliche Testamenterrichtung in den *comitia calata* identisch war, erhielt sie, wie leicht verständlich ist, als wirkliches Testament Kraft. Durch die Anknüpfung an die als solche unwirksame *familiae emptio* erhielt sie *Kraft*. Durch die Testamentierungsform erhielt sie *als Testament* Kraft. Während die ursprüngliche *familiae emptio* als solche eigene Kraft besass, *weil* man sich auf das Testamentierungsrecht berief, empfing die Testamentierungsformel aus der *familiae emptio* Kraft als *Testament*. Auf diese Weise, *nur* auf diese Weise wird die von Gaius I.2,103 u. 104 dargestellte Entwicklung der Konstruktionen wirklich verständlich, die auf der *auctoritas iuris prudentium* beruhen und endlich das Testamentsrecht radikal veränderten. Nun entspricht auch die von Gaius angeführte testamentarische Nunkupationsformel vollständig der Formel, welche vermutlich für die ursprüngliche testamentarische Nunkupation in den *comitia calata* gegolten hat: *Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque uos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.* (Gaius, I.2,104.) Vgl. damit die Worte des bei der *adrogatio* in den *comitia curiata* fungierenden *rogator*: *Uelitis, iubeatis, uti . . . Haec ita, uti dixi, ita uos, Quirites, rogo.* (Gell. 5,19,9.) Man beachte, dass der Testator das Volk nur als Zeugen anruft, während dieses bei der *adrogatio* unter dem Präsidium des Beamten selbst in der Frage beschliesst, weshalb auch im letzteren Falle *dieser*, nicht der *zunächst* Interessierte, zum Volke sagt: *Uelitis, iubeatis . . .* Im übrigen ist ja die testamentarische Formel, wenn man nach der *Adrogationsformel* urteilt, gerade so beschaffen, dass sie sich formell zu einer an das in den *comitia* versammelte Volk gerichteten Ansprache eignet. Man beachte besonders, dass zur *Manzipation*, die niemals an die *comitia* gebunden war, keine Ansprache an die *testes rogati* gehört. In der *Nunkupation* aber werden bei der *testamentarischen* *Manzipation* diese — mit dem *libripens* und dem *familiae emptor* zusammen — aufgefordert, als Zeugen zu fungieren, und zwar unter derselben Benennung *Quirites*, die in der Ansprache an das *Volk* bei der *adrogatio* angewandt wird. Alles weist also darauf hin, dass die solennen Worte in der testamentarischen *Nunkupation* vor den *comitia calata* mit den in der *Nunkupation* beim Testament *per aes et libram* gebrauchten identisch gewesen sind. Die alten Formelworte, die bei einem *foedus* angewandt wurden, wo auch ein *testari* vorliegt, lauten nach Liv. 1,24,7: *Audi Iuppiter, audi pater patratus populi Albani, audi tu, populus Albanus: ut illa palam prima postrema ex illis tabulis ceraue recitata sunt . . .* Hier findet man also die Phrase *in his tabulis cerisque* bei einem öffentlichen *testari* realiter wieder. Ein Zusammenhang zwischen den *Nunkupationsworten* im testamentum *per aes et libram* und der Ansprache im *Komitialtestament* ist oft angenommen worden. Siehe z.B. A. SEGRÉ *Ricerche di dir. er. rom.* S. 79 ff., SCIALOJA, *Dir. er. rom.* S. 313 f. und WESTRUP

Introduction to early roman law II S. 132. Man hat jedoch nicht den hieraus zu ziehenden Schluss gezogen. Wenn man die Worte in der Formel untersucht, findet man, dass hier *do* und *lego* voneinander getrennt sind. Sie sind nicht, wie im technischen Ausdruck für das Vindikationslegat, zu einem einfachen *do lego* zusammengezogen. Dann müssen sie auch jedes für sich eine eigene Bedeutung haben. Die Worte *ita do* beziehen sich wahrscheinlich auf das Vindikationslegat und auf die Einsetzung zum Vormund. Die Worte *ita lego* aber können nur: *so verordne ich* bedeuten. Die danach folgenden Worte: *ita testor* bestimmen den Akt als einen Testamentsakt. Also hat hier *legare* gar keine *spezielle* Beziehung zum Vindikationslegat. Dann stützt die Analyse der Nunkupationsformel die vorhergehende Auslegung der tab. 5,3: *uti legassit suae rei . . .*

Nach Livius (1,24,4 ff.), der eine besondere Kenntnis der völkerrechtlichen Formeln besass, pflegte ein Fetial, wenn ein foedus mit einem anderen Volke eingegangen werden sollte, an den König folgende Ansprache zu richten: *rex, facisne me tu regium nuntium populi Romani Quiritium, uasa comitesque meos?* Danach konstituiert der Fetial einen anderen als *pater patratus*. Dieser schliesst das foedus mit dem fremden Volke — offenbar als Werkzeug des *regius nuntius*. Dabei wird der vom *pater patratus* abgelegte Eid als *das römische Volk* selbst bindend betrachtet. Aber ein auf die angegebene Weise als *regius nuntius* konstituierter Fetial erhält auch das Recht, bei vertragswidrigem Verfahren Schadenersatz zu fordern — *res repetere: illasque res dedier mihi exposco*. Er tut dies auf seine persönliche Gefahr. Er weiht sich selbst dem Verlust des Vaterlandes, falls er seine Forderung *iniuste impieque* erheben sollte (1,32,7). Endlich macht gerade ein solcher *nuntius* das bellum bei Verweigerung des *rem reddere* durch seine persönliche Kriegserklärung *purum piumque: bellum indico facioque* (§ 13). Er ist also, obgleich er innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht als selbständige Rechtspersönlichkeit auftritt, Inhaber der rechtlichen Macht *des römischen Volkes*. Er bindet dieses durch den Fetialeid. Er löst durch den persönlichen Empfang des Schadenersatzes das andere Volk von jeder Gebundenheit an das römische Volk. Er erzeugt durch seine persönliche Kriegserklärung das Recht des römischen Volkes auf den Krieg. Nur beim *res repetere* übernimmt er persönlich das Risiko der Unrechtmässigkeit dieser Forderung — offenbar damit *das Volk* nicht im Kriege darunter leidet. Er ist also in der fraglichen Hinsicht der *unmittelbare* Inhaber der rechtlichen Potenz des römischen Volkes einem anderen Volke gegenüber: jedoch dabei durch seine Instruktion gebunden. Aber in dieser Stellung ist er der *legatus* des *populus Romanus*: *ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus uenio* (§ 6). Das Wort *legare* hat hier *mutatis mutandis* denselben Sinn wie im Testamentsrecht. Durch das

legare macht das römische Volk eine gewisse Person zum Inhaber seiner eigenen rechtlichen Macht in gewisser Hinsicht, ebenso wie der *Tesator* durch das *legare* eine gewisse Person als Träger der eigenen rechtlichen Qualifikation nach seinem Tode konstituiert. In beiden Fällen wird indes der Eingesetzte als solcher gewissen Gesetzen derer unterworfen, die ihn eingesetzt haben. Ganz dieselbe Betrachtungsweise hinsichtlich des *legare* tritt schon bei *VICO* hervor. Siehe das Zitat in *BONFANTE* *Scr. giur. viii* 1, S. 103. Auch hier liegt ein öffentlicher Gesetzgebungsakt vor, wodurch allein ein Inhaber der rechtlichen Macht einer anderen Person konstituiert werden kann, so dass die eine die andere *rechtlich* darstellt. Aber man versteht nun auch, weshalb *legare*, obgleich das Wort eigentlich nur *Gesetz geben* bedeutet, die Person, die durch Gesetz Inhaber der rechtlichen Macht des Volkes wird, zum Akkusativobjekt hat. Diese Person wird durch die Gesetzgebung zum Repräsentanten des Volkes gemacht: *ex, facisne me tu regium nuntium?* Dass *legare* als *legem dicere* hier eine Person zum Akkusativobjekt erhält, hat dann seine natürliche Erklärung darin, dass das *legem dicere* in *unmittelbarem Zusammenhang* mit der Konstituierung der Person als *regius nuntius*, dem *facere regium nuntium* steht. — Es ist indes zu bemerken, dass *legare* als *Gesetz geben* nur dann angewandt wird, wenn eine Person *selbständig* mit staatlicher Macht verordnet, während für die Gesetzgebung, die nur durch *Rogation* des Volkes seitens des Beamten zustande kommt, die Ausdrücke *legem rogare* oder *ferre* technisch wurden. — Endlich ist zu beachten, dass das *delegare* debitorum auf dem privatrechtlichen Gebiete eine Nachbildung des *legare* aliquem auf dem öffentlich rechtlichen ist. Allerdings ist in der Weise keine unmittelbare Stellvertretung im Privatrechte möglich, dass man *für* einen anderen durch eigenes *negotium* ein Recht oder eine Verpflichtung zustande bringen kann. Aber in der Weise kann man immer für einen anderen direkt agieren, dass man durch *Zahlung in seinem Namen* seine Verpflichtung einlöst. Der debitor, der zur Einlösung einer Verpflichtung des *delegans* delegiert wird, wird *eo ipso* verordnet, als Stellvertreter des *delegans* zu fungieren. Diese Verordnung hat die Bedeutung, dass sich der Verordnete durch die Vollziehung vom *delegans* als seinem eigenen Gläubiger befreit.

Nach *Ulp. a.a.O.* waren, wie schon gesagt, zwischen den Worten *legauerit* und *suae rei* in tab. 5,3 die Worte: *super pecunia tutelaue* eingeschoben. Diese Angabe wird durch *Paulus D.50,16,53 pr.* bestätigt, wo die Worte *super pecunia[e] tutela[e]ue suae* aus dem Gesetze angeführt werden. Nach *suae* stand sicher *rei*. *Cic. De inu.* 2,50,148 führt ebenso wie der *Auctor ad Herennium* 1,13,23 die Worte an: *paterfamilias uti super familia pecuniaue sua legauerit, i. i. e.* Den Zeugnissen der Juristen (auch des *Mucius*) gegenüber hat die Behauptung *Ciceros* keine Autorität, insoweit er wirklich die *uerba formalia* des fraglichen Gesetzes

anzuführen glaubt. Er führt auch danach tab. 5,4 falsch an. Man hat indes nicht die formell korrekte Anführung als die Absicht Ciceros zu betrachten. Er will nur den Sinn angeben. Dass *familia* hier hinzugefügt worden ist, kann gut daraus zu erklären sein, dass zur Zeit Ciceros *familia pecuniaque* ein gewöhnlicher Ausdruck für das gesamte Vermögen war. Darüber S. 133. Das gleichfalls hinzugefügte Wort: *paterfamilias* scheint gut motiviert zu sein, weil damit das im Gesetze gemeinte Subjekt für *legauerit* angegeben wird. Andererseits braucht die Auslassung des Wortes *tutela* keinen anderen Grund zu haben als den, dass in dem vorliegenden Zusammenhang, wo die Absicht nur die war, das Gesetz anzuführen, welches die Freiheit, Erben testamentarisch einzusetzen verlied, dieses Wort keine Bedeutung hatte. Wir finden jedenfalls bei Cicero die Worte *super pecunia legauerit* wieder. Um die Bedeutung der eingeschobenen Worte festzustellen, untersucht man am besten, wie die Einsetzung zum Erben durch das Testament geschieht. In dieser Hinsicht gibt tab. 5,4: Si *intestato* moritur, cui *suus* heres nec escit, adgnatus proximus *familiam* habeto, in Verbindung mit 5,5: Si adgnatus nec escit, gentiles *familiam* habento hinreichenden Aufschluss. Da der, welcher auf Grund der *lex* die *familia* haben soll, als derjenige, ad quem ab *intestato* iure legitimo pertineat hereditas (Gaius I.2,35 u. 119, vgl. Paulus D.17, 2,3,2) oder als ab *intestato* iure legitimo heres (Gaius I.2,149) bezeichnet wird (dass die gemeinte *lex* die *lex* der XII Taf. ist, wird Gaius 3,11 und 17 ausdrücklich gesagt) und da Cic. De inu. 2,50,148 die Agnaten-Erbschaft auf dasselbe Gesetz bezieht, ist es klar, dass entsprechend, wenn jemand auf Grund eines Testamentes die *familia* haben soll, dieser damit ein *testamentarischer* Erbe wird. Man hat trotz der bestimmten Worte von Gaius und Cicero behauptet, dass zur Zeit der XII Taf. niemand auf Grund der *lex* wirklicher heres wurde. Man sei nur Inhaber der *familia* geworden. Der Gedanke einer Erbeseinsetzung durch die *lex* stamme aus späterer Zeit. Dies ist eine Annahme, für die sich kein Grund anführen lässt. Niemals wird gesagt, dass die Existenz eines heres legitimus auf Grund dieses Gesetzes die Folge einer juristischen Interpretation sei. Dass ein heres legitimus auf Grund dieses Gesetzes vorhanden ist, wird vielmehr ohne weiteres als etwas aus dem Gesetz Folgendes dargestellt. Kann man überhaupt auf andere Weise als durch die ausdrückliche Erklärung der römischen Juristen über den Sinn eines Gesetzes die alten Gesetze verstehen? Man hat gesagt, dass die *lex*, wenn sie Erbeseinsetzung bezweckt hätte, *heres esto* statt *familiam habeto* gesagt hätte. Da nun indes Cicero und Gaius beide sagen, dass das fragliche Gesetz die heresstellung konstituiert, ist der Schluss notwendig, dass man *Erbe gerade durch familiam habere wird* und dass das Gesetz nur durch Übertragung der *familia* an jemanden diesen zum Erben machen kann. Es ist klar, dass Forderungsrechte ebensowenig wie Schulden durch einen selbstän-

digen Akt inter vivos auf eine andere Person übertragen werden können (siehe Gaius I.2,38 u. 39), während Sachen direkt übertragen werden können. Deshalb kann auch ein Testator nichts anderes als sein dingliches Vermögen — *familia* mit der dazu gehörenden *pecunia* — auf eine andere Person übertragen. Über Forderungsrechte und Schulden kann er nicht verfügen. Über deren Verteilung kann er nichts anordnen. Wenn jedoch der Übergang dieser mit der heres-Stellung verbunden ist, kann der Testator niemanden *direkt* durch eigene Gesetzgebung zum Erben machen. Nur das *allen übergeordnete* Gesetz kann den Testamentsakt in der Weise vervollständigen, dass *es selbst* bestimmt, dass die Person, welcher der Testator sein dingliches Vermögen überträgt, nun auch Forderungsrechte und Schulden übernimmt. Falls der Testator eine Teilung dieses Vermögens angeordnet hat, bestimmt dasselbe Gesetz, dass Forderungsrechte und Schulden einem jeden nach den Quoten dieser Verteilung zufallen sollen. Ein solches Gesetz ist tab. 5,9. Ebenso kann der Testator nicht über die *sacra* verfügen. Diese gehen prinzipiell durch pontifikale Bestimmungen auf den Erben über, wie aus Cic. De leg. 2,19,48—49 hervorgeht. Nun ist indessen die Verordnung über den *proximus agnatus* als Inhaber der *familia* nur als eine Ergänzung der testamentarischen Gesetzgebung für den Fall gegeben, dass kein Testament vorliegt und keine *sui heredes* vorhanden sind. Es ist dann natürlich, dass diese Verordnung nur über die *familia* nach dem Tode des paterfamilias verfügt. Erst durch die allgemeine Bestimmung, dass Forderungsrechte und Schulden, über welche kein Testator verfügen kann, auf den Inhaber der *familia pro rata parte* übergehen sollen, wird dieser wirklicher Erbe.

Man beachte die Bedeutung der testamentarischen Exheredierung eines *suus heres*. Dieser wird, weil er schon zu Lebzeiten des paterfamilias dominus über die familia und die pecunia ist — wenn auch ohne Selbständigkeit, nur als Zwecksobjekt (darüber S. 129 f.) — mit dem Tode des übergeordneten paterfamilias von selbst selbständiger dominus. Deshalb sagt kein Gesetz vom *suus heres*: *heres esto*. Nur durch formelle Exheredierung seitens des paterfamilias, wodurch dieser für die Zeit nach seinem Tode die an sich notwendige Stellung des *suus heres* als selbständiger dominus aufhebt, wird letzterer von dem dominium ausgeschlossen. Aber die Exheredierung bedeutet im Gegensatz zur Emanzipation und Adoption keine *capitis minutio* und damit eine Ausschliessung aus der Agnatenfamilie. Sie bedeutet nur die Wegnahme des ursprünglichen dominium des *suus heres* über die *familia* und damit auch über die *pecunia* für die Zeit nach dem Tode. Durch die Ausschliessung von diesem dominium wird er auf Grund der allgemeinen Verordnung, dass Forderungsrechte und Schulden dem dominium folgen, vollständig exherediert. Umgekehrt kann das Gesetz, wenn es einen Agnaten als Ersatzmann für den *suus heres* und den testamentarischen Erben zum

Erben einsetzt, dies auf keine andere Weise als durch Verfügung über dasselbe dominium bewirken. Damit ist dieser keineswegs imstande, die persönliche Familie des Verstorbenen fortzusetzen. Siehe HÖLDER a.a.O. S. 73. Der hier dargestellte Gedanke findet sich, wenn auch nicht in derselben Weise ausgeführt, bei ANGELO SEGRÉ, a.a.O. S. 25—26. Die von Gaius I.2,34 ff. erwähnte Möglichkeit für den erbberechtigten proximus agnatus, die *hereditas* vor dem Antritt durch in iure cessio zu übertragen, soll nach SOLAZZI, a.a.O. S. 67 ff. zeigen, dass dieser ursprünglich durch die lex nicht das Recht erhielt, Erbe zu werden, sondern nur das Recht, Eigentümer des patrimonium (der familia) zu werden. Sonst widerstreite die fragliche Möglichkeit dem allgemeinen Prinzip, dass die Deferierung der Erbschaft nicht an eine andere Person übergehen kann. Dieser Gedankengang ist seltsam, da Gaius selbst keinen Widerspruch gegen das Delationsprinzip findet, obgleich er über die in iure cessio als eine wirkliche Übertragung der *hereditas* spricht. Es liegt auch kein solcher Widerspruch vor. Denn das Delationsprinzip schliesst nur ein, dass die Deferierung der Erbschaft an eine gewisse Person beim Tode oder bei der capitis minutio vor dem Antritt, womit die Person als solche nicht weiter antreten kann, die Delation unwirksam macht. Damit ist gewiss nicht ausgeschlossen, dass die Person, solange sie das Recht, durch Antritt Erbe zu werden, wirklich hat, ihr Recht durch Verzicht auf dasselbe gegenüber dem die *hereditas* selbst Vindizierenden wirklich überträgt (der Zedent behauptet gegenüber dem Vindizierenden gar nicht, dass er selbst das Recht an der Erbschaft hat, und er kontravindiziert nicht). Wenn er wirklich eine Rechtsbehauptung aufgestellt und Kontravindikation vorgenommen hätte, hätte er auch durch diese Handlung selbst die *hereditas* erworben, weil eine solche Handlung als Antritt gegolten hätte. (Weiteres über die fragliche in iure cessio S. 119 ff.) Noch sonderbarer ist die Behauptung Solazzis, a.a.O. S. 85 (18), dass actio fam. erc. nur die corpora, nicht Forderungen und Schulden, einschliesse, „perchè con essa il patrimonio si divideva tra gli agnati o i gentili, i quali, non essendo eredi, non succedevano nei crediti e debiti ereditarii“. Wie kann eine Verteilung der familia, die selbst ein Sachinbegriff ist, etwas anderes sein als eben — Verteilung von Sachen? Vollständig unmöglich wird die Auslegung SOLAZZIS, wenn man das neugefundene Gaius-Fragm. I.3,154a berücksichtigt, worüber sofort. Man beachte übrigens, dass, wie schon gesagt, Forderungen und Schulden für jeden Eintritt in die heres-Stellung direkt von der lex der XII Taf. reguliert wurden, unter Berücksichtigung der Prinzipien, nach welchen die Verteilung der zur familia gehörenden Sachen zwischen den Erben als solchen geschehen sollte, d.h. nach der einem jeden gehörenden Quote.

Die Sache erhält eine besondere Beleuchtung dadurch, dass tab. 5,4

auch den testamentarischen Erben nicht als *heres* bezeichnet. Sie spricht nur von *suus heres*. Es ist eine ungenaue Angabe, wenn SCIALOJA, a.a.O. S. 13—14 sagt: „però il testo delle dodici tavole, dopo aver parlato del *suus heres*, muta linguaggio e invece di dire che mancando l'erede testamentario o *suus*, sono eredi gli agnati o i gentili, soggiunge che l'agnato prossimo o i gentili „*abbiano la famiglia*““. Die lex spricht gar nicht vom Fehlen eines testamentarischen Erben als Bedingung für das Agnaten- oder Gentilenrecht. S. 31 findet sich dieselbe unrichtige Angabe noch deutlicher. „Al tempo delle XII tavole troviamo che tanto l'erede testamentario quanto il *suus heres* sono caratterizzati col nome(!) di *heres*.“ In der fraglichen Hinsicht findet sich gar keine Verschiedenheit in der Behandlung des im Testament Eingesetzten und des „proximus agnatus! WESTRUP, a.a.O. sagt S. 73: „In the Code of the XII Tables the word *heres* only occurs in the connection *suus heres*. Only the son is termed *heres*. And this *succession* of the son is different in nature from the heirship of the rest of the heirs. Concerning *agnatus proximus* and gentiles it is said: *familiam habento*. The law does not make *agnatus proximus* heir (*heres*), but merely assigns to him the property left (*familia*). The son, however, is simply *heres*. It is not the objective phenomenon, the acquisition of the *familia*, but the ideal *personal* right, the *potestas*, which is expressed here. The succession of the son, *materially* a mere continuation of his latent right of co-ownership (*continuatio domini*) which becomes effective upon the death of the house-father, is manifested, as it says in the Sabinus-Paulus fragment, not so much by *hereditatem percipere*, as (*magis*) by *liberam bonorum administrationem consequi*, i.e. by his *immediate* accession to the free management of the property. The *material* ‚succession‘, the acquisition of the ‚inheritance‘ (*hereditatem percipere*) is merely a consequence of the *succession* of the son to the economic management of the house (*domus*).“ Hier ist Wahres mit Falschem vermischt. Dass der *suus heres* = *heres domesticus* und Zwecksubjekt für die Herrschaft des Hausvaters (hierüber S. 129 f.) auf Grund eines ursprünglich bestehenden, in seiner Person begründeten Rechtes in den Nachlass sukzediert, ist unzweifelhaft bezeugt. (Ob es sich hier wirklich um ein ursprünglich bestehendes *Miteigentum* handelt, wird später untersucht werden.) Andererseits ist es falsch, dass sowohl der *proximus agnatus* wie der testamentarisch Eingesetzte nicht schon zur Zeit der XII Taf. als Erben *betrachtet wurden*. Allerdings redet das Gesetz nur von einem *suus heres*. Aber gerade daraus folgt, dass es auch *andere Arten* von heredes gab und dass die Stellung *als heres* in abstracto *etwas anderes* bedeutete als dies, die *persönliche Familie* des Verschiedenen fortzusetzen.

Dass das in den XII Taf. gemeinte Testament einen wirklichen Erben durch die Übertragung der *sua res* des Testators konstituiert und dass dabei das Entscheidende die Übertragung der *familia* war, geht aus einer

besonderen, von Gaius I.2,102 ff. beschriebenen Institution hervor. Zu der Zeit, als das Testament noch an die comitia calata gebunden war, also lange vor der Zeit Ciceros, der kein solches Testament erwähnt (COSTA, Cic. giuricons. 1, S. 217 ff.), konnte man bei dringender Todesgefahr die *familia* an einen Freund übertragen, was *familiae emptio* genannt wurde. Dabei gab man dem Empfänger den Auftrag (*rogabatur*), besondere Teile des Vermögens an besondere Personen zu übertragen (Gaius I.2,102). Der Empfänger musste sich indessen, um etwas zu erhalten, in seiner zum Manzipationsakte gehörenden Erklärung *auf das Recht des Manzipierenden, ein zivilrechtlich geltendes Testament anzufertigen, stützen*. Er sagt in der *später* nur *dicis causa*, *früher* in gewisser Weise wirklich gültigen *familiae emptio: familiam pecuniamque tuam endo mandata tua[m] custodelaque mea <esse aio eaque>, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere . . . (aeneaque libra) esto mihi empta* (Gaius eod. 104). Man darf sich nicht dadurch irreleiten lassen, dass hier die Ausdrücke *mancipio dare*, *mancipare* und *emere* angewandt werden. *Deshalb* handelt es sich gar nicht um eine *Eigentumsübertragung*. Als ein ‚mancipare‘ und ‚emere‘ behandelt Gaius auch die ‚coemptio‘ eines Weibes, wodurch es in die manus des ‚Käufers‘ tritt (I.1,113), obgleich das Weib natürlich weder Eigentum seines Mannes wird noch eine *res mancipi* ist. Siehe Gaius I.1,123 und Gellius N.A.18,6,9. Wenn freie Personen in Form wirklicher Eigentumsübertragung manzipiert werden können, wird die Stellung in manu *für diesen Fall* einer Sklavenstellung gleichgesetzt. Die Nexumakte mit einem *libripens*, 5 *testes rogati* und der fiktiven Erklärung, dass ein Kauf vorliege, haben viel grösseren Umfang als die eigentliche Manzipation, die der Eigentumsübertragung dient (siehe Röm. Obl. I. S. 370 ff. und S. 390—391). Sie werden jedoch ohne Unterschied als Manzipationen bezeichnet, weil dabei immer ein *Kauf* fingiert wird. In der Formel wird ja gar nicht gesagt, dass die *familia* dem ‚Käufer‘ *gehören* soll. Die dazu nötigen Worte: *familiam meam esse aio* werden nicht ausgesprochen. Statt dessen heisst es: *fam. . . . endo mandata tua custodelaque mea esse aio*, was nur bedeuten kann: ich sage, dass die *fam.* nach deinem Auftrage in meiner Pflege ist. Vgl.: der Manzipierende *rogabat*, *quid cuique post mortem suam dari uellet*. Weiter folgt aus den Worten: *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*, dass, wenn auch der Auftrag unmittelbar durch seine Aufnahme in die Manzipation Kraft erhält, der Inhalt desselben sich auf die Zeit nach dem Tode des Manzipierenden bezieht. Ein solcher in der Manzipation eingeschlossener Auftrag war hier möglich, weil ein *testamentarischer* Akt fingiert wurde.

Vom ‚*familiae emptor*‘ wird nun weiter gesagt: *heredis locum obtinebat* oder *heredis loco erat* (Gaius I.2, § 103 und 105). Was dies bedeutet, kann nur durch Berücksichtigung der unzweifelhaften Bedeutung des Aus-

druckes an anderen Stellen bei Gaius entschieden werden. Für den bonorum possessor wird gleichfalls der Ausdruck *heredis loco* gebraucht (Gaius I. 3,32, vgl. Ulp. Reg. 28, 12). Dort bedeutet derselbe nicht *nur*, dass der Besitz prätorisch erhalten wird und dass die zur Erbschaft gehörenden Forderungen und Schulden durch prätorische Aktionen mit dem bon. possessor als Subjekt bzw. Objekt geltend gemacht werden können. Der bon. possessor erhält wirklich als solcher ein *Recht*, das in der Macht, die Erbschaftsrechte *auszuüben*, besteht. Er wird *nicht* Eigentümer *ex iure Quiritium* der hereditas, aber Eigentümer *in bonis*. Er erhält das *Recht*, die zur Erbschaft selbst gehörenden Forderungen durch eigene Aktionen geltend zu machen, und konsumiert deshalb durch seine Aktion das hereditäre Forderungsrecht. In entsprechender Weise haben die Erbschaftsgläubiger das *Recht*, ihre Forderungen gegen *ihn* durch eigene Aktionen geltend zu machen, und konsumieren damit ihre Rechte (siehe hierüber Röm. Obl. I S. 76 A., 321 ff. und 339 ff.). D.h. der loco heredis konstituierte bon. possessor nimmt hinsichtlich der Ausübung der Erbschaftsrechte und der Rechte der hereditären Gläubiger ganz dieselbe Stellung ein, *als ob* er *ziviler* heres wäre, während der wirkliche zivile heres *praktisch* gar nicht Erbe wird. Wenn wir die bekannte Bedeutung des ‚loco heredis‘ im erwähnten Falle auf ‚loco heredis‘ in unserm Falle anwenden, so ergibt sich, dass der ‚familiae emptor‘ hinsichtlich jeder Ausübung der fraglichen Rechte in die rechtliche Stellung eines testamentarischen Erben eintritt und also die *legitimen* Erben praktisch ausschliesst. Wenn sui heredes existieren, muss jedoch die Ausschliessung unmöglich gewesen sein, weil die Stellung des familiae emptor darauf beruht haben muss, dass der Akt der familiae emptio einen wirklichen testamentarischen Akt *darstellt*, die sui aber in einem wirklichen Testament formell exhereditiert werden müssen, weil sie an sich das Recht haben. Das fragliche „Testament“ stand mutmasslich unter prätorischem Schutz. Aus dem Angeführten folgt indessen, dass die Aufträge betreffs der Verteilung einzelner zur Erbschaft gehörender Sachen *realiter* dieselbe Kraft gehabt haben, *als ob* sie zivilrechtlich geltende Legate gewesen wären.

Die Darstellung der familiae emptio als eines testamentarischen Aktes geschieht, wie schon gesagt, durch die Worte: eaque quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere esto mihi empta. Diese Worte bedeuten nämlich: und diese (familia pecuniaque) sei durch dieses Kupfer von mir gekauft mit der Rechtskraft, mit welcher du ein Testament öffentlichem Gesetze gemäss möglicherweise machen kannst. (Der Konjunktiv „possis“ hat restringierende Bedeutung. Der Indikativ „potes“ würde einschliessen, dass der „Verkäufer“ die testamenti factio tatsächlich hat. Durch den Konjunktiv wird ausgedrückt, dass sich der „Käufer“ nur auf die testamenti factio beruft, die der „Verkäufer“ *möglicherweise* hat.) Wenn der Verkäufer tatsächlich keine test.

factio hat, wird der ganze Akt natürlich ungültig. D.h. der Kauf soll dieselbe Kraft haben, als ob ein gesetzliches Testament vorläge. Oder die Rechtskraft eines solchen Testamentes soll auf den Kauf übertragen werden. SCIALOJA, a.a.O. S. 309 übersetzt: „... ed essa *affinchè tu giuridicamente, secondo la legge pubblica, possa fare testamento, sia a me comprata con questo rame...*“ Wenn auch diese Übersetzung sprachlich möglich ist, muss sie aus sachlichen Gründen unrichtig sein. Denn falls dies der Sinn der Phrase gewesen wäre, könnte sie nicht ein Moment in dem ursprünglichen, nicht civiliter gültigen Testament per aes et libram gewesen sein. Dann würde sie sich nämlich auf die Möglichkeit, durch eine *nachfolgende* Nunkupation ein civiliter gültiges Testament zu machen, beziehen, was zum späteren Testament per aes et libram gehört. Wenn sie sich aber nicht in der Formel der älteren familiae emptio gefunden hätte, wäre in dieser der *Testamentscharakter* des Aktes gar nicht angedeutet gewesen. Dann wäre indessen *völlig* unverständlich, wie der familiae emptor *loco heredis* fungiert haben kann. Dies bedeutet ja, dass er, wenn auch nur durch prätorischen Schutz, praktisch der wirkliche Erbe wird und also den *legitimen* ausschliesst. Ausserdem ist unmöglich zu verstehen, wie der fragliche Zusatz, wenn er den angeblichen Sinn hätte und sich also auf das spätere rechtlich gültige Testament per aes et libram bezöge, auf eine vorher *bestehende* gesetzliche testamentarische Rechtsordnung hinweisen könnte. Der Kauf der familia würde ja dann gelten, *damit* ein *gesetzliches* (secundum legem publicam) Testament zustande kommen kann. Ein solches Testament war das Komitialtestament. Dies aber ist ja in unserm Fall ausgeschlossen. Wenn man aber die fraglichen Worte auf die angegebene Weise auffasst, wird das Komitialtestament durch familiae emptio *dargestellt*, und diese soll gelten, *als ob* ein gesetzliches Testament vorhanden wäre. Das letzte Argument könnte insofern für zweifelhaft gehalten werden, als es nicht *völlig* sicher zu sein scheint, dass *sec. leg. publ.* wirklich zum Satze *quo tu iure* und nicht zu *hoc aere* gehört. In der solennen Solutions-Formel heisst es nämlich am Ende: *Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam* (Gaius I. 3,174). Indessen werden nicht einmal hier diese Worte auf *hoc aere aeneaque libra*, als Mittel für die Solution betrachtet, bezogen, *obgleich* gerade letztere Worte als das fragliche Mittel bezeichnend hier vorkommen: *me soluo liberoque hoc aere aeneaque libra*. In den *nicht* testamentarischen Manzipationsformeln werden sie auch nicht in Verbindung mit *hoc aere aeneaque libra* als Mittel für den Kauf angewandt. (Siehe Gaius I. 1,119 und 3,167.) Deshalb kann kaum bezweifelt werden, dass sie sich in der testamentarischen Manzipationsformel gerade auf die Worte beziehen, wodurch die Manzipation *testamentarische* Bedeutung erhält. Hinsichtlich der Wortfolge ist zu beachten, dass sie auch in der Solutionsformel *nach* den Worten, auf welche sie sich beziehen, folgen.

Was SCIALOJA selbst betrifft, ist übrigens zu bemerken, dass *er selbst* die Worte *sec. leg. publ.* auf den Satz *quo tu iure* bezieht. Damit ist seine Auslegung eine logische Unmöglichkeit.

Der durch *familiae emptio* dargestellte, also der wirkliche testamentarische Akt muss indessen dann auch den Charakter einer civiliter gültigen Übertragung der familia für die Zeit nach dem Tode des Testators gehabt und damit die *heres*-Stellung geschaffen haben. Sonst wäre es andererseits unverständlich, wie eine *familiae emptio*, durch welche der ‚emptor‘ eine mit erst nach dem Tode des Testators auszuführenden Aufträgen seitens des ‚venditor‘ verbundene Macht erhält, unter Hinweis auf das Recht des ‚venditor‘, dem Gesetze gemäss zu testamentieren, den ‚emptor‘ in dieselbe Stellung versetzen kann, wie wenn er in einem wirklichen Testamente zum Erben eingesetzt wäre. — SOLAZZI beachtet in seiner Darstellung der älteren *familiae emptio* S. 89 ff. gar nicht den von Gaius angeführten Ausdruck: *endo mandatela tua[m] custodelaque mea esse aio*. Er erwähnt ihn S. 95², scheint aber vorauszusetzen, dass die ursprüngliche Formel ein *meam esse aio* war. Jedenfalls behauptet er ohne weiteres, dass hier Eigentumsübertragung stattfindet. Noch weniger beachtet er die zur Formel gehörenden Worte: *quo tu iure testamentum facere possis*, welche nicht einmal erwähnt werden. Hinsichtlich der Frage, wer die hereditären Schulden tragen soll, nimmt er keine Rücksicht darauf, was *loco heredis* sonst bedeutet. Deshalb ist seine Darstellung angesichts der Quellenzeugnisse haltlos. — PEROZZI *Ist.*² II S. 472 ff. glaubt die Bedeutung der *mancipatio familiae* nachweisen zu können, ohne jede Berücksichtigung der Art, in der sie wirklich geschah.

In ganz dieselbe Richtung weist die von Gaius I.2,52—58 erwähnte *ältere usucapio pro herede*. Ihre Eigentümlichkeit lag darin, dass man durch Possidierung einzelner *res hereditariae* während eines Jahres *ipsae hereditates* usukapieren konnte. Die Usukapierung war möglich, wenn der Erbe nicht *necessarius* war und nicht schon angetreten hatte. ‚*Ipsa hereditas*‘ kann hier nichts anderes sein als das totale dingliche Vermögen des Verstorbenen, als eine besondere Sache betrachtet. Diese besondere Sache wurde als zu den *ceterae res* gehörend betrachtet, für welche die Usukapierungszeit nur ein Jahr betrug. Nur Sachen können usukapiert werden. Einzelne hereditäre Sachen aber konnte man auch nach dem noch zur Zeit des Gaius geltenden zivilen Usukapierungsrechte pro herede ersitzen. Also kann es sich nicht um die Summe dieser Sachen handeln, sondern es muss eine Sache gemeint sein, die sie allerdings einschliesst, aber eine eigene Einheit besitzt, die sie durchdringt und dieselbe bleibt, auch wenn einzelne Bestandteile herausgenommen werden oder neue hinzukommen. Man beachte auch, dass ein Testament *ex certa re*, d. h. in welchem ein gewisses *physisches* Ding einem Erben zuerteilt wurde, als solches ungültig war. Nur in Quoten konnte der Te-

stator die totale Erbschaft verteilen. Wie lässt sich dies erklären, wenn die hereditas die Summe der einzelnen physischen Sachen und nicht die ideale Einheit in allen dazu gehörenden physischen Sachen war, die in dem Wechsel derselben identisch blieb? Ein solcher Teil dieser idealen Einheit, der vom Erben in *dieser Eigenschaft* für sich innegehabt werden konnte, konnte selbst nur eine Quote sein. Ein einzelnes physisches Ding war kein solcher *Teil* davon. Man kann auch feststellen, um welche *Art* von Dingen es sich hier handelt. Pomponius teilt D. 41, 3, 30 pr. die ‚*corpora*‘ in drei Arten ein: 1. ein corpus, quod *uno* spiritu continetur, z.B. homo, tignum, lapis. 2. ein corpus, das ex contingentibus, hoc est pluribus inter se conhaerentibus, constat, z.B. aedificium, nauis, armarium. 3. ein corpus, das ex distantibus constat, ut corpora plura [non] soluta, sed uni nomini subiecta, z.B. populus, legio, grex. Dieselbe Einteilung von corpora bei Seneca Epist. 102. Auch Paulus D. 6, 1, 23, 5 spricht von corpora, die selbst aus corpora distantia bestehen. Die Stellen sind von K. OLIVECRONA, Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt, Upsala 1928, S. 64 zusammengestellt. Die beiden letzten Arten von corpora werden als *uniuersitates* — beachte die Entgegensetzung *singulae res* betreffs der darin enthaltenen besonderen Sachen — bezeichnet, a. a. O. S. 65². ‚Hereditas‘, die auch in Gaius 4, 17 als eine besondere res bezeichnet wird, die vindiziert werden kann, gehört natürlich zur dritten Art von corpora und ist also eine *uniuersitas*. Man beachte hierbei besonders, dass man bei der uniuersitas ex distantibus scharf zwischen dem Eigentumsrechte an dieser Sache und an den dazu gehörenden ‚*singula corpora*‘ unterscheidet. Paulus sagt D. 6, 1, 23, 5: at in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat *singulas partes* retinere *suam propriam speciem*, ut *singuli* homines, *singulae* oues: ideoque posse me *gregem* uindicare, quamuis aries tuus sit immixtus, sed *et te* arietem uindicare posse. Ulpianus sagt D. 6, 1, 1, 3: Per hanc actionem (rei uindicatio) non solum *singulae res* uindicabuntur, sed posse etiam gregem uindicari Pomponius . . . scribit. idem et de armento et de equitio ceterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. sed enim *gregem* sufficiet *ipsum nostrum esse*, licet *singula capita nostra non sint*: grex enim, non *singula capita* uindicabuntur. Hierüber siehe OLIVECRONA a. a. O. S. 88. Die Untersuchung ALBERTARIOS in Studi di Diritto Romano 1, 1933 Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica S. 99 ff. ist infolge der falschen *Problemstellung* nicht richtig. ALBERTARIO, der die Schrift OLIVECRONAS nicht kennt, fragt nämlich, ob eine Korporation (corpus) für die klassische Jurisprudenz eine fiktive juristische Person bedeutet oder nur „la collettività dei membri che compongono un dato aggregato“ (z.B. S. 99 u. 100). Dies ist eine falsche *Problemstellung*. Denn es gibt eine dritte Möglichkeit, nämlich die, dass *corpus* oder *uniuersitas* als eine Korporation eine *Einheit von Personen* bedeutet, die

beim Wechsel der Personen als dieselbe fortbesteht, ganz wie ein „corpus“ im objektiven Sinne eine Einheit von sogar selbständig bestehenden Dingen sein kann, welche Einheit beim Wechsel der einzelnen Sachen dieselbe bleibt. Beispiele für ersteres sind *populus* und *legio*, für letzteres *grex* und *hereditas*. ALBERTARIO zieht das Vergleichsmaterial nicht in Betracht und erwähnt nicht einmal die für die klassische Jurisprudenz höchst bedeutsame Einteilung der *corpora*. (Bei OLIVECRONA findet man eine gute Auseinandersetzung dieser Frage unter sorgfältigem Vergleich mit *corpora* im objektiven Sinne.)

Aber die Einheit, die die besonderen *res hereditariae* zu *einem* Dinge macht, ist von anderer Art als z.B. die, die den *grex* zu *einem* Dinge macht. In letzterem Falle ist das blosse Zusammensein in einem Haufen von Tieren derselben Art die konstitutive Einheit. Bei der *hereditas* liegt die Einheit auf rechtlichem Gebiete, weshalb auch die fragliche *res* als *unkörperlich* bezeichnet wird: Gaius 2,14, was natürlich nicht ausschliesst, dass sie ein *corpus* im selben weiten Sinne ist, wie *populus*, *legio* und irgend eine Korporation es sind. Hier wird die konstitutive rechtliche Einheit der *hereditas* als *ius successionis* bestimmt. Bei Theophilus in Inst. 2,2,1 wird gesagt, dass sie in einem *δικαιον* besteht, das mich zu einem *ἀδρόσον δεσπότην* hinsichtlich *τῆς ἐτέρου οὐσίας* macht. D.h. die einzelnen *res hereditariae* sind nicht Gegenstände für *besonders* entstandene Rechte, sondern für ein gemeinsames Recht, das *in einem Momente* dem Berechtigten zufällt. Dieses Recht besteht darin, dass man Nachfolger des Verstorbenen als *dominus* überhaupt wird. Man tritt in *seine* Stellung als *dominus* überhaupt ein.

Hier sind zwei verdeutlichende Bemerkungen angebracht. 1. Das *dominium*, das der Inhaber der *hereditas* hat, ist dasselbe wie das des Vorgängers, ganz wie das *imperium* des Nachfolgers auf staatsrechtlichem Gebiete das *imperium* des Vorgängers ist. Die von den Justinianern angenommene Singularsukzession ist vom Gesichtspunkte der klassischen Rechtsanschauung aus gar keine *wirkliche* *successio* in *ius*. Denn wenn das Recht an einer einzelnen Sache durch *privates negotium* von dir auf mich überzugehen scheint, erwerbe ich durch *eigene Kräfte*, wenn auch unter deiner Mitwirkung, ein *eigenes* Recht, während dein Recht an der Sache untergeht, obwohl du als rechtliche Persönlichkeit weiterexistierst. *Dein* Recht lebt also keineswegs in *meinem* Rechte fort. Es findet keine wirkliche Rechtsübertragung statt, obgleich ich, wenn mein Rechtserwerb durch deine Mitwirkung möglich wird, kein grösseres Recht erwerben kann, als *du* es vorher hattest. Diese Auffassung tritt besonders scharf hervor, wenn man die echtrömischen Arten des Eigentumsübergangs — *mancipatio* und *in iure cessio* — betrachtet. Wie in einem anderen Zusammenhang (S. 308 ff.) erörtert werden wird, erwirbt der *mancipio accipiens* bzw. der *Zessar* die Sache durch eine Handlung, welche

die gewaltsame Aneignung einer Sache in einem *iustum piumque bellum* — *manu capio* bzw. *uindicatio* — symbolisch darstellt, im einen Falle nach der Aufforderung des Eigentümers, im anderen nach dessen Unterlassung zu kontravindizieren. Hier hebt die Form des Erwerbes jeden Gedanken daran auf, dass dem einen das Recht des anderen übertragen wird. Ein neues Recht entsteht, dessen Charakteristikum darin liegt, dass es durch meine *eigene* Kraft unter *Aufhebung* des Rechtes, das durch *deine* Kraft besteht, erworben wird. Wenn man aber eine wirkliche *successio* in das *ius* einer anderen Person voraussetzt, wie es die Römer sowohl auf dem Gebiete des eigentlichen öffentlichen Rechtes wie auf dem des Erbrechtes tun, dann wird das *ius* des Vorgängers als vom Nachfolger übernommen gedacht. Das Recht des Nachfolgers hat seine *Bestimmtheit* gerade darin, dass es *das* des Vorgängers ist. Nur in der Hinsicht tritt eine Veränderung ein, dass der Träger des Rechtes nun ein anderer ist. Man hat behauptet, dass die Annahme, die auch den *Dig.* nicht ganz fremd ist, dass die Person des Erblassers in der des Erben rechtlich fortlebt, erst der postklassischen Jurisprudenz angehört. Das ist möglich. Die Beantwortung dieser Frage hat indes nur untergeordnetes Interesse. Denn auch wenn die genannte Behauptung richtig ist, handelt es sich doch nur um einen Überbau auf der Mystik, die darin liegt, dass das *ius* des Vorgängers als dasselbe fortbesteht und nur sein Träger ein anderer geworden ist. Es ist ein besonderes Verdienst *BONFANTES*, die beim Erbrecht angenommene *successio* durch die öffentlich rechtliche beleuchtet zu haben. Wenn er aber die fragliche *successio* als eine *successio* in die Stellung des Verstorbenen als Inhabers der *patria potestas* auffasst, so irrt er. Denn es ist offenbar, dass man nur, wenn man *sui iuris*, d.h. schon potentieller oder aktueller Inhaber der *patria potestas* ist, der successor einer anderen Person auf privatrechtlichem Gebiet werden kann. (Über Minderjährige und Weiber siehe den Text.) Einem Sklaven oder einer freien Person, die unter der *potestas* eines *pater familias* steht, mangelt es an der wesentlichen Bedingung für das Sukzedieren als Erbe, wenn auch der Gewalthaber *durch* diese Person Erbe werden kann. (Über die Bonfantische Theorie als ein Ganzes S. 165 ff.) 2. Das *ius successionis*, das die *hereditas* nach Gaius ist, darf, wenn man seine *Grundlage* ins Auge fasst, nicht als ein Recht betrachtet werden, dem Verstorbenen hinsichtlich *aller* seiner Rechte und Rechtsverhältnisse zu sukzedieren. Es schliesst seiner Grundlage nach *nicht* Forderungen und Schulden ein. Dies steht nicht im Widerstreit dazu, dass Gaius I.2,14 ebenso wie D.50,16,24 und Iul. D.50,17,62, wenn sie die *hereditas* als *ius successionis* bzw. *successio in uniuersum ius, quod defunctus habuit* bestimmen, mutmasslich auch an Forderungen und Schulden denken. Es ist zwar für den Erben als solchen kennzeichnend, dass er in die gesamte rechtliche Stellung des Verstorbenen eintritt, aber hier ist die Frage die,

ob die Sukzession hinsichtlich Forderungen und Schulden primär ist oder nur als eine *Folge* der Sukzession hinsichtlich der *Erbschaftssachen* betrachtet worden ist. Dass die letztere Alternative die richtige ist, geht daraus hervor, dass einmal eine *usucapio* der hereditas durch Besitz der *Erbschaftssachen* stattfinden konnte, was unmöglich gewesen wäre, wenn man nicht den Übergang von Forderungen und Schulden auf den Erben nur als eine Folge des einheitlichen Übergangs der *Erbschaftssachen* auf ihn betrachtet hätte. Denn dass ein Recht, das Forderungen und Schulden in sich schliesse, ersessen werden könnte, ist nach römischer Anschauung eine Absurdität. Aber dass man das einheitliche Recht an den Erbschaftssachen ersitzt, ist nach derselben Anschauung nicht weniger möglich, als dass man das Recht an einer einzelnen Sache durch Ersitzung erwerben kann. Da aber die fragliche Ersitzung als eine Ersitzung der *hereditas* selbst bestimmt wird und zur *hereditas* doch unzweifelhaft die Übernahme der Forderungen und Schulden des Verstorbenen gehört, muss man die Sachlage so aufgefasst haben, dass diese Übernahme *eine Folge* des einmal durch Ersitzung erworbenen einheitlichen Rechtes an den Erbschaftssachen war, welches Recht als solches darin bestand, in das *allgemeine dominium* des Verstorbenen zu sukzedieren. Die Ersitzung selbst bezog sich unmittelbar nur auf *dieses* Recht. Alles weist dann darauf hin, dass das primäre Moment der hereditas als eines *ius successionis* das Recht war, dem Verstorbenen als *dominus* im strengsten Sinne nachzufolgen.

Man könnte fragen, wie einzelne *Körper* als zusammen die hereditas ausmachend betrachtet werden konnten, wenn die hereditas selbst als ein *Recht* angesehen wurde. Dass die Erbschaftssachen selbst als zur hereditas gehörend betrachtet wurden, geht aus mehreren Äusserungen in den Gaiischen Institutionen hervor. Schon in 2,14 wird gesagt: *nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur . . .*, was in demselben Zusammenhange vorkommt, in welchem die hereditas als ein *ius successionis* bestimmt wird. In 2,35 wird erklärt, dass bei in *iure cessio hereditatis* nach dem Antritt des Erben die *corpora eius hereditatis* an den Zessar übergehen, als ob sie ein jedes für sich (*singula*) Gegenstände einer in *iure cessio* gewesen wären. Nach 2,54 konnte einmal die hereditas selbst ersessen werden, obgleich man nur die *res hereditariae* besass, was natürlich voraussetzt, dass die *res hereditariae* selbst als zusammen die hereditas ausmachend betrachtet wurden, wenn auch diese als ihre *Einheit* ein Mehr war. In 2,97 wird der Erwerb von *singulae res* dem Erwerb per *uniuersitatem* gegenübergestellt. Es wird gesagt: *uideamus itaque nunc, quibus modis per uniuersitatem (= durch die Ganzheit) res nobis acquirantur*. Die *res*, die so erworben werden, müssen die in der *uniuersitas* enthaltenen *singulae res* sein, die also im gedachten Falle durch den Erwerb der *uniuersitas* erworben werden. Geschieht dies nicht immer, wenn man ein *corpus ex distantibus* erwirbt? Nein,

ich kann einen grex erworben haben, ohne dass alle zum grex gehörenden Tiere mein Eigentum geworden sind. (Siehe S. 101.) Wenn man per uniuersitatem die darin eingeschlossenen einzelnen Sachen notwendig erwirbt, handelt es sich um Erwerb durch successio, wie auch aus den unmittelbar nachher von Gaius aufgezählten modi acquirendi in diesem Falle hervorgeht. Der zuerst abgehandelte modus ist das Beerben. Welches kann die in diesem Falle vorhandene uniuersitas sein, durch welche wir dazu gehörende einzelne Dinge erwerben, wenn nicht die hereditas selbst? Endlich wird in 4,17 u. a. gesagt, dass bei einem Rechtsstreit um die hereditas mittels einer legis actio in rem: *pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur*, was natürlich voraussetzt, dass die Erbschaftsachen selbst in der hereditas enthalten sind. Und doch soll ja die hereditas selbst ein *ius successionis* sein! Die Sachlage ist indes leicht verständlich. Wenn man ein *dominium* über ein einzelnes Ding erwirbt, hat das erworbene *dominium* die Sache selbst zum Gegenstand. Deshalb kann der Erwerb ebensogut als das *dominium* wie als das Ding selbst betreffend betrachtet werden. Als Erbe erwirbt man in einem Moment das *dominium* über eine Vielheit einzelner Dinge. Dieses *dominium*, das mit der Stellung als heres erworben wird, ist die hereditas. Deshalb ist der Erwerb der hereditas ein Erwerb der fraglichen einzelnen Dinge, die daher zur hereditas gehören. Aber während andere Dinge durch blosses physisches Zusammensein eine uniuersitas ausmachen können, bilden diese Dinge eine uniuersitas nur als Gegenstände für ein *dominium*, das der Erbe als wirklicher successor des Erblassers innehat. Gerade deshalb kann die hereditas nicht als eine uniuersitas von Dingen bestimmt werden, die unabhängig vom Rechte bestände, wie es der Fall ist, wenn ein grex als uniuersitas bezeichnet wird. Die Einheit der Dinge ist hier das *ius successionis* oder das durch Sukzession auf den Erblasser als dominus gegebene Recht an allen Dingen, die ihm gehört haben.

G. BORTOLUCCI sagt in einem Aufsätze La hereditas come uniuersitas in BIDR 42 (1934), in welchem er entgegen der Bonfantischen Theorie behauptet, dass die Vorstellung von der hereditas als einer uniuersitas und damit einer res klassisch ist, S. 155: „D'altronde, l'autonomia unitaria della hereditas, come oggetto — ciò è stato osservato — si dimostra anche dalle espressioni di uso comune: in iure cedere, restituere, vendere, acquirere hereditatem; con la petitio hereditatis si chiede la eredità come tale e non le singole cose, sì queste in quella; la usucapio pro herede nella sua forma più antica — ciò è assai interessante sotto l'aspetto storico — è usucapione dell'eredità come res diversa dalle cose che la compongono.“ Obgleich dies aus Gründen, die später angegeben werden sollen, hinsichtlich des restituere und des uendere hereditatem falsch ist und in diesen Fällen die hereditas, wengleich sie selbst auch hier eine uniuersitas genannt wird, nur alles, was zu ihr als einer besonderen res gehört, in abstracto bezeich-

net — nicht die hereditas als *ein* Ding für sich — ist die Argumentation hinsichtlich der übrigen Fälle schlüssig. Aber dass der blosse Inbegriff alles Besonderen, das zur Erbschaft gehört, durch das Wort *hereditas* bezeichnet wird, beweist, dass man die *hereditas* primär als ein Recht betrachtet, welches allerlei Rechtsverhältnisse — in erster Linie das dominium über alle Erbschaftssachen — in sich schliesst. ALBERTARIO sagt in einem Aufsätze im selben Hefte des BIDR, in welchem er BORTOLUCCI widerlegen will, betitelt *La critica della critica*, S. 553 f.: „Secondo argomento. — Le espressioni *adire hereditatem*, *adquirere hereditatem*, *petere hereditatem* etc., significano soprattutto accettare la qualità di erede, acquistare la qualità di erede, chiedere giudizialmente il riconoscimento della qualità di erede: l'acquisto *per universitatem* dei *bona* e l'assunzione dei *debita* sono conseguenza(!) di quell'accettazione, di quell'acquisto, di quel giudiziale riconoscimento: dipendono, insomma, dall'esservi il titolare del *ius successionis* cioè l'erede.“ Wenn man hier die Fälle: *in iure cedere*, *usucapere*, *vindicare hereditatem* in Betracht zieht, zeigt sich sofort die Unmöglichkeit, wie es hier geschieht, die Qualität Erbe und das Eintreten in die *Rechtsstellung des Verstorbenen* voneinander zu trennen. Das *in iure cedere hereditatem* bedeutet, wie schon bemerkt, das einheitliche Recht auf die Erbschaftssachen einer anderen Person zu überlassen, womit auch Forderungen und Schulden des Verstorbenen auf den Zessar übergehen. Dies aber ist *dasselbe* wie ein successor des Verstorbenen zu werden — zunächst in seiner Stellung als *dominus*. Beim *usucapere hereditatem* handelt es sich um Erwerb eines einheitlichen Rechtes an den einzelnen Erbschaftssachen. Gaius bezeichnet ausdrücklich dieses Recht als eine *res*, zu welcher die *singulae res* gehören. Ein solcher Erwerb ist natürlich Erwerb der Stellung als *successor* des Verstorbenen, insoweit dieser überhaupt *dominus* ist. Wenn man als Vindikant in einer *legis actio de hereditate* auftritt, macht man einen *Teil* der *hereditas* zum unmittelbaren Gegenstande der Vindikation. Nun ist es zweifellos richtig, dass man bei *petitio hereditatis* „il riconoscimento della qualità di erede“ verlangt. Aber ebenso sicher ist, dass die *vindicatio hereditatis* wenigstens ursprünglich eine *actio in rem* gewesen ist und dass man dabei im *Legisaktionsprozess* unter Hinweis auf eine mitgebrachte *res hereditaria* sagt: *hanc hereditatem ex iure Qu. meam esse aio*. Wie könnte diese Sache die *heres-Stellung* selbst repräsentieren, wenn diese nicht das Recht an den Erbschaftssachen als *successor* des Verstorbenen *bedeutete*? Siehe den Zusatz am Ende der Beil. 5 (S. 171).

Das Bemerkenswerte bei der Erörterung des Gaius I.2,52 ff. liegt nun darin, dass die Besitznahme einzelner *res hereditariae* zur *Usukapierung* desjenigen Dinges führen konnte, das sonst als *familia pecuniaque* bezeichnet wird, sowie ferner darin, dass dieses Ding mit ‚*ipsa hereditas*‘ identifiziert wird. Der durch *usucapio* rechtliche Inhaber der *ipsa hereditas*

muss indessen der *Erbe* selbst sein. Es ist klar, dass wenn man die Erbschaft als solche erwirbt, man auch die heres-Stellung selbst erwirbt. Ausserdem würden sonst die Gläubiger, falls sie nicht selbst die hereditas ersessen haben, nicht instande sein, ihre Forderungen aus der hereditas einzutreiben. Diese schon an sich natürliche Tatsache wird durch den analogen Fall: in iure cessio hereditatis bestätigt. (Hierüber S. 119 ff.)

Gaius führt als Motiv dieser ‚improba‘ — von der bona fides unabhängigen — usucapio, die noch zu seiner Zeit hinsichtlich der einzelnen Dinge (nicht betreffs der ipsa hereditas) galt, an: quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa obseruatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur. LENEL sagt Sav. Z. 37 (1916), S. 130: »Danach nun müsste man unbedingt erwarten, dass mit dem Moment des Erbschaftsantrittes die Möglichkeit der possessio und usucapio pro herede aufhöre. Denn nun wäre ja für die Opfer und für die Gläubiger gesorgt gewesen.« Dies sei indes nicht der Fall. Denn nach § 52 sei die Ersitzung dadurch bedingt, dass der Erbe nicht schon den *Besitz* erworben hat. LENEL zieht daraus den Schluss, dass es in älteren Zeiten keinen Erbschaftsantritt für den berechtigten extraneus gab. Sein Recht bestehe nur in der Möglichkeit, die einzelnen Dinge in Besitz zu nehmen. Die Gaiische Darstellung soll einen Widerspruch enthalten, der darauf beruhe, dass er „jenen alten Rechtszustand nicht mehr kannte“. Es ist seltsam, dass LENEL nicht statt dessen aus der fraglichen Darstellung den Schluss zieht, dass in *älterer Zeit* der Antritt (adire) gerade in der Besitznahme bestand. Dann wird ja alles widerspruchlos. Die hereditas selbst konnte ersessen werden, wenn der durch lex oder Testament Designierte sie nicht schon in Besitz genommen = angetreten hatte. In Übereinstimmung damit wurde erklärt, dass eine einzelne Erbschaftssache ersessen werden könne, wenn der Erbe sie noch nicht in Besitz genommen habe. Letzteres war eine Folge von ersterem. Gaius selbst braucht deshalb nicht unter *adire* die Inbesitznahme verstanden zu haben. Zu seiner Zeit geschah ja das *adire* durch *cretio* oder *pro herede gestio*. Wenn *adire* auf diese Weise erfolgte, war die Unterlassung eines solchen *adire* Bedingung für die Ersitzung der hereditas selbst. Aber der Satz, der aus dem *ursprünglichen* Prinzip folgte, *dem*, dass die hereditas selbst vor ihrer Inbesitznahme seitens des Erben ersessen werden konnte, der Satz, dass vor der Inbesitznahme der einzelnen Erbschaftssache seitens des Erben auch diese ersessen werden konnte, blieb geltend, auch als *adire* nicht mehr in der Besitznahme bestand. Gaius sagt gar nicht, dass die Ersitzung der hereditas selbst *jemals* nach dem *adire* möglich war. Nur dass eine einzelne Erbschaftssache auch *nach* dem Antritt des Erben ersessen werden konnte wird in § 52 gesagt. Er erklärt dies § 55, nachdem er in § 54 die ursprüngliche Möglichkeit einer Ersitzung der hereditas selbst erwähnt hat, damit,

dass die Alten wollten, dass die hereditas früher angetreten werde — wegen der sacra und der Gläubiger. Also meint er, dass die Ersitzung der hereditas selbst aus diesem Grunde möglich war, womit ja *gesagt wird*, dass sie nur vor dem *adire* möglich war. Aber der Folgesatz hinsichtlich der einzelnen Erbschaftssachen schloss infolge der *ursprünglichen* Bedeutung des *adire* ein, dass auch *nach* dem späteren *adire* durch *pro herede gestio* oder *cretio* eine Ersitzung möglich war. Damit ist derselbe historisch erklärt. Ein Widerspruch ist also gar nicht vorhanden.

Wenn man fragt, wie der durch Gesetz oder Testament berechnigte *heres extraneus* die Herausgabe des Besitzes der hereditas anderen Personen gegenüber erzwingen konnte, obgleich er selbst vor der Besitznahme nicht wirklicher Erbe war, so ist die Antwort einfach. Indem er bei der Vindikation die *pars hereditatis*, die dieselbe *repräsentiert*, greift, *adprehendit* (Gaius I.4,16 u. 17), erwirbt er, *rechtlich gesehen*, den Besitz der hereditas und wird damit, da er auf dieselbe wirklich Recht hat, Erbe, siegt im Prozesse und erwirbt so den *reellen* Besitz.

Noch eine zu beantwortende Frage entsteht hier. Welche Erbschaftssachen musste einerseits der antretende *heres extraneus* in Besitz nehmen, um wirklicher Erbe zu werden, andererseits der gänzlich Aussenstehende *ersitzen*, um selbst Erbe zu werden? Dass *alle* Sachen in Besitz genommen bzw. *ersessen* werden mussten, ist unmöglich anzunehmen. Viele konnten sich an mancherlei Orten befinden und ihr Vorhandensein sowohl dem einen wie dem anderen unbekannt sein. Die Antwort ergibt sich, was ältere Zeiten betrifft, von selbst, wenn der Kern der Erbschaft, die *familia*, zu deren Innehaben zur Zeit der XII Tafeln auch das Eigentumsrecht an dem ganzen dinglichen Vermögen gehörte, wie später nachgewiesen werden wird, das *Haus* des Verstorbenen war, welches sowohl ihm wie mancherlei Hausgöttern als Wohnstätte diente. Wenn dies richtig ist, war es gerade dieses Haus, das in Besitz genommen bzw. *ersessen* werden musste. Man beachte hierbei den Unterschied zwischen einerseits einem zum selben Hause gehörenden *suus heres* und einem zum selben Hause gehörenden Sklaven, der freigelassen und zum Erben eingesetzt worden ist, und andererseits einem *heres extraneus*, der gar nicht zum Hause gehörte. Erstere hatten unmittelbar das Haus in Besitz und waren sogar gegen ihren Willen unmittelbar Erben. Letzterer aber wurde ohne freiwilligen Antrittsakt gar nicht Erbe und hatte nicht unmittelbar das Haus in seinem Besitze. Was liegt dann näher, als die Annahme, dass er den Antritt so vollziehen musste, dass er das ihm vorher fremde Haus des Verstorbenen in seinen Besitz nahm? Gleich nahe liegt aber die Annahme, dass der gänzlich Aussenstehende, der vor dem Antritt an Stelle des wirklich Berechtigten das Haus in Besitz nahm, *damit* auch die ganze hereditas *ersitzen* konnte.

Es ist im übrigen in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass nach

den sichersten Quellen ein *furtum* einer *res hereditaria* vom Erben auch dann möglich war, wenn dieser die Sache noch nicht in Besitz genommen hatte, falls er nämlich ein *necessarius heres* war. Dies sagt Gaius I.3,201, wo die Bedingungen des *furtum* abgehandelt werden: *Rursus ex diuerso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, uelut res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet.* Im letzteren Falle ist daher die Okkupation in diebischer Absicht ein *furtum*. Ulp. sagt weiter 47,19,2,1: *Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, uel post aditam antequam res ab herede possessae sunt.* Im Falle *necessarius heres*, wo kein *adire* stattfindet, ist also *furtum* vom Erben möglich, auch wenn dieser den Besitz nicht erworben hat. Dies weist darauf hin, dass man ursprünglich von der Annahme ausgegangen ist, dass der zum *Hause* gehörige Erbe = *heres necessarius* selbst notwendig das Haus und was dazu gehört in Besitz hat. Das damit gegebene Prinzip für die Beurteilung der Diebstahlsmöglichkeit ist von da auf einzelne *res hereditariae* *ausserhalb* des Hauses übertragen worden und hat sich auch erhalten, als das Haus seine Bedeutung als das centrum des Vermögens verloren hatte.

Die hier gegebene Erklärung der *usucapio pro herede* stimmt vollständig überein einerseits mit dem Institut der *familiae emptio* als eine Quasi-heres-Stellung gebend, andererseits mit den Worten in tab. 5,4 *familiam habeto. Habere* (beachte die Phrase *uti frui habere possidere*) war ein Ausdruck für den älteren Besitz. Da also dem *proximus agnatus* durch das Gesetz das Recht, das Haus zu besitzen, wenn er es wollte, gegeben wurde, waren zwei Dinge im selben Gesetze enthalten: 1. Kein anderer konnte ihm den Besitz *gesetzlich*, also durch *Vindikation* entziehen, während er das Haus von jedem anderen *vindizieren* konnte. 2. Er erwarb jedes Recht an der *familia* nur durch die Besitznahme: das *familiam habere*.

Indes ist zu bemerken, dass die vorstehenden Ausführungen darüber, welche *res hereditariae* bei der *usucapio ipsae hereditatis* besessen werden mussten, natürlich nur für die Zeit gelten können, zu welcher die *familia* als das Haus der Kern des totalen dinglichen Vermögens war. Diese Betrachtungsweise gehörte allerdings der Zeit der XII Tafeln an. Allmählich aber verblasste sie infolge immer grösserer wirtschaftlicher Bedeutung des *Geldes*. Das Wort *familia* erhielt auch allmählich die verdünnte Bedeutung von dinglichem Vermögen überhaupt und fiel so mit *pecunia* zusammen. Darüber S. 127 ff. Dann konnte auch das Haus als solches nicht mehr die *hereditas* repräsentieren, sondern nur die Hauptmasse oder der pekuniär wertvollste Teil des Vermögens konnte sie darstellen. Gaius dürfte auch nichts anderes meinen, wenn er sagt, dass *olim rerum hereditariarum possessione ipsae hereditates usucapi credebantur*.

Dies aber schliesst nicht aus, dass alles einstimmig darauf hinweist, dass ursprünglich das Institut, über welches Gaius berichtet und das nach ihm höchst altertümlich gewesen sein muss, den angegebenen Charakter hatte.

LENELS Auslegung der älteren Anschauung a.a.O. S. 132, dass *ipsa hereditas* ersessen werden konnte: sie bedeute, dass nach vollendeter Erbsitzung des einzelnen *Dinges* der Ersitzer bei der *hereditatis petitio* kontravindizieren konnte, ist sinnlos. Dies würde ja bedeuten, dass der Eigentümer einer *einzelnen* Erbschaftssache als *solcher* behaupten konnte, dass die *hereditas* selbst die seinige war. Er brauchte tatsächlich gar nicht bei der *hereditatis petitio* zu kontravindizieren. Denn *nun* gehörte die schon ersessene einzelne Sache gar nicht zur *hereditas*, wie Cicero auch Top. 6,29 ausdrücklich sagt. Es ist auch zu bemerken, dass erst *nach* der Zeit Ciceros eine *hereditatis petitio* sogar gegen denjenigen, der ‚pro herede‘, ohne sich für den Erben zu halten, besass, möglich wurde. (Hierüber alsbald.) Wenn der Ersitzer kontravindizieren wollte, musste er behaupten, dass er nicht bloss diese einzelne Sache, sondern die *hereditas* selbst ersessen hatte. — Die Auffassung LENELS führt ihn zu der Behauptung, dass sowohl der sog. *heres legitimus* wie der testamentarische Erbe ursprünglich nur als Legatäre zu betrachten waren (S. 134). Dies widerspricht der Ausdrucksweise in tab. 5,4: *cui suus heres nec escit*, welche voraussetzt, dass es auch *andere* mögliche Erben gab. (Dies sagt Lenel auch selbst S. 132.)

Es ist möglich anzugeben, *welche* Reflexion die Aufhebung der Möglichkeit, durch den Besitz einzelner Erbsachen *ipsa hereditas* zu ersitzen, veranlasste. Pomp. sagt D.41,3,30,2: *De tertio genere corporum* (d.h. corpora, quae ex distantibus constant, siehe oben) *uidendum est. non autem grex univ ersus sic capitur usu, quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. Quid ergo est? etsi ea natura eius est, ut adiectionibus corporum maneat, non item tamen uniuersi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio.* Vgl. Ulp.-Scaeu. D.47,4,1,15: Scaeu. ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi: Kommentiert Röm. Obl. I S. 192A. Nun ist hierbei zu bemerken, dass die ausgebildete Possessionslehre, nach welcher die *possessio* sowohl die Herrschaft über die innere Einheit des Dinges wie die physische Herrschaft über das Ding voraussetzt, ein spezifisches Produkt der klassischen Jurisprudenz ist. (Über die klassische Possessionslehre siehe besonders Röm. Obl. I S. 141—221). Der wichtigste Beweis in dieser Hinsicht ist das Wort *usucapio*, welches darauf hinweist, dass die später für Erbsitzung nötige *possessio* im technischen Sinne ursprünglich ein blosser *usus* gewesen ist. Weiter: noch zur Zeit Ciceros und des Qu. Mucius schliesst die

Ausübung eines *ususfructus* die *possessio* ein, wie auch der Unterschied zwischen dem in *possessione esse rei seruandae causa* und dem wirklichen *possidere* noch nicht besteht (a.a.O. S. 141¹). Ausserdem ist die alte Formel für die Behauptung eines privaten Rechtes an einem *fundus*, der dem Volke oder dem Kaiser gehört, zu beachten. Diese Formel enthielt die Worte *habere possidere uti frui licere* (a.a.O. S. 82). Hier scheint ‚*possidere*‘ selbst durch *uti frui* bestimmt zu werden. Nach der klassischen Jurisprudenz aber kann *einer* das Besitzrecht haben, was Eigentum in *bonis* bedeutet (Röm. Obl. I S. 74), ein anderer das Recht des *uti frui*. Wenn man nun das Schulbeispiel eines *corpus*, das *ex distantibus* constat: den *grex* nimmt, so ist deutlich, dass man auch nach klassischer Jurisprudenz *ususfructus* desselben als einer *uniuersitas* haben (siehe z.B. Ulp. D.7,4,10,8), nicht aber nach derselben Lehre den *grex* als eine *uniuersitas possidere* kann. Man kann nur die Dinge, die eine physische Einheit haben, *possidieren*, weil zum klassischen Possessionsbegriff eine physische Herrschaft über das Ding gehört. Deshalb kann man nur die einzelnen zum *grex* gehörenden Tiere, nicht den *grex* selbst ersitzen. Solange aber der blosser *usus* die spätere *possessio* ersetzte, die dann Bedingung für die Ersitzung wurde, bestand kein Hindernis für die Ersitzung auch einer *uniuersitas ex distantibus*, also auch nicht der *hereditas*. Man konnte durch den *usus* des Hauses, später der Hauptmasse der Erbschaftssachen, die *hereditas* als ein ideales Ding *possidieren*, auch wenn man nicht die einzelnen Sachen für sich *possidierte*. Man beachte nun auch, dass noch zur Zeit Ciceros die Ersitzung der *hereditas* selbst möglich war. In *pro Flacco* 34,85 wird über ein *usu amittere hereditatem* gesprochen. In *ad Atticum* 1,5,6 wird ein *usu capere hereditatem* als Möglichkeit vorausgesetzt. (In *de leg.* 2,20,48—49 ist ebenso wie in *top.* 6,29 nur an Ersitzung besonderer hereditärer Dinge gedacht.) Zu dieser Zeit war die klassische Possessionslehre noch nicht ausgebildet. Die Zeit, von der an die Möglichkeit, die *hereditas* selbst zu ersitzen, wegfiel, kann nun auch bestimmt werden. Seneca sagt nämlich *de beneficiis* 6,5,3: *Iurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt, tamquam quidquam aliud sit hereditas quam ea, quae in hereditate sunt.* Welche „*iurisconsulti*“ hier gemeint sind, lässt sich mit grosser Wahrscheinlichkeit angeben. In Senecas Jugend wirkten ja die grossen Juristen Labeo, Sabinus, Cassius und Proculus, welche die Grundlage der klassischen Possessionslehre schufen.

Man beachte nun auch, dass in diese Zeit die Diskussion fiel, ob es eine andere *possessio pro herede* hinsichtlich einer *res hereditaria* gäbe als die, deren Subjekt der Erbe selbst oder der, der sich nur für den Erben hält, ist. Dass dies ursprünglich nicht der Fall war, ergibt sich aus der Auslegung bei Gaius I.4,144 des alten Interdiktes *quorum bonorum*, das

der bonorum possessor dem possessor pro herede und dem pro possessore gegenüber anwenden konnte. *Hier* wird als possessor pro herede nur der wirkliche Erbe oder der, der sich nur für den Erben hält, bestimmt. Possessor pro possessore ist hier der, welcher keine causa für den Besitz einer besonderen res hereditaria oder der ganzen hereditas hat. Dann ist der, welcher weiss, dass er nicht Erbe ist, aber eine nicht vom heres extraneus schon in Besitz genommene res hereditaria besitzt, dem fraglichen Interdikt nicht ausgesetzt. Er ist ja *weder* possessor pro possessore, weil er eine causa hat, wenn auch nicht die pro herede — er besitzt nämlich der Ersatzregel gemäss — noch possessor pro herede, weil er weiss, dass er nicht Erbe ist. In dieser Hinsicht trat indes gerade zur erwähnten Zeit eine Veränderung ein, indem man betreffs der Passivlegitimation für die auf eine res hereditaria gerichtete *hereditatis petitio* den Begriff possessio pro herede so ausdehnte, dass er auch den erwähnten Fall umfasste. Dies soll durch Arrianus und Proculus geschehen sein: Ulp. D.5,3,11 pr. Proculus sagt sogar: *quo iure utimur*, d. h. dies ist geltendes Recht geworden. Gaius sagt ja auch I. 2,52: *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucipiat, uelut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit: nam ei concessum est usucapere . . . quae species possessionis et usucapionis pro herede uocatur*. In § 58 sagt er necessario tamen herede exstante nihil ipso iure *pro herede usucipi* potest. Auch Iul. D.41,5,2,1 setzt dieselbe possessio pro herede voraus: *Quod uolgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum ciuilis, sed etiam naturalis intellegatur. et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse*. Dieselbe possessio pro herede wird in § 2 vorausgesetzt, ebenso in Pomp. D.41,3,29. Aber dass diese Bezeichnungsweise nur bei der *hereditatis petitio*, nicht beim Interdikte quorum bonorum Anwendung fand, geht einerseits aus Gaius I.4,144, andererseits aus Ulp. D.5,3,11 in Verbindung mit l. 9 und l. 13 pr. u. § 1 hervor. Letztere Stellen sind Ulp. B. 15 ad ed. entnommen, und man findet von l. 9 an eine fortlaufende Darstellung: (9) Regulariter definiendum est eum demum *teneri petitione hereditatis*, qui [uel ius] pro herede uel pro possessore possidet [uel] rem hereditariam. (11) *Pro herede* possidet, qui putat se heredem esse. sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, <—> (hierüber später) quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat *teneri*, quo iure nos uti Proculus scribit. sed enim et bonorum possessor pro herede uidetur possidere *Pro possessore* uero possidet praedo. (13) [nec ullam causam possessionis possit dicere.] (Dass diese Worte in B. 15 ad ed. irrtümlich auf Ulp. bezogen worden sind und ursprünglich eine Fortsetzung der als l. 12 eingeschobenen Ulpianischen Äusserung über possessor pro possessore in B. 67 ad. ed. waren, ist leicht

zu beweisen. L. 12 lautet: qui interrogatus cur possideat responsurus sit: ,quia possideo' [nec contendet se heredem uel per mendacium] (hierüber später). Eine natürliche Fortsetzung dieser Äusserung sind die Worte in 13 pr.: nec ullam causam possessionis possit dicere. Man beachte den Konjunktiv in beiden Äusserungen. Weiter: in beiden wird eine interrogatio in iure vorausgesetzt. In der aus B. 15 ad. ed. entnommenen Äusserung in l. 9, 11 und 13 pr. u. § 1 ist keine solche Situation vorausgesetzt.) et ideo fur et raptor *petitione hereditatis tenentur*. (§ 1) Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret et quasi iniunctus est. denique et pro emptore titulo haeret: nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo. item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor uel maritus: et placet nobis Iuliani sententia pro possessore possidere eum, et ideo *petitione hereditatis tenebitur*. Ulp. will, gestützt auf Iulian, den Begriff possessor pro possessore ausdehnen, so dass darunter nicht nur fur et raptor fallen sollen, sondern ein jeder, der sich auf eine causa beruft, die rechtlich nicht gilt. (Deshalb ist natürlich nicht jeder malae fidei possessor ein solcher possessor. Man kann ja z.B. die Sache *wirklich* gekauft haben, obgleich man wusste, dass sie einer anderen Person gehört.) Das ist nun unzweifelhaft, dass sich die Erklärung der Termini possessio pro herede und pro possessore in § 11 ausschliesslich auf die Passivlegitimation bei der *hereditatis petitio* hinsichtlich einer einzelnen res hereditaria, nicht auf die beim *Interdikte quorum bonorum* bezieht, und dass das Wort *teneri* durch *petitione hereditatis* zu ergänzen ist. Andererseits kann auch bestimmt behauptet werden, dass, wenn Gaius 4,144 den Sinn des Terminus possidere pro herede bei der Behandlung des Interdikts so restringiert, dass man sich wenigstens für den Erben halten muss, sich die Restriktion nur auf die Bedeutung des Terminus in diesem Interdikt bezieht. Der Prätor *selbst* redet hier von possidere pro herede oder pro possessore als Bedingung für die Passivlegitimation (Ulp. D.43,2,1 pr.). Gaius erklärt, was der Prätor hier unter diesen Bezeichnungen versteht. Wenn er wirklich hier die Bedeutung der possessio pro herede *allgemein* bestimmen wollte, würde er sich selbst flagrant widersprechen. Denn in 2,52 wird dem Terminus ja eine weitere Bedeutung zugesprochen. Der Grund der Differenz soll im nachfolgenden angegeben werden, wo wir auch zwecks näherer Untersuchung auf l. 11 zurückkommen werden.

Es könnte indes eingewandt werden, dass die Ulpianusstelle D.5,3,11 interpoliert sein kann. (Über diese Möglichkeit S. 116 f.) Aber auch unter der Voraussetzung, dass hier Interpolation vorliegt, kann man mit Hilfe der *Gaiischen Institutionen* beweisen, dass der possessor in unserm Falle als possessor pro herede nicht dem Interdikt, wohl aber der *petitio hereditatis* ausgesetzt ist. Was ersteres betrifft, so geht es ja direkt aus 4,144 hervor. Was letzteres anlangt, braucht nur 2,56 u. 57 angeführt

zu werden: Haec autem species possessionis et usucapionis etiam *lucratiua* uocatur — man beachte, dass Gaius in § 52 sagt: quae species possessionis et usucapionis *pro herede* uocatur — nam sciens quisque rem alienam lucrifacit. Sed hoc tempore iam non est *lucratiua*. nam ex auctoritate <diui> Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones reuocarentur. et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, *hereditatem petendo* proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. Hier wird ja vorausgesetzt, dass die *petitio hereditatis* dem fraglichen possessor gegenüber möglich ist, obgleich sie zivilrechtlich natürlich unwirksam wird, wenn die Sache schon eressen ist. Deshalb soll nach Hadrianus, der die Ersitzung ineffektiv machen wollte, fingiert werden, dass sie noch nicht eingetreten ist. Da nun, wie gesagt, unmittelbar vorher die fragliche possessio als *pro herede* bezeichnet wird, ist es völlig unmöglich, dass Gaius meinen sollte, dass die hereditatis petitio hier möglich sei, weil die andere Alternative, eine possessio *pro possessore*, vorliege.

Nun ist zunächst zu untersuchen, was die anscheinend zur Zeit des Proculus eingetretene Veränderung der Bedeutung der possessio pro herede veranlasst haben kann. Früh wurde *eine* rechtmässige usucapio pro herede angenommen, obgleich man wirklicher Erbe erst mit der Vollendung der Ersitzung wurde. Man konnte durch blosse Besitznahme vor dem Antritt des Erben *ipsam hereditatem* ersitzen, was *daselbe ist wie der Erwerb der wirklichen heres-Stellung*. Im Momente der Vollendung der Ersitzung ist man Erbe. Der blosse Besitz schenkt ja dann die heres-Stellung, wenn man ihn hinreichend lange hat, und mit dem Anfang des Besitzes *beginnt* man auch, in die heres-Stellung einzutreten. Die causa des Besitzes ist dann natürlich, dass man durch die Fortdauer des Besitzes wirklich Erbe wird. Man betrachtet sich mit Recht als durch die blosse Beibehaltung des Besitzes in die Heresstellung eintretend. Von diesem rechtmässigen Besitze pro herede wurde indes der Terminus zu Beginn der klassischen Jurisprudenz auf den Fall übertragen: Besitz einer einzelnen res hereditaria — obgleich man weiss, dass man nicht Erbe ist — ehe sie von dem heres extraneus in Besitz genommen worden ist, zwecks Ersitzung dieser bestimmten Sache. Dann kann man sich indes nicht als durch die blosse Fortdauer des Besitzes in die heres-Stellung eintretend betrachten. Hier liegt deshalb auf keine Weise Besitz pro herede vor. Wenn auch dieser sog. unredliche Besitz schon vorher existierte, nämlich als ein Besitz mit der Ersitzung der betreffenden einzelnen Erbchaftssache als causa, so erhielt er doch in gewisser Hinsicht einen anderen Charakter im juristischen Denken oder vielleicht richtiger in der juristischen Sprache, als der erwähnte rechtmässige Besitz pro herede wegfiel, was gerade zur fraglichen Zeit geschah. Nun *ersetzte* er nämlich diesen Besitz. Ausser ihm gab es nun nichts mehr, was als ein Besitz mit Ersitzung als causa betrachtet werden konnte. Deshalb wurde jetzt

die korrektere Bezeichnung des Besitzes mit Ersitzung der hereditas selbst als causa auf den Besitz einer einzelnen res hereditaria mit Ersitzung dieser als causa übertragen. D. h. auch dieser Besitz wurde *possessio pro herede*.

Aber diese neue Bezeichnung konnte keine Veränderung hinsichtlich des Interdiktes bewirken, wo man natürlich an den Sinn gebunden war, den der *Prätor* in seine Worte gelegt hatte. Ausserdem richtet sich das Interdikt gerade gegen den *wirklichen* Erben-Besitzer als solchen, wenn auch derjenige, der nur Anlass hat, sich als Erben zu betrachten, in dieselbe Lage kommt. Es ist ja die Idee des Institutes der bonorum possessio, dass der damit vom Prätor Begünstigte dem wirklichen Erben gegenüber, wenn er nicht selbst diese Stellung einnimmt, sich unmittelbar den Besitz der Erbschaftssachen zueignen kann, was durch das Interdikt realisiert wird, und dass er, wenn eine andere causa für den Besitz als die Stellung als wirklicher Erbe geltend gemacht wird, die Rechte des wirklichen Erben geniessen soll. Im letzteren Falle aber kann das *Interdikt* nicht anwendbar sein, weil dann ein Rechtsstreit in der Frage, ob die Sache der *Erbschaft* nun gehört, entstehen muss, wer gegenüber dem wirklichen Erben oder demjenigen, der wenigstens Anlass hat, sich als Erben zu betrachten und sich auf diese Stellung gegen den bon. possessor beruft, auf Grund der Natur des Institutes ausgeschlossen ist. Dass das Interdikt daneben auch gegenüber dem possessor pro possessore galt, beruht darauf, dass dieser gar keinen Grund anführen kann, weshalb der bon. possessor durch den Besitz eines solchen possessor von der Ausübung des ihm gehörigen Besitzrechtes ausgeschlossen sein sollte. Eine andere Situation ist indes bei der hereditatis petitio vorhanden. Hier handelt es sich ja um einen *Rechtsstreit*, in dem der Agierende *nur* sein Recht als Erbe geltend macht. Dass dieser die formelle hereditatis petitio gegen denjenigen, der eine andere causa possidendi hat als die Eigenschaft, selbst Erbe zu sein, nicht anwenden kann, ist natürlich, weil dann der Streit die besondere Sache, nicht die *hereditas* selbst berühren würde. Ursprünglich war hier die Frage der Passivlegitimation bedeutungslos, weil beide Parteien in einer legis actio sacramenti *in rem* die *hereditas* vindizierten. Eine andere Situation trat ein, wenn es einen Kläger gab, der den Besitzer einer einzelnen Sache zu einer sponsio provozierte, falls dieser das Recht des Klägers an der hereditas nicht anerkennen wollte, und die Streitfrage durch eine legis actio sacramenti *in personam* mit formeller judicatio in der Frage, ob die Sponsion verfallen war, entschieden wurde (Gaius I. 4,95). Dann musste bestimmt werden, wer Passivsubjekt sein konnte. Wenn der Besitzer einer einzelnen Sache eine andere causa als seine eigene heres-Stellung behauptete, z.B. Kauf, war *hereditatis petitio* ihm gegenüber unmöglich. Er machte ja dann gar nicht Anspruch auf die hereditas selbst. Andererseits wurde derjenige, welcher

in Vorverhandlungen vor dem Prätor gar keine *causa* für den Besitz angeben konnte, ein legitimes Passivsubjekt. Dann war ja das Recht, die umstrittene Sache vom Besitzer zu erhalten, klar, wenn nur der Kläger sein Erbrecht beweisen konnte. Damit war die Alternative: *possessor pro herede* oder *possessore pro possessore* in diesem Falle gegeben. Wenn nun aber auch der „unredliche“ Besitz einer *res hereditaria* mit der Ersitzung als *causa* aus dem angegebenen Grunde als *possessio pro herede* bezeichnet wurde, obgleich die *causa possessionis* hier nicht die vermeintliche Stellung als Erbe war, ist es verständlich, dass man die Passivlegitimation bei *hereditatis petitio* im Falle wirklicher oder nur putativer Besitzcausa als *Erbe* auf den genannten Fall auf Grund der juristisch geltenden Bezeichnung übertrug. Hier war ja auch für den Sieg des Klägers nur nötig, dass er sein Recht an der Erbschaft nachwies, wenn nur entschieden werden konnte, dass der ‚*pro herede*‘ Besitzende nicht schon usukapiert hatte, in welchem Falle die umstrittene Sache ausserhalb der Erbschaft fiel. Aus demselben Grunde war natürlich um so mehr die *hereditatis petitio* gegen den möglich, welcher mit grösserem Rechte als *possessor pro herede* bezeichnet werden konnte, obgleich sich auch dieser nicht einmal selbst für den Erben hielt, d. h. gegen den, welcher wegen Ersitzung der *hereditas* selbst besass. Das *Interdikt* aber war dem gegenüber nicht anwendbar, welcher juristisch Besitzer *pro herede* war, ohne sich selbst als Erben zu betrachten. Der Prätor konnte unmöglich meinen, dass sich der *bonorum possessor* ohne weiteres von einem derartigen Besitzer den Besitz zueignen dürfen sollte. Dieser konnte ja durch *usucapio pro herede* wirklicher Eigentümer geworden sein. — Ulp. bestimmt in D.5,3,11 in Zusammenhang mit der Passivlegitimation bei der *hereditatis petitio* zuerst das *possidere pro herede* so: *Pro herede possidet, qui putat se heredem esse*. In derselben Weise bestimmt auch Gaius I.4,144 den Besitzer *pro herede* bei der Darstellung des *Interdiktes* *quorum bonorum*. (Dass Gaius sagt: *tam is, qui heres est, quam is qui putat se heredem esse*, schliesst nur scheinbar eine Differenz ein. Darin liegt natürlich nur, dass sogar die unrichtige Ansicht der Gegenpartei, dass sie Erbe sei, für die Anwendung des *Interdiktes* gegen dieselbe zureichend ist.) Dies war nun auch unzweifelhaft der primäre Sinn des *possidere pro herede*. Indes ist auch klar, dass weder Gaius I.4,144 noch Ulpianus in D.5,3,11 das *possidere pro herede* *in abstracto* bestimmen wollen; sondern Gaius will die Bedeutung des Terminus angeben, soweit er im *Interdikt* angewandt wird, während Ulp. seinen Sinn definiert, wenn gesagt wird, dass *possidens pro herede* Passivsubjekt bei der *petitio hereditatis* sein kann. Dann ist ja notwendig auch das unmittelbare Nachfolgende bei Ulp. nur auf diese, nicht auf das *Interdikt* zu beziehen.

Wir kehren nun zu der schon zitierten Stelle Ulp. D.5,3,11 pr. zurück, nach welcher Arrianus und Proculus behauptet haben sollen, dass

sogar der possessor, der weiss, dass er nicht Erbe ist, aber diese causa geltend macht, pro herede possidiert. G. LONGO behauptet in einem Aufsatz in Riv. It. 1929: Studi sulla ‚hereditatis petitio‘ S. 175 ff., dass die Worte: sed an—Proculus scribit interpoliert sind. Er führt indes kein anderes Argument an als dies, dass Gaius I.4,144 bei der Auslegung des *Interdikts* denjenigen von der possessio pro herede ausschliesst, der weiss, dass er nicht Erbe ist. Da es sich in l. 11 um die Passivlegitimation für hereditatis petitio handelt, ist dieses Argument verfehlt. Die Interpolationstheorie ist auch an sich höchst unwahrscheinlich. Weshalb sollten die Kompilatoren gerade den sonst wenig angeführten Arrianus als Autorität angezogen und weiter Proculus haben sagen lassen, dass dies geltendes Recht sei? Ausserdem *must*, nachdem einmal der fragliche Besitz als possessio *pro herede* bezeichnet worden war, die Frage entschieden worden sein, ob nicht der possessor in diesem Falle als *pro herede* possidierend Passivsubjekt bei hereditatis petitio sein konnte. Und man kann sich schwerlich denken, dass eine andere Antwort als die von Arrianus und Proculus gegebene möglich war. Hierbei ist jedoch die Einschränkung zu machen, dass die Kompilatoren einige Worte ausgelassen zu haben scheinen. Soviel ist nämlich sicher, dass die blosser *Behauptung*, dass man pro herede eine Nachlassache possidiert, eine wirkliche possessio pro herede nach der klassischen Jurisprudenz nicht gibt, was jedoch die Konsequenz der Äusserung hier zu sein scheint. Denn *nur* folgende drei Fälle werden von dieser Jurisprudenz als possessio pro herede einschliessend anerkannt: 1. Man hält sich für den Erben. 2. Man possidiert im Bewusstsein, dass man nicht Erbe ist, eine Nachlassache unter solchen Umständen, dass man dieselbe ersitzen kann. 3. Man possidiert als bonorum possessor. (Über den letzten Fall alsbald.) Deshalb scheint in dem Satze: sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur nach dem Worte *possideat* die Bedingung *si usucapere potest* ausgelassen zu sein. Der Anlass ist verständlich. Die possessio pro herede *lucri faciendi causa* wurde schon von Hadrianus durch Anwendung von prätorischem Recht insoweit aufgehoben, dass sie *faktisch* nicht mehr Ersitzung möglich machte. Für die Justinianer existiert überhaupt keine solche Ersitzung. Wenn nun jedoch infolge klassischen Rechtes in diesem Falle eine wirkliche possessio pro herede als vorliegend erachtet wurde, wurde für die Justinianer die notwendige Konsequenz, dass man *immer*, wenn man nur behauptet, dass man pro herede possidiert, auch als so possidierend zu betrachten ist und in dieser Eigenschaft Passivsubjekt der hereditatis petitio sein kann. Für die klassische Jurisprudenz lag, falls man sich unredlich für den Erben ausgab und doch auf der Grundlage des Besitzes nicht ersitzen konnte, possessio pro possessore vor, wie man aus der Behandlung des Falles: man bezeichnet sich als Käufer, Legatar etc., obgleich man weiss, dass man es nicht ist, bei Iul. in l. 13,1 folgern kann. Als

possessor p. p. kann man ja dann Passivsubjekt für *petitio her.* sein. Deshalb wurde hier die justinianische Ausdehnung des Begriffes *possessio pro herede* sachlich bedeutungslos. Dem *Auslassen* der erwähnten Worte in l. 11 entspricht die *Interpolation* der Worte: *nec contendet se heredem uel per mendacium* in l. 12 aus Ulp. B. 67 ad ed., welche Stelle schon oben zitiert und durch die fehlerhaft auf l. 13 bezogenen Anfangsworte in dieser *lex* ergänzt worden ist. Man beachte den Moduswechsel: *responsurus sit* und *possit dicere* einerseits, *contendet* andererseits. Der Sinn der eingeschobenen Worte ist, dass jeder Besitzer, der sich bei *petitio hereditatis* als Erbe nur bezeichnet, als *possessor pro herede*, nicht als *possessor pro possessore* zu betrachten ist.

LONGO ist a.a.O. sogar geneigt zu glauben, dass auch der Zusatz in l. 11: *sed enim et bonorum possessor pro herede uidetur possidere interpoliert* ist. Darin soll die *justinianische* Gleichstellung des bon. possessor mit dem zivilen Erben hervortreten. Ein schweres Missverständnis der Bedeutung des Zusatzes! Ulp. will hier sagen, dass auch der bon. possessor als *pro herede* possidierend Passivsubjekt für *petitio hereditatis* sein kann. Dass wirklich der bon. possessor Passivsubjekt für *petitio hereditatis* sein kann (obgleich er sich in gewissem Falle: Gaius 2,120 durch *exceptio doli mali* verteidigen kann) wird von Gaius völlig unzweideutig bezeugt in 2,120: der zivile Erbe kann gegen den bon. possessor *hereditatem uindicare*; 2,148: *si uero ab his (bon. possessoribus) auocari hereditas potest*; 3,36 . . . *cum testamento scriptus heres euincere hereditatem possit* (scil. gegen den bon. possessor), vgl. Ulp. Reg. 28,13. Aber die Annahme, dass der bon. possessor als *possessor pro possessore*, welcher immer einem *fur et raptor* wenigstens nahe steht, Passivsubjekt für *petitio hereditatis* sein könnte, ist völlig absurd. Also *muss* er ja, um so fungieren zu können, *pro herede* possidieren. In der Tat hat der bon. possessor durch den Prätor das Recht, als Erbe *aufzutreten* und *als solcher* die Erbschaftssachen zu possidieren. Er ist auch Eigentümer *in bonis* dieser Sachen (Gaius I.3,80), was das Besitzrecht einschliesst, obgleich stets der wirkliche Erbe ihm gegenüber die *hereditatis petitio* anstrengen kann und dabei *iure civili* siegen würde, wenn er auch infolge des *prätorischen* Rechtes nicht immer faktisch siegt. Deshalb hat *seine* *possessio pro herede* nichts mit der vorher in l. 11 erwähnten *possessio pro herede* zu schaffen, die *darauf* gegründet ist, dass man trotz des Wissens, dass man nicht ziviler Erbe ist, die Erbsache ersitzen kann. Hier hat die fragliche *possessio* ihren Grund *ausschliesslich* in der Fähigkeit des Prätors, den die Erbsachen wirklich possidierenden bon. possessor zu einem *possessor pro herede* zu *machen*. LONGO hat ganz recht, wenn er (S. 185) sagt, dass *sed enim* unter allen Umständen nicht als *explikativ* aufzufassen ist, sondern *adversative* Bedeutung hat. Ulp. fügt hinzu: *aber*

auch der bon. possessor possidiert pro herede (scil. bei hereditatis petitio). Dies ist eine dritte Art der possessio pro herede.

HUGO KRÜGER macht sich in einem Aufsatz in Sav. Z. 54 (1934) „Die usucapio pro herede nach klassischem Rechte“ einer Verwechslung schuldig, wenn er S. 87 behauptet, dass es sich Ulp. D.5,3,11 pr. um die Frage handelt, „ob nicht doch ein Besitzer, welcher weiss, dass er nicht heres ist, possessor pro h. im Sinne des Quorum bonorum sein kann“. Darüber soll man gestritten haben. Eine solche Annahme widerstreitet ja der bestimmten Erklärung von Gaius in I.4,144. Der Verf. scheint zu meinen, dass der „unredliche“ Besitz, der mit Ersitzungsmöglichkeit verbunden war, beim Interdikte als eine possessio pro possessore behandelt wurde, und kommt zu dem Ergebnis, dass hier ein Streit zwischen klassischen Juristen von nur theoretischer Bedeutung vorliege, der eine blosser Termenfrage berühre. „Gaius 4,144 cit. gibt“ (scil. in dieser Streitfrage) „die alte Definition des im Quorum bonorum genannten possessor pro h. wieder, dem Proculus stimmt er also nicht zu; vielleicht lag ein Schulgegensatz vor.“ Aber derselbe Gaius sagt ja 2,52: . . . quae species possessionis et usucapionis pro herede uocatur. Dies verfißt ja gerade Proculus, der sogar erklärt, dass diese Betrachtungsweise geltendes Recht ist. Der Verf. zieht nicht einmal die Möglichkeit in Betracht, dass es sich beim Bestimmen der Bedeutung des Terminus possidere pro herede in Gaius I.4,144 und Ulp. D.5,3,11 pr. um verschiedene Fragen handelt. Deshalb kann er nicht zu einem widerspruchlosen Ergebnis gelangen.

Weshalb die von L. MICHON in Mél. Cornil I, S. 118 ff. dargestellte Theorie über den ursprünglichen Sinn der usucapio pro herede falsch sein muss, soll in einem späteren Zusammenhang gezeigt werden (S. 157 ff.).

Mit dem Institut *usucapio hereditatis* ist das Institut *in iure cessio* zusammenzustellen: Gaius I.2,34 ff., 3,85 ff. und Ulp. Reg. 19,12 ff. Die Angaben sind vollständig einstimmig. Wir können uns mit der Anführung von Gaius 2,34 ff. begnügen: Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres exstiterit, proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem uocatus esset: post obligationem uero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita uero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora uero eius hereditatis proinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei *singula* in iure cessa fuissent. Hier bedeutet nun *aditio* des heres legitimus einen Akt von cretio oder pro herede gestio, wie aus der Parallelstelle 3,85 (vgl. § 87) hervorgeht. Zur Zeit des Gaius war dies die Art des Antrittes. Was nun den Zessionsakt selbst betrifft, weiss man ja, dass er so vollzogen wird, dass der Zessar sein Recht an der Sache — hier der *hereditas* — unter Vindikation behauptet, der Zedent aber zu kontravindizieren unterlässt.

Wenn letzterer Eigentümer ist, geht das Recht auf den Zessar über. Im ersten der von Gaius angezogenen Fälle — in iure cessio *vor* dem Antritt des erbberechtigten proximus agnatus — tritt indes eine besondere Sachlage ein. Wäre Kontravindizierung erfolgt, so hätte dies zur Folge gehabt, dass der Erbberechtigte die hereditas eo ipso erworben hätte. Er hätte sich ja damit pro herede geriert und so die hereditas angetreten. Er ist ja vor der in iure cessio gar nicht Eigentümer der Erbschaft. Weil er aber das Recht hat, sich durch cretio oder pro herede gestio die Sache anzueignen, bewirkt die Unterlassung der Kontravindizierung ihrerseits die Übertragung der hereditas an die Gegenpartei, die gegen ihn vor dem Prätor das Eigentumsrecht vindizierend behauptet. Aber das ist nach den ausdrücklichen Worten des Gaius klar, dass durch den Erwerb der hereditas als eines Dinges auch die Stellung als *heres* eintritt — ganz als ob der Erwerber selbst durch das Gesetz dazu berufen wäre. Gaius unterscheidet scharf zwischen den Wirkungen der in iure cessio des legitimus heres *vor* dem Antritt und denen *nach* dem Antritt. Im letzteren Falle, in welchem der Zedent schon Eigentümer der hereditas ist, werden die corpora der hereditas so übertragen, ac si ei *singula* in iure cessa fuissent. Im ersteren Falle aber wird der Zessar selbst *heres*: ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. Also wird der Zessar nur im ersteren Falle Eigentümer der hereditas als einer *uniuersitas*, im anderen Falle nur Eigentümer der *singula corpora*, die zur hereditas gehören. *Deshalb* bleibt der Zedent in diesem Falle selbst *heres*. Die einmal vorhandene heres-Eigenschaft selbst lässt sich nicht ohne capitis minutio übertragen. Deshalb kann die *uniuersitas*, die die hereditas ist, wenn sie einmal erworben worden ist, nicht durch in iure cessio übertragen werden. Man findet daher, dass der Erwerb der hereditas als einer *uniuersitas*, falls er wirklich erfolgt, auch die heres-Stellung konstituiert. Dadurch wird die Annahme bestätigt, dass die vorher abgehandelte usucapio von *ipsa hereditas* im Gegensatz zur usucapio von *singulae res hereditariae* den Ersitzer selbst zum Erben macht. Indessen hat die in iure cessio *nach* dem Antritt auch die Wirkung, dass der Zedent alle zur hereditas gehörigen Forderungsrechte verliert, ohne dass dieselben auf den Zessar übertragen werden. Letzteres ist natürlich, da solche Rechte nicht anders als durch Novation unter Delegation an den Schuldner übertragen werden können, wenn auch ihre prozessuale *Ausübung* durch Konstituierung eines *cognitor* oder *procurator* im *rem suam* übertragen werden kann. Ersteres ist eine Folge davon, dass der Zedent doch *formell* seine Stellung als *heres* durch Unterlassung der Kontravindikation nicht behauptet hat. Die in iure cessio war hier als solche eine in iure cessio der hereditas als einer *uniuersitas*, *obgleich* sie keine andere *Wirkung* haben konnte, als dass die zur hereditas gehörenden *singula corpora*, die durch in iure cessio übertragen werden *können*, an den Zessar übergehen; alle hereditären For-

derungsrechte, die nicht so übertragen werden können, verschwinden. Die hereditas als uniuersitas ist nicht eine über die einzelnen res hereditariae erhabene Einheit, sondern eine Einheit *in* diesen. Deshalb können sie durch eine in iure cessio der hereditas *selbst* übertragen werden. Die hereditären Forderungsrechte gehören auch zur hereditas, insofern man sie bloss als Eigentümer der hereditas besitzt, und können deshalb durch die formelle Derelinquierung der hereditas, die die in iure cessio hereditatis einschliesst, verlorengehen, obgleich sie dadurch nicht übertragen werden können. Dass Schulden nicht derelinquiert werden können, ist klar. In *diesem* Stücke fungiert deshalb der Zedent nach wie vor als heres. In § 36 fährt Gaius fort: Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit. Der Anlass dieser Differenz zwischen den Fähigkeiten des heres legitimus und des testamentarischen Erben ist natürlich der, dass der Grund der Einsetzung des ersteren durch das Gesetz in seiner Eigenschaft als *agnatus proximus* liegt. Dadurch hat er *an sich* ein Recht auf das Erbe, während der testamentarische Erbe gar kein solches Recht haben kann und deshalb vor dem Antritt von nichts abstehen kann: postea uero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem in iure cedat. In § 37 wird die positive Prokulianische Anschauung über die Fähigkeit eines suus et necessarius heres, eine solche in iure cessio vorzunehmen, die nach dem Antritt anderen Erben möglich ist, der negativen Sabinianischen entgegengestellt. Der Anlass dieser Kontroverse liegt darin, dass einerseits ein heres necessarius, unter welchen Begriff *auch* der suus fällt, überhaupt nicht einmal *formell* von der hereditas abstehen zu können scheint, andererseits dies als möglich erscheint, weil in jedem Falle kein wirkliches Aufheben der Stellung als heres durch in iure cessio vorliegen würde.

Man beachte nun, dass Gaius die vorliegende Erörterung so einleitet: *Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit: § 34.* (Vorher wurde gesagt, dass *ususfructus* nur durch in iure cessio übertragen werden kann: § 30 ff.) Indes haben wir gefunden, dass, wenn auch nach dem Antritt *formell* eine in iure cessio der hereditas möglich ist, dann doch in Wirklichkeit nur *corpora eius hereditatis* an den Zessar übergehen, so dass die formelle in iure cessio hereditatis so fungiert, als ob *ei singula in iure cessa fuissent*. Weiter geht aus der Gaiischen Darstellung hervor, dass in diesem Falle die Forderungsrechte, die mit der hereditas verbunden sind, erlöschen. Hieraus aber folgt, dass die *emptio uenditio hereditatis* nicht die Verbindlichkeit des Verkäufers begründet, die *hereditas* selbst an den Käufer zu übertragen. Dies könnte ja nur durch in iure cessio geschehen. Eine solche würde indessen erstens nur formelle Bedeutung haben, indem nur *singula corpora* übertragen werden würden. Zweitens würde sie die Wirkung haben, dass die Forderungsrechte des Erbe

bleibenden Verkäufers verlorengingen, während die Schulden fortbeständen. Was hat dann der Verkäufer hier an den Käufer zu übertragen? Nicht einmal *formell* soll er die hereditas als ein einzelnes Ding für sich übertragen. Er hat nur die singula corpora jedes für sich zu leisten. Was Forderungen und Schulden betrifft, soll der Käufer die ersteren durch die Zulassung zur Ausübung der betreffenden Aktionen als procurator oder cognitor in rem suam erhalten. Die Schulden werden in entsprechender Weise vom Käufer übernommen, indem dieser den Verkäufer den hereditären Gläubigern gegenüber bei ihren Aktionen verteidigt. Dies sowie andere spezielle Vorteile oder Nachteile der Parteien pflegten durch gegenseitige Stipulationen geregelt zu werden (Gaius I. 2,252). Es braucht nicht besonders auseinandergesetzt zu werden, dass es sich beim fideicommissum hereditatis mit Verpflichtung des Erben zum *hereditatè restituere* um dieselbe Art von Übertragung handelt, obgleich hier die zu Forderungen und Schulden gehörenden Aktionen durch den Prätor übertragen werden. Hieraus ergibt sich indes ein überaus wichtiges Resultat. Das Wort *hereditas* bedeutet in diesen Fällen gar nicht dasselbe, wie wenn gesagt wird, dass ipsa hereditas ersessen werden kann (nach älterem Rechte) oder dass sie durch in iure cessio, aber *auch* nur hierdurch, einer anderen Person übertragen werden kann. In den letzteren Fällen bedeutet hereditas eine einzelne res für sich, die allerdings die singula corpora hereditaria in sich einschliesst, aber keineswegs mit deren Summe identisch ist. Derjenige, welcher in angegebener Weise diese einzelne Sache erwirbt, wird auch eo ipso wirklicher Erbe, indem er in die rechtliche Gesamtstellung des Verstorbenen eintritt. Die hereditas in diesem Sinne ist mit der *familia pecuniaque* des Verstorbenen identisch, d. h. mit seinem *dinglichen* Vermögen beim Tode als einem Ganzen, das seine Einheit in der Person des Erblassers hat. Hierüber alsbald. Aber bei emptio uenditio hereditatis ebenso wie beim fideicommissum hereditatis bedeutet hereditas die Gesamtheit aller Vorteile und Nachteile, die mit dem Innehaben der hereditas als einer einzelnen Sache verbunden sind. Nur diese Vorteile und Nachteile können auf eine andere Person übertragen werden, nämlich in der besonderen Weise, in welcher überhaupt physische Dinge, Forderungen und Schulden auf eine andere Person übertragen werden können. Wenngleich auch hereditas in diesem Sinne als eine *uniuersitas* bezeichnet werden kann (siehe Ulp. D.5,3,13,8 und Ulp. D.36,1,17,2), so wird das Wort uniuersitas dann nicht zur Bezeichnung eines einzelnen Dinges mit eigenartigem Charakter angewandt, wie es sonst gewöhnlich geschieht, sondern ist nur ein Sammelname für ein gewisses Aggregat. Im anderen Falle ist hereditas-uniuersitas allerdings auch ein Sammelname für alles, was zum dinglichen Vermögen des Verstorbenen gehört. Aber hier ist aus diesem Vermögen durch Hypostasierung ein Ding für sich geworden, welches eine reale Einheit ist, die in den singula corpora in-

härtert und dieselben zu einem *objektiven* Ganzen macht. Es ist nun bloss hinzuzufügen, dass, wenn das *adire hereditatem* ursprünglich, wie wir wahrscheinlich zu machen versucht haben, eine Besitznahme der hereditas bedeutet hat, auch hier hereditas als ein Ding für sich betrachtet worden ist. Ganz sicher ist dies der Fall, wenn man von der formellen *vindicatio hereditatis* spricht. Sowohl die Besitznahme wie die Vindikation setzt ein Ding voraus. Wie Gaius I.4,17 berichtet, pflegte bei der *legis actio in rem de hereditate* ein Teil derselben bei der Vindikation das Ganze zu repräsentieren. So konnte eine einzelne *res hereditaria* fungieren, weil die Einheit der hereditas selbst in dieser Sache immanent war. Das *adire hereditatem* als eine Besitznahme dieses Dinges seitens des Berechtigten bewirkte indes, dass man nicht bloss der *dominus* des Dinges wurde, sondern *eo ipso*, dass man in die totale rechtliche Stellung des Verstorbenen eintrat; man wurde durch dieses *dominium* sein *successor*. In entsprechender Weise ist die Entscheidung in der *legis actio in rem de hereditate*, bei welcher die hereditas als eine *res* für sich betrachtet wird, zugleich eine Entscheidung in der Frage nach der *heres*-Stellung selbst. In folgenden vier Fällen ist also die hereditas eine wirkliche Sache für sich, die demjenigen, der sie erwarb oder dessen *dominium* über sie gerichtlich anerkannt wurde, zugleich den Erwerb bzw. die Anerkennung der *heres*-Stellung verschaffte: 1. *usucapio ipsae hereditatis*, 2. die *gültige* in *iure cessio hereditatis*, 3. *hereditatem adire*, 4. *uindicatio hereditatis*. Aber in den Fällen *emptio uenditio hereditatis* und *fideicommissum hereditatis* ist „hereditas“ nur ein Sammelname für alle besonderen Vorteile und Nachteile, die das Innehaben der hereditas im ersteren Sinne und damit auch die *heres*-Stellung selbst einschliesst.

Also: es steht fest, dass ein wirklicher Erwerb der Stellung als *heres* durch den Erwerb der hereditas als eines besonderen Dinges erfolgt. Dann kann auch die Einsetzung zum Erben — sei es durch das Gesetz des Staates, sei es durch Testament als Gesetzgebung — nur durch Übertragung der *uniuersitas*, die die hereditas — *familia pecuniaque* — ist, geschehen. Hierbei ist zu bemerken, dass nur wenn ein Erwerb des Dinges *hereditas* das Eigentumsrecht *ex iure Quiritium* gibt, der Erwerber zivilrechtlicher Erbe wird. Es gibt auch einen Erwerb derselben *uniuersitas*, sogar wenn der Eigentümer lebt, durch den Prätor: *bonorum possessio* und *emptio*. In diesen Fällen wird der Erwerber nur Eigentümer in *bonis*, d.h. er erhält das Recht, die dazu gehörenden Dinge zu *possidieren* und zu *usukapieren*. Daneben erhält er das Recht, mit konsumierender Kraft die Aktionen des Eigentümers *ex iure Qu.* auszuüben, ebenso wie er den Aktionen *gegen* diesen unterworfen wird. Siehe *Der röm. Obl.* I S. 72 ff., 297 ff., 319 ff. u. 323 ff. Dies bedeutet, dass der Erwerber in solchen Fällen sogar hinsichtlich der *Kraft*, die Forderungsrechte auszuüben und umgekehrt, als ein *heres* hervortritt. Der fragliche Erwerb, der als

ein Erwerb *per uniuersitatem* bezeichnet wird (Gaius I.2,97 u. 98), beleuchtet dann den zivilrechtlichen Erwerb der Heres-Stellung durch den Erwerb der *hereditas ex iure Qu.*

Wir haben noch einen Leitfaden bei Auslegung der wahrscheinlich vollständigsten Formulierung der tab. 5,3: *uti super pecunia tutelaue legassit suae rei*, i.i.e., nämlich die Art, wie PAULUS D. 50,16,53 pr. die Worte *super pecunia tutelaue* auslegt. Er sagt nämlich, dass *ue* hier nicht als disjunktiv aufzufassen ist. Die Worte lauten: *Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis* (interdum pro *coniunctis*) (Mo.). Hier bedeutet nun dem juristischen Sprachgebrauch gemäss *coniuncta*, was so verbunden ist, dass das eine nur *zusammen* mit dem anderen Bedeutung hat, *disiuncta*, was jedes für sich Bedeutung hat (vgl. *heredes instituere* oder *legare coniunctim contra disiunctim*). Und der Sinn ist der, dass was grammatisch als *coniuncta* bezeichnet wird, doch bisweilen als *disiuncta* aufzufassen ist und umgekehrt. *Separata* bedeutet dasselbe wie *disiuncta* (wenn Erbinsetzung oder Legierung *disiunctim* geschieht, muss die Disjunktion durch *besondere* Einsetzungen in die Stellung als Erbe, bzw. Legatar ausgedrückt werden, ‚*separatim*‘, siehe oben S. 11¹). *Soluta* bedeutet, was ohne jede dazwischenkommende Partikel zusammengestellt wird. In diesem Fall kann der Sinn sowohl Konjunktion als Disjunktion in angegebener Bedeutung sein. Also sind vier Möglichkeiten bezeichnet: 1. Eine Konjunktionspartikel hat disjunktive Bedeutung. 2. Eine Disjunktionspartikel drückt Konjunktion aus. 3. Was ohne Verbindungswort zusammengestellt ist (*soluta*), ist disjunktiv gemeint. 4. Es ist konjunktiv gemeint.

Die Richtigkeit des Angeführten wird durch bei Paulus danach angeführte Beispiele für die vier Fälle bestätigt. *nam cum dicitur apud ueteres ‚adgnatorum gentiliumque‘* (siehe tab. 5,7a) *pro separatione accipitur*. Dies ist ein Beispiel für den *ersten* Fall. Die Partikel *que* bedeutet hier eine Disjunktion, die eine Alternative einschliesst: entweder *agnati* oder *gentiles* haben *potestas* über den *furiosus*. Danach: *at cum dicitur ‚super pecunia[e] tutela[e] iue suae <rei>‘* (das Wort *legassit* ist ausgelassen, aber hinzuzudenken), *tutor separatim sine pecunia dari non potest*. Dies ist ein Beispiel für den *zweiten* Fall. *Pecuniam dare* und *tutorem dare* müssen in *einem* Zusammenhang geschehen. Deshalb bedeutet die Partikel *ue* hier Konjunktion, nicht Disjunktion. Jedoch ist zu bemerken, dass die Zusammengehörigkeit nur von einer Seite gilt. Ein *tutor* kann nicht ohne *Verordnung* über *pecunia* gegeben werden. Das Umgekehrte gilt natürlich nicht. Deshalb hat *ue* hier, obgleich das Wort *Konjunktion* ausdrückt, auch die Bedeutung einer Alternative: *oder zugleich*. *ue* bedeutet *immer* in der Sprache der überlieferten XII Tafel-Fragmente eine Alternative: siehe Röm. Obl. I S. 477. Danach heisst es: *et cum dicimus ‚quod dedi aut donauī, utraque continemus. Dies ist noch ein Beispiel für den*

zweiten Fall. Die Partikel *aut* bedeutet hier Konjunktion, weil *donare* ohne *dare* = Eigentum übertragen unmöglich ist. Danach: *cum uero dicimus*, ‚quod eum dare facere oportet‘, quoduis eorum sufficit probare. Dies ist ein Beispiel für den *dritten* Fall: *soluta pro separatis* accipiuntur: dare facere haben jedes für sich selbständige Bedeutung. *cum uero dicit praetor*: ‚si donum munus operas redemerit‘, si omnia imposita sunt, certum est omnia redimenda esse, ex re ergo pro *coniunctis* habentur. (Es handelt sich um durch Eid dem Freigelassenen zugunsten des patronus aufgelegte Prästationen, die von einer anderen Person gemietet werden.) Dies ist offenbar ein Beispiel für den *vierten* Fall: *soluta pro coniunctis* habentur. — Eine verkehrte textkritische Methode wendet SOLAZZI a.a.O. S. 36 an, wenn er das ganze Stück: *at cum . . . potest* aus dem Grunde streicht, weil hier ein Beispiel für den Satz: *interdum soluta pro separatis* gemeint sei. Er sagt nämlich: ‚L'empio, che dovrebbe illustrare l'eccezione ‚interdum soluta pro separatis‘, è quello contenuto nella nostra proposizione ‚at cum dicitur super pecuniae rell.‘; ma è scelto male ed è citato prematuramente. È addotto a sproposito, perchè in quel caso i *soluta* non sono presi come *separata*, ma sono trattati come inseparabili. È citato fuori di luogo, perchè la frase seguente ‚et cum dicimus quod dedi rell.‘ offre un caso di *disiuncta pro coniunctis*, mentre la frase anteriore ‚cum dicitur apud ueteres adgnatorum rell.‘ contiene un caso di *coniuncta pro disiunctis*; l'ipotesi dei *soluta pro separatis* avrebbe dovuto chiudere l'esemplificazione.“ Wie der ausgezeichnete Verfasser sagen kann, dass ‚at cum dicitur . . .‘ ein Beispiel für den Satz: ‚interdum soluta pro separatis‘ geben sollte, ist unbegreiflich. Der *zweite* Fall ist ja der: ‚disiuncta pro coniunctis‘. Dann muss ja das Beispiel, das adversativ eingeleitet wird, *diesen* Fall illustrieren. Das tut es auch nach SOLAZZI selbst! Dennoch sollte ein Beispiel des *dritten* Falls vorliegen, aber das Beispiel stehe an unrichtiger Stelle. Eine solche Argumentierung ist unverständlich. Es gibt keinen wissenschaftlichen Grund, die Echtheit dieser völlig klaren Darstellung zu bezweifeln. Sie hat deshalb eine gewisse Bedeutung für die Auslegung des hier berührten Testamentierungsgesetzes. Paulus *motiviert* hier die Behauptung, dass ‚*ue*‘ in diesem Gesetz als ‚*que*‘ gelten soll, damit, dass ‚*tutor*‘ *separatim sine pecunia dari non potest*. Da nun die *tutela* die *Person* betrifft und wenigstens zur *Zeit* des Paulus die Bestellung eines Vormunds nicht durch Exheredierung des Mündels ausgeschlossen ist, kann Paulus nicht meinen, dass die Übertragung eines gewissen Vermögens ‚*pecuniam dare*‘ auf den *Mündel* notwendig sei. Was kann *dann* das beim ‚*super pecunia legare*‘ gedachte *pecuniam dare* bedeuten, welches Bedingung für die Verfügung über die Vormundschaft sein soll? Nichts anderes als *das pecuniam dare*, das Erbeinsetzung in sich einschliesst, kann gemeint sein. Dies ist die einzige Vermögensübertragung, welche die Bedingung für die Kraft *aller* speziellen Verfügungen ist.

Hinsichtlich der Legate sagt Gaius I.2,229: Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet *quia testamenta uim ex institutione heredis accipiunt, et ob id uelut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio*. Vgl. Ulp. Reg. 24,15. Deshalb muss bei einem Vindikationslegat, auch wenn der Legatar unmittelbar mit dem Antritt des Erben Eigentümer wird, das Eigentumsrecht doch *durch* den Erben gehen. Nach den Sabinianern erhält der Legatar unmittelbar mit dem Antritt des Erben das Recht an der legierten Sache, vorausgesetzt, dass er den Empfang bei Kenntnis des Legats nicht verweigert. Nach den Prokulianern wird der Legatar nicht Eigentümer, bevor er seinen Willen zum Empfang erklärt hat (Gaius I.2,194 u. 195). Nach den Sabinianern bekommt der Erbe nach Ablehnung des Legatars die Sache sogar retroaktiv vom Antritt gerechnet. Nach den Prokulianern gehört die Sache, wenn das Legat bedingt ist, niemandem, solange der Eintritt der Bedingung unentschieden ist. Wenn das Legat unbedingt oder die Bedingung eingetreten ist, gehört sie keinem, bis der Legatar das Legat gutheißt oder ablehnt. Im ersteren Falle gehört sie nach den Sabinianern dem Erben *condicione pendente* (Gaius I.2,200). Nach *beiden* Anschauungen geht jedoch die Sache bei Ablehnung des Legatars automatisch auf den Erben über. Der automatische Übergang auf den Erben bei Annahmeverweigerung des Legatars beweist, in Verbindung mit der Stellung des Testamentserben als eines Fortsetzers der rechtlichen Stellung des Testators, dass das Eigentumsrecht an der legierten Sache doch durch den Erben geht, wenn auch nur als Glied der *hereditas* als einer *uniuersitas* und wenn auch dieses Recht im selben Momente, in dem der Erbe antritt, verlorengehen kann. Der Testator entäussert vom Fortsetzer seiner rechtlichen Stellung die legierte Sache an eine gewisse Person, natürlich immer unter der Voraussetzung, dass der Designierte sie erhalten will. Deshalb kann *einerseits* gesagt werden: *ab herede legatum relinquitur*, andererseits: die legierte Sache geht *recta uia* an den Legatar über. Siehe Ner. D.47,2,65 (64). Was das Präzeptionslegat, falls der Erbe der Designierte war — über die *Notwendigkeit* hiervon waren die Ansichten geteilt (Gaius I.2,217) — betrifft, hat dies dieselbe Natur wie ein Vindikationslegat, obgleich hier von den Erben als einer rechtlichen Einheit besondere Dinge einem der Erben übertragen werden. Als eine solche Einheit, die selbst die ganze *hereditas* innehat, treten die Erben nur vor der *actio fam. erc.* auf. Weil aber alle Absonderung der Rechte der einzelnen Erben in dieser *actio* geschieht, kann das Präzeptionslegat, falls der Designierte ein Erbe ist, nur in dieser *actio* geltend gemacht werden (Gaius I.2,219). Obgleich aus dem vorher angegebenen Grunde der Testator zwischen den Erben nur *quotenweise* verteilen kann, kann er durch *Entäusserung* vom totalen Komplex von Erben auch an einen besonderen Erben eine gewisse Sache übertragen. — Was nun spe-

ziell die Bestellung zum Vormund betrifft, so erhält sie erst mit dem *Antritt des Erben Kraft*, obgleich die Vormundschaft selbst nicht vom Erben ausgeht. Derselbe Paulus sagt D.26,2,7: *Tutores non ab herede, sed a testatore protinus profisciscitur, simul atque aliquis heres exstissit*.

Deshalb kann kein Zweifel darüber herrschen, wie PAULUS den Satz der XII Tafeln aufgefasst hat. *Super pecunia tutela legare* bedeutet nach ihm eine Verfügung als Gesetzgeber über das eigene dingliche Vermögen und die Vormundschaft, welche letztere Verfügung eine Übertragung *des Vermögens voraussetzt*. Der Zusatz *suae rei = de sua re* gibt dann dem ganzen Satze diese Bedeutung: so wie er über das Vermögen und in Anknüpfung daran über die Vormundschaft *als ein Gesetzgeber hinsichtlich eigener Sache verordnet hat*, so sei das Recht. Das primäre Verordnen betrifft hierbei die ‚pecunia‘ als ein Ganzes, wodurch sich der Testator einen Nachfolger hinsichtlich seines Rechtes am Vermögen für die Zeit nach dem Tode verschafft. Hierein hat man aber auch ein für den Erben gültiges Verordnen über einzelne Sachen gelegt, die in dem auf ihn übertragenen Vermögen eingeschlossen sind — das Vindikationslegat und die *manumissio testamento* — aber auch Anordnungen, die den Erben mit Auflagen belasten. Man hat keinen Anlass anzunehmen, dass nicht die *decemviri* dies in der Hauptsache als mit der tab. 5,3 gegeben aufgefasst haben. Aber auch wenn die Juristen später durch Auslegung das eine oder andere Moment in das Gesetz hineingelegt haben sollten, fällt jedenfalls alles in den Rahmen des römischen Begriffes einer *Gesetzgebung*, die direkt das eigene Vermögen betrifft. Der Grund, weshalb die Erbeinsetzung das Primäre ist, ist nun offenbar. Ohne diese bekommt der Testator keinen *solchen* seine rechtliche Qualifikation fortsetzenden successor, der trotz des Todes die Kraft seiner *speziellen* Verordnungen aufrechterhalten könnte. Aber das einzige Mittel, wodurch ein solcher successor konstituiert werden kann, ist das *pecuniam dare*, von dem Paulus spricht.

Welches ist die Bedeutung des Wortes *pecunia* in tab. 5,3 und des Wortes *familia* in tab. 5,4 und 5,5? *Pecunia* muss im ersten Gesetze die *familia* eingeschlossen haben, die in den anderen Gesetzen erwähnt ist und dort ein gewisses Ding bezeichnet. Denn sofern man sich auf die einstimmige Auslegung der tab. 5,3 durch die römischen Juristen — auch Cicero — verlassen darf, wurde dadurch dem *pater familias* die vollständige Testamentsfreiheit gewährt. In tab. 5,7a wird als Gegenstand für die *cura des curator furiosi*, d.h. der Agnaten oder der Gentilen (ausser dem *furiosus* selbst) nur die *pecunia* erwähnt. Dass aber die *familia* desselben im dinglichen Sinne von dieser *cura* ausgeschlossen war, dass also der *furiosus* selbst über dieses Ding herrschen durfte, ist völlig undenkbar. Siehe SCIALOJA a.a.O. S. 62. (Jedoch sagt dieser S.

65—66 im Widerspruch hierzu, dass die *pecunia* hier nur die *res nec mancipi* umfasse. Der angeführte Grund, dass die *res mancipi* ursprünglich vom *curator furiosi* nicht hätten entäussert werden können, berührt nicht die Frage des Umfangs der *cura* selbst. Ausserdem ist auch die erwähnte Behauptung grundlos. Siehe GIRARD, *Man.* S. 253³. Sie beruht auf der apriorischen Annahme, dass die *pecunia* nur die *res nec mancipi* umfasse.) WLASSAK a.a.O. S. 12 gibt eine eigentümliche Erklärung dafür, dass in tab. 5,7a nur *pecunia*, nicht *familia* erwähnt wird. Dies soll darauf beruhen, dass die „Adgnatengenossenschaft“ ursprünglich die „Trägerin des Hausvermögens“ gewesen sei, welches die *familia* sei. Deshalb verstehe sich bei Wahnsinn eines Adgnaten der Übergang der Verwaltungsbefugnis hinsichtlich der *familia* auf die übrigen Adgnaten von selbst und bedürfe also keiner Regelung im Gesetze. Indes konnte ja die „Adgnatengenossenschaft“ durch die *actio familiae erciscundae*, die zur Zeit der XII Tafeln möglich war, aufgelöst werden. Durch diese erhielt jedes Mitglied seinen Anteil an der *familia*. Wer sollte nun, wenn ein einzelner *pater familias* von Wahnsinn befallen wurde, über seine *familia* die Pflege haben? Dies musste ebensowohl durch das Gesetz bestimmt werden, wie wenn es sich um die Verwaltung der *pecunia* im Sinne *Wlassaks* handelte, d.h. des ausserhalb des *Hausvermögens* fallenden privaten Eigentums. Einer sonderbaren Methode bedient er sich S. 5¹⁰ bei Auslegung des Wortes *pecunia* in tab. 10,7 unter Heranziehung von *Plin. n.h.* 21,3,7: *Qui coronam parit, ipse pecuniaue eius . . . Obgleich Plinius ausdrücklich erklärt, dass unter *pecunia* hier Sklaven und Pferde zu verstehen seien und dass niemand daran gezweifelt habe, soll *pecunia* in dem fraglichen Gesetze nicht diese Bedeutung gehabt haben. Die Auffassung des Plinius soll auf veränderten Anordnungen bei den Spielen beruhen. S. 6¹⁰ wird gesagt: „Wenn das Gesetz Sklaven und Pferde meinte, konnte es dafür gewiss nicht *pecunia* = Masse gebrauchen, da diese doch noch viel anderes enthielt.“ Plinius selbst und seine Quellen verstanden also nicht die Unmöglichkeit einer solchen Ausdrucksweise, wenn Sklaven und Pferde gemeint waren! Die Sachlage ist jedoch einfach. „Derjenige, welcher — selbst oder was zu seinem Vermögen gehört — den Siegeskranz erwirbt . . .“ Letzteres konnte nun nichts anderes sein als seine eigenen Pferde und Sklaven, weil es sich um Spiele handelte, an denen nur Menschen und Pferde teilnehmen konnten. Der nicht selbst teilnehmende Sieger, der fremde Sklaven oder Pferde verwendete, fiel nicht unter den vom Gesetze gemeinten Fall. Am sonderbarsten ist jedoch die S. 4 f. hingeworfene und später mit Bestimmtheit aufgestellte Behauptung, dass sich *suae rei* in tab. 5,3 auf die *pecunia* im Sinne *Wlassaks* beziehe, also im Gegensatz zur *familia* in tab. 5,4 stehe. *Familia* soll nach W. ursprünglich das *gemeinsame* Familienvermögen sein. Dabei beruft er sich auf *Paulus D.* 28,2,11. W. stellt indessen den *Haussklaven**

als einen Bestandteil der familia dar. Nun wird jedoch schon in den XII Taf. (tab. 6,1) die Manzipation vorausgesetzt. Dass es sich dabei gerade in erster Linie um Sklaven handelte, die ja auch als *mancipia* bezeichnet werden und im speziellen Sinne als manu capti das Eigentum des Erwerbers wurden, dürfte Wlassak nicht bestreiten wollen. Wie lautet aber die Formel bei Sklavenmanzipation? Nach Gaius I.1,119 so: hunc ego hominem ex iure Quiritium *meum* esse aio isque *mihi* emptus esto. Wenn er nicht behaupten will, dass hier nicht die ursprüngliche Formel angegeben sei, muss er zugestehen, dass zur Zeit der XII Taf. der pater familias gerade den Sklaven als sein Eigentum betrachtet hat. Zu demselben Ergebnis führt die alte Vindikationsformel: hunc ego hominem ex iure Quiritium *meum* esse aio (Gaius 4,16). Was die Äusserung von Paulus D.28,2,11 über die sui betrifft, ist die Annahme verkehrt, dass er hier eine Mitteilung über einen älteren Zustand machen wollte. Nach W. sollen sich die hier vorkommenden Worte: quasi *olim* hi domini essent, qui etiam uiuo patre quodammodo domini existimantur auf einen *früheren* Rechtszustand beziehen. In der Parallelstelle bei Gaius I.2,157 wird gesagt: Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et uiuo quoque parente quodam modo domini existimantur. Die von Paulus angewandte Phrase kehrt hier wieder, aber ohne die bei Paulus zunächst vorhergehenden Worte: quasi olim hi domini essent, qui . . . Sie stammt mutmasslich von Sabinus: die Paulinische Äusserung gehört zu einem Kommentar zu Sabinus. Bei Gaius bezieht sie sich indessen offenbar ebenso auf seine *eigene* Zeit, wie auf früher geltendes Recht. Übrigens ist es absolut unmöglich, den Satz bei Paulus: quasi olim . . . durch *weil* diese in alter Zeit Eigentümer waren, welche . . . zu übersetzen. Er *muss* vielmehr übersetzt werden: als ob diese *schon lange* (olim) Eigentümer gewesen wären, welche auch bei Lebzeiten des Vaters in gewisser Weise als Eigentümer betrachtet werden. Dieselbe verkehrte Auslegung der Paulusstelle kehrt bei Westrup a.a.O. S. 32 wieder. Aber zur Zeit des Sabinus, des Gaius und des Paulus hat das *formelle* dominium unzweifelhaft dem pater familias allein gehört. Er *allein* kann die Sklaven manzipieren oder freilassen, und solche Akte gelten durchaus nicht nur für seinen Anteil, sondern vollständig. Bei einem formellen condominium pro partibus ist so etwas unmöglich. Dass bei dem alten consortium ercto non cito (siehe das neugefundene Gaiusfr. 3,154a und Gellius 1,9,12) von mündigen Brüdern ein jeder von diesen solche Akte mit absoluter Gültigkeit vornehmen konnte, beruht darauf, dass dies consortium eine *Korporation* von Gleichgestellten war, die jeder für sich die Korporation repräsentierten, welche gar kein condominium pro partibus einschloss. (Hierüber ausführlich später.) Nun bezeichnet Ulpianus D.50,16,195,2 die Familie im persönlichen Sinne als ein corpus = Korporation. *Diese* Korporation besteht aber nicht aus Gleichgestellten,

sondern alle übrigen Mitglieder sind dem pater familias untergeordnet. Deshalb hat dieser *allein* hier das *formelle* dominium. Dass die übrigen, die sui, die beim Tode des Vaters Erben werden, *quodammodo* als domini zu betrachten sind, kann dann nichts anderes bedeuten, als dass sie der Korporation angehören, für welche der pater familias die Herrschaft hat. Sie sind zusammen Zwecksobjekte, ohne deshalb das wirkliche dominium zu haben. Gaius und Paulus wollen daher sagen, dass das Fehlen des wirklichen dominium, was die sui, künftige heredes, betrifft, während der Lebenszeit des Vaters nur *darauf beruht*, dass sie, solange der Vater lebt, von jedem Bestimmungsrecht ausgeschlossen sind. Wenn er stirbt, treten sie von selbst als wirkliche domini ein, weil sie zu der Korporation gehören, für welche er die Herrschaft hat, und nun von jeder ihnen übergeordneten *patria potestas* frei sind. Dies ist der offenbare Sinn des Satzes, dass die sui heredes schon vorher *quodam modo* domini sind und dass sich daher ihre Stellung beim Tode des pater familias nur in der Weise verändert, dass sie nun die libera administratio über das Vermögen erhalten. Einen ganz anderen Charakter hat die Stellung eines tutor oder curator. Dieser ist nicht wirklicher Eigentümer des Vermögens der Person, für welche er das Verfügungsrecht hat. Er *übt* nur in gewissen, genau bestimmten Beziehungen ein dominium aus, das an sich dem Zwecksobjekt gehört. Zu der Korporation aber, für welche der pater familias herrscht, gehört als wesentliche Bedingung *ihres rechtlichen Daseins* sein Herrscherrecht. In entsprechender Weise ist das imperium des Magistrates auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes ein ihm gehörendes Recht, das Bedingung für die rechtliche Einheit des populus Romanus ist, obgleich dieser andererseits aus den Generationen der römischen cives besteht und der zufällige Inhaber des imperium sein Recht wegen dieser fortdauernden Gemeinschaft hat. Das Innehaben der Auspizien, das die Grundlage des imperium ist, bedeutet, dass der Magistrat die Möglichkeit hat, sich den Beistand der Götter bei den *staatlichen* Akten, also bei den Akten für den populus Romanus zu sichern. Die Verwechslung der Stellung der Familienmitglieder als Zwecksobjekte mit einem wirklichen condominium, bei welchem ein jeder das wirkliche dominium über eine gewisse Quote hätte, führt WLASSAK ebenso wie WESTRUP in die Irre.

In der fraglichen Hinsicht aber herrscht gar kein Unterschied zwischen der *familia* im dinglichen Sinne und der *pecunia*. Beide sind dem dominium des pater familias unterworfen. Über beide herrscht er jedoch allein im Interesse seiner Familie im persönlichen Sinne. WESTRUP sagt a.a.O. S. 56—57 „... only acquisitions not absolutely necessary for maintaining the material existence of the family were subject to an actual *individual proprietary* right, that is to say subject to the housefathers right of free disposal *inter uiuos*“. Dies soll *pecunia* = res nec mancipi im Gegensatz zur *familia* = res mancipi im Gesetz der XII Tafeln sein (S. 61²). Waren nicht

z. B. Kleider und Getreide, die zu den *res nec mancipi* gehörten, „absolutely necessary for maintaining the material existence of the family“? Überhaupt hat der Unterschied zwischen den *res mancipi* und den *res nec mancipi* nur die Bedeutung, dass erstere wenigstens prinzipiell nur römischen Bürgern vorbehalten waren und deshalb nur durch einen zum römischen Rechte als solchem gehörenden formalen Akt übertragen werden konnten.

Das Wort *pecunia* stammt ebenso wie *peculium* von *pecus*. In diesem bestand nach Varro l.l.5,95 ursprünglich das ganze Vermögen. Die Römer waren anfänglich ein Volk von Hirten, sagt derselbe Varro r.r. 2,1,9. Vgl. weiter Festus v. *peculatus* 213 M., v. *peculium* 249 M. und v. *abgregare* 23 M. sowie Serv. in Buc. 1,33: *Peculi autem aut dixit, quia omne patrimonium apud maiores peculium dicebatur, a pecoribus, in quibus eorum constabat uniuersa substantia . . .* Siehe auch Cic. de rep. 2,9,16. Das *pecus* war auch offenbar das ursprüngliche Tauschmittel. Auf der ältesten eigentlichen Münze war das Kupfer durch *oues* und *boues* signiert (Plin. n.h. 18,3,12 und 33,3,43). *Pecunia* oder *peculium* muss deshalb ursprünglich dingliches Vermögen überhaupt bedeutet haben. So wird auch das Wort in der Literatur oft angewandt. Man beachte besonders Cic. de leg. 2,20,49, wo die Ansicht der *antiqui* über die Verpflichtung zu den *sacra* dargestellt wird. Dass die *familia*, die auf jeden Fall der Kern des Vermögens gewesen sein muss (hierüber sogleich), nicht zur *pecunia* gehörte, ist unmöglich.

Dieselbe Bedeutung hat der Ausdruck *suae rei* = *de sua re* (siehe Gaius I.2,224) in tab. 5,3. An vielen Stellen bei Plautus bedeutet *res mea* oder *sua*, *res erilis* oder *patria* oder *familiaris* „Hab und Gut“ des Hausherrn überhaupt. Hierbei muss man immer in erster Linie an das dingliche Vermögen gedacht haben, weil, wie schon nachgewiesen worden ist, die *hereditas*, d. h. das Vermögen des *pater familias* bei seinem Tode, als ein *Ding* betrachtet wurde, das durch Testament oder besonderes Gesetz übertragen werden konnte. An dieses Ding wurden indessen Forderungsrechte und Schulden angeknüpft. Das Vermögen im weiteren Sinne wurde damit auch durch diese positiv und negativ bestimmt. Hier sollen nur einige Beispiele des Sprachgebrauches bei Plautus angeführt werden. Trin. 327: *caute et cogitate suam rem tractare* = vorsichtig und bedächtig sein dingliches Vermögen verwalten. 330 Ph. *Habuitne rem?* Ly. *habuit.* Ph. *Qui eam perdidit?* Vgl. Rud. 38: *Rem bene paratam . . . perdidit* und Bach. 1113: *Perdidit filium, me atque rem omnem meam.* Res. = Vermögen. In der Komödie Trin. handelt es sich besonders um das Verhältnis zwischen zwei Freunden: Charmides und Kallikles, von welchen ersterer bei einer Abreise von seinem Landgut letzterem dieses selbst, seinen Sohn (*Lesbonicus*) und seine Tochter anvertraut hatte. Der verschwenderische Sohn verkaufte indessen das Vaterhaus,

um sich Mittel für seine Vergnügungen zu verschaffen. Um das Gut dem Vater zu retten, kaufte der Freund Kallikles das Haus zurück, kam aber damit in den Verdacht, unredlich zu sein. Vor diesem Hintergrund sind nun folgende Ausdrucksweisen zu sehen. Trin. 13: *Luxuria redet: is (Lesbonicus) rem paternam me adiutrice perdidit. Res paterna = das Vermögen des Vaters (Charmides). Vgl. 656: Lesbonicus: . . . Ut rem patriam (= das Vermögen meines Vaters) et gloriam maiorum foedarum meum. Möglicherweise liegt hierin auch eine Andeutung, dass dieses Vermögen von den Vorvätern ererbt ist. Vgl. auch 682: Lesb.: abusus sum tantam rem patriam. 113—114: Kallikles: Mihi commendavit uirginem gnatam suam et rem suam omnem, vgl. 956 und 1083. 615—617: Der Sklave des Charmides: propemodum quid illic (Kallikles) festinet sentio et subolet mihi: / Ut agro euortat Lesbonicum, quando euortit aedibus. / O ere Charmide(s), quom absenti [te] hic tua res distrahitur tibi. Dass *sua res* oder *res patria* das ganze Vermögen, also auch die *res immobiles* umfasst, lässt sich unmöglich bestreiten. Weiter: Men. 966 ff.: Spectamen bono seruo id est, qui rem erilem / Procurat, uidet, collocat cogitatque, / Ut absente ero rem eri diligenter / Tutetur quam si ipse adsit . . . Vgl. Most. 27—28. *Res erilis (eri) = Hab und Gut des erus überhaupt. Weiter: Bach. 458: Rem familiarem curat, custodit domum. Dies wird von einem Sohne gesagt, der verreist ist, um Forderungen des Vaters einzutreiben. Res familiaris wird mit der domus identifiziert. Jedoch werden dazu sogar Forderungen gerechnet. Dies zeigt einerseits, dass zur Zeit des Plautus die familia als domus die Grundlage des Vermögens war, andererseits, dass das ganze Vermögen (pecunia) als res familiaris bezeichnet werden konnte. Vgl. mit *sua res* das Wort *patrimonium*. Dieses Wort bedeutet ursprünglich dasselbe, eig. = das zur Stellung als *pater familias* Gehörende, nicht Erbgut. Das geht aus einer Zusammenstellung mit anderen Worten mit *monium* im Ende hervor: *matrimonium*, eig. = die Stellung als *mater familias*, daraus das Eintreten in diese Stellung (Ehe), *testimonium*, eig. = die Stellung als ein anwesender *testis* (siehe tab. 8,22: die Bedeutung Zeugnis ist sekundär: in spätlateinischer Sprache kann *testimonium* für *testis* stehen, LÖFSTEDT, Phil. Kommentar zur Peregrinatio Aetariae S. 332), *uadimonium* = die Stellung als *uas*, *castimonium* (*castimonia*) = Reinheit. Siehe auch ERNOUT et MEILLET Dict. ét. v. *pater* und den Zusatz am Ende der Beil. 5 (S. 171).**

Andererseits schliesst die blosse *familia* die *pecunia* ein. Es ist unmöglich, dass der, der nach tab. 5,4 die *familia* haben soll, welcher als solcher nach allen römischen Juristen *heres legitimus* ist, nicht das Recht an allen zur Erbschaft gehörenden Dingen hatte. Cic. sagt auch de inu. 2,50 148 . . . *familia pecuniaque agnatum gentiliumque esto*. Obgleich die *uerba formalia* wahrscheinlich unrichtig angegeben sind, kann man nicht voraussetzen, dass dies auf Unkenntnis beruht. Es kann nur angenommen

werden, dass der Ausdruck *familia pecuniaque* für Cicero dieselbe Bedeutung hat wie das bloße *familia* hatte. Weiter wird in *actio familiae* etc., die durch die XII Taf. festgestellt ist, der ganze dingliche Nachlass verteilt. Bei der *familiae emptio*, die bei dringender Lebensgefahr vorgenommen wurde, wenn vorher kein ordinäres Testament in den sog. *comitia calata* errichtet worden war, und durch die der sog. Käufer praktisch gesehen, wenn auch nicht mit zivilrechtlicher Gültigkeit Erbe wurde, lautet die Formel: *familiam pecuniamque . . . in . . . custodia . . . mea esse aio*. Bei Suet. Nero 4,1 wird der *familiae emptor* als *familiae pecuniaeque emptor* bezeichnet. Man beachte weiter, dass einerseits in Festus v. *sacrae leges* p. 318 M. gesagt wird: *sacer alicui deorum sicut familia pecuniaque*, andererseits aber in der von Livius 3,55,7 (vom J. 449 v. Chr.) erwähnten *lex sacra*: *eius caput Ioui sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque uenum iret*. In der *lex Osca* tab. Bant. 27 wird die *pecunia* im Sinne des totalen Vermögens als für die Grenze der magistratischen Multierung bestimmend angegeben. In der älteren *lex Silia* wird die *familia* als in derselben Hinsicht massgebend bezeichnet. Alles weist darauf hin, dass in dieser alten rechtlichen Phraseologie *familia* ebenso wie *pecunia* das Gesamtvermögen umfasst. Die Zusammenstellung *familia pecunia* als Bezeichnung von Vermögen überhaupt ist nun auch sehr gewöhnlich in der späteren Literatur. Siehe z.B. Gellius 2,24,11 (über Sullanische Gesetzgebung): *cum . . . familiam pecuniamque suam . . . proluissent*; 1,9,12: über die Aufnahme in den Kreis der Pythagoreer: *quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat*. Westrups Übersetzung der Worte *quisque familiae*: a.a.O. S. 61 „each member of the family“ muss unrichtig sein, da sonst *familia pecunia* das totale Vermögen bedeutet. Siehe weiter Tac. Hist. 4,2: *Is pecuniam familiamque . . . rapere*. In Ulp. D. 36,1,15,7 u. 8 wird gesagt, dass bei einem Fideikommiss, das den Erben befiehlt, einem anderen die *hereditas* herauszugeben, ausser dem Worte *hereditas bona* oder *familia* oder *pecunia* oder *uniuersa res mea* angewandt werden konnte.

Indes muss *familia*, die in der älteren Phraseologie niemals hinter *pecunia* gestellt wird, hierbei als das Primäre betrachtet werden, dessen Innehaben das Innehaben der *pecunia* als des totalen Vermögens mit sich bringt. Die *familia* muss den Kern des Vermögens des *pater familias* gebildet haben. Was war nun dieser Kern? Dabei sind zwei Umstände in Betracht zu ziehen. 1. Es ist bezeugt, dass ursprünglich die ganze Nachkommenschaft des lebenden Familienvaters, also nicht allein die eigenen Kinder, sondern auch die Enkel und Enkelinnen, Urenkel und Urenkelinnen *unter demselben Dache mit ihm lebten*, falls sie nicht bloss mütterlicherseits von ihm stammten — in diesem Falle gehörten sie zum Manne des Weibes — oder falls sie nicht durch einen besonderen rechtlichen Akt vom Familienvater geschieden worden waren. Dabei waren

auch adoptierte Kinder als natürliche Kinder zu betrachten. Diese standen gleichfalls unter der absoluten Herrschaft des Familienvaters. Dieser konnte sie, selbst wenn sie zu reifem Alter gelangt waren, töten und insbesondere gleich nach der Geburt ihre Aufnahme in die Familie verweigern, in welchem Falle sie sofort getötet werden mussten. 2. Alle diese Personen, der Familienvater selbst eingeschlossen, wurden nun zusammen als *familia* im persönlichen Sinne bezeichnet. Damit sind wir zu wenigstens einer Analogie mit Familie in unserm Sinne gelangt. Diese Bedeutung des Wortes kann aber nicht die ursprüngliche gewesen sein. Denn wie im Nachfolgenden bewiesen werden wird, hat das Wort ursprünglich ein gewisses *Ding*, nicht eine Gesamtheit freier Personen bedeutet. So notwendig in den angeführten tab. 5,4 und 5,5. Diese Bedeutung ist es, die hier von uns untersucht wird. Aber der Umstand, dass die gesamte Nachkommenschaft mit dem Familienvater zusammen später als die *familia* bezeichnet wurde, weist darauf hin, dass ein Zusammenhang zwischen der Bedeutung der *familia* im dinglichen Sinne und der persönlichen Familie bestanden haben muss. Was ist dann natürlicher, als dass sich die ursprüngliche Bedeutung des Wortes *auf die gemeinsame Wohnstätte der persönlichen Familie bezog*? Diese hielt ja die persönliche Familie äusserlich zusammen. Der Familienvater hatte auch, wie schon angedeutet wurde, die Herrschaft über die Wohnstätte im Interesse seiner persönlichen Familie. Die ganze Nachkommenschaft bildete eine Korporation, die allerdings unter der Herrschaft des Familienvaters stand, aber das Zwecksobjekt dieser Herrschaft war. Er herrschte über das gemeinsame Haus und dessen Bewohner im Interesse der ganzen Familie. Dann liegt auch die Annahme sehr nahe, dass im ursprünglichen Sinne *familia* sich auf ein gewisses Ding bezog, nämlich das gemeinsame Haus, und dass der persönliche Sinn daher stammt. Wenn Ulp. D.50,16,195 die zu seiner Zeit vorhandenen Bedeutungen des Wortes aufzählt, bezeichnet er auch den lebenden Familienvater — *pater familias* — als den, *qui in domo dominium habet*. Und wenn er die Agnaten, d.h. alle diejenigen, die väterlicherseits von einem verstorbenen Urvater stammen, als eine *familia* im weiteren Sinne bezeichnet, wendet er den Ausdruck an: sie stammen alle *ex eadem domo* und sind *deshalb* als eine *familia* zu bezeichnen. Er erwähnt indessen auch als eine Bedeutung des Wortes *familia*: einen Sklavenhaufen. Das Wort *familia* scheint von *famulus* = Hausdiener zu kommen, welches seinerseits von einem oskischen Worte *famel* stammen soll (Festus 87 M). ERNOUT et MEILLET Dict. ét. v. *famulus* ziehen in Erwägung, ob nicht das Wort etruskischen Ursprung habe. Dass indessen in jedem Falle im römischen Sprachgebrauch daraus *in erster Linie familia* als das *Haus*, zu welchem der *famulus* gehört, entstanden ist und dass *familia* im Sinne eines Sklavenhaufens, was *Rom* betrifft, eine sekundäre Bildung ist, ebenso wie *familia*

im Sinne der unter der patria potestas stehenden Familie, die das Zwecksubjekt dieser Herrschaft ist, wird alsbald *bewiesen* werden.

Auf diese Weise versteht man auch am besten die Darstellung bei Gaius I.2,157, die sowohl den Primat der sui als Erben wie die Notwendigkeit ihrer Eigenschaft, Erben zu sein, erklärt: Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia *domestici* heredes sunt et uiuo quoque parente quodam modo domini existimantur . . . Hier wird ja hervorgehoben, dass sie zur selben *domus* gehören und schon bei Lebenszeiten des pater familias in gewisser Weise *domini* sind. Auch hier tritt also hervor, dass die Grundlage für die familia als ein Ganzes der der Macht des Hausvaters unterworfenen freien Personen gerade die gemeinsame domus ist.

Aber der wirklich entscheidende Beweis für die Richtigkeit der Behauptung, dass die ursprüngliche Bedeutung von *familia* das gemeinsame Haus ist und dass *familia* in der tab. 5,4 und 5,5 diese Bedeutung hat, ist ein anderer. Auf keinem Gebiete sind die Römer so konservativ wie auf dem religiösen. Deshalb ist in unserer Frage die Tatsache entscheidend, dass in von der *Religion* — in erster Linie der pontifikalen — bestimmten Phrasen das Wort *nur* in der Bedeutung einer solchen *domus* angewandt wird, welche die gemeinsame Wohnstätte des Hausherrn und seiner Kinder sowie der Hausgötter ist, von welchen alle Kraft des ersteren, für sich und seine Familie zu sorgen, ausgeht. Dies soll nachstehend bewiesen werden. In Plautus Aul. Prol. erscheint ein *Lar* vor den Augen der Zuschauer und sagt von sich selbst 2 ff.: Ego Lar sum familiaris ex *hac familia* / *Unde* exeuntem me aspexistis. *hanc domum* / Iam multos annos est, quom possideo et colo / Patri auoque iam huius, qui nunc hic habet. Die Worte *unde* exeuntem me aspexistis zeigen, dass der Lar als aus dem *Hause* herastretend dargestellt wird. Hinter ihm befindet sich das Haus, das er lange possidiert und gehütet hat. Damit ist klar, dass die Annahme LEO's, Plautinische Studien S. 192¹, falsch sein muss. Er meint, dass es sich hier um einen ständig *ausserhalb* des Hauses stehenden ἡρωζ der Familie handelt. Miteinander soll in dem Vorbilde der Komödie einen solchen ἡρωζ sprechen lassen. (Siehe über den fraglichen Gebrauch Herod. 6,69.) Das ist vielleicht richtig. Bei PLAUTUS aber tritt der Lar aus dem Hause heraus und spricht zu den Zuschauern. Der Hauslar hatte seinen Sitz am Herde. Darauf beziehen sich die Worte v. 7 ff.: in medio foco defodit (scil. thesaurum auri) uenerans me, ut id seruarem sibi. Vgl. auch Aul. 386. Lar *familiaris* bedeutet daher hier den Lar des *Hauses* und *ea familia* bedeutet das *Haus*, das der Lar zugunsten sowohl des gegenwärtigen Inhabers als seines Vaters und Grossvaters lange possidiert und betreut hat. — Im Mercator 830 ff. verlässt ein aus dem Vaterhause (mea domo patria) vertriebener Jüngling dieses mit folgenden Worten: Di penates meum parentum, familiai Lar pater / Uobis mando, meum paren-

tum rem bene ut tutemini / Ego mihi alios deos penatis persequar, alium Larem. Hier kann der Ausdruck: familiai Lar pater nichts anderes als den *Herrn* und Hüter des Hauses bedeuten. Vgl. Ennius Ed. STEWART S. 88 fr. 28: Uosque Lares, *tectum nostrum* qui funditus curant. Die Bezeichnung ist mutmasslich angewandt worden um auszudrücken, dass die Stellung des Lars auf der göttlichen Seite dieselbe ist wie die des menschlichen pater familias. Wenn *familia* ursprünglich das Haus bezeichnet, ist auch der menschliche pater familias der zum Hause gehörende Vater, der als solcher darüber herrscht. Wie nahe die Bezeichnung *pater* der von *Herrscher* steht, zeigen Cic. de nat. deorum 2,2,4 und Varro l.l.5,65: Diumque hominumque *pater rex*. Man beachte auch die Bezeichnung: *patres conscripti* und *patricii*. (Siehe über das Wort *pater* die beachtliche Darstellung bei WESTRUP, a.a.O. S. 19 ff.) — Ferner ist Trin. 39 f. anzuführen: *Larem* corona nostrum decorari uolo. / Uxor uenerare ut nobis haec *habitatio* / Bona fausta felix fortunataque euenat. Dass es sich hier gerade um einen *Lar familiaris* handelt, ist offenbar. Hinzuzufügen ist, dass *Lar familiaris* oder *Lares familiares* die Bezeichnung für das Haus selbst wurde (WISSOWA, Rel. und Kultus der Römer S. 169⁷).

Ehe wir nun zu den von Cato de agric. erwähnten noch wichtigeren religiösen Wendungen übergehen, ist auf die bedeutsame Tatsache hinzuweisen, dass in allen älteren rechtlichen Phrasen *familia* ein gewisses *Ding* bezeichnet. So in tab. 5,4 u. 5,5, so in actio *familiae* erciscundae, so in *familiae* emptio, so in der von Livius 3,55,7 erwähnten lex sacrata von 449 v. Chr, so in der alten lex Silia. In der lex Acilia repet. vom Jahre 124 v. Chr. wird v. 23 angeordnet, dass in demselben Richterkollegium nicht mehrere Personen *ex eadem familia* ihren Sitz haben dürfen. Wenn auch hier, ebenso wie in den aedilizischen und prätorischen Edikten, *familia* im persönlichen Sinne — und auch als Bezeichnung für einen Sklavenhaufen — angewandt wird, so beweist das nichts hinsichtlich der *älteren* rechtlichen Terminologie, die hier allein interessiert. Als einzige Gegeninstanz kann Ulp. D.50,16,195 vorgebracht werden, wo er die Worte *ex ea familia in eam familiam* aus dem Zwölf Tafelgesetz anführt, welche Worte von *patronus* und *libertus* gesagt werden sollen und sich daher nach Ulp. auf *singulares personae* beziehen. Eine solche Bedeutung hat indes das fragliche Wort sonst niemals, weder früher noch später. Da es sich nun hier um das Erbrecht des *patronus* nach dem *libertus* handelt, dieses aber voraussetzt, dass der Freigelassene bei seinem Tode keine *sui heredes*, also keine *familia* im persönlichen Sinne hat (Ulp. Reg. 29,1, vgl. Gaius I.3,40), kann Ulp. die Ausdrücke nicht auf *familia* im persönlichen Sinne beziehen, sondern lässt sie den *libertus* bzw. den *patronus* als einzelne Personen bezeichnen, weil es sich um Erbverhältnisse zwischen ihnen handelt. Man beachte nun, dass Ulp. die Bezeich-

nung des *Hauses* selbst als *familia* fremd war. Von *familia* im dinglichen Sinne blieb in späterer Zeit nur die Bedeutung „Vermögen“ überhaupt. Dann aber kann es als höchst wahrscheinlich betrachtet werden, dass in dem von Ulp. gemeinten Gesetze von einem Übergang des zum *Hause* des *libertus* gehörenden Nachlasses an das *Haus* des *patronus* die Rede war. „Von dem *Hause*“, nämlich dem des *libertus*, „an das *Haus*“, nämlich das des *patronus*, bedeuten die Worte *ex ea familia in eam familiam*. Dies ist wenigstens, wenn man die gesamte geschichtliche semasiologische Situation beachtet, die einzig mögliche Auffassungsweise.

Wenn man aber annehmen darf, dass die ältere rechtliche Phraseologie ebenso wie die religiöse den ursprünglichen Sprachgebrauch offenbart, muss man auch die Auslegung der von Cato überlieferten Opferformeln an die Bedeutung des Wortes *familia* auf rechtlichem Gebiete anknüpfen. Dann muss man notwendig dem Worte in diesen Formeln einen dinglichen Sinn zusprechen. Bei dieser Begrenzung der Auslegungsmöglichkeit ergibt sich die Bedeutung von *familia* hier von selbst. Wir wollen nun einige Opferformeln aus Cato de agric. anführen, in welchen dieses Wort vorkommt. 132 wird eine an *Iupiter dapalis* gerichtete Prekation angegeben: *Iupiter dapalis, quod tibi fieri oportet in domo familia mea culignam uini dapi, ei<us> rei ergo macte hac illace dape pollucenda esto*. Wenn das ausgeschlossen ist, dass in dieser altertümlichen Prekation *familia* die persönliche Familie bedeutet, so dass es sich um ein Opfer im Familienkreise handeln würde, so ist es unmöglich, *familia* anders als als eine nähere Bestimmung der *domus* aufzufassen. Man setze die gewöhnlich, m. E. völlig grundlos, dem Worte im dinglichen Sinne zuerteilte Bedeutung von *res Mancipi* ein! Die Phrase würde dann bedeuten: . . . weil ein Opfer in meinem Haus in Anwesenheit meiner Sklaven, Ochsen, Maulesel, Pferde und Esel geschehen soll . . . Niemand wird dies wohl im Ernste annehmen. Die hier gegebene Auslegung wird durch die von Livius 22,53,11 angeführte Eidesformel bestätigt, wo die Zusammenstellung *domus familia* wiederkehrt: *si sciens fallo, tum me Iupiter optimus maximus, domum, familiam remque meam pessimo leto adficiat*. Es ist vorher bewiesen worden, dass *res mea* dasselbe bezeichnet wie *pecunia*. Also hat die Formel dieselbe Bedeutung, als ob geschrieben wäre: *domum familiam pecuniamque meam*. Dass aber der Ausdruck *familia pecuniaque* dingliche Bedeutung hat, ist von niemand bestritten worden. Dann hat auch bei Cato a.a.O. *domus familia* dingliche Bedeutung, wodurch die Richtigkeit des vorher aus der konstanten älteren rechtlichen Terminologie gezogenen Schlusses bestätigt wird. Es ist hinzuzufügen, dass im Eide ebenso wie in einer *lex sacra* ein hypothetischer Fluch vorliegt. In einer solchen wird indes nach Festus p. 318 M. *familia pecuniaque* dem Götterzorne geweiht. Bei Livius 3,55,7 wird gesagt, dass *familia* nach einer gewissen *lex sacra* verkauft werden soll. Da nun *familia* hier

dingliche Bedeutung hat, wäre es höchst sonderbar, wenn das Wort im Eidesfluche nicht auch dingliche Bedeutung hätte. — In 139 (Cato) kommt die Opferformel vor: *uti sies uolens propitius mihi domo familiaeque meae liberisque meis*. Siehe auch 134,2 und 141,2 u. 3. In der letzteren Stelle wird hinzugefügt: *duisque bonam salutem ualetudinemque mihi domo familiaeque nostrae*. Dass bei der Zusammenstellung von *domus* und *familia familiaeque* statt des einfachen *familia* gesagt wird, hat keine Bedeutung. Dies schliesst keineswegs aus, dass *familia*, die immer etwas mehr als die blossе *domus* bedeutet (darüber sogleich), *domus* in sich schliesst und nur eine nähere Bestimmung dazu ist, vgl. *familia pecuniaque*. Es ist nun zu bemerken, dass der Zusatz *liberisque meis* rein tautologisch sein würde, wenn *familia* hier persönliche Bedeutung hätte. Wie tiefgewurzelt in der religiösen Sprache die Zusammenstellung *domus familia* ist, erkennt man, wenn man bedenkt, dass dieselbe Phrase im Edikt über die *ludi saeculares* vom Jahre 17 n. Chr. vorkommt, nämlich als Bestandteil einer solennen Prekation, in der u. a. gesagt wird: *estote fitote u(olente)s propitii p. R. Quiritibus XVuirum collegio mihi domo familiae* (C.I.L.VI,32323).

Eine oft abgehandelte Catostelle ist c. 138, wo die Worte lauten: *Boues feriis coniungere licet. Indes folgt eine Einschränkung: haec licet facere: aruehant ligna, fabalia, frumentum, quod non [daturus] <saturus> erit* (KARLOWA). Sie sollen also sonst — nach pontifikalер Verordnung — die zu den *feriae* gehörende Freiheit von profaner Arbeit geniessen. In der Fortsetzung aber wird gesagt: *Mulis, equis, asinis feriae nullae, nisi si in familia sunt*. KARLOWA fasst R. Rg. II, S. 358 den *nisi*-Satz so auf, als ob er *feriae* zum Subjekt hätte. Der Sinn ist nach ihm der, dass *mulis* etc. keine anderen *feriae* geniessen als die *feriae familiares* oder *priuatae* im Gegensatz zu *feriae publicae*. Aber ganz abgesehen von der Schwierigkeit, dass *feriae familiares* durch *feriae in familia* bezeichnet sein würden, ist die erwähnte Auslegung unmöglich. Sie wäre nämlich nur dann möglich, wenn geschrieben worden wäre: *nisi quae in familia sunt*. Da indes in der Stelle gesagt wird: *mulis . . . feriae nullae, nisi si in familia sunt*, würde unter der Voraussetzung, dass das Subjekt des *nisi*-Satzes *feriae* wäre, die Übersetzung lauten: die Maulesel etc. haben keine ‚feriae‘, ausser wenn diese sich ‚in familia‘ finden. Dies ist indes eine Sinnlosigkeit. Eine gewisse Person hat keine Kinder, ausser wenn diese sich in Deutschland befinden! Das Natürlichste ist entschieden, als Subjekt im *nisi*-Satze *mulis* etc. anzunehmen. Diese haben keine *feriae* (hier = Freiheit von profaner Arbeit), ausser wenn sie ‚in familia‘ sind. So wird die grammatische Konstruktion von WLASSAK, a.a.O. S. 49 ff., richtig aufgefasst, wobei allerdings keine grammatische Analyse gegeben wird, aber starke quellenmässige Gründe gegen die Annahme angeführt werden, dass die Maulesel etc. nur bei *feriae familiares* nicht zu profaner Arbeit

verwendet werden durften. Wie aber legt W. die Worte *in familia* aus? Er weist auf die Gaius I.2,15 erwähnte Prokulianische Anschauung hin, nach welcher die Tiere, die überhaupt *res Mancipi* sein können, also boues, muli, equi, asini oder die *quadripedes* überhaupt, welche *collo dorsoue domantur*, erst dann zu den *res Mancipi* gehören, wenn sie wirklich gezähmt worden sind, oder falls sie nicht gezähmt werden können, wenn sie das Alter erreicht haben, in welchem solche Tiere gezähmt zu werden pflegen. Diese Prokulianische Anschauung soll älter als die Sabinianische sein, nach welcher die Eigenschaft *res Mancipi* mit der Geburt eintritt. Der Sinn der Catonischen — natürlich von den pontifices herstammenden — Äusserung soll nun der sein, dass die Maulesel etc. nur *feriae* geniessen dürfen, wenn sie zu der *res Mancipi* gehören (was ja nach Proculus nicht notwendig ist) = *in familia* sunt. Diese Auslegung ist indes in Wirklichkeit unmöglich. Nur wenn die fraglichen Tiere gezähmt worden sind und daher als Arbeitstiere angewandt werden können oder nicht in gewöhnlicher Zeit gezähmt werden konnten, sollen sie bei religiösen Festen von profaner Arbeit frei sein! Können sie vielleicht gleich nach der Geburt zur Arbeit verwandt werden? Ausserdem kann für die Ansicht, dass *familia* als sog. Hausvermögen gerade die *res Mancipi* umfasste, nicht die geringste Stütze in den Quellen angeführt werden. (Siehe oben!) Dass in der Catostelle gerade von solchen Tieren gesprochen wird, die zu den *res Mancipi* gehören, hat seine natürliche Erklärung darin, dass diese — boues, muli, equi, asini — in älterer Zeit die einzigen Zugtiere waren. (Dass niemals Elefanten und Kamele zu den *res Mancipi* gerechnet wurden, obgleich auch sie gezähmt zu werden pflegten, beruht nach Gaius — § 16 — darauf, dass diese Tiere in älterer Zeit unbekannt waren.) Wenn man aber den Satz: *nisi si in familia sunt* so auslegt: „ausser wenn sie (muli etc.) sich auf dem Hausgebiet befinden“ — zu jedem Haus im hier vorliegenden Sinne gehörte ein kleines Gebiet (WESTRUP, a.a.O. S. 58 ff.) —, wird ja alles klar. Wenn sie zu Arbeiten, die nicht das Hausgebiet selbst berühren, benutzt werden, sondern ausserhalb dieses Gebietes Verwendung finden, geniessen sie bei religiösen Festen keine Freiheit von profaner Arbeit.

Mit dem hier Angeführten wird gewiss nicht behauptet, dass *familia* zur Zeit des Plautus oder zu der Catos d. Ä. nicht auch sowohl im Sinne der persönlichen Familie von Freien als im Sinne eines Sklavenhaufens gebraucht wurde. Es handelt sich nur um die Bedeutung in religiösen Phrasen und damit wegen des konservativen Charakters der religiösen Sprache um die ursprüngliche Bedeutung des Wortes. Es ist auch nicht zu bestreiten, dass der Übergang zum persönlichen Sinne besonders leicht gewesen sein muss: was die Familie als ein Ganzes von Freien unter dem Hausvater betrifft, weil die *domus familia* das äusserlich zusammenhaltende Band war; was die *familia* als einen Sklavenhaufen betrifft, weil

das Grundwort, aus welchem sich familia entwickelte, famel = Hausdiener war.

Endlich haben wir die Bedeutung der *familia* als einer näheren Bestimmung der *domus* auseinanderzusetzen. Schon aus den vorher angeführten Beispielen der Anwendung des Wortes geht folgendes hervor. Durch den Zusatz familia wird die domus so näher bestimmt, dass es sich nur um die feste Wohnstätte des pater familias und seiner Familie handelt. Damit steht in unmittelbarem Zusammenhang, dass die fragliche domus das Haus ist, zu welchem solche göttliche Kräfte gehören, die speziell dem pater familias, dem Hausherrn, dienen. Im Vordergrund steht dabei der Herd in der Mitte des Hauses, dessen Bedeutung nach allgemeiner indogermanischer Anschauung bekannt ist. An den Herd sind weiter die Penaten und der Hauslar angeknüpft. Diese Götter hatten ihre Kraft in gewissen äusseren Dingen, die am Herde verwahrt werden. Aeneas nahm ja seine Penaten bei der Flucht aus Troja mit. Der Hauslar sollte bei besonderen Festen bekränzt werden. Überhaupt waren allerdings die römischen Götter, wie ich in meiner Schrift *Das magistratische ius* zu beweisen versucht habe, Personen für sich. Sie hatten sogar ein bestimmtes Geschlecht. Insoweit waren sie wenigstens prinzipiell für die Menschen unsichtbar. Jedoch waren sie andererseits Funktionskräfte, die bei gewissen äusseren Dingen ihren Sitz hatten: Altären, Tempeln, Grenzsteinen etc., später in besonderen Bildern in menschlicher Form — Iup. opt. et maximus stand auf dem Capitolium als ein Triumphator abgebildet. Dieses Bild war auch der Gott selbst, insoweit die Funktionskräfte des Gottes darin wohnten. Noch andere Hausgötter haben wenigstens ursprünglich ihren Sitz am Herde gehabt, nämlich die Geister der Verstorbenen. Dies, falls man sich auf die Angabe von Serv. ad Aen. 5,64 und 6,152 verlassen darf. Die Asche des Verstorbenen soll ursprünglich in seinem eigenen Hause begraben worden sein. Jedenfalls ist der Hauskultus der zum Hause gehörenden Verstorbenen bekannt: sine sacris nulla hereditas! Als unmittelbarer oder mittelbarer Sitz dieser Götter ist die *domus familia* mit göttlichen Kräften ausgerüstet. Vom Hause geht auch aller private Erwerb aus. Dieser Erwerb ist in erster Linie vom richtigen Kultus der Hausgötter abhängig. Wenngleich auch andere Götter, wie Ceres, Ianus Pater, Mars Pater, Lares compitales u. a. Gegenstand des Kultus sein müssen, so haben diese doch nur Bedeutung für die Erreichung besonderer Vorteile, wie reicher Ernten, Befreiung von aller das Eigentumsgebiet befleckenden Unreinheit. Der zentrale Kult, der den privaten Erwerb bedingt, ist immer der Hauskultus. Derjenige aber, der das Haus rechtlich besitzt, der rechtliche Hausherr, kann allein die im Hause vorhandenen göttlichen Kräfte zu seinen Gunsten anwenden. Deshalb wird nun auch das ganze private Vermögen als *res familiaris* bezeichnet. Deshalb wird alles Eigentum als *dominium*

— Hausherrschaft — bezeichnet. Die eigenen Kinder des Hausherrn setzen bei seinem Tode seine Hausherrschaft fort und übernehmen damit die ganze *res familiaris*, wenn sie nicht für erblos erklärt werden. Wer, wenn sich keine Kinder finden, die Hausherrschaft übernehmen soll, wird vom Gesetze bestimmt. Aber wer sie auch übernimmt, der übernimmt als Hausherr den Kultus der Hausgötter, auf dem die Möglichkeit beruht, sich selbst und die ganze Familie zu erhalten.

Endlich sei zur Beleuchtung der ‚*domus familia*‘ Cicero de domo sua 41,108 f. angeführt. P. Clodius hatte während Ciceros Exil auf dessen Haus Beschlag gelegt und in der Absicht, ihn künftig vollständig davon auszuschliessen, das Gebiet der *Libertas* geweiht. Ein Bild dieser Göttin war dort aufgestellt worden. Die Entscheidung, ob diese Sakralisierung Gültigkeit habe oder ob das Haus Cicero zurückgegeben werden könne, stand den *pontifices* zu. Er sagt nun darüber: . . . *ista tua pulchra Libertas deos penates et familiares meos lares expulit, ut se ipsa tamquam in captiuis sedibus collocaret? Quid est sanctius, quid omni religione munitius quam domus uniuscuiusque ciuium? Hic arae sunt, hic foci, hic di penates, hic sacra, religiones, caeremoniae continentur; hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit. Quo magis est istius furor ab auribus uestris repellendus, qui, quae maiores nostri religionibus tuta nobis et sancta esse uoluerunt, ea iste non solum contra religionem labefactauit, sed etiam ipsius religionis nomine euertit. Das Haus Ciceros im speziellen Sinne, *domus sua*, welche so mächtige göttliche, im Dienste des Hausvaters wirksame Kräfte beherbergte, dass es ein religiöses Verbrechen war, ihn daraus zu vertreiben, war nach der älteren Terminologie die *domus familia* Ciceros, wenn auch zur Zeit Ciceros *familia* im dinglichen Sinne ihre ursprüngliche Bedeutung verloren hatte und nun bloss *privates Vermögen* überhaupt, besonders in Verbindung mit *pecunia*, bezeichnete. Das fragliche Haus behielt allerdings seine besondere Heiligkeit. Aber es behielt nicht seine Bedeutung als die Grundlage, auf welcher das totale dingliche Vermögen ruhte, welches nur durch die Hilfe der Hausgötter erworben werden konnte. Es wurde, abgesehen von seiner besonderen Heiligkeit, nur *ein* Bestandteil des dinglichen Vermögens. Diese Veränderung der Betrachtungsweise stand in Zusammenhang mit dem Siege der Geldwirtschaft über die Naturalwirtschaft.*

Schon früher hat man die Bedeutung von *familia* durch das *Haus* bestimmt. So z.B. MITTEIS, WLASSAK und WESTRUP. Aber das *Haus* selbst wird nicht konkret sinnlich aufgefasst, sondern solchen abstracta gleichgestellt wie „Hauswesen“, „Haushalt“ oder „the joint family property“, die aus den *res mancipi* bestanden haben soll. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird hier bestritten.

Wenn die gegebene Darstellung zutrifft, wird auch der Schluss not-

wendig, dass die *familia* zur Zeit der XII Tafeln keine Handelsware sein konnte. Hätte die *familia* veräußert werden können, so hätte auch die damit zusammenhängende *pecunia* — das totale dingliche Vermögen als eine Einheit — veräußert werden können. Nichts aber ist sicherer, als dass dies immer unmöglich war. Der bonorum emptor beim Konkurs wurde *nicht* Eigentümer ex iure Quiritium, sondern nur *in bonis* (Gaius I,3,80). Er musste aber, insoweit die intentio auf seine eigene Person als berechtigt lautete, ficto se *herede* agieren (4,35). Es musste also fingiert werden, dass er *Erbe* sei. Weshalb? Offenbar, weil die *pecunia* nur an den *Erben* als solchen übertragen werden konnte. Dann konnte auch die *familia* als die feste Wohnstätte, *solange* sie die Grundlage der *pecunia* ausmachte, *nur* auf den *Erben* übergehen. Dies wird auch durch direkte Angaben bestätigt. Die oben erwähnte *familiae emptio* war nur als eine fiktive Erbeseinsetzung möglich. Wenn die *familia* für sacer erklärt wurde, war auch der Hausherr selbst sacer. Wenn sie wirklich für sakrale Zwecke verkauft werden sollte, war der Inhaber selbst sacer. Beides, weil er mit seiner *domus-familia* zusammengehörte.

Hier ist es angebracht, die Erzählung Varros (r.r.I,10,2) über das *heredium* zu erwähnen. Er sagt: Bina iugera, quod a Romulo primum diuisa dicebantur uiritim, quae heredem sequerentur, heredium appellarunt. Zur Zeit der XII Tafeln war diese ursprüngliche Bedeutung des Wortes schon weggefallen. *Heredium* war in der Sprache der XII Tafeln die Bezeichnung für einen *hortus* und wird von Festus als *praedium paruulum* bestimmt. (Siehe die von WESTRUP a.a.O. S. 60⁸ u. 9 angeführten Stellen!) Die Varronische Erzählung bezweckt deutlich, den Übergang von einem ursprünglichen blossen Gentileneigentum am Boden zur Möglichkeit von Privateigentum an ihm darzustellen. Nach WESTRUP S. 61 soll das *heredium* „the originally inalienable patrimonium“ sein. Er sagt A.3: „No doubt *patrimonium* originally denotes the paternal estate only (= *heredium*).“ Dass dies falsch ist und dass *patrimonium* nur das Eigentum des *pater familias* als solchen bedeutet und also nichts mit von den Vorfahren ererbtem Eigentum zu schaffen hat, ist nachgewiesen worden. Es kann auch *keine* Quellenstelle nachgewiesen werden, worin *patrimonium* als *heredium* bezeichnet wird. Immer fand sich neben dem *heredium* anderes *privates* Eigentum. Aus übereinstimmenden Quellen geht hervor, dass die Hirten, von denen die römische Bevölkerung herstammte, ihre Viehherden als Privateigentum betrachteten. Es ist offenbar, dass auch diese an die *Erben* übergehen sollten, insoweit sie beim Todesfalle dem Erblasser gehörten. Aber *soviel* kann immer behauptet werden, dass mit der Möglichkeit eines Privateigentumsrechtes am *Boden* auch das *Haus* als eine feste Wohnstätte für die einzelne Familie und Hausgötter eine Möglichkeit wurde. Und hinsichtlich *dieses Hauses* galt, dass es nicht entäußert werden konnte, sondern in *dem Sinne*, in welchem WESTRUP

die Varronische Erzählung auffasst, dem Erben folgen sollte. Aber dass das *heredium* im ursprünglichen Sinne „dem Erben folgen“ sollte und dass daher die Bezeichnung stammt, *braucht* nichts anderes zu bedeuten, als dass es als wirkliches *Privateigentum* ebenso wie anderes solches Eigentum vererbbar war, während vor der auf Romulus zurückgeführten Verteilung des Bodens an die Einzelnen diese nur einen zufälligen usus eines Teiles des Bodens erhalten konnten.

Indessen wird nun klar, weshalb in tab. 5,4 und 5,5, wo die Intestaterbschaft ohne *sui heredes* geregelt wird, nur von *familia* die Rede ist, während in 5,3, wo die Testamentierfreiheit besonders für Legate geregelt wird, nur von *pecunia* geredet wird. Im ersteren Falle waren keine Legate möglich. Es handelt sich dort nur um Erbeinsetzung. Erbe wird man als Inhaber der *domus familia*, wengleich man durch das rechtliche Innehaben derselben auch Eigentümer des gesamten Vermögens wird. Deshalb braucht hier nur vom Übergang der *familia* geredet zu werden. Wenn es sich aber speziell um die Legatsfreiheit und die Möglichkeit der testamentarischen *manumissio* handelt, — wie es 5,3 der Fall ist (hierüber später) — so ist es natürlich nicht angebracht, von der *familia* zu reden, welche selbst nicht als Legat vermacht werden kann. Dann ist es natürlich richtig, statt dessen vom totalen Vermögen — *pecunia* — zu reden, was gar nicht ausschliesst, dass hier die Freiheit, Erben einzusetzen, vorausgesetzt wird. Letzteres ist besonders in der allgemeinen Bestimmung über das *legare suae rei* eingeschlossen.

Dass die *sui heredes*, weil sie schon vorher, wenn auch nur unselbständige, *domini* waren, mit dem Tode des *pater familias* von selbst die Stellung selbständiger *domini* erhalten, tritt im Prinzip hervor: *agnatione* (d.h. durch nach Testamentserrichtung erfolgendem Hinzutritt von Personen, die nach dem Tode des Testators *sui heredes* werden, wenn sie dann leben und aus der *Vatersfamiliae* nicht ausgetreten sind) *rumpitur testamentum*. Dasselbe zeigt sich weiter darin, dass ein *formelles* Aufheben des Erbrechtes nötig war, wenn eine Person, die potentieller *suus heres* zur Zeit der Testamentserrichtung war, ausgeschlossen werden sollte. Wenn eine solche Person im Testament weder eingesetzt noch *exhereditiert* wurde, war das Testament von vornherein ungültig, wenigstens wenn sie beim Todesfalle noch lebte und nicht aus der *patria potestas* ausgetreten war (so nach den Prokulianern). In späterer Zeit wurden diese Prinzipien modifiziert. Wenn der eigene Sohn unter der *patria potestas*, der bei der Anfertigung des Testaments lebte, in diesem nicht eingesetzt oder *nominatim* *exhereditiert* war, verfiel das Testament vollständig. Wenn sonstige potentielle *sui heredes* ganz übergegangen waren, galt das Testament, aber das ihnen nicht formell entzogene Erbrecht machte sich so geltend, dass sie als *auch* nach einer gewissen Quote *scripti*

heredes zu fingieren waren. Siehe Gaius I.2,123 u. 124 und C.I.6,28,4,1. In der zuletzt erwähnten Stelle wird gesagt, dass die *filia praeterita* als *scripta* den Legaten unterworfen war (vgl. DE VISSCHER, *Mél. Cornil* 2, S. 578). Dass die vom Geschlechte bestimmte Verschiedenheit in der Behandlung von möglichen *sui heredes* eine spätere Institution war, geht aus C.I. eod. § 2 hervor, wo sie aus der Zentumviralpraxis erklärt wird. Über den Anlass ihrer Einführung später. Auch das Prinzip: *agnatione rumpitur testamentum* wurde später in der Weise modifiziert, dass es möglich wurde, *postume sui* einzusetzen oder zu *exheredieren* und so die *ruptio* zu vermeiden. Darüber alsbald. — Wenn einer der potentiellen *sui heredes* zum Erben eingesetzt wurde, war dies nur ein Gutheissen seines schon an sich beim Todesfall bestehenden Rechtes (deshalb wurde er *heres necessarius*), ebenso wie umgekehrt die *Exheredierung* ein Aufheben desselben Rechtes war. Die *Exheredierung*, die selbst keineswegs eine Ausschliessung aus der *Agnatengemeinschaft* war, ist das negative Gegenstück zur *Übertragung* der *familia* durch *lex* oder *Testament*. Im *einen* Falle wird ein *dominium* über die *familia* *gegeben*, womit die *heres-Stellung* *entsteht*. Im *anderen* Falle wird ein solches *dominium* jemandem *genommen*, womit die an sich vorhandene *heres-Stellung* *wegfällt*.

HÖLDERS Erklärung (a.a.O. S. 82 ff.) der Notwendigkeit, einen zur Zeit des Testamentes lebenden *suus* einzusetzen oder zu *exheredieren*, ist verfehlt. Er glaubt nämlich, dass der Gedanke der römischen Juristen hier durch das alte, feststehende Prinzip: *agnatione testamentum rumpitur* bestimmt war. Dieses Prinzip beruhe darauf, dass das Testament als Willensausdruck des Testators nur *rebus sic stantibus* Bedeutung haben könne und deshalb zu gelten aufhören müsse, wenn nach seiner Errichtung neue *sui* entstehen, die der Testator also nicht gekannt und deshalb nicht erwähnt habe. Dasselbe Prinzip sei später auf den Fall übertragen worden, dass im Testament solche *sui* übergegangen waren, die zur Zeit der Testamenterrichtung wirklich existierten. Der Testator könne nämlich vom Vorhandensein solcher *sui* nichts gewusst und sie deshalb übergegangen haben. Dies habe dieselbe Wirkung, wie wenn er sie nicht berücksichtigt habe, weil sie zur Zeit der Testamenterrichtung noch gar nicht existierten. Diese Erklärung ist deshalb verfehlt, weil das zivile Testament nicht durch den *Willen* des Testators, sondern nur durch seine *imperativische Verordnung* Kraft hat. Ein blosses *volo* kann nur ein *Fideikommiss* erzeugen. (Siehe oben S. 20.) Deshalb kann auch ein einmal im Testament gegebenes *Legat* nur durch *contraria uerba*, die gleichfalls imperativisch sind, aufgehoben werden. (Siehe oben S. 50.) Wie deutlich also auch der Testator auf *andere* Weise den Willen bekundet haben mag, das *Legat* solle fortfallen, so gilt es doch zivilrechtlich nach wie vor. Aber da nun die *sui heredes* an sich beim Tode des *pater fam.* Erben sind, *kann* diese

Stellung ex analogia nicht anders aufgehoben werden als so, dass sie durch imperativische Worte exherediert werden. Wenn weder Exheredierung noch Einsetzung stattgefunden hat, behalten sie ihr Erbrecht und machen damit die private Gesetzgebung betreffs des Nachlasses, die das Testament einschliesst, ungültig. Das Prinzip: agnacione rumpitur testamentum ist nur eine andere Form, in welcher derselbe Gedanke des an sich bestehenden Rechtes der sui heredes zum Ausdruck kommt. Dass zwei Grundsätze, die von demselben Gedanken bestimmt waren, aufgestellt wurden, obgleich es genügt hätte, jedes Übergehen von nach dem Todesfalle vorhandenen sui heredes für einen Ungültigkeitsgrund zu erklären, kann bloss darauf beruhen, dass ursprünglich nur zur Zeit der Anfertigung des Testaments lebende sui eingesetzt oder exherediert werden konnten. Diese Annahme wird dadurch bestätigt, dass das Prinzip: agnacione rumpitur testamentum einen absoluten Charakter hat.

Nur in einem Falle wird wirklich in den Quellen eine Motivierung gegeben, die den Willen des Testators berücksichtigt. Nach Gaius I.2,132 gelten folgende Regeln für die testamentarische Berücksichtigung postumer sui, wenn das Testament durch Hinzutritt solcher nicht aufgehoben werden soll: Die männlichen Geschlechtes müssen eingesetzt oder *nominatim* exherediert werden, die weiblichen *brauchen* nur eingesetzt oder *inter ceteros* exherediert zu werden. Wenn aber letztere so exherediert werden, muss ihnen etwas als Legat vermacht werden: *ne uideantur per obliuionem praeteritae esse*. Nun wird indes in § 134 eine lex Iunia Uellaea erwähnt (nach MOMMSEN aus der Zeit des Claudius oder Nero), durch welche das fragliche Verfahren für den Fall geregelt wird, dass man *ruptio* durch sui vermeiden will, die nach der Testamentserrichtung bei Lebzeiten des Testators *in locum sui heredis* treten: Enkel oder Enkelinnen u. s. w., die während dieser Zeit durch den Tod oder das Ausscheiden ihres eigenen Vaters aus der patria potestas wirklich sui werden. Erst auf Grund dieses Gesetzes konnte durch Einsetzung oder Exheredierung solcher sui die *ruptio* vermieden werden. (Siehe auch Ulp. Reg. 22,19 und D.28,3,3,1.) *Eigentliche* postume sui konnten *ex iure ciuili*, d. h. auf Grund der auctoritas iuris consultorum, wirksam eingesetzt oder exherediert werden. So nach Ulp. Reg. 22,19. Dies war auch lange vor der erwähnten lex möglich. Schon zur Zeit des Aquilius Gallus bestand diese Möglichkeit: siehe Scaeu. D.28,2,29 pr. und vgl. Cic. de inu. 2,42,122. (In Scaeu. Cod. § 7 wird das fragliche ius als ius antiquum bezeichnet.) Nun heisst es indes in Gaius § 134: *idque lege Iunia Uellaea prouisum est, in qua simul exheredationis modus notatur, ut uirilil sexus nominatim, feminini uel nominatim uel inter ceteros exheredentur, dum tamen iis, qui inter ceteros exheredantur, aliquid legatur*. Hier finden wir nun die in § 132 dargestellten Bestimmungen über Exheredierung *wirklich* postumer sui vollständig wieder, besonders die,

dass, wenn die weiblichen sui inter ceteros exherediert werden, ihnen etwas als Legat vermacht werden muss. Dann muss man notwendig annehmen, dass das Motiv, welches in § 132 für die entsprechende Bestimmung betreffs wirklich postumer sui angegeben ist, *auch* in der lex Iunia Uellaea gestanden hat, d. h. das Motiv: ne uideantur per obliuionem praeteritae esse. Nun kann natürlich eine lex das bestehende ius ciuile aus *irgendwelchen* Gründen in einer bestimmten Beziehung aufheben. Damit ist die sonst ausserhalb der juristischen Betrachtungsweise fallende Legatbestimmung und ihre Motivierung in § 132 erklärt. Beide sind ex analogia aus der fraglichen lex über *quasi postume* sui auf vorher bestehende, von juristischer Auslegung bestimmte Regeln für *wirklich* postume sui nachträglich übertragen worden. Wenn sich die besprochene lex nicht fände, würden wir in der Tat vor einem Rätsel stehen. Nun aber ist in jedem Falle klar, dass es nicht möglich ist, sich auf die einzige scheinbare Stütze für die Ansicht zu berufen, dass die fraglichen Regeln der Rücksicht auf den Willen des Testators entsprungen seien.

Denselben Fehler begeht RABEL, wenn er Sav. Z. 50 (1930) S. 307 die absolute Ungültigkeit des Testaments bei ruptio wegen übergangener postumer sui im Gegensatz zu der bloss relativen Ungültigkeit bei Übergangung von zur Zeit der Testamentserrichtung lebender sui, die nicht Famliensöhne sind, wenigstens hypothetisch so erklärt, dass „der Wille des Testators zur Einsetzung der von ihm gewählten Erben reiner und stärker auftritt, wenn der übergangene Erbe existiert und körperlich vorstellbar ist, als gegenüber unbekanntem eventuellen Noterben“. Hierbei sind zwei Umstände zu beachten. 1. Wenn ein an sich gültiges Testament durch nachfolgende ‚agnatio‘ zerbrochen wird, bedeutet *dies*, dass die Gültigkeit des Testaments *aufgehoben* wird, in ganz derselben Weise, wie sie durch ein späteres Testament vernichtet wird. Dann *kann* natürlich *nichts* vom Testamente bleiben. Eine relative Gültigkeit ist hier unmöglich, weil die Gültigkeit, die das Testament hatte, nun durch ‚agnatio‘ aufgehoben ist. Dies hindert natürlich nicht, dass z. B. ein Testament hinsichtlich der primären Erben (‚primus gradus‘) durch ‚agnatio‘ von postumi nicht aufgehoben wird, wenn der postume suus für diesen ‚gradus‘ exherediert worden ist, während es hinsichtlich der substituierten Erben (‚secundus gradus‘) aufgehoben wird, wenn der postume suus für diesen ‚gradus‘ übergangen worden ist. (Siehe Ulp. D.28,3,3,6 u. 1. 4.) Eine ganz andere Situation aber liegt vor, wenn zu entscheiden ist, ob ein Testament von vornherein gültig ist. Dann handelt es sich ja gar nicht darum, ob ein späteres Ereignis die Gültigkeit aufhebt, sondern darum: unter welchen Voraussetzungen *ist* das Testament gültig? Dabei ist es immer möglich, dass die Gültigkeit (hinsichtlich desselben ‚gradus‘) für relativ erklärt wird. Dies hat nichts damit zu tun, dass der Wille des Testators im letzteren Falle „reiner und stärker“ hervortritt als im erste-

ren. 2. Die Regel, dass die Gültigkeit des Testamentes *von Anfang an* durch das Übergehen des eigenen Sohnes absolut verhindert wird, nicht dagegen durch die Übergehung der übrigen *sui*, kann noch weniger durch die besondere Reinheit und Stärke des Willens im einen oder anderen Falle erklärt werden. Nur der Erklärungsgrund, der in C.I.6,28,4,1 angegeben wird, ist möglich. Dort wird die Kraft des nicht eingesetzten oder *nominatim* exheredierten Sohnes, das Testament zu vereiteln, der schwächeren Kraft der übergangenen Tochter, es nur zu modifizieren, gegenübergestellt. (Im letzteren Falle ist sogar bloss Exheredierung *inter ceteros* nötig, um die Modifizierungsfähigkeit aufzuheben.) Dies wird durch den Hinweis auf eine spätere Ansicht erklärt, dass das weibliche Geschlecht ein geringeres *Recht* habe als das männliche, was die oft besprochene *ratio Voconia* ist. Dass nach Gaius I.2,124 und Ulp. Reg. 22,17 zur Zeit der Testamenterrichtung lebende *sui* männlichen Geschlechtes, die Enkel, Urenkel u. s. w. des Testators sind, den dann lebenden *sui* weiblichen Geschlechtes gleichgestellt werden, ist kein Beweis gegen diese Annahme. Denn die weiblichen *sui* werden ja hier doch den männlichen untergeordnet, wengleich nicht in allen Fällen. Man muss bedenken, dass den Enkeln, Urenkeln u. s. w. keineswegs dasselbe starke Erbrecht wie den eigenen Söhnen zuerkannt werden kann, da sie nicht direkt vom Erblasser herkommen. Hier liegt deshalb ein besonderer Anlass vor, erstere den *sui* weiblichen Geschlechtes gleichzustellen, die direkt vom Testator herkommen. Was die postumen und quasipostumen Erben betrifft, wird das männliche Geschlecht überhaupt anders behandelt als das weibliche. Die stärkere Exheredierung *nominatim* ist hier beim männlichen Geschlecht nach Gaius I.2,132 u. 134 notwendig. Nach Ulp. Reg. 22,22 ist eine solche, was postume Enkel, Urenkel betrifft, am sichersten — ‚*tutior*‘. Es ist deutlich, dass man bei der Wertung des Erbrechtes der Enkel, der Urenkel usw. im Verhältnis zu dem der *sui* weiblichen Geschlechtes eine nicht ganz feste Position einnimmt, wenn auch die Tendenz erkennbar ist, den ersteren einen Vorrang zuzugestehen. Jedenfalls hängt alles an der angenommenen inneren Kraft des an sich bestehenden Erbrechtes, die Gültigkeit des Testamentes von Anfang an zu verhindern oder die schon entstandene Gültigkeit zu vernichten. Wenn diese Kraft schwächer ist, wird sie unwirksam durch die blosser Exheredatio *inter ceteros* und kann, soweit es sich um die Gültigkeit von Anfang an handelt und vollständiges Übergehen vorliegt, nur in gewissem Grade die Gültigkeit verhindern. — Richtiger SCIALOJA, besonders a.a.O. S. 40—42, der auch anzunehmen scheint, dass die Notwendigkeit der ausdrücklichen Exheredierung oder Einsetzung der *sui* darauf beruht, dass ein *suus in sich selbst* das Erbrecht hat. Dass aber hierbei das Testament, sei es, dass es Erben einsetzt, sei es, dass es an sich bestehende Erbrechte aufhebt, nur durch *Imperative*

als eine private Gesetzgebung fungiert, wird wenigstens nicht bestimmt ausgesprochen.

In diesem Zusammenhang sind zwei nachweislich unrichtige Behauptungen bei WESTRUP a.a.O. zu erwähnen: die eine, dass nach dem Zwölftafelgesetz das Weib vom Erbrecht ausgeschlossen war (siehe z.B. S. 73 ff.), die andere, dass jede Verfügung mortis causa hinsichtlich der ‚familia‘ = dem Hausvermögen nach demselben Gesetze unmöglich sei, wenn beim Todesfall *sui* vorhanden sind (S. 132 f.). Die erste widerstreitet der direkten Äusserung des Paulus Sent. 4,8,20 = Coll. 16,3,20 über das Agnatenrecht der Weiber: *feminae ad hereditates legitimae ultra consanguineas successiones non admittuntur* (siehe hierüber Gaius I.3,14 = Coll. 16,2,14 und Ulp. Reg. 26.6): *idque iure civili* (h. e. durch auctoritas iuris consultorum, vgl. Cic. de off. 3,16,65) *Vocaniana ratione uidetur effectum. ceterum lex XII tabularum sine ulla discretione sexus adgnos admittit*. Natürlich kann dann noch weniger das direkte Erbrecht auf Grund der Eigenschaft *suus heres* ausgeschlossen sein. In dieselbe Richtung weist Gaius 3,45 u. 46: *Quae diximus de patrono eadem intellegemus et de filio patroni, item de nepote ex filio et de pronepote ex nepote filio nato prognato. Filia uero patroni et neptis ex filio et proneptis ex nepote filio nato prognata olim quidem habebant idem ius, quod lege XII tabularum patrono datum est; praetor autem etc.* Entscheidend ist endlich Gaius I.2,47 (tab. 5,2): *mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore (auctore) traditae essent: id ita lege XII tabularum (cautum erat)*. Wie wäre dies möglich gewesen, wenn Weiber nicht Eigentümer von *res mancipi* hätten sein können? Weshalb würden sie, wenn sie ebenso wie das männliche Geschlecht *dominium* haben konnten, von der Vaterserbschaft ausgeschlossen worden sein? Das Argument, dass nur Männer Hausherrschaft haben können, ist völlig bedeutungslos, weil das Weib ebenso wie die unmündigen Kinder männlichen Geschlechts der *tutela* der männlichen Agnaten — zunächst der mündigen Brüder — unterworfen war, falls nicht nach tab. 5,6 (Gaius 1,155) ein testamentarischer Vormund eingesetzt war. Dass das neugefundene Gaiusfragment von einer *societas fratrum* *ercto non cito* als ursprünglich nach dem Tode des *pater fam.* bestehend spricht, beweist nichts in fraglicher Hinsicht, wie alsbald nachgewiesen werden soll. Noch weniger kann eine solche Behauptung darauf gestützt werden, dass tab. 5,4 nur von *suus heres* spricht. Da Gaius ohne weiteres von *sui heredes* als auch Weiber einschliessend spricht, ebenso von *postumi* und Paulus von *agnati*, ist offensichtlich diese weite Bedeutung der maskulinen Form nicht *apriori* ausgeschlossen, sondern man muss in jedem Falle nach sachlichen Gründen entscheiden, ob die weitere Bedeutung vorliegt. — Die andere Behauptung, dass das Vorhandensein eines *suus heres* beim Todesfalle *Dispositiones mortis causa* hinsichtlich der ‚familia‘ ausschloss, ist

nur *möglich*, wenn man, wie Westrup, 5,133 tab. 5,4: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto, so übersetzt: „If a *paterfamilias* who leaves no *suius heres* dies without testation (i. e. of the *familia*) then the property shall . . .“ Es würde sich dann nicht um *zwei* selbständige Bedingungen handeln, die beide defizieren oder eintreten können. Das Gesetz würde nur den Fall: *paterfamilias* hinterlässt keinen *suius heres*, berühren. Die Übersetzung stimmt indes nicht mit der Ausdrucksweise in den erhaltenen Zwölftafelfragmenten überein. Oft wird dort das Subjekt nicht besonders angegeben, weil es aus dem Zusammenhang hervorgeht: Si in ius uocat, ito et rel. (tab. 1,1—3). Rem, ubi pacunt, orato et rel. (1,6—9). In ius ducito. Ni iudicatum facit et rel. (3,2—4 u. 6). Uti legassit et rel. (5,3); Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit et rel. (6,1); Tignum iunctum ne soluito (6,7). Siehe weiter tab. 7,5a u. 7; 8,2,3,4,12,13,16; 10,1,5a,8; 12,3. Wenn aber das Subjekt genannt werden muss, wird es *niemals hinter* das Prädikat gestellt. Solche Fälle sind 4,2; 5,7b; 8,1a,8a,22; 10,4,7; 12,2a. Wenn aber die angeführte Übersetzung die richtige wäre, würde das Subjekt gegen den Sprachgebrauch in den Zwölftafelfragmenten *nach* dem Prädikat stehen. Das Subjekt würde ja dann durch die Worte: (*paterfamilias*) *cui* suus heres nec escit, ausgedrückt sein. Wenn dies nicht der Fall sein kann, ist der mit *cui* eingeleitete Satz so aufzufassen, als ob geschrieben wäre: *et ei* oder *si ei* suus heres nec escit, so dass damit eine neue Bedingung angegeben wird. Der *paterfamilias* darf *weder* ein Testament *noch* einen *suius heres* hinterlassen, *wenn* die Agnaten das fragliche Recht haben sollen. Die Konstruktion ist dieselbe wie die in tab. 8,2: si membrum rupsit, *ni* cum eo pacit, talio esto oder die in 8,12: si nox furtum facit, si im occisit, iure caesus esto. Diese Auslegung stimmt auch allein mit der näheren Erklärung des Sinnes des Gesetzes in Gaius I,3,40 überein, wo über die Erbschaft des Freigelassenen gesagt wird: nam ita demum lex XII tabularum ad hereditatem liberti uocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede relicto. itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquerat, nihil in bonis eius patrono iuris erat. Gleich deutlich drückt sich Ulp. Reg. 29,1 aus. Cuius Romani liberti hereditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit: ideoque siue testamento facto decedat, licet suus heres ei non sit (= *auch* wenn er keinen *suius* zurücklässt) seu intestato et suus heres ei sit . . . lex patrono nihil praestat. Hier werden ja *zwei selbständige* Bedingungen für das Beerben des patronus erwähnt: 1. Der Freigelassene stirbt intestato. 2. Er hinterlässt keinen *suius*. Der Freigelassene kann daher sterben ohne dass eine einzige der beiden Bedingungen erfüllt ist. Er kann sowohl testatus wie mit einem *suius heres* sterben. Nun handelt es sich hier offenbar um eine gesetzliche Delation der Erbschaft an den patronus

statt des agnatus proximus nach tab. 5,4. Die Voraussetzung ist dieselbe. Sowohl Gaius wie Ulpianus fassen also diese Tafel so auf, wie sie auch nach dem Sprachgebrauch der XII Tafeln aufgefasst werden muss. Dass beide die Ausdrucksweise in tab. 5,4 missdeuten sollten, das ist eine allzu kühne Annahme. Hieraus kann der wichtige Schluss gezogen werden, dass schon zur Zeit der XII Tafeln die Möglichkeit vorlag, sui in einem Testament zu Erben einzusetzen und somit auch zu exheredieren. Letzteres nimmt auch WESTRUP (S. 132) an. Wie war dies indes möglich, wenn der Hausvater beim Dasein von sui kein Testament errichten konnte? Wenn aber in diesem Falle Testament errichtet werden konnte, wie ist es denkbar, dass er in diesem sui zu Erben nicht einsetzen und die Erbschaft zwischen ihnen oder zwischen ihnen und anderen Erben nicht verteilen konnte? Wenn aber überhaupt sui durch Testament zu Erben eingesetzt werden konnten, konnten sie auch wie andere Erben mit Legaten belastet werden.

Aus der hier gegebenen Erklärung, weshalb bei der Testamentserrichtung eine Einsetzung oder Exheredierung lebender oder künftiger sui nötig war, damit das Testament nicht von Anfang an ungültig war oder durch Hinzutritt neuer sui seine Gültigkeit verlor, ergibt sich eine Eigentümlichkeit der römischen Rechtsanschauung hinsichtlich *des Begriffes Erbe*. Wenn die formelle imperativische Exheredierung des suus für seine Ausschliessung nötig war, weil sein Recht nur durch besonderen negierenden Imperativ aufgehoben werden konnte, kann gefragt werden, weshalb nicht auch dann eine besondere das Recht aufhebende Exheredierung nötig war, wenn der suus zwar zum Erben eingesetzt, aber sein *Erblos* auf ein Minimum reduziert wurde. (Eine Exheredierung auf die Weise, dass der Sohn ein Legat erhielt und danach erklärt wurde: *in cetera parte exheres esto*, war ungültig; siehe Paulus D.28,2,19. D.h. ein solches Testament war an sich selbst ungültig, weil der Sohn weder eingesetzt noch exherediert wurde.) Die Frage ist nur so zu beantworten, dass der suus nach ursprünglicher Anschauung gar nicht heres hinsichtlich eines gewissen *Loses* ist, sondern nur gemeinsam mit anderen Erben das Recht an der Erbschaft hat. *Das Los hat nur mit der actio fam. erc. zu schaffen*, wodurch die korporative Gemeinschaft der Erben aufgelöst wird, welche als solche primär der Erbe ist. *Erbe* ist der suus an sich selbst nur als Mitglied der genannten Korporation, und die Exheredierung schliesst ihn von dieser Mitgliedschaft aus. Wenn er nur hinsichtlich eines gewissen *Loses* dem Erblasser sukzediert, so beruht dies auf der Möglichkeit einer Auflösung der Korporation und, falls Testament vorliegt, auf der dem Testator zuerkannten Fähigkeit, souverän über die Art der Auflösung der ursprünglichen Korporation von Erben durch die *actio fam. erc.* zu bestimmen. Obgleich das Prinzip, dass alle Erben nach dem Todesfall eine korporative Einheit ausmachen, die der wirk-

liche Eigentümer des Nachlasses ist, *direkt* nur für die *sui* und für die ältere Zeit bezeugt ist, weisen besondere Indizien darauf hin, dass der Korporationsgedanke bei allem römischen Erbrecht immer im Hintergrunde gestanden hat und dass daher tatsächlich niemand Erbe eines gewissen Loses wird, sondern ein jeder immer gemeinsam mit anderen Erbe des *ganzen* Nachlasses ist, wengleich bei der stets möglichen Auflösung der Erbenkorporation diesbezügliche testamentarische Bestimmungen befolgt werden müssen.

Nach dem neugefundenen Gaius-Fragment, das zu I.3,154 gehört, bildeten die *sui heredes*, die mündige Brüder waren, in der Vorzeit eine Korporation, in welcher ein jeder bei seinen im Namen der Korporation vorgenommenen Rechtshandlungen hinsichtlich des gemeinsamen Vermögens die ganze Korporation repräsentierte. Wir folgen hier der Redaktion LEVYS, Sav. Z. 54 (1934) S. 261 f.: Sed ea quidem socii[[a]]etas, de qua loquimur, id e(st) q(uae) nudo (con)sensu (con)trahitur, iuris gentium e(st); itaque i(n)ter omne[s] <h>omines naturali ratione consistit. e(st) a(u)t(em) aliud genus socii[[a]]etatis proprium ciuium Romanor[um]. olim enim mortuo patre familias i(n)ter suos h(ere)des quaedam erat legitima simul et naturalis socii[[a]] [e] t[a]s, quae apell[abatur] ercto non cito, i(d) e(st) dominio non diuiso: erct]um enim do[mi]nium e(st) un]de eru[s] dominus dicitur: ciere a(u)[t(em)] diuidere e(st): unde cedere et secare {et diuidere} dicimus. alii q(uo)q(ue) qui uolebant eandem habere socii[[a]] etatem poterant id (con)sequi ap(ud) praetorem certa legis actione. in hac a(u)t(em) socii[[a]]etate fratru[[u]]m ceterorumue qui ad exemplum fratru[[u]]m suorum socii[[a]]etatem coierint, illud proprium {i} [era]t, {uunus} quod u(el) unus ex sociis communem seru[m] m(anu)mittendo liberu(m) faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus [rem co]mmunem m(an)c[ipa](n)[do] . . . Dieses Fragment ist für das Verständnis der Stellung der *sui heredes* in älterer Zeit besonders wichtig.

Ehe wir zu einer Analyse des Inhalts übergehen, sei eine textkritische Bemerkung vorausgeschickt. H. LÉVY-BRUHL, Le „consortium“ artificiel du nouveau Gaius, Estr. dagli Atti del IV Congresso Internazionale di Papirologia 1936, erörtert S. 297¹ den Ausdruck: ceterorumue, qui ad exemplum fratrum *suorum* societatem coierunt. Da ad ex. fratrum *suorum* hier grammatisch als „à l'exemple de leurs frères“ ausgelegt werden müsse, dies aber sachlich unmöglich sei, sei der Text unverständlich. Deshalb ist er geneigt, das Wort *suorum* als eine eingeschobene Glosse anzusehen. M. E. liegt ein Missverständnis vor. Gaius spricht ja vorher von einer *societas inter suos heredes*. Wenn er nun nachher gerade von dieser *societas* spricht, braucht er nicht nach *suorum* das Wort *heredum* hinzuzufügen. Übrigens ist es der juristischen Sprache gar nicht fremd, statt *sui heredes* einfach *sui* zu sagen. So sagt z.B. Ulp. D.38,16,3 pr.:

Intestato liberto mortuo primum *suus* deferri hereditatem uerum est: si hi non fuerint, tunc patrono. Dies entspricht Gaius I.3,40: . . . si intestatus mortuus esset libertus nullo *suo herede* relicto . . . Siehe auch Scaeu. D.28,2,29,6. — Was bedeutet *suus heres* und weshalb ist es nicht möglich, die Wortfolge umzukehren, wenn die Bedeutung dieselbe sein soll? Ulpianus sagt 38,16,1,1: Quæri poterit, si (quis?) ex ea, quæ in fideicommissa libertate moram passa est, conceptus et natus sit, an *suus patri* existat. et cum placeat eum ingenuum nasci, ut est a diuis Marco et Vero et imperatore nostro Antonino Augusto rescriptum, cur non in totum pro manumissa hæc habeatur, ut uxor ducta *suum pariat*? nec mirum sit, ex serua ingenuum nasci, cum et ex captiua rescriptum sit ingenuum nasci. quare ausim dicere, etsi pater huius pueri eiusdem sortis fuerit, cuius mater moram passa in libertate fideicommissa, ipseque moram passus est, *suum* eum patri *nasci* exemplo captiuorum parentium, cum quibus rediit. ergo siue postea pater eius post moram manumittatur, recipiet eum in *potestate*, siue ante decesserit, definiendum erit *suum existere*. *Suum* patri parere, *suum* patri existere oder nasci bedeutet hier dasselbe wie jemanden gebären, der unmittelbar in *patria potestate* ist, bzw. in *patria potestate existere, nasci*, falls der Vater lebt, sonst bedeutet es dasselbe wie *suum heredem* patri parere, existere oder nasci. Wenn im ersteren Falle unter *suus* ein *suus heres* zu verstehen ist, bezieht sich die heres-Stellung auf die Zukunft. D. h. dies *suum* patri esse bedeutet an sich in *patria potestate* esse. Aber der *suus* wird gerade *infolge dieser Eigenschaft* beim Tode des Gewalthabers heres. Natürlich muss er *beim Todesfall* wirklich *suus* sein und auch die allgemeine Bedingung für *jede* Stellung als heres erfüllen, d. h. er muss selbst nach dem Todesfall *sui iuris* sein. *Suus heres* = derjenige, welcher auf Grund der Eigenschaft in *patria potestate* (beim Todesfalle) Erbe ist. Deshalb ist die Wortfolge notwendig. Wenn gesagt würde *heres suus*, würde nicht ausgedrückt werden, dass man heres ist *als* *suus*. *Suus heres* wurde der technische Ausdruck für die Eigenschaft heres auf Grund der Eigenschaft *suus*, in welchem Ausdruck *suus* keineswegs ein Possessivpronomen ist, das heres bestimmt, (was das Wort unbedingt sein würde, wenn heres *suus* gesagt würde: heres *suus* = eigener Erbe) sondern als substantivisch aufzufassen ist = der *suus*, der *als* *suus* Erbe ist. Um so viel leichter ist es nun verständlich, dass man das blosser *suus* für *suus heres* sagen kann. Der Eigenschaft *suus* folgt die Eigenschaft heres, soweit man beim Todesfalle *sui iuris* ist. Fratrum suorum bedeutet also in der Gaiusstelle dasselbe wie fratrum *suorum heredum*.

Hinsichtlich des Inhaltes sind in diesem Zusammenhang folgende Momente zu beachten.

1. Die *societas*, die hier interessiert, wird der *societas* entgegengesetzt, die *nudo consensu* entsteht und nur so lange besteht, wie dieser consensus nicht durch dissensus aufgehoben ist. Wenn auch nur *einer* den Ver-

trag formlos kündigt, wird diese *societas* aufgelöst (Gaius I.3,151). Da es sich aber bei der fraglichen *legitima simul et naturalis societas* um vollständige Eigentumsgemeinschaft hinsichtlich der Vaterserbschaft handelt (*ercto non cito, id est dominio non diuiso*), ist die zunächst interessierende Antithese die durch *nudus consensus* bestehende *societas totorum bonorum*.

2. Es handelt sich nur um eine *societas* der *mündigen Brüder*, die *sui heredes* sind. Dies folgt notwendig daraus, dass ein jeder der Brüder *„uel unus“* einen gemeinsamen Sklaven freilassen und eine gemeinsame Sache durch *Manzipation* übertragen kann. Natürlich könnte ein unmündiger Bruder keinen solchen Akt vornehmen.

3. Auch zwischen anderen römischen Bürgern konnte eine solche *societas* zustandegebracht werden, nämlich durch eine besondere *legis actio* vor dem Prätor. Hieraus folgt, dass die *legitima simul et naturalis societas* zwischen *sui heredes* in jedem Falle hinsichtlich ihres allgemeinen Charakters einer solchen *societas* gleichzustellen war, die durch die *legis actio* zustandekam. Wie konnte nun die durch *legis actio* entstandene *societas* aufgelöst werden? Da für alle formellen Akte, durch die ein Band zwischen den Agierenden konstituiert wurde, ursprünglich die Regel galt, dass das Band, falls dies überhaupt möglich war, durch einen *contrarius actus* aufgelöst wurde (siehe Röm. Obl. I S. 422²), ist es natürlich, dass auch das gleichartige Band, das durch die *societas* zwischen den *sui heredes* vorhanden war, durch eine auflösende *legis actio* gelöst werden konnte. Nun ist die Bezeichnung *ercto non cito* nur die Negation eines *erctum cieri*, das daher immer möglich gewesen sein muss. *Ercto non cito* als Bezeichnung für die fragliche *societas* kennzeichnet dieselbe durch die Bestimmung, dass *erctum cieri* noch nicht geschehen ist. Dies *erctum cieri* bedeutete nach Cicero de or. 1,56,237 dasselbe wie *actio familiae erciscundae*, durch welche die Teilung der *familia* durch den Richter zustandekam. Trotz Gaius a.a.O., Festus Paulus p. 82 M, auch Seruius in Aen. 8,642, kann *erctum cieri* bloss ‚Verteilung (der familia) veranlassen‘ und *ercto non cito* nur ‚*diuisione non prouocata*‘ bedeuten. Siehe z. B. Collinet R.H.D. (1934) S. 111 ff., MASCHI, Disertiones S. 7, WALDEHOFMANN Lat. et. Wörterbuch (1935) S. 640, ERNOUT et MEILLET Dict. ét. v. *cieo* und *ercisco*. Solange eine *societas ercto non cito* (von Gellius I,9,12 als *anticum consortium* bezeichnet) bestanden hat, gab es auch die *actio familiae erciscundae* durch einen der Brüder. Wenn Gaius D.10,2,1 pr. sagt, dass *actio fam. erc. proficiscitur e lege XII tabularum*, so kann dies nur die Bedeutung haben, dass sie in dieses Gesetz aufgenommen war. Nachdem dieses Gesetz einmal gegeben war, wurde alles in dasselbe Aufgenommene als auf Grund desselben rechtlich geltend betrachtet, auch wenn es schon vorher auf Grund der *mores* bestand. Der Ausdruck *lege agere* (was auch *moribus* möglich war: Gaius I.4,26, vgl. auch die

Äusserung über *sacramenti actio* § 13) bedeutet keineswegs ‚durch Gesetz agieren‘. „Lex“ hat hier einen älteren Sinn, denselben, der in der Phrase *lex iusque* sowie in der technischen Gleichstellung von *iustus* und *legitimus* hervortritt. Es handelt sich hier um die Kraft des römischen Rechtes als solchen. (Siehe hierüber Röm. Obl. I S. 572 ff.). Deshalb waren Legisaktionen vor jeder Gesetzgebung über sie *möglich*. Und da man annehmen muss, dass die *societas ercto non cito* eine uralte römische Institution war, war auch die *legis actio fam. erc.* eine solche Institution. COLLINET, a.a.O. S. 103—104 nimmt einen formellen Akt als für *die Entstehung* der *societas fratrum* nötig an, wenn auch nicht eine *legis actio apud praetorem*. Er sagt: „Le caractère formel de l’acte des *fratres sui* s’explique: son but est de manifester à tous la volonté qu’ils ont de rester en communauté de famille; une manifestation extérieure de leurs volontés par geste et paroles est indispensable, parce qu’à l’époque primitive à Rome et pendant des siècles, toute déclaration de volonté pour être légale a exigé des formes ou une res.“ Wir können davon absehen, dass hier Ausdrücke hinsichtlich der Bedeutung der Formen angewandt werden, die sowohl dem römischen Denken wie der römischen Ausdrucksweise völlig fremd waren, sondern nur der modernen Vorstellungweise angepasst sind. Das ist in jedem Falle sicher, dass die *societas ercto non cito fratrum* beim Tode des *pater familias* nicht durch einen besonderen Akt zustandekam. Gaius sagt ja, ohne irgendwelche Bedingungen zu erwähnen, dass sie nach dem Tode des Vaters vorhanden war, während die *societas ad exemplum fratrum suorum* durch eine *legis actio apud praetorem* entstände. Wie konnte auch, wenn noch keine Aufteilung der *familia* (des Hauses) mit dazu gehörendem Gebiete erfolgt war, etwas anderes möglich sein? Siehe auch Bas. schol. zu D.17,2,52,6: *ercto non cito* braucht *nicht* *ἰδική βουλήσις*. Dazu PRINGSHEIM B.I.D.R.44 S. 415 ff. Der Schluss, den COLLINET aus dem Ausdruck *societas legitima* zieht, ist verfehlt. Ein *legitimus heres, tutor* (Gegensatz: durch Testament konstituierter *heres, tutor*), *ciuis Romanus, magistratus*, wo immer für *legitimus iustus* gesagt werden kann (Röm. Obl. I S. 577 f.), ist ein *solcher heres* usw., der durch das spezifisch römische Recht diesen Charakter hat. Ein *privater actus* ist *selbst legitimus* nur in dem Sinne, dass er an sich selbst für Personen, die am spezifisch römischen Rechte teilnehmen, Kraft hat. Man beachte *iusta ac legitima manumissio!* Eine der von uns dargestellten ähnliche Ansicht über die *societas fratrum* findet man bei ARANGIO RUIZ im Kommentar zur ursprünglichen Publikation *Papiri greci e latini* vol. XI (1182) S. 36, wo indes in das Wort *legitima* die Bedeutung *gesetzmässig* hineingelegt wird, was unrichtig ist. MASCHI a.a.O. S. 25, dessen Darstellung der Freiwilligkeit des *consortium suorum* S. 23 unverständlich ist, da es nach der neuen Gaiusstelle *nicht nudo consensu* zustandekommt, der Verf. selbst

aber keinen formellen Akt als Bedingung annimmt, legt im Anschluss zu ALBERTARIO denselben verkehrten Sinn in das Wort *legitima* hinein. Sie scheinen meine Untersuchung des technischen Sinnes des Wortes nicht zu kennen. — Was nun endlich die *certa legis actio apud praetorem* betrifft, die wegen der Entstehung einer freiwilligen *societas ad exemplum fratrum suorum* nötig war, ergibt sich aus dem Angeführten, dass sie das positive Gegenstück zu der *legis actio* gewesen sein muss, die die Auflösung einer bestehenden *societas fratrum suorum* veranlasste, d.h. zu der *actio fam. erc.* mit dadurch bewirkter *diuisio* des beerbten *patri-monium inter consortes*, die *disertio* genannt wurde. (Festus Paulus v. *disertiones* 64 LINDSAY 72 M.)

4. Das Bemerkenswerteste ist indes die Differenz zwischen der *societas nudo consensu totorum bonorum* und der abgehandelten *societas ercto non cito*, die darin liegt, dass im letzteren Falle der einzelne *dominus frater* einen gemeinsamen Sklaven freilassen und ihn so zu einem *communis libertus* machen konnte, sowie auch durch Manzipation einer gemeinsamen Sache diese zum Eigentum des Empfängers zu machen vermochte. Diesem Prinzip steht das für die *societas nudo consensu tot. bon.* geltende gegenüber: *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint*: Gaius D.17,2,68 pr. Bei einseitiger Freilassung ist hier die Folge nur, dass der Freilassende sein Los verliert: siehe die von R. MONIER *Les nouveaux fragments des inst. de Gaius* S. 24² angeführten Stellen. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass bei der *societas fratrum suorum* ein Jeder Eigentümer der ganzen *hereditas* ist, und dass die Brüder nicht ein blosses Aggregat ausmachen, sondern eine innere Einheit besitzen, die als dieselbe in allen besteht und vom Personenwechsel unabhängig ist. D.h. sie sind eine *Korporation*. Damit wird es allein erklärlich, wie das Ganze durch den Einzelnen fungieren kann. Ganz richtig erinnert MONIER a.a.O. S. 24 an die gleichartige Situation hinsichtlich des *ius sepulchri* nach Mod. D.10,2,30: *sed religiosa loca in iudicium (scil. fam. erc.) non deduci eorumque ius singulis heredibus in solidum competere*. Die fragliche *Korporation* unterscheidet sich von der *Korporation*, welche die einzelne Familie bildet, darin, dass sie aus *gleichgestellten* Individuen besteht. Gerade deshalb kann ein jeder für die ganze *Korporation* fungieren, während in der einzelnen Familie nur der *pater familias* für die Familie fungieren kann. Wie Arangio Ruiz, a.a.O. S. 36 annehmen kann, dass die *societas fratrum* ein wirkliches *condominium* mit idealen Quoten war, ist völlig unverständlich, da er selbst richtig S. 40 darauf hinweist, dass ein einziger der *domini* in dieser *societas* den gemeinsamen Sklaven freilassen und eine gemeinsame Sache manzipieren kann.

Ebenso wie das Objekt des *dominium* als ein Ding betrachtet wurde, fasste man auch die *domini* zusammen als eine Einheit von *domini* auf,

in welcher ein jeder für die anderen über das Ding hereditas herrschte. Indes ist es klar, dass, wenn die einzelnen domini zu ihnen gehörende Familien haben, auch diese in ihrer Gesamtheit Zwecksobjekte für die Ausübung des dominium seitens des einzelnen dominus sind. Aber nicht genug damit! Auch alle nicht volljährigen Söhne des Verstorbenen und alle nicht durch Manusehe in eine andere Familie eingetretenen Töchter müssen als den mündigen Brüdern untergeordnet selbst Gegenstände für dieselbe gemeinsame Pflege gewesen sein. Ebenso wie die einzelnen Brüder-domini eine Korporation ausmachten, in welcher ein jeder für die anderen domini das dominium ausübte, war diese Korporation selbst für die korporative Gesamtfamilie als Zwecksobjekt tätig. Nun wissen wir indes, dass auch die nicht volljährigen Söhne und die Töchter zu den *sui heredes* gehörten. Da diese *kein* dominium hinsichtlich des Nachlasses in der *societas ercto non cito* haben konnten, muss ihre Stellung als *sui heredes* darin bestanden haben, dass sie, wenn *erctum cieri* und daher *actio fam. erc.* stattfindet, wodurch die Gesamtfamilie aufgelöst wird, ihr gleichmässiges Los erhielten — vorausgesetzt natürlich, dass die Töchter nicht schon mit von den Brüdern geleisteter Mitgift in Manusehe eingetreten sind. Allerdings standen sie auch nach der *actio fam. erc.* unter der Gewalt der mündigen Brüder. Diese fungierten indes dann als Vormünder (*tutores*), was einschloss, dass die Herrschaft nur *für* den einzelnen Mündling ausgeübt werden sollte, welcher auch damit selbst als ein dominium besitzend betrachtet werden konnte, das von den Vormündern nur ausgeübt wurde. — H. LÉVY-BRUHL sagt a.a.O. S. 296: „Cette extrême cohésion, cette unité organique profonde du *consortium* familial romain entraîne logiquement une autre conséquence. Puisqu'il n'y a pas de propriété individuelle au sein du groupe, il ne saurait être question d'une véritable tutelle sur des enfants impubères laissés par un *consors*, mais seulement d'une garde de leur personne et de leurs intérêts, qui sera exercée par les *consortes* survivants.“ Dies ist unzweifelhaft richtig. Was aber die natürliche *societas ercto non cito* betrifft (der Verf. scheint nicht in erster Linie an diese zu denken, sondern an das hier nicht unmittelbar interessierende artifizielle *consortium*), muss das Gesagte dahin erweitert werden, dass auch alle unmündigen Geschwister der Brüder Gegenstände für Pflege, nicht aber für wirkliche Vormundschaft sein konnten. Ihre Interessen durften von den Brüdern, die über die noch nicht verteilte Erbschaft allein herrschten, nicht unberücksichtigt gelassen werden. Aber ein wirkliches besonderes Vermögen, für welches die Brüder Vormünder hätten sein können, besaßen sie vor der *actio fam. erc.* nicht.

Als eine blosse Vermutung ist hinzuzufügen, dass, wenn sich unter den *sui* kein volljähriger Bruder befand, die nächsten Agnaten bzw. die Gentilen als domini der hereditas fungierten, mit der Aufgabe, die *sui*

aus der hereditas zu versorgen, bis ein Bruder volljährig geworden war, aber ohne das Recht, bei der Erbteilung durch *actio fam. erc.* ein eigenes Los zu erwerben, wenn sich dann noch sui fanden.

L. MICHON, der annimmt, dass die *actio fam. erc.* durch das Gesetz der XII Tafeln eingeführt, nicht nur konfirmiert wurde und dass deshalb vorher nur eine freiwillige Auflösung möglich war, meint, dass *usucapio pro herede* in diesem Urzustande die Bedeutung hatte, dass bei dem dann gewöhnlichen *consortium der sui heredes* die übrigen Geschwister das Los eines verstorbenen Erben auf Grund des Zusammenlebens unmittelbar zu *usukapieren* beginnen konnten: *Mél. Cornil II, S. 116 ff.* Diese Hypothese widerstreitet in zwei Stücken bekannten Tatsachen hinsichtlich des gemeinten alten *consortium*. 1. Das von Gaius und Gellius erwähnte *consortium, ercto non cito* benannt, setzt, wenn man diese Bezeichnung nach Cic., *de or. 1,56,237* auslegt, die Möglichkeit der *actio fam. erc.* voraus. War also vor dem Gesetze der XII Tafeln das fragliche *consortium* möglich, so war dann auch die *actio fam. erc.* möglich. 2. Durch das neugefundene Gaius-Fragment wissen wir, dass keines der Mitglieder des *consortium* ein besonderes Los hatte, sondern dass alle eine Korporation bildeten, die durch einen jeden der mündigen Brüder über die *familia-hereditas* herrschte. Es gab also kein besonderes Los, das beim Tode eines Mitgliedes von den übrigen *usukapiert* werden konnte. Die Äusserung *S. 118: „à la mort de l'un des consorts les survivants étaient en possession des biens du défunt (!) et pouvaient usucaper sa part (!)“*, ist notwendig falsch. Der Tod eines *consors* kann nicht die Identität der Korporation verändert haben. Deshalb ist es verfehlt, wenn M. die Bestimmung in *tab. 5,4*, dass der *agnatus proximus* unmittelbar zur Erbschaft berechtigt ist, damit erklärt, dass die XII Taf. mit der Einführung der *actio fam. erc.* auch von der erwähnten *Usukapierung* befreit, im übrigen aber eine gewöhnliche Erbfolge (*S. 119*) eingeführt hätten.

Es ist nun richtig, dass sich der fragliche Korporationsgedanke direkt nur so geltend gemacht hat, dass ursprünglich die *sui* vor der *actio fam. erc.* eine zusammenlebende Gesamtfamilie bildeten. Tatsächlich aber tritt er mittelbar auch darin hervor, dass der testamentarisch bestimmte Anteil des defizierenden Erben sowie der Anteil, der im Testament übergegangen ist, den Erben *pro rata parte* zufallen, obgleich diese nach dem Testament nur ihre bestimmten Anteile erhalten sollen. Weshalb fällt der Teil, der keinen Destinatär hat, nicht dem legitimen Erben *ex intestato* zu? Weiter: wenn im Testamente die Erbschaft bei der Verteilung überschritten wird, macht dies nicht, wie man erwarten könnte, das Testament ungültig, weil es nicht ausgeführt werden kann. Weshalb? Hinsichtlich beider Fälle muss beachtet werden, dass man sich nicht auf den wirklichen Willen des Testators gegen die allein relevanten imperativischen Worte

berufen darf. (Hierüber oben.) Was das erste angeht, lässt sich die Entscheidung nur so verstehen, dass das Testament, indem es Erben einsetzt, als eine *lex* bestimmt, welche Personen zusammen die Erbschaft erhalten sollen, und zwar ohne jede Rücksicht auf besondere Teile derselben. D.h. die Verteilungsvorschrift ist sekundär und bestimmt nur, wie der iudex bei der *actio fam. erc.* verfahren soll. Niemals aber kann ein Teil der Erbschaft anderen Personen als den zu Erben Eingesetzten zufallen, welche zusammen die Erbschaft haben sollen und deren rechtliche Einheit unabhängig von dem Wegfall einzelner Personen fortbesteht, die ihr laut Testament angehören. Was die andere Eigentümlichkeit des Testamentsrechtes betrifft, so weist sie in dieselbe Richtung. Dass das Testament in diesem Falle trotz der Unmöglichkeit, es so, wie es geschrieben ist, zu vollstrecken, nicht ungültig wird, *kann* nur so verstanden werden, dass durch die primäre Erklärung über die Erben auch erklärt ist, dass *diese* als eine rechtliche Einheit ohne Rücksicht auf besondere Lose die Erbschaft haben sollen. Dies steht fest. Dann muss die testamentarische Bestimmung über die Verteilung bei der *actio fam. erc.* nicht so angewandt werden, dass ein jeder den *ihm* zuerkannten Teil erhält, sondern so, dass ein jeder im Verhältnis zu den anderen so viel bekommt, dass die *Proportion* zwischen den Losen dieselbe ist wie im Testament. (Über die Methode siehe oben S. 47 ff.). Dies wäre unmöglich, wenn wirklich der einzelne Erbe als Erbe des ihm zuerkannten Anteils eingesetzt wäre. Nun ist es indes ebenso sicher, dass die hier im Hintergrunde stehende Auffassung der Erben als eines rechtlichen Ganzen, das als solches die Erbschaft erwirbt, in der klassischen Jurisprudenz nur so hervortritt, dass man die Entscheidungen in Erbfragen nicht erklären kann, wenn man nicht voraussetzt, dass sich diese Auffassung *einmal* geltend gemacht hat. Die Entscheidungen sind dieselben geblieben. Ihre Grundlage aber ist aus dem Bewusstsein geschwunden. Der gewöhnliche Ausdruck in der klassischen Jurisprudenz ist, dass man zum Erben eines gewissen Loses eingesetzt wird. Und wenn eine gemeinsame Verwaltung der Erbschaft vor der *actio fam. erc.* als möglich vorausgesetzt wird (siehe z.B. Scaeu. D.10,2,39,3), darf dies nicht so aufgefasst werden, als ob hier ein solche Gemeinschaft wie das alte *consortium fratrum suorum* gemeint wäre, welches eine wirkliche *Korporation* bedeutete. Sicher handelte es sich dann um ein *condominium pro indiuiso*, so dass ein jeder Eigentümer eines idealen Loses war. Gaius behandelt ja deutlich das fragliche *consortium* als zu einer verflochtenen Zeit gehörend. *Olim erat . . .* Die entgegengesetzte Ansicht LEVYS a.a.O. S. 292—293 wird von MASCHI a.a.O. S. 43 durch Hinweis auf die Ausdrucksweise des Gaius kritisiert.

Zur Beleuchtung der Tatsache, dass hinsichtlich der Erben ein ursprünglicher Korporationsgedanke später weggefallen ist, obgleich er eine notwendige Voraussetzung der Entscheidungen der klassischen

Jurisprudenz ist, kann auf eine gleichartige Entwicklung auf dem Gebiete des Legatsrechtes hingewiesen werden. Es besteht nämlich eine eigentümliche Differenz zwischen der Akkreszenzregel bei Vermachung *coniunctim* zugunsten mehrerer Personen im Falle des Vindikationslegates und der im Falle des Damnationslegates, ohne dass es möglich ist, einen *sachlichen* Grund derselben zu entdecken. Im *ersten Falle*, nicht im *letzteren*, tritt nämlich, wenn dieselbe Sache *coniunctim* mehreren Personen vermacht ist, bei Defizierung eines der Legatäre Akkreszenz ein. Vgl. Gaius I.2,199 mit 2,205. In der *ersten Stelle* sagt Gaius: Illud constat, si duobus pluribusue per uindicationem eadem res legata sit, siue coniunctim siue disiunctim, et omnes ueniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario ad crescere. Hinsichtlich des Legates *disiunctim* erscheint diese Entscheidung natürlich. Denn bei diesem erhält jeder Legatär *für sich* die ganze Sache. Dann kann einerseits das Recht des einen nur in *Konkurrenz* mit den anderen geltend gemacht werden. D.h. jeder Legatär verliert gleichmässig zugunsten der anderen von der ihm primär gehörenden ganzen Sache so viel, dass alle ein gleich grosses Recht erhalten. Andererseits versteht es sich von selbst, dass, wenn ein Legatär defiziert, die übrigen in *ihm* keinen Konkurrenten haben. Eine ganz andere Situation tritt indes beim Legate *coniunctim* ein. Hier erhält ja keiner für sich durch das Testament die ganze Sache, sondern alle bekommen sie zusammen. *Wenn* nun dieses „zusammen“ in sich einschliesst, dass die Einzelnen von Anfang an besondere Teile erhalten — also nicht nur so, dass bei der *actio communi diuidendo* eine gleichmässige Verteilung stattfinden soll —, dann ist die Akkreszenz logisch unmöglich. Ein jeder *soll* ja dann nach dem Testament nur einen Teil erhalten. Dann kann es keinem zugute kommen, dass einer von den Legatären verzichtet. Er hat in jedem Falle nur *seinen* Teil. Wenn aber das *coniunctim* einschliesst, dass alle als *eine rechtliche Einheit* die Sache erhalten sollen, so versteht es sich von selbst, dass bei Wegfall eines der Legatäre die fragliche Einheit in den übrigen fortbesteht und dass bei der Verteilungsaktion nur diese in Betracht kommen. Eine wirkliche Personeneinheit, z.B. der *populus*, besteht als dieselbe weiter, auch wenn das eine oder andere Mitglied ausscheidet. Die Akkreszenz ist dann, aber *nur* dann notwendig. Nun heisst es in § 205: Est et illa differentia huius (per damnationem legati) et per uindicationem legati, quod si eadem res duobus pluribusue per damnationem legata sit, si quidem coniunctim, plane singulis partes debentur, sicut in per uindicationem legato diximus, (danach über eine hier nicht interessierende Differenz hinsichtlich der Vermachung *disiunctim*) . . . et in coniunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet. Nach Gaius besteht also hinsichtlich der Bedeutung des „coniunctim“ keine Differenz zwischen dem Vindikationslegat und dem Damnationslegat. In beiden Fällen sei

der einzelne Legatar nur zu einem Teile berechtigt. Und doch tritt nur beim letzteren Legate keine Akkreszenz ein. *Diese* Entscheidung ist, wenn man die aufgestellte Bedeutung des „coniunctim“ berücksichtigt, *allein* logisch, während die Akkreszenz beim Vindikationslegat dieser Bedeutung widerstreitet und eine *andere*, ursprünglichere Bedeutung des Wortes voraussetzt, die später weggefallen ist. Nun ist hier zu beachten, dass das Damnationslegat nach dem älteren Testamentsrecht nicht möglich gewesen sein kann. Bei diesem Legat kann eine Sache iure ciuili vermacht werden, die beim Tode des Testators nicht zur Erbsubstanz gehört (siehe z.B. Gaius I.2,198), ebenso wie der Testator durch dasselbe eine res fungibilis, z.B. Geld, vermachen kann. Das stimmt weder mit der tab. 5,3: uti legassit . . . *suae rei*, noch mit der auch beim testamentum durch familiae emptio angewandten Testamentsformel (siehe oben S. 90 f.) überein. (Dass das Damnationslegat von einer ursprünglichen *sakralen* Auflage zugunsten der di parentes herstammt, habe ich Röm. Obl. I S. 500 f. wahrscheinlich zu machen versucht.) Die fragliche Entscheidung in *diesem* Falle ist deshalb sicher später, während die entsprechende Entscheidung hinsichtlich des Vindikationslegates schon der früheren Zeit angehört, zu welcher der Korporationsgedanke im Testamentsrechte noch in Kraft war. Wir können deshalb im *Legatsrechte* eine analoge Entwicklung wie beim Erbrecht beobachten. Zur späteren Phase dieser Entwicklung gehört die Entscheidung im Falle Damnationslegat, zur früheren die im Falle Vindikationslegat, obgleich die Entscheidung selbst bestehen blieb, als ihre Grundlage nicht mehr galt.

Zusammenfassung und Kritik.

Die *hereditas* wurde noch von der klassischen Jurisprudenz als *ein* Ding betrachtet. Ihre Einheit lag im *einheitlichen* Rechte des Erben an allen bona im dinglichen Sinne, die zum Nachlasse des Erblassers gehörten. Dieses Recht hatte der Erbe als successor hinsichtlich alles dominium, das der Erblasser gehabt hatte. Das Zentrum des fraglichen Rechtes bildete ursprünglich das Recht an der *familia* = die feste Wohnstätte des Erblassers und seiner Familie sowie zugleich die Wohnstätte von mancherlei Göttern, durch welche das private Vermögen überhaupt erworben werden konnte. *Ursprünglich* war nun auch der Erbe ein *einzigiger*. Wenn scheinbar mehrere Personen Erben waren, machten sie eine einheitliche Korporation aus, welche allein *der Erbe* war. Erst durch actio *familiae* erciscundae entstanden wirklich mehrere Erben. Der Erbe erwarb die *hereditas* *entweder* als eine Korporation von *sui* des Erblassers, d.h. Personen, die beim Tode des Erblassers unter seiner potestas standen,

ohne durch den Tod unter die potestas einer anderen Person zu kommen, oder durch testamentarische bzw. durch das Gesetz konstituierte Übertragung des dominium des Erblassers, aber auch durch eine besondere usucapio oder in iure cessio hereditatis. Nur im zweiten Falle lag ein eigentlicher Erwerb der hereditas vor. Im ersten Falle ist die Korporation von sui unmittelbar der Erbe, weil sie vorher als die Familie des Hausvaters das Zwecksobjekt für sein dominium war. Erst später entstand die Auffassung, dass das einzelne Korporationsmitglied von Anfang an Erbe einer Quote des Nachlasses sei. — Weiter: Der Übergang anderer Rechte als des dominium sowie der der Schulden war eine blosse Folgeerscheinung des dominium. Es ist hier hinzuzufügen: Besondere Rechte, ius sepulchri und ius patronatus, gehörten nicht zum dominium hereditatis, weil sie familienrechtlich waren. Siehe hierüber PEROZZI, *Ist.*² II S. 444 ff. und RABEL, a.a.O. S. 311 ff. Was Forderungsrechte und Schulden betrifft, zeigt sich ihr Zusammenhang mit dem dominium hereditatis darin, dass sie *nur*, wenn sie mit der rechtlich-wirtschaftlichen Tätigkeit des Hausvaters für die Erhaltung oder Mehrung des patrimonium (familia pecuniaque) zusammenhängen, auf die Erben übergehen. Deshalb gehen nicht Schulden ex delicto über, falls sie nicht in eine andere Form, in iudicium legitimum oder in novierende Stipulation, wodurch die deliktische Grundlage wegfällt, übergegangen sind. *Bürgschaftsschulden* durch sponsio und fidepromissio gehen auch nicht über, weil die Schuld hier niemals die Verbindung mit dem Deliktsgedanken verlor, der die *geschichtliche* Grundlage für die Kraft der Sponsio und der auf *fides* bezogenen promissio war. Dieses Überbleibsel *beruhte* darauf, dass der Obligierte sich nicht so obligiert hatte, dass dies ein Moment seiner rechtlich-wirtschaftlichen Tätigkeit war. (Auch hier galt jedoch das Prinzip, dass die Deduktion in iudicium legitimum, wodurch der spezielle Grund der Obligation seine Bedeutung verlor, die Obligation passiv perpetuierte.) Erst die spätere Bürgschaftsschuld durch fideiussio ging über, weil hier das allgemeine wirtschaftliche Interesse an einem zuverlässigen Kredit-system das Institut bestimmte. Was andererseits die Forderungsrechte betrifft, tritt dasselbe Prinzip darin hervor, dass sie nicht übergingen, wenn sie auf einem Delikte beruhten, das *nicht* das rechtlich-wirtschaftliche Interesse des Verletzten berührte — auch hier mit der Restriktion bei deductio in iudicium legitimum. Der typische Fall: actio iniuriarum. Auch die Forderung auf Grund der adstipulatio ging nicht über, jedoch mit der angegebenen Restriktion. Der Grund war derselbe wie im umgekehrten Falle: Bürgschaft durch sponsio oder fidepromissio. Endlich ist zu bemerken, dass die Eidesobligation des Freigelassenen im Verhältnis zum patronus als solche weder aktiv noch passiv übergang: passiv nicht, weil sie eine religiöse Gebundenheit einschloss, bei welcher das Band immer darin bestand, dass der Betreffende bei gewissem Handeln dem Götter-

zorn verfiel, aktiv nicht, weil es sich hier um *persönliche* Leistungen ohne allgemeinen wirtschaftlichen Wert handelte. Über dies alles ausführlich in späteren Abteilungen dieser Schrift.

CUQ, Man. (1917) S. 764 und andere behaupten unter Hinweis auf die Worte *super pecunia tullelaue*, dass das Gesetz der XII Tafeln nur die Freiheit verliehen habe, über einzelne weniger wertvolle Dinge und über Vormundschaft zu bestimmen. Die freie Verfügung über das eigentliche Familienvermögen (*familia*) sei nicht möglich gewesen. Über dieses habe der Erblasser nur so verfügen können, dass er einen Volksbeschluss herbeiführte. Dies ist aus mehreren Gründen als fehlerhaft anzusehen. Erstens kann kein besonderes Gewicht auf das Wort *pecunia* gelegt werden — über seine Bedeutung oben —, da jedenfalls im Gesetze *auch* gesagt wird: *uti legassit suae rei = de sua re*, welche Worte von Pomponius und Gaius sogar *allein* erwähnt werden. Dass zur *sua res* alles gehört, worüber ein *pater familias* herrscht, lässt sich angesichts des absolut festen Sprachgebrauches bei Plautus unmöglich bestreiten. Zweitens wird durch die Worte: *si intestato moritur in tab. 5,4* vorausgesetzt, dass bei einer wirklichen *testatio scil. des Volkes* in den *comitia calata* — Anrufung desselben zum Zeugen — die Vorschrift des Gesetzes darüber, wer die *familia* haben soll, wenn sich kein *suus heres* findet, nicht gilt. Aber eine Anrufung des Volkes, bei seinem *eigenen* Beschlusse Zeuge zu sein, ist sinnlos und wird auch niemals erwähnt. Dass die Testamentierung in den *comitia calata* geschehen musste, ist kein Argument für die genannte Ansicht. *Deshalb* brauchte das Volk selbst keineswegs als eine beschliessende Behörde zu fungieren. In diesen Komitien erfolgte auch die *inauguratio* des *rex sacrorum* und der *flamines* (Gellius N.A. 15,27,1), bei welcher es sich nur um die Einholung von *Auspizien* handelte. (Siehe die Formel für die *inauguratio* *Numas Liu. 1,18,9*). Hier fand auch *detestatio sacrorum* statt. Aus Gellius 15,27,1—3 geht hervor, dass in den sog. *comitia calata, quae pro collegio pontificum habentur*, in keinem Falle ein Volksbeschluss gefasst wurde. (Siehe KARLOWA, R. Rg. II S. 850.) — Wenn die erwähnte Ansicht richtig wäre, würden nach der Zeit der zwölf Tafeln *zwei* verschiedene Testamente in den *com. cal.* notwendig gewesen sein — eines, das auf Volksbeschluss beruhte, in welchem über die *familia* verfügt wurde, ein anderes, in welchem über die *pecunia* zugunsten der *Legatäre* frei bestimmt wurde, was den Prinzipien für das unzweifelhaft in Anknüpfung an das *Komitientestament* ausgebildete spätere Testament *per aes et libram* widerstreitet. CUQ vermeint indes a.a.O., dass der *tab. 5,3* gemäss sowohl über *Legat* wie über *tutela* ohne formelles Testament verfügt werden konnte. Für eine solche Annahme kann nicht nur kein Zeugnis angeführt werden, sondern sie widerspricht sogar den vorliegenden Zeugnissen. Die Einsetzung zum *Vormund* verhindert nämlich auf ganz dieselbe Weise die Entstehung der *Agnatenrechte* auf *Vormund-*

schaft wie die Erbeseinsetzung, d.h. die Anordnung über die *familia* die Entstehung der Agnatenrechte auf diese verhindert. Man beachte die mit der tab. 5,4, die das gesetzliche *Erbrecht* regelt, sachlich identische Formulierung der Bestimmung über das gesetzliche Recht auf die *Vormundschaft* bei Gaius I.1,155: Quibus *testamento* quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII (tab.) agnati sunt tutores. Vgl. Paulus D.26,4,6: *Intestato* parente mortuo adgnatis defertur tutela und den Kommentar zu den Worten *intestato* parente mortuo. Aus diesem geht sogar hervor, dass das Wort *intestato* in dem betreffenden Gesetz angewandt worden ist. Kann dann das Testament in beiden Fällen von verschiedener *Art* gewesen sein? Wenn aber die Einsetzung zum Vormund nur durch formelles Testament geschehen konnte, ist es unmöglich, dass Legate auf andere Weise den Erben aufgelegt werden konnten. Denn das Legat und die tutela werden in tab. 5,3 zusammengestellt.

PEROZZI sagt Ist.² II, S. 504: „La *tf.*“ (*testamenti factio*) „è di diritto pubblico, perchè il primo testamento storico era una legge e quindi solo il diritto pubblico determinava chi potea parteciparvi come testatore o onorato.“ Obgleich richtig ist, dass die *tf.* zum *ius publicum* gehört (Paulus D.28,1,3), ist die Erklärung verfehlt, falls dabei gemeint ist, dass sie die allein mögliche ist. Das Testament braucht deshalb nicht ursprünglich, wie hier angenommen wird, ein durch den *populus Romanus* gegebenes Gesetz gewesen zu sein. Wenn das Testament als ein Akt betrachtet worden ist, in welchem der Testator auf seinem Gebiete eine selbständige *staatliche* Gesetzgebungsmacht ausübt, ist es natürlich, dass die *tf.* zu dem Rechte gehört haben muss, welches die *staatliche Machtübung* regelt. DE VISSCHER, *Mél. Cornil* II, S. 558 ff. leitet den öffentlichrechtlichen Charakter der *tf.* aus dem Zusammenhange zwischen dieser Fähigkeit mit dem römischen Bürgerrechte her. Dies ist eine ungenügende Erklärung. Wenn sie richtig wäre, würde auch die Fähigkeit zu einer *legis actio* zum *ius publicum* gehören, was keineswegs der Fall ist. In einer *legis actio* in rem oder in personam macht man gerade seine *privaten* Rechte geltend, aber *als* römischer Bürger hat man *legis actio*.

Mit der abgehandelten Theorie hängt die Annahme zusammen, dass *auch* das *römische* Testament ursprünglich eine *adrogatio* für die Zeit nach dem Tode gewesen sei. Auch hier fehlt es in den Quellen an jeder Andeutung einer solchen Testamentsform. Der *Griech*e Appianus bezeichnet wirklich einmal einen römischen Testamentserben als einen adoptierten $\pi\alpha\tau\epsilon\rho\varsigma$. Aber hier liegt offenbar eine Übertragung der für das *griechische* Testament geltenden Vorstellungsweise auf römische Verhältnisse vor. (Siehe KÜBLER, *Sav. Z.* 41 (1920) S. 19².) Die *Adrogationstheorie* stimmt auch nicht mit dem Charakter zusammen, den die *comitia calata*, wenn man nach anderen in ihnen stattfindenden Akten urteilt, gehabt haben. *Falls* aber wirklich einmal durch eine solche *adrogatio* der Testamentserbe

eingesetzt worden sein sollte, so ist eine fundamentale Veränderung der Natur des Testamentes erfolgt, als das von den zwölf Tafeln bestimmte Testamentsrecht zu gelten begann. Denn der Adrogierte hat auf dem Gebiete des Erbrechts ganz dieselbe Rechtsstellung, die der natürliche Sohn in patria potestas hat. Er ist *suus heres* (Gaius I,3,2). Er hat gesetzliches Recht als Agnat (Paulus Sent. 4,8,15). Der Testamentserbe aber ist *als solcher* nicht *suus heres* und hat dann auch nicht Agnatenrechte. Umgekehrt verliert allerdings der Exheredierte seine Stellung als *suus heres*, aber keineswegs seine Agnatenrechte, was nur durch Ausschliessung aus der persönlichen Familie des Testators mittels Emanzipation oder Überlassen zur Adoption geschehen kann. Da also weder eine ursprüngliche Möglichkeit, für die Zeit nach dem Tode zu adrogieren, belegt werden kann, noch die Annahme, dass sie einmal bestanden hat, irgendwie Licht über das geschichtliche römische Testamentsrecht breitet, muss man fragen, welchen Nutzen die erwähnte Hypothese der Wissenschaft bringt!

Da aber eine so gewaltsame Änderung der Testamentsregeln, wie sie vorhanden gewesen sein würde, wenn das Testament vor den zwölf Tafeln wirklich eine adrogatio gewesen sein sollte, äusserst unwahrscheinlich ist, kann gefragt werden, ob wirklich eine Veränderung des Testamentsrechtes durch dieses Gesetz erfolgte und gegebenenfalls, *welcher* Art sie war. Die Antwort gibt die Berücksichtigung dessen, was der kritisierten Theorie über das *legare* in tab. 5,3 den Schein von Richtigkeit verleiht. Denn *das* ist bezeugt, dass die *unbeschränkte* Freiheit, den Erben Legate aufzulegen und die Erbschaft durch testamentarische Freilassungen von Sklaven zu vermindern, gerade durch diese Tafel *eingeführt* wurde. So Gaius I,2,224. So Iust. I,2,22 pr. (vgl. den Kommentar des Theophilus). Vermöge dieses Rechtes konnte der Testator dem Erben sogar den ganzen Nachlass nehmen. Dies schloss nun keineswegs aus, dass auch nach klassischer Jurisprudenz der Erbe das ganze dingliche Vermögen, als eine universitas betrachtet, übernahm. Durch die Legate und die Freilassungen wurden dem Erben einzelne Teile der Erbschaft genommen, unmittelbar *nachdem* er das Vermögen als eine Ganzheit erhalten hatte. In *dieser* Hinsicht war die Macht des Testators vorher offenbar begrenzt, so dass ein Testament, in welchem die Erbschaft nach dem Urteil der pontifices übermässig belastet wurde, ungültig war. Dass der Grund dieser Beschränkung der Testamentierfreiheit sakraler Art war, kann als sicher betrachtet werden. Es herrschten nach der Zeit der zwölf Tafeln *zwei* Prinzipien hinsichtlich der *sacra*: 1. Pontifices cum *pecunia* *sacra* coniungi uolunt (Cic. de leg. 2,20,50). 2. *Heredum* causa est iustissima, nulla est enim persona, quae ad uicem eius, qui e uita emigrarit, propius accedat (a.a.O. § 48). Ältere und jüngere pontifices suchten zu der Zeit, in welcher die Testamentsfreiheit in fraglicher Hinsicht bestand, diese Prinzipien

in verschiedener Weise zu vereinigen, wie in Cic. de leg. 2, 19, 47 ff. eingehend berichtet wird. Hierbei wurden auch nicht-testamentarische Donationen mortis causa berücksichtigt. Dann ergibt sich von selbst der Schluss, dass die vor den zwölf Tafeln geltende, von den pontifices überwachte Begrenzung der Testamentsfreiheit von dem Prinzip bestimmt war, dass der Erbe, der damals allein für die *sacra* verantwortlich war, nun auch die Hauptmasse des Vermögens erhalten sollte, dass aber die pontifices nach dem Verluste ihrer Überwachungsmacht die *sacra* ohne absolutes Festhalten an dem Grundsatz, dass sie zum *Erben* gehörten, regeln mussten. Indes kann man konstatieren, dass mit den nach der von den zwölf Tafeln eingeführten Testamentsfreiheit notwendigen besonderen pontifikalischen Anordnungen über die *sacra* eine restringierende staatliche Gesetzgebung über die Grösse von zugelassenen Legaten, Donationen mortis causa und Freilassungen für angebracht gehalten wurde, bis endlich die *lex Falcidia* und die *lex Fufia Caninia* zustandekamen. (Siehe hierüber Gaius I. 2, 225—228.) Gaius führt als Motiv dieser Gesetzgebung an, dass die Erben die Heresstellung ausschlugen, wenn die Erbschaft durch Legate und Freilassungen erschöpft war, und dass deshalb viele, die ein Testament errichtet hatten, *intestato* starben. — Es ist nur nötig hinzuzufügen, dass es, wie schon angedeutet worden ist, absurd sein würde, aus dem Umstande, dass gerade hinsichtlich der Möglichkeit, frei zu *legieren*, die Rechtsordnung durch tab. 5, 3 verändert wurde, zu folgern, dass *legare* hier die spätere Bedeutung von „Legate auflegen“ habe. Eine solche Annahme wird ja durch dieselbe Äusserung des Gaius, auf welche man sich beruft, widerlegt, indem dieser auch über *Freilassungen* als zufolge derselben Tafel ohne Einschränkung möglich spricht!!

Einen anderen Versuch, das römische Testamentsrecht verständlich zu machen, bietet die bekannte *Bonfantische* Theorie. Erbe sei ursprünglich derjenige gewesen, der die Herrschaft über die Familiengruppe nach dem *pater familias* übernahm, und das Testament sei ursprünglich eine Einsetzung eines der *sui* in diese Herrscherstellung, weshalb gerade der testamentarische Erbe der eigentliche Erbe sei. Daraus soll die Eigentümlichkeit des späteren Testamentes zu erklären sein. Der Erbe brauche gar nichts vom *patrimonium* zu erhalten. Die Legatäre könnten alles erwerben. Trotzdem beruhe die ganze Kraft des Testamentes auf dem Antritt des testamentarischen Erben. Dies und anderes, was das Testamentsrecht kennzeichne, beweise, dass der Erbe als solcher ursprünglich nicht durch das Recht am *patrimonium* charakterisiert war. Wenn sich in den Quellenzeugnissen eine Andeutung darüber fände, dass einer der *sui* die *patria potestas* über andere, sogar mündige *sui* in älterer Zeit erhalten konnte, läge ein Grund vor anzunehmen, dass es einmal ein Testament der Art, die das von Bonfante vorausgesetzte gehabt haben würde, gegeben habe. Zur Erklärung des Testamentsrechtes, das mit den

zwölf Tafeln vorhanden war, würde *jedoch* die fragliche Annahme untauglich sein. Denn zu dieser Zeit war eine solche patria potestas unmöglich. Weshalb würden sonst im Gesetze besondere Vorschriften über den *tutor* des Unmündigen gegeben worden sein? Die tutela (aus *tueri*) schliesst jede *patria potestas* aus, welche die *potestas uitae ac necis* umfasst. Es scheint zwar, wenn man nach dem neugefundenen Gaiusfragment urteilen darf, dass in der legitima et naturalis societas suorum heredum die mündigen Brüder zusammen allein das dominium über den Nachlass gehabt haben. Daraus folgt indes durchaus nicht, dass sie eine wirkliche patria potestas über die anderen Geschwister hatten. Was mündige Personen betrifft, war sogar tutela (wenn wir von den furiosi und den Weibern absehen) nicht möglich, was durch dasselbe Fragment bestätigt wird. Wenn man sich im mindesten auf die Zeugnisse der Juristen über den älteren Rechtszustand verlassen darf, muss angenommen werden, dass der *suus heres*, dessen Begriff in den zwölf Tafeln vorausgesetzt wird, *unmittelbar* und *notwendig* die Herrschaft über das patrimonium des Verstorbenen hatte, was nicht ausschliesst, dass ursprünglich dieses Recht, was die Unmündigen betrifft, erst nach der Erbteilung aktuell wurde, und dann auch nur in der modifizierten Form, die durch die Vormundschaft bedingt war. Daraus folgt, dass der Testator, der einen *suus heres* ausschliessen wollte, ihn formell exheredieren musste. Welchen Sinn aber konnte die Exheredierung haben, wenn die Einsetzung zum Erben *bedeutet* hätte, dass eine Person über die anderen *sui* herrschen sollte? BIONDI, B.I.D.R.38, S. 238 f. proklamiert ebenso wie BONFANTE selbst, um seine Theorie zu verteidigen, dass das Exheredierungsinstitut jünger sei und erst dann vorliege, „quando l'antica funzione del testamento incominciava a decadere con la stessa decadenza della famiglia“? Er übersieht dabei, dass die Frage die ist: hatten die *sui* zur Zeit der zwölf Tafeln an sich selbst das Erbrecht oder nicht? Wenn sie dieses Recht an sich selbst hatten, ergibt sich mit absoluter Notwendigkeit, dass sie desselben nur durch formelle Exheredierung beraubt werden konnten. BIONDI spricht S. 241 beinahe höhnisch von den einstimmigen Erklärungen des Gaius und des Paulus, weshalb die *sui* unmittelbar und notwendig Erben waren: sie hätten schon bei Lebzeiten des *pater familias* an seinem Vermögen teil!! Weiter: was bedeutet im Bewusstsein der Juristen das notwendig alte Exheredierungsinstitut? Findet sich vielleicht eine Andeutung, dass es einen anderen Sinn hatte als *den*, dass der Exheredierte von der Teilhaftigkeit am *Vermögen* des Verstorbenen ausgeschlossen wird? Um die abgehandelte Theorie überhaupt verteidigen zu können, muss man die römischen Quellenzeugnisse sowohl über den Inhalt der Gesetze als über ihren Sinn willkürlich verwerfen oder den Sinn dieser Zeugnisse entstellen, von welcher Methode schon Beispiele gegeben worden sind.

An der Theorie BONFANTES ist *das* wahr, dass der *pater familias* im

Testamentierrechte ebenso wie in der *patria potestas* als ein *Souverän* hervortritt. BONFANTE hat mit grossem Scharfsinn früh den Gedanken geltend gemacht, dass die römische Familie ursprünglich ein *politischer Organismus* war. Was bestritten werden muss, ist nur die Annahme, dass die testamentarische Gesetzgebung einen successor in der *patria potestas* selbst konstituierte. Diese Macht besass jeder volljährige römische Bürger männlichen Geschlechts, der nicht selbst durch Zugehörigkeit an einer Familie der *potestas* des *pater familias* dieser Familie unterworfen war. Und diese *patria potestas* konnte wie die *Zivität* von alters her niemandem selbst durch *staatlichen* Beschluss genommen werden, wenn man auch selbst durch eigenes Handeln die *Zivität* aufgeben oder *freiwillig* in die *patria potestas* eines anderen *treten* konnte. Dies wird von Cicero pro Caec. 33,98—34,100 und de domo 29,77 so bestimmt wie möglich behauptet. Besonders interessiert hier die letzte Stelle: Sed cum hoc iuris a maioribus proditum sit, ut nemo ciuis Romanus aut sui potestatem aut ciuitatem possit ammittere, nisi ipse auctor factus sit, quod tu ipse potuisti in tua causa discere — credo enim, quamquam in illa adoptione legitime factum est nihil, tamen te esse interrogatum, auctorne esses, ut in te P. Fonteius uitae necisque potestatem haberet ut in filio — quaero si aut negasses aut tacuisses, si tamen id triginta curiae iussissent, num id iussum esset ratum? Certe non. Wie kann man unter solchen Umständen glauben, dass ein *pater familias* durch sein *iussum* verordnen konnte, dass seine eigenen Söhne oder Töchter, die unmittelbar mit seinem eigenen Tode von seiner *potestas* frei wurden, einem der vorher der *patria potestas* Unterworfenen untergeordnet sein sollten? Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass bei *adrogatio* die der *potestas* des Arrogierten Unterworfenen an den Arrogierenden übergehen (Gaius I. I, 107 und Ulp. Reg. 8,8). Denn in diesem Falle werden die Unterworfenen erst durch denselben Akt, durch den sie unter die *potestas* des Arrogierenden kommen, aus der *potestas* ihres eigenen *pater familias* entlassen. In dem von BONFANTE vorausgesetzten Falle werden sie durch den Tod des Vaters *von selbst* von seiner *potestas* frei. Trotzdem soll dieser die an sich von jeder *potestas* freien Kinder unter die Macht einer anderen Person stellen können! Das bedeutet, dass er durch sein *iussum* eine Person, die an sich *sui iuris* ist, einer *patria potestas* (von der *potestas*, die ein *tutor* als solcher hat, scharf zu unterscheiden) unterwerfen könnte. Im übrigen ist klar, dass der Übergang der dem Arrogierten Unterworfenen in die *patria potestas* des Arrogierenden selbst in keinem *iussum* eingeschlossen ist, sondern nur eine *Folge* des von dem Arrogierten selbst veranlassten *iussum* in den *comitia curiata* ist, das *ihn* zum Adoptivsohn des Arrogierenden macht. — Besonders absurd erscheint der Standpunkt BONFANTES, wenn man bedenkt, dass schon nach den zwölf Tafeln der Erblasser einen *extraneus* zum Erben muss eingesetzt haben können. Dies geht aus der nachweislich

allgemeinen Bedeutung des *legare* als *testari* in tab. 5,3 hervor. Wie aber könnte ein *extraneus*, der gar nicht zur Familie des Verstorbenen gehört, *patria potestas* über Mitglieder dieser Familie erhalten? Weiter: BONFANTE selbst nimmt Scr. giur. var. I, S. 229 an, dass die zwölf Tafeln nicht die Möglichkeit *ausschlossen*, dass auch *Weiber intestato Erben* sein konnten! Sehr früh muss wohl dann die Idee vom *Beerben* als einem Übergang der *patria potestas* verlorengegangen sein!

Jedoch haben alle Argumente für seine Anschauung, die BONFANTE im Aufsätze: *L'origine dell'Hereditas e dei Legata nel diritto successoria Romano* in B.D.I.R. 4 (1891) S. 97 ff. (in Scr. giur. varii I, S. 101 ff. mit vervollständigenden Zusätzen von neuem gedruckt) mit grösstem Scharfsinn gesammelt hat, an sich selbst grosse Bedeutung für die Beleuchtung des römischen Erbrechtes. Das ist sicher richtig, dass ohne den Übergang *eines universellen Rechtes* des Verstorbenen auf eine andere Person alle besonderen Rechte und Schulden desselben mit dem Tode verschwinden würden. Das fragliche Recht aber ist das Recht am dinglichen *patrimonium*, welches Recht in der *Person* des Verstorbenen seine Einheit hat und beim Übergang auf den successor als dasselbe fortbesteht. Das auf den Erben übergehende Recht kann nicht die *patria potestas* sein. Die Eigenschaft *sui iuris* muss schon vorhanden sein, wenn jemand Erbe wird. Diese Eigenschaft aber schliesst, wenn wir von der rechtlichen Zwischenstellung der Unmündigen absehen, die *patria potestas* ein. Mit dem Übergang des *patrimonium* leben alle an dieses angeknüpften oder darin eingeschlossenen Rechte und Obliegenheiten in einem neuen Subjekt fort. Und wenn dieses Subjekt durch testamentarische Gesetzgebung bestimmt wird, kann der Erblasser den Erben, auf den nach seiner Verordnung das primäre einheitliche Recht am *patrimonium* und damit besondere Rechte und Obliegenheiten übergegangen sind, auf verschiedene Weise belasten, sogar so, dass besondere Rechte unmittelbar mit dem Antritt für den Erben verlorengehen. Ebenso wie der Familienvater bei Lebzeiten einzelne dingliche Rechte entäussern konnte, kann er durch den von ihm selbst eingesetzten successor, nachdem dieser angetreten hat, dingliche Rechte übertragen, was durch das *do-lego-Legat* geschieht. Ja, wenigstens später konnte er durch *Damnationslegat* dem von ihm selbst eingesetzten successor, sofern er antrat, neue Schulden auferlegen, ebenso wie er sich selbst bei Lebzeiten im wirtschaftlichen Verkehr mit Schulden belasten konnte. Nach den zwölf Tafeln konnte wenigstens ersteres unbegrenzt geschehen, so dass der Erbe mit dem Antritt nichts anderes als höchstens Schulden übernahm, obgleich er allein den fort-dauernden Bestand aller einzelnen Rechte in seiner Person aufrecht-erhält. Wenn BONFANTE meint, dass gerade *dies*, dass der Erbe nichts anderes als das *inane nomen heredis* zu bekommen braucht, die Unrichtigkeit der *patrimonialen* Theorie beweise, so übersieht er, dass jedes Legat

ab herede relinquitur, so dass der Erbe selbst, juristisch gesehen, mit dem Antritt *alles* erhält, obgleich ihm andererseits *alles* durch die testamentarische Entäusserung, zu welcher auch Freilassungen gehören, sofort wieder genommen werden kann. Gegen die Theorie von der *hereditas* als dem Rechte an *einem* Dinge, das an sich eine Menge von *singulae res* einschliesst, kann BONFANTE nur anführen: „*cotesto diritto reale unico sopra un complesso di diritti, cotesto diritto reale che sparisce appena attuato, è un vero assurdo*“ (Scr. giur. varii I, S. 171). als ob die Frage die wäre, ob Rechtsvorstellungen absurd *sind*, und nicht *die*, welche Rechtsvorstellungen die Römer wirklich hatten. Dass die *hereditas* ein von den dazu gehörenden *singulae res* zu unterscheidendes Ding ist, sagt Gaius ausdrücklich. Wie wäre auch sonst zu erklären, dass die testamentarische Erbteilung nur Quoten, niemals *certae res* betreffen konnte? Für BONFANTE, muss auch der *grex*, das Schulbeispiel einer *uniuersitas ex distantibus*, der in dieser Hinsicht mit der *hereditas* zusammengestellt wird und der für sich vindiziert werden kann, obgleich einzelne in ihm enthaltene Tiere einer anderen Person als dem Vindizierenden gehören können (siehe oben), eine juristische Absurdität sein! Nun könnte eingewandt werden, dass, wenn die Heresstellung im Innehaben des dinglichen *patrimonium* besteht, diese Stellung im selben Augenblicke, in welchem sie eintritt, aufhören muss, wenn das ganze *patrimonium* durch Vindikationslegat und Freilassungen erschöpft wird, was dem von BONFANTE in diesem Zusammenhang angezogenen Prinzip: *semel heres semper heres*, widerstreite. Indes ist die behauptete Konsequenz gar nicht vorhanden. Denn dann lebt das einmalige Innehaben der *uniuersitas patrimonium* als die Heresstellung einschliessend in den mit dem *patrimonium* verbundenen Forderungsrechten und Schulden fort, welche in der Person des einmaligen *successor* des *patrimonium* auf Grund dieser Sukzession weiter bestehen. Wie aber, wenn im angenommenen Falle weder Forderungsrechte noch Schulden vom Verstorbenen hinterlassen worden sind? Wird dann nicht aus der ursprünglichen Heresstellung ein Nichts? Ja, aber dann verliert auch das Prinzip *semel heres semper heres* jede Bedeutung. Dieses kann nämlich nur bedeuten, dass keine Rechte oder Obliegenheiten, die man *als heres* innehat, *in dieser Eigenschaft* an eine andere Person übergehen können, falls man nicht durch *adrogatio* oder *coemptio* unter die *patria potestas* einer anderen Person kommt, die dann Erbe wird (Gaius I,3,84). Man kann sich nicht seiner eigenen Persönlichkeit, sofern man *sui iuris* bleibt, entäussern. Zur *Persönlichkeit* aber gehört die Eigenschaft: rechtlicher *successor* einer anderen Person, in welcher Eigenschaft man in seine eigene Person die Rechte und Obliegenheiten des Vorgängers aufnimmt. (Die sog. Singularsukzession ist keine wirkliche *successio* in die Rechtsstellung einer anderen Person: siehe oben). Im übrigen kann hinsichtlich des zuletzt voraus-

gesetzten Grenzfalles gesagt werden, dass der Antritt des Eingesetzten nur *dicis causa* geschehen sollte. Derselbe würde keine reale Bedeutung für den Erben selbst erhalten. Er würde nur als die juristische Grundlage der Kraft der Vindikationslegate und Freilassungen dienen. So hat im Testament per aes et libram die *familiae emptio* nur die Funktion, die juristische Grundlage der testamentarischen Nunkupation zu schaffen, die allein reale Bedeutung hat. Der *familiae emptor* selbst bekommt nichts!

Endlich ist noch hinzuzufügen, dass die Bedeutung, die BONFANTE dem Satz: *Nemo pro parte intestatus, pro parte testatus decedere potest* als Beweis für seine Theorie beimisst, der Sachlage nicht entspricht. Wir können davon absehen, ob die Regel vor der Zeit der klassischen Jurisprudenz wirklich unter *allen* Umständen gegolten hat (siehe die Untersuchung über die Pupillarsubstitution in Beil. 4). Die Erklärung derselben, insoweit sie wirklich galt, ist unmittelbar klar, wenn das Testament als eine Gesetzgebung aufzufassen ist. Als solche bestimmt das Testament die Sukzession vollständig, so dass alle anderen Erben als die in dasselbe aufgenommenen ausgeschlossen sind, wenn es überhaupt Kraft erhält: *uti legassit . . . ita ius esto*.

Indes ist zu bemerken, dass die Möglichkeit solcher Luftgebäude wie der Arrogationstheorie und der Bonfantischen Theorie darauf beruht, dass auch die Vertreter solcher Theorien, die in dieselbe Richtung wie die hier dargestellte gehen, die Worte *legare suae rei* in tab. 5,3 missverstehen. *Obgleich jeder* Testamentsakt, auch der spezielle Legatsakt, um mit Ulpianus zu reden, seine Kraft durch Imperative *legis modo* erhält und als ein *iubere* ebenso wie der direkte staatliche Gesetzgebungsakt bezeichnet wird, *obgleich legare* der Abstammung des Wortes nach *Gesetz geben* bedeuten muss, *obgleich* die römischen Juristen das Wort in tab. 5,3 auch so auffassen, soll es sich hier nur um die Freiheit zu Legatsvermachungen handeln, nicht um die Freiheit, über das eigene Vermögen als eine Sache für sich — *sua res* — für die Zeit nach dem Tode zu verfügen. Durch ein solches Vorurteil kommt die Auffassung des Testamentsrechtes nach den zwölf Tafeln gleichsam ins Schwanken, und das Feld für allerlei Luftgebäude wird frei. Wenn man aber die einschlägigen Quellenzeugnisse gelten lässt, muss man notwendig die testamentarische Erbeneinsetzung als ein *legare suae rei*, also als eine Gesetzgebung hinsichtlich des zukünftigen dominus über das Vermögen als *eine* Sache auffassen. Dann ist auch klar, dass, wenn das direkte staatliche Gesetz an die Stelle des Gesetzes des Testators tritt, es den zukünftigen dominus über dasselbe Vermögen bestimmen muss, um einen Erben einzusetzen. D.h. die Worte *familiam habeto* in tab. 5,4 beziehen sich auf eine Erbeneinsetzung, die der in tab. 5,3 parallel geht.

Zusatz zu S. 106.

BORTOLUCCI hat sich in einem Aufsätze in B.I.D.R.43, S. 128 ff. gegen ALBERTARIO verteidigt. Ich kann im ganzen auf diesen hinweisen. Die Differenz zwischen B. und mir scheint wesentlich nur darin liegen, dass m.E. die Grundlage der hereditas als einer universitas das dominium über alle Erbschaftssachen ist, das mit dem Eintreten in die Rechtsstellung des Verschiedenen gegeben ist, und dass der Übergang von Forderungen und Schulden als eine Folge von diesem dominium betrachtet wird.

Zusatz zu S. 132.

Dass das Wort *testimonium* primär die *Stellung* als anwesender Zeuge — nicht *Zeugnis* — bedeutet, wird auch durch eine vorher (oben S. 90) behandelte altertümliche rechtliche Formel bestätigt, die zum Testamentierungsakte in den *comitia calata* ursprünglich gehört hat und davon auf das Testament *per aes et libram* übertragen worden ist: *itaque uos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*. Dies sagt der Testator, nachdem er auf die *tabulae*, die er in der Hand hält, als *seine* Anordnungen enthaltend hingewiesen hat. Es ist unmöglich, hier *testimonium* durch *Zeugnis* zu übersetzen. Die „Quiriten“ sollten gar kein Zeugnis im Interesse des Testators abgeben. Darüber, dass sie bei der Gelegenheit des Testamentierungsaktes oral oder schriftlich zu bezeugen hatten, dass der Testator vor ihnen eine gewisse Aussprache gemacht hat, gibt es keine Andeutung, weder was das Komitialtestament noch was das Testament *per aes et libram* betrifft. Aber auch wenn im fraglichen Ausdrucke eingeschlossen sein sollte, dass sie nach *dem Tode des Testators* zugunsten besonderer Personen ein Zeugnis darüber abzugeben haben, kann dies nur als eine Konsequenz desselben betrachtet werden. Unmöglich kann das Wort *testimonium* dieses zukünftige Zeugnis hier *bedeuten*. Denn es heisst ja: *testimonium mihi perhibetote*. Dagegen ist es natürlich, dass die Aufforderung an die „Quiriten“ gestellt wird, auf die Worte des Testators besondere Aufmerksamkeit zu richten. Weshalb aber soll dies geschehen? Die Antwort, scheint es, kann kaum eine andere als die sein, dass sie so tun sollten, um *nach dem Tode des Testators* bezeugen zu können, dass er die *tabulae* gutgeheissen hat. Indes kann keineswegs damit alles, was dazu gehört, gesagt sein. Erstens fragt man, weshalb ein so grosser Apparat wie die *comitia calata* — das versammelte römische Volk selbst — wegen eines solchen Zweckes nötig war. Konnten nicht ebensogut irgendwelche Personen, die überhaupt in ihren Aussprachen Glaubwürdigkeit gezeigt hatten, dazu angewandt werden? Zweitens hat die Phrase: *testimonium mihi perhibetote*, wie aus dem Vorhergehenden folgt, denselben Sinn, als ob gesagt wäre: *testes mihi estote* oder *uos*

testor: richtet eure Aufmerksamkeit auf das, was ich gesagt habe! bzw. ich stelle die Aufforderung an euch, dass ihr aufmerksam hört! Nun hat *testor* mit *deos, Iovem* u.dgl. als Akkusativobjekt eine spezielle Aufgabe auf dem religiösen Gebiete. Die Hinzuziehung der Götter als *testes* gibt nämlich der damit verbundenen Aussprache *Kraft*. Die Eidesablegung schliesst ein *testari deos* ein, sei es, dass der Schwörende direkt sagt: *uos testor*, oder nicht. Livius berichtet, dass der Legat bei der Vorbereitung einer Kriegeserklärung einen gewissen Eid bei Iuppiter ablegte und drückt dies so aus (1,32,7): *Inde Iouem testem facit: 'si ego inuste . . . exposco, tum patriae compotem me numquam siris esse.'* Bei Iuppiter zu schwören, ist also dasselbe, wie ihn als *testis* heranziehen. Wenn das fremde Volk der Aufforderung nicht Folge leistete, sagte der Legat (§ 10): *'audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine, diique omnes caelestes, uosque, terrestres, uosque, inferni, audite: ego uos testor populum illum . . . iniustum esse neque ius persoluere.'* Es kann kein Zweifel darüber herrschen, dass das *testari deos* hier als eine Weise betrachtet wird, der Aussprache über die *inuria* des fremden Volkes mit dazu gehörender Folge (der Krieg gegen dasselbe wird *purum piumque duellum*) *Kraft* zu geben, so dass die Aussprache nun das Gesagte zustande bringt. Dann ist auch in entsprechender Weise dies: *uos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* (= *uos, Quirites, testor* oder: *uos, Quirites, testes estote*) bei Testamentierung in *comitia calata* so aufzufassen, dass durch die Aufforderung zum aufmerksamen Hören das römische Volk selbst in den Testamentsakt hineingezogen wird und demselben *Kraft* gibt, so dass es *ex iure Quiritium* nun gilt — ein Glied in der römischen Rechtsordnung wird. Eine sekundäre Konsequenz dieser Stellung des Volkes selbst ist, dass sich die eingesetzten Erben oder Legatäre, wenn sie das Testament geltend machen wollen, auf das Zeugnis des Volkes selbst, d.h. die Publizität des Testamentes berufen können. Beim *testamentum per aes et libram* legen die einzelnen Personen, die als Vertreter des Volkes fungiert haben, ein *'testimonium'* in dem Sinne ab, dass das primäre *'testimonium'*, wodurch das Testament *Kraft* erhielt, bezeugt wird. Ein solches *'testimonium'* ist natürlich ein Zeugnis und kann wahr oder falsch sein, während *'testimonium'* im primären Sinne weder wahr noch falsch sein kann, weil es selbst keine *Aussage* ist. Es ist wahrscheinlich, dass die Bedeutung *Zeugnis* dadurch entstanden ist, dass, nachdem man als anwesender, besonders herangezogener Zeuge fungiert hat, man verpflichtet ist, diese Stellung, die das *testimonium* im primären Sinne ist, nachher zu besprechen. Die *Aussage* über das *testimonium* ist selbst als *testimonium* bezeichnet worden. — Was hier hinsichtlich des *'testimonium'* bei dem Testamentsakte gesagt worden ist, hat seine Anwendung auch auf *testes rogati* beim *Manzipsationsakte*, so dass diese durch ihre Anwesenheit als herangezogene Zeugen demselben *Kraft* geben. Letzteres kann jedoch

nur unter der Voraussetzung gesagt werden, dass die Formelworte bei der Manzipation: *aio hunc hominem meum esse* zum rechtserzeugenden Akte gehören und nicht als eine *Kundgebung* vor den *testes* dienen, dass der Eigentumsübergang nun erfolgt ist. Dass es indes richtig ist, von dieser Voraussetzung auszugehen, soll in einer anderen Beilage (22) nachgewiesen werden.

Hier ist indes zu bemerken, dass beim Testamentierungsakte das Volk nicht durch besonderen *Beschluss* dem Testament Kraft gibt. Nur durch die Aufforderung, die Worte des Testators aufmerksam zu hören, wird es in den Akt hineingezogen und gibt so demselben Kraft, ganz wie es *mutatis mutandis* der Fall ist, wenn man die Götter als Zeugen anwendet. Der Agierende ist nur der Testator selbst als Gesetzgeber, der indes das Volk als Mittel anwendet, damit seine Anordnungen Kraft erhalten. Eine andere Sache ist es, dass das Volk bzw. die einzelnen Personen, die bei einem sollennen Akte als Zeugen herangezogen werden und damit demselben Kraft geben, zu dieser Anwendung ihren Beifall geben müssen. Wenn das Volk in den *comitia calata* einmal versammelt worden ist, darf natürlich der Beifall als im Voraus gegeben angesehen werden. Die *comitia calata* haben ja u.a. gerade die Aufgabe, als Zeuge bei Testamentierungsakten zu dienen (Gell. 15, 27, 3). Aber wenn einzelne ausgewählte Personen als Zeugen fungieren sollen, müssen sie natürlich besonders dazu ihren Beifall gegeben haben, was vor allem bei Manzipationsakten Bedeutung hat. Darauf bezieht sich tab. 8, 22: *Qui se sieri testarii libripensue fuerit, ni testimonium fariatur (fatiatur?), inprobus intestabilisque esto.*

Beilage 6

zum Texte S. 56¹.

Ulpianus-Celsus D. 23, 3, 7, 2:

Si usus fructus in dotem datus sit [uideamus, utrum fructus reddendi sunt(!) nec ne et?] Celsus libro decimo digestorum ait [interesse, quid actum sit et nisi appareat aliud actum esse putare se] ius ipsum in dote esse, non etiam fructus, qui percipiuntur. Hier ist in gewöhnlicher justinianischer Weise der prozessuale Gesichtspunkt mit dem privatrechtlichen vermischt; denn es wird ja die Frage beantwortet, ob bei der Übertragung des *usus fructus* als Mitgift nicht nur *das Recht*, sich den Ertrag anzueignen, sondern auch dieser selbst zur Mitgift zu rechnen sei. Die Entscheidung dieser Frage ist durch den *wirklichen* Tatbestand bedingt, der nach dem überlieferten Texte von *quid actum sit* bestimmt sein soll. Unmöglich kann nach klassischer Jurisprudenz die materiell-rechtliche

Frage selbst auf Grundlage des im Prozesse Beweisbaren beantwortet werden. Nach dem vorliegenden Texte wird indes gerade in solcher Weise die Frage, was zur *wirklichen* Mitgift im angegebenen Falle gehört, beantwortet. Mindestens der zweite oben eingeklammerte Satz muss interpoliert sein. Über derartige postklassische Interpolationen auf dem Gebiete des Stipulationsrechts siehe oben S. 43 f. Die Interpolation hat den Zweck hervorzuheben, dass nicht nur die in der Verhandlung selbst *hervortretende* Absicht, sondern auch die davon unabhängige *wirkliche* Absicht bei der Beurteilung des Umfangs der Mitgift berücksichtigt werden soll. Die Kompilatoren realisieren aber diesen Zweck in der Weise, dass sie die *Beweisbarkeit* einer solchen Absicht nicht bloss als für die Entscheidung des nur *quod apparet* beurteilenden Richters massgebend ansehen, sondern auch für die Frage nach dem wirklichen Umfang der Mitgift. — Labeo-Iau. D.18,1,80,2: Silua caedua in quinquennium uenierat: quaerebatur, cum glans decidisset, utrius esset. scio Seruium respondiisse [primum sequendum esse, quod apparet actum esse: quod si in obscuro esset], quaecumque glans ex his arboribus quae caesae non essent cecidisset, uenditoris esse, eam autem, quae in arboribus fuisset eo tempore, cum [haec] <hae> caederentur, emptoris. Hier liegt es ja völlig klar auf der Hand, dass man die *Beweisbarkeit* einer Absicht, die von der in der Verhandlung hervortretenden unabhängig ist, für die *zivilrechtliche* Verbindlichkeit des Verkäufers bestimmend sein lässt, was *Seruius* unmöglich gesagt haben kann. — Eine gleichartige Interpolation in Ulp. D.18,6,4 pr.: Si quis uina uendiderit et intra diem certum degustanda dixerit, deinde per uenditorem steterit, quo minus degustarentur, utrum praeteritum dumtaxat periculum acoris et mucoris uenditor praestare debet, an uero etiam die praeterito, ut, si forte corrupta sint posteaquam dies degustandi praeteriit, periculum ad uenditorem pertineat, an uero magis emptio sit soluta, quasi sub condicione uenierint [hoc est, si ante diem illum fuissent degustata]? (Da das Abschmecken des Käufers dazu dienen soll, dass der Verkäufer das Risiko bzgl. zur Zeit desselben vorhandener Säure od.dgl. trägt, kann die eventuelle Kaufbedingung nicht so ausgedrückt werden. Wenn der Käufer selbst das rechtzeitige Abschmecken versäumt, kann die Folge nur die sein, dass er keinen Schadenersatz fordern kann. Die eventuelle Kaufbedingung kann nur die sein, dass der *Verkäufer* das Abschmecken zulässt, was er im angenommenen Fall nicht tut.) [et intererit quid actum sit]: ego [autem] arbitrator [si hoc in occulto sit] debere dici emptionem manere, periculum autem ad uenditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est. (Hier müssen die Worte: quo minus ante diem illum degustarentur, od.dgl. ausgelassen sein.) Zu der in der Verkaufsverhandlung selbst hervortretenden Absicht gehört hier nur, dass der Verkäufer für das Risiko der Weinsäure, die beim Ab-

schmecken zu der von ihm selbst bestimmten Zeit eventuell vorliegt, die Verantwortung tragen soll. Indes lag es an dem Verkäufer, dass das Abschmecken nicht zur rechten Zeit geschehen konnte. Wie ist dann die Rechtslage? Die Worte: *intererit, quid actum sit* können sich deshalb nur auf eine bei der Übereinkunft nicht ausgedrückte Absicht für den Fall, dass das Abschmecken vom Verkäufer verhindert wurde, beziehen. Hier wird indes die Ungewissheit im Prozess — *si in occulto sit* — hinsichtlich dieser doch als an sich relevant vorausgesetzten Absicht als für die Entscheidung der Frage bestimmend betrachtet, ob das Risiko für eine erst *später* hervortretende Weinsäure *civiliter* den Verkäufer trifft, oder dieser nur für die zur bestimmten Zeit vorhandene Weinsäure verantwortlich sein soll, oder ob der Verkauf als aufgehoben zu betrachten ist. Deshalb muss alles, was im überlieferten Texte eine in der Verhandlung selbst nicht hervortretende Absicht betrifft, interpoliert sein. Die *Ulpianische* Entscheidung ist ganz einfach die gewesen: Auf Grund der vorausgesetzten Verhandlung ist der Kauf als gültig zu betrachten, der Verkäufer aber ist auch für die erst später hervortretende Weinsäure verantwortlich. Diese Entscheidung scheint auch die richtige zu sein, da nach der Voraussetzung der Verkäufer selbst die Zeit für das Abschmecken bestimmt, es aber selbst verhindert hat. — Noch deutlicher ist eine gleichartige Interpolation Iau.-Labeo D.18,1,77: *In lege fundi uendundi lapidicinae in eo fundo ubique essent exceptae erant, et post multum temporis in eo fundo repertae erant lapidicinae. eas quoque uenditoris esse Tubero respondit. Labeo [referre quid actum sit, si non appareat] non uideri eas lapidicinas esse exceptas: neminem enim nec uendere nec excipere quod non sit, et lapidicinas nullas esse, nisi quae appare<a>nt et caedantur: aliter interpretantibus totum fundum lapidicinarum fore, si forte toto eo sub terra esset lapis. hoc probo (Iau.).* Hier hebt ja auch die Motivierung der Entscheidung Labeos die Möglichkeit auf, dass nach ihm die Parteiabsicht vorhanden wäre, dass auch unbekannte Steinbrüche zugunsten des Verkäufers ausgenommen sein sollten. — Paulus B.4 epitomamarum Alfeni Dig. D.18,1,40,3: *Fundi uenditor frumenta manu sata receperat: in eo fundo ex stipula seges erat enata: quaesitum est an pacto contineretur. respondit (Alfenus) [maxime referre, quid est (!) actum, ceterum secundum uerba] non esse actum, quod ex stipula nasceretur, non magis quam si quid <ex eo quod> ex sacco saccarii cecidisset aut ex eo quod <ex?> auibus [ex aere] <ex ore> cecidisset natum esset.* BESELER Beitr.3.13 streicht ‚maxime . . . uerba‘ und ‚manu‘ und schreibt wie MOMMSEN statt ‚actum‘ ‚satum‘ ohne andere Motivierung als die, dass „die Glosse *manu* die *Pointe* verdirbt“. Wenn aber ‚manu‘ gestrichen wird, versteht man nicht, weshalb nicht das Getreide, das aus dem aus dem Sacke des Sämannes Gefallenen entstanden ist, als ‚*frumentum satum*‘ betrachtet werden kann. Im parallelen von Labeo-Iau. 1.80 pr. behandelten Falle

wird auch der Ausdruck ‚manu sata‘ angewandt. Die Pointe liegt darin, dass das aus dem Halm entstandene frumentum nicht unter die Worte ‚manu sata‘ fällt, obgleich natürlich der Halm selbst als ein ‚manu satum‘ betrachtet werden muss. Die Änderung des Wortes ‚actum‘ in ‚satum‘ ist unmöglich, wenn wirklich ursprünglich ‚manu sata‘ geschrieben worden ist. Tatsächlich korrespondiert das Wort ‚actum‘ = von den Parteien gemeint, von ‚quod ex stipula nasceretur‘ ausgesagt, vollständig der Frage, ob ein solches frumentum ‚pacto contineretur‘. Bei einem pactum, das als solches *consensus* voraussetzt, handelt es sich gerade darum, was auf Grund seines Charakters als ‚actum‘ im angegebenen Sinne angesehen werden darf. — Besonders deutlich ist die Interpolation Celsus D.19,1,38,2: Firmus a Proculo quaesit, si de plumbeo castello fistulae sub terram missae aquam ducerent in aenum lateribus circumstructum, an hae aedium essent an ut ruta caesa uincta fixaque [quae] aedium non essent. ille rescripsit [referre quid acti esset. quid ergo, si nihil de ea re neque emptor neque uenditor cogitauerunt, ut plerumque in eiusmodi rebus euenisse solet, nonne propius est, ut] inserta et inclusa aedificio partem eius esse [existimemus]. Hier wird im überlieferten Texte die Frage, ob die Röhren nach den Prinzipien des Sachenrechts zum Gebäude gehören oder nicht, so beantwortet, dass man zuerst die faktische Absicht der Parteien beim Verkaufe berücksichtigen müsse. Scaeu. D.19,1,48: Titius heres Sempronii fundum Septicio uendidit ita: ‚fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emptus tot nummis uacuamque possessionem tradidit neque fines eius demonstrauit: quaeritur, an empti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit et fines ostendere. respondi [id ex ea scriptura praestandum quod sensisse intelleguntur. quod si non appareat] debere uenditorem et instrumenta fundi et fines ostendere: hoc etenim contractui bonae fidei consonat. Die Verwechslung des privatrechtlichen und des prozessualen Gesichtspunktes tritt offenbar hervor: quod si non appareat, debere!

Eine besondere Stellung nimmt die Interpolation in Labeo-Paulus D.14,2,10 pr. ein: si uehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in naue mortuum est, uectura tibi non debetur. Paulus: [immo quaeritur, quid actum est(!), utrum ut pro his qui(!) impositi(!) an pro his qui(!) deportati(!) essent, merces daretur: quod si hoc apparere non potuerit] satis erit pro nauta, si probauerit impositum esse mancipium. Während sonst ‚mancipium‘ als Neutrum behandelt wird, wird das Wort im eingeklammerten Satze als Maskulinum behandelt! Vom sachlichen Gesichtspunkte ist indes der Hauptgrund für die Interpolationsannahme hier nicht der, dass der zivilrechtliche und der prozessuale Gesichtspunkt vermengt sind, sondern der, dass die faktische Absicht der Parteien bei einer Übereinkunft, bei welcher nichts anderes *gesagt* worden ist, als

dass Sklaven gegen eine gewisse Gebühr für einen jeden an eine bestimmte Stelle geschifft werden sollen, für ausschlaggebend erklärt wird. Diese Anschauung ist der klassischen Jurisprudenz fremd, wie aus der vorhergehenden Untersuchung hervorgeht. Der Gegensatz zwischen den Entscheidungen von Labeo und Paulus betrifft in Wirklichkeit nur die *Auslegung* der vorausgesetzten Übereinkunft, die beim Prozesse zugrunde gelegt werden soll. Labeo legt nach dem Wortlaute aus, Paulus nach der vernünftigerweise vorhandenen Absicht: der *conductor* würde nicht, wenn er den eventuellen von ihm selbst unabhängigen Tod eines Sklaven während der Überfahrt erwogen hätte, eingeräumt haben, dass er in diesem Falle keine Zahlung erhalten sollte.

Im ganzen ist bei dieser Untersuchung stark zu betonen, dass der *Richter* immer die Frage zu beantworten hat, ob aus dem Prozessmaterial die Richtigkeit aufgestellter Behauptungen hervorgeht. *Si paret* oder *quidquid paret . . . condemna, si n.p. absolue!* Der Richter sagt also nichts darüber aus, was auf Grund aller hier relevanten Tatsachen zivilrechtlich gilt, sondern nur, was aus dem vorhandenen Prozessmaterial in dieser Hinsicht folgt. Es braucht darum gar nicht deshalb eine Interpolation vorzuliegen, weil gesagt wird, dass, wenn nur *dies* wirklich bewiesen wird, der Richter auch nur *dies* dem Urteil zugrunde zu legen hat, auch wenn möglicherweise andere Tatsachen vorhanden sein sollten, die wenn sie wirklich im Prozesse bewiesen würden, ein anderes Urteil veranlassen würden. Ein Beispiel gibt Gaius D.18,1,35,4: *si res uendita per furtum perierit, prius animaduertendum erit, quid inter eos de custodia rei conuenerat: si nihil appareat conuenisse, talis custodia desideranda est a uenditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit securus esse debet.* „*Securus*“ bezieht sich auf den Prozess und steht im Gegensatze zu einem unmittelbar danach erwähnten Fall, in welchem der Verkäufer „verurteilt werden soll“. Die Worte: *talis custodia desideranda est* beziehen sich dann auch nur auf die *custodia*, die der *Richter* auf Grundlage des *wirklich Bewiesenen* fordern muss, um nicht zu verurteilen. Wenn hier geschrieben worden wäre: *si nihil appareat conuenisse, uenditor debet talem custodiam praestare*, wäre die Äusserung nicht als echt zu betrachten. Weil im allgemeinen in den Stellen, in welchen die faktische Absicht der Parteien bei der Übereinkunft nicht die im Akt als solchem hervortretende Relevanz erhält, der prozessuale Gesichtspunkt mit dem zivilrechtlichen vermengt wird, haben wir hier den Schluss gezogen, dass eine solche Anschauung nicht der klassischen Jurisprudenz angehören kann. In der zuletzt angeführten Gaiusstelle aber handelt es sich nicht darum, dass das faktisch Gemeinte, auch wenn es nicht in der Übereinkunft ausgedrückt worden ist, relevant sei, sondern nur darum, dass eine wirkliche ausdrückliche Übereinkunft, die den Verkauf in einer besonderen Hinsicht näher be-

stimmt, zivilrechtliche Relevanz hat und *deshalb* vom Richter, wenn ihre Faktizität bewiesen wird, berücksichtigt werden muss.

Endlich ist in der abgehandelten Frage zu beachten, dass sich die alleinige Relevanz der in der Verhandlung selbst *hervortretenden* Absicht in der Ausdrucksweise der Juristen zeigt. Man sagt bei der Bezeichnung besonderer formloser Verhandlungen hinsichtlich ihres juristisch relevanten Inhalts: *actum esse uidetur* oder dgl.: Gaius I.3,179: *uidetur inter eos id actum esse*; Gaius-Julianus D.2,14,30,1: *quia pactus uideatur*; Labeo D.18,1,77: *non uideri eas lapidicinas esse exceptas*, vgl. Labeo Iau. D.18,1,80 pr.: *uidentur excipi*; Iul. D.45,1,56,1: *quamuis conuenisse uideatur*; Labeo-Iau. D.18,1,78 pr.: *apparere id actum esse*; Pomp. D.18,1,6,1: *apparet hoc dumtaxat actum esse*; Paulus Alfenus D.18,1,40,1: *uideri id actum esse*. Über die zwei zuletzt angeführten Stellen später. Andere hier angeführte Stellen sind früher vollständig zitiert und abgehandelt worden.

Beilage 7

zum Texte S. 57¹.

Pap. D.50,16,219: In conuentionibus contrahentium uoluntatem potius quam uerba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum uectigalem municipem locauerint, ut ad heredem eius qui suscepit pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri potuit. ALBERTARIO meint a. a. O. S. 650 ff., dass die Äusserung hinsichtlich der Worte: *cum igitur . . . potuit* korrumpiert sei. Dabei stützt er sich auf Paulus D.32,25,1: *cum in uerbis nulla ambiguitas est, non debet admitti uoluntatis quaestio*. Diese Worte betreffen indessen *Testamentsfragen*. Der Äusserung gehen nämlich folgende Worte in pr. voraus: *„Ille aut ille heres Seio centum dato“: potest Seius ab utro uelit petere*. Die Kompilatoren haben ja die Äusserung auch unter dem Titel: *de legatis et fideicommissis* aufgenommen. Im ersten Paulinischen Buche ad Neratium, aus welchem sie angeführt wird, handelt es sich in den überlieferten Fragmenten wenigstens zur Hälfte um *Testamentsfragen* (siehe Lenel, Paling. 1, S. 1140). ALBERTARIO konfrontiert ferner Gaius I.3,145 mit I.I.3,24,3. In der ersten Stelle wird, wenn man die Worte des dort angegebenen Pachtvertrages *„in perpetuum“* berücksichtigt, die Möglichkeit, auf Grund eines solchen Vertrages einen fundus uectigalis einem jeden gegenüber zu behalten, auf den conductor und seinen *Erben* beschränkt. Nach der zweiten Stelle kann der Vertrag auch auf irgendwelche Singularsukzessoren angewandt werden. Indes setzt Pap. in der angeführten Äusserung gar keinen *anderen* Pachtvertrag als den von Gaius angegebenen voraus. Er erklärt

nur, dass derselbe trotz der Worte auch auf den Legator angewandt worden ist, jedoch keineswegs auf einen jeden Singularsukzessor. In I.I.3,24,3 wird ein vollständigerer Pachtvertrag für möglich erklärt. Den Worten des Gaius: neque ipsi conductori neque eius heredi werden die Worte hinzugefügt: cuiue conductor heresque eius id praedium uendiderit aut donauerit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienauerit, auferre liceat. Wenn die Kompilatoren den Papinianustext wirklich korrumpiert hätten, hätten sie Papinianus erklären lassen, dass der Pachtvertrag in einer solchen Form möglich sei, oder wenigstens, dass er auf jeden beliebigen Singularsukzessor anwendbar sei. Ferner sagt ja Ulp. D.30,71,5 u. 6: Si fundus municipum uectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, uideamus. Et Iulianus libro trigensimo octauo digestorum scribit, quamuis fundus uectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod ius in eo is, qui legauit habet, ualere legatum. Da die municipes als zivilrechtliche Eigentümer natürlich eine besondere Stellung einnahmen, beweist das Angeführte allerdings nicht, dass nach Iulianus ein Legat zugunsten einer anderen Person in unserem Falle Kraft hatte. In § 6 aber fährt Ulp. fort: sed et si non municipibus, sed alii fundum uectigalem legauerit, non uideri (scil. nach Iul.) proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in uectigalibus fundis habemus. Dies setzt natürlich voraus, dass ein Legat des Inhabers auch zugunsten einer aussenstehenden Person zur Zeit des Iulianus Kraft hatte, obgleich nur der Pächter selbst und sein Erbe nach den Vertragsworten das fragliche Recht haben konnten. Dann muss bei der *Auslegung* des Pachtvertrages der Legatar als ein ‚heres‘ betrachtet worden sein. Man beachte, dass Gaius a. a. O. nichts über die *Auslegungsfrage* sagt. Deshalb beweist seine Äusserung nichts hinsichtlich dieser Frage. Wie aber war eine solche Auslegung möglich? Die Antwort ist leicht, wenn man davon ausgeht, dass bei der Auslegung des Pachtvertrages die darin hervortretende *Absicht* zu berücksichtigen war. In Wirklichkeit war der Unterschied zwischen einem Legatar, der sein Recht auf Grund eines Vindikationslegates hatte, und einem Erben rein formell. Der Erbe allein hatte das Recht an der totalen Erbschaft als einer universitas. Das Recht des Legatars an einer einzelnen Nachlassache ging deshalb immer durch den Erben, obgleich dieser realiter sein Recht hinsichtlich dieser Sache niemals geniessen konnte. In Wirklichkeit, ebenso wie nach der Absicht des Testators, *war* deshalb der fragliche Legatar ein Erbe ex certa re, und wenn auch aus formell juristischen Gründen eine Einsetzung zum Erben ex certa re als solche im *zivilen* Testament, wo nicht die *Absicht* des Testators, sondern die Worte prinzipielle Bedeutung hatten, keine Gültigkeit besass, so galt sie doch im testamentum militum, weil dieses Testament nach der Absicht des Testators ausgelegt werden sollte. Dann sollte indes der Eingesetzte als ein *Legatar per praeceptionem* behandelt

werden. (Siehe oben S. 53 f.) Da also praktisch und nach der Absicht des Testators ein Vindikationslegat den Legatar zu einem Erben ex certa re machte, ist es nicht verwunderlich, dass man die Absicht der Parteien bei dem fraglichen Pachtvertrage so auffasste, dass auch der, der als Legatar das Recht am fundus uectigalis empfangen sollte, als ein Erbe ex certa re zu betrachten sei. Allerdings war dieses Recht kein eigentliches Eigentumsrecht: ex iure Quiritium. Deshalb konnte formell kein Vindikationslegat vorliegen. Dass man es aber als ein dingliches Recht betrachtete, das mit den Worten *aufferri non licere* bezeichnet wurde, kann als sicher betrachtet werden. Diese Worte, die zum Pachtvertrage gehören, entsprechen vollständig denen, womit das Recht des Inhabers eines Provinzialgrundstückes bezeichnet wurde: *habere possidere uti frui licere*. Dass dieses Recht als ein dingliches Recht betrachtet wurde, ist sogar durch klassische Juristen bezeugt. (Siehe hierüber Röm. Obl. I, S. 82.) Nach Gaius a. a. O. stritt man auch darüber, ob nicht der Vertrag ein Kaufvertrage sei. Dass die Ansicht, er sei ein Pachtvertrag, die herrschende wurde, beruht mutmasslich darauf, dass kein *ziviles* Recht an der Sache selbst — nicht einmal *usus fructus* — durch die *municipes* erworben werden sollte. Das Recht bestand nur darin, dass im *Prozess* mit irgend wem der Pächter sagen konnte: *non auferri licere*. Die Aktionen gegen eine dritte Person konnten deshalb nicht zivilrechtliche Kraft haben. Hierzu kam, dass die Abgabe — der uectigal — deren Leistung für das Behalten der Sache notwendig war, als eine *Pachtabgabe* erschien. Aber da der Pächter faktisch, wenn auch nicht zivilrechtlich, ein dingliches Recht hatte, war auch das fragliche Legat realiter, wenngleich nicht formell, ein Vindikationslegat, das durch die *intentio: si paret hunc fundum N. N. auferri non licere* geltend gemacht wurde. Die Papinianusstelle beweist also, dass die *conventiones* im Gegensatze zu den *Stipulationen* zur Zeit des Papinianus nach der in den Worten hervortretenden *Absicht*, nicht direkt nach den Worten auszulegen waren. Dies wird ja auch in dem begründenden allgemeinen Satze direkt ausgesprochen: *In conventionibus contrahentium uoluntatem potius quam uerba spectari placuit*.

Ein fundus konnte unter der *resolutiven* Bedingung verkauft und dem Käufer übergeben werden, dass er als *inemptus* betrachtet werden solle, wenn nicht Bezahlung zur festgesetzten Zeit erfolge, wobei jedoch vorausgesetzt wurde, dass der Verkäufer in solchem Falle zwischen der Forderung des Preises und der Anwendung dieser Bestimmung wählen dürfe (Pomp. D. 18, 3, 2 und Pap. Ulp. eod. 1, 4, 2). Es wurde nun gefragt, wie der Verkäufer, wenn er bei Vorliegen der genannten Bedingung den Kauf rückgängig machte, für einen inzwischen vom Käufer erworbenen Ertrag oder eine vom Käufer durch Verkauf erhaltene Kaufsumme oder für den Verlust des Verkäufers bei neuem Verkauf nach dem Tage, an welchem der fundus nicht mehr dem Käufer gehört, durch den Käufer

Ersatz erhalten könne. Vgl. Ulp. D.18,3,4, pr. mit § 3 u. fr. Vat. 14. Actio ex uendito schien nicht möglich zu sein, da der Kaufvertrag nun nicht mehr galt: dies sogar, wenn solcher Ersatz in den Kaufvertrag aufgenommen worden wäre. Aristo scheint deshalb die Ansicht verfochten zu haben, dass dann ein *prätorisches iudicium* nötig sei (Ner. eod. l. 5). Die Frage wurde indes zugunsten der actio ex uendito entschieden, wie aus Ulp. eod. l. 4 pr. in Verbindung mit fr. Vat. 14 hervorgeht. Die Motivierung kann keine andere als die *Pomponius* D.18,1,6,1 zugeschriebene gewesen sein. Dieser, der mutmasslich von Anfang an einen anderen Standpunkt als Aristo eingenommen hat, sagt dort: *si fundus annua bima trima die ea lege uenisset, ut, si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret et ut, si interim emptor fundum coluerit fructusque ex eo perceperit, inempto eo facto restituerentur et ut, quanti minoris postea alii uenisset, [ut] id emptor uenditori praestaret: ad diem pecunia non soluta placet uenditori ex uendito eo nomine actionem esse. nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto dicatur actionem ex uendito futuram esse [in emptis enim et uenditis potius id quod actum quam id quod dictum sit sequendum est et]. cum lege id dictum sit, apparet hoc dumtaxat actum esse, ne uenditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio empti et uenditi utrique solueretur.* (Dass die Worte: *in emptis* — et interpoliert sind, ist wahrscheinlich, da der sonderbare Ausdruck *sequi* (statt *spectare*) in Auslegungsfragen sonst von den Kompilatoren her stammt. So D.45,1,40,1 und D.50,17,3.¹) Allerdings wird hier die Ersatzpflicht als in den Verkaufsakt selbst aufgenommen vorausgesetzt. Trotzdem aber hätte sie nicht behauptet werden können, wenn nicht ‚quod apparet actum esse‘, sondern die Worte als solche bei der Auslegung zugrunde gelegt worden wären. Denn dann würde das vorhergehende ‚inemptus foret‘ in Verbindung mit der faktischen *Anwendung* dieser Bestimmung seitens des Verkäufers nachfolgende Bestimmungen über die Ersatzpflicht unwirksam gemacht haben. Da nun, wie aus Ulp. D.18,3,4,3 hervorgeht, derartige besondere Bestimmungen über die Ersatzpflicht jedenfalls gewöhnlich waren, ist es verständlich, dass man sie, auch wenn sie nicht ausdrücklich formuliert waren, als zum ‚actum‘ gehörend betrachtete.

Eine Verkaufsübereinkunft konnte, wenn es sich um Verkauf eines fundus handelte, mit der zur Manzipation gehörenden Nunkupation (*lex fundi* oder *mancipii*) gegeben sein. Man beachte, dass solche Nunkupation nur *dann* durch die spezielle actio *auctoritatis* in duplum geltend gemacht werden konnte, wenn der Verkäufer entgegen der wirklichen Sachlage rechtliche *Mängel* für nicht vorhanden erklärt hatte, wie aus Cicero de off. 3,16,65 hervorgeht. Aber wie konnte dann *die* Nunkupation rechtlichen Effekt erhalten, in welcher gesagt wurde, dass einzelne rechtliche

¹ Diese Quellenangaben im Manuskript.

Vorteile mit dem Eigentumsrecht verbunden seien, wenn nicht in dieser Hinsicht *actio ex empto* möglich war? Diese *actio* war nach § 66 anwendbar, wenn man bei der Manzipation rechtliche Mängel verschwiegen hatte. Ausserdem geht aus §§ 66 und 67 in Verbindung mit de or. 1,39,178 hervor, dass die Manzipation selbst mit dazu gehörender *lex mancipii* zur Zeit Ciceros als der Verkaufsakt selbst angesehen wurde, wenn die Manzipation *uenditionis causa* geschah. In § 66 z.B. wird gesagt: *cum in uendundo (= mancipando) eam rem scisset . . .* Es war dann natürlich die Nunkupation des Manzipierenden, welche die *lex uenditionis* gab. Vgl. auch Pomp. ad Qu. Mucium D.18,1,66 pr.: In *uendendo* fundo quaedam etiam si non *dicantur*, praestanda sunt, ueluti ne fundus euincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si *dicta sint*, ueluti uiam iter actum aquae ductum praestatu iri. Die der Ausdrucksweise Ciceros analoge Fassung weist darauf hin, dass der Verkaufsvertrag selbst als in der Nunkupation eingeschlossen betrachtet wurde. (Hierüber weiteres in Beil. 22.) Im Lichte des Angeführten sind folgende zwei Stellen zu betrachten. 1. Paulus-Alfenus D.18,1,40,1: In *lege fundi* aquam accessuram *dixit*: quaerebatur, an etiam *iter* aquae accessisset. respondit sibi *uideri id actum esse*, et ideo *iter* quoque uenditorem tradere oportere. Ein Weg zur Wasserstelle gehörte nach der in der *lex fundi* (= *mancipii*: siehe Röm. Obl. I S. 392) eingeschlossenen Verkaufsübereinkunft, wenn man die im Servitutsversprechen hervortretende Absicht, nicht die Worte selbst berücksichtigt, zur garantierten Servitut. 2. Labeo-Iau. D.18,1,78 pr.: *Fistulas emptori accessuras in lege dictum* erat: quaerebatur, an castellum, ex quo fistulas aqua duceretur, accederet. respondi (Labeo) *apparere id actum esse*, ut id quoque accederet [licet scriptura non continetur?]. Eine Paraphrase? Obgleich hier nicht unmittelbar aus den Worten hervorgeht, dass es sich um eine mit der Nunkupation bei Manzipation gegebene Verkaufsübereinkunft handelt, folgt dies doch aus der Gleichheit der Ausdrucksweise mit der in der unmittelbar vorher angeführten Paulus-Alfenusstelle angewandten. In jedem Falle zeigt auch die Labeo-Iau.-Stelle, dass bei Verkaufsverträgen nicht direkt nach den Worten ausgelegt werden soll, so dass, wie bei Stipulationen, den Agierenden keine anderen Vorteile als die ausdrücklich ausbedungenen zuerkannt werden können, sondern nach der im Akte hervortretenden Absicht.

Man kann indes fragen, wie eine *conuentio* dann ausgelegt werden soll, wenn die Ausdrucksweise so zweideutig ist, dass keine bestimmte gemeinsame Absicht darin hervortritt. Hinsichtlich der *Stipulationen* wissen wir, dass Zweideutigkeit bewirkt, dass die Partei, um deren Vorteil es sich handelt, nur auf den *kleinsten* Vorteil, der durch die Worte als stipuliert angesehen werden kann, Anspruch machen kann (siehe den Text S. 47 ff.). Hier ist der Grund der, dass nur ein *ausdrücklich* stipulierter Vorteil gefordert werden kann. Was nun die Ausle-

gung einer *conuentio* im angegebenen Falle betrifft, muss diese die Bedeutung haben, dass durch dieselbe erklärt wird, was als die im Akte hervortretende gemeinsame Absicht *betrachtet werden* soll, obgleich eine solche nicht wirklich nachgewiesen werden kann. Denn immer wird bei einer *conuentio* für die juristische Relevanz *consensus* vorausgesetzt. Gewisse Zeichen weisen darauf hin, dass man im angegebenen Falle *das* als ‚actum‘ betrachten soll, was zwar in die Worte hineingelegt werden kann, aber demjenigen zum Nachteil gereicht, der den Inhalt der Übereinkunft formuliert hat. Dieser hätte sich deutlicher ausdrücken können. Er müsse dann für seine eigene Unvorsichtigkeit büßen. Pomp. D.18, 1,33: Cum in lege uenditionis ita sit scriptum: ‚flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint‘, nec additur quae flumina uel stillicidia [primum spectari oportet, quid acti sit: si non id appareat, tunc] (Motivierung der Interpolationsannahme nach dem vorher über solche Sätze Ausgeführten überflüssig) id accipitur, quod uenditori nocet. ambigua enim oratio est. Hier handelt es sich wieder um eine Verkaufsübereinkunft, die in einer *lex mancipii* eingeschlossen ist, wie aus Vergleich mit Varro l. 1.5, 27 hervorgeht: Lege praediorum urbanorum scribitur: ‚stillicidia . . .‘. Bei einer solchen Formulierung der Verkaufsübereinkunft ist es unbestimmt, ob die Servitut hinsichtlich der ‚stillicidia‘ das praedium, das verkauft wird, belastet, oder ob dem Käufer eine Servitut, die ein Nachbarpraedium belastet, garantiert wird. Nur im letzteren Falle ist der Verkäufer auf Grund der Nunkupation *ex empto* haftbar, nämlich wenn der Käufer keine solche Servitut erhält. Hier soll nun die für den Verkäufer, der die *lex uenditionis* oder *lex mancipii* formuliert hat, ungünstigste Auslegung angewandt werden. — Ulp. sagt dasselbe D.8,2,17,3: Haec lex [traditionis] <mancipii>: ‚stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint‘ hoc significat impositam uicinis necessitatem stillicidiorum excipiendorum, non illud, ut etiam emptor stillicidia suscipiat aedificiorum uicinorum. — Paulus sagt D.18,1,21: Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere uenditori, qui id dixerit quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere. So auch in Paulus D.50,17,172: In contrahenda uenditione ambiguum pactum contra uenditorem interpretandum est. Der zugrunde liegende Gedanke ist hier der, dass in einer *conuentio*, die immer in der Weise nach dem *bonum et aequum* zu beurteilen ist, dass alle Rechte und Verbindlichkeiten auf Grund derselben nach diesem Prinzip bestimmt werden, derjenige, der die Übereinkunft formuliert, die Gegenpartei nicht durch zweideutige Formulierung täuschen darf. Er wird deshalb durch den Sinn, den diese vernünftigerweise in die Worte hineinlegen kann, gebunden. Wenn hinsichtlich der *Stipulationen* gesagt wird, dass bei zweideutiger Ausdrucksweise *contra stipulatorem* ausgelegt werden soll, so ist der Grund der, dass der Stipulant, weil eine Stipulation nach den *Worten* ausgelegt werden muss, keinen grösseren Vorteil erhalten

kann als den, der unzweifelhaft durch die Worte ihm versprochen wird. Aber die Kompilatoren, die, wie aus der vorhergehenden Darstellung im Texte hervorgeht, die Tendenz zeigen, den prinzipiellen Unterschied zwischen Stipulationen und *conventiones* zu beseitigen, haben den Grund, weshalb bei zweideutig formulierten *conventiones* zuungunsten des Offerenten ausgelegt werden soll, benutzt, um die ungünstige Lage des Stipulanten bei zweideutigen Stipulationen zu erklären. In der oben S. 47 im Texte abgehandelten Stelle Celsus D.45,1,99, wird diese ungünstige Lage des Stipulanten so begründet: *quia stipulatori liberum fuit uerba late(?) concipere*. Vgl. damit Paulus D.18,1,21, wo betreffs der entsprechenden Stellung des *Verkäufers* gesagt wird: *quia potuit re integra apertius dicere*. Dieselbe unberechtigte Übertragung liegt in der stark korrumpierten, gleichfalls schon (S. 49 f.) erörterten Äusserung des Marcellus D.45,1,94 vor. Nach dieser soll auch das in einer Stipulation nicht Ausgedrückte, aber Gemeinte als ausgedrückt betrachtet werden, wenn nur keine Versäumnis vorliegt, d. h. wenn der Stipulant die Absicht hatte, es direkt zu sagen, dies aber versäumte! — Mutmasslich macht sich dieselbe Tendenz in dem Mischmasch geltend, der Ulp. D.50,17,34 zugeschrieben wird: *Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur quod actum est* (hier = das bei der Übereinkunft faktisch Gemeinte) aut, si non pareat quid actum est, erit consequens (!), ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est (hier = in der Gegend, in welcher die Übereinkunft eingegangen worden ist) frequentatur. quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia uarius fuit? ad id, quod *minimum* est, redigenda *summa* est. Welche *summa*?

Beilage 8

zum Texte S. 64¹.

Hier erhebt sich die Frage: wie ist zu entscheiden, wenn der Wille der Braut bei der undeutlichen *dotis dictio* nicht festgestellt werden kann? Wie zu erwarten, antwortet *postklassische* Jurisprudenz hinsichtlich des im Texte S. 63 f. referierten und abgehandelten Falles in D.23,3,57 in fine: *quod si non euidenter apparuit, de cuius mulier obligatione sensit, praesumptionem ad filii debitum spectare uerisimile est, nisi euidentissime contrarium adprobetur*. Schon der Stil weist auf eine postklassische Quelle hin. Die Äusserung enthält auch einen groben Widerspruch. Obgleich der Sinn offenbar der ist, dass das, was der Sohn *persönlich* schuldet, nach der bei den Justinianern beliebten Präsumtionsmethode zugrunde gelegt werden soll, wird gerade der zweideutige Ausdruck: *filii debitum* angewandt. Die Konsequenz ist indes, dass das Erlassen

der ganzen Forderung dem Sohne gegenüber, nicht nur des Teiles, für welchen der Vater haftbar ist, vom Richter als im Mitgiftversprechen eingeschlossen betrachtet werden soll, wenn eine andere Absicht nicht bewiesen werden kann. Nun sind wir indes berechtigt, den konstatierbaren, wenigstens später vorhandenen klassischen Standpunkt im parallelen Falle — einem zweideutigen Legate, das trotz der Zweideutigkeit gültig ist — auf die zweideutige dotis dictio zu übertragen, weil die Auslegungsmethode, wie wir gefunden haben (oben S. 62 f.), dieselbe ist. Nach Paulus Vat. fr. 227 ist ein Legat, in welchem der bezeichnete Sklave sowohl einer wie ein anderer sein kann, gültig, nämlich so, dass unter den gleichnamigen Sklaven *der*, den der Testator meinte, als der wirklich Legierte gelten soll. Wenn nicht nachgewiesen werden kann, welchen Sklaven er meinte, defiziere allerdings nicht ‚*ius*‘, sondern ‚*probatio*‘, so dass der Legator auf *keinen* im Prozesse Anspruch machen könne. Dies sei ‚*rescriptum*‘ (siehe oben Beil. 2 S. 23 f.). Paulus fügt indes hinzu: *quod in nummis legatis non ita placuit: si non adparet uoluntas, id acceptum est, quod minus est.* D.h. wenn infolge der Unbestimmtheit der Qualität der legierten nummi die Goldsumme unbestimmt ist, ist das Prinzip angenommen worden, dass der Legatar im Prozesse nur auf die kleinste von den Worten gedeckte Summe Anspruch machen kann. Diese Entscheidung erscheint im angegebenen Falle natürlich, da hier alles Gewicht auf der Höhe der legierten Geldsumme liegt und der Testator immer *wenigstens* die kleinste von den Worten gedeckte Summe dem Legatar hat vermachen wollen. Im anderen Falle, wo die Unbestimmtheit die Frage betrifft, welchen Sklaven der Testator gemeint hat, handelt es sich nicht um die Wertgrösse der Legierten, sondern um seinen qualitativen Charakter. Aus der Stelle folgt indes wenigstens, wie Paulus im referierten Falle einer dotis dictio entschieden hätte, wo die Unbestimmtheit gerade die Höhe der als Mitgift versprochenen Summe betrifft. *Er hätte gegen* die von den Kompilatoren in der interpolierten Stelle vertretene Ansicht entschieden. Wenn es sich aber um einen unbestimmt bezeichneten Sklaven gehandelt hätte, hinsichtlich dessen auch der Wille der Braut bei der dotis dictio nicht feststellbar gewesen wäre, so würde er erklärt haben, dass eine solche dotis dictio vom Empfänger nicht geltend gemacht werden könne.

Der Standpunkt der klassischen Jurisprudenz in der Frage nach der Interpretation bei Akten, durch welche eine Verbalobligation entsteht, soll endlich durch eine über diesen Punkt aufgestellte, m. E. quellenwidrige Ansicht beleuchtet werden. ALBERTARIO sagt a. a. O. S. 648: „In qualunque negozio giuridico del diritto classico l'interprete deve considerare ‚*quid actum est*‘: cioè deve valutare la *voluntas* oggettivamente attraverso la sua manifestazione (e così attraverso i *verba* o attraverso lo *scriptum*). Nei negozi giuridici del diritto giustiniano l'interprete

deve considererare *quid senserit* l'agente: cioè trascurare piuttosto l'esteriore manifestazione della volontà pur di scoprire la volontà effettiva.“ Wenngleich es richtig ist, dass Justinianus in jedem Falle die *faktische* Absicht als das in erster Linie Relevante betrachtet, ist die Gleichstellung der *Stipulationen* und der *conventiones* hinsichtlich der Interpretationsmethode, sofern es sich um klassische Jurisprudenz handelt, unrichtig. Weder ist bei den letzteren der manifestierte Wille immer durch gesprochene Worte oder Schrift zu bestimmen, noch hat bei Stipulationen „l'esteriore manifestazione della volontà“ irgendwelche Bedeutung für die richtige Auslegung. Besonders in der Anwendung der dann vom Verfasser angeführten Beispiele aus den Quellen für die behauptete klassische Theorie contra die justinianische tritt die Quellenwidrigkeit seiner Auffassung hervor: „Basta vedere qual che dicono Classici e Giustiniani in tema di stipulatione. Dicono i primi: Semper in stipulationibus id sequimur quod *actum est* (fr. 34 D.50,17). In stipulationibus cum quaeritur, quid *actum sit*, uerba . . . interpretanda sunt (fr. 38 § 18 D.45,1).

Dicono i secundi [Plerumque] enim in stipulationibus uerba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt (fr. 126 § 2 D.45,1).

. . . si autem non addat quibus Ianuariis, facti quaestionem inducere [quid forte senserit, hoc est] quid inter eos acti sit (fr. 41 pr. D.45,1). ex consensu contrahentium stipulationes ualent . . . (§ 13 Iust. 3,19). . . . ne propter nimiam subtilitatem uerborum latitudo *uoluntatis* contrahentium impediatur (c. un. C.4,11).“ Falls das Angeführte eine Stütze für die vorhergehende Darstellung des Verf.s sein soll, müsste dies ‚quod actum est‘ oder ‚quid acti sit‘, das von ihm in den angeführten drei Stellen, wo die Worte vorkommen, als echt angenommen wird, den durch gesprochene Worte oder Schrift manifestierten Willen bezeichnen. Es kann indes ohne weiteres nachgewiesen werden, dass dieser Ausdruck in *keiner* der Stellen eine solche Bedeutung hat. Was die erste (D.50,17,34) betrifft, braucht man nur die Fortsetzung zu lesen: aut si non pareat, quid actum est, um zu erkennen, dass es sich gerade um den *faktischen*, nicht den durch die Worte manifestierten Willen handelt. Die Übersetzung müsste sonst lauten: wenn nicht deutlich ist, *welches* der (durch die Worte) offenbarte (= deutlich gemachte) Wille ist: eine reine Sinnlosigkeit.

Den Ausdruck: sequimur (scil. in stipulationibus) quod actum est findet man in der dritten der angeführten Stellen wieder (D.45,1,41 pr.). Dort bezieht sich derselbe offenbar auf der *faktischen*, nicht den in den Worten erscheinenden Willen. Dies folgt direkt aus den vom Verf. selbst aus der Stelle angeführten vorhergehenden Worten, die er als echt betrachtet: si autem non addat quibus Ianuariis, facti quaestionem inducere . . . quid inter eos acti sit. (Nur der Satz: quid forte senserit,

hoc est, soll ja interpoliert sein.) In diesem Falle *kann* ja der Wille nicht durch die Worte offenbart sein, da nach der Voraussetzung die Worte nichts über die Frage: quibus Ianuariis besagen. Da die Worte: sequimur id quod actum est gerade deshalb, weil sie sich auf die faktische Absicht beziehen, in 45,1,41 pr. interpoliert sein müssen, sind sie auch in 50,17,34 interpoliert! Was nun endlich die zweite der fraglichen Stellen betrifft (D.45,1,18,38): In stipulationibus cum quaeritur, *quid actum sit*, uerba *contra stipulatorem* interpretanda sunt, lässt der Verf. die Pointe: *contra stipulatorem* aus. Beachtet man diese indes, so wird ja deutlich, dass es sich um einen Fall handelt, in welchem die Worte zweideutig sind und deshalb kein durch die Worte manifestierter Wille vorliegt. Dies geht ja auch aus der parallelen Stelle bei Celsus D.34,5,26 hervor: cum quaeritur in stipulatione, *quid acti sit*, *ambiguitas contra stipulatorem* est. Was der Ausdruck: *quid acti sit*, hier bedeutet, ist oben im Texte S. 47 nachgewiesen.

Beilage 9

zum Texte S. 68¹.

Zunächst soll hier durch Belege der im Texte aufgestellte Satz bewiesen werden, dass *wenigstens* zur Zeit des Papinianus die an sich gültige Hauptstipulation dem Promittenten nicht abgefordert werden kann, wenn eine auf dieselbe sich beziehende bedingte pönale Stipulation hinzugefügt war. PEROZZI, Ist. 2 S. 175, sagt in dieser Frage: „Posto il caso fatto di stipulazioni concatenate, per tutta l'età classica si vide nell'atto due stipulazioni, cosicchè, mancando il debitore di soddisfare la principale, era esposto sia all'azione derivante da questa, sia all'azione derivante dalla penale, e doveva eseguire l'una e l'altra prestazione. Solo nel caso di stipulazione penale giudiziale sino dall'età di Labeone era stabilito che, pur avendosi due stipulazioni e due azioni, al creditore che avea agito con l'una fosse negata la seconda, perchè l'usare di entrambe non era conforme alla *mens iudicis*.“

Die Belegstellen, die PEROZZI in A.2 anführt, sind indes bedeutungslos, insofern sie nicht beweisen, dass die von ihm dargestellte Auffassung unrichtig ist. Zuerst soll Paulus D.2,15,15 (der echte Text in Paulus Sent. 1,1,3) untersucht werden: Pacto conuento Aquiliana stipulatio subici solet, sed consultius est huic poenam quoque subiungere, quia rescisso quoque modo pacto poena ex stipulatu peti potest. Es handelt sich um ein als gültig gedachtes pactum conuentum [mutmasslich ein solches, das durch Anknüpfung an die Nunkupation bei einer Manzipation Kraft erhält (oben S. 181 f.)], auf welches sich eine Aquiliana stipu-

latio bezieht. Diese Stipulation hat nach Flor. D.46,4,18,1, auf den vorliegenden Fall angewandt, folgende Fassung: *quidquid te mihi ex causa pacti conuenti dare facere oportet oportebitue praesens in diemue, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes?* Es ist dann deutlich, dass, wenn das *pactum* aus dem einen oder anderen Grunde rezindiert wird, so dass nichts aus *causa pacti conuenti* als ein *oportet* geltend gemacht werden kann, der Stipulant *nichts* erhält. Er kann weder das ursprüngliche *oportet* noch das sich *darauf* beziehende: *quanti ea res erit, t.p.* intendieren. *Wenn* er aber eine pönale bedingte Stipulation hinzugefügt hat, in welcher gar nicht die *Gültigkeit* des *pactum conuentum*, sondern nur ein Handeln *gegen* den Inhalt des *pactum* als Bedingung für die *poena* vorausgesetzt wird, so kann er unabhängig von einer eventuellen Reszission des *pactum* bei solchem Handeln die *poena* erhalten. Deshalb wird der Zusatz empfohlen. *Darüber* aber wird nichts gesagt, ob der Promittent, wenn keine Reszission erfolgt, sowohl das in der Hauptstipulation als das in der pönalen Stipulation Versprochene leisten muss. Aber auch *wenn* dies gemeint sein sollte, würde die Stelle *nichts* in der hier interessierenden Frage beweisen. Denn es handelt sich hier keineswegs um eine durch die Nichterfüllung einer Hauptstipulation bedingte pönale Stipulation. In der primären Stipulation verspricht nämlich der Promittent nur *quanti ea res erit, tantam pecuniam*. Er verspricht also nicht die Erfüllung des *pactum* selbst und noviert es deshalb auch nicht, obgleich er im voraus eine eventuelle *actio iudicati* auf Grund desselben noviert, in welcher die Obligation selbst gerade *quanti ea res (das pactum) erit, t.p.* zum Inhalt hat. Deshalb macht die *acceptilatio* der *Aquiliana stip.* jede *actio iudicati* auf Grund in dieselbe aufgenommener Forderungen unmöglich. In der bedingten pönalen Stipulation aber ist natürlich die Bedingung nicht, dass man ‚*tanta pecunia*‘ nicht geleistet hat, sondern dass man gegen das *pactum* gehandelt hat. Die Paulusstelle beweist also unter keinen Umständen *etwas* in der vorliegenden Frage.

Ferner wird Paulus D.17,2,71 pr. aus B.3 epit. Alfeni dig. angezogen. Die Stelle wird indes missverstanden. Bei einem *Societas*vertrage haben die Parteien in einem besonderen *pactum* über ihre speziellen rechtlichen Verhältnisse in der *societas* nähere schriftliche Bestimmungen getroffen: *deinde inter se his uerbis stipulati sunt: ‚haec quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque aduersus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum uiginti milia dari?‘* *quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. respondit (sic! Alfenus) si quidem pacto conuento inter eos de societate facto ita stipulati essent: ‚haec ita dari fieri spondes?‘* *futurum fuisse ut [si nouationis causa id fecissent] pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata uideretur. sed quoniam non ita essent stipulati ‚ea ita dari fieri*

spondes?‘ sed ‚si ea ita data facta non essent [decem] <uiginti milia> dari?‘ <adiessent>, non uideri sibi rem in stipulationem peruenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret). et ideo societatis iudicio agi posse. Man beachte, dass nach der Angabe im Anfang über den Tatbestand die Parteien *beides* versprochen hatten: ‚ea ita dari fieri neque aduersus fieri‘ und ‚si ea ita data facta non erunt, tum uiginti milia dari‘. Deshalb kann, wenn diese Angabe zum echten Texte gehört, im Nachfolgenden nicht gestanden haben: sed *quoniam* non ita essent stipulati: ‚ea ita dari fieri spondes?‘ sed ‚si ea ita data facta non essent, uiginti milia dari‘. Sie hatten ja beides in einem Zusammenhang versprochen. Ein Wort ‚adiessent‘ oder dgl. muss im Texte weggefallen sein. (‚Poena adiecta‘ ist ein gewöhnlicher Ausdruck für den Zusatz einer pönalen Stipulation zu einer Hauptstipulation.) Zum selben Ergebnisse führt die Beachtung der Motivierung, weshalb nicht die *Sache*, sondern nur die poena in die Stipulation aufgenommen sei, d.h. weshalb das pactum selbst nicht noviert sei: non enim utriusque rei promissorem obligari: er sei durch die Stipulation nicht sowohl zur Erfüllung des pactum als auch zur poena obligiert. Diese Motivierung würde eine sinnlose Tautologie sein, wenn wie im überlieferten Texte *entgegen* dem im Anfang angenommenen Tatbestand nachher vorausgesetzt wird, die Parteien hätten einander wirklich nur eine poena, „wenn nicht“ . . . versprochen, welcher wirkliche Tatbestand dort der Annahme entgegengestellt wird, dass sie *nur* die res selbst versprochen hätten. Dann verstünde es sich ja von selbst, dass nur die poena der Inhalt der Stipulation ist, zu welcher der Promittent obligiert ist. PEROZZI denkt indes an die Gegenüberstellung einer Stipulation, die beides — die res selbst und die poena — enthält, und einer Stipulation, die nur die poena enthält. In unserm Falle liege tatsächlich letztere Alternative vor. Er fasst deshalb die Motivierung: non enim obligari promissorem utriusque rei so auf, als ob gemeint wäre, dass, *wenn* eine Doppelstipulation den Tatbestand ausgemacht hätte, der Promittent zu beidem obligiert wäre. Aber weil tatsächlich nur eine einfache pönale Stipulation vorliege, sei er nur zur poena obligiert. Eine solche Entgegensetzung widerstreitet *sowohl* dem im Anfang angegebenen wirklichen Tatbestand, der gerade eine Stipulierung von beidem ist, *als* auch der hypothetischen Antithese gegen den wirklichen Tatbestand, die in der Fortsetzung aufgestellt wird. Diese hypothetische Antithese besteht dort darin, dass die Parteien einander *nur* die Sache, keine poena versprochen hätten. Dann ist die Auffassung des Verfassers von der Stelle unmöglich. Wenn dagegen entsprechend der ursprünglichen Darstellung des Tatbestandes angenommen wird, dass das Wort ‚adiessent‘ oder dgl. aus dem Texte weggefallen ist, wird die Motivierung völlig verständlich. Dann gibt sie nämlich den Grund an, weshalb trotz der Worte:

haec ita dari fieri (scil. spondes?) keine Novation vorhanden ist. Der Promittent wird nämlich durch das *Hinzufügen* der pönalen Stipulation nur zur poena obligiert. Also scheint die Stelle zu beweisen, dass die Ansicht von Alfenus der von PEROZZI behaupteten entgegengesetzt war. — Dass die Byzantiner (Bas. 12,1, Heimb. I, S. 782), die von der Echtheit des überlieferten Textes mit der Auslassung des bedeutungsvollen Wortes ‚adiecissent‘ oder dgl. ausgehen, den Text in derselben unlogischen Weise wie PEROZZI auslegen, spricht keineswegs zugunsten dieser Auslegung. In der Zusammenfassung des Textes nehmen sie an, dass nach der Voraussetzung die Parteien nur poena bei Nichterfüllung versprochen haben. Im Kommentar A.1 lassen sie die Parteien zuerst direkt Erfüllung versprechen, aber in der Fortsetzung reden sie, als ob nur die poena versprochen wäre. Es kann indes hinsichtlich der abgehandelten Stelle nur gesagt werden, dass die hier dargestellte Auffassung derselben *wahrscheinlich* richtig ist. Da in jedem Falle der ursprüngliche Text verändert worden ist, ist es natürlich nicht ausgeschlossen, dass die Korrumpierung noch grösser war und dass im ursprünglichen Texte nicht die Doppelstipulation, sondern eine einfache pönale Stipulation als Tatbestand angegeben war. Wenn dies der Fall sein sollte, beweist die Stelle in unserer Frage nichts. Zur Annahme einer so durchgreifenden Textveränderung haben wir jedoch keinen Anlass, um so weniger, als PAULUS, der hier Alfenus, ohne selbst Einwände zu machen, referiert, ganz sicher gerade die Auffassung in der Sachfrage hatte, die hier als die des Alfenus dargestellt worden ist. (Hierüber alsbald.)

Ferner wird die donatio Syntrophii unter Hinweis auf Girard, *Textes du droit Romain*⁵, S. 832 f. von PEROZZI angezogen. Die Stipulation wird hier an ein pactum angeknüpft, das durch die Nunkupation bei der Manzipation besonders angegebener Gärten Kraft erhält. Man beachtet *testatus est* (durch die bei der Manzipation anwesenden testes rogati) se in hanc condicionem mancipare, ut infra scriptum est. Die Stipulation wird durch die Worte angegeben: <Si aduersus ea f(actum) erit, quanti e(a) r(es) e(rit)> (so sowohl nach GIRARD als nach BRUNS *Fontes*⁷ S. 338) tantam pecuniam dari, et *amplius* poenae nomine HSL m(ilia) n(ummum), stipulatu(s) est T. Flavius Syntrophus, spondit T. Flavius Aithales libertus. Hier handelt es sich ja gar nicht um eine unbedingte und eine daran angeknüpfte bedingte pönale Stipulation, sondern nur um eine einfache bedingte Stipulation, in welcher sich der Promittent *sowohl* zu quanti ea res erit, t.p. als zu einer bestimmten poena verbindet. Wie sich PEROZZI auf diese Stelle berufen kann, ist völlig unverständlich.

Die angezogene Stelle Ulp. D.44,4,4,7 lautet: Labeo ait, si de homine petito secundum actorem fuerit iudicatum et iussu iudicis satisfatum sit hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non fuisset, poenam <petitor> stipulatus sit, petitorem, qui et hominem *uindicat* (!)

et poenam petit, exceptione esse repellendum: iniquum enim esse et hominem *possidere* (!) et poenam exigere. Die Sachlage ist hier diese: zugunsten des Klägers ist in einem *Vindikationsprozesse* betreffs eines Sklaven pronuntiiert worden. D.h. der Kläger ist als Eigentümer proklamiert. Der iudex befiehlt indes wegen der Worte der formula: nisi *restituere*, quanti ea res erit, t.p. condemnata, um das Restitutionsinteresse des Klägers zu sichern, dass der Beklagte stipulationsweise verspricht, innerhalb einer bestimmten Zeit dem Kläger den Sklaven zu überliefern und dafür Bürgschaft zu leisten. Zu dieser Stipulation sollte eine bedingte pönale Stipulation gefügt werden. Der Beklagte musste diesem Befehle Folge leisten, um unmittelbarer Verurteilung im Vindikationsprozesse zu entgehen. Indes leistet der Beklagte nicht den Besitz des Sklaven zu rechter Zeit. Natürlich verfällt dann die stipulierte poena. Nun hat indes der Beklagte auch direkt die Leistung des Besitzes versprochen. Ist nun der Sinn der, dass auch *diese* Stipulation dem Beklagten abgefordert werden kann, aber aus Billigkeitsgründen der Stipulant, der beides fordert, durch *exceptio* zurückgewiesen wird? Nein! Denn im Texte steht *qui hominem uindicat et poenam petit*. Ausserdem steht: *iniquum esse et hominem possidere et poenam exigere*. Aber das Abfordern der *Stipulation: hominem intra certum diem tradi* kann nicht als ein *uindicare hominem* bezeichnet werden. Dies ist um so weniger möglich, als es sich hier um eine *stipulatio incerti* handelt, die ein *facere*, nicht ein *dare* zum Inhalt hat. Nach demselben Ulpianus D.45,1,75 ist die Stipulation eines *facere* eine *stipulatio incerti*. Unter den Begriff des *facere* aber fällt nach § 7 das *tradere possessionem*, worum es sich hier handelt. Die hier fragliche *stipulatio incerti* hat nicht die formula: *si paret hominem tradere oportere*: sondern die: *quod . . . incertum stipulatus est . . . quidquid . . . ob eam rem dare facere oportet* (Gaius I.4,136). Da die für die Auslieferung festgesetzte Zeit bei der *litis contestatio* schon verstrichen sein muss, kann in derselben nur das Interesse des Stipulanten daran, dass er den Sklaven zu rechter Zeit erhalten hätte, geltend gemacht werden. (Siehe Ulp.-Sab. D.45,1,114). *Jetzt* könnte sich der Promittent auch gar nicht mehr befreien (nach der Sabinianischen Anschauung kann man sich sonst durch Leistung der Obligation sogar nach der l.c. vor dem Urteil befreien: Gaius I. 4,114), wenn er den Sklaven selbst offerierte. Der Stipulant *brauchte* ihn nicht anzunehmen. (Siehe Paulus D.45,1,84 in fine.) Das *uindicare hominem* kann sich daher hier nicht auf einen Prozess auf Grund der fraglichen Stipulation beziehen. Es bezieht sich vielmehr ganz offenbar auf den vorausgesetzten Vindikationsprozess. Um der Verurteilung in diesem Prozesse zu entgehen, muss der Beklagte natürlich nicht nur dem Richterbefehle, sich einer bestimmten Stipulation zu unterwerfen, Folge leisten. Er muss daneben den Sklaven selbst wirklich herausgeben. Wenn nun der Beklagte auf Grund des Urteils im Vindi-

kationsprozess den Sklaven, allerdings verspätet, herausgegeben hat, ist es unbillig, dass er im Stipulationsprozesse, der natürlich ein Prozess für sich ist, zur poena verurteilt wird, weshalb er in diesem eine exceptio anwenden kann. Es handelt sich also gar nicht darum, dass er im *Stipulationsprozesse* eine exceptio anwenden muss, um nicht sowohl zum Inhalt der Hauptstipulation als zur poena verurteilt zu werden, auch nicht darum, dass der iudex, der selbst die Stipulation befohlen hat, seiner dabei verfolgten Absicht gemäss nur zum einen oder zum anderen verurteilen darf, was PEROZZI anzunehmen scheint. *Die Voraussetzung ist hier im Gegenteil die, dass, wenn eine pönale bedingte Stipulation zur Hauptstipulation hinzugefügt worden ist, der Promittent nur zur poena obligiert wird.* In Wirklichkeit beweist die von PEROZZI durchaus missverständene Stelle mittelbar, dass schon LABEO die Anschauung gehabt hat, die, was Paulus und Ulpianus betrifft, unzweifelhaft belegt werden kann.

PEROZZI erklärt Paulus D.44,7,44,6: Sed si nauem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, uidendum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? an uero transferat in se et quasi nouatio prioris fiat? quod magis uerum est für korrumpiert. Im vorhergehenden § wird gesagt: Si ita stipulatus sim: „si fundum non dederis, centum dare spondes?“ sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus. PEROZZI sagt nun: „Paulo in antitesi al caso fatto nel § precedente della stessa legge scriveva: sed si nauem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum et nauis et centum in stipulatione sunt.“ Diese Behauptung entbehrt *jeder* Grundlage. Soviel ist sicher, dass die Compileren die direkte, Paulus zugeschriebene Äusserung, dass die Hauptstipulation in die Pönalstipulation übergehe, nicht selbst in den Text haben einfügen können. Denn den justinianischen Standpunkt in dieser Frage findet man in den Schlussworten D.45,1,115,2. Papinianus hat vorher gesagt: itaque potest Sabini sententia (die Meinung, dass bei der Stipulation: si Pamphilum non dederis, centum dari spondes? die poena verfällt, sobald der Sklave geleistet werden kann und nicht geleistet worden ist) recipi, si stipulatio non a condicione coepit, ueluti „si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?“, sed ita concepta sit stipulatio: „Pamphilum dari spondes? si non dederis tantum dari spondes?“ Danach wird gesagt: quod sine dubio uerum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendum erit, quoniam fuisse uoluntas probatur, ut homo soluatur aut pecunia debeatur. Die einleitenden Worte: quod sine dubio uerum erit sind als eine Äusserung des Papinianus, welcher schon seine Ansicht ausgesprochen hat, sinnlos. Offenbar spricht hier Tribonianus selbst, was auch PEROZZI a. a. O. annimmt. Trib. macht in Übereinstimmung mit justinianischer Gesetzgebung die Entscheidung der Frage, ob beides oder nur die poena zur

entstehenden Obligation gehört, falls der Inhalt der Hauptstipulation nicht erfüllt wird, von der Absicht der Parteien abhängig, was der abgehandelten Paulinischen Äusserung widerstreitet. Hierzu kommt, dass PAULUS, weil der Inhalt der pönalen Stipulation ein anderer ist als der in der Hauptstipulation, nicht eine *wirkliche* nouatio, sondern nur eine quasi nouatio annimmt. Dass die Justinianer in ihrer Novationslehre keine Rücksicht auf einen solchen Umstand nehmen, wird später nachgewiesen werden. Die Gegenüberstellung: die Stipulation ist von Anfang bedingt: *sed si . . .* berechtigt keineswegs zu der Textemendation PEROZZIS. Sie hat ihre natürliche Erklärung darin, dass die rechte Entscheidung im hier interessierenden Falle natürlich gar nicht in derselben Weise selbstverständlich ist, wie im anderen Falle. Deshalb sagt ja auch Paulus hinsichtlich des abzuhandelnden Falles: *uidendum*. Ferner darf man auch sachlich die beiden Fälle nach der Paulinischen Äusserung nicht gleichstellen. Es ist nach dieser gar nicht richtig zu sagen, dass die Erfüllung des Inhalts der Hauptstipulation nur *in exsolutione* wäre, so dass sie nur die Bedeutung hätte, das Mittel zur Vermeidung der poena zu sein. Sie ist selbst Inhalt einer wirklichen Obligation, wengleich diese in die Poena-Obligation übergeht, die deshalb allein verfällt, wenn die prinzipielle Obligation nicht erfüllt wird. Ausserdem wird bald nachgewiesen werden, dass nach Paulus und Ulpianus die pönale Stipulation in unserm Falle gar keine Kraft erhält, falls nicht aus der Hauptstipulation wirklich eine Obligation entsteht, wengleich diese, einmal entstanden, in die Poena-Obligation übergeht. PEROZZIS Annahme einer Textkürzung in unserm Falle ist ein typisches Beispiel für die nicht ganz ungewöhnliche *petitio principii* in solchen Fragen.

Wir wollen nun noch ein paar Äusserungen des Paulus, eine des Celsus und eine des Ulpianus abhandeln, die PEROZZI nicht berücksichtigt, die aber in unserer Frage von entscheidender Bedeutung sind. D.45,1,126,3 sagt Paulus: *si ita stipulatus fuero te sisti et nisi steteris aliquid dari, quod promittenti impossibile est: detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit ac si te sisti stipulatus essem*. Wenn hier vorausgesetzt wäre, dass zwei selbständige Stipulationen vorlägen, die jede für sich bei der Frage nach der Gültigkeit zu beurteilen wären, so wäre die Äusserung sinnlos. Dann hätte die Ungültigkeit der einen *keine* Bedeutung für die andere. Weshalb sollte es dann nötig sein, die untaugliche pönale Stipulation als *nicht vorhanden zu fingieren*, damit die Hauptstipulation als gültig betrachtet werden kann? Man beachte, dass hier ganz gleichartige Ausdrücke angewandt werden wie im Falle der Einsetzung zum Erben *ex certa re* in einem testamentum pagani, wo allein eine juristische Fiktion, dass *certa res* nicht im Testament erwähnt worden ist, dasselbe gültig macht: *perinde ac si rerum mentio facta non esset* (Marc. D.36,1,30), *perinde ac si uerbum hoc „mihī“ adiec-*

tum non esset (Iul. D.37,11,8,1, wo es sich um dieselbe Sache handelt), *ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset* (Cod. Greg.3,4,1), *detracta fundi mentione, quasi sine partibus heredes scripti . . .* (Ulp.-Sab. D.28,5,9,13), *perinde habebitur . . . ac si nec fundum nec partes nominasset* (Paulus eod. l. 10), *ualet institutio detracta fundi mentione* (Ulp. eod. l. 1,4). (Über diese Stellen siehe Beil. 4.) Es lässt sich deshalb unmöglich bezweifeln, dass Paulus in D.45,1,126,3 unter den Worten *detracta secunda stipulatione* und *perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem*, d. h. als ob die pönale Stipulation nicht hinzugefügt worden wäre, eine für das Behaupten der Gültigkeit der Hauptstipulation juristisch notwendige Fiktion versteht: die, dass keine poena adiecta stipuliert worden ist. Also: ohne solche Fiktion müsse gesagt werden, dass weder die zur Hauptstipulation gehörende Obligation noch die pönale vollstreckbar ist, wenn die hinzugefügte pönale Stipulation ungültig ist, was natürlich die von Paulus anderswo erwähnte quasinouatio voraussetzt. Es ist hinzuzufügen, dass zur Zeit des Gaius bei der normalen Novation diese keineswegs nur auf Grund der Ungültigkeit der zu novierenden Obligation ausgeschlossen ist. In Wirklichkeit erwähnt Gaius die Ungültigkeit als Novation ausschliessend nur für den Fall, dass ein Sklave Promittent ist oder ein Peregrin, mit welchem *communio sponsionis* nicht vorhanden ist, spondiert. (I.3,176 u. 179.) Dann ist die „Stipulation“ ungültig, weil sie die *formalen* Bedingungen für eine gültige Stipulation nicht erfüllt, nicht auf Grund ihres *Inhalts*, wie im hier abgehandelten Falle. Es ist bemerkenswert, dass § 3 in l. 126 (45,1) im Gegensatz zu der Entscheidung in dem in § 2 (im Texte oben S. 57 ff. referiert und kommentiert) behandelten Falle einer quasinouatio steht, nämlich dem, dass ein *mutuum* und in unmittelbarem Zusammenhang damit eine Stipulation betreffs der Anleihe vorliegt. Wenn dann die Stipulation, in die das *mutuum* als Vertrag übergeht, ungültig ist, geht sogar die Obligation zur Rückzahlung des geliehenen Kapitals verloren. § 3 ist sicher hinzugefügt worden, um hervorzuheben, dass entgegengesetzt zu entscheiden ist, wenn eine reine und eine daran angeknüpfte bedingte Stipulation, die selbst ungültig ist, vorliegt. Weshalb im letzteren, nicht im ersteren Falle eine juristische Fiktion, die jede vollstreckbare Obligation aufhebende Stipulation sei nicht vorhanden, möglich ist, lässt sich leicht erklären. Im ersteren Falle wird nämlich angenommen, dass die *Mutuum-Übereinkunft selbst* den Inhalt hat, dass hinsichtlich der Rückzahlung die Stipulation allein gelten solle. Dies erscheint dabei als ‚actum‘. Dann begründet natürlich die Hingabe des Kapitals als Darlehn keine *eigene* Obligation. Im anderen Falle aber begründet die Hauptstipulation eine eigene Obligation. Obgleich diese, einmal entstanden, als vollstreckbar in die Obligation übergeht, die zur sekundären Stipulation gehört, muss sie doch

einmal entstanden sein, und sie bestimmt als solche negativ die Bedingung der sekundären Stipulation. Infolge dieser selbständigen Bedeutung der Hauptstipulation ist die fragliche juristische Fiktion, falls die sekundäre Stipulation ungültig ist, möglich. Der Beweis für die verschiedene Sachlage bei den beiden Fällen einer *quasinouatio* wird später geführt werden. Indes ist der paulinische Standpunkt, dass eine an sich selbst jede Obligation vernichtende *quasinouatio* vorhanden ist, wenn die sekundäre bedingte Stipulation einen Inhalt hat, der zu realisieren unmöglich ist, dass aber dann das Nicht-Dasein dieser Stipulation legal zu fingieren ist, keineswegs etwas für ihn Spezielles. Er bezieht sich in Wirklichkeit auf schon lange geltendes, durch *auctoritas iurisconsultorum* konstituiertes *ius civile*. Die fragliche paulinische Äusserung ist nämlich nur eine beinahe wortgetreue Wiederholung einer Äusserung des CELSUS, der D.45, 1,97 pr. sagt: *Si ita stipulatus fuero: 'te sisti? nisi steteris hippocentaurum dari' proinde erit, atque <si> 'te sisti' solummodo stipulatus essem.*

Eine andere bedeutsame Äusserung des Paulus in unserer Frage liegt in D.45,1,2 §§ 5 u. 6 vor: *Item si in facto sit stipulatio, ueluti si ita stipulatus fuero: 'per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?' et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent, quod praesteterint. hoc et Iulianus et Pomponius probant.* Die Sachlage ist hier klar. Die Stipulation wird allen Erben gegenüber fällig, wenn auch nur einer gehindert hat, weil die Obligation hier unteilbar ist. In § 6 aber heisst es: *Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi hereditate suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte eius, qui prohibitus est. nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur* (scil. stipulatio), *sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summouebuntur: si uero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio.* Im nachfolgenden *Fragm. § 1* erklärt Ulpianus: *Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit: nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit.* Man beachte hier die Entgegensetzung: *Die als eine Einheit betrachtete Stipulation* verfällt nur *pro parte* zugunsten des wirklich Gehinderten unter den Erben, die die Stipulation geerbt haben, — wenn *keine* poena hinzugefügt worden ist, weil nur für ihn das Hindernis Bedeutung hat. Wenn aber eine poena hinzugefügt worden ist, verfällt sie *in solidum* zugunsten aller Erben, auch wenn nur einer gehindert worden ist, weil dann das Interesse daran, dass man nicht gehindert wird, keine Rolle spielt. Die Möglichkeit, dass, wenn poena hinzugefügt ist und einer gehindert wird, die Hauptstipulation als solche *pro parte* zu-

gunsten des Gehinderten, die pönale Stipulation als solche *in solidum* verfiel, ist ausgeschlossen. *Nur* die poena verfällt dann, aber *in solidum*. Der Standpunkt des Paulus und des Ulpianus in der Frage ist also klar. — Das Ergebnis dieser Untersuchung kann dahin zusammengefasst werden: Was PAULUS und ULPIANUS (sowie dann auch den gemeinsamen Lehrer, PAPINIANUS) betrifft, ist es unzweifelhaft, dass sie die aus der Hauptstipulation entstehende Obligation als in die Obligation übergehend betrachten, die aus der an die Hauptstipulation angeknüpften bedingten Stipulation entsteht. Sicher lässt sich auch diese Anschauung schon LABEO und CELSUS zuschreiben. Nicht völlig sicher ist der Standpunkt des ALFENUS. Wahrscheinlich ist er jedoch derselbe. In jedem Falle kann *kein* Argument dafür angeführt werden, dass irgendein römischer Jurist einen anderen Standpunkt eingenommen hätte.

Es ist nun zur Beleuchtung der im Texte behandelten Papinianusstelle die Differenz in rechtlicher Hinsicht auseinanderzusetzen, die wenigstens nach Pap. und seinen Schülern zwischen diesen beiden Fällen vorhanden ist: es besteht eine unbedingte Hauptstipulation und eine daran angeknüpfte bedingte Stipulation; und: es besteht nur eine bedingte Stipulation, derer Bedingung die Unterlassung einer gewissen Handlung des Promittenten ist. Wir führen zuerst Ulp. D.45,1,69 an: *si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur*. Wie aus dem gegebenen Beispiel hervorgeht, handelt es sich hier um eine Hauptstipulation, an welche eine pönale Stipulation angeknüpft ist. Hier ist indes die Voraussetzung nicht die, dass der Stipulant von Anfang an *wusste*, dass die Præstation des Inhalts der Hauptstipulation seitens des Promittenten unmöglich war. Dies geht aus entgegengesetzten Entscheidungen in solchen Fällen hervor, in denen der Stipulant dies weiss. (Darüber alsbald.) Die Voraussetzung ist nur die, dass die Præstation faktisch unmöglich war, der Stipulant dies aber nicht von Anfang an wusste. Vgl. hiermit Paulus eod. l. 44. An dieser Stelle handelt es sich darum, dass jemand der Gegenpartei versprochen hat, dem arbitratum einer dritten Person Folge zu leisten, und daran eine bedingte pönale Stipulation geknüpft worden ist. Wenn nun die dritte Person gar nicht als Schiedsrichter fungiert, wird auch die poena nicht fällig: *nihil ualet stipulatio, adeo ut, etsi poena adiecta sit, ne ipsa quidem committatur*. Hier ist die Voraussetzung die, dass die Præstation der Hauptstipulation sich später als unmöglich erweist. Umgekehrt gilt indes, dass, wenn man in der Hauptstipulation die Handlung einer anderen Person — *alienum factum* — verspricht, in welchem Falle der Stipulant weiss, dass die Stipulation nichtig ist, dies für das Fälligwerden einer daran angeknüpften bedingten Stipulation mit *quanti ea res erit* oder einer poena als Inhalt gleichgültig ist. Letztere wird trotzdem fällig. So Ulp.

D.45,1,38 §§ 1,2 u. 4. Ganz dasselbe gilt, wenn es sich um ein Versprechen zugunsten einer dritten Person in der Hauptstipulation handelt: eod. § 17. (Die Worte *si ita factum non sit, ut comprehensum* weisen hier darauf hin, dass die positive Handlung, deren Unterlassung die Bedingung ist, vorher in einer Hauptstipulation ausbedungen worden ist.) In den letztgenannten Fällen muss die Absicht der Hauptstipulation eine andere sein als die, eine Obligation zu schaffen. Sie besteht vielmehr darin, im voraus die Handlung zu bestimmen, deren Unterlassung die Bedingung der bedingten Stipulation ist. Dann liegt nur scheinbar eine Stipulation vor. Die einzige wirkliche Stipulation ist dann die bedingte, und es muss rechtlich dieselbe Situation vorliegen, als wenn auch formell nur eine bedingte Stipulation vorhanden wäre. In diesem Falle spielt es keine Rolle, dass es für den Promittenten unmöglich ist, die Handlung vorzunehmen, deren Unterlassung die Bedingung ist. Überhaupt kann es keine Bedeutung haben, dass der Promittent in keiner Weise als zu dieser Handlung *obligiert* betrachtet werden kann. Paulus sagt D.45,1,8: *In illa stipulatione: 'si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?' mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi potest. Sabinus Proculus expectandum diem actori putant, quod est uerius: tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem committi uideatur, dies tamen superest. sed cum eo, qui ita promisit: 'si intra kalendas digito coelum non tetigerit' agi protinus potest. Haec et Marcellus probat.* Hier wird ja die bedingte Stipulation fällig trotz der Unmöglichkeit der Handlung, deren Unterlassung die Bedingung ist, und zwar wohlgemerkt ohne jede Rücksicht darauf, ob die Unmöglichkeit auf dem Promittenten beruht oder nach *mora* eingetreten ist. Die bedingte Obligation verfällt sogar sofort, auch wenn Zeitbestimmung vorliegt, falls von Anfang an klar ist, dass die befreiende Handlung nicht möglich ist. In den zuerst angeführten Fällen aber, in welchen es sich um eine Prästationsunmöglichkeit handelt, von welcher der Stipulant bei der Stipulation nichts weiss, tritt in der vorhergehenden unbedingten Stipulation keine andere Absicht hervor als die, eine Obligation zu erzeugen. Dann wird der Promittent gerade durch die Unmöglichkeit von der Prästation des Inhalts der bedingten Stipulation befreit — natürlich, wie immer bei Stipulationen, nur wenn die Unmöglichkeit nicht auf ihm beruht oder nach *mora* eintritt.

Durch die hier vorgenommene Untersuchung wird die Richtigkeit der im Texte dargestellten Auslegung der Papinianusstelle l. 115 bewiesen. Es ist nämlich nachgewiesen worden, dass zur Zeit des Papinianus die Anschauung herrschte, dass zwar niemals aus der Hauptstipulation eine vollstreckbare Obligation entsteht, weil die dazu gehörende Obligation in dem Augenblick, in dem sie sonst vollstreckbar werden würde, unmittelbar in die zur bedingten Stipulation gehörende Obligation übergeht, dass aber

doch, falls die Absicht der Hauptstipulation nicht bloss die war, im voraus die Bedingung negativ zu bezeichnen, wirklich eine Obligation aus der Hauptstipulation, für sich betrachtet, hervorgehen muss. Sonst ist die *ganze* Stipulation richtig. Wenn aber die Absicht der Hauptstipulation nur auf Angabe einer negativen Bedingung gerichtet ist, so ist die bedingte Stipulation von der Gültigkeit der dann nur scheinbar vorhandenen Hauptstipulation völlig unabhängig. Sie ist dann, wie Pap. sagt, in derselben Weise gültig wie *quaelibet stipulatio sub condicione concepta*.

Endlich sind für die vollständige Erklärung des Sinnes der Papinianischen Äusserung die Schlussworte in pr.: *nec ante committetur* (scil. die an eine nur scheinbare Hauptstipulation, te *sisti* angeknüpfte bedingte Stipulation, die als eine selbständige bedingte Stipulation zu behandeln ist) *quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse* durch die nachfolgenden §§ 1 und 2 zu beleuchten: *Sed et si ita stipulatus fuero: ,si in Capitolium non ascenderis' uel ,Alexandriam non ieris centum dari spondes?' non statim committetur stipulatio, quamuis Capitolium ascendere uel Alexandriam peruenire potueris, sed cum certum esse coeperit te Capitolium ascendere uel Alexandriam ire non posse. Item si quis ita stipuletur: ,si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?' Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Die Entscheidungen beruhen natürlich hier darauf, dass erst mit der Unmöglichkeit der Handlung, deren Unterlassung die Bedingung ist, das Vorliegen der Bedingung konstatiert werden kann. Sabinus autem existimabat [ex sententia contrahentium] (stimmt nicht mit der nachfolgenden Sabinischen Motivierung überein, ist aber von derselben Art wie die interpolierten Worte am Ende des § 2, worüber oben.) *postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae . . . itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, ueluti ,si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?'*, *sed ita concepta sit stipulatio: ,Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?'* Sabinus muss, wenn es sich um ein *dare* handelt, die Obligation zum *dare* als mit der Stipulation: *si non dederis . . . gegeben* betrachtet haben. Dies lässt sich auch in der Weise erklären, dass wenn die Bedingung für die *poena* ein *non dare* ist, die Handlung, durch die der promissor der Strafe entgeht, nach ihrer Natur das den Stipulanten eigentlich Interessierende sein muss. Deshalb tritt die *poena* hier nur als eine Wertung im voraus von der Sache hervor, die sonst, wenn sie nicht geleistet wird, vom Richter selbständig gewertet werden muss. Diese Erwägung ist nicht auf den Fall anwendbar, dass ein *non facere* die Bedingung der *poena* ist. Das *facere* selbst *braucht* gar nicht den Stipulanten zu interessieren. Wenn die Bedingung wie im unmittelbar vorher gebrauchten Beispiele ein *non Alexan-**

driam ire ist, so liegt gar nicht darin eingeschlossen, dass das ascendere oder das ire selbst etwas ist, das den Stipulanten interessiert. Dies wird indes von Pap. nicht gebilligt, der die Sachlage rein formell betrachtet. Aber dass Pap. die Sabinische Meinung für *den* Fall, dass die bedingte Stipulation an eine unbedingte Stipulation von dare angeknüpft ist, gutheisst, stimmt mit dem von Paulus und Ulp. behaupteten Verhältnis zwischen den beiden Stipulationen völlig überein. Wenn gerade die Nichteinlösung der zur Hauptstipulation an sich betrachtet gehörenden Obligation zum dare die Bedingung ist, unter welcher die bedingte Stipulation verfällt, muss diese verfallen, sobald konstatiert werden kann, dass die zur Hauptstipulation gehörende Obligation nicht zu rechter Zeit eingelöst worden ist. Wenn aber keine Frist in der Hauptstipulation festgesetzt worden ist, muss die Einlösung geschehen, sobald sie geschehen kann, wenn der Stipulant sie fordert. Sonst wird die poena fällig. Deshalb ist die Papinianische Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalles die nach der herrschenden Anschauung einzig konsequente, und ebenso stimmt es mit letzterer überein, dass die bedingte Stipulation, die nicht an eine wirkliche Hauptstipulation geknüpft ist, erst dann fällig werden kann, wenn sich konstatieren lässt, dass die Sache *in irgend welcher Zeit* nicht geleistet worden ist, was nur dann geschehen kann, wenn die Leistung für den Promittenten nicht weiter möglich ist. Da nun in dem in pr. abgehandelten Falle, wenn die Hauptstipulation nur als eine Vorbezeichnung der Bedingung dient und deshalb nur die bedingte Stipulation berücksichtigt werden soll, in den Schlussworten des pr. gerade in dieser Weise entschieden wird, werden diese Worte völlig verständlich und durch §§ 1 und 2 beleuchtet.

Beilage 10

zum Texte S. 78².

In den Dig. finden sich hinsichtlich der Bedeutung des animus nouandi *zwei* Arten von Interpolationen. Die *eine* hat ihre Eigentümlichkeit darin, dass der animus nouandi als eine Bedingung der Novation in einem besonderen Falle dargestellt wird. Es wird dann nicht behauptet, dass in diesem Falle auf Grund des Aktes selbst Novation eintritt oder nicht. Das Vorhandensein einer Novation soll dann von *ausserhalb des Stipulationsaktes selbst* liegenden Umständen abhängig sein. Solche Interpolationen sind sicher justinianisch und durch das im Texte angeführte Gesetz bestimmt, nach welchem nur eine besondere Erklärung, dass Novation eintreten soll, Novation herbeiführt. Die Ausdrucksweise der Interpolation ist dann: si hoc actum est, ut nouetur od. dgl. Beispiele sind über-

flüssig. In diesem Stücke ist indes Iust. insofern sehr liberal, als er einer besonderen Novationserklärung Kraft erteilt, auch wenn nicht die Obligation selbst, sondern nur eine analoge Obligation in die Stipulation aufgenommen wird, in welchem Falle nach klassischer Jurisprudenz Novation ausgeschlossen ist. Pap. D.46,2,28: Fundum Cornelianum stipulatus *quanti fundus* est postea stipulor: [si non nouandi animo secunda stipulatio facta est] cessat nouatio. Dies bedeutet nach dem justinianischen Gesetze, dass die Novationsabsicht direkt ausgesprochen sein muss, damit wirklich Novation eintritt. Vgl. die in Beil. 9 abgehandelte Stelle Paulus Alfenus D.17,2,71 pr., in welcher in einem ähnlichen Falle die Novation als unbedingt ausgeschlossen hingestellt wird.

Die *andere*, seltenere Art der fraglichen Interpolationen hat ihre Eigentümlichkeit darin, dass man es in besonderen Fällen für möglich hält, die Abwesenheit jeder Novationsabsicht aus dem Akte selbst zu folgern, und damit das Nichtvorhandensein der Novation begründet. Die Ausdrucksweise der Interpolationen ist dann: nouatio cessat, *quia non agitur, ut nouetur* od. dgl. Natürlich können auch diese Interpolationen justinianisch sein. Der Sinn kann indes dann nur der sein, dass in diesem Falle eine besondere Novationserklärung bedeutungslos ist. Aber da hier kein direkter Einfluss des justinianischen Gesetzes hervortritt, sondern das Relevante nur in das aus der Situation ableitbare Fehlen des animus nouandi verlegt wird, und da Justinianus gerade das nach seiner Meinung immer unsichere Präsumieren von Novationsabsicht oder der Abwesenheit einer solchen, das nach seiner Darstellung für die Entscheidungen der alten Juristen bestimmend gewesen sein soll, durch sein Gesetz aufheben wollte, können die Interpolationen einen älteren Ursprung haben. Iust. hätte den ‚ueteris iuris conditores‘ nicht die Theorie zuschreiben können, dass das Vorhandensein oder Fehlen eines animus nouandi entscheidend sei, wenn nicht schon in vorjustinianischer Jurisprudenz eine solche Anschauung durchgedrungen wäre. — Beispiele:

1. Ulp. D.46,2,8,3: Idem Celsus ait iudicatum solui stipulatione actionem iudicati non nouari [merito quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut fideiussoribus cautum sit, non ut ab obligatione iudicati discedatur!] Wenn die stipulatio iudicatum solui wirklich die von LENEL, Ed³ S. 532, angenommenen Formulierung gehabt hätte, nämlich: . . . ‚quantam pecuniam ob eam rem iudicatus eris, tantam pecuniam dari . . . spondesne? wäre nach klassischen Prinzipien Novation der actio iudicati notwendig gewesen. Unmittelbar vorher (§ 2) sagt Ulp., der sich auch dort auf CELSUS beruft: si quis ita stipulatus a Seio sit: ‚quod a Titio stipulatus fuero, dare spondes? an, si postea a Titio stipulatus sim, fiat nouatio solusque teneatur Seius? et ait Celsus nouationem fieri [si modo id actum sit ut nouetur, id est, ut Seius debeat, quod Titius promisit] nam eodem

tempore et impleri prioris stipulationis condicionem et nouari ait, eoque iure utimur. Die novierende Stipulation hat ja hier ganz dieselbe Struktur — ist in derselben Weise auf eine in Zukunft eventuell eintretende Obligation als Bedingung bezogen, wie die stipulatio iudicatum solui, wenn diese so, wie LENEL annimmt, formuliert gewesen wäre. Es wäre dann, wenn LENEL Recht hätte, unverständlich, dass derselbe Celsus Novation durch die letztgenannte Stipulation verneint. Indes ist ohne weiteres klar, dass die Lenelsche Formulierung unrichtig ist. Wie ist es denkbar, dass man die fragliche Stipulation als *iudicatum solui* bezeichnet hätte und dies die einzig mögliche Bezeichnungsweise gewesen wäre, wenn in der Stipulation selbst weder das Wort *iudicatum* noch das Wort *solui* vorgekommen wäre? LENEL hat keinen anderen Grund für seine Formulierung als Ulp. D.46,7,9: Iudicatum solui stipulatio expeditam habet quantitatem: in tantum enim committitur, in quantum iudex pronuntiauerit — S. 531. Dieser Satz, der nur die Quantität betrifft, die zu prästieren ist, wenn die Stipulation verfällt, beweist nichts in der Frage. Vielmehr muss die Stipulation im hier interessierenden Teile ungefähr so gelautes haben: ‚si ob eam rem, de qua ego tecum acturus sum, mihi (Gaius I.4,21 und 3,174) iudicatus (condemnatus) eris, *iudicatum solui* ... spondes? Iudicatum soluere ist etwas ganz anderes als quantam pecuniam iudicatus eris, tantam pecuniam dare. Ersteres bedeutet: die *Judikatsobligation* einlösen, was nach Gaius I.3,173 u. 174 auch durch imaginaria solutio per aes et libram geschehen kann. Weiter setzt *iudicatum solui* als Inhalt der Stipulation voraus, dass die Judikatsobligation bei der Erfüllung der Stipulationsobligation wirklich fortbesteht und dass daher Novation durch die Stipulation selbst nicht geschehen kann, während tantam pecuniam dare ebenso wie ein dare überhaupt, das sich auf ein vorher vorhandenes debitum bezieht, als Inhalt einer Stipulation den Bestand dieses debitum bei der Erfüllung der Stipulation gar nicht voraussetzt. Die Unmöglichkeit der Novation ist daher in den Stipulationsworten *iudicatum solui* eingeschlossen. Aber ebenso klar ist andererseits, dass die *Absicht* der Stipulation gar nicht das Schaffen eines wirklich effektiven neuen Obligationsgrundes sein kann. Die Stipulationsobligation kann, wenn sie überhaupt verfällt, kein wirkliches neues Recht des Stipulanten dem Promittenten gegenüber erzeugen. Sie kann nur die formelle Bedeutung haben, als die formell notwendige Grundlage einer Bürgschaftssponsio zu dienen. Dann gibt die Motivierung: hoc solum agitur ea stipulatione, ut fideiussoribus cautum sit, non ut ab obligatione iudicati discedatur nur an, dass man als das Relevante in der Frage der Novation den hier ausgeschlossenen animus nouandi betrachtet. Nur dieses, dass die fraglichen Worte als *Motivierung* angewandt werden, weist vom sachlichen Gesichtspunkt auf eine postklassische Interpolation hin. Die Art aber, in welcher die Absicht hier bestimmt wird, ist auch nach

klassischer Jurisprudenz richtig, weil der Inhalt der Stipulation *iudicatum solui* nicht *quantam pecuniam iudicatus eris, tantam pecuniam dari* ist, in welchem Falle unbedingt Novation vorläge. Etwas ganz anderes ist es, dass die Spondierung *iudicatum solui* ohne ein hinzugefügtes: *si non iud. soluereis, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes?* od. dgl. nicht vorgekommen sein kann. Denn dass es der Zweck der Sponsion war, die Möglichkeit einer *Bürgschaft* für das Judikat zu schaffen, steht fest. Dass aber ein Bürge das *iudicatum soluere* des reus principalis spondiert, ist unmöglich, weil eine Bürgschaftsobligation *denselben* Inhalt wie die Obligation des Hauptschuldners hat und daher keine Obligation zur Einlösung der letzteren sein kann. (Hierüber in anderem Zusammenhang.) Ein solcher Zusatz aber, der nach Paulus D.46,5,2,2 wirklich auch zur Stipulation *iudicatum solui* gehört, hat einen ganz anderen Sinn als die Stipulation: *quantam pecuniam iudicatus eris, tantam pecuniam dari*. Denn bei dem fraglichen Zusatz handelt es sich um das Interesse des Gläubigers, das *iudicatum* zu erhalten. Bei der erwähnten Stipulation aber handelt es sich direkt um die Aufnahme der Judikatsschuld in eine Stipulation. Deshalb wäre, wenn die Stipulation *iudicatum solui* einen solchen Charakter gehabt hätte, Novation notwendig. Die Stipulation aber: *si non . . . quanti ea res erit* kann nicht die Judikatsobligation novieren, weil es sich nicht um dieselbe Sache handelt. Dies schliesst nicht aus, dass *quanti ea res erit* hier die Geldsumme *ist*, zu welcher der Promittent verurteilt worden ist. In der angeführten Ulpianischen Äusserung 46,7,9 ist der Sinn gerade der, dass die Quantität bei *quanti ea res erit* dieselbe wie in der Judikatsobligation ist. Sonst wäre die Äusserung tautologisch. Auch ist nicht damit ausgeschlossen, dass wenn *quanti ea res erit* als solches bezahlt worden ist, *actio iudicati* nicht weiter möglich ist, weil dann der Kläger befriedigt worden ist. — Wir haben hier provisorisch angenommen dass die Hauptstipulation als *iudicatum solui spondes?* an sich ein wirkliches *oportere* des Promittenten begründete. Dies ist jedoch aus demselben Grund unmöglich, wie es unmöglich ist, dass eine Bürgschaftsobligation die Solvierung der Schuld des Hauptschuldners *als solcher* zum Inhalt hätte. Der Promittent des *iudicatum solui* kann nicht seine Stipulationsobligation als solche einlösen, wenn der Inhalt gerade die Einlösung der Judikatsobligation ist. Was bedeutet dann aber *iudicatum solui spondes?* Diese Worte haben notwendig dieselbe Bedeutung wie bei der analogen prätorischen Stipulation: *ratam rem habiturum dominum spondes?* D.h. sie geben nur in Stipulationsform im voraus in umgekehrter Richtung die Bedingung für die nachfolgende bedingte Stipulation an, die allein gilt. Siehe hierüber Beil. 9. Um so weniger kann hier Novation vorliegen.

Eine die eventuelle Judikatsschuld *wirklich* im voraus novierende Stipulation ist die von Aquilius Gallus konstruierte Stipulation. Flor.

D.46,4,18,1: „Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diem (man beachte, dass es sich hier um eine mögliche intentio in einer actio incerti handelt), quarumque rerum mihi tecum actio quaeque aduersus te petitio uel aduersus te persecutio est eritue, quodue tu meum habes tenes possides: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius.“ Hier handelt es sich unzweifelhaft um die Stipulierung jeder eventuellen Judikatsschuld, die sich auf irgend welche noch geltende causa bezieht. Quanti . . . res erit, t. p. bedeutet hier die *pecunia*, zu welcher N. N. eventuell verurteilt wird.

Anmerkung.

Zwecks Beleuchtung der Frage soll hier eine andere Erklärung der Unmöglichkeit einer Novation in unserm Fall behandelt werden. BESELER behauptet Studi in Bonfante II S. 57 f., besonders auf Grund einer Äusserung Ciceros in De leg. 2,21,53, dass Novation eines Legates per damnationem unmöglich ist. Der Grund soll sein, dass eine solche Obligation „ausser durch Erfüllung nur durch solutio per aes et libram aufgehoben werden kann“. Wenn dies richtig wäre, würde aus demselben Grunde jede Novation der obligatio iudicati ausgeschlossen sein. Die Behauptung ist falsch und zeugt von einer unrichtigen Forschungsmethode. Cicero sagt: Hoc uero nihil ad pontificium ius, sed e medio est iure ciuili, ut per aes et libram heredem testamenti soluant (scil. die Legatäre) et (scil. dadurch) eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, si is, cui legatum est, stipulatus est id ipsum, quod legatum est, ut (hier final) ea pecunia ex stipulatione debeatur sitque ea non <alligata sacris>. BESELER behauptet, dass *et* vor *si* „eine syntaktische Notwendigkeit“ sei, und liest deshalb den Text: *et si*. Dann fällt indes jeder Sinn des von den pontifices angeratenen juristischen Kniffes weg. Die Absicht ist ja die, dass der Legatar das vermachte Geld wirklich erhalten, aber trotz der pontifikalen Bestimmung über *sacra* von diesen sein frei soll. Das soll so geschehen, dass er durch solutio per aes et libram formell vom Legate absteht und dadurch die Sache in dieselbe Lage bringt, wie wenn das Geld niemals legiert wäre, sich zugleich aber durch Stipulation der Summe versichert. Dann kann ihm natürlich nicht geraten werden, vom Legate abzustehen, wenn er sich nicht vorher durch die Stipulation gesichert hat. Der Satz: *si . . . stipulatus est* gibt also die Bedingung an, unter welcher der Legatar in der genannten Weise vom Legate abstehen soll. Aber aus der angeführten Äusserung folgt nicht einmal, dass Novation einer Legatsobligation zur Zeit Ciceros unmöglich war. Nur dann wäre eine solche Folgerung berechtigt, wenn die besprochene Stipulation als eine Stipulation bestimmt wäre, in welcher formell *id quod ex testamento debetur* stipuliert wird. Nichts aber weist darauf hin. Daraus,

dass in derselben *id quod legatum est* stipuliert werden soll, folgt nichts anders, als dass sie dieselbe Summe zum Inhalte haben soll. Deshalb *braucht* sie gewiss nicht die genannte formelle Beschaffenheit zu haben. Das Willkürlichste in der Darstellung B.s liegt indes in der Behauptung, dass damit die *klassische* Auffassung von der Novationsmöglichkeit klar gestellt wäre. Auch wenn diese Möglichkeit zur Zeit Ciceros nicht vorhanden gewesen sein sollte, folgt daraus nicht, dass dasselbe in dieser Beziehung zur Zeit des Gaius gegolten hätte. Aus Gaius I.3,179 folgt, dass die Novationslehre des Zeitgenossen Ciceros, Seruius Sulpicius, in so wesentlichen Beziehungen wie hinsichtlich der Bedeutung der Bedingung der novierenden Stipulation und der Kraft einer sponsio mit einem Sklaven oder Fremden zur Zeit des Gaius verworfen war: *in utroque casu alio iure utimur*. Von Gaius I.2,38, aus welcher Stelle folgt, dass ich *quod mihi ab aliquo debetur* überhaupt dadurch einem andern übertragen kann, dass ich ihn zum Stipulieren delegiere und er dann die Stipulation vornimmt, sagt B.: „In Gai 2,38 steht der Ausdruck *obligationes quoquo modo contractae* in einem Satze, der aussagt, dass die Obligationen der Manzipation und der in iure cessio unzugänglich sind, nicht in einem Satze, der von der Novation mit Gläubigerwechsel handelt.“ Als ob dies bewiese, dass nicht nach den nachfolgenden Worten *id quod mihi debetur* immer durch Gläubigerwechsel noviert werden kann. Ulp. schreibt D.46,2,8,1: *Legata [uel fideicommissa] si in stipulationem fuerint deducta [et hoc actum, ut nouetur] (gewöhnliche justinianische Interpolation), fiet nouatio, si quidem pure uel in diem fuerint relicta, statim, si uero sub condicione, non statim, sed ubi condicio extiterit nam et alias, qui in diem stipulatur, statim nouat [si hoc actum est], cum certum sit diem quandoque uenturum: at qui sub condicione stipulatur, non [statim] (Mommsen) nouat, nisi condicio exstiterit*. Die Pointe dieser Äusserung liegt keineswegs in der Behauptung, dass in einem solchen Falle Novation stattfindet, sondern in der Verbindung des für das Legat geltenden Prinzipes hinsichtlich des *dies cedens* mit dem Prinzipie für den Eintritt einer Novation durch Stipulation. Weil die auf ein bedingtes Legat bezogene Stipulation selbst bedingt ist, kann nach Gaius I.3, 179 Novation erst eintreten, wenn die Bedingung existent wird. Aber obgleich aus dieser Gaiusstelle *e contrario* folgt, dass eine Stipulation in diem sogleich noviert, könnte dies doch nicht von einer auf irgend ein Legat bezogenen Stipulation gesagt werden, *wenn* nicht vorausgesetzt wäre, dass der *dies cedens* bei einem in sich selbst unbedingten Legat sofort vorliegt, obgleich ein Legat für seine Kraft immer vom *Erbantritt* bedingt ist. Dies macht nämlich nicht das Legat als solches bedingt. Siehe oben S. 79. Es ist klar, dass die Stipulation nicht novieren kann, bevor eine zu novierende Obligation wirklich existiert. Diese vollständig mit klassischen Prinzipien übereinstimmende und an sich höchst inter-

essante Äusserung entstellt B. in folgender Weise: „<Per damnationem> (überflüssiger Zusatz: vgl. die Cicerostelle) Legata[—] si in stipulationem fuerint deducta [—] <non> fiet nouatio, <siue> [—] pure uel in diem fuerint relicta, <siue> [—] sub condicione <weil die obligatio ex testamento ausser durch Erfüllung nur durch solutio per aes et libram aufgehoben werden kann>.“ Auf welche Quelle der ausgezeichnete Romanist das Letzterwähnte stützen will, gibt er leider nicht an. Sie könnte hinsichtlich der ältesten Zeit richtig sein, weil die *Möglichkeit*, durch *fiktive* solutio per aes et libram ein Damnationslegat einzulösen, auf eine Zeit hinweist, zu welcher auch die *reale* Erfüllung per aes et libram geschehen musste. Aber dass dies zur Zeit der klassischen Jurisprudenz gegolten hätte, würde eine völlig grundlose Behauptung sein. Der Verf. kann wohl auch selbst so etwas nicht meinen. Aber wenn die reale solutio *ohne* solchen Akt geschehen konnte, musste die allgemeine Regel, dass nouatio als solutio gilt, hier anzuwenden sein. Siehe Ulp. D.13, 7,11 pr. und § 1: Solutum non uidetur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito uel si fideiussor conuentus fuerit. Nouata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi conuenit, ut pignus repetatur. Also: im *letzteren* Falle gilt: *solutum* uidetur. Wie kann die angeführte Motivierung demselben Ulpianus zugeschrieben werden? Die Novation gilt ja als reelle solutio debiti = „Erfüllung“. Man beachte endlich Venuleius D.46,4,21, welche Stelle B. wenigstens hier nicht erwähnt und deshalb nicht auch nach seiner eigentümlichen textkritischen Methode entstellt. Si sub condicione legatum mihi datum [nouandi causa] stipulatus sum et ante existentem condicionem acceptum fecero, Nerua filius ait, etiamsi condicio exstiterit, neque ex testamento competituram actionem, quia nouatio facta sit, neque ex stipulatu, quae (scil. actio ex stip.) acceptilatione soluta sit. Die Äusserung ist sowohl sprachlich wie logisch unanfechtbar und steht auch völlig im Einklang mit der klassischen Novationstheorie über die Bedeutung einer Bedingung für den Eintritt der Novation sowie mit der klassischen Theorie von der Kraft der Akzeptilation. Was letztere betrifft, wird durch Pomp. D.46,4,12 und Pap. D.50,17,77 bezeugt, dass die Akzeptilation einer bedingten Stipulation bei dem Eintritt der Bedingung Kraft erhält.

2.¹ Ulp. D.46,2,6 pr.: Si ita fuero stipulatus: „quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum [fideiubes?] <spondes?> (hierüber alsbald) [non fit nouatio?] [quia non hoc agitur, ut nouetur]. Der hier abgehandelte Fall wird auch von Pap.-Paulus D.45,1,116 erörtert. Pap. sagt: Decem stipulatus a Titio postea, quanto minus ab eo consequi posses, si a Maeuio stipularis, sine dubio Maeuius uniuersi periculum potest subire. sed et si decem petieris a Titio, Maeuius non erit solutus, nisi iudicatum Titius fecerit. EISELE behauptet unrichtig, der Nisi-Satz sei interpoliert. Er

¹ Vgl. S. 200.

stimmt mit der nachfolgenden Anmerkung des Paulus überein. Paulus notat: non enim sunt duo rei Maeuius et Titius eiusdem obligationis, sed Maeuius sub condicione debet, si a Titio exigere non poterit: [igitur?] nec Titio conuenio Maeuius liberatur, qui an debitor sit, incertum est, et soluente Titio non liberatur Maeuius, qui nec tenebatur, cum condicio stipulationis deficit, nec Maeuius pendente stipulationis condicione recte potest conueniri . . . Hier ist der Sinn offenbar, dass im angegebenen Falle keine wirkliche Bürgschaft vorhanden sein kann, welche immer rei eiusdem obligationis voraussetzt, woraus nach bekannten Konsumtionsregeln folgt, dass wenn Aktion gegen den einen angestrengt wird, der andere befreit wird. Dass dies in unserm Falle unmöglich ist, wird in der mit nec eingeleiteten Abteilung auseinandergesetzt. Die Existenz der von Paulus so ausgedrückten Bedingung: si a Titio exigere non poterit kann in keiner anderen Weise konstatiert werden als so, dass du (der Stipulant) nicht einmal durch actio iudicati befriedigt wirst. Aber es ist weiter von selbst klar, dass auch keine Novation bei der Existenz der Bedingung möglich ist. Denn das Vorhandensein der actio iudicati als eines nun aktuellen Rechts setzt den Bestand der obligatio iudicati voraus und damit auch der in diese Form übergangenen Obligatio ex stipulatu. Oder einfach: wenn mit der Nicht-Einlösung einer Obligation diese selbst schwände, wäre die Behauptung, dass die Obligation nicht eingelöst ist, sinnlos. Die sekundäre Stipulation ist daher durch den Bestand der primären Obligation bedingt und kann deshalb nicht diese aufheben. In der Novationsfrage sagen indes Pap. und Paulus nichts, mutmasslich weil sie diese Frage für überflüssig halten. Es scheint, dass die Römer eine andere reelle Bürgschaft als die formelle, die als solche solidarische Bürgschaft ist, kannten. Durch eine nachfolgende Stipulierung von einer anderen Person als dem Schuldner selbst: quanto minus . . . wurde diese allerdings bedingt gebunden. Aber der Stipulant konnte nicht gegen diese agieren, bevor es sich erwies, dass ersterer sein Recht dem Hauptschuldner gegenüber durch die Solvierung dieses nicht bekommen konnte. Natürlich bot auch dann der sekundäre Promittent eine Sicherheit, obgleich er nicht als Bürge bezeichnet werden konnte. Den Charakter dieser realen Bürgschaft wollten Pap. u. Paulus beschreiben. — Ulp. loc. cit. schliesst im selben Falle ausdrücklich Novation aus. So, wenn wirklich Ulp. selbst die Worte non fit nouatio geschrieben hat und nicht die Fortsetzung der ausführlichen die Bürgschaftfrage berührenden Darstellung von Pap. und Paulus analog gewesen ist. Ob Ulp. wirklich die erwähnten Worte selbst geschrieben hat, kann nicht entschieden werden. Aber die hinsichtlich des Tatbestandes sachlich identische papinianische Parallelstelle weist auf eine negative Antwort hin. Die überlieferte Motivierung kann jedenfalls nicht von Ulp. stammen. Sie braucht jedoch nicht justinianisch zu sein, da hier die nach dem justi-

nianischen Gesetze eigentlich erforderliche Bedingung für die negative Entscheidung der Novationsfrage nicht erwähnt wird: nisi euiden-tissime nouandi causa stipulatio facta est, d.h. wenn nicht der animus nouandi direkt ausgesagt worden ist. — Noch eine Stelle in den Dig. berührt die fragliche Sicherheitsleistung ohne formelle Bürgschaft, nämlich Celsus D.45,1,97,1: Possum utiliter a te ita stipulari: Titii nomine te soluturum? neque enim hoc simile est illi Titium daturum? sed ex ea stipulatione, dum interest mea, agere possum, et ideo, si locuples sit Titius, nihil ex hac stipulatione consequi possim: quid enim mea interest id a te fieri, quod si non feceris, aequè saluam pecuniam habiturus sum? Wenn du mir Titium daturum versprächst, wäre die Stipulation kraftlos, weil man nicht die Handlung einer anderen Person stipulieren kann. Wenn du mir dasselbe (idem) wie Titius versprächst, läge nur eine Obligation mit zwei rei obligationis vor. Wenn du mir quae Titius debet versprächst, wäre die Obligation des Titius mit dem Versprechen novationsweise aufgehoben. Das Versprechen, die Obligation des Titius einzulösen, ist vom Bestand dieser Obligation für ihre Kraft bedingt. Es erzeugt in Wirklichkeit nur eine *bedingte* Obligation zum *Inhalte* in der Obligation des Titius und unterscheidet sich nur durch die Bedingung von einer formellen Bürgschaft. Denn dass die Obligation des Titius als *solche* durch den *promissor* eingelöst wird, kann nicht den Stipulanten interessieren. Dieser ist nur daran interessiert, dass er überhaupt das, wozu Titius obligiert ist, erhält. Aber wenn Titius nicht solvent, ‚locuples‘, ist, kann ein Interesse vorhanden sein, dass der promissor *statt* des Titius solviert. Dann kann auch der promissor durch sein Versprechen nur zu *demselben* wie Titius obligiert werden, obgleich diese Obligation durch die Insolvenz des Titius bedingt ist und deshalb nicht dieselbe *Obligation* vorliegt, also formelle Bürgschaft ausgeschlossen ist. Es ist dann deutlich, dass es sich hier um denselben Fall wie in Ulp. D.46,2,6 pr. und Pap.-Paulus D.45,1,116 handelt. Es geht auch aus der Celsus-Stelle hervor, dass es nicht möglich ist, in anderer Weise sich zu einem Titii nomine soluere zu verbinden. Wenn man sich *unbedingt* zu diesem verbände, würde man sich nicht zu *eigener* Tat verbinden. Denn Titii nomine soluere ist formell dasselbe wie als *Vertreter* des Titius zu solvieren. Aber sei es dass Titius direkt, sei es dass sein Vertreter solviert, so ist die Solvierung juristisch doch die des Titius selbst. Und ob Titius direkt oder durch einen Vertreter solviert, kann den Gläubiger in seinem Verhältnis zu Titius nicht interessieren. Deshalb kann niemand mit rechtlicher Kraft dem Gläubiger des Titius versprechen, als sein *Vertreter* zu solvieren. Wenn aber das fragliche Versprechen als durch die Insolvenz des Titius bedingt aufgefasst wird, tritt eine ganz andere Situation ein. Dann verspricht der promissor in Wirklichkeit nicht Titii nomine soluere, sondern nur in *eigenem* Namen, den auf Grund der Insolvenz des Titius entstehenden Mangel zu

decken. ‚Titii nomine soluere‘ erhält dann die Bedeutung: *statt* des insolventen Titius solvieren, ohne damit als sein *Vertreter* zu fungieren. Tatsächlich würde das unbedingte Versprechen, Titii nomine zu solvieren, dasselbe sein wie ein Versprechen, dass eine andere Person etwas leistet. Ein solches Versprechen ist indes nach römischem *Zivilrechte* ungültig. Hierüber im Texte in anderem Zusammenhang. — Hinsichtlich der Ulpianus-Stelle D.46,2,6 pr. ist noch eine Bemerkung angebracht. Hier wird nämlich das Wort *fideiubes?* angewandt, als ob eine formelle Bürgschaft gemeint wäre, was nach den beiden Parallelstellen ausgeschlossen ist. Das Wort ist für *spondes?* interpoliert. Trib. nimmt nur *eine* Bürgschaft an: die *fideiussio*. Trib. schreibt deshalb immer für *sponsor fideiussor*. Er wollte auch, so gut es wegen der Kontinuität möglich war, die formalistischen Differenzierungen der klassischen Jurisprudenz vereiteln. (Im Stipulationsrechte nahm ja die Leoniana constitutio die Bedeutung der *uerba ciuilia* weg.) Deshalb ist es natürlich, dass es für *ihn* keine Rolle spielen konnte, dass im vorliegenden Falle keine *formelle* Bürgschaft vorliegt. *Realiter* ist jedoch eine gewisse Art von Bürgschaft vorhanden. Damit ist verständlich, dass auch hier die gewöhnliche justinianische Bezeichnung für Bürgschaft überhaupt angewandt und der Urtext mit *spondes?* korrumpiert wurde.

3. Ulp. D.45,2,3 pr. In duobus reis promittendi frustra timetur nouatio. nam licet ante prior responderit, posterior etsi ex interuallo accipiat, consequens est dicere pristinam obligationem durare et sequentem accedere. et parui refert, simul spondeant an separatim promittant, cum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur: neque ulla nouatio fiet. Die ‚ulpianische‘ Äusserung ist offenbar stark korrumpiert, falls nicht gar eine selbständige Äusserung des Tribonianus oder eines vorjustinianischen postklassischen Juristen dem Ulpianus in den Mund gelegt ist. Dies geht daraus hervor, dass *duo rei promittendi* nach klassischer Jurisprudenz so konstituiert werden, dass die Promittenten auf einmal oder wenigstens bei derselben Gelegenheit die an jeden einzeln gerichtete Frage entweder jeder für sich durch ‚spondeo‘ oder zusammen durch ‚spondemus‘ beantworten. Dass dies richtig ist, folgt aus Pomp. D.eod.l.4 in Verbindung mit I.I.3,16 pr. An letzterer Stelle, deren formalistische Darstellung es notwendig macht anzunehmen, dass ein Auszug aus einer klassischen Schrift vorliegt, wird über die Konstituierung von *duo rei stipulandi* gesagt: Et stipulandi et promittendi duo pluresue rei fieri possunt: *stipulandi* ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat ‚spondeo‘. ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: ‚utrique uestrum dare spondeo‘: nam si prius Titio sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. Hier liegt ja das Gewicht darauf, dass nicht durch eine frühere Antwort ‚spondeo‘ an den

zuerst Fragenden und eine spätere an den nachher Fragenden zwei Obligationen entstehen. Danach wird hinsichtlich der Konstituierung von *rei promittendi* in entsprechender Weise gesagt: *duo pluresue rei promittendi ita fiunt, <ut interroget stipulator>* (MOMMSEN): *Maeui, quinque aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes?* respondeant singuli separatim, *spondeo.* Aus Pomp. a. a. O. geht hervor, dass auch gefragt werden kann: . . . *spondetis?* Doch müssen auch dann die Fragen distributiv sein. Wenn nur *eine* Frage ausgesprochen wird: *Maeui, Sei eosdem decem dari spondetis,* entsteht allerdings auch nur eine Obligation. Die Spondierenden treten aber dann als eine persönliche Einheit auf, weshalb ein jeder nur *pro rata* obligiert wird. (Hierüber ausführlich KEIR-WYLIE, *Solidarity and Correality* S. 36 ff. Dieser hat auch S. 93 ff. starke Gründe dafür angeführt, dass sich Ulp. D.45,2,3 pr. ursprünglich nicht auf *duo rei promittendi*, sondern auf Bürgschaft bezogen hat.) Natürlich kann immer auch: *spondemus* geantwortet werden, in welchem Falle die Antworten gleichzeitig sein müssen. Wenn ein jeder für sich *spondeo* antwortet, müssen die Antworten wenigstens in einem Zusammenhang erfolgen. Einerseits muss ja die Antwort immer unmittelbar auf die Frage folgen. Sonst entsteht keine Obligation. Andererseits müssen die Fragen schon gestellt worden sein, ehe einer der Promittenten antwortet. Dann müssen die Fragen selbst in einem Zusammenhang gestellt werden und unmittelbar danach die Antworten folgen. Vgl. dagegen die Konstituierung einer Bürgschaft für eine durch Stipulation entstandene Obligation. In diesem Falle muss die Hauptstipulation mit ihrer Frage und Antwort schon abgeschlossen sein, damit man durch die sich auf *idem* oder *id* (Gaius I.3,116) beziehende sekundäre Stipulation einen Bürgen erhalten kann. Dann muss es gleichgültig sein, ob diese Stipulation unmittelbar oder erst später erfolgt. (Aus Gaius I.3,123, wo die *lex Cicereia* besprochen wird, nach welchem Gesetze der Bürgschaft Empfangende vorher erklären muss, wie viele Bürgen er in Zukunft annehmen wird: *accepturus sit*, geht auch hervor, dass Bürgschaft nicht unmittelbar nach der Hauptstipulation konstituiert werden muss. Siehe weiter über das Verhältnis zwischen *duo rei promittendi* und Bürgschaftsstipulationen Flume, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen* S. 13 ff.). Dann ist indes auch klar, was der Sinn der Ulp. zugeschriebenen Äusserung ist. Sie drückt die Konsequenz der die Stipulationsformalitäten aufhebenden und die Stipulation überhaupt auf *consensus* basierenden *Leoniana constitutio* hinsichtlich der Konstituierung von *rei promittendi* aus. Solche *rei* entstehen unabhängig von allen Formen, wenn sich zwei Personen einer Person gegenüber stipulationsweise zu derselben Leistung verbinden, auch wenn zwei in der Zeit verschiedene Akte angewandt werden, wenn nur dabei formlos vereinbart wird, dass die Promittenten *rei promittendi* sein sollen:

cum hoc actum inter eos est, ut duo rei constituentur. Dann ist es auch bedeutungslos, dass die nachfolgende Stipulation nicht als Bürgschaftsstipulation fungiert, obgleich nach altem Rechte eine nachfolgende Stipulation mit demselben Inhalte und nur einem anderen Promittenten, die nicht als Bürgschaftsstipulation fungiert, die vorherige novieren muss, wenn sie überhaupt Gültigkeit hat. *Frustra timetur novatio*, weil kein animus nouandi vorhanden ist. Es liegt also keine direkte Anwendung des justinianischen Gesetzes vor, sondern es wird nur nach schon vorjustinianischer Anschauung vorausgesetzt, dass der animus nouandi in der Novationsfrage das Relevante ist. Dieses Prinzip wird hier auf die Situation angewandt, die durch die Leoniana constitutio festgestellt war. Die Äusserung kann deshalb aus der Zeit zwischen dem Jahr 472 und dem justinianischen Gesetze stammen.

Zwecks vollständiger Beleuchtung der Frage, welche Bedeutung die Absicht bei Novation hat, führen wir eine echte Stelle an, in welcher wirklich die Entscheidung durch die Absicht bestimmt wird, obgleich der abgehandelte Fall mit Novation wenigstens verwandt ist, nämlich Pomp. D.46,2,7: *cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione nouari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat* [et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri.] Die eingeklammerten Worte sind unklar und als Motivierung überflüssig. Im übrigen geht die Echtheit der Stelle aus inneren Kennzeichen hervor, sowie auch aus der Anwendung des darin ausgesprochenen Prinzipes, die Paulus D.45,1,126,2 macht, welch letztere Stelle in dieser Hinsicht wegen ihres stark formalistischen Charakters nicht der postklassischen Jurisprudenz entstammen kann. (Siehe oben S. 57 ff.) Es handelt sich um die Hingabe von Geld als Darlehn, welcher unmittelbar eine Stipulation der Rückzahlung folgt. Auch in Ulp. D.46,2,6,1 wird dieser Fall abgehandelt: erst mutuum und unmittelbar danach Stipulation des als Darlehen empfangenen Geldes. Es wird allerdings hinzugefügt: *idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox* (wie ‚mox‘?) *pecunia numerata est.* Dies ist aber sicher interpoliert. Erstens fehlt ein solcher Zusatz bei Pomp. a. a. O. Zweitens wird in dem von Paulus D.45,1,126,2 abgehandelten Rechtsfall vorausgesetzt, dass sich die Stipulation auf *das* Geld bezieht, das als mutuum hingegeben wird: *accepisse mutua denaria mille, quae dari stipulatus, und: nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur.* Dann muss das Geld natürlich *vor* der als unbedingt vorausgesetzten Stipulation gegeben werden, sofern dies nicht im Momente der Stipulation geschieht. Im ersteren Falle muss die Stipulation aber doch ein Moment desselben Aktes sein und deshalb *unmittelbar* dem Mutuumakte folgen. Nur wenn die Stipulation durch ein wirkliches Mutuum bedingt sein sollte, könnte sie diesem vorhergehen. Denn dann erhielte sie Kraft unmittelbar mit dem bedingenden Mutuum-

akte selbst und wäre dann als gleichzeitig zu betrachten. In dem abgehandelten Zusatze wird dies indes nicht vorausgesetzt. Deshalb widerspricht er der bei Pomp. und Paulus hervorgehobenen Bedingung für die Entstehung einer *einzig*en Obligation: der durch Stipulation. Aber dann ist auch klar, was die Grundlage der Entscheidung ist. Das *mutuum* setzt eine formlose Vereinbarung voraus, dass Rückzahlung des Geldes von dem Empfänger gefordert werden kann. Diese Vereinbarung hat Gültigkeit einerseits auf Grund der erfolgten Tradition, andererseits aber auf Grund der gemeinsamen Parteiabsicht. Im vorliegenden Falle aber tritt als die Absicht hervor, dass nichts anderes den Empfänger des *mutuum* belasten soll als die durch Stipulation entstandene Obligation. Das *mutuum* selbst kann deshalb keine eigene Obligation begründen, die danach durch die Stipulation noviert würde: *quia id agitur, ut sola stipulatio teneat*. Dann ist es auch notwendig, dass bei eventueller Untauglichkeit der Stipulation gar keine Obligation entsteht. Diese Konsequenz wird bei Paulus D.45, 1,126,2 hervorgehoben. Hinsichtlich der Frage nach der Echtheit der Pomponischen Äusserung kann hinzugefügt werden, dass in den früher erwähnten, *Novation* betreffenden Fällen, wo ‚*quod agitur*‘ zum Relevanten gemacht wird und Interpolation aus inneren Gründen angenommen werden muss, die Ausdrucksweise ist: *hoc agitur, ut . . .* Nach *Guarneri Citato*, B. I. D. R. 33 (1933) S. 105 soll eine solche Ausdrucksweise nicht klassisch sein. In der zuletzt von uns behandelten Stelle, die aus inneren Gründen als echt angesehen werden muss, heisst es dagegen: *id agitur, ut . . .*

SIBER sagt Römisches Privatrecht II, S. 279: „*Novation ohne Subjektswechsel* tilgt die alte Obligation nach klassischem Recht nicht kraft des Parteiwillens, sondern kraft Rechtsnotwendigkeit auf Grund der Anschauung, dass derselbe Schuldner demselben Gläubiger wegen derselben Schuld nicht mehrmals haften könne. Darum kommt nur eine Stipulation und nicht ausserdem ein Darlehn zustande, wenn *gleichzeitig* Geld hingegeben und die Rückgabe stipuliert wird (D.45,1,126,2; 46,2, 6,1 und 7).“ Diese Erklärung ist von Grund aus verfehlt. Da im fraglichen Falle *nicht* *Novation* eintritt, bleibt ja unerklärt, weshalb gerade die *Stipulation*, nicht das *mutuum* gelten soll. Der Grund, weshalb nur *eine* Obligation entsteht, soll ja die Unmöglichkeit sein, dass derselbe Gläubiger demselben Schuldner wegen derselben Schuld mehrmals haftet. Aus *diesem* Grunde könnte ebensogut die Stipulation wie das *mutuum* selbst bedeutungslos werden. Aber auch zur Erklärung der *Novation ohne Subjektswechsel* ist dieser Grund untauglich. Aus einem solchen Grunde kann natürlich ebensogut hergeleitet werden, dass die nachfolgende Stipulation bedeutungslos ist. *Jede* *Novation* hat in Wirklichkeit ihren Grund in der Übernahme einer Verbindlichkeit durch die nachfolgende Stipulation. Diese hat nicht *solutio* der gegebenen Verpflichtung als solcher zum Inhalt,

in welchem Falle die Verpflichtung nicht durch die Stipulation selbst wegfallen könnte. Sie ist auch nicht eine Stipulierung derselben, was der Inhalt der alten Verpflichtung ist. In solchem Falle würde nur die Obligation zu dieser Leistung noch ein zweites Subjekt erhalten, natürlich falls der Promittent ein anderer als der ursprünglich Obligierte ist. Die novierende Stipulation ist vielmehr der Empfang des Versprechens, die Verpflichtung als *eigene* Schuld einzulösen. Deshalb bedeutet sie notwendig eine *Schuldübernahme*. Man beachte, dass der Stipulant selbst, der die ursprüngliche Forderung innehat, die Verpflichtung in die des Promittenten verwandelt, sofern er nicht eine dritte Person zur Stipulierung delegiert und so diese die Verwandlung vornehmen lässt. Deshalb muss der Übergang Kraft erhalten. Auch wenn der Promittent derselbe wie der ursprünglich Obligierte ist, übernimmt er durch die Stipulation die Verpflichtung als Promittent in *dieser* Stipulation. Dies tritt klar in der Formulierung hervor: *id quod T. debet* oder *id quod debes dare (facere) spondes?* wobei natürlich auch die *causa debiti* angegeben wird. Hierin ist eingeschlossen, dass allerdings die Verpflichtung eingelöst werden soll, aber nicht mehr *als* die Verpflichtung des anderen oder *als* eigene, auf Grund einer vorher gegebenen *causa* bestehende Schuld. Sie soll als eine *jetzt* entstehende eigene Schuld eingelöst werden. Das formelle *dare (facere) quod T. debet* oder *quod debes* bedeutet, dass die Einlösung im eigenen Namen bzw. im Namen der jetzt stattfindenden Stipulation geschehen soll. Wenn der Promittent formell verspräche, die vorher bestehende Verpflichtung einzulösen, wäre natürlich der Versprechensinhalt die Befreiung des Schuldners, in welchem Falle die versprochene Prästation nicht im eigenen Namen bzw. im Namen der jetzt vorgenommenen Stipulation vollzogen werden *könnte*. Wenn der Promittent als ein Bürge verspräche, d. h. *idem* oder *id* im Sinne des Inhaltes einer vorher vorhandenen Obligation, verspräche er in *keiner Weise* die Einlösung dieser Obligation, nicht einmal als Einlösung einer ihn selbst belastenden Obligation. Er übernehme nur die Obligation zu der Leistung, zu welcher der andere Schuldner obligiert ist, nicht die Verpflichtung, die diesen belastet, als eigene Schuld. — Ausserdem übersieht SIBER, dass unter den drei von ihm angezogenen Stellen *zwei*, nämlich D.46,2,6,1 und eod. l.7, voraussetzen, dass die Stipulation dem *mutuum* unmittelbar folgt, und er berührt nicht einmal die Frage, weshalb dann nicht *Novation* eintritt, sondern nur *unus contractus*. In diesem Falle hindert notwendig die Untauglichkeit der Stipulation die Entstehung einer Obligation, während, wenn *Novation* möglich ist, eine untaugliche Stipulation die vorhandene Obligation keineswegs immer novierend aufhebt. Der Verf. sagt unmittelbar nachher: „Stipuliert der Gläubiger *nachträglich* eine Leistung, für die ihm der Schuldner schon haftet, so ist entweder die Stipulation nichtig und die frühere Obligation bleibt unberührt“ (z. B. vom Mündel

wird nachträglich *ohne tutoris auctoritas* seine Verpflichtung stipuliert: bleibt dann die frühere Obligation unberührt? Siehe Gaius I. 3,176), „oder die Stipulation ist gültig und die frühere Obligation wird durch Novation aufgehoben.“ Auf diese Weise wird ja die Frage gar nicht berührt, welche Situation eintritt, wenn *mutuum* vorhergeht und Stipulation der *mutua pecunia* sofort folgt, worum es sich in zwei vom Verf. unmittelbar vorher angeführten Stellen handelt.

Um nicht irregeleitet zu werden, muss man folgende fünf Fälle vom Novationsfall trennen, obgleich sie diesem verwandt sind. 1. Quasinnovation bei Anknüpfung einer bedingten pönalen Stipulation an eine unbedingte Hauptstipulation (Beil. 9). 2. Bürgschaftsstipulation. 3. Die *stipulatio iudicatum solui* (oben S. 200 ff.) 4. Eine Stipulierung, die durch die Nichterfüllung der Obligation einer anderen Person bedingt und bestimmt ist, (oben S. 206) 5. *Mutuum* und Stipulation der *mutua pecunia* in einem Zusammenhang. Nur im letzten Falle hat die im Akte hervortretende Parteiabsicht Bedeutung, nämlich die bei Hingabe des Geldes als *mutuum* bestehende Parteiabsicht, dass die Rückzahlung nur auf Grund der Stipulation erfolgen solle. Die Absicht noviert hier nicht, sondern bewirkt, dass gar keine *Mutuumobligation* entsteht, die noviert werden könnte. Für die Frage, ob Novation eintritt, hat die Parteiabsicht niemals Bedeutung, weil die Stipulation als *Schuldübertragung* an sich noviert, wenn überhaupt Novation vorliegt.

Beilage 11

zum Texte S. 79¹.

Pap. D.2,15,5: [Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur! (vgl. Leoniana constitutio I. I.3,15,1: quae sollemnitate uerborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat und I. I.3,19,13: sed cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes ualent) lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur. liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit.] Man beachte, dass die novierende, alle ‚lites‘ umfassende Stipulation, die als Grundlage der dieselben aufhebenden Aquiliana *acceptilatio* dienen soll, nicht allein gegen übereinstimmende klassische Jurisprudenz hinsichtlich ihres Umfangs von einer auf consensus beruhenden *conuentio* abhängen soll. Sondern schon der Umstand, dass die Parteien tatsächlich nicht an gewisse ‚lites‘ gedacht haben, soll beschränkend wirken. Damit wird natürlich die Tragweite der Akzeptilation selbst von solchen Umständen abhängig. Den Nach-

weis, dass die ganze Äusserung ein postklassisches Produkt ist, hat schon RICCOBONO, Sav. Z.43(1922) S. 284 ff geführt. Dieser leitet indes seine Behandlung der Stelle so ein: „La formola Aquiliana nella sua struttura più completa assorbe tutti i rapporti obbligatori e le azioni esistenti tra le parti, che vengono distrutti con una interrogatio del debitore e relativa responsio del creditore. — Le parti per ciò debbono usare ogni cautela nella redazione dell' Aquiliana, per escludere quei rapporti che intendono mantenere in vigore. Come negozio solenne il contenuto e la comprensione della acceptilatio sono determinati dai uerba, secondo quod actum est (!). Se una riserva non appare (!) nella Aquiliana essa distrugge tutto; cfr. 6 D.46,4 e più direttamente il fr. 4 D. 2,15: omnimodo omnes praecedentes obligationes nouat et peremit . . .“ Hier beziehen sich die Ausdrücke bei RICCOBONO: „Secondo quod actum est“ und „se una riserva non appare“ auf die erstgenannte Stelle: D.46,4,6: Pluribus stipulationibus factis si promissor *ita accepto rogasset*: „quod ego tibi promisi, habesne acceptum?“ [se quidem apparet, quid actum est, id solum per acceptilationem sublatum est: si non apparet] omnes stipulationes solutae sunt: dummodo illud sciamus, si ego aliud accepto tuli, aliud tu rogasti, nihil ualere acceptilationem. Dass die eingeklammerten Sätze interpoliert sind, ist ganz sicher. Beim Ausdrucke ‚quid actum est‘ kann es sich nicht um eine verbale Reservation handeln. Denn die *uerba* selbst sind allgemein formuliert: *quod* ego tibi promisi. Er kann auch nicht den rechtlichen Sinn der Akzeptilation als durch *uerba* bestimmt bezeichnen. Denn der rechtliche Sinn der *uerba* einer Akzeptilation, der immer durch juristische Auslegung bestimmt wird, kann nicht infolge mangelhafter Kenntnis des tatsächlichen Charakters der Verhandlung unentschieden sein, so dass man sagen könnte: *si id non apparet*. In unserm Falle ist die juristische Auslegung ohne weiteres klar. Die Worte ‚quid actum est‘ können deshalb nur die faktische Parteiabsicht bezeichnen, welcher in erster Linie Relevanz erteilt wird, falls sie bekannt ist. Erst wenn dies nicht der Fall ist, sollen den Worten gemäss *alle* Stipulationen als eingelöst betrachtet werden. Auch hier finden wir die die Kompilatoren kennzeichnende Tendenz, den zivilrechtlichen Gesichtspunkt mit dem prozessualen zu vermengen, für die wir bereits mehrfach Beispiele angeführt haben. Die Phrase: *quod actum est, sequimur* oder *sequendum* oder *seruandum est*, welcher regelmässig ein: *si id non apparet* folgt, ist *immer* interpoliert, mag es sich nun um auf consensus beruhenden *conuentiones* oder um auf *uerba* beruhenden Stipulationen handeln. So in D.18,1,6,1; eod. 1.80,2; 18,4,2,1; 45,1,41 pr.; 41; 50,17,34. Dann ist auch die entsprechende Phrase in unserm Falle: *si quidem apparet, quid actum est et rel.* interpoliert. Indes folgt aus dem Angeführten, dass die eingeklammerten Worte in Ulp. D.46,4,6 denselben Sinn haben wie die mit Recht von RICCOBONO für interpoliert erklärten Worte in Pap. D.2,15,5: *lites de quibus non est cogitatum*, in

suo statu retinentur. RICCOBONO hat sich durch ein Missverständnis hinsichtlich der Worte: *si apparet quid actum est et rel.* zu den verkehrten Ausdrücken: „*Secundo quod actum est*“ und „*se una riserva non appare*“ verleiten lassen. Ohne Zweifel ist seine wirkliche Auffassung von der Stellung der klassischen Jurisprudenz in der fraglichen Hinsicht richtig. Er widerspricht indes sich selbst, weil er durch die angebliche ulpianische Äusserung, die er im hier besonders abgehandelten Teile als echt zu betrachten scheint, irregeleitet wird.

Beilage 12

zum Texte S. 80¹.

Wir konfrontieren Paulus D.18,1,34 pr. mit Ian. D.45,1,106. In letzterer Stelle handelt es sich um *Stipulation* eines fundus, der unzureichend bezeichnet worden ist, weil sich mehrere fundi mit dem angegebenen Namen finden. Es wird gesagt, dass der Promittent frei wird, wenn er irgend einen fundus mit diesem Namen leistet. Die *Stipulation* geht also auf ein *incertum*. Diese Entscheidung ist durch eine direkte Auslegung nach den *Worten* bestimmt. In der Paulusstelle aber handelt es sich um den *Verkauf* eines Sklaven, welcher Verkauf zum Verkauf eines fundus als Anhang gehört. Der Sklave ist indes unvollständig bezeichnet, da sich mehrere Sklaven des Verkäufers finden, die den angewandten Namen haben. Die im Akte hervortretende Absicht bei einem Verkauf des Sklaven Stichus muss als auf einen bestimmten Stichus gerichtet angesehen werden; Paulus entscheidet anscheinend so, dass der Verkauf des *fundus* — des Hauptgegenstandes — gilt, obgleich der Verkauf des Sklaven — der Nebensache — nicht rechtswirksam ist, dies unabhängig davon, ob gerade wegen der Akzession das Haus selbst gekauft worden ist. Die Stelle lautet: *Si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum seruum neque intellegatur, quis ex pluribus accesserit, [cum de alio emptor, de alio uenditor senserit?] nihilo minus fundi uenditionem ualere constat; sed Labeo ait [eum] Stichum deberi, [quem uenditor intellexerit]. nec refert, quanti sit accessio, siue plus in ea sit quam in ipsa re cui accedat, an minus [plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicuti cum domus propter marmora et statuas et tabulas pictas ematur].* Das zuletzt Eingeklammerte, das offenbar erklären soll, wie vorausgesetzt werden kann, dass eine *accessio* eventuell bedeutsamer ist als der Hauptgegenstand, den Worten nach aber den Grund angibt, weshalb die Grösse der *accessio* für die Frage nach der Gültigkeit des Hauptverkaufes irrelevant ist, ist mutmasslich eine lose

hinzugefügte Paraphrase. Dass der Labeo zugeschriebene eingeklammerte Satz auf Textkorrumpierung beruht, ist unzweifelhaft. Denn erstens kann Labeo in einem solchen Falle, in welchem die *lex uenditionis* un- deutlich formuliert ist, nicht zugunsten des *Verkäufers* entschieden haben. Derselbe Labeo sagt ja eod. l. 21 bei Auslegung eines zweideutigen einem Verkaufe hinzugefügten *pactum*, dass die Zweideutigkeit dem *Verkäufer*, der dasselbe in der *lex uenditionis* formuliert hat, zum Schaden gereichen soll. Zweitens erwartet man nach der vorher angewandten Ausdrucksweise statt ‚quem intellexerit‘, ‚de quo senserit‘. Drittens — dies ist das Wichtigste — wird das Folgende: *nec refert, quanti sit accessio* völlig sinnlos, wenn beide Verkäufe — der Hauptverkauf und der Nebenverkauf als gültig betrachtet werden. Nur wenn der erstere Verkauf *trotz* der Ungültigkeit des letzteren als gültig anzusehen ist, hat der angeführte Satz einen Sinn. Was nun die Worte im Anfang: ‚cum de alio emptor, de alio uenditor senserit‘ betrifft, handelt es sich um etwas, was mit dem vorausgesetzten Akte nicht gegeben ist. Deshalb ist der Satz wahrscheinlich postklassisch. Aber *auch wenn* er echt sein sollte, beweist er nichts anderes, als dass nach Paulus-Labeo, wenn die zu kaufende Sache nicht durch den Kaufakt selbst eindeutig bestimmt ist, *dann* eine faktische Übereinstimmung hinsichtlich der gemeinten Sache wirklich den Akt gültig machen sollte. Es kann daher als sicher gelten, dass nach Labeo und Paulus, wenn das zu verkaufende Ding in der *lex uenditionis* nicht hinreichend bestimmt ist, der Verkauf ungültig ist, *wenigstens* wenn nicht die faktische Absicht der Parteien dieselbe ist.

Dass die *Kompilatoren* aber die Notwendigkeit eines faktischen consensus hinsichtlich des individuellen Gegenstandes für *alle* Fälle fordern, ist leicht nachzuweisen. Ulp. D.18,1,9 pr.: *In uenditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est: ceterum (ideo od. dgl. wird logisch gefordert) siue in ipsa emptione dissentient siue in pretio siue in quo alio, emptio imperfecta est.* Nun ist allerdings ‚palam‘, dass eine *emptio-uenditio* ihrer Natur gemäss für ihre Gültigkeit consensus voraussetzt, da sie *consensu* contrahitur, was indes nur dies bedeutet, dass eine *formlose* Übereinkunft, in der eine gemeinsame Absicht hervortritt, für die Gültigkeit bestimmend ist (siehe Gaius I.3,136). Warum aber wird dies besonders hervorgehoben? Die Erklärung geben die nachfolgenden Worte, aus welchen hervorgeht, dass, auch wenn die Übereinkunft völlig klar formuliert ist und daher das Vorhandensein des consensus feststeht, wenn man nach dem Akte selbst urteilt, ein faktischer subjektiver dissensus, der im Akt selbst gar nicht hervortritt, seine Gültigkeit aufheben soll. Etwas Derartiges kann kein klassischer Jurist gesagt haben, weil nach klassischer Jurisprudenz, wie nachgewiesen worden ist, bei der *Auslegung* eines solchen Vertrages stets die *im Akte selbst* hervortretende gemeinsame Parteiabsicht Relevanz hat. Hier liegt also eine

Interpolation vor, die den Interpolationen entspricht, in welchen die *faktische* gemeinsame Parteiabsicht unabhängig von der im Akte selbst hervortretenden als die für die Auslegung relevante hingestellt wird.¹ In Übereinstimmung damit wird von den Kompilatoren ein *faktischer* consensus hinsichtlich des zu verkaufenden individuellen Dinges gefordert. Zur Begründung dieser Forderung berufen sie sich auf den Satz der klassischen Jurisprudenz: *emptio-uenditio consensu contrahitur*. Die Fortsetzung hat denselben Sinn: *si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te uendere Sempronianum putasti(!)* (man beachte den Modus und Tempuswechsel), *quia in corpore dissensimus, emptio nulla est*. Diese Nichtigkeit soll also auch eintreten, wenn der zu verkaufende fundus, objektiv gesehen, völlig unzweideutig bezeichnet worden ist. Weiter: *idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem uendere putasti: nam cum in corpore dissentiat, apparet nullam esse emptionem*. Sowohl die Anwendung auf Sklavenhandel wie die Wiederholung des motivierenden Prinzipes sind hässliche Tautologien! Danach § 1: *Plane si in nomine dissentiamus, uerum de corpore constat, nulla dubitatio est, quin ualeat emptio et uenditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat*. Hier ist *dissensus* — Verschiedenheit in der Auffassung der Parteien — mit dem *error nominis* identifiziert, obgleich letzterer natürlich gemeinsam sein kann. Noch offener ist die angebliche Pomponische Äusserung D.44,7,57 eine in derselben Absicht vorgenommene Interpolation: *In omnibus negotiis contrahendis siue bona fide sint, siue non sint, si error aliquis(!) interuenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil ualet quod acti sit*. Jeder Irrtum soll den Akt ungültig machen! Der Irrtum soll bedeuten, dass die Parteien an verschiedene Dinge *denken*. et *idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant (welche?) aliud alio existimante, nihil ualet(!) ea societas, quae in consensu consistit (statt: consensu contrahitur)*.

Zu einer anderen Gruppe gehört die Ulpianus zugeschriebene Äusserung in § 2, die eine Fortsetzung von pr. und § 1 in 18,1,9 sein soll, aber von den Kompilatoren durchaus korrumpiert ist, falls sie überhaupt irgendwie ihre Grundlage in einer echten ulpianischen Äusserung hat. (Hierüber alsbald.) In derselben wird nämlich sogar der sonst als zureichend betrachtete *faktische consensus in ipso corpore* in einem besonderen Fall für unzureichend erklärt, wenn nämlich ein *dissensus* hinsichtlich des Wesens des fraglichen corpus vorhanden ist. Dabei wird wie in § 1 *error* mit *dissensus* identifiziert: *Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro uino ueneat, aes pro auro uel plumbum pro argento uel quid aliud argento simile, an*

¹ Siehe Beil. 6.

emptio et uenditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptio-nem esse et uenditionem, quia in corpus (!) (vorher richtig in corpore) consensus est, etsi in materia sit erratum (errare hier mit dissentire verwechselt). ego in uino quidem consentio, quia eadem prope *ὄστια* est, si modo uinum acuit (man beachte, dass nach der Voraussetzung kein wirklicher Wein verkauft wird!); ceterum si uinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma (was ist der Sinn? dann war ja nicht einmal anfangs Wein vorhanden!), aliud pro alio uenisse uidetur. in ceteris autem nullam esse uenditionem puto, quotiens in materia erratur. Man beachte, dass die allgemeine Frage: inde quaeritur . . . nicht von *Ulp.* selbst beantwortet wird. Über die offenbare, durchgehende Korrumpierung siehe auch BESELER, *Sav. Z.* 45 (1925) S. 222. *Ulp.* I.11,1 mit ähnlichem Inhalt ist gleichfalls gewaltsam korrumpiert: Quod si ego me uirginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio ualebit: in sexu enim non est erratum. ceterum si ego mulierem uenderem (uendere nach MOMMSEN) tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla uenditio est. Obgleich in beiden Stellen error mit dissensus verwechselt wird, handelt es sich im wesentlichen darum, dass der bloße faktische consensus in ipso corpore nicht immer zureichend ist. Beide Stellen weisen indes eine Eigentümlichkeit auf, die es unwahrscheinlich macht, dass eine echte Äußerung des Ulpianus nicht in beiden Fällen die Grundlage ist. Diese Eigentümlichkeit liegt in dem Prinzip, das für die Entscheidung der Frage anzuwenden ist, wann ein ‚dissensus‘ hinsichtlich des Charakters des zu verkaufenden Gegenstandes Relevanz hat. Das Entscheidende soll, wie „Ulp.“ in der ersten Stelle sagt, sein, ob der ‚dissensus‘ das *Wesen* (die *ὄστια*) des Gegenstandes betrifft. Das Wesen eines Gegenstandes wird von den römischen Juristen als *species* bezeichnet — d.h. die wesentliche Artbestimmtheit. Nach der vom Stoizismus stammenden juristischen Anschauung in dieser Hinsicht, worüber ausführlich in *Röm. Obl.* I S. 246 ff., konstituiert die *species* die Einheit des Dinges, weshalb es ein anderes wird, wenn seine *species* sich ändert. Dann ist es auch natürlich, dass, wenn der ‚dissensus‘ die *species* betrifft, die Parteien *wirklich* verschiedene Dinge meinen. Sonst nicht. Es ist indes höchst unwahrscheinlich, dass die Kompilatoren, ohne dazu durch die ältere Jurisprudenz veranlasst worden zu sein, ein solches rein scholastisches Prinzip aufgenommen hätten. Andererseits ist es unmöglich, dass ein klassischer Jurist, für welchen immer der consensus, der im Akte selbst hervortritt, denselben gültig macht, einen faktischen dissensus, wenn der Sinn der Verhandlung, an sich betrachtet, klar hervortritt, für relevant erklärt hätte. Wohl aber ist es möglich, ja sogar höchst wahrscheinlich, dass man, wenn das zu verkaufende Ding *einerseits* ein bestimmter individueller Gegenstand ist, *andererseits* als eine andere ‚species‘ besitzend, als es hat, in der *Verhandlung bezeichnet wird*, die Meinung

verfochten hat, dass *dann* nichts verkauft wird. Hier könne nicht das Prinzip *demonstratio falsa non nocet* angewandt werden, weil das für die Gültigkeit des Aktes Bestimmende die in demselben hervortretende *Absicht* der Parteien ist. Aber diese sei unter angegebener Voraussetzung auf die Sache als eine *wesentlich* andere, als sie wirklich ist, gerichtet. Eine solche Absicht kann ja nicht realisiert werden. Deshalb kann sie nicht Grundlage für eine Obligation sein, die *consensu contrahitur*. Nur die Restriktion ist hier angebracht, dass, wenn der Käufer den wirklichen Charakter des Dinges kannte, die Sachlage so betrachtet werden soll, als ob er den Kauf *ohne* Rücksicht auf den bezeichneten Charakter gutgeheissen hätte, und deshalb gebunden ist, wenn der Verkäufer den Verkauf geltend machen will. Eine Weigerung, den Verkauf gutzuheissen, wäre ein in solchen Kontrakten relevanter *dolus* und könnte deshalb keine Kraft haben. In entsprechender Weise ist der Verkäufer gebunden, wenn dieser den wirklichen Charakter kennt, wenn der Käufer den Kauf geltend machen will. Dies scheint der allgemeine Standpunkt der klassischen Jurisprudenz gewesen zu sein. Wenn aber keine solchen komplizierenden Umstände vorliegen, sondern beide Parteien sich irren, dann wird, wenn das Wesen des Dinges in der Verhandlung unrichtig bezeichnet wird, schlechthin *aliud pro alio* verkauft: z.B. als *pro auro*, womit der Akt ungültig ist. Diese Ausdrucksweise wird nun auch in der ersten Ulpianusstelle angewandt. Es ist dann auch eine natürliche Annahme, dass Ulp. in einer Äusserung, die die Unterlage des kompilatorischen Produktes gewesen ist, wirklich gesagt hat, dass, wenn beide Parteien sich irren, ein Ding aber in der Verhandlung als ein anderes Wesen besitzend, als es hat, bezeichnet wird, kein Verkauf vorhanden ist. Die Kompilatoren aber haben diese Äusserung so umgemodelt, als ob es sich um einen faktischen ‚*dissensus*‘ gehandelt hätte, weil *sie* an der Relevanz eines faktischen *dissensus* interessiert waren. Es wäre auch schwer zu verstehen, warum die Kompilatoren einen Unterschied zwischen dem Standpunkt des Marcellus und dem des Ulp. hervorgehoben haben sollten, wenn sie *keine* Grundlage in wirklichen Äusserungen dieser Juristen gehabt hätten. Marcellus muss sogar die fehlerhafte Bezeichnung des *Wesens* des Dinges als irrelevant betrachtet haben, wenn das individuelle, zu verkaufende Ding bestimmt ist. D.h. er hat das Prinzip: *demonstratio falsa non nocet* hier angewandt. Vermutlich hat auch die andere Ulpianusstelle, in welcher das Geschlecht als wesentlich der Jungfräulichkeit eines Weibes als nicht das Wesen desselben berührend entgegengestellt wird, eine entsprechende Grundlage in einer echten Ulpianischen Äusserung gehabt. — Man beachte nun weiter, dass Ulp., sogar unter Hinweis auf dasselbe Buch *ad Sabinum* wie in den vorher behandelten Stellen, an einer dritten Stelle in derselben Frage angeführt wird, nämlich in l. 14. *Hier* können wir den echten Text mit Sicherheit rekonstruieren:

Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? (Vorher ist offenbar der Fall abgehandelt worden, dass nur der Käufer oder nur der Verkäufer sich irrt, welcher Fall m.E. in der oben angegebenen Weise entschieden worden sein muss.) [ut puta si et ego me uendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset?] Dass dieser Satz interpoliert ist, folgt daraus, dass *diese* Frage im Nachfolgenden nicht beantwortet wird, sowie daraus, dass es allzu schlechter Stil sein würde, zweimal unmittelbar nacheinander ‚ut puta‘ zu schreiben, der zweite ‚ut puta‘-Satz aber, dessen Frage klar beantwortet wird, echt sein muss: ut puta <si> coheredes uiriolam, quae aurea dicebatur (scil. in der lex uenditionis), pretio exquisito uni heredi uendidissent eaque inuenta esset magna ex parte aenea? uenditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. [nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, ualet uenditio]. ‚Ego‘ bedeutet hier dasselbe wie ‚ambo‘! Der eingeklammerte, schlecht formulierte Satz ist eine reine Tautologie. Weiter: si autem aes pro auro ueneat, non ualet uenditio. Wenn hier ‚aes pro auro ueneat‘ etwas anderes bedeutete, als dass Kupfer bei der Verkaufsverhandlung für Gold erklärt wird und deshalb wirklich als Gold verkauft wird, wobei aber keine der Parteien weiss, dass Kupfer vorliegt, so wäre kein Parallelismus mit dem anderen Falle vorhanden. Die gemeinte Entgegensetzung bezieht sich natürlich darauf, dass im ersten Falle die Wesensbestimmtheit nicht unrichtig angegeben sein soll, wohl aber im zweiten. Hier tritt die wirkliche ulpianische Unterlage für die Äusserung in l. 9,2 hervor, welche Unterlage die Kompilatoren dort für *ihre* Absichten benutzt haben. Weiter sagt Iul. eod. l. 41,1: Mensam argento coopertam mihi ignorant *pro solida* uendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur. Nach Iul. liegt in diesem Falle im Verkauf eine objektiv unrichtige Angabe des Verkäufers, die die Wesensbestimmtheit betrifft und deshalb, wenn sich beide Parteien irren, den Akt ungültig macht. Andererseits sagt Marcianus D.18,1,45 dass, wenn jemand unwissend ‚uestimenta interpola pro nouis‘ gekauft hat, in welchem Falle es sich selbstverständlich nicht um eine unrichtig angegebene Wesensbestimmtheit handeln kann, der Verkäufer das positive Vertragsinteresse prästieren soll. IUL. hat nach Marc. in dieser Frage gesagt, dass der Verkäufer, wenn er unwissend war, *rei nomine* prästieren müsse. Sonst sei er auch für den eventuell durch die gelieferten Kleider verursachten Schaden verantwortlich.

Endlich sei bemerkt, dass es jedenfalls der Tendenz der Kompilatoren widerspricht, wenn sie den mit error verwechselten dissensus hinsichtlich der Qualität des Dinges, falls er das Wesen betrifft, unter dem Einfluss der älteren Jurisprudenz für relevant erklären. Dass *sie* zu der Ansicht neigen, das einzig Relevante sei der faktische consensus oder dissensus hinsichtlich des individuellen, zu verkaufenden Dinges, ‚ipsum corpus‘, geht deutlich schon aus dem Angeführten hervor. Unmittelbar, bevor

sie l. c. Ulp. die erwähnte scholastische Anschauung in den Mund legen, lassen sie ihn erklären, dass der Verkauf gültig sei, ‚cum de corpore constat‘. Dieselbe Tendenz tritt in der grob korrumpierten Paulusstelle D.19,1,21,2 hervor: Quamuis supra diximus, cum in corpore consentiamus (nach BESELER a. a. O. ein „Steckenpferd“ der Kompilatoren), de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen uenditor teneri debet, (statt tenetur) quanti interest (emptoris ausgelassen) non esse deceptum, etsi uenditor quoque nesciet (in solchem Falle liegt ja kein dissentire vor, sondern ein gemeinsamer Irrtum): ueluti si mensas quasi citreas emat (quis ausgelassen), quae non sunt. Hier findet man allzu starke sprachliche und logische Fehlerhaftigkeiten, um nicht die Äusserung in der Hauptsache auf Iust. zurückzuführen. So auch PERNICE.

Beilage 13

zum Texte S. 90¹.

D.4,3,7,3 sagt Ulp. von der prätorischen actio de dolo, die nach gewöhnlicher Theorie nur möglich ist, wenn keine andere actio auf Grund des dolus zur Verfügung steht: Non solum autem, si alia actio non sit, sed et si dubitetur, an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem: qui seruum mihi debebat uel ex uenditione uel ex stipulatu uenenum ei dedit et sic eum [tradidit] <mancipauit>: uel fundum, et dum (antequam?) [tradit] <mancipauit>, imposuit ei seruitutem uel aedificia diruit, arbores excidit uel exstirpauit. ait Labeo, siue cauit de dolo siue non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cauit, dubium est, an competat ex stipulatu actio. Diese Äusserung Labeos wäre unverständlich, ja, ihre Echtheit wäre als zweifelhaft zu betrachten, wenn man nicht beachtete, dass kurz vor der Wirksamkeit Labeos, nämlich zur Zeit Ciceros, das bona-fides-Prinzip bei Verkäufen als Garantie gegen ein doloses Verfahren noch eine sehr beschränkte Bedeutung hatte. Nach de off. 3,16,65—67 war es beim Verkauf eines praedium, der durch Manzipation geschah, allerdings anwendbar, wenn der Betrug im Verheimlichen *rechtlicher* Mängel bestand, nicht aber, wenn er nur *wirtschaftlich* bedeutsame Mängel betraf. In § 67 sagt Cic.: Quod si recte iudicauit (scil. M. Cato im Falle: Verschweigen rechtlicher Mängel) non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium uenditor tacuit. (Über die gemeinten Fälle siehe 12, 49 ff. und 13, 53 ff.) Er fügt aber hinzu: sed huius modi reticentiae iure civili comprehendi non possunt. In 14,58 berichtet er von einem durchtriebenen Schwindler in Syracusae, der gewisse Gärten verkaufte. Hinsichtlich dieses Falles sagt er § 60 nur, dass die actio Aquiliana de dolo malo möglich gewesen wäre,

wenn diese damals existiert hätte. Er denkt gar nicht an die Anwendbarkeit des bona-fides-Prinzipes. Es ist deshalb nicht verwunderlich, wenn noch Labeo bei einem Verkauf, der auf die in D.4,3,7,3 vorausgesetzte Weise stattfindet, trotz des offenbaren dolus malus das bona-fides-Prinzip nicht für anwendbar hält. Es ist auch nicht zu verwundern, dass es zu seiner Zeit noch unentschieden war, ob selbst eine dem Verkauf hinzugefügte *clausula de dolo malo*, die immer nur als ein Ausdruck des bona-fides-Prinzips wenigstens betrachtet werden konnte, hier Anwendung fand. Aus demselben Grunde ist es endlich nicht verwunderlich, wenn noch unentschieden war, ob eine solche Klausel, zu einer Stipulation hinzugefügt, im vorausgesetzten Falle anwendbar war. Man versteht auch gut, weshalb Labeo den Satz aufstellt, dass sogar, wenn es zweifelhaft ist, ob eine andere Aktion möglich ist, die *prätorische actio de dolo malo* Anwendung finden kann, die nach den eigenen Worten Labeos (D.4,3,1,2) ‚*omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumueniendum*‘ etc. verhindern sollte. Sonst würde für ihn die Konsequenz eintreten, dass zwar *ohne* die mit dem Verkaufe bzw. mit der Stipulation verbundene *clausula de dolo malo* bei einem dolus, wie er hier vorausgesetzt ist, immer *eine* ihm entspringende Aktion, nämlich die *prätorische* möglich wäre, nicht dagegen mit Sicherheit, wenn die fragliche *clausula* wirklich hinzugefügt ist, was absurd wäre. Da nun im übrigen keine Zeichen von Unechtheit vorhanden sind — man beachte die korrekte Unterscheidung zwischen der *actio quae competit*, und der *quae datur* —, besteht kein Anlass, die Echtheit zu bezweifeln. Völlig unmöglich ist es, dass die *Kompilatoren*, deren Tendenz in entgegengesetzte Richtung ging, hier Labeo einen solchen Satz zugeschrieben haben sollten. Zur Zeit des Ulpianus hatte indes das bona-fides-Prinzip bei Verkäufen einen viel weiteren Umfang erhalten. Kein Zweifel herrschte nun darüber, dass dasselbe in unserm Falle anwendbar war. Ebenso klar war, dass eine hinzugefügte Klausel *de dolo malo* denselben umfasste. Deshalb wendet Ulp. vom Standpunkt der zu seiner Zeit herrschenden Lehre logisch richtig gegen Labeo ein: *sed est uerius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est*. Es besteht kein Grund, mit GENZMER Sav. Z. 44(1924) S. 110 f. die ganze, m. E. logisch durchaus richtige *ulpianische* Äusserung für unecht zu halten. Ebenso willkürlich ist die Behauptung PERNICES Labeo 2,1, S. 168², dass die Schlussworte nach ‚*quoniam est ex stipulatu*‘ unecht seien. Soviel steht jedenfalls fest, dass sowohl Labeo wie Ulp. es als selbstverständlich betrachten, dass bei der Einlösung einer Stipulation von *certa res* das Beschädigen der Sache zivilrechtlich irrelevant ist, wenn keine Klausel *de dolo malo* zur Stipulation hinzugefügt worden ist. Wenn nur der Stipulant wirk-

lich das Eigentumsrecht am Dinge erhält, hat er auf Grund der *Stipulation* keine Aktion, wie sehr auch der Promittent das Ding beschädigt haben mag. D. h. wenn das Beschädigen nicht den Untergang der Sache herbeiführt, ist es kein Handeln gegen den Stipulationsinhalt, schliesst also keine ‚culpa‘ im Sinne dieses Wortes in der Regel der Alten ein.

GENZMER führt indes S. 105 Iul. D.46,3,33,1 an, um nachzuweisen, dass die Verschlechterung der Sache durch den Promittenten nach Iul. zivilrechtliche Relevanz haben konnte. Qui Stichum aut Pamphilum dari promisit, si Stichum uulnerauerat, non magis eum *dando* liberatur, quam si solum Stichum promississet et a se uulneratum *daret*. Indes beachtet G. nicht genügend die nachfolgenden Worte. *Item* qui hominem dari promisit et uulneratum a se *offert*, non liberatur. iudicio quoque accepto si hominem is, cum quo agetur, uulneratum a se *offert*, condemnari debet. Aus diesen Worten geht jedenfalls soviel hervor, dass es sich in der ganzen Darstellung *entweder* um ein *dare* oder um ein blosses *offerre* handelt und dass daher ursprünglich entweder in der ersten Hälfte statt *dare offerre* oder umgekehrt in der zweiten Hälfte statt *offerre dare* gestanden haben muss. Welche dieser Alternativen ist anzunehmen? Wenn die letztere angenommen würde, so läge die unmögliche juristische Situation vor, dass auch derjenige, welcher nur Stichus stipuliert hat, diesen, nachdem er bereits sein Eigentum geworden ist, durch: ‚si paret Stichum dari oportere‘ dem Promittenten abfordern könnte. Denn das steht fest, dass die einfache Stipulation von *dare certa res* nicht durch ein allgemeines ‚quid-quid dare facere oportet‘ vom Promittenten gefordert werden kann. Nach Gaius I.4,136 ist ja die Anwendbarkeit dieser Formel auf Stipulationsfälle davon abhängig, dass jemand ‚*incertum* promiserit‘. In § 131 bezeichnet Gaius die fragliche Formel so: *ea formula, qua incertum petimus*. Die eingehende Untersuchung, die Ulp. D.45,1,75 darüber anstellt, wann eine *stipulatio certi* oder eine *stipulatio incerti* vorliegt, hat ihr einziges juristisches Interesse darin, dass in jedem Falle entschieden sein muss, ob die eine oder die andere Formel anzuwenden ist. Die juristische Fiktion beim Untergang der stipulierten einzelnen Sache durch die positive Handlung des Promittenten oder nach seiner *mora* ist deshalb notwendig, weil bei einer *stipulatio* von *certa res* *nur* die Formel: *si paret rem dari oportere* anwendbar ist, was wiederum darauf beruht, dass die Stipulationsworte allein, nicht die Absicht, juristische Relevanz haben. Also kann es sich in der Iulianusstelle I. 33,1 nicht um ein *dare* gehandelt haben. Die Frage muss vielmehr die gewesen sein: kann sich der Promittent durch *Anbieten* ohne Annahme seitens des Stipulanten befreien, wenn der angebotene Sklave von ihm selbst verwundet worden ist? Es ist auch zu bemerken, dass die Byzantiner für ‚*dare*‘ *προσφέρειν* = *offerre* setzen (Bas. Heimb. 3, S. 118). Dann ist der Sinn der ganzen Äusserung völlig klar. Man erkennt ihn am besten,

wenn man nach der Folge eines nicht dolosen Angebotes fragt. Die julianische Auffassung in solchem Falle ergibt sich einerseits aus D.45, 1,91,3, andererseits aus Gaius I.4,114, in welcher Stelle die Anschauung der Sabinianer dargestellt wird, zu denen, wie bekannt, Iulianus gehörte. Aus ersterer Stelle geht hervor, dass nach Celsus und Iul. bei einer stipulatio certae rei der Promittent von seiner einmal vorhandenen mora durch das nachträgliche blasse Angebot liberiert wird, so dass die juristische Fiktion nicht angewandt werden darf, wenn z. B. ein stipulierter Sklave danach stirbt. Natürlich schliesst dies ein, dass das blasse Angebot den Promittenten vor effektiver Aktion schützt, auch wenn der Sklave lebt, so lange es besteht. Dies soll indes nach Celsus, dessen Meinung Iul. billigt, *ex aequo et bono* folgen, welches Prinzip hier anwendbar sei. Die Frage nach der Wirkung einer mora accipiendi sei nach diesem Grundsatz zu entscheiden. Wenn aber hier das *bonum et aequum* wirklich die Grundlage der Entscheidung ist, so steht auch fest, dass Befreiung durch ein *doloses* Angebot unmöglich ist und daher der Stipulant ohne das Risiko, seine Aktion zu verlieren, die Annahme verweigern kann. Aus Gaius I.4,114 geht hervor, dass nach der sabinianischen, von Iul. angenommenen Anschauung das nicht dolose Angebot *nach iudicium acceptum* von Kondemnation befreit. Allerdings wird nur gesagt, dass dies geschieht, wenn der Beklagte den Kläger befriedigt (*satisfaciat actori*). Es ist indes ausgeschlossen, dass der Richter ein nicht doloses und nach dem Tatbestand ausreichendes Angebot nicht als Befriedigung des Klägers betrachtet hätte, das dieser also annehmen musste, um nicht jedes Recht zu verlieren. Man beachte hier, dass es eine den Prokulianern und Sabinianern gemeinsame Ansicht war, dass die Befreiung bei den b. f. iudicia, wo das Prinzip *aequum et bonum* herrschte, unter der angegebenen Voraussetzung eintrat. Die Ausdehnung dieser Lehre auf *jedes iudicium* durch die Sabinianer muss dann selbst von demselben Prinzip bestimmt gewesen sein. Ausserhalb des Gebietes der b. f. iudicia konnte sie eigentlich nicht gelten, *quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit (is cum quo agitur) ut damnari debeat* (vgl. Gaius I.3,180). Dies war für die Prokulianische Anschauung bestimmend. Da nun, wie nachgewiesen worden ist, Iul. l. 33,1 durchgehend von einem *offerre*, nicht von einem *dare* gesprochen haben muss, ist die Äusserung als eine fortlaufende Darstellung über die Machtlosigkeit eines dolosen Angebotes für die Befreiung des Promittenten bei Stipulationen, die auf *incertum* gehen, zu betrachten, wobei natürlich vorausgesetzt wird, dass ein nicht doloses Angebot wirklich befreit. Auch die Stipulation *Stichum aut Pamphilum dari* geht, wenn sich der Stipulant nicht selbst das Wahlrecht vorbehalten hat, nach Ulp. D.45,1,75,8 auf ein *incertum*. Nach dieser stipulatio behandelt Iul. die, in welcher ein Sklave überhaupt versprochen wird, wobei zuerst die Situation vor dem *iudicium accep-*

tum, danach die nach demselben abgehandelt wird. Hieraus folgt indes e contrario, dass wenn im fraglichen Falle wirklich Eigentumsübertragung eines Sklaven als Einlösung der Stipulation erfolgt ist, der dolus keine Bedeutung hat. Dies wird auch von Marcellus D.46,3,72,5 ausgesprochen: Qui hominem debebat, Stichum, cui libertas ex causa fideicommissi praestanda est, soluit. non uidetur liberatus: nam uel minus hic seruum dedit quam ille, qui seruum dedit nondum noxa solutum. num ergo et si uispellionem aut alias turpem dederit hominem, idem sit? *et sane datum negare non possumus* et differt haec species a prioribus: *habet enim seruum, qui ei auferri non potest*. Also können sowohl Labeo und Paulus als Iulianus und Marcellus dafür angeführt werden, dass jedes absichtliche Beschädigen des Dinges bei wirklicher Eigentumsübertragung zwecks Einlösung einer Stipulation irrelevant ist und dass es daher keine culpa im hier vorliegenden Sinne einschliesst. Hinzuzufügen ist hinsichtlich der Iulianusstelle, dass die Schlussworte: sed et ab alio uulneratum si det, condemnandus erit, cum possit alium dare absichtlich hier weggelassen worden sind, weil sie nicht von Iul. stammen können. Wenn er eine solche Ansicht gehabt hätte, würde er natürlich vorher allgemein gesagt haben: uulneratum offert, cum alium offerre possit. Weiter soll bemerkt werden, dass für die Kompilatoren, die unbeschränkt das aequum et bonum im Rechte zur Geltung bringen wollen, die Differenz zwischen ‚dare‘ und ‚offerre‘ in unserm Falle bedeutungslos gewesen sein muss und dass sie deshalb bei der Anführung des Iulianus wechselweise beide Ausdrücke angewandt haben.

Endlich ist zu beachten, dass aus der Julianusstelle nicht gefolgert werden darf, dass, wenn ein Sklave überhaupt stipuliert worden ist und der korrekt angebotene, nicht akzeptierte Sklave stirbt und daher das Angebot nicht mehr besteht, der Promittent nicht zivilrechtlich verpflichtet wäre, einen anderen Sklaven zu liefern. Nur exceptio doli mali kann dann helfen. Dies sagt Iul. in einem in der fraglichen Hinsicht analogen Falle D.30,84,3: Si cui homo (irgendein Sklave) legatus fuisset et per legatarium stetisset, quo minus Stichum, cum heres tradere uolebat, acciperet, *mortuo Sticho exceptio doli mali heredi proderit*. — Hieraus kann allgemein gefolgert werden, dass vor dem iudicium acceptum die mora accipiendi bei nicht dolosem Angebot eine *exceptio doli mali* bei nachfolgender Aktion begründet, wenn es sich nicht um eine ex bona fide bestehende Verbindlichkeit handelt. (Im späteren Falle bekommt immer eine sonst mögliche exc. d. m. zivilrechtliche Bedeutung.) Wenn das nicht der Fall ist, hat die mora accipiendi nur so *zivilrechtliche* Bedeutung, dass sie eine vorhergehende mora dandi purgiert, so dass wenn die Sache nach der mora des Promittenten intra commercium zu existieren aufhört, keine Aktion möglich wird. Nach dem iudicium acceptum aber muss das nicht dolose Angebot von *Kondemnation* befreit haben.

Wenn GENZMER a. a. O. S. 104 ohne weiteres die bezeugte zivilrechtliche Bedeutung der blossen Verschlechterung der Sache durch den Obligierten bei einem Damnationislegat von certa res und der *condictio indebiti* auf die Stipulation einer certa res überträgt, so übersieht er den Wesensunterschied zwischen jenen Fällen und der Stipulation. Was zunächst das Damnationislegat betrifft, so haben wir vorher nachgewiesen, dass testamentarische Bestimmungen zwar auch ihre Grundlage in den Worten haben, dass aber die Wortgebundenheit hier keineswegs so streng ist wie bei Stipulationen, wo zwei sprechen. Durch eigentümliche Erklärungen darüber, was als wirklich gesagt betrachtet werden soll, strebt schon die klassische Jurisprudenz danach, den wirklichen Willen des Testators soviel wie möglich zu berücksichtigen. Was besonders das Damnationislegat betrifft, ist folgendes zu beachten. Obgleich bei einem solchen Legat von certa res wie bei einer *stipulatio certae rei* der Obligierte haftet, wenn der Untergang der Sache in Zusammenhang mit seinem Verhalten steht, so wird doch im ersteren Falle niemals gesagt, dass die Obligation perpetuiert wird, oder dass hier die Fiktion: *perinde ac si res exstaret* anzuwenden wäre. Dies weist darauf hin, dass man in diesem Fall durch freie Auslegung in die Worte: *certam rem dare damnas esto* die Bedeutung hineinlegt, dass eine solche Haftung vorhanden ist. Das Verfahren seitens des Obligierten, das die Haftung verursacht, wird hier auch nicht auf dieselbe rein äusserliche Weise wie im Stipulationsfalle behandelt. Die *culpa* wird hier unter Rücksichtnahme auf eine *moralisch* schlechte Gesinnung behandelt (siehe Ulp. D.30,47,2 oben S. 99 angeführt). Dann ist auch natürlich, dass man in das *certam rem dare damnas esto* die Bedeutung hineinlegt, dass der Erbe nach dem Erbantritt die legierte Sache nicht zu ungunsten des Legatars verschlechtern darf, woraus folgt, dass sogar wenn sie dem Legatar schon übergeben ist, gegen den Erben Aktion hinsichtlich des durch die Verschlechterung verursachten Verlustes vom Legatäre angestrengt werden kann, *obgleich* sich dieser nur auf die Worte des Testaments: *rem dare damnas esto* berufen kann. Iul. sagt D.30,84,4: *Aedes, quibus heredis aedes seruiabant, legatae sunt [traditae] <mancipatae> legatario non imposita seruitute. dixi posse legatarium ex testamento agere, quia non plenum legatum accepisset: nam et eum, qui debilitatum ab herede seruum acceperit, recte ex testamento agere.* Also ist es unrichtig, aus der Bedeutung der Verschlechterung der Sache durch den Erben bei einem *Damnationislegat* hinsichtlich eines *Stipulationsfalles* Schlüsse zu ziehen. Was die *condictio indebiti* betrifft, die sich auf eine per errorem als Solution geleistete einzelne Sache bezieht, ist die Übertragung der zivilrechtlichen Relevanz einer Verschlechterung durch den Obligierten auf die Stipulation noch verfehlt. Eine solche *condictio* ist gar nicht an Worte gebunden. Da bei derselben auch der Ertrag der Sache restituiert werden muss (siehe z. B.

Paulus D.12,6,15 pr. und l. 65,5) ist klar, dass sich die Formel: si paret eum (rem) dare oportere (Gaius I.3,91) nicht die bloße Zurückübertragung des Rechtes an der per errorem als Solution geleisteten Sache umfassen kann. Sondern man hat darin die Bedeutung hineingelegt, dass alles, was das passive Subjekt direkt auf Grund des Erwerbs der Sache innehat, der anderen Partei zurückgegeben werden soll. D. h. das rem dare bedeutet hier Restitution in abstracto aller mit dem Empfang der Sache direkt gegebenen Vorteile. Dann ist es eine natürliche Konsequenz, dass derjenige, welcher die Sache empfangen hat, wenn er dieselbe verschlechtert, Ersatz leisten muss. Wenn ohne sein eigenes Zutun die Sache verschlechtert worden ist, kann nicht gesagt werden, dass er nicht restituiert, was er kann, wenn er die Sache verschlechtert zurückgibt. Wenn aber die Verschlechterung auf ihm selbst beruht, erfüllt er nicht die Restitutionspflicht, wenn er nicht die Verschlechterung durch Ersatz kompensiert. Es ist auch leicht verständlich, dass man in diesem Falle die abstrakte Restitutionspflicht durch rem dare bezeichnet. Denn die Pflicht hat ihre einzige dieselbe bestimmende Grundlage in der einzelnen Sache, die als Solution empfangen worden ist. In Zusammenhang hiermit steht die Regel, dass *condictio incerti* nach klassischer Jurisprudenz unmöglich ist. Die Grundlage für jede Restitutionspflicht auf Grund der *condictio ex causa soluti indebiti* ist die Notwendigkeit, die per errorem als solutio geleistete certa res (darin auch eine res fungibilis eingeschlossen) zurückzuliefern. Deshalb entstand eine besonders abzuhandelnde Frage, ob der Freigelassene einmal aus Irrtum geleistete operae (hier=Tagewerke) kondizieren kann: Ulp. D.12,6, 26,12. Hier werden die einmal geleisteten operae als res fungibiles in Analogie mit irrtümlich als solutio geleisteter certa pecunia betrachtet. Natürlich ist man der Ansicht, dass in solchem Falle dieselbe Sache zurückgeliefert wird, wenn dieselbe Summe geleistet wird. So nun auch hier. Die operae können als zurückgegeben betrachtet werden, wenn dieselbe Summe von operae geleistet wird. Hier aber tritt eine im Falle certa pecunia nicht vorhandene Schwierigkeit ein. Denn die operae haben ihre Bestimmtheit durch die Person, von welcher sie geleistet werden. Von der Kapazität dieser könne nicht abstrahiert werden. Deshalb schein ein adäquates Zurückliefern hier nicht möglich zu sein. Die Frage wird indes zugunsten der Kondiktionsmöglichkeit entschieden unter Hinweis darauf, dass oft, obgleich eine einzelne Sache kondiziert wird, doch etwas anderes geleistet werden muss. Man kondiziere z. B. einen fundus indebitus, könne aber auf den Ertrag Anspruch machen. Oder der zur Zurücklieferung einer einzelnen Sache Verpflichtete habe dieselbe verkauft: man könne statt der Sache den erhaltenen Preis durch Kondiktion fordern. So nun auch hier: man könne den Wert der geleisteten operae fordern. Die Behandlung der Frage ist interessant, weil sie einerseits beweist, dass als

Grundlage für jede Kondiktion die Pflicht zur Wiederherstellung der geleisteten einzelnen Sache oder der geleisteten *bestimmten* res fungibilis betrachtet wird, andererseits auf dieser Grundlage etwas anderes der wirkliche Inhalt der Verpflichtung sein kann. Dann versteht man auch, wie bei der Anwendung der Formel: *si paret eum (ex causa soluti indebiti) rem dare oportere* doch trotz der Worte eine Verpflichtung mit sogar anderem Inhalte geltend gemacht werden kann. (Über die hier behandelte Ulpianusstelle Weiteres in der Beil. 21.)

Es ist weiter hier zu bemerken, dass immer auch bei Aktionen, die auf *dare certam rem* gerichtet sind, in der formula die *causa* angegeben sein muss. Gaius sagt I.4,55: *Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, quia nihil ante uidetur egisse (scil. in der Sache)*. Er führt als Beispiel u. a. an: *si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur*. Die in der formula angegebene *causa* ist daher für den *Prozessgegenstand* selbst bestimmend. Eine andere *causa* verhindert Konsumtion. Der Prozessgegenstand ist daher in diesem Fall nicht *eadem res*. Dann muss auch immer die *causa* in der *intentio* angegeben sein. Sonst wäre der Prozessgegenstand nicht bestimmt. Die Behauptung, dass die Kondiktionen eine Ausnahme ausmachten, muss falsch sein. Auch bei *condictio ex causa furtiua* wird intendiert: *si paret (scil. fures) (rem) dare oportere*. Gaius betont I.4,4, dass ‚dare‘ Eigentumsübertragung bedeutet. Was uns schon gehört, kann nicht unter die formula *si paret dare oportere* fallen. Eine Ausnahme mache *condictio ex causa furtiua*, wo auch so intendiert werde. Wie könnte der durch die formula gebundene Richter bei einer solchen *condictio* entscheiden, dass es sich nicht um eine geforderte Eigentumsübertragung handelt, wie könnte er vermeiden, den Dieb freizusprechen, da hier ein ‚dare‘ gefordert wird, das nach der eigentlichen Bedeutung des Wortes von vornherein nicht möglich wäre, *wenn* nicht die *causa furtiua* in die formula aufgenommen wäre, — und dem ‚dare‘ eine besondere Bedeutung gäbe? Die in die formula aufgenommene *causa soluti indebiti* gibt dem ‚dare‘ eine weitere Bedeutung als die einer blossen Eigentumsübertragung von dem darin erwähnten konkreten Dinge schlechthin. Die in die formula aufgenommene *causa furtiua* gibt dem *dare* die Bedeutung einer Restitution *ohne* Eigentumsübertragung der darin erwähnten konkreten Sache.

Beilage 14

zum Texte S. 94¹.

Wenn *culpa* mit *noxa* ursprünglich wenigstens wesentlich identisch gewesen sein muss, hat es besondere Bedeutung, dass auch Tiere eine

*nox*a begehen konnten. Darin tritt ja dann offen hervor, dass die moralische Gesinnung nicht die Grundlage der *culpa* im ursprünglichen Sinne gewesen sein kann. Da indes die Deliktsfähigkeit der Tiere nach römischer Anschauung noch 1932 von UBALDO ROBBE in Riv. It. aus demselben Jahre S. 327 ff. in einem ausführlichen Aufsatz über *L'actio de pauperie* trotz meiner Untersuchung Röm. Obl. I S. 284 ff. bestritten worden ist, erscheint es angemessen, die Frage erneut zu behandeln und die in dem erwähnten Aufsatz vorgebrachten Argumente zu prüfen. (Der Verf. kennt offenbar *meine* diesbezügliche Untersuchung nicht.) Wir wollen hier die Frage nach Interpolationen in der wichtigsten Stelle Ulp. D.9, 1,1, hinsichtlich deren ich gegen HAYMANN zu beweisen versucht habe, dass die Worte: *noxia autem est ipsum delictum* echt sind, erst später erörtern und mit der Behandlung solcher Quellen beginnen, deren Echtheit von niemandem bestritten worden ist. Varro berichtet, wie der Verf. selbst S. 365 anführt, in r. r. 2,4,5 (betreffs porci), in 2,5,10—11 (betreffs boues), dass bei dem Verkauf unter anderem stipuliert zu werden pflegte: *noxisque praestari*. In 2,6,3 (betreffs asini) heisst es: *de sanitate ac noxa solet cauere*. Ähnliches in 2,9,7 (betreffs canes). Niemand, auch nicht der Verf., bestreitet, dass unter ‚*noxis praestari*‘ ‚*noxis solutos praestari*‘ zu verstehen ist. Hier soll nach dem Verf., der BIONDI, *Actiones noxales* (1925) S. 8 ff. u. 35 folgt, das Wort *nox*a „nel suo significato letterale e generico di ‚danno‘“ angewandt sein. Deshalb soll es sich hier nicht um ein Delikt handeln. Nun wird indes derselbe Ausdruck: ‚*nox*a solutus‘ bei den Erklärungen gebraucht, die nach dem Edikt der Aedilen beim Verkauf von Sklaven abgegeben werden müssen. Man müsse erklären, wer von den zu verkaufenden Sklaven nicht *nox*a solutus sei (Gell. N. A. 4,2,1 und Ulp. D.21,1,1,1 und eod. l.17,17, vgl. Iul. D.50,16,200). Pomp. aber sagt in Zusammenhang mit dem erwähnten Edikte D.21,1,46: *Cum mihi redhibeas, furtis noxisque solutum esse (scil. mancipium) promittere non debes*; vgl. Paulus D.21,2,3 und Pomp. l.30 sowie Ulp. D.47,6,3 pr. u. 50,16,174. Bei einer *emptio pueri* a. 142 p. Chr. (GIRARD, *Textes*³ S. 849) wird u. a. stipuliert *furtis noxaque solutum . . . praestari*. Bei einer *emptio puellae* a. 139 p. Chr. (S. 850) wird u. a. stipuliert: *a furtis noxisque solutam . . . praestari*. Da das Edikt der Aedilen nur *nox*a solutus sagt, ist natürlich *nox*a Delikt überhaupt und der Ausdruck *furtis noxaque* (*noxisque*) solutus bedeutet: von obligatio furti und von obligatio *aliae* noxae nomine solutus. (Dass sich ‚*solutus*‘, von einem der potestas einer anderen Person unterworfenen Menschen gesagt, auf eine ihn wirklich treffende Obligation im dinglichen Sinne bezieht, geht aus den Röm. Obl. I S. 67 angeführten und kommentierten Stellen hervor.) Vgl. Ulp.-Celsus D.9,4,2,1: *si seruus . . . furtum fecit uel aliam noxam commisit*, was sich auf das Gesetz der XII Taf. „*si seruus furtum faxit noxiamue noxit*“ bezieht. (*Noxiamue noxit* ist dasselbe

wie *damnum iniuria dedit*, welches Delikt zusammen mit *furtum* ursprünglich die Sphäre der eigentlichen Delikte ausfüllte, d.h. der Delikte, die eine *obligatio ex delicto* erzeugten.) Gaius I.4,77 u. 78 wendet den allgemeinen Ausdruck *noxam committere* an, um die Bedingung der *actio noxalis* auszudrücken, weshalb *noxam* hier *delictum* oder *maleficium* überhaupt bedeutet. Ist es dann möglich, dass *noxam* in der identischen Ausdrucksweise betreffs des Stipulationsinhaltes beim Verkauf gewisser Tiere eine andere Bedeutung hatte?? Nachdem der Verf. S. 366 *noxam* in den Varronischen Formeln für Tierkauf als „danno“ überhaupt bezeichnet hat, sagt er *mirabile dictu!* S. 375: „E proprio questo (scil. „l'elemento subiettivo della colpa“, welches bei *pauperies* nicht vorhanden sein soll) in vece che conferisce nel linguaggio giuridico all' intrinseco contenuto della parola ‚noxam‘ il preciso significato di *delictum*, cioè azione umana anti-giuridica . . . Nelle fonte giuridiche la equivalenza di *noxam* a *delictum* è costante“. Also muss das Wort *noxam* in den Varronischen Formeln für Tierkauf, welche nach den Worten Varros 2,5,11 mit den vom *Juristen* Manilius konzipierten übereinstimmen, nur dass letztere wortreicher seien (vgl. auch 2,7,6), gegen den konstanten juristischen Sprachgebrauch angewandt worden sein!!! Man beachte, dass der Verf. darin recht hat, dass *noxam* im juristischen Sprachgebrauch *Delikt* bedeutet. *Noxae dedere* bezeichnet allerdings „zu Strafe“ überliefern, diese Strafe aber wird *pro peccato* des zu Überliefernden über diesen verhängt. *Peccatum* schliesst in sich selbst Straffälligkeit ein. *Niemals* bedeutet *noxam* *damnum* im Sinne eines jemandem zugefügten Verlustes, wenn auch *damnum iniuria dare* zum Umfang des Begriffs gehört. (Falsch in dieser Hinsicht V. I. R. v. *noxam*, wo das Wort als in gewissen erwähnten Fällen *damnum* bezeichnend dargestellt wird.) — LENEL, Sav. Z. 47 (1927) S. 1 ff. will allerdings die Behauptung BIONDIS, dass die *actio de pauperie* keine *actio noxalis* sei, widerlegen. Er meint jedoch ebenso wie BIONDI, dass die Tiere nach klassischer Jurisprudenz nicht deliktsfähig seien (S. 2). Er sagt S. 8: „Ulpien fährt in § 1 (D.9,1,1) fort: ‚noxia autem est ipsum delictum‘. Der Jurist, meint BIONDI S. 12 f., könne den Tiereschaden nicht *Delikt* genannt haben — ein Tier könne kein *Delikt* begehen; der Satz habe sich an seiner ursprünglichen Stelle auf *Sklavendelikte* bezogen und sei erst von den Kompilatoren unter den Titel *de pauperie* versetzt worden. Ersteres glaube auch ich nicht(!); aber die daraus gezogene Folgerung ist überaus voreilig. Der Titel von der *pauperies* war der erste, unter dem im System des Edikts das allen zivilen *Noxalformeln* gemeinsame ‚noxam‘ oder ‚noxiam sarcire‘ begegnete; Ulpien hatte daher alle Veranlassung, den Sinn des Worts *noxia* allseitig, nicht bloss in der besonderen Beziehung zur *pauperies* zu erläutern, und in diesen Zusammenhang wird der inkriminierte Satz gehören.“ Ist das verständlich? Der Satz: *noxia autem est ipsum delictum* ist echt

und wirklich an die rechte Stelle gesetzt worden. Er soll die Bedeutung von *noxia* auch in der Formel für die *actio de pauperie* erläutern. Das Tier aber könne kein Delikt begehen!

Hier erscheint es nun angebracht, die in Röm. Obl. S. 285 f. abgehandelte Interpolationsfrage wieder aufzunehmen. Ist die Ulp. zugeschriebene Bestimmung der *noxia* als *ipsum delictum* in Zusammenhang mit der Behandlung der *actio de pauperie* echt? Dass die Voraussetzung der *actio de pauperie* eine *noxia* im Sinne eines Delikts der ‚*quadrupes*‘ ist, geht völlig sicher aus dem Angeführten hervor. In der Ulp. zugeschriebenen Äusserung wird indes nicht von *noxia*, sondern von *noxia* gesprochen. Für LENEL wie für ROBBE bedeuten offenbar diese Worte dasselbe. Letzterer beruft sich S. 375 als Beweis für die Behauptung, dass *noxia* nach juristischem Sprachgebrauch Delikt bedeutet, u. a. auf Gaius D. 50, 16, 238, 3: *noxiae* appellatione omne delictum continetur; S. 380 und S. 383 wagt er sogar die Behauptung, dass der Gegensatz: *noxia pauperies* unter anderem bezeugt sei durch den Satz: *noxia autem est ipsum delictum*. Für ihn ist also die Identität von *noxia* und *noxia* so selbstverständlich, dass er aus Versehen die „Ulpianischen“ Textworte sogar falsch zitiert. Nun muss man indes zwischen der Bedeutung dieser Worte im juristischen und im nichtjuristischen Sprachgebrauch unterscheiden. Was letzteren betrifft, kann keine Bedeutungsdivergenz entdeckt werden. Was aber ersteren anlangt, so ist eine scharfe Differenz nicht nur direkt bezeugt, sondern geht auch mittelbar aus verschiedenen Äusserungen hervor. Nach Seru. Sulp. bezeichnet *noxia damnum*, wengleich das Wort bei Dichtern und Rhetoren ‚ponitur pro culpa‘. *Noxa* dagegen bedeute *peccatum* oder *pro peccato poena*, letzteres im Gesetz der XII Taf., wo es Vorschriften über *noxae dedere* gibt. Siehe Festus-Paulus 180 u. 181 LINDSAY, 177 u. 175 M 174 u. 175. Was *noxia* betrifft, wird diese Äusserung durch Gaius D. 47, 9, 9 bestätigt, wo aus den XII Tafeln *noxiam sarcire* im Sinne von *damnum soluere* angeführt wird, was mit Seruius Sulp. nach Festus 430 LINDSAY, 322 M zusammenzustellen ist: *sarcito* soll *damnum soluto*, *praestato*, bedeuten. Weiter wird die Auslegung des Seruius durch den sich auf die Noxalaktionen beziehenden Zwölftafelsatz Ulp. D. 9, 4, 2, 1 bestätigt: *si furtum faxit noxiamue noxita*. Iul. sagt *ibid.*, dass die fragliche Bestimmung des Gesetzes der XII Taf. auch in späteren Gesetzen als ein Moment enthalten sei und dass deshalb der Beschädigte, wenn der *dominus* von dem Vorhaben des Sklaven gewusst hat, ohne es zu verhindern, sowohl nach der *lex Aquilia* direkt gegen den *dominus* als auch nach dem ersteren Gesetze agieren könne, das bei der Tat eines Sklaven nie eine direkte Aktion gegen den *dominus* zulässt. Also wird das *noxiam nocere* im Zwölftafelgesetz dem *damnum iniuria dare* in der *lex Aquilia* gleichgestellt. Nur hinsichtlich der direkten Verantwortlichkeit des *dominus*, wenn er das ihm bekannte Vorhaben

des Sklaven nicht verhindert, soll ein Unterschied zwischen den Gesetzen, was die Noxalaktionen betrifft, vorhanden sein. — In lex Rubria II,34 kommt das Wort *noxia* in folgendem Zusammenhang vor. Es heisst 29 ff.: *sei is eam rem, quae ita ab eo petetur deue ea re cum eo agetur, ei quei eam <rem> petet deue ea re aget . . . in iure apud eum, quei ibei i(ure) d(eicundo) p(raerit), d(are) f(acere) p(raestare) restituere oportere aut se debere* (es handelt sich deutlich um eine *actio in personam*, die nicht auf Delikt beruht), *eiusue eam rem esse aut se eam habere* (es handelt sich um *Vindikationsprozess* oder *actio ad exhibendum*) *eamue rem de qua arguetur se fecisse* (das Gesetz geht zu einem *Deliktsprozess* über) *obligatumue se eius rei noxiaeue esse confessus erit . . .* Man kann auf Grund eines Deliktes obligiert sein, ohne selbst das Delikt begangen zu haben, wie es bei den Noxalaktionen der Fall ist. Aber die Obligation kann dabei von zweierlei Arten sein. Sie kann dem Delikt als solchem entspringen, weil zu ihm eine gewisse Strafe gehört, die dann nichts mit Schadenersatz zu tun hat. So bei einem *furtum*. In der juristischen Sprache wird dann gesagt: *furti se obligare*. Siehe z.B. *Mucius Scaeuola* bei *Gellius N.A.6(7), 15,2*. In der lex Rubria wird ein solcher Fall durch die Worte *obligatum eius rei* (scil. de qua arguetur) bezeichnet. ‚Res‘ ist hier offenbar das Delikt selbst. Man kann sich aber auch obligieren hinsichtlich des *Schadens*, der aus dem Delikte entsteht, wie nach der lex *Aqu*. Dann fällt die Strafe mit Schadenersatz zusammen. Der korrespondierende juristische Ausdruck in diesem Falle liegt in der lex Rubria bei der anderen Alternative vor: *obligatum noxiae*. Die *Handlung*, zu welcher man dann obligiert wird, ist *noxiam sarcire* = *damnum soluere* oder *praestare*. LENEL sagt a. a. O. S. 26 gegen BIONDI, dass sich *noxia* hier nicht auf ein eigenes Delikt des dominus beziehen kann. „Es ist undenkbar, dass ein römisches Gesetz ein Wort, das seit den zwölf Tafeln technisch bei der Noxalhaftung verwendet wurde, zur Bezeichnung beliebiger Delikte gebraucht haben sollte.“ LENEL muss hier wieder *noxia* und *noxa* gleichstellen. Denn in den XII Tafeln ist *noxia* keineswegs für die Bezeichnung der *Noxalhaftung* technisch. Es heisst ja *niemals noxiae dedere*, sondern immer *noxae dedere*. Auch heisst es ja *noxa* (*niemals noxia*) *sequitur caput*. *Niemals* wird *allgemein* von Tieren, oder gewaltunterworfenen Menschen: *noxia solutus*, sondern immer *noxa solutus* gesagt. Umgekehrt wird von *noxia* mehrmals ohne Verbindung mit *Noxalhaftung* gesprochen. Übrigens kann nach dem Sprachgebrauch der klassischen Jurisprudenz sogar *noxa* ohne Beziehung auf *Noxalhaftung* für Delikt überhaupt angewandt werden: *Ulp. D.50,16,131 pr.*: *aliud ‚fraus‘ est, aliud ‚poena‘: fraus enim sine poena esse potest, ‚poena‘ sine ‚fraude‘ esse non potest. ‚poena‘ est noxae uindicta, ‚fraus‘ et ipsa noxa dicitur et quasi ‚poena‘ quaedam praeparatio*. Weiter: *Ulp. D.5,1,18,1*: *Si filius familias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, uelit experiri . . .* Hier be-

zieht sich *nox*a gar nicht auf Noxalhaftung. — Pomp. D.30,45,1 spricht einerseits von einem Sklaven als *furtis et noxiis solutus*, andererseits von *furtum facere aut noxam nocere* als Bedingung für Noxalhaftung, was sich natürlich auf das bekannte Zwölftafelgesetz bezieht, in welchem *noxiam* nocere steht. Da unzweifelhaft auch *furtum* unter den Begriff *nox*a fällt, liegt ein Schreibfehler vor, falls nicht Pomp. das technische *furtis noxisque* in Gedanken gehabt hat, wo indes, wie nachgewiesen worden ist, das Wort mit ‚noxisque aliis‘ identisch ist. Bei Gaius D.9,4,20: *Qui ex pluribus noxis . . . experitur, ex una noxia serui dominium nactus* liegt der Schreibfehler: *noxia* für *nox*a völlig auf der Hand. Auch wenn Gaius wirklich *nox*a mit *noxia* hinsichtlich der Bedeutung gleichgestellt hätte, würde er nicht ohne weiteres im selben Satze die Worte für einander angewandt haben. Die einzige Stelle, die für die fragliche Gleichstellung im juristischen Sprachgebrauche trotz der Unterscheidung nach Seruius angezogen werden könnte, ist Gaius D.50,16,238,3, die zu seinem Kommentar zu den XII Taf. gehört: *noxiae* appellatione omne delictum continetur. Hierbei ist indes zu beachten: 1. In l. 237 beruft sich Gaius hinsichtlich einer anderen Frage auf die betreffende Untersuchung des Seruius über den juristischen Sprachgebrauch. Es ist daher nicht möglich, dass er nicht auch in der vorliegenden Frage Seruius berücksichtigt hätte. 2. In seinen Institutionen (4,77 u. 79) gebraucht Gaius selbst *nox*a als für ‚omne delictum‘ technisch, ebenso Celsus nach Ulp. 9,4,2,1. 3. Die justinianischen Institutionen 4,8,1 unterscheiden in einer besonderen Weise zwischen *nox*a und *noxia*. *Noxa* soll bei Noxalhaftung ‚corpus quod nocuit‘ bedeuten. *Noxia* aber soll bedeuten: ipsum maleficium, ueluti furtum damnum rapina iniuria, soll also Delikt überhaupt bezeichnen. Mit dieser Auffassung allein stimmt die ‚Gaiische‘ Äusserung überein, deren Herkunft dadurch deutlich wird. Dies ist um so klarer, als die justinianischen Institutionen, die in §§ 5 u. 6 die Gaiischen 4,77 u. 78 sonst im ganzen richtig anführen, mit der Ausnahme, dass die Noxalhaftung wegen eines fil. fam. ausgeschlossen ist) immer *nox*a bei Gaius in *noxia* ändern. Was nun umgekehrt *nox*a betrifft, wird die Bestimmung der Bedeutung des Wortes bei Seruius durch die Phrasen *noxae* dedere, *nox*a sequitur caput, *nox*a solutus bestätigt. Man beachte auch Liv. 9,10,9, wo die *deditio* gewisser Personen an die Samniten wegen eines Sponsionsverbrechens, von welchen Personen in der *Deditio*formel *noxam nocuerunt* gesagt wird, so motiviert wird: *exsoluamus religione* populum (9,8,6) oder direkt nach der Formel: *quo populus Romanus scelere impio sit solutus*. Die fragliche *Deditio* fällt in das Jahr 434 a.u.c. Aus ähnlichem Anlasse wird 9,1,6 von einer eventuellen *contagio noxae* gesprochen. Hier kann *noxam* nocere nicht bedeuten, dass man einer anderen Person Schaden zufügt = *damnum dare*, sondern es muss vielmehr bedeuten, dass man sich selbst sein eigenes Inneres durch ‚*culpam in se admittere*‘ (Röm. Obl. I S. 561)

beschädigt. Hier ist ja auch die in der Bestimmung des Seruius hervortretende *religiöse* Grundlage des Noxa-Begriffes völlig deutlich. Ich verweise im übrigen in der fraglichen Hinsicht auf meine Untersuchung Röm. Obl. I S. 478 ff., die hier nur wegen des überaus nachlässigen Verfahrens LENELS und ROBBES in gewissen Beziehungen vervollständigt worden ist.

Im Lichte des Angeführten ist die hinsichtlich ihrer Echtheit umstrittene Ulpianische Äusserung D.9,1,1,1 zu betrachten. Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex uoluit aut dari id quod nocuit, id est id animal, quod *noxiam* commisit, aut aestimationem *noxiae* offerr[e]<i> Noxia autem est ipsum delictum. Alles dies stimmt mit dem Ergebnis unserer Untersuchung überein, und es besteht kein Anlass, die Echtheit zu bezweifeln. Indes ist deshalb nicht anzunehmen, dass hier die *Worte* des Gesetzes angewandt sind. Es handelt sich ja nur um eine Darstellung des *Sinnes* des Gesetzes. Dass das Gesetz die Worte: *noxiam sarcire* und *noxae dedere* oportet angewandt haben muss, geht schon aus der vorhergehenden Untersuchung hervor. Ulp. erklärt den Sinn dieser Worte. Dies wird nun auch durch die allerdings an unrichtiger Stelle, nämlich in § 11 eingeschobene, aber an sich überaus bedeutsame Formel für die legis actio de pauperie bestätigt: „quamobrem eum sibi aut [noxam] <noxiam> sarcire aut in noxam dedere oportere.“ Allerdings gebraucht Paulus Sent. 2,31,7 ‚sarcire‘ als allgemeinen Ausdruck für die Reparationspflicht sowohl bei furtum als bei damnum dare. Dies hat indes keine Bedeutung, wenn man Seruius' unzweideutige Erklärung des Wortes ‚sarcito‘ im *Gesetze* berücksichtigt. Paulus führt gar nicht die Gesetzesworte an, sondern wählt nur das zum *Gesetze* gehörende Wort ‚sarcire‘, um die Reparationspflicht überhaupt zu bezeichnen. Im *Gesetze* selbst muss nach den Worten: si seruus furtum faxit noxiamue nocuit gestanden haben: dominus *damnum decidito noxiamue sarcito* aut *noxae dedito*. Dass *damnum decidito* keineswegs wie *sarcito* damnum soluito bedeutet, sondern sich auf ein ‚damnum‘ im ältern Sinne bezieht, nämlich die Summe, durch welche man sich von der Person löst, welcher man auf Grund eines Verbrechens zugefallen ist, habe ich Röm. Obl. I S. 475—S. 485 nachgewiesen. ROBBE führt S. 382 im Anschluss an BIONDI gegen die Echtheit der Formel an, dass „in noxam dedere“ è frase priva di significato, qualunque valore si voglia attribuire a ‚noxam“ essa non ha poi riscontro nelle fonti che parlano sempre tecnicamente di ‚noxae dedere““. Das *erste* ist offenbar unrichtig. Da *noxae* (dedere) ein Dativus finalis ist und „zur Strafe für Delikt“ bedeutet, ist der Ausdruck *in noxam* völlig äquivalent. Er ist auch der unzweideutigste. Gaius aus Autun 4,81 u. 82 sagt *in noxam* tradere oder dare. Paulus gebraucht D.9,4,19,2 den Ausdruck *ad noxam dedere*. Das *zweite* ist gerade deshalb völlig bedeutungslos. Dass die Kompilatoren selbst den

Ausdruck eingeführt haben, ist unmöglich, weil sie dem Worte *noxā* eine ganz andere Bedeutung zuschreiben, nämlich: *corpus quod nocuit* (I.I.4,8,1). Hierüber alsbald. Weiter sagt R.: „se la proposizione in esame volesse riprodurre fedelmente parte dell'*intentio*, non poteva mancare il complemento ogetto di dedere, così come non manca in tutte le *formulae noxales*.“ Dass die Gesetze der XII Tafeln keine unnötigen Worte anwenden, ist etwas, was aus den bewahrten Fragmenten sicher hervorgeht. Nach einem solchen Gesetze aber muss die Formel selbst gebildet sein. Siehe nun auch Gaius I.4,75: *Ex maleficio filiorum familias seruorumque . . . noxales actiones proditae sunt, ut liceret patri dominoue aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*. Es fehlt ja auch hier an einem Objekte zum *noxae dedere*. Dieselbe Objektlosigkeit Ulp. D.21,1,17,18. Der Verf. fügt S. 383 noch ein Argument hinzu. „Sarcire‘ non è una parole classica.“ Siehe Paulus Sent. 2,31,7. Ausserdem interessiert hier nur die Sprache der XII Taf. Ist ‚sarcire‘ auch dieser Sprache fremd? *Wo* nun auch die Formel von Ulp. angeführt oder von einem Paraphrasten eingeschoben worden sein mag, ist sie ganz richtig nach dem Gesetz der XII Taf. gebildet, von welchem Ulp. in pr. sagt: *quae lex uoluit etc.*

In § 3 sagt ‚Ulp.‘ in Widerspruch zu dem in § 1 aufgestellten Satze: (*noxia* scil. die, die animal commisit) autem est ipsum delictum) pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret. In I.I.4,9 mit dem Titel: *si quadrupes pauperiem fecisse dicitur* ist nicht *der erste Satz* aufgenommen, aber *der zweite*, und es fehlt im ganzen Kap. an jeder Andeutung einer ‚noxia‘, welcher Begriff in 4,8 mit dem Titel *de noxalibus actionibus* die Hauptrolle spielt und dort als *maleficium* überhaupt bestimmt wird, während ‚noxā‘, die wirklich in 4,9 erwähnt wird, ‚corpus, quod nocuit‘ bedeuten soll! Allerdings heisst es am Ende, wo das Edikt, das verbietet, Hunde und andere gefährliche Tiere auf öffentlichen Wegen gehen zu lassen, berührt wird, dass hier auch *actio de pauperie* möglich sei. Dies wird so motiviert: *numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit*. Der Satz ist Ulp. B.18 ad. ed. (D.50,17,130) entnommen, doch ist ‚praesertim‘ hinzugefügt. Daraus darf um so weniger gegen die ausdrücklichen Worte in der Hauptdarstellung gefolgert werden, dass Trib. wirklich die *actio de paup.* als auf Grund eines Tierdeliktes pönal betrachtet, als in dem vorliegenden besonderen Falle der dominus selbst durch Handeln gegen die Polizeiverordnung ein Delikt begangen hat. *Er* soll dann nicht nur durch eine im *Edikte* begründete Aktion, sondern auch durch *actio de pauperie* bestraft werden. Dass letztere Aktion eine gegen *das Tier* gerichtete poenale Aktion sei, wird damit gar nicht gesagt. Wie kann nun unter solchen Umständen behauptet werden, dass in D.9,1,1 die *Kompilatoren* den Satz, der *pauperies* als eine ‚noxia‘ und damit als Delikt bestimmt, eingeschoben hätten, *Ulp.* aber den an-

deren, der ihren deliktischen Charakter verneint, geschrieben habe?? Weiter: die Anschauung, dass auch Tiere eine iniuria begehen können, stimmt völlig mit altem römischem Sakralrecht überein, nach welchem, wie ich Röm. Obl. I S. 289 u. 561 sowie Mag. ius S. 34 ff. nachgewiesen habe, der *casus* keineswegs die Imputabilität ausschloss und also die rein äussere Tat Menschen dem Götterzorn aussetzen konnte. Dagegen steht die Anschauung nicht in Einklang mit späterer griechischer Philosophie, besonders mit der stoischen, welche die Justinianer (zugleich mit der verwandten christlichen Betrachtungsweise) auf rechtlchem Gebiet einführen wollten. Nach den *Stoikern* lag in der Frage: Recht oder Unrecht? das Gewicht ausschliesslich auf der konstitutiven Willensrichtung: διὰ θεοσις τῆς ψυχῆς. Nach ihnen stand auch das von der Moral bestimmte ius naturae über dem Zivilrechte, das allein durch das erstere Kraft erhalten könne, was man in Ciceronianischen Deklamationen wiederfindet. (Siehe Mag. ius S. 70 und Röm. Obl. I S. 564.) Wie sehr aber auch Ulp. mit stoischer Denkart prunkte (Röm. Obl. I S. 290 f. und S. 565), so ist es doch *undenkbar*, dass er, der natürlich vom geltenden Rechte abhängig war, bei der Auslegung eines noch geltenden Zwölf-Tafel-Gesetzes stoische Prinzipien angewandt hätte. (Seine eventuelle *persönliche* Auffassung von der Möglichkeit eines Tierdelikts ist natürlich gleichgültig. Ulp. wollte nur die *faktische*, vom Gesetz bestimmte zivilrechtliche Anschauung referieren.) Dagegen war dies für Iust. natürlich, der selbst *Gesetze gab* und zwar in stoischem Geiste. Er konnte natürlich sogar selbständige Vorschriften darüber erlassen, wie ein Zwölf-Tafel-Gesetz anzuwenden sei. Wenn ROBBE S. 330—331 den Stoiker Seneca de ira II,16 anführt: Non est enim iniuria nisi a consilio profecta; nocere nobis (animalia) possunt ut ferrum aut lapis. iniuriam quidem facere non possunt, um damit den von Ulp. dem alten Gesetz zugeschriebenen Sinn nachzuweisen, so ist dies eine Absurdität.

In I.1.4.9 pr. heisst es, dass die fragliche Aktion noxal ist und animalium nomine⁴ angestrengt wird: quae animalia, si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex duodecim tabularum scripta est. Wenn die Auffassung BIONDIS und ROBBES richtig wäre, würde eine falsche *historische* Angabe vorliegen, was an sich höchst unwahrscheinlich ist. Da hier lasciua oder feruor oder feritas des Tieres, wie bei Gaius Aut. 4,81, als Bedingung der Aktion angegeben und der Ausdruck animalium nomine⁴ wie bei diesem angewandt wird, ist die Äusserung sicher ein Auszug aus der teilweise verlorengegangenen Stelle der Gaiischen Institutionen 4,80 oder 81. Weshalb sollte der Institutionenverfasser eine unrichtige historische Angabe gemacht haben? Für Iust., der keineswegs ,noxal⁴ als Delikt bestimmt, sondern als ,corpus quod nocuit⁴, wurde die Aktion noxal, weil sich der dominus durch Herausgabe der ,noxal⁴ in diesem Sinne befreite. Und ,noxal dedere⁴ sollte so aufgefasst werden,

als ob es sich um ein Herausgeben des fraglichen corpus handelte. In der stark korrumpierten Stelle D.9,1,1,16 wird von *noxae dedendae* gesprochen, so dass ‚noxae‘ hier Akkusativobjekt zu *dedere* wird! Er stützte aber die Bezeichnung der Aktion als ‚noxal‘ und des ‚noxae dedere‘ als in diesem Falle befreiend auf das Gesetz der XII Tafeln, wo indes ‚noxae‘ ebenso wie für die klassische Jurisprudenz keineswegs ‚corpus quod nocuit‘ bedeutete, sondern Delikt und Strafe für Delikt. — Weiter: die bestimmte Angabe des Gaius aus Aut. (von der Mitte des fünften Jahrhunderts) 4,81 und 82 in seiner Paraphrase zu einer verlorengegangenen Stelle der Gaiischen Institutionen, dass ‚animalium nomine‘ eine *noxalis actio* mit ‚in noxam dare‘ als Befreiungsgrund dem Beschädigten zustehe, müsste, wenn die kritisierte Theorie richtig wäre, eine Fälschung sein. *Sonst* aber, wo die Übereinstimmung mit dem Original kontrolliert werden kann, folgt er diesem getreu. Dann müsste auch die ganze Darstellung in diesem Zusammenhang (in 82 und 83) über die Möglichkeit, nach Kondemnation den Familiensohn oder den Sklaven, nicht aber das Tier, auch tot mit befreiender Wirkung herauszugeben, eine Verfälschung sein. Denn hier tritt ja offen hervor, dass es sich um zwei Arten des ‚in noxam dare‘ handelt. Dass es indes möglich war, nach Kondemnation den Familiensohn oder den Sklaven auch tot herauszugeben und sich dadurch zu befreien, nämlich wenn er ‚suo fato uita excesserit‘, geht aus Gaius I.4,81 hervor. Bei einer völkerrechtlichen *noxae deditio* (Liv. 8,39,14) wurde der *Leichnam* des Schuldigen herausgegeben. Dass andererseits das Tier nur lebend mit befreiender Wirkung herausgegeben werden konnte, wird Ulp. D.9,1,1,14 gesagt: *Noxae dedere est animal tradere uiuum*. (Man beachte hier, dass Ulp. nicht das Wort ‚uiuum‘ hinzugefügt haben würde, wenn nicht in *anderen* Fällen ‚noxae dedere‘ auch durch Herausgeben des Leichnams geschehen konnte.) — Ulp. sagt in § 13: *Plane si ante litem contestam decesserit animal, extincta erit actio*. Vgl. hinsichtlich des vor dem iud. acceptum gestorbenen Sklaven Iul. D.9,4,39,4 und Paulus ib. I. 26,4, nach welchen Stellen dasselbe Prinzip für den Familiensohn (ebenso wie für den Sklaven) gilt. Es ist auch natürlich, dass, wenn die Aktion im Namen des wirklich Schuldigen erfolgen muss, sein Tod dieselbe unmöglich macht. Anders *nach* der l. c. Denn dann gelten als Grundlage für Kondemnierung oder Absolvierung nur die Worte der *formula*. (Wenn der Schuldige vorher gestorben ist, kann der Beklagte das iud. accipere ohne jede Gefahr *verweigern*.) ROBBE erklärt S. 368 hinsichtlich Ulp. § 13: „A quale serio criterio giuridico potrebbe richiamarsi una così sbalorditiva (!) decisione?“ Ja, wenn ROBBS Theorie richtig wäre, wäre wirklich die Entscheidung „sbalorditiva“. Wenn aber die Theorie, die auf Grund der Quellen zugrunde gelegt werden muss, die richtige ist, ist diese Entscheidung höchst natürlich.

In *einer* Hinsicht dürfte etwas Richtiges in der kritisierten Theorie

liegen. Dies steht in Zusammenhang mit dem vorher angeführten Unterschiede zwischen den noxalen Aktionen gegen den Familiensohn oder den Sklaven und denen gegen das Tier hinsichtlich der Möglichkeit für den Vater bzw. den dominus, den Schuldigen, auch wenn er schon tot ist, herauszugeben und so sich selbst zu befreien. In *beiden* Fällen ist die historische ratio legis der Götterzorn über die unrechte Tat oder die Befleckung (contaminatio), die ‚noxa‘ mit sich bringt, bzw. einschliesst. Hier aber wie in anderen Fällen, worüber ausführlich später, geschieht der Übergang zur Möglichkeit einer zivilen Aktion so, dass statt der Götter der verletzte Mensch selbst mit der Kraft zu reagieren ausgerüstet wird. Das Vorbild für diesen Übergang ist die uralte Möglichkeit der verletzten gens, ein *ustum piumque bellum* auf Grund der iniuria der gens, die sie verletzt hat, zu führen. Die Götter selbst aber reagieren auf menschliche noxa in *anderer* Weise, wenn die ‚noxa‘ ‚prudenter‘, als wenn sie ‚imprudenter‘ geschieht (siehe die oben S. 37 angeführten Darlegungen in Röm. Obl. und Mag. ius). In letzterem Falle lassen sie sich durch Piakularopfer versöhnen. Auf Grundlage dieser Differenz entwickelte sich unter Einfluss griechischer Rhetorik und Philosophie, wie im Texte dargestellt worden ist, die Tendenz, auf dem *zivilrechtlichen* Gebiete culpa und casus einander gegenüberzustellen. Deshalb wurde auch bei actio noxalis nach der lex Aqu. darauf Rücksicht genommen, ob nur casus bei der Tat des Familiensohnes oder des Sklaven vorlag. Eine besondere Situation war indes bei Tierschaden vorhanden. Hier blieb die noxa, obgleich natürlich, weil die Tiere keine Vernunft haben, der Tierschaden einem von Menschen durch blossen casus angerichteten Schaden gleichzustellen war. Es ist indes leicht verständlich, dass mit der beginnenden Entgegensetzung von culpa und casus auf menschlichem Gebiet auch eine Umwertung der Bedeutung des noxae dedere, welches das Tier traf, eintrat. Das noxae dedere muss ursprünglich die Bedeutung gehabt haben, dass der Geschädigte dadurch sein Rachegefühl unter göttlicher Autorität befriedigen konnte. Weil nun bei Tierschaden culpa im *Gegensatz* zu casus keine Rolle spielen konnte, erhielt die Befriedigung der Rachbegierde hier untergeordnete Bedeutung, während sie, wenn es sich um verbrecherische Menschen handelte, nach wie vor als ratio legis betrachtet wurde. Dass der Familiensohn oder der Sklave auch *tot* herausgegeben werden konnte, kann keinen anderen Grund gehabt haben als den, dass der Geschädigte durch Schänden des Leichnams und damit folgende Ausschliessung vom *Begräbnis* wirklich seine Rachsucht befriedigen konnte, was beim Tierleichen unmöglich war. Im ersteren Falle fand man auch nichts Unvernünftiges in der Lust, sich zu rächen, an dem unvernünftigen Tier Rache zu nehmen, wurde aber zu der fraglichen Zeit als unnatürlich betrachtet. Wenn auch die Erklärung bei Gaius aus Aut. 4,84—87 infolge der Mangelhaftigkeit des überlieferten Textes nicht im

ganzen ausgedeutet werden kann, so geht aus den lesbaren Schlussworten: quae (scil. animalia) ratione (carent) doch soviel hervor, dass die Rücksicht *hierauf* bei der Erklärung eine Rolle gespielt hat. Man versteht nun auch, weshalb im Julianischen Edikte die Noxalaktion bei ‚pauperies‘ von der nur Menschen berührenden abgesondert wurde. Im *letzteren* Falle hatte das noxae dedere noch seinen ursprünglichen Sinn einer Auslieferung des Schuldigen, wodurch der Geschädigte seine Rachsucht rechtmässig befriedigen und deshalb der Vater bzw. der dominus sich selbst befreien konnte. Im *ersteren* Falle aber übernahm zwar die klassische Jurisprudenz *formell* die Vorstellung von einem Tierdelikte und vom Herausgeben als einer das Tier treffenden Strafe. Der Geschädigte aber hatte kein Interesse mehr an der Befriedigung von Rachbegierde, sondern *höchstens* an Schadenersatz. Deshalb war die Noxalaktion hier für diese Jurisprudenz keine *eigentliche* Noxalaktion. Für Iust., der sogar *formell* den Delikts- und Strafgedanken verwarf, wurde die Institution zu einem blossen Rudiment, das aus Ehrfurcht vor dem alten Rechte beibehalten wurde.

Im übrigen verweise ich natürlich im ganzen auf meine direkte Untersuchung in Röm. Obl. I S. 284 ff. Besonders ist zu bemerken, dass sich dieselbe modernisierende Auffassung vom Delikte im römischen Sinne, die bei HAYMANN, ebenso wie bei MOMMSEN vorliegt und die a. a. O. kritisiert wird, bei ROBBE wiederfindet. Er sagt S. 331: „Questo (scil. animal), privo d'intelligenza, non può ‚agere contra ius‘, appunto perche l'animale nè cognosce, nè intende il diritto e perciò non lo può violare.“ Hier ist vorausgesetzt, dass das ius aus „Vorschriften“ besteht, deren Verletzung das Delikt konstituiert. Über die wirkliche Bedeutung dieses: *contra ius agere* siehe Röm. Obl. I S. 560. Dass in *einer* Rechtsformel oder Rechtsbestimmung nicht gesagt werden kann: ex iure Quir. oportet oder ius praecipit, ist ib. S. 531 ff. und 571 ff. dargelegt worden. Wenn Ulp. D.1,1,10,1 von *iuris praecepta* redet, ist dies eine Anwendung eines stoischen Satzes, und ‚ius‘ bedeutet hier gar nicht das *römische ius*, sondern das stoische ius naturae, das mit dem Vernunftgesetz identisch ist. Die Äusserung gehört zu der philosophischen Einleitung, die Ulp. gibt, ohne davon in der Darstellung des Zivilrechtes Gebrauch machen zu können (ib. S. 565).

Beilage 15

zum Texte S. 98¹.

1. Paulus D.45,1,91,3 in fine ist im Texte S. 97¹ schon abgehandelt worden.
2. Paulus D.45,1,73,2: Stich promissor post moram offerendo pur-

gat moram < . . . > certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit. Man beachte hier, dass nach demselben Paulus in D.45,1,91,3 die Offerierung des Dinges die mora selbst, die eine Abart der Stipulationsculpa ist, purgiert, so dass die Culpa-Regel beim Untergang des Dinges nun nicht anwendbar ist. Hier ist daher jede exceptio doli mali überflüssig, weil sich der Stipulant nicht auf die Culpa-Regel berufen kann. D.h. die Offerte hat *zivilrechtliche* Relevanz. Dies kehrt in den Anfangsworten l. 73,2 wieder: Stichi promissor offerendo purgat moram. In der nachfolgenden Motivierung handelt es sich indes um die *prozessuale* Folge der Offerierung des *Sachwertes* ‚pecunia‘ nach dem Untergang des Dinges nach mora. Diese Offerte wird von den Kompilatoren als der des Dinges selbst gleichwertig dargestellt, weil *sie* die nach dem Untergang des Dinges nach mora eintretende Verbindlichkeit als eine Verbindlichkeit zu Schadenersatz auffassen. Paulus selbst muss vor dem Satze: certe enim . . . eine Erklärung eingeschoben haben, dass die Offerierung des *Sachwertes* nach dem Untergang des Dinges keine zivilrechtliche Wirkung haben könne, weil der Promittent zivilrechtlich nicht zu einer solchen Prästation obligiert sei. Jedoch werde nach der Offerte die zivilrechtlich gültige Aktion gehemmt: certe enim . . . Die Kompilatoren haben, weil für sie die Differenz, die nur formelle Bedeutung besitzt, keinen Sinn hat, den Zwischensatz ausgeschlossen. Sie übersehen indes, dass dadurch die ganze Äusserung des Paulus unverständlich wird. Wenn die Offerte in beiden Fällen gleichwertig ist, fällt ja die Möglichkeit, sich auf die mora zu berufen, in beiden Fällen weg, und exceptio doli mali wird überflüssig.

3. In der Hauptstelle D.45,1,91 findet sich eine Äusserung des Paulus, die in ihrer Totalität nicht echt sein kann, nämlich in § 6. Nachdem er erklärt hat, dass acceptilatio ebenso wie fideiussio hinsichtlich der nach dem Untergang des Dinges nach mora bestehenden Obligation möglich ist, sagt er: nouari autem an possit haec obligatio dubitationis est, quia neque hominem, qui non est, neque pecuniam, quae non debetur, stipulari (scil. novationsweise) possumus. ego puto nouationem fieri posse [si hoc actum inter partes sit.] < . . . >, quod et Iuliano placet. Man beachte, dass Paulus den Grund des Zweifels bei seiner positiven Erklärung nicht berücksichtigt, obgleich er selbst ihn anerkennt. Er sagt ja im Indikativ: non stipulari *possumus*. In dieser Frage ist eine Äusserung eines mit Iulianus, auf den sich Paulus beruft, ungefähr zeitgenössischen Juristen, nämlich Venuleius, anzuführen. Dieser sagt D.46,2,31 pr.: Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eandem sub condicione [nouandi animo] ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus humanis, ut nouationi locus sit, nisi si per promissorem steterit, quo minus daret. ideoque si hominem mihi dare te oporteat et in mora fueris, quo minus dares, etiam defuncto eo teneris: et si, *priusquam decederet*, cum iam mora facta sit, eundem a

te sub condicione stipulatus fuero et seruus postea decesserit, deinde condicio exstiterit, cum iam ex stipulatu obligatus es mihi, nouatio quoque fiet. (HAYMANN Sav. Z. 41, 1920, S. 87—88 hält den Cum-Satz für interpoliert, weil ein cum causale gemeint sei, aber Indikativ angewandt werde. Das ist möglich, doch ist die Interpolationsmöglichkeit hier für das Verständnis gleichgültig. Sicher ist indes, dass cum ebensogut als temporal aufgefasst werden kann. Der stipulierte Sklave ist gestorben, und die Bedingung ist eingetreten zu einem Zeitpunkte, in welchem du schon stipulationsweise condicionaliter obligiert bist. Wäre die bedingte Stipulation *nach* dem Tode des Sklaven erfolgt, so wäre Novation der Obligation, die durch seinen Tod entsteht, unmöglich. Auch die bedingte Stipulierung einer Sache, die nicht existiert, ist unmöglich.) Hier ist nun zunächst zu bemerken, dass Novation durch eine bedingte Stipulation nach Gaius I.3, 179 erst mit der Existenz der Bedingung möglich ist. Man beachte nun weiter die Voraussetzungen, unter welchen in unserm Falle eine Novation der Obligation, die nach dem Tode nach mora eintritt, möglich ist. 1:0. Der Stipulant muss die zweite, bedingte Stipulation vornehmen, *ehe* der Sklave gestorben ist, weil die Stipulierung eines nicht existierenden Dinges unmöglich ist, wie Paulus a. a. O. sagt. 2:0. Die mora, nach der primären unbedingten Stipulation beurteilt, muss vor der bedingten Stipulation stattgefunden haben, weil diese sich sonst gar nicht auf eine zukünftige, nach dem Tode des Sklaven aktuelle Mora-Obligation beziehen könnte. 3:0. Die Bedingung der bedingten Stipulation muss *nach* dem Tode des Sklaven existent geworden sein. Sonst könnte die Mora-Obligation selbst nicht zu dem Zeitpunkte, zu welchem die sekundäre Stipulation noviert, noviert worden sein. Aus demselben Grunde liegt auch hier das Gewicht auf der bedingten Natur der sekundären Stipulation. Wenn diese unbedingt wäre und *nach* der mora, aber *vor* dem Tode erfolgt wäre, träte die Novation unmittelbar ein, und nur die ursprüngliche von der mora unabhängige Obligation würde noviert. Eine wirkliche Mora-Obligation wäre ja zu der Zeit für die Novation noch nicht eingetreten. Wenn der Sklave danach stirbt, hat dies keine Bedeutung für den Promittenten in der neuen Stipulation, der nun allein im Namen dieser Stipulation obligiert ist. Dies wenn, nach *letzterer* beurteilt, keine mora vorhanden ist. (Es ist klar, dass eine unbedingte Stipulation, *nach* dem Tode des Sklaven vorgenommen, ebensowenig wie eine bedingte zu dieser Zeit vorgenommene, eine Wirkung haben kann.)

Dass VENELEIUS hier wirklich die von Paulus in § 6 erwähnte affirmative Meinung des Iulianus hinsichtlich der Novationsmöglichkeit übernommen hat, kann aus zwei Indizien gefolgert werden. 1. E contrario geht aus Iul. D.45, 1, 56, 8 hervor, dass Iul. dieselbe Auffassung verfochten hat: Si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Seius mihi

sub condicione promiserit et is pendente condicione post moram Titii decesserit, confestim cum Titio agere potero nec Seius existente condicione [obligetur] <obligaretur> (MOMMSEN). Hier gehört zur Voraussetzung, dass die sekundäre bedingte Stipulation vor einer mora Titii erfolgt ist. Dann kann der neue Promittent (Seius) nicht versprochen haben, dass er das Risiko des Todes des Sklaven nach einer eventuellen mora Titii trage, falls die Bedingung nach dem Tode existent werde. Da noch keine von einer mora Titii abhängige, von der Unterlassung einer Offerte des noch lebenden Sklaven bedingte Obligation, ihn nach seinem Tode zu leisten, Titius belastet, kann der neue Promittent in keiner Weise eine solche übernehmen. Hieraus folgt indes e contrario, dass nach Iul., wenn die sekundäre bedingte Stipulation nach der mora Titii vorgenommen wird, Seius, falls die Bedingung nach dem Tode des Sklaven existent wird, die dann eintretende Obligation des Titius übernimmt. Titius ist ja dann schon bei der Vornahme der sekundären Stipulation nach dem Tode des Sklaven ohne vorhergehende Offerte zu prästieren obligiert. 2. Wenn, wie aus Paulus § 6 folgt, Iulianus die Novationsmöglichkeit angenommen hat, muss er dieselbe Voraussetzung für die Novation wie VENELEIUS angenommen haben. Denn keiner der Juristen, die sich in uns erhaltenen Fragmenten über die Frage ausgesprochen haben (auch nicht Ven.), nimmt unter anderer Voraussetzung Novation an. Marcellus und Ulp. wollen nicht einmal die von VEN. angenommene Novationsmöglichkeit anerkennen. Ulp. sagt D.46,2,14 pr.: Quotiens quod pure debetur [novandi causa] sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio exstiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio continget, quia non [subest] <superest> res eo tempore, quo condicio impletur. HAYMANN a. a. O. S. 89 hält den Quia-Satz für interpoliert. Er legt grosses Gewicht auf den Schreibfehler ‚subest‘ statt ‚superest‘. Die Annahme ist indes bedeutungslos, auch wenn sie richtig sein sollte. Denn kein anderer Grund kann für die Unmöglichkeit einer Novation im angegebenen Falle angeführt werden als der, dass, wenn die Bedingung existent wird und daher die Stipulation Kraft erhalten würde, das stipulierte Ding nicht mehr existiert. Ulp. fährt fort: Unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat. Hier ist die Situation die, dass, wenn die Bedingung zwar nach der mora, aber vor dem Tode des Sklaven eintritt, Novation in gewöhnlicher Weise stattfindet. Dann aber ist der Promittent nur durch die neue Stipulation gebunden, und nur eine eventuelle mora nach dieser kann dann Bedeutung haben. Die ursprüngliche mora aber ist nun ‚purgiert‘. Die neue Stipulation fungiert als solutio. Wenn aber die Bedingung erst nach dem Tode des Sklaven eintritt, ist die Stipulation untauglich und Novation unmöglich, weil

das Stipulierte beim Inkrafttreten der Stipulation nicht existiert. Obgleich dann die mora nicht durch wirkliche solutio aufgehoben sein kann, ist die Situation doch dieselbe, als ob Solution *angeboten* und nicht angenommen worden wäre. Der Stipulant empfängt das bedingte Versprechen als Solution unter Voraussetzung des Eintritts der Bedingung, er kann aber die Stipulation nicht anwenden, weil sie untauglich ist. Dass dies der Sinn ist, geht aus der direkten Äusserung des Marcellus in derselben Frage hervor, auf welche Äusserung sich Ulp. D.46,2,14 pr. bezieht, D.46,3,72,1—2. Hier wird mit anderen Worten dasselbe gesagt: Cum Stichum mihi deberes et in soluendo moram fecisses, sub conditione eum promisisti: pendente ea Stichus decessit: uideamus, an, *quia nouari prior obligatio non potest*, petitio serui competat ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio. sed in promptu contradictio est debitorem, cum stipulanti creditori sub conditione promisit, non uideri in solutione hominis cessasse: nam uerum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari. Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine eius seruum offerente stipulator accipere noluisset. Es ist bemerkenswert, dass HAYMANN a. a. O. S. 90 A. über I. 72,1 sagt: „Unecht ist ferner der anstatt einer Begründung das gewünschte Ergebnis täppisch vorwegnehmende quia-Satz.“ Man beachte: Marcellus sagt: es kann gefragt werden, ob nicht die petitio des Sklaven nach seinem Tode dem Gläubiger zusteht, *die er gehabt hätte*, wenn nicht die Stipulation dazwischengekommen wäre. Dies könne gefragt werden, weil die Stipulation nicht noviere, da sie nach der Voraussetzung erst in Kraft tritt, wenn der in derselben versprochene Sklave tot ist. Es handelt sich also gar nicht um die Frage, ob Novation bei Existenz der Bedingung eintritt oder nicht. Dass sie nicht eintritt, ist die Voraussetzung der wirklich gestellten Frage, ob nicht gerade deshalb die mora hinsichtlich der ursprünglichen Schuld fortbesteht. Letztere Frage ist natürlich. Sie wird unter Hinweis darauf verneinend beantwortet, dass eine dem Falle: Angebot ohne Annahme nach vorhergehender mora ähnliche Situation vorliege. HAYMANN missversteht also die Äusserung vollständig, und seine Behauptung ihrer Unechtheit ist willkürlich. (Dass in der Florentiner Hs. in promptum für in promptu geschrieben ist, beweist nichts in der Interpolationsfrage. Ebenso wenig beweist der Umstand, dass ‚contradictio‘ = Einwand ein ἐν λεγόμενον ist. Ein derartiges Argument hat niemals entscheidende Bedeutung, wenn das Wort im gleichzeitigen lateinischen Sprachgebrauch vorkommt, obgleich es in den juristischen Schriften nur an einer Stelle angewandt wird, wie es mit dem Worte ‚contradictio‘ der Fall ist, das bei Seneca und Quintilianus vorkommt. Ein solches Argument hat um so weniger Beweiskraft, als nur ein geringer Teil der Schriften der

römischen Juristen erhalten ist. Ausserdem ist zu bemerken, dass das Wort *contradictio* in der angeführten Stelle überflüssig ist. Auch wenn es gestrichen wird und als Zusatz eines Paraphrasten betrachtet wird, ist der Text völlig klar.) Durch Ulp. D.46,2,14 pr. wird ja auch bestätigt, dass Marcellus im angegebenen Falle Novation verneint. — Man kann indes fragen, ob es sich in Ulp. D.46,2,14 pr. u. Marc. D.46,3,72,1 u. 2 speziell um die hier interessierende *Stipulationsmora* handelt, da so unbestimmte Ausdrücke wie: *si forte Stichus fuerit in obligatione* bzw. *cum Stichum mihi deberes* angewandt werden. Indes kann bewiesen werden, dass trotz des gegenteiligen Scheines wirklich gerade die *Stipulationsmora* gemeint ist. Nachdem Ulp. in pr. den Fall abgehandelt hat, dass eine unbedingte Obligation in eine bedingte aufgenommen wird, geht er in § 1 zu dem umgekehrten Falle über: eine bedingte Obligation hinsichtlich *certa res* wird in eine unbedingte Stipulation aufgenommen: *sed si quod sub condicione debetur, pure quis . . . stipulatur, nec nunc quidem statim nouat, licet pura stipulatio aliquid egisse uideatur, sed tunc nouabit, cum exstiterit condicio: etenim existens condicio primam stipulationem committit, commissamque in secundam transfert.* D.h. unter der primären Obligation ist trotz des unbestimmten Ausdruckes eine *Stipulationsobligation* zu verstehen. Dann muss dasselbe auch für die im umgekehrten, unmittelbar vorher abgehandelten Falle erwähnte primäre, dort unbedingte Obligation gelten. Offenbar hat die Äusserung zu einer allgemeinen Untersuchung gehört, in welcher das *Stipulationsrecht* abgehandelt wird. Deshalb brauchte Ulp. in den einzelnen Fällen nicht jedesmal besonders zu erwähnen, dass es sich gerade um die *Stipulationsobligation* handelt. Da nun Ulp. hier auf Marc. hinweist und der Standpunkt dieses Juristen in der Frage in D.46,3,72,1 hervortritt, hat auch dieser dort das *Stipulationsrecht* abgehandelt. Die Marcellische Äusserung kommt im zwanzigsten Buche seiner *Digesta* vor, in welchem es sich nach LENEL Pal. 1, S. 623 *de stipulationibus* handelt. Dies ergibt sich auch direkt aus der Darstellung selbst. Marcellus fragt, ob im angegebenen Falle, wo keine *Novation* durch die sekundäre Stipulation stattfindet, dieselbe *petitio serui nach seinem Tode nach mora* möglich ist, die immer dann möglich gewesen wäre, wenn gar keine sekundäre Stipulation existiert hätte. Eine *petitio des toten Sklaven selbst* ist indes nur bei *Stipulationsmora* möglich. Allerdings scheint eine solche *petitio* auch bei *condictio ex causa furtiua* möglich zu sein. Dass indes hier, wo *kein wirkliches dare oportere* vorliegen kann, weil das Gestohlene schon dem Bestohlenen gehört, nur ein *Schein* vorliegt, ist im Texte S. 104 ff. nachgewiesen worden. In jedem Falle kann es sich hier nicht darum handeln, da Marcellus in § 3 diese *condictio* besonders abhandelt. Weiter ist hier Ulp. D.46,2,8 pr. anzuziehen: *Si Stichum dari stipulatus fuerim et, cum in mora promissor esset, quo minus daret, rursus eundem stipulatus fuero, desinit periculum ad promissorem*

pertinere quasi mora purgata. D.h. Ulp. verneint jede Möglichkeit einer Novation der nach dem Tode des Sklaven eintretenden Obligation, den Sklaven selbst zu leisten. Der Grund geht aus dem Angeführten hervor. (Allerdings erwähnt Ulp. nicht den Fall, dass die sekundäre Stipulation des Sklaven erst nach seinem Tode erfolgt. Es versteht sich indes von selbst, dass eine *solche* Stipulation nichtig ist.)

Aus dem Angeführten folgt, dass keiner der Juristen, die sich in den Dig. ausdrücklich in der Frage geäußert haben, einen anderen Fall als den von Ven. angezogenen als Novationsfall anerkennt. Marcellus und Ulp. wollen nicht einmal in diesem Fall Novation annehmen. Es sei nicht zureichend, meint Marc. dass die bedingte Stipulation *vor* dem Tode des Sklaven erfolgt ist. Wenn sie erst nach dem Tode Kraft erhalten könnte, sei sie ungültig und könne nicht die primäre Obligation novieren. Dann kann, wenn wir das vorhandene Quellenmaterial berücksichtigen, Iul. welchem Paulus folgt, keinen anderen Novationsfall als den von Ven. angenommenen anerkannt haben. Es scheint auch, dass der Veneleius-Fall der einzige sein könnte, hinsichtlich dessen verschiedene Meinungen möglich wären. Man beachte indes, dass, *wenn* die nach dem Tode des Sklaven bei mora eintretende Obligation nicht als eine fortbestehende Verbindlichkeit, den Sklaven selbst zu leisten, aufgefasst wird, sondern so, wie sie realiter ist, d.h. als eine Obligation zu Schadenersatz, alle erwähnten Schwierigkeiten wegfallen. Es besteht dann kein Hindernis, sei es, die eventuelle Obligation beim Tode des Sklaven nach mora im voraus durch eine neue Stipulation zu novieren, sei es, dieselbe, nachdem sie schon eingetreten ist, direkt als solche zu novieren.

Wenn wir nun zur Äusserung des Paulus D.45,1,91,6 zurückkehren, kann erstens gesagt werden, dass die hier aufgestellte Behauptung einer allgemeinen Novationsmöglichkeit, die nur dadurch bedingt sein soll, dass das Novieren etwas ‚inter partes actum‘ sei, unmöglich von Paulus herkommen kann. Ferner aber kann behauptet werden, dass, wenn der Hinweis auf die affirmative Meinung *des Iulianus* in diesem Stücke echt ist, in welcher Hinsicht kein Anlass zum Zweifel vorliegt, *Paulus* eine spezielle Bedingung der Novationsmöglichkeit gefordert hat. Er hat die spezielle, von Ven. erwähnte Situation als notwendige Bedingung betrachtet. *Die Kompilatoren* aber haben die allgemeine Novationsmöglichkeit proklamiert, die hier wie immer nur auf der Übereinkunft der Parteien beruhen soll. Dies, weil für sie die scharfe Paulinische Unterscheidung zwischen der Obligierung zum Dinge selbst, trotz seiner Nicht-Existenz, und der Obligierung zum Schadenersatz bedeutungslos war.

Man könnte fragen, weshalb andererseits die Möglichkeit, für die bei Stipulation von certa res nach dem Untergang des Dinges nach mora entstehende Obligierung zur Sache selbst Bürgschaft zu leisten, *allgemein* anerkannt gewesen ist, wie aus Paulus D.45,1,91,6 hervorgeht. Dies ist

indes leicht verständlich, wenn man bedenkt, dass die Bürgschaftsstipulation niemals eine hinsichtlich des Inhalts neue Obligation schafft, sondern nur eine accessio zu einer bestehenden Obligation ist. Ihr Inhalt ist immer das, wozu der Hauptschuldner obligiert ist, in abstracto betrachtet. Eine sachlich neue Obligation entsteht nicht, sondern es tritt nur ein anderes passives Subjekt für die fortdauernd bestehende Obligation hinzu. Deshalb kann in unserm Fall kein Hindernis für eine akzedierende Stipulation vorhanden sein. Die novierende Stipulation aber erzeugt durch Schuldübernahme selbständig eine neue Obligation. Die ursprüngliche Obligation, auf welche sich diese bezieht, geht eo ipso unter und wird durch die neue ersetzt.¹ Der Umstand, dass bei Novation die Stipulation selbständig eine *neue* Obligation erzeugt, ist es, was es schwer macht, Novation anzunehmen. Eine Obligation würde ja dann durch Stipulation *entstehen*, obgleich das Ding, das stipuliert wird, nicht existiert.

Beilage 16

zum Texte S. 107¹.

GRADENWITZ hat Sav. Z. 34 (1913) S. 255 ff. nachzuweisen versucht, dass die paulinische Formulierung der Culpa-Regel der „Alten“ dieselbe nicht wörtlich wiedergibt. Er *erwähnt* indes nicht einmal bei dieser Untersuchung, dass die von Paulus gemeinte Regel sich ausschliesslich auf die aus *Stipulation* von certa res entstehende Obligation bezieht und dass ihr Sinn der ist, dass das stipulierte Ding selbst, *nicht Schadenersatz*, bei seinem Untergang als Handelsware nach einer rein objektiv bestimmbareren ‚culpa‘ gefordert werden kann, *als ob* es noch intra commercium existierte. In der ganzen Hauptstelle Paulus D.45,1,91 handelt es sich indes nur um eine solche Obligation. Man beachte weiter die Sätze in § 6: Effectus huius constitutionis ille est, ut *adhuc* homo peti possit, und: nouari autem an possit haec obligatio (scil. die nach dem Tode des Sklaven bleibende) dubitationis est, quia neque hominem, qui non est, *neque pecuniam, quae non debetur*, stipulari possumus. Noch weniger nimmt G. in seiner *Beweisführung* Rücksicht auf diese *direkt* bezeugten Tatsachen. Wären dieselben beachtet worden, so wäre auch klar geworden, dass es sich hier um eine *geschichtliche Notiz* handelt, durch die erklärt werden soll, wie nach dem Untergang des Dinges als einer Handelsware *rem dari oportet* intendiert werden kann, was geschehen muss, wenn die Stipulation von certam rem dare die Grundlage der Aktion sein soll, durch die ferner erklärt werden soll, weshalb culpa im subjektiven Sinne hier irrelevant ist.

¹ Siehe die Auseinandersetzung Beil. 10 S. 211 f.

Praktisch gesehen war es natürlich ganz bedeutungslos, dass ‚rem dare‘ intendiert werden sollte. Denn realiter konnte doch nichts anderes als Schadenersatz erhalten werden, wenn das Ding selbst nicht mehr intra commercium existierte. Man kann sich deshalb gar nicht wundern, dass die Juristen, die das geltende Recht darstellen wollten, im allgemeinen nicht die nur als geschichtlicher Erklärungsgrund für das notwendige *formelle* Verfahren bei der Aktion und für die Irrelevanz der culpa im subjektiven Sinne bedeutungsvolle Regel berücksichtigten. Die Dürftigkeit der uns durch die *Kompilatoren* überlieferten Dokumente in diesem Stücke ist noch weniger ein Argument für die Unrichtigkeit der Angabe. Zur Zeit des Iustinianus bestand ja der Formularprozess nicht mehr. Auch wenn die Kompilatoren oft Stellen der klassischen Juristen über diesen Prozess anführen, war die hier fragliche, sich auf diesen Prozess beziehende Differenz für sie nur ein Überbleibsel eines alten sinnlosen Formalismus, das ebenso wie z.B. dieses: ex iure Quiritium nur geschichtliches Interesse haben konnte. Sie interpolierten auch, wie in Beil. 15 nachgewiesen worden ist, um die mit der Regel zusammenhängende Differenz zwischen der Verbindlichkeit, auch nach dem Untergang des Dinges das Eigentumsrecht daran zu übertragen, und der Verbindlichkeit zum Schadenersatz zu verwischen. Man kann sich sogar darüber wundern, dass sie so vieles in dieser Sache in die die alten Juristen berührenden Dokumente einfließen liessen.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist nun die Äusserung von GRADENWITZ S. 259 über die paulinische Ausdrucksweise in dem Bericht über die Regel der „Alten“: *perpetuatur obligatio* zu betrachten: „Dies ist der Bestand von perpetuare auf Grund des Index Digestorum in Berlin. Nur Paulus und Ulpian; für die Verwandlung zeitlich beschränkter Klagen zwei Stellen, je eine allgemeine Begründung enthaltend, und beide nicht an den Platz gehörend, — und eine spezielle Paulusstelle; für die poena eine Ulpianusstelle; für die obligatio zwei Paulusstellen: und da sollen wir glauben, dass in der einen Obligationsstelle Paulus die *constitutio ueterum* wörtlich zitierte, dass also auch diese *constitutio* den Ausdruck hatte, der danach durch die Jahrhunderte ging, aber an den Klassikern soweit sie Iustinianus überliefert hat, vorbeiging! den erst Papinianus' Schüler aufgriffen, Ulpian für andere Dinge, Paulus auch im Sinne und mit den Worten der *constitutio ueterum*!“ Wenn man hier beachtet, dass im *vorliegenden* Zusammenhang nach den ausdrücklichen Worten des Paulus die *perpetuatio dies* bezeichnet, dass das Ding auch nach seinem Untergang als Handelsware, nicht sein Wert, ‚pecunia‘, falls ‚culpa‘ eingetreten ist, gefordert werden kann — *peti potest* — ferner, dass ‚perpetuare‘ jedenfalls ein lateinisches Wort ist, das schon von Plautus angewandt wird, so erkennt man, wie verfehlt die Beweisführung ist. Welches angemesseneres Wort *hätten* die „Alten“ anwenden können, um auszudrücken, dass auch

nach dem Untergang das Ding selbst, nicht sein Wert, gefordert werden kann?? Durch die Konstitution wird *keineswegs* nur ausgedrückt, dass der Promittent noch nach dem Untergang des Dinges *gebunden* ist — ‚tenetur‘, wie Gr. glaubt — sondern auch, dass das Ding selbst *in derselben Weise*, als ob es noch existierte, gefordert werden kann. Paulus sagt ja Sent. 5,7,4: *perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res exstaret*, und Ulp. D.45,1,82,1: *si post moram promissoris homo decesserit tenetur nihilo minus, proinde ac si homo uiueret*. Diese Stellen sagen also, dass die Stipulationsobligation zum *dare certam rem* trotz des Untergangs des Dinges als solche fortbesteht, was *dasselbe* ist wie zu sagen: obligatio perpetuatur! Wenn dagegen nur in abstracto erklärt würde, dass der Schuldner noch gebunden ist — ‚tenetur‘ — so würde darin gar nicht eingeschlossen sein, dass von ihm das Ding selbst nach wie vor gefordert werden kann. Darin brauchte dann nichts anderes zu liegen, als dass die ursprüngliche Obligation zum *dare certam rem* nun als eine Obligation zum Schadenersatz fungierte. Dies als eine Perpetuierung der Obligation zu bezeichnen, wäre höchst unangemessen. Wenngleich der Verf. hinsichtlich des *Vorkommens* der Worte: obligationem perpetuare, *äusserlich* gesehen, recht hat — ist es doch *allzu* äusserlich, wenn er Paulus D.22,1,24,2, wo gesagt wird: *stipulationem perpetuam facere* nicht unter die betreffenden Stellen aufnimmt! — haben doch mehrere andere Stellen einen Sinn, der durch perpetuatio obligationis völlig korrekt ausgedrückt werden könnte. Solche Stellen sind die, an welchen *proinde ac si res exstaret* oder dgl. gesagt wird, also Paulus Sent. 5,7,4 und Ulp. D.45,1,82,1. Zur selben Kategorie gehört ferner Marcellus D.46,3,72,1, wo von *petitio serui* nach seinem Tode gesprochen wird. (Dass es sich hier um eine Stipulationsobligation handelt, ist Beil. 15 S. 244 f. nachgewiesen.) Weiter wird *Pomponius* im Berichte des Paulus in der Hauptstelle § 5 ein Ausdruck mit ganz derselben Bedeutung zugeschrieben, nämlich *obligationem producere*. Bei Scaeu. D.38,1,44 wird gesagt: *at in homine debito fideiusor etiam ex sua mora in obligatione retinetur*, was denselben Sinn wie ‚obligatio perpetuatur‘ hat. Endlich haben nach § 3 Celsus fil. und Iul. die Bedingung für die perpetuatio obligationis angegeben. Die perpetuatio wird daher in Wirklichkeit keineswegs nur von Paulus in den zwei Stellen D.46,1,58,1 und D.45,1,91 für gültig erklärt, sondern ihre Gültigkeit wird auch bei Paulus D.22,1,24,2, Paulus Sent. 5,7,4, Ulp. D.45,1,82,1, Marcellus D.46,3,72,1, vorausgesetzt, ferner von Celsus, Iulianus und Pomp., hinsichtlich deren nur die Angabe der bezüglichen Stellen ihrer Schriften fehlt. Wie kann man, wenn man dies beachtet, in dem Glauben, damit hinsichtlich der Ausdrucksweise der Alten etwas zu beweisen, sagen, dass der Ausdruck „an den Klassikern, soweit sie Iustinianus überliefert hat, vorbeiging“. Und welcher Grund kann für die Behauptung angeführt werden, dass Paulus die von den „Alten“ gegebene

Konstitution in der fraglichen Hinsicht nicht korrekt angeführt habe? Weshalb sollte er dieselbe fehlerhaft wiedergegeben haben, wenn sie selbst, sachlich gesehen, von den Juristen allgemein vorausgesetzt wird??

Wenn möglich noch verfehler ist der Versuch des Verfassers S. 260 ff. nachzuweisen, dass die „Alten“ hier nicht von *culpa* gesprochen haben können. Die ältere Jurisprudenz gebrauche nämlich, wenn es sich um die Angabe der Bedingung für die fortdauernde Gebundenheit beim Untergang des Dinges handelte, die Bezeichnung: *si per eum factum est* oder *stetit, quo minus non daret* o.dgl. Letzteres ist ganz richtig, soweit es sich um die uns durch die Dig. überlieferte Jurisprudenz, d.h. um die klassische oder eine frühere, dieser jedoch sehr nahestehende handelt. Durch eine solche Bezeichnungsart wurde in zusammenfassender Weise die Bedingung für die Gebundenheit in allen den Fällen ausgedrückt, in welchen diese bei einer Obligation zu einer certa res trotz des Untergangs des Dinges bestehen bleibt, was auch für die spezielle Gebundenheit im Stipulationsfalle gilt, welche allein durch *perpetuatio obligationis* korrekt ausgedrückt werden kann. Sogar Paulus selbst gebraucht diese Bezeichnungsweise beim Stipulationsfalle (z.B. D.44,7,45)! Hierbei ist nur zu bemerken, dass die Phrase nicht *immer* denselben Sinn hatte. Beim *Damnationslegat* setzt dieses *stare, quo minus . . .*, sofern damit die Bedingung für Verantwortlichkeit beim Untergang des legierten Dinges bezeichnet wird, voraus, dass der Erbe im subjektiven Sinne in *culpa* ist, was keineswegs bei der Anwendung dieser Worte im Stipulationsfalle zutrifft. *Ex analogia* geht dies aus dem im Texte S. 99 Angeführten hervor. Die *Folgerung* des Verf.s aus dem Gebrauch der Phrase aber ist in jedem Falle verkehrt. Gerade weil die Juristen dieselbe gewöhnlich anwenden, um die Bedingung für die Verantwortlichkeit nach dem Untergang des Dinges, zu welchem man obligiert ist, zu bezeichnen, Paulus dagegen die Formulierung: *quotiens culpa interuenit* nur gebraucht, um eine historische Angabe über die *constitutio ueterum* zu machen, folgt im Gegenteil, dass die von Paulus gemeinten Alten, welche die Regel aufgestellt haben, die *Culpa*-Formulierung wirklich hatten. Man findet ja auch, dass die Juristen, gerade wenn es sich um die Kommentierung der fraglichen, noch immer geltenden und für die Intendierung im Stipulationsfalle als Erklärungsgrund höchst bedeutsamen Konstitution handelte, von der *Culpa*-Formulierung ausgingen. Paulus fragt beim *Berichte in pr: an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit . . .* sagt § 1 *culpa* in hunc modum diiudicatur . . . und schreibt Iul. die von ihm selbst gemachte Distinktion zu. In § 3 schreibt er Celsus eine besondere Ansicht hinsichtlich der *culpa* bei Auslegung der Regel zu. *Sonst* spricht man im vorliegenden Falle nicht von *culpa*. Der Verf. sagt ferner S. 272 f.: „Mit Pernice halte ich mich an die Tatsache, dass die Juristen von *culpa* bei der *mora* nicht reden, sondern von *stare quo*

minus. Aber weil dieser Ausdruck, im Edikt mit Vorliebe für Gläubiger-
verzug gebraucht und später auf den Schuldnerverzug übertragen, offen-
bar den Juristen mundrecht ist, schliesse ich, dass auch die ueteres nicht
von culpa sprachen, sondern vom *facere* und *stare quo minus* und dass
die *constitutio* durch Paulus in einer freien Umgestaltung wiedergegeben
ist.“ Also: Paulus hat die Wortform der Regel in einer Weise umgestal-
tet, die der Jurisprudenz und auch ihm selbst fremd ist! Ist dies nicht
eine Absurdität? Hätte G. gesagt, Paulus habe die Regel so umgeformt,
dass er den „Alten“ die Ausdrucksweise zugeschrieben habe, die den
Juristen allgemein „mundrecht“ gewesen sei, so wäre dies wenigstens
verständlich! Hier aber wird ja das Umgekehrte behauptet!

Indes scheint der Verf. nicht *genügend* zu beachten, wie völlig ver-
schieden der *Culpa*-Begriff, der nach dem Bericht des Paulus in der
Konstitution angewandt wird und der dort die nach rein objektiven
Kennzeichen bestimmbare *mora* umfasst, von dem sonst von den klas-
sischen Juristen gebrauchten *Culpa*-Begriffe ist. Wenn diese sagen:
Si culpa alicuius factum sit o.dgl., bezieht sich eine solche Ausdrucks-
weise auf ein wegen der Gesinnung verwerfliches Verfahren. Besonders
deutlich tritt dies in den juristischen Kommentaren zur *lex Aquilia* her-
vor. Ulp. sagt z.B. D.9,2,29,2: *si nauis tua inpacta in meam scapham*
damnum mihi dedit, quaesitum est, quae actio mihi competeret. et ait
Proculus, si in potestate nauitarum fuit, ne id accideret, et culpa eorum fac-
tum sit, lege Aquilia . . . agendum. Dieselbe Ausdrucksweise kehrt in den
§§ 3 u. 4 wieder. Hier bedeutet das Wort dasselbe wie Vorsatz oder
Fahrlässigkeit (Mangel an *diligentia*). Siehe aber auch D.30,59: *si modo*
nulla culpa eius incendium contigisset und D.21,1,31,11: *si mancipium*
quod redhiberi oportet mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa
emptoris . . . homo demortuus sit. Es ist daher auch wegen der Bedeu-
tung, welche die Juristen mit *culpa* verbinden, unmöglich, dass *sie* zur
culpa die rein objektiv bestimmbare *mora* gerechnet hätten, wenn es sich
nicht um einen aus älteren Zeiten stammenden *anderen Culpa*-Begriff
gehandelt hätte.

Die Darstellung des ausgezeichneten Romanisten ist hier in ihrem
Übersehen relevanter Tatsachen und in ihrer haarsträubenden Logik
ein warnendes Beispiel der so häufigen Methode, rechtliche Erklärungen
der römischen Juristen von ihrem geschichtlichen Hintergrunde loszu-
lösen. Man beachtet nicht die mit dem Fortschritt der allgemeinen
Kultur bisweilen verbundene Bedeutungsänderung juristischer Termini.
Besonders verhängnisvoll ist es, wenn man übersieht, aus welchem aber-
gläubischen religiösen Boden das römische Recht hervorgewachsen ist.
GRADENWITZ stellt nicht einmal die *Frage*, was die ‚culpa‘ nach älterem
Sprachgebrauch wirklich bedeutete, ehe die späteren republikanischen
und klassischen Juristen ihre juristischen Auslegungen vornahmen.

Beilage 17

zum Texte S. 111³.

Was die durch religiöse Gründe bestimmte Auslieferung des Konsuls und der Volkstribunen nach dem Caudinischen Verträge betrifft, worüber später im Texte gehandelt wird, stimmt der Bericht bei Cicero De inu. 2, 91 und De off. 3, 30, 109 mit dem von Livius überein. Appianus sagt allerdings in seinem überlieferten Samniticum hierüber nichts. Dagegen erwähnt er diese Auslieferung in seinem Hispanicum c. 83. (Daraus, dass dieselbe stattfand, um den Römern ein *iustum piumque bellum* zu ermöglichen, folgt keineswegs, dass letztere, die für das Schicksal der den Samniten als Geiseln gegebenen Vornehmen fürchteten, wirklich den Frieden gebrochen hätten.) Überhaupt herrscht anscheinend eine Differenz zwischen der Ciceronianischen und der Livianischen Darstellung nur in der Hinsicht, dass Cic. a. a. O. den caudinischen ebenso wie den späteren numantinischen Vertrag wirklich als ein *foedus*, nicht als einen Vertrag *per sponsionem* verzeichnet und dass nach ihm ein vornehmer Jüngling auf Befehl des Anführers beim ersteren Vertrag ein Schwein hochhält. Letzteres Geschehnis scheint die geschichtliche Grundlage einer von Kniep, Gaius 3 S. 104 f. nach Mommsen erwähnten römischen Münze gewesen zu sein. Nach Mommsen berühren „zwei Gepanzerte, . . . mit den Schwertspitzen ein Schwein, das ein knieender Knabe hält“. Was nun die Frage *foedus* oder *sponsio* betrifft, kann Cicero kein *foedus* im technischen Sinne meinen, welches eine Fetialzeremonie voraussetzt. Über eine solche Zeremonie wird weder im Zusammenhang mit dem Caudinischen noch mit dem Numantinischen Verträge berichtet. Auch hätten, wenn Fetialen beim Verträge beteiligt gewesen wären, diese in erster Linie ausgeliefert werden müssen. Ausserdem wäre es unmöglich gewesen, dass diese, die, wenn sie bei einem technischen *foedus* fungierten, als *Legate* des römischen Volkes betrachtet wurden, nicht das römische Volk selbst unmittelbar gebunden hätten. Deshalb musste in solchem Falle irgendeine *deditio* einzelner Personen in der Absicht, das Volk von Schuld bei Nicht-Erfüllung zu befreien, unwirksam sein. Und doch berichtet ja Cicero selbst von einer solchen Auslieferung sowohl nach dem caudinischen wie nach dem numantinischen Vertrag. Dass kein Fetial beim caudinischen Vertrag fungierte, sagt Appianus ausdrücklich in Samn. 5. Der Anführer der Samniten fragte die Römer: εἰ τις εἰρηνοδότης (= Fetial, siehe Dion. Hal. 2, 72) αὐτοῖς παρεῖη, was verneint wurde. Ferner spricht Val. Antias bei Gellius 6, 9, 12 mit Bezug auf den von Cicero ebenfalls als *foedus* bezeichneten numantinischen Vertrag vom Quästor Tib. Grachus und anderen, *qui pacem speponderant*. Cicero hat offenbar das Wort *foedus* im weitesten

Sinne als völkerrechtlicher Vertrag überhaupt angewandt. Wenn man aber die Möglichkeit eines technischen foedus ausschliesst, besteht kein Anlass, die Angabe des Livius zu bezweifeln, dass der caudinische Vertrag per sponsionem geschlossen wurde. Dass Cicero von einem Schweineopfer, an welches der Vertrag angeknüpft wurde, berichtet, widerstreitet durchaus nicht der hinsichtlich der vorgenommenen Zeremonie unvollständigen livianischen Erzählung, da er keine spezielle Fetialzeremonie erwähnt. Man kann aus dieser Angabe nur folgern, dass zur fraglichen Zeit ein Opfer, das sicher von den Parteien berührt wurde, die religiöse Grundlage des Sponsionsaktes war. (Welche Bedeutung die *Berührung* des Gegenstandes, von dem Kraft ausgeht, auf religiösem Gebiet hat, wird später auseinandergesetzt werden. Siehe Beil. 20.)

Dass nach Gaius I.3,94 die imperatores nur *sagen* müssen: pacem futuram spondes? spondeo, weist darauf hin, dass der die Sponsion ursprünglich kennzeichnende Hinweis auf ein Opfer in den von Gaius gemeinten, seiner Zeit angehörenden völkerrechtlichen Verträgen weggefallen und durch die solennen Worte spondes? spondeo als den religiösen Akt *darstellend* ersetzt worden war. Dadurch behielt nach dem so oft angewandten Prinzip: in sacris simulata pro ueris accipiuntur (Seru. ad Aen. 2,116) das Versprechen seine sakrale Natur. Dass auch Gaius in jedem Falle den fraglichen Verbalakt als religiös bindend auffasste, folgt daraus, dass er *ius belli*, d.h. ein *iustum piumpque bellum* im Gegensatz zu einer *actio ex stipulatu* als rechtliche Folge des Wortbruches bezeichnet. — Dass die beim caudinischen Verträge vorkommenden Sponsionen wirklich *offen* religiöse Akte waren, wird durch Appianus Samn. 6 und Zonaras 7,26 bestätigt, welche beide berichten, dass *Eide* in diesen Verträgen geschworen worden seien. Mittelbar wird dasselbe von Plut. Tib. Grachus 7 angegeben. Die von Livius erwähnten Sponsionen waren daher *Versprechenseide*, näher bestimmt solche, die aus dem Hinweis auf ein Opfer ihre Kraft schöpften, wie aus der Erzählung Ciceros hervorgeht. Appianus berichtet Hisp. 80, dass der Konsul Mancinus mit dem Untergang des ganzen Heeres bedroht wurde, wenn er nicht Frieden versprach. Deshalb ging er ein foedus aequum ein: συνέθετο ἐπὶ ἴσῃ καὶ ὁμοίᾳ Ῥωμαίοις καὶ Νομαντίοις. Danach heisst es: καὶ ὁ μὲν ἐπὶ τούτοις ὤμυσε τοῖς Νομαντίοις. Dies kann nichts anderes bedeuten, als dass er die von Grachus — dem Quästor — schon prästierte sponsio pacis guthiess, worüber Plut. Tib. Gr.: ἐσπέσαστο (bei Gellius a. a. O. ‚sponderat‘). Diese muss dann selbst ein Eidesakt gewesen sein. Nach Plut. sollte die Auslieferung der Teilnehmer an der Übereinkunft zur Sühnung des Meineides erfolgen. (Grachus wurde selbst nur durch die Liebe des Volkes frei.) Im gleichartigen Falle beim caudinischen Verträge gehörte es zur Formel der Auslieferung selbst, dass letztere wegen der *Spondierung* geschah. Hieraus folgt aber gar nicht, dass, auch

wenn man vom Fetialeide absieht, immer bei internationalen Verträgen der Eidesakt gerade in einer sponsio bestand. Von den bei Polybius 3,25 erwähnten Verträgen mit den Carthagern wurde seitens der Römer der eine durch Eid bei Iupiter lapis, der andere durch Eid bei Mars und Euryalus beschworen. Nur ein Eid, der an ein Opfer, von dem die Kraft ausging, angeknüpft wurde, war eine sponsio.

Es ist unverständlich, wie TÄUBLER, Imperium Romanum I, S. 139 behaupten kann, dass der caudinische Vertrag eine deditio war. Die Formel für einen Deditionsvertrag findet man Liv. 1,38,2. In dieser wird *gar nichts* versprochen. Es wird nur gefragt, ob sich das andere Volk unter die Herrschaft des Volkes, zu welchem der Fragende gehört, stelle, welche Frage bejahend beantwortet wird. Der Akt ist mit einem Traditionsakte zu vergleichen. Keine Obligation, nur ein Herrscherrecht kann in dieser Weise entstehen. So auch ALFRED HEUSSLER, Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Aussenpolitik S. 60 ff. Die sonderbare Meinung TÄUBLERS dürfte darauf beruhen, dass das für den Sponsionsvertrag Auszeichnende nach ihm „im Austausch einer Frage des Verpflichtenden und einer entsprechenden, dasselbe Bekräftigungswort enthaltenden Antwort des Verpflichteten (*spondeo, promitto*)“ liegen soll, was beim Deditionsvertrag stattfindet. Diese Folgerung ist übereilt. Dass zur Zeit des Gaius die Sponsion bei internationalen Verträgen nur durch gegenseitige Fragen und Antworten vollzogen wurde, beweist keineswegs, dass das spondere ursprünglich nur auf diese Weise geschah. Im Gegenteil weist dies, wenn man bedenkt, dass das spondere bei internationalen Verträgen nachweislich religiös obligierte, darauf hin, dass es einmal einen wirklichen religiösen Akt gab, der das wirkliche spondere war, und der später durch die bejahende Beantwortung einer Frage, ob die Gegenpartei sponsierte, als vorhanden dargestellt wurde. Ursprünglich kann dann die Frage und die Antwort nur die Bedeutung gehabt haben, dass damit der Versprechensinhalt angegeben wurde, sie können aber den religiösen Akt selbst nicht ersetzt haben. Ausserdem ist zu bemerken, dass die *Form* ‚Frage und Antwort‘ gar nichts für die Sponsion speziell Auszeichnendes war. Weil im Rechtsleben die Bejahung einer gestellten Frage, wenn ein Akt in einer gewissen Form vor sich ging, als dem Inhalt der Antwort rechtliche Kraft im Verhältnis zum Fragenden verleihend betrachtet wurde, war das formelle Stellen einer Frage und ihre Bejahung ein oft anwendbares Rechtsinstrument. In der von Livius 1,38,2 angeführten Deditionsformel wurde nicht *nur* gefragt, ob sich das andere Volk den Römern überliefern. *Vorher* wurde die Frage gestellt: ‚estisne uos legati oratoresque missi a populo Conlatino, ut uos populumque Conlatinum dederetis?‘, welche Frage durch ‚sumus‘ beantwortet wurde. Danach: ‚estne populus Conlatinus in sua potestate?‘ Antwort: ‚est‘. Erst durch diese formellen Fragen und Antworten wurde

die Legatsstellung *den Römern* gegenüber gültig, ebenso wie erst dadurch das andere Volk den *Römern* gegenüber vor der Deditio als in sua potestate stehend galt. Eine entsprechende Bedeutung hatte die Frage des Fetialen, die vor dem Eingehen eines foedus an den König gerichtet wurde: ‚iubesne me, rex, cum patre patrato populi Albani foedus ferire?‘ (Livius 1,24,4). Beim confiteri in iure entstand das den Anerkennenden bindende Band durch formelle Frage und bejahende Antwort. Siehe Paulus D. 11,1,20 pr.: Qui seruum alienum *responderit* suum esse, si noxali iudicio conuentus sit, dominum liberat (scil. weil er dem fragenden Kläger gegenüber als dominus gilt) und Gaius D. 9,4,27,1 . . . apparet eum, qui alienum seruum in iure suum esse *responderit*, quamuis noxali iudicio tenea[n]tur . . . in Verbindung mit Iul. D. 9,4,39,1: Qui alienum seruum suum esse *fatetur*, quamuis noxali actione obligetur . . . In entsprechender Weise erhält die auf besondere Frage abgegebene Erklärung, dass man etwas spondiert, was eigentlich einen religiösen Akt mit zugehörigem Versprechen bedeutet, rechtliche Gültigkeit dem Fragenden gegenüber. — Wie übereilt TÄUBLER in diesem Stücke urteilen kann, tritt besonders S. 332 A. 1 in fine hervor: ‚Dagegen stimmt das zweite von Pernice a. a. O. Anm. 4 angeführte Beispiel — Liv. 9,20,8: *spondendo impetrare, ut foedus daretur neque ut aequo tamen foedere, sed ut in ditione populi Romani essent* — wo es sich um einen Deditionsvertrag handelt, ganz zu meinen Ausführungen.‘ Ja, so könnte die Erzählung ausgelegt werden, wenn die Anführung korrekt wäre. Dies ist indes nicht der Fall, weil zwei vorhergehende, die Bedeutung des Wortes *spondendo* bestimmende Worte ausgelassen sind. Es heisst nämlich *id audacter spondendo* . . . Welches ‚id‘? Nach dem Vorhergehenden baten die Apulischen Teaten um ein foedus: *pacis per omnem Apuliam praestandae auctores*. D.h. sie übernahmen kühn die Garantie für den Frieden von ganz Apulien mit Rom. Dies war der Inhalt der geleisteten Sponsion, die daher ein blosses Mittel für die Erwirkung des Deditionsvertrages war, keineswegs aber zu diesem Verträge selbst gehörte. (Man beachte, dass der Deditionsvertrag keineswegs einschloss, dass das Volk in Sklavenstellung kommen sollte. Ein Sklave konnte unter gewissen Umständen so freigelassen werden, dass er *dieselbe* Art Freiheit erlangte wie peregrini dediticii, berichtet Gaius I. 1,13 und sagt § 14: *Uocantur autem peregrini dediticii hi, qui quondam aduersus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde uicti se dederunt*. Es war daher für ein besiegtes Volk sogar eine Gunst, dass es einen Deditionsvertrag mit dem Sieger eingehen durfte, wodurch es nur in eine untergeordnete Stellung kam, nicht aber in Sklavenstellung geriet.)

Beilage 18

zum Texte S. 116.

Zum Beweis der über die sponsalia aufgestellten Sätze ist hier zuerst die schon angeführte Stelle Festus 440 LINDSAY, 329 M. erneut anzuziehen. Es heisst hier, dass Verrius Flaccus zwar das Wort *spondere* mit Versprechen *sponte sua* in Verbindung bringt, aber: *deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam* (Bezeichnungen für Bräutigam und Braut) *ex graeco dicta[m] ait, quod i σπονδάς interpositis rebus diuinis faciant*. So wird der religiöse Charakter der sponsalia direkt bezeugt. Man beachte weiter den Ausdruck *despondere animum* bei Plautus Mil. 6 und 1053, Men. 35 und Merc. 614. Wenn auch der Ausdruck hier nur Mutlosigkeit bezeichnet, so hat er doch diese Bedeutung erhalten, weil sein ursprünglicher Sinn ist: die eigene Lebenskraft versprechen, scil. dem Tode. *Despondere* muss ursprünglich ein Versprechen eingeschlossen haben. Varro vergleicht l. l. 6,71 *despondisse animum* mit *despondisse filiam*. Im ersteren Falle sei der *animus* aus der Willkür des Versprechenden (*a sponte sua*) herausgegangen, (d.h., er stehe nicht mehr in seiner Willkür). Das Entsprechende gelte im anderen Falle. Dann bedeutet aber *despondere animum* dasselbe wie *deuouere animum* und hat religiöse Bedeutung. Gerade *despondere filiam* aber ist der technische Ausdruck für die Spondierung des Vertreters der Braut. Es heisst bei Varro l. l. 6,69, der ebenfalls unrichtig *spondere* von *sponte* ableitet: *ab eadem sponte, a qua dictum spondere, declinatum spondit et respondet et desponsor et sponsa, item sic alia. spondet enim, qui dicit a sua sponte: spondeo. <qui> spondit, est sponsor. Qui idem faciat obligatur sponsu, consponsus. hoc Naeuius significat, cum ait consponsi.* (SPENDEL emendiert für *spondit*: *qui spondit*. Da vorher das Wort *spondit* als aus *sponte* declinatum bezeichnet wird, muss auch hier *spondit* gestanden haben. Dass die Reduplikation nicht ursprünglich ist, geht auch aus einer alten Auguralprekation hervor, die bei Festus 476 LINDSAY 351 M. angeführt ist. In dieser wird gesagt: *sponsis*, welches der augur Messala durch *sponderis* auslegt.) Es ist deutlich, dass Varro hier eine altertümliche Terminologie abhandelt, die der zivilrechtlichen Terminologie seiner Zeit fremd war. Die Ausdrücke *desponsor, sponsa, sponsor* als der, der *spondit, consponsus (consposi)* gehören der letzteren nicht an. Was besonders das letzte Wort und seine Erklärung im Varro-Texte betrifft, weisen GÖTZ-SCHÖLL in ihrer Varro-Edition S. 82 fehlerhaft auf Gaius I.3,115 hin: *sponsor ita interrogatur: idem dari spondes?* Bei Varro-Naeuius handelt es sich gar nicht um *sponsor* im zivilrechtlichen Sinne, d.h. um einen Bürgen durch *sponsio*. *Sponsor* ist in dieser Stelle der, welcher einer anderen Person auf ihre Frage etwas durch das Wort *spondeo* versprochen hat, und

consponsus ist die andere Person, insofern sie umgekehrt der *Gegenpartei* in derselben Weise dasselbe versprochen hat. Dass ein Bürge, dessen Versprechen nur ein Anhang zum Versprechen des Hauptschuldners demselben Gläubiger gegenüber ist, als *consponsus* in dem Sinne bezeichnet würde, dass beide zusammen als *consponsi* zu betrachten wären, ist unmöglich. Bei Festus-Paulus 36 LINDSAY, 11 M. wird gesagt: *consponsos antiqui dicebant fide mutua colligatos*. Statt *fide mutua* hätte offenbar *sponsu* mutuo geschrieben werden können. Denselben Sinn hat bei Apuleius, Metam. 5,14 im Anf. *consponsae factionis*, ebenso wie bei Ausonius 399,11 *consponsi foederis*. *Consponsus* ist deshalb dasselbe wie *consponsor*, welches Wort Festus-Paulus 51 LINDSAY, 59 M. als *coniurator* bestimmt wird, womit in jedem Falle der sakrale Sinn feststeht. Bei einer Verschwörung versprechen die Teilnehmer *einander* etwas. Das Wort ist in derselben Weise wie *coniuratus* = *coniurator* gebildet. Dies schliesst keineswegs aus, dass in der *zivilrechtlichen* Sprache, in welcher *sponsor* immer einen Bürgen bezeichnet, *consponsor* nur einen Mitbürgen bezeichnet. Siehe z.B. Cic. ad fam. 6,18,3. Dass der Bürge *als solcher* als *consponsor* bezeichnet wird, kommt niemals vor, was beweist, dass GÖTZ-SCHÖLL die Erklärung Varros vom Worte *consponsus* missverstanden hat. (Im übrigen kann hinsichtlich des religiösen Sinnes vom Worte *spondere* als des ursprünglichen auf die allgemeine Auseinandersetzung im Texte hingewiesen werden.)

Das von Varro Gemeinte, das sich *nicht* auf das Zivilrecht beziehen kann, wird durch das unmittelbar Folgende völlig klar. In diesem handelt es sich ausschliesslich um die *sponsalia*: *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*; appellabatur et pecunia et quae *desponsa* erat *sponsa*; quae pecunia *inter se* contra *sponsum* rogata erat, dicta *sponsio*; cui *desponsa* [quo] <quae> (MUELLER) oder <a quo> (Sp.) *sponsus*; quo die *sponsum* erat *sponsalis*. qui *sponponderat* filiam, *despondisse* dicebant, quod de *sponte* eius, id est de uoluntate, exierat. non enim si uolebat, dabat, quod *sponsu* erat alligatus. nam ut in comoediis uides dici: *sponde*<n> tuam [a]gnatam filio uxorem meo. Hier kehren also unmittelbar vorher angeführte Termini mit dem Stamme *spondere* als bei den *sponsalia* anwendbar wieder. So *sponsa*, von der Braut und der alternativ versprochenen pecunia gesagt, *sponsus* (Gen. -i) als Bezeichnung für den Bräutigam, *despondere* als verloben seitens des Vaters der Braut. Weiter der altertümliche Ausdruck *sponsus* (Gen. -us) für den Sponsionsakt selbst. Hiernach ist deutlich, dass es sich im Vorhergehenden um eine Sammlung altertümlicher Termini handelt, die besonders mit den *sponsalia* zusammenhängen. Hieraus folgt, dass auch der Terminus *desponsor* als Ausdruck für den, der die Verlobung zustandebringt, bei den *sponsalia* angewandt worden ist, ebenso *sponsor* für einen jeden, der sich zur Heirat durch Spondierung verbunden hat, und *consponsi* für die Parteien, zusammengenommen, die einander die

Heirat durch Spondierung versprochen haben. (Im letzteren Falle handelt es sich natürlich um den Bräutigam und den *Vertreter* der Braut, nicht um diese selbst, die nichts spondiert.)

Diese Folgerungen werden durch die Äusserung des Seruius Sulp. bestätigt, die bei Gellius N. A. 4,4,1 f. angeführt wird: *Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Seruius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: Qui uxorem, inquit, ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum iri. Qui ducturus erat, itidem spondebat (vgl. bei Varro: qui idem faciat obligatur, consponsus). Is contractus stipulationum sponsonumque dicebatur sponsalia. Tunc, quae promissa erat, sponsa appellabatur; qui sponderat ducturum sponsus. Dass Varro und Seruius dieselben altertümlichen sponsalia meinen, geht ja aus der absolut übereinstimmenden Terminologie klar hervor. Seruius fügt nur hinzu, dass die Zeremonie im alten Latium ausgebildet worden sei, zu welchem auch Rom ursprünglich gehörte. Man hat indes einen Gegensatz zwischen den Äusserungen der beiden Verfasser behaupten wollen. Nach Varro soll nur die über die Ehe der weiblichen Partei bestimmende Person die Heirat durch Sponsion versprochen haben. Nach Seruius soll auch die männliche Partei die Heirat durch Sponsion versprochen haben. So z.B. GIRARD, *Man.*⁶, 6,152³ und PEROZZI, *Ist.*² I S. 355⁴. Letzterer, der die vermeintliche Angabe Varros für die richtige hält, wagt die Behauptung, dass Gellius seine Quelle nicht mit zureichender Genauigkeit zitiert und dieselbe missverstanden haben sollte. Diese Annahme ist bedenklich: 1:0 weil Gellius selbst sagt, dass er die Schrift des Seruius: de dotibus in direkter Anführung zitiert; 2:0 weil sich ganz dieselbe Angabe bei Ulpianus in seinem *liber singularis de sponsalibus* (D.23,1,2) findet. *Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit ueteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.* ‚Sibi‘ muss sich natürlich auf die männliche Partei beziehen. Also bat sich diese Partei die Sponsion von der anderen Partei durch die Frage: ‚spondes?‘ aus (*stipulari*) und versprach zugleich selbst die Ehe (*spondere*). Man vergleiche den Ausdruck bei Seruius für die sponsalia, der nach der Darstellung der doppelten Sponsionen angewandt wird: *Is contractus stipulationum sponsonumque . . . Stipulatio und sponsio sind Glieder desselben Aktes. Eine jede setzt für ihre Vollendung die andere voraus. Sagt man, dass die eine Partei stipuliert, wird vorausgesetzt, dass die andere Partei wirklich die Frage durch ‚spondeo‘ beantwortet. Sagt man, dass sie spondiert, wird vorausgesetzt, dass die andere Partei die Frage stellt, also stipuliert. Deshalb kann die gegenseitige Stipulierung bzw. Spondierung auch so bezeichnet werden, dass die eine Partei im Verhältnis zur anderen sowohl stipuliert als spondiert, was Ulp. von der männlichen Partei bei Verlobungen sagt. Dann ist es unverständlich, wie P. E. CORBETT, *The roman law of marriage***

S. 8 behaupten kann, dass in der angeführten Stelle nichts von einem Ehe-Versprechen seitens des Bräutigams gesagt werde. (Indes gelangt er doch zum richtigen Ergebnis, dass wirklich doppelte Stipulationen vorkamen. Der Beweis aber ist hinsichtlich der Varronischen Erklärung ebenso wie bei KARLOWA, Röm. Rechtsgesch. II, S. 176 ff. unvollständig.) 3:0 wird die Angabe bei Gellius durch Seruius in Aen. 10,79 bestätigt: ergo sponsus non quia promittitur, sed quod spondet. Die Behauptung, Varro habe sagen wollen, dass *nur* die weibliche Partei spondiert, ist falsch. Dies aus folgenden Gründen. 1:0 bezeichnet Varro den *consponsus* (Gen. -i) als den, welcher sponsu zum idem facere obligiert wird. Dann schliesst natürlich das einfache *sponsus* (Gen. -i) als Bezeichnung für den Bräutigam ein, dass dieser *sponsu* obligiert wird, also dass eine Spondierung seitens der männlichen Partei vorgelegen hat. Varro sagt ja aber selbst, dass er als *sponsus* bezeichnet wurde. 2:0 sagt Varro: pecunia quae inter se contra sponsum rogata erat, dicta sponsio. Vgl. mit dem kursivierten Satze Varro l. l. 7,107: sponsus contra sponsum rogatus. Sponsus (Gen. -us) ist ein altertümlicher Ausdruck für die spätere sponsio, welches Wort in der älteren Terminologie nicht dieselbe weite Bedeutung hatte wie später. Als Gegenstück zu einer eigenen Spondierung wird eine Spondierung der Gegenpartei verlangt: natürlich in der Form: ‚spondes (tu)?‘ Deshalb ist klar, dass durch die Worte: pecunia inter se contra sponsum rogata ausgedrückt wird, dass die Parteien aneinander die Aufforderung richten, Schadenersatz zu spondieren, falls die Hauptspondierung nicht realisiert wird. Weil dieser Ersatz ‚sponsio‘ genannt wird, wird Gram. Lat. VII S. 99 L. 14 gesagt, dass ‚sponsio‘ ‚poena‘ bedeute.

Es ist nun indes auch verständlich, weshalb Varro *direkt* nur die Spondierung bespricht, die seitens der weiblichen Partei stattfindet. Varro weist selbst auf die sponsalia hin, die in den Komödien erwähnt werden. Das Übliche war es nach der darin vorkommenden Darstellung, dass die männliche Partei den *Ehevorschlag* machte, der seinen logischen Abschluss in einer Aufforderung zur Spondierung seitens der weiblichen Partei hatte. So *immer* bei Plautus. Der technische Ausdruck für diesen Vorschlag scheint: mentionem facere mit oder ohne cum aliquo gewesen zu sein: Aul. 204 und 685. (Als allgemeiner Ausdruck für das Machen eines Vorschlages wird mentionem facere Cist. 134 und Persa 109 angewandt.) Siehe auch Liv. 29,23,3. Deshalb wird die Verlobung bei Florentinus D.23,1,1 u. 3 so bezeichnet: mentio et repromissio nuptiarum futurarum, unde et sponsi sponsaeque appellatio nata est. *Mentio* bedeutet hier Aufforderung zu einem Eheversprechen der weiblichen Partei, die auch Erfolg hat, und *repromissio* ist das korrespondierende Versprechen der Partei, von der die effektive Aufforderung ausgegangen ist. Wenn nun gewöhnlich die männliche Partei den Vorschlag machte, war die Spondierung der weiblichen natürlich die primäre, die als logische Folge

die des Antragstellers nach sich zog. Es bestand deshalb kein besonderer Anlass, letztere direkt zu erwähnen. Die Sache war in der Tat entschieden, wenn die weibliche Partei dem Vorschlage gemäss spondiert hatte. Bei Plautus, wo *immer* die männliche Partei den Vorschlag macht, wird auch ebenso wie bei Varro nur die die Sache entscheidende Spondierung des Vertreters der Braut direkt erwähnt, wobei wie bei Varro der Ausdruck despondere angewandt wird. Siehe z.B. Aul. 255—256 und 782; Cist. 498; Curc. 671; Poen. 1268; Trin. 603, 604, 1133 u. 1156. Aus den in Wirklichkeit völlig übereinstimmenden Zeugnissen Varros, des Seruius Sulp., des Ulpianus, des Seruius Gram. geht mit Sicherheit hervor, dass dieser Spondierung die der männlichen Partei folgen sollte.

Weiter ist der Ausdruck *pactam scil. rem* oder *filiam* in diesem Zusammenhang zu beachten. In Plautus Poen. 1156 sagt der männliche Kontrahent: *Tuam mihi maiorem filiam despondeas*. Danach der Vater des Mädchens: *Pactam rem habeto*. Der Bewerber: *Spondesne igitur*. Der Vater: *Spondeo*. Durch diese Spondierung wird also eine *Übereinkunft* betreffs der Ehe eingegangen. Eine Übereinkunft setzt indes das Gutheissen *beider* Parteien voraus, was, wenn sie durch die Anwendung des Spondierungsinstitutes geschehen muss, nur durch gegenseitige Spondierungen zustandekommen kann. Der Vater des Jünglings sagt Trin. 500 zum Bruder des Mädchens: *Habeon pactam? quid taces?* und 502: *Quin fabulare ‚di bene uortant: spondeo?‘* D.h. das Zustandekommen des seiner Natur nach gegenseitigen *pactum* geschieht *durch* die Spondierung des Bruders, weil der *Antragsteller* natürlich ohne weiteres mitwirken will, wenn er eine bejahende Antwort erhalten hat. Endlich 1183: *Haec tibi pactast Callicli filia*. Man hätte ebensogut sagen können: *Haec tibi sponsast*, weil in älterer Zeit keine andere Verlobung als die durch Spondierung möglich war. Non. Marc. sagt p. 439 M.: *Inter speratam et dictam et pactam et sponsam hoc interest, quod uirgo, priusquam petatur, sperata dicitur . . . dehinc promissa dicta uel pacta uel sponsa dici potest*. Die Bezeichnungen *promissa*, *dicta* und *pacta* besagen also dasselbe wie *sponsa*, natürlich weil das *pactum* durch die Spondierung des Mädchens zustande kommt. Dies wird nun auch durch den Kommentar des Seruius in Aen. 10, 79, auf welche Stelle Nonius hinweist, bestätigt: *gremiis abducere pactas?* Seruius sagt: i.e. *sponsas*. Nam ante usum tabularum matrimonii cautiones sibi *in uicem* emittebant, in quibus spondebant se consentire in iura matrimonii. Wie KARLOWA a. a. O. unter Berufung auf drei hier angeführte Stellen sagen kann: „Für die frühere Klagbarkeit der Verlobnisse spricht auch der noch bei Plautus hervortretende Gegensatz der *pacta* oder *conuenta*(?) und der *sponsa*“, ist völlig unverstänlich. Über die Klagbarkeit unten S. 261.

Dass auch die männliche Partei spondieren sollte, geht weiter daraus hervor, dass, *wenn* ausnahmsweise die weibliche Partei der anderen den

Vorschlag macht, vom Vater des Bräutigams gesagt wird, dass *er* das Mädchen verspricht — *despondet*. Dass der Vertreter des Mädchens immer spondieren muss, ist allzu stark belegt, um bezweifelt werden zu können. Im angegebenen Falle wird indes *diese* Gegenspondierung nicht erwähnt: dies aus demselben Grunde, aus dem die männliche Gegensponsion in den Fällen nicht erwähnt wird, wo der Bräutigam oder sein Vertreter den Antrag stellt. Terentius Andria 99 f. heisst es: Chremes / *ultra ad me uenit, unicam gnatam suam / cum dote summa filio uxorem ut daret / Placuit: despondi*. Donatus sagt zu dieser Stelle: *Despondi proprie, nam desponsa dicitur, quia spondet puellae pater, despondet adulescentis*. Donatus scheint hier anzunehmen, dass *filium* das Objekt des *despondere* ist, was nicht zutrifft. Das vorausgesetzte Objekt ist *gnatam* (des Chremes), wie aus einer Parallelstelle bei Terentius hervorgeht, worüber sofort. Es ist auch unrichtig, dass die Spondierung des Vaters des Jünglings im *allgemeinen* als ein *despondere* zu bestimmen sei. Dies geht aus Varro ebenso wie aus Plautus hervor. Bei letzterem verlangt immer die männliche Partei die Ehe, und nur vom Vertreter des Mädchens wird gesagt, dass *er* ‚despondet‘. Wenn aber, wie es *hier* der Fall ist, wirklich der Vertreter des Mädchens den Antrag stellt, hat die Spondierung des Vaters des Jünglings den Charakter eines *despondere*. Die Spondierung seitens des Vaters des Mädchens ist dann nur ein Reflex. Dass dies richtig ist, geht aus Ter. Adelphoe 734—735 hervor: *Quin iam uirginem despondi?*, wo der Vater des *Bräutigams* spricht. In diesem Falle handelt es sich um ein armes Mädchen, das von einem reichen Jüngling verführt worden war. Dass die weibliche Partei die Ehe verlangt, ist dann natürlich. Deshalb wird hier der Vater des Jünglings als *desponsor* dargestellt. Der Kommentar des Donatus ist unrichtig, wie aus der Zusammenstellung der bei Plautus und der bei Terentius angewandten Ausdrucksweise hervorgeht: *Et despondet puellam, qui petit, spondet a quo petitur*. (Recte ergo *socer futurus despondi dixit*.) Das Umgekehrte ist richtig. — Es sei hinzugefügt, dass der Ausdruck *despondere*, der immer in bezug auf den, *unde petitur*, angewandt wird, darauf hinweist, dass die Werbung nicht nur im *allgemeinen* von der männlichen Partei ausgeht, sondern dass dies *ursprünglich* als die einzige Möglichkeit betrachtet worden ist. Denn *despondere*, das immer *puellam* od. dgl. zum Objekt hat, schliesst ein, dass der Gewalthaber des Mädchens dieses abgibt (vgl. *umgekehrt debere = dehibere = de aliquo habere*). Wenn später *despondere* (scil. *puellam*) in den Ausnahmefällen, in welchen die Werbung von der weiblichen Seite ausgeht, dem Bräutigam oder seinem Vertreter in den Mund gelegt wird, so liegt eine Übertragung auf eine Person vor, von welcher eigentlich das *despondere* nicht ausgehen kann. Diese Übertragung beruht dann darauf, dass das Mädchen als Objekt der Spondierung ursprünglich immer aus natürlichen Gründen als *desponsa* betrachtet wurde. Wenn

nun die männliche Partei statt der weiblichen primär sponsiert, weil erstere dazu primär aufgefordert war, wird die puella als von *dieser* Partei *desponsa* betrachtet, obgleich sie eigentlich nicht *despondere* konnte.

Wir können nun, da die Seruianische Äusserung als zuverlässig anzusehen ist, das Ergebnis so zusammenfassen: Der Bräutigam *sponsus* ist *sponsor*, auch wenn daneben sein Gewalthaber selbst sponsiert. Die Braut ist *desponsa* oder nur *sponsa*. Ihr Vertreter ist wenigstens ursprünglich *desponsor* gewesen. (Selbst sponsiert sie nicht. Sie ist mutmasslich in ältester Zeit als eine Handelsware betrachtet worden, hinsichtlich welcher der Bräutigam und ihr Vertreter eine Übereinkunft eingehen.) *Consponsi* oder *consensores* sind die *gegenseitig* sponsierenden Parteien gewesen, weil ihre Sponsionen denselben Inhalt haben. Das entstandene Band ist religiös. Auch wenn die Parteien später nur ‚spondesne‘ ‚spondeo‘ sagen, stellt die Anwendung des Wortes *spondeo* einen Akt dar, in welchem in älterer Zeit wirklich ‚res diuinae interpositae sunt‘ waren (Verrius Flaccus.)

Nachdem Varro l. l. 6,70 über die zu den sponsalia gehörenden Sponsionen, besonders über die gegenseitigen Sponsionen von ‚pecunia‘ (= durch Nicht-Erfüllung der einen oder anderen Partei bedingter Schadenersatz) gesprochen hat, sagt er (71): quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur. Was bedeutet hier praetorium ius ad legem? Kann die Anwendung des *Zivilrechtes* durch den Prätor aus diesem Rechte ein praetorium ius machen? Dies ist unmöglich. Nach dem Sprachgebrauch zur Zeit Varros steht ja prätorisches Recht im Gegensatz zum Zivilrecht. Dass die Aktion auf Grund der fraglichen Sponsionen zum praetorium ius gehörte, schliesst also die zivilrechtliche Gültigkeit dieser Sponsionen aus. Um welches praetorium ius kann es sich indes hier handeln? Kann ein für römische Bürger in ihren internen Verhältnissen geltendes praetorium ius gemeint sein? Es ist hierbei zu beachten, dass vor der Zeit des Formularprozesses (ca 150 v. Chr.) nur solche unter dem imperium des Prätors stehende iudicia möglich waren, die Verhältnisse zwischen Bürgern und *Fremden* betrafen. Diese iudicia waren rekuperatorisch. Dass aber die abgehandelte Sponsaliensitte erst mit dem Anfang des Formularprozesses ausgebildet worden wäre, lässt sich unmöglich annehmen. Sie ist schon zur Zeit des Plautus vollständig ausgebildet, dessen Komödien auch Varro offenbar berücksichtigt. Ich habe Röm. Obl. I S. 454 hinsichtlich des Ursprungs des rekuperatorischen iudicium auf Gallus Aelius bei Festus 342 LINDSAY, 274 M. hingewiesen: Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et ciuitates peregrinas lex conuenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque priuatas inter se persequantur. Das rekuperatorische iudicium, das unter dem Magistrat des einzelnen Volkes stand, war ein Verfahren, durch das Verletzungen

der Bürger des einen Staates durch Bürger eines anderen nach einem in völkerrechtlichem Vertrag festgestellten Gesetz gesühnt werden konnten. Solange das *ius gentium* als eine das rechtliche Verhältnis zwischen Bürgern verschiedener Staaten regelnde allgemeine Rechtsordnung noch nicht ausgebildet war, gab es kein anderes Mittel, die Streitigkeiten friedlich beizulegen. Nun waren aber die Verletzungen, die an sich die Möglichkeit eines *iustum piumque bellum* begründeten, *eo ipso* als religiöse Delikte zu betrachten. Solche Delikte waren Ausplünderungen von Bürgern einer *ciuitas*, mit welcher ein Friedensvertrag bestand, oder Verletzungen der Heiligkeit eines Legaten oder Eidesbruch. Wenn nun die hier abgehandelten Sponsionen religiös obligierten, gehörte ihre Nichterfüllung zur selben Kategorie. Sie musste dann ebenso wie andere solche Verletzungen auch durch *rem reddere* oder *reciperatio* gesühnt werden, was, wenn ein internationaler Vertrag angegebener Art vorlag, durch ein vom Gerichtsvorsteher in dem Staate des Wortbrüchigen angeordnetes, rekuperatorisches *iudicium* realisiert werden sollte, in Rom ein *iudicium imperio continens*, in welchem auch Fremde als Richter fungieren konnten (Gaius I.4,105) — in diesem Falle sollten mutmasslich auch Bürger, die zum Staate des verletzten Individuums gehörten, den Rekuperatoren angehören. Wenigstens sollte dem Kläger ein von ihm selbst gutgeheissener Bürger des Staates, in welchem das *iudicium* angeordnet wurde, als *patronus* beistehen. (Über den Charakter rekuperatorischer *iudicia*, wo Bürger eines anderen Staates Parteien waren, geben *lex Acilia repetundarum* 7 u. 9 ff. mit Livius 26,48,8 u. 9 und 43,2,3 nötige Auskunft. Im fraglichen *iudicium* sollte der Wortbrüchige, der selbst bei der Verlobung für den Fall eines Wortbruchs *pecunia* als *poena* versprochen hatte, zum Schadenersatz verurteilt werden. In anderer Weise dürfte der Ausdruck bei Varro: *praetorium ius ad legem* (scil. *contractus*) nicht ausgelegt werden können. Andererseits war ein für Schadenersatz angeordnetes *iudicium* ausgeschlossen, wenn beide Parteien römische Bürger waren, weil die *sponsalia* nicht *iure ciuili* galten. Dass sie so jemals gegolten hätten, kann durch kein Quellenzeugnis belegt werden. Dann war in solchem Falle nur ein die Ehre berührendes *ensorium iudicium ad aequum* möglich. Dass dies wirklich der Sinn der Darstellung bei Varro ist, wird durch den Bericht über die *sponsalia* bei Seruius a. a. O. bestätigt, welcher auch die erstere vervollständigt. Nach den vorher angeführten Worten schreibt Seruius (Gell. 4,4,2): *Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex, quamobrem data acceptaue non esset uxor, quaerebat. Si nihil iustae causae uidebatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui sponponderat, <ei> qui stipulatus erat, condemnabat. Also sollte zu dem nach Varro in den *sponsalia* selbst hypothetisch versprochenen Schadenersatz nur dann verurteilt werden, wenn keine*

iusta causa zum Brechen des Eheversprechens vorlag. Das Mass des Ersatzes sollte das Interesse der verletzten Partei bei der Sache sein. Nun ist weiter zu bemerken, dass es sich bei Seruius nach der oben angeführten Äusserung um die zum alten *Latium* gehörende Sponsaliensitte handelt. Deshalb hat der nachfolgende Zusatz bei Gellius die grösste Bedeutung: Hoc ius sponsaliorum obseruatum dicit Seruius ad id tempus, quo ciuitas uniuerso Latio lege Iulia data est. Haec eadem Neratius scripsit in libro, quem de *nuptiis* composuit. Dass mit dem Erwerb des römischen Bürgerrechts seitens der Latiner das besprochene iudicium aufhörte, kann in keiner anderen Weise erklärt werden als so, dass es auch vorher bei sponsalia zwischen *römischen Bürgern* nicht vorkommen konnte und dass die Verlobung niemals *zivilrechtliche* Kraft hatte. So wird denn noch ein Indiz für die Richtigkeit unserer Auslegung der Worte bei Varro: *praetorium ius ad legem* bzw. *ensorium iudicium ad aequum* gegeben.

Beilage 19

zum Texte S. 142.

FLUME hat in seiner sorgfältigen Untersuchung: *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgerschaftsstipulationen* S. 64 ff. auf Grundlage der im Texte abgehandelten Gaiusstelle I.3,119 zu beweisen versucht, dass die Bürgerschaftssponsion an das „*Verpflichtungsgeschäft*“, nicht an die „*Verpflichtung*“ desjenigen, für welchen gebürgt wird, angeknüpft war. Weil nach dieser Stelle keine wirkliche Verpflichtung durch das Hauptgeschäft entstehen müsse, habe die Bürgerschaftssponsion ihre Grundlage im blossen Geschäft gehabt. Dabei legt er besonderes Gewicht darauf, dass in den von Gaius angeführten Fällen die *Stipulation* selbst als formell vollendet hervortritt. Gaius soll, wengleich nicht terminologisch, so doch sachlich einen Unterschied zwischen stipulatio non existens und stipulatio existens inutilis machen. Indes weist Gaius auf eine ältere Anschauung hin, nach welcher sogar die sponsio eines Sklaven oder Peregrinen als Hauptspension fungieren konnte. Aus der Zusammenstellung mit § 179 geht hervor, dass Seru. Sulp. eine solche Ansicht vertreten hat. Kann es sich dann zu dieser älteren Zeit um ein *zivilrechtliches* Verpflichtungsgeschäft, wengleich ohne Kraft, eine Verpflichtung zu erzeugen, gehandelt haben? Der Verf. berührt diesen Punkt nur in einer Anmerkung S. 69²: „So kann der Streit, von dem Gaius berichtet, auch nicht darum gegangen sein, ob der Sklave oder Peregrine aus einer sponsio verpflichtet werde, sondern ob ihre Sponsion überhaupt eine stipulatio sei. Gerade auch dieser Streit zeigt, dass die Sponsionsbürgschaft sich nicht an die Verpflichtung, sondern an das Verpflichtungsgeschäft an-

lehnt.“ Wie ist es möglich, dass jemand jemals hat annehmen können, dass eine solche sponsio ein *zivilrechtliches* Verpflichtungsgeschäft sei? Gaius sagt ja 3,93, obgleich er gerade dort ein spondere mit nicht zivilrechtlichem Sinne bespricht, dass innerhalb des Zivilrechtes das spondere so eng an die Eigenschaft römischer Bürger geknüpft ist, dass das Wort, soweit es sich um dieses Recht handelt, nicht in fremde Sprachen übertragen werden kann. Ausserdem sagt er ja gar nicht, dass ein sponsor eine accessio an die *Stipulation* ist — accedit — sondern er sagt, dass der sponsor an die uerborum *obligatio* eine accessio ist. Dadurch entsteht der im Texte abgehandelte Widerspruch, den der Verf. nicht auflösen kann, weil er das zugängliche reiche Material für die *Geschichte* des Sponsionsrechtes gar nicht berücksichtigt. Zur Bürgschaftssponsio gehört übrigens das für den sponsor konstitutive Moment, dass die ihn belastende Obligation nicht vererblich ist. Es ist ein methodischer Fehler, bei der Erörterung der Eigentümlichkeit der Bürgschaftsobligation durch sponsio dieses konstitutive Moment nicht zu beachten.

Indes steht die Auffassung des Verfassers in Zusammenhang mit seiner Unterscheidung zwischen der Sponsions- und Fidepromissionsbürgschaft einerseits und der Fideiussionsbürgschaft andererseits. Er sagt S. 75: „Weil der sponsor nicht Gewähr für die Hauptverbindlichkeit übernimmt, sondern selbständig die eigene Leistung verspricht, so ist seine Haftung von dem Bestehen einer materiellen Hauptverpflichtung unabhängig. Weil aber der Leistungsgegenstand der Sponsionsbürgschaft ausschliesslich durch die Hauptstipulation bestimmt wird, so kann eine Verpflichtung des sponsor nur entstehen, wenn die Hauptstipulation als Rechtsgeschäft beachtlich ist. Wenn die Hauptstipulation als stipulatio non existens anzusehen ist, so fehlt es an einer gültigen Fixierung des Leistungsgegenstandes für die Sponsionsbürgschaft, indem für das ‚idem‘ des Versprechens des sponsor keine Beziehung vorhanden ist . . . Die fideiussio dagegen setzt das Bestehen einer materiellen Verpflichtung voraus, weil der fideiussor nicht wie der sponsor eine eigene Leistung selbständig verspricht, sondern für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners die Haftung übernimmt.“ Der Verf. muss einen *besonderen*, nicht ganz klaren Sinn in „Gewähr für die Hauptverbindlichkeit“ oder „die Haftung für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners“ legen. Solche soll nur den fideiussor treffen. Diese Ausdrücke findet man oft in der Abhandlung als die Stellung des *fideiussor* bezeichnend: so z.B. S. 44, 49, 50—51, 52, 64. Auch BESELER, *Sav. Z.* 45 (1925) S. 199 (in fine) gebraucht eine solche Bezeichnung für die Verpflichtung des fideiussor. Welchen Sinn diese Worte als gerade *diese* bezeichnend haben, wird wenigstens direkt niemals angegeben. Dass es sich um ein Indemnitätsversprechen hinsichtlich der Obligation des Hauptschuldners handelt, wird S. 57 abgelehnt. Man könnte glauben, dass unter der betreffenden

Haftung verstanden werde, dass nur, wenn und solange eine materielle Verpflichtung des Hauptschuldners vorhanden ist, die Verpflichtung des fideiussor besteht, was nicht für den sponsor gelten soll. Erstens aber schliesst dies natürlich gar nicht aus, dass der fideiussor die einmal bestehende Verbindlichkeit des Hauptschuldners, auch wenn sie nicht zivilrechtlich gilt, als eigene selbständig übernimmt (ebenso wie der sponsor die Obligation übernimmt, die in der primären Spondierung, auch wenn diese zivilrechtlich nicht gültig ist, jedenfalls als entstehend *bezeichnet* wird). Und wenn im Falle sponsor dieser für die im primären *Spondiationsakte* gegebene Obligation verantwortlich wird, ist es natürlich, dass er verantwortlich bleibt, bis die ihm mit dem Hauptschuldner gemeinsame Obligation selbst durch Einlösung oder l. c. verschwunden ist, unabhängig davon, ob der Hauptschuldner z. B. durch *capitis diminutio* (Gaius I. 3,84 gemäss) ohne successor obligiert zu sein aufhört. Ebenso natürlich ist es, dass, wenn der fideiussor ohne Anknüpfung an einen Verpflichtung begründenden Akt eine bestehende *Verbindlichkeit* des Hauptschuldners als eigene ohne Novation übernimmt, die Haftung im selben Moment enden muss, in welchem die erstere verschwindet. Zweitens kann nicht diese Abhängigkeit vom Bestande der Hauptverbindlichkeit, die natürlich die Haftung des fideiussor für den Hauptschuldner zu einer schwächeren macht als die des sponsor, als das für die Verpflichtung des fideiussor Auszeichnende gemeint sein, weil sie eine *Folge* der für den fideiussor eigentümlichen Haftung oder der Gewähr für den Hauptschuldner sein soll. Der Verf. sagt S. 44 (vgl. die ausführliche Auseinandersetzung S. 105 ff.), dass der fideiussor nicht beim Untergang des Dinges nach seiner eigenen mora verantwortlich wird, und schliesst daraus, dass seine Verbindlichkeit nicht mit der des Hauptschuldners identisch sein kann — er soll nur für fremde Verbindlichkeit „einstehen“. Obleich die Prämisse sicher richtig ist, ist der Schluss verfehlt. Aus Pap. D.4,3,19 geht hervor, dass der Untergang des Dinges nach der mora des fideiussor *deshalb* nicht einmal für ihn selbst die Obligation zivilrechtlich perpetuiert, weil *debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur*. D.h. weil der Inhalt der Verpflichtung des fideiussor durch den Inhalt der Verpflichtung des Hauptschuldners bestimmt ist, wie die Verpflichtung des sponsor durch den Inhalt der Obligation, die in dem primären Spondierungsakte als entstehend bezeichnet wird, bestimmt ist, muss mit der Befreiung des Hauptschuldners immer auch der fideiussor befreit werden. Dies ist kein anderes Abhängigkeitsverhältnis als das, in welchem die Verbindlichkeit des sponsor zu der des primär Spondierenden steht, obleich im letzteren Fall das Entscheidende die im primären Spondierungsakte eingeschlossene Obligation ist, im ersteren dagegen die faktisch bestehende Verpflichtung des Hauptschuldners ohne jede Rücksicht auf den Akt, wodurch sie entsteht.

Dann muss gefragt werden: was versteht der Verf. unter dem Einstehen für fremde Verbindlichkeit, wenn dies nicht bedeuten soll, dass die eigene Verpflichtung des fideiussor gerade dieselbe Sache zum Inhalte hat, zu welcher der Hauptschuldner verpflichtet ist, und gerade dadurch bestimmt ist? Man versteht die Meinung des Verfassers, wenn man beachtet, in welcher Weise er wenigstens bisweilen seine These zu beweisen versucht. S. 43—44 wird Ulp. D.47,2,14,10 angezogen. Aus dieser Stelle folgt, dass der adjektivisch haftende Vater nicht zum ‚custodiam praestare‘ verpflichtet ist, wenn sein Sohn ein Kommodat empfangen hat. Hieraus schliesst Flume, dass der fideiussor, der im Verhältnis zum Hauptschuldner eine der des Vaters zum Sohne bei adjektivischer Haftung analoge Stellung einnehmen soll, nicht dieselbe Verpflichtung wie der Hauptschuldner bei einem Kommodat hat. Statt dessen soll er nur für diese einstehen. Wenn nun der Hauptschuldner bei infolge seiner culpa (=mangelhafter custodia der Sache) unterlassener Restitution materiell nicht zum Schadenersatz verpflichtet wird — also abgesehen von der stets erfolgenden Bewertung der Sache bei der Kondemnation — würde der fideiussor zu etwas anderem als der Hauptschuldner materiell verpflichtet sein, nämlich zu Schadenersatz bei der culpa des Hauptschuldners, nicht bei eigener culpa. Hierin besteht also juristisch das etwas mystische „Einstehen“ für den Hauptschuldner, das den fideiussor als solchen auszeichnen soll, obgleich sonst ein solches „Einstehen“ jeden Bürgen zu kennzeichnen scheint. Über die allgemeine Möglichkeit einer solchen überschüssenden Obligation später. Zunächst soll untersucht werden, welche Situation bei einem Kommodat vorliegt, für welches jemand fideiussor ist. In Wirklichkeit widerstreitet gerade die Ulpianusstelle, auf die sich der Verf. beruft, seiner Auffassung. Denn vom Vater, dem in fraglicher Hinsicht der fideiussor gleichgestellt wird, wird gesagt: *custodiam praestare non debeat* (nach Iul.), vom Sohn-Kommodator heisst es: *ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit*. Was bedeutet hier *custodiam praestare*? Wenn man einen solchen Ausdruck mit dem gewöhnlichen *culpam praestare* zusammenstellt, so ist es klar, dass *custodiam praestare* bedeutet: Ersatz leisten für durch mangelnde custodia verursachtes Verschwinden des geliehenen Dinges und dadurch bedingte Unterlassung der Restitution. Also: der Kommodatar ist zum Ersatz verpflichtet, wenn das zu restituierende Ding durch seine culpa=Mangel an custodia verschwunden ist. Der fideiussor ist zum Ersatz im selben Falle verbunden, nicht aber, wenn es durch seinen Mangel an custodia verschwunden ist. Der Verf. muss den Ausdruck *custodiam praestare* gänzlich missverstehen. Ferner: mag nun die *actio commodati*, insoweit in *ius* intendiert wird, eine *actio ex bona fide* sein oder nicht (was nicht sicher entschieden werden kann), so steht sie, methodisch gesehen, hinsichtlich der Bedeutung, die *dolus* oder auch *culpa* für die

Beurteilung der Haftung haben, unter denselben Regeln. Deshalb ist zu untersuchen, ob in den Aktionen ex bona fide in den Fällen, in welchen dolus oder culpa Relevanz haben, sich wirklich das zivilrechtlich geltende und intendierte oportet auf ein Handeln ohne dolus oder culpa bezieht oder ob es nur das praestare dolum oder culpam enthält. Eine solche Untersuchung hat übrigens hier ein unmittelbares Interesse für die Beurteilung der Natur der fideiussio. Denn das steht einerseits auf Grund von Gaius 3,119 a fest, dass fideiussio auch für die bona-fide-Obligationen möglich ist. Andererseits ist sicher, dass der fideiussor nicht selbst z. B. zur Vollziehung eines dem Hauptschuldner erteilten Mandats verbunden sein kann und nicht einmal sich selbst durch die Vollziehung desselben zu befreien vermag. In der Frage kann folgendes konstatiert werden. In Gaius I. 3,137 u. 155 wird das zur Obligation bona fide gehörende formelle dare facere als ein praestare bestimmt. Dass dare facere ein allgemeiner Ausdruck für die Verbindlichkeit zu einem incertum mit quidquid in der intentio ist, geht aus Gaius 2,213; 4,131 und 131 a, 136 und 47 hervor. In der zuletzt erwähnten Stelle wird der Ausdruck direkt auf eine Obligation ex bona fide angewandt. Dieselbe Bezeichnungsweise praestare für den Sinn des zu einer solchen Obligation gehörenden dare facere gebraucht Cicero de off. 3,17,70. Dass auch zur Zeit Ciceros dare facere den Inhalt der bezüglichen Obligation ausdrückt, geht aus de off. 3,16,66 hervor: arbitrum illum adegit, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. Die Ciceronianische Darstellung in de off. 3 c. 16 und 17 ist die älteste bekannte eingehende allgemeine Untersuchung der bona-fide-Aktionen. Über die Bedeutung des praestare kann aber hier kein Zweifel herrschen. An nicht weniger als sechs Stellen handelt es sich um praestare im selben technischen Sinne: zweimal in § 65, einmal in § 66, einmal in § 67, einmal in § 70, einmal in § 71. An allen diesen Stellen bedeutet praestare jemandem Ersatz für Verlust infolge eines gegen ihn begangenen Unrechtes leisten. Nach § 65 soll bei Manzipationskäufen von Immobilien ‚in duplum praestari‘ für die Pronuntiation des Verkäufers von Freiheit von uitia, die trotzdem vorhanden sind, und ‚in simplum‘ für Verschweigen von uitia trotz Wissens von diesen. Letzteres soll gerade in einem bonae fidei iudicium dem Kläger zugesprochen werden, in welchem der Richter z. B. pronuntiiert: emptori damnum praestari oportere (§ 66). In § 67 handelt es sich um dasselbe praestare, hier näher bestimmt als eine Ersatzleistung für eine trotz besseren Wissens verschwiegene Servitut: Ius Crassus urgebat: ‚quod uitii uenditor non dixisset sciens, id oportere praestare‘. In § 71 wird gesagt: Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium. Dann ist auch klar, dass in § 70: iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret das Wort dieselbe Bedeutung hat. Die bei den Juristen überaus gewöhnlichen Ausdrücke dolum oder

culpam praestare, welche besonders bei der Behandlung der bonafide-Obligationen angewandt werden, haben ja auch offenbar denselben Sinn. Die juristische bona-fide-Obligation hat den Ersatz für ein begangenes Unrecht zum Inhalt, der von *bona fides* gefordert wird, d.h. von der Treue, die einen *uir bonus* kennzeichnet. Das Unrecht, für welches Ersatz ex *bona fide* geleistet werden soll, schliesst dann umgekehrt eine *mala fides* ein. Deshalb sagt Cicero de nat. deorum 3,30,74, dass in iudicia bonae fidei ‚de *mala fide*‘ geurteilt wird oder bei Kauf und Miete über das, was ‚contra fidem‘ geschieht. In besonderen iudicia dieser Art hat die blossе Verurteilung *infamia* zur Folge, was unmöglich wäre, wenn die Verurteilung direkt darauf ginge, dass der Beklagte auf Grund des Vertrages oder überhaupt der Stellung, die ihn zu gewissem Handeln ex bono et aequo verbindet, eine Leistung zu bewirken habe. (Siehe hierüber auch Röm. Obl. I. S. 452 A.) Wenn dies aber der Fall ist, hat auch das für den fideiussor hinsichtlich einer bona-fide-Obligation geltende oportet ganz denselben Inhalt wie das den Hauptschuldner selbst belastende. Er ist gerade zu *dem* ‚praestare‘, das der Inhalt in der Verpflichtung des Hauptschuldners ist, verpflichtet. Für *eigene culpa* ist er nicht verantwortlich. Wenn er dies wäre, haftete er für etwas anderes als der Hauptschuldner.

Der Verf. führt auch S. 54 ff. die Möglichkeit an, für Stipulationen von unvertretbaren Leistungen Bürgschaft zu empfangen, was nur durch fideiussio, nicht durch sponsio oder fidepromissio geschehen könne. Er beruft sich besonders auf Paulus D.45,1,49,1, wo gesagt wird: Si stipulatus sim ‚per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat‘ et fideiussorem accipero: si per fideiussorem steterit, neuter tenetur, si per promissorem, uterque und Ulp. D.46,3,31, wo dasselbe gesagt wird mit dem Zusatz, dass, wenn jemand versprochen hat, ein Schiff zu bauen od. dgl., in welchem Falle das Gewicht auf der persönlichen Qualifikation des Promittenten liegt, der fideiussor weder diesen noch sich selbst durch eigene Præstatio ohne die Einwilligung des Stipulanten befreien kann. Weiter zieht er die Möglichkeit an, fideiussio für den Eid des Freigelassenen hinsichtlich operae anzunehmen (z. B. Pomp. D.38,1,8,1), obgleich es sich hier offenbar um unvertretbare Præstationen handelt. Nun ist es klar, dass, wenn sich wirklich die bezügliche fideiussio direkt auf die stipulierte bzw. beschworene unvertretbare Leistung bezöge, was auch, wenn man solche Stellen *isoliert* betrachtet, der Fall zu sein scheint, die Konsequenz nicht die wäre, dass der fideiussor in einer eigentümlichen Weise nur für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners einstünde, ohne selbständig eine Præstatio zu versprechen. Die Konsequenz wäre statt dessen die, dass er sich zu *etwas anderem* als der Leistung des Hauptschuldners verbände. Denn wenn auch der Promittent bzw. der schwörende Freigelassene bei der Kondemnation zum pekuniären Ersatz verurteilt wird,

ist der Inhalt in dem ihn treffenden oportet, das in dem iudicium intendiert wird, *nichts anderes* als die unvertretbare Leistung selbst, die unmöglich Inhalt des für den *fideiussor* geltenden oportet sein kann. Da nun *hier* wirklich der Schein besteht, dass der *fideiussor* zu etwas anderem als der Hauptschuldner verbunden wird, nämlich zu *quanti ea res est*, *si non . . .*, müssen wir allgemein untersuchen, ob eine solche Möglichkeit nach römischer Anschauung vorhanden ist. Hier ist folgendes zu bemerken. Erstens liefert die schon im Texte S. 139 angeführte Gaiusstelle 3,126 zureichenden Beweis dafür, dass der *fideiussor* ebensowenig wie der *sponsor* oder der *fidepromissor* zu etwas anderem als der Hauptschuldner verbunden sein kann. Weil seine Obligation eine *accessio der principalis obligatio* sei — ebensowie die des *sponsor* und die des *fidepromissor* — könne nichts, was den Inhalt der letzteren übersteige, in ihr enthalten sein. Weiter sagt Ulp. D.45,1,75,6 (in fine): *et adhuc occurrit* (scil. gegen die Regel, dass der, der stipuliert: *quod Seius mihi debet, spondes?* oder *quod ex testamento mihi debes, dare spondes?* ein *incertum* stipuliert, auch wenn das *debitum* selbst *certum* ist) *quod fideiussores certum uidentur promittere, si modo et is, pro quo obligentur, certum debeat, cum alioquin (=im allgemeinen) ita interrogentur: id fide tua esse iubes?* Hier kann nicht ‚fideiussores‘ für ein echtes ‚spondes‘ gestanden haben, weil es sich um Bürgschaft für *irgendein* *debitum* handelt, nicht speziell für ein *debitum* auf Grund einer Stipulation. Man beachte weiter, dass in der ganzen l. 75 die Unterscheidung zwischen *stipulatio certi* und *stipulatio incerti* nur in der Absicht gemacht wird, um zu bestimmen, in welchen Fällen die *intentio*: *si paret dari . . .* und in welchen sie *quidquid dare facere oportet* lauten soll. Deshalb wird durch die angeführten Worte gesagt, dass die *fideiussio* so stark an die Hauptobligation geknüpft ist, dass, wenn diese eine *certa res* oder *certa pecunia* zum Inhalt hat, gegen den *fideiussor*, *nur* dieses *certum* intendiert werden kann, was in der Formel für *fideiussio* durch das Wort *id* ausgedrückt sein soll. Ganz dasselbe wird nun auch umgekehrt hinsichtlich des Falles, dass die Hauptobligation ein *incertum* enthält, Gaius 4, 137 gesagt, wo die *intentio* sowohl bei der Sponsionsbürgschaft wie bei *fideiussio*, wenn die Hauptobligation *incertum* enthält, mit dazu gehörender *demonstratio* und *praescriptio* angegeben wird. Die *intentio* bestimmende *demonstratio* mit *praescriptio* bei einer *fideiussio* für eine *obligatio incerti* lautet: *ea res agatur, quod N. N. pro L. T. incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit. Deinde formula subicitur*, fügt Gaius hinzu, d.h. nach § 136: *quidquid ob eam rem N.^m N.^m A.^o A.^o dare facere oportet*. Es ist klar, dass in diesem Formular das Wort *incertum* in jedem Falle durch *das incertum*, das der Inhalt der Hauptobligation ist, zu ersetzen ist. Wenn nun aber der Inhalt des den *fideiussor* belastenden oportet ganz vom Inhalt der Hauptobligation bestimmt

ist, wie ist dann fideiussio für stipulierte oder beschworene *unvertretbare* Leistungen möglich? Das Rätsel löst sich sofort, wenn man beachtet, dass die römischen Juristen, auch wenn zu einer Hauptstipulation für den Fall der Nichterfüllung ein *quanti ea res est* oder eine *poena* oder beides hinzugefügt ist, *dennoch die ganze Stipulation durch die Hauptstipulation bezeichnen*. Hinsichtlich der *poena* siehe z. B. Paulus D.45,1,2 §§ 5 u. 6 und Ulp. eod. l. 3 pr. u. § 1. Die *poenale* Stipulation wird als ein blosser möglicher Anhang der primären unbedingten betrachtet. Man sagt: *poena adiecta* oder *subiecta*. Hinsichtlich des *quanti ea res est* geht dasselbe aus Paulus D.46,5,2,2 hervor. Ja, auch wenn der fragliche Zusatz wie bei der Stipulation *ratam rem dominum habiturum* für die Gültigkeit der Stipulation selbst *notwendig* ist, wird die ganze Stipulation durch die Hauptstipulation bezeichnet, obgleich diese dann nur eine vorhergehende Bezeichnung der Bedingung *si non . . .* in positiver Form ist. Dass *quanti ea res est* als ein mit *poena* gleichgestellter Zusatz fungieren kann und dass beide zusammen vorkommen können, geht aus Ulp. D.45,1,38,2 und *donatio Syntrophi* v. 17 ff. (Bruns) hervor. Dann aber ist klar, dass man daraus, dass fideiussio auch für Stipulationen von unvertretbaren Leistungen möglich ist, keineswegs folgern darf, dass hier nicht der Zusatz: *si non . . . quanti ea res est* oder *poena* oder beides vorausgesetzt wird. Durch einen solchen Zusatz hört keineswegs die Stipulation auf, eine Stipulation: *per te non fieri, quominus . . .* oder *nauem fabricandam* od. dgl. zu sein. Dasselbe gilt für den Eid des Freigelassenen, der als eine *uerborum obligatio* begründend der Stipulation analog ist. Obgleich die *acceptilatio* eigentlich den Stipulationen angepasst ist, kann sie auch zur Befreiung von der durch diesen Eid begründeten Obligation angewandt werden. Siehe Ulp. D.46,4,13 pr. Wenn wir nun durch andere juristische Quellen wissen, dass der fideiussor nicht zu etwas anderem als der Hauptschuldner obligiert werden kann, *muss* angenommen werden, dass der erwähnte Zusatz vorausgesetzt wird. Es ist hier zu bemerken, dass, wie in der Beil. 9 gegen PEROZZI nachgewiesen worden ist, die zur Hauptstipulation gehörende Obligation durch den Zusatz „gleichsam noviert wird“ (wenn die „Hauptstipulation“ eine wirkliche Stipulation ist und nicht nur eine vorhergehende Bezeichnung der Bedingung in umgekehrter Richtung). Nur die zur bedingten Stipulation gehörende Obligation wird wirklich vollstreckbar, kann *wirklich* verfallen, wenn auch die Hauptstipulation, für sich betrachtet, gültig sein muss. (Die Bedingung ist dies, dass die zur Hauptstipulation, an sich betrachtet, gehörende Verpflichtung nicht erfüllt wird oder: dass die Handlung, die der Inhalt dieser Verpflichtung ist, nicht geschieht.) Dann kann sich natürlich auch die fideiussio nur auf das bedingte Stipulationsversprechen des Hauptschuldners beziehen. Man beachte nun auch die Ausdrucksweise in der von Bruns angeführten *emptio pueri* (Nr. 130), in der *emptio puellae*

(Nr. 131) und in der *emptio ancillae* (Nr. 132). Die Stipulationsobligation, an welche eine *fideiussio* angeknüpft wird oder wenigstens angeknüpft werden kann, wird dort im ersten Satze durch *cum puerum, puellam, mulierem sanum (sanam) etc. esse praestari* (im dritten Falle ist dieses Wort hinzuzudenken), im zweiten Satze, der eventuelle Eviktion berührt, durch *si . . . quanti id erit, t. p. od. dgl. bezeichnet*. An diese Obligation wird im ersten und dritten Falle eine *fideiussio* für Eviktion angeknüpft: *id fide sua esse iussit*. Wenn im zweiten Fall *fideiussio* vorgekommen wäre, hätte sie natürlich denselben Charakter gehabt. In der betreffenden Hinsicht ist gar kein Unterschied zwischen Sponsionsbürgschaft und Bürgschaft durch *fideiussio* vorhanden. Es kann auch kein Grund angegeben werden, weshalb nicht auch Sponsionsbürgschaft zu unvertretbaren Prästationen in derselben Weise möglich gewesen sein sollte. Hinsichtlich der Stipulationsobligation des Freigelassenen zu *operae*, die selbstverständlich unvertretbare Prästationen sind, da die Beschaffenheit der *operae* ganz von der Fähigkeit des Versprechenden abhängt, kann diese Möglichkeit bewiesen werden. Nach der *lex Iulia et Papia* soll in gewissen Fällen eine solche Stipulation keine Gültigkeit haben: Paulus D. 38,1,37. In § 8 aber wird gesagt: *Etiamsi in personam liberti collata liberatio est, fideiussores quoque liberabuntur ex sententia legis*. (Natürlich, weil die obligatio des *fideiussor* von wirklicher Verpflichtung des Hauptschuldners abhängig ist.) Paulus fährt indes fort: *quod si libertus expromissorem dederit, nihil hoc caput ei proderit*. Hier kann unter *expromissor* im Gegensatz zu *fideiussor* nur *sponsor* (*fidepromissor*) verstanden sein. Man beachte, dass bei solcher Bürgschaft die Hauptstipulation nicht gültig zu sein braucht. Es ist indes völlig klar, dass ein solcher Bürge, der *idem* verspricht, nur in der hinsichtlich *fideiussio* für unvertretbare Prästationen angegebenen Weise für solche einstehen kann. Ferner ist hier Scaeu. D. 38,1,44 anzuführen: *Si libertus moram in operis fecerit, [fideiussor] <sponsor> tenetur: mora [fideiussoris] <sponsoris> nulla est*. Das hier über die *mora in operis* Gesagte kann an und für sich sowohl für einen *sponsor* als für einen *fideiussor* gelten, wenn beide im vorliegenden Falle nur für die Stipulation einstehen können: wenn die versprochenen *operae* nicht vollzogen werden (natürlich vom ursprünglich Versprechenden), dann *quanti ea res erit, t. p. dare*. Nur der ursprünglich Versprechende kann dann eine relevante *mora in operis* begehen. Scaeu. aber fährt fort: *at in homine debito [fideiussor] <sponsor> etiam ex sua mora in obligatione retinetur*. Also handelt es sich um eine Entgegensetzung der Situation bei *mora in operis* und der bei *mora in homine debito*. Diese Entgegensetzung wäre sinnlos, wenn nicht dieselbe Art von Bürgschaft gemeint wäre. Wie ist es aber im Falle *fideiussio*? Zunächst ist zu beachten, dass in diesem Falle eine Anknüpfung an eine sekundäre bedingte Stipulationsobligation gar nicht notwendig ist. Eine *mora* des *fideiussor*

ist immer möglich, nämlich wenn dieser bei oder nach seinem Versprechen Eigentümer des versprochenen Gegenstandes gewesen ist, ebenso wie eine mora des Hauptschuldners unter entsprechender Bedingung, was ihn betrifft, möglich ist. Siehe Paulus D.45,1,91,1. Wie aus dem vorher Angeführten (siehe S. 265) hervorgeht, hat indes die mora des fideiussor gar keine Relevanz *hinsichtlich der Perpetuierung der Obligation*, wenn ein individueller Gegenstand versprochen ist, weil, wenn dieser nach *solcher mora* untergeht (oder aufhört, *intra commercium* zu sein), der Hauptschuldner selbst aufhört, obligiert zu sein. Nur die mora eines sponsor (fidepromissor) kann im vorliegenden Falle juristische Bedeutung haben, weil seine Obligation nur hinsichtlich ihres Inhaltes von der durch die Hauptstipulation als entstehend bezeichneten Obligation, nicht von deren wirklicher Existenz abhängig ist. Dann ist auch hier fideiussor für sponsor fidepromissor interpoliert worden, welche Art von Bürgschaft zur Zeit der Kompilatoren nicht existierte. Da im *zweiten* Satze ein solcher Bürge erwähnt worden sein muss, kann es sich auch im *ersten*, wenn die Entgegensetzung Sinn haben soll, nicht um einen anderen Bürgen gehandelt haben. Damit ist ein weiterer Beweis für die Möglichkeit einer Sponsionsbürgschaft für unvertretbare Leistungen geführt worden. Diese Möglichkeit setzt voraus, dass die Stipulationsobligation, für welche solche Bürgschaft gegeben wird, den angegebenen Charakter gehabt hat.

Das Endergebnis dieser Untersuchung ist: 1. Sowohl das Sichverbürgen durch sponsio wie das durch fideiussio obligiert den Bürgen zu demselben, wozu der Hauptschuldner obligiert ist. Deshalb liegt nur *eine* Obligation vor, so dass, wenn der eine sie einlöst, bzw. sie in l.c. übergehen lässt, der andere befreit wird. 2. Sowohl der sponsor wie der fideiussor stehen in dem Sinne für die Hauptobligation ein, dass das Sichverbürgen immer wegen des Hauptschuldners geschieht. FLUMES Distinktion: der sponsor verspricht „eigene Leistung“, während der fideiussor nur für fremde Leistung einsteht oder Gewähr gibt, ist eine juristische Absurdität. 3. FLUME hat sicher *darin* Recht, dass der sponsor nicht aufhört, obligiert zu sein, wenn die Obligation, ohne eingelöst oder in l.c. übergegangen zu sein, was die Person des Hauptschuldners betrifft, wegfällt, und dass deshalb der sponsor für den Untergang der Sache nach *eigener mora* verantwortlich ist, während dies nicht hinsichtlich des fideiussor gilt, der immer befreit wird, wenn der Hauptschuldner verpflichtet zu sein aufhört. Das hängt indes nicht zusammen mit einem besonderen Einstehen für die Hauptobligation im Falle fideiussio, sondern damit, dass der fideiussor sich für eine *faktisch bestehende Hauptverbindlichkeit* ohne Hinsicht auf ihre Entstehungsweise verbürgt. Der sponsor steht als solcher nur für eine selbst durch sponsio entstehende Obligation ein, weshalb in diesem Falle nur die Obligation im *Entstehungsmomente* berücksichtigt wird. 4. Der Verf. scheint nicht den Wider-

spruch bei Gaius in der Darstellung der Sponsionsbürgschaft zu beachten. Seine Einführung des blossen „Verpflichtungsgeschäftes“ als Grundlage für das ‚idem spondere‘ löst weder den Widerspruch, noch ist sie überhaupt berechtigt, weil ursprünglich sogar eine Sklavensponson oder eine peregrinische Sponson als solche Grundlage hat dienen können, solche Sponsonen aber gar nicht als *zivilrechtliche* „Verpflichtungsgeschäfte“ betrachtet werden können. Der Widerspruch lässt sich nicht durch eine dogmatische Auseinandersetzung lösen, sondern nur durch eine Untersuchung der geschichtlichen Bedingungen der Entstehung des Institutes. 5. Der Verf. kann in keiner Weise erklären, weshalb der *Erbe* des *sponsor* von Anfang an nicht gebunden ist, immer aber der des *fideiussor*. Der Sinn der *fideiussio* wird im Texte abgehandelt.

Beilage 20

zum Texte S. 168.

Besonders beleuchtend vom religionsgeschichtlichen Gesichtspunkte aus ist Plinius N. H. 11, 45, 250 u. 251, wo, wie schon im Texte gesagt wurde, die zur *dextra porrecta* gehörende *religio* erwähnt wird. Die Stelle soll hier vollständiger angeführt werden: *Hominis genibus quaedam et religio inest obseruatione gentium. Haec supplices attingunt, ad haec manus tendunt, haec ut aras adorant, fortassis quia inest iis uitalitas. namque in ipsa genus utriusque commissura, dextra laeuaque, a priore parte gemina quaedam buccarum inanitas inest, qua perfossa ceu iugulo spiritus fluit.* Hiermit stelle man zusammen Plautus Cist. 567 f.: *Anus ei <quom> amplexast genua plorans obsecrans / Ne deserat se . . .*; Miles 1239 f.: *Genua amplectar / Atque obsecrabo* (siehe auch *Most.* 744). Man macht durch Umfassen der Knie unter Bitten um Erbarmen die Unbarmherzigkeit zu einer Verletzung des Heiligen. Plinius gibt als Grundlage dieser allgemeinen Anschauung an, dass der Lebensgeist durch einen gewissen zu den Knien gehörenden Hohlraum fließt. Nach dieser Erklärung kann es sich nur um eine durch die Berührung der Knie entstehende Ausströmung des Lebensgeistes der berührten Person handeln. Dieser geht gewissermassen in die flehende Person hinein. Deshalb wird Unbarmherzigkeit ihr gegenüber *religio*. Indes ist auch deutlich, dass gerade deshalb nach Plinius ein besonderes die Supplikanten schützendes *numen* in den Knien vorhanden ist: *ad haec (genua) manus tendunt, haec ut aras adorant. Welches* ist dieses *numen*? Darüber gibt uns Seruius ad Aen. 3, 607 hinreichenden Aufschluss: *Genua amplexus: physici dicunt esse consecratas numinibus singulas corporis partes: . . . genua Misericor-*

diae, unde haec tangunt rogantes. Das numen *Misericordia* ist hier nichts anderes als das Handeln, durch welches sich die unter Berührung ihrer Knie um Erbarmen angerufene Person von Befleckung befreit: der Gegensatz zu dem Verhalten, das tabuiert (*religio*) ist. Diesen Akt des Erbarmens hat man zu einer Gottheit hypostasiert, die in den Knien gleichsam ihre Altäre hat. Die Berührung der Knie erhält von diesem Gesichtspunkt aus die Bedeutung, dass man dadurch das numen *Misericordia* zu sich zieht, das gegen die Unbarmherzigkeit reagiert und so den Flehenden schützt. Dass aber diese Gottheit in den Knien ihren Sitz hat, ist durch die mittelst der Berührung hergestellte mystische Verbindung mit einem zu diesen gehörenden Lebensgeist der angeflehten Person zu erklären. Dieser Gesichtspunkt ist der primäre. — Es heisst ferner bei Plinius l.c.: *est in aure ima Memoriae locus, quem tangentes antestamur*. Hier bedeutet *Memoria* als das Gedächtnis ein numen, dem das innere Ohr konsekriert ist und das deshalb darin seinen Sitz hat. Man setzt dieses numen in Aktion durch Berührung des Ohres. Deshalb berührt man das Ohr der Person, die man in erster Linie auffordert, als Zeuge bei einem Akte zu fungieren. (Über *antestari* siehe Porphyrio ad Hor. Sermon. 1,9,76 und Schol. ad Cic. pro Mil. 105. In Verg. Ekl. 6,3 wird von Apollo gesagt, dass er den Dichter, als dieser über Könige und Schlachten schrieb, am Ohr zupfte.) Danach sagt Plinius: *est post aurem aequae dexteram Nemeseos (scil. locus) . . . quo referimus tactum ore proximum a minimo digitum, ueniam sermonis a diis ibi reconcentes*. Die Bitte *sit uenia uerbi* od. dgl. soll unter Berührung dieses Sitzes der Nemesis geschehen. Man macht sich damit diese Gottheit, die gegen jedes möglicherweise tabuierte Reden reagiert, gnädig. (Hierauf bezieht sich Apuleius *Metam.* 1,8 im Anf. u. 4,28 am Ende.) In der Parallelstelle *Seru. in Aen.* 3,607 wird hinzugefügt: *frontem Genio (scil. consecratam nach den physici); unde uenerantes deum tangimus frontem*. (Zu den Prekationsformeln gehören die Worte *precamur ueneramur*. Es handelt sich also um eine an den *genius* gerichtete Prekation). In allen diesen Fällen wird die Fähigkeit erörtert, eine Gottheit durch Berührung ihres Sitzes und dadurch bewirkte Übertragung ihrer Kraft auf sich selbst zu eigenen Gunsten in Funktion zu setzen. Man setzt die *Misericordia* in Aktion durch Berührung ihres Sitzes. Man inziert das numen *Memoria* zur Wirksamkeit für sich selbst, indem man ihren Sitz im Ohre bei der zur Zeugnisablegung aufgeforderten Person berührt. Man hemmt die Nemesis durch Berührung ihres Sitzes hinter dem rechten Ohre unter der Bitte um *uenia sermonis*. Die Nemesis tritt in Verbindung mit dem Bittenden, ohne ihn zu schädigen. Man setzt seinen *Genius* zu eigenen Gunsten in Aktion, indem man unter Bitten seinen Sitz in der Stirn berührt. Hierbei ist nur zu beachten, dass die *Misericordia* mit dem Sitze in den Knien als ein numen ein sekundäres Gebilde ist,

während dies von den übrigen hier genannten numina nicht gesagt werden kann. Es handelt sich aber in allen angegebenen Fällen um dieselbe magische Kraftübertragung durch Berührung, die durch Handschlag bzw. durch Umfassung der Knie zwischen einzelnen Menschen stattfinden kann.

BESELER hat in einer Menge Schriften und Aufsätze nachzuweisen versucht, dass der Promissionsakt eine Selbstvergeiselung bedeutete, wobei das Darreichen der Hand ein Anbieten derselben zur Fesselung symbolisierte. Eine solche Erklärung wäre völlig unmöglich gewesen, wenn er die Erörterungen der römischen Schriftsteller über den Sinn des Aktes beachtet hätte. Die Römer (ebenso wie die Griechen) betrachteten nämlich den *dextram porrigens* (δεξιάν ἐμβάλλον) als *religiös* gebunden. Es ist ein nefas, die in der dargereichten Hand verkörperte *fides* zu verletzen. Um seine Theorie zu rechtfertigen, führt er u. a. das hiketärische Zeremonien an, dessen Sinn es sein soll, dass der Supplikant eine Fessel zu seiner eigenen Bindung darreicht. Wir wollen hier ein Beispiel für die eigentümliche Methode BESELERS anführen. Beitr. IV S. 97 f. zieht er drei Stellen an, um seine Auffassung zu stützen. 1. II. 1,12 ff.: . . . ὁ γὰρ (Χρύση) ἦλθε θοᾶς ἐπὶ νῆας Ἀχαιῶν / λυσόμενός τε θύγατρα φέρων τ' ἀπερείσι' ἄποινα, / στέμματα ἔχων ἐν χερσίν ἐκηβόλου Ἀπόλλωνος / χρυσέῃ ἀνὰ σκήπτρῳ, καὶ λίσσεται πάντας Ἀχαιοῦς. 2. Verg. Aen. 8,126 ff.: Tum regem Aeneas dictis adfatur amicis: / Optime Graiugenum, cui me fortuna precari / et uitta comptos uoluit praetendere ramos. 3. ib. 7,237: Praeferimus manibus uittas et uerba precantia. Er gibt folgenden Kommentar: „In dem letzten Falle hält die Hand selber die Fessel, die der Mensch zu tragen sich bereit erklärt. Im zweiten ist die Fessel um die Spitze eines Zweiges geschlungen, damit sie schon von weitem deutlich gesehen werden kann.“ Weshalb soll die Fesselung gerade durch wollene Binden bezeichnet werden? Solche Binden dienen ja sonst als Zeichen der Würde und der Gewalt des Trägers? Sie werden z.B. von Legaten und Priestern als Insignien getragen. Wir kehren zu dieser Frage alsbald zurück. Ferner heisst es: „Und im ersten Falle vertritt den Zweig der Königsstab. Chryses ist König(?) und Priester. Das goldene Szepter ist das Zeichen seiner Königswürde, die στέμματα Ἀπόλλωνος sind das Zeichen seines Priestertums. Er hat von seinem Hause aufbrechend das Szepter in die Hand genommen und die Binde um das Haupt gelegt, um von den Griechen als König und Priester erkannt zu werden. Das Lager der Griechen betretend nimmt er die Gebärde des Flehenden an. Er verwendet Königsstab und Priesterbinde für die hiketärische Symbolik“ (d.h. nach dem Verf. zur Bezeichnung der Fesseln, die er als Supplikant zu tragen sich bereit erklärt), „weil sie von geeigneter Beschaffenheit und ihm zur Hand sind(!)“. Auch der heutige Parlamentär ist ein ἐκέτης. Das Tuch an seiner Fahne ist

ursprünglich eine Binde gewesen.“ Hierzu ist zu bemerken, dass nichts für die Bezeichnung der Fesselung des Supplikanten weniger geeignet zu sein scheint als die wollene Binde, welche die Würde des Priesters darstellt, bzw. das Szepter. Ferner: Der Supplikant mahnt Agamemnon v. 21, den Zorn Apollons zu fürchten, wenn er den Priester dieses Gottes entehrt, und alle anderen warnen ihn davor (v. 22 ff.)! Die Pest traf ja auch das griechische Lager infolge dieses Zornes! Müsste nicht Apollon dem Priester selbst zürnen, wenn dieser wirklich die hohen Insignien seiner priesterlichen Würde, wenn auch nur symbolisch, zur schändlichen Fesselung ihres Trägers anwenden würde?

Über die hiketärische Symbolik siehe ferner Sav. Z. 45 (1925) S. 410, wo Plut. Theseus 18 angeführt wird: ἔθηκεν — τῷ Ἀπόλλωνι τὴν ἱκετηρίαν. ἦν δὲ κλάδος ἀπὸ τῆς ἱερᾶς ἑλαιας ἐρίῳ λευκῷ κατεστεμμένος. Hiernach sagt B.: „Truppen, die kapituliert haben, Leute, die um Gnade bitten (wie jene es getan haben) tragen bis in die Neuzeit hinein oft weisse (geschälte) Stäbe ohne Binden in der Hand: = Amira A. A München 25 (1911) 13 sqq. 31 sq. Das sind keine Wanderstäbe, wie Amira glaubt, sondern Ruten zum Binden. Der hiketärische Stab ist also bald Träger und Emporhalter der dargebotenen Fessel, bald selbst die dargebotene Fessel.“ Wenn wir nun die von Plut. erwähnte ἱκετηρία berücksichtigen, würde also entweder der heilige Olivenzweig selbst oder die weisse Wolle, die um ihn gewunden ist, die dargebotene Fessel bezeichnen. Man beachte hier folgendes: Dass die von Plut. erwähnte ἱκετηρία aus einem Olivenzweige besteht, um welchen weisse Wolle gewunden ist, ist kein Zufall. Eine ἱκετηρία soll so beschaffen sein. Siehe Schol. in Aristoph. Plutos 385: ἱκετηρία δὲ ἐστὶ κλάδος ἑλαιας ἐρίῳ λευκῷ. περιειλημμένος, Aesch. Eum. 43 ff. (über Orestes als ἱκέτης nach dem Muttermorde): ἔχοντ' ἑλαιας θ' ὑψιγέννητον κλάδον / λήνει μέγιστον σωφρόνως ἐστεμμένον / ἀργῆτι μαλλῶ. . . und Aesch. Suppl. 23: ἐριστέπτοισιν κλάδοισιν. Was nun die Olive betrifft, wird ja in der vom Verf. selbst angezogenen Plutarchstelle gesagt, dass sie heilig ist. Wie bekannt, ist sie bei den Griechen der Athene geweiht. Wenn sie bei religiösen Zeremonien angewandt wird, will man natürlich ihre heilige Kraft gebrauchen. Indem der Supplikant sie trägt, tritt er mit dieser Kraft in Verbindung, wodurch Unbarmherzigkeit gegen ihn eine Verunreinigung des Heiligen wird, gegen welche dieses seine Kraft richtet. Zevs ἱέσιος zürnt. Was nun weiter die weisse Wolle betrifft, um die es sich bei den römischen infulae handelt (siehe Lex.), so hat auch sie, religiös angewandt, eine heilige Schutzkraft und flösst so Scheu vor Verunreinigung ein. Als in Soph. Oid. Col. Oidipus sich durch gewisse Zeremonien vom Verbrechen reinigen will, wird ihm auferlegt, heiliges Wasser aus einer „immer rinnenden Quelle“ zu holen und den Becher οἶος νεαλοῦς νεοπόκῳ μαλλῶ zu bekränzen (469 ff.). Das Schaf soll jugendlich, die Wolle neuge-

schoren sein. Weshalb? Offenbar, weil das Schaf dann eine besondere Lebenskraft besitzt, bzw. die Wolle noch nicht verunreinigt ist. Vgl. hinsichtlich des vom *ικέτης* anzuwendenden Olivenzweiges Aesch. l. c. *ὑψιγένητον κλάδον* = den *höchsten*, also auch den zuletzt gewachsenen Zweig. Ferner ist die *ικετηρία* mit der *ειρσειώνη* zusammenzustellen, die auf das Wohnhaus aufgesetzt zu werden pflegte und bei gewissen Festen mit vegetationsmagischem Sinne (Pyanepsia und Thargelia) von einem *παῖς ἀμφιθαλῆς* (lat. *patrimus et matrimus*) getragen werden sollte. Diese *ειρσειώνη* ist nach Sch. in Aristoph., *Plutos* 1054, ein *κλάδος ἐλαίας ἑρτοῖς πεπλεγμένος* nach Sch. in Aristoph. *Equ.* 729 ein *κλάδος ἐλαίας ἑρτοῖς περιπεπλεγμένοις ἀναδεδεμένους*. Obgleich nicht gesagt wird, dass die Wolle weiss und neugeschoren sein soll, ist dies sicher der Fall. Man beachte einerseits, dass die *ειρσειώνη* von einem *παῖς ἀμφιθαλῆς* getragen werden soll, andererseits, dass die *weisse* Farbe dem Kultus der lebenspendenden Olympier angepasst ist, während die schwarze zu dem der finsternen chthonischen Mächte passt. Dann hat ja offenbar die *ειρσειώνη* ganz denselben Charakter wie die *ικετηρία*, und die Schutzkraft der letzteren muss in ihrer übernatürlichen, das Leben fördernden Kraft liegen, die anzugreifen gefährlich ist.

Es heisst Beitr. 4, S. 98: „Altar und Opfertiere werden mit Weihebändern gebunden und dem Gotte übergeben. Auch die Kränze, die man um sie schlingt, sind nicht bloss zum Schmucke da, sie sind zierliche Fesseln(!)“. Wenn der römische Bauer seine Fetische bekränzt (siehe Tib. *El.* 1,1,8 f.: *Nam ueneror, seu stipes habet desertus in agris / Seu uetus in triuio florea sarta lapis*) oder man den *lar familiaris* aus Dankbarkeit bekränzt (siehe Plautus *Trin.* 39 f.), geschieht dies wohl, um ihre Fesselung in zierlicher Weise zu symbolisieren!!! Ferner: „Der Priester und der Opfernde tragen Binden um das Haupt, weil sie ihr Haupt dem Gotte geweiht haben.“ Aus dem oben Ausgeführten geht unmittelbar hervor, dass die fraglichen *uittae* mit *infulae* keineswegs Sklavenfesseln bedeuten, sondern als Träger göttlicher Kräfte aufgefasst worden sind. Was besonders das Opfertier betrifft, sagt Seru. in *Aen.* 2,134: „*Uincula rupi.*“ *atqui solutae sunt hostiae. Nam piaculum est in sacrificio aliquid esse religatum*, was 4,518 wiederholt wird. Das Opfertier soll sich gleichsam von selbst darbringen, damit *sacrificium aptum est* (Seru. in *Georg.* 2,395). Können dann die *uittae* an dem Opfertiere Fesseln bedeuten? Unmittelbar nachher führt der Verf. *Tac. hist.* IV,53 an, um die Grundstückskonsekration als eine „Bindung und Übergabe an den Gott“ darzustellen. Hier handelt es sich um die Wiederherstellung des Capitolinischen Tempels für Jupiter, Juno und Minerva zur Zeit *Vespasians*. Sie sollte nach den Anordnungen der *haruspices* geschehen. Der Prätor richtet, nachdem gewisse religiöse Zeremonien auf dem zur Errichtung eines Tempels bestimmten, durch Binden und Kränze eingeschlossenen

Boden stattgefunden haben, eine Prekation an die genannten Götter. Sie sollten dem begonnenen Vorhaben Glück schenken und ihren eigenen Sitz, dessen Herstellung mit menschlicher pietas in Angriff genommen war, durch göttliche Macht (*diuina ope*) verherrlichen (*attolent!*). Es heisst: *precatus, uti . . . uittas, quis ligatus lapis innexique funes erant, contigit . . .* Es ist unmöglich, *ligare* bzw. *innectere* hier durch „binden“ im Sinne von „fesseln“ wiederzugeben. Die fraglichen *uittae* konnten natürlich den Grundstein und die Taue, durch welche er gezogen werden sollte, in keiner Weise „fesseln“, ebensowenig wie solche Binden, wenn sie um den Kopf des Priesters gewunden werden, diesen Kopf „fesseln“, so dass er nicht frei bewegt werden kann. Die fraglichen Verba bedeuten natürlich hier „umbinden“ oder „umwinden“, was etwas ganz anderes ist. Jedoch könnten vielleicht die fraglichen Binden wirkliche Fesseln *symbolisieren*? Indes ist in dieser Hinsicht völlig entscheidend, dass der Prätor in Zusammenhang mit der Prekation gerade diese Binden *anrührte* (*contigit*). Es ist immer so, dass die Berührung gewisser Dinge während der Prekation die Bedeutung hat, dass so eine Verbindung mit etwas dem angerufenen Gotte Geweihten und dadurch mit dem Gotte hergestellt wird. Man nimmt z.B. die Prekation an den Genius vor, indem man die ihm konsekrierte Stirn berührt. Die Berührung der *uittae* in unserm Falle zeigt deshalb an, dass diese in sich Kräfte bargen, die mit den angerufenen Göttern zusammengehörten. Der Prätor veranlasste durch die Berührung der Binden die angerufenen Götter, das Grundstück als Platz für den geplanten Tempel zu billigen und deshalb in Zukunft ihren Sitz im Tempel zu nehmen. In dieser Weise sollte ihre Wirksamkeit *zugunsten des p. R.* gesteigert werden.¹ Ich habe in meiner Schrift *Das mag. ius* S. 33 ff. nachgewiesen, dass der Wille einer römischen Gottheit mit gewissen äusseren Dingen in Verbindung steht, z.B. dem Flug gewisser Vögel (in den Auspizien) und äusseren magischen Akten, und dass daher dieser Wille nicht als einem von innen bestimmten menschlichen Willen analog aufgefasst werden darf. (BESELER erklärt *Sav. Z.* 49, 1929, S. 404: „Mit den Lehren des Mystikers Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff* I, 1927 setze ich mich nicht auseinander.“ Ich soll also Mystiker sein, weil ich nachweisen will, dass die *Römer* in der Rechtswissenschaft ebenso wie in der Religion übernatürliche okkulte Kräfte voraussetzen, die durch magische Mittel beeinflusst werden können! Meine Auseinandersetzungen in der Schrift: *Das mag. ius*, wo die Annahme solcher Kräfte bei den Römern noch stärker als in der angeführten Schrift hervorgehoben wird, müssen, wenn er sie kennen sollte, noch grössere Verachtung bei dem hochangesehenen Romanisten hervorrufen. Damit ist jedoch ihre Unrichtigkeit nicht ganz bewiesen.) Das

¹ Über die Formel für die Konsekrierung eines Gotteshauses: *doque dedicoque uti sies uolens propitius* und ihren Sinn siehe *Das mag. ius* S. 42.

magische Element in der von Tac. besprochenen Grundstückskonsekration tritt ferner darin hervor, dass zu den der Prekation vorausgehenden Handlungen folgendes gehörte: *Ingressi milites, quis fausta* [= Glück bringende (vgl. den Ausdruck *fausta nuncupatio* bei Tempelweiheung Sen. cons. ad Marc. 13,2)] *nomina, felicibus ramis* (vgl. umgekehrt *arbor infelix*, d.h. der *verfluchte* Baum, an welchem der *perduellis* gehängt und mit dessen Zweigen der *paricida* gepeitscht werden sollte, ebenso wie *portenta* und *prodigia* mit solchen verbrannt werden sollten: Das mag. ius S. 47,1,2 u. 3). *Dein uirgines uestales cum pueris puellisque patrimis matrimis* (vgl. *παῖς ἀμφιθαλής* bei Vegetationsfesten) *aqua uiuis e fontibus omnibusque hausta perluere*. (Hinsichtlich des Ausdruckes *uiuis fontibus* vgl. die oben besprochene Lustrierung von Oidipus nach Sophokles.) Ferner wurde das Feld *suouetaurilibus et super cespitem redditis extis* lustriert. Dies ist so aufzufassen, dass das Herumtragen der geopfert Tiere durch in diesen eingeschlossene Kräfte auf dem Felde befindliche Unglückskeime töten und dadurch das Feld den Göttern wohlgefällig machen sollte. So sollte dann auch die Prekation Kraft erhalten. Vgl. besonders die bei Cato de agric. 141 angeführte Formel für die Lustrierung eines *ager* durch *suouetaurilia* (in Das mag. ius S. 38—39 A. angeführt).

Besonders bezeichnend für die von B. in dieser Frage angewandte Untersuchungsmethode ist seine Äusserung über den *flamen Dialis* und den zu ihm gehörenden *apex* Sav. Z. 45 (1925) S. 419: „*Fabius Pictor Huschke*⁶ I p. 3.: *Anulo uti nisi peruio cassoque (flamini Diali) fas non est*. (Der Ring darf nicht geschlossen sein, muss eine Lücke haben) — *nodum in apice, neque in cinctu neque in alia parte ullum habet*. Der Priester gehört dem Gotte und darf nichts an sich tragen, was ein Zeichen sein könnte, dass er einem Menschen gehört oder haftet. Nur am *apex* ist ein Knoten (vgl. auch *Festus Lindsay* 17 sv *apex* und 222 sv *offendices*) wahrscheinlich in dem wollenen Bande, das (*Lübker* sv *apex*) am *apex* befestigt ist. Das Band wird um den *apex* geknotet sein. Dieser Knoten ist Symbol der *Gottesknechtschaft* des Priesters. Mit dem wollenen Bande am *apex* des *flamen Dialis* vergleiche die *infula*. Über sie *Lübker*⁸ sv *infula*“. Hier ist zunächst zu bemerken, dass die Behauptung selbst, dass nach der *Gellius* N. A. 10,15, entnommenen Angabe ein Knoten im *apex* vorhanden sei, einen sehr zweifelhaften Wahrheitswert hat. Der Verf. scheint die Angabe so zu fassen. *Nodum in apice* (scil. *habet*); *neque in cinctu neque in alia parte ullum habet*. Wenn der Text als echt angesehen werden darf, ist eine solche Auffassungsweise unmöglich. Denn dann könnte im zweiten Satze nicht ohne Widerspruch: *neque in cinctu neque in alia parte ullum habet* gesagt werden. Es dürfte vielmehr eine Konstruktion *ἀπό κοίνοῦ* vorliegen, so dass *neque* auch zu *nodum in apice* gehört und der Sinn der ist: weder in der Mütze noch im Gurte des *flamen*,

(in welchem jedoch Bänder vorkommen) noch in einem anderen Teile befindet sich ein *Knoten*. (In einer Bemerkung zur Stelle lehnt B. eine solche Auslegung ab, weil diese Konstruktion ein Gräzismus wäre. Weshalb sollte nicht in der zweiten Hälfte des zweiten Jahrhunderts nach Chr. bei einem Sammler aus griechischen und lateinischen Quellen wie Gellius, der hier aus Priesterschriften und Fabius Pictor das, woran er sich erinnert, referiert, ein Gräzismus möglich gewesen sein? B. selbst führt als Beispiel für einen solchen Gräzismus Paulus D.47,2,21,9 an, welche Stelle er indes diktatorisch für unecht erklärt. Ich habe das Vorhandensein der fraglichen Konstruktion in Pap. D.41,2,47 Der röm. Obl. I, S. 170 f. nachgewiesen.) Man beachte nun ferner, dass Festus, obgleich er 205 M. (Lindsay 222) sagt, dass nach Titius *offendices*, Knoten, apex bedeuten, hinzufügt, nach Veranius sei etwas anderes, nämlich *coriola* in *loris apicis*, darunter zu verstehen. Beim v. apex 18 M. (Lindsay 17) wird nichts über *Knoten* im apex gesagt, obgleich hier wie bei Seru. in Aen. 10,270 *apex* aus *apere* abgeleitet wird, das comprehendere *uinculo* bzw. *alligare* bedeuten soll. Obgleich Seru. an vier Stellen den apex beschreibt, findet sich dort keine Andeutung über Knoten an demselben, und doch hätte dies besondere Erwähnung verdient, wenn wirklich, wie es der Fall sein würde, falls die Auffassung B.s von der Gelliusstelle richtig wäre, nur am apex beim flamen *Dialis* Knoten vorkommen könnten. Endlich heisst es Festus 72 Lindsay, 82 M v. ederam: *sed ne anulum quidem gerere ei licebat solidum aut aliquem in se nodum habere*. Vgl. Gellius: *neque in cinctu neque in alia parte*. Es scheint, als ob Knoten deshalb ausgeschlossen wären, weil sie eine *durchgreifende* Gebundenheit ganz wie ein ganz geschlossener Ring symbolisieren. Es ist also eine sehr hinfallige Grundlage, auf welcher die Behauptung über Knoten am apex ruht. Wie es sich aber auch in dieser Hinsicht verhalten mag, so ist die Auslegung der Bedeutung dieser höchst zweifelhaften Knoten vollständig verfehlt. Sie sollen die *Gottesknechtschaft* ausdrücken. Die Kopfbedeckung (*pileum*), zu welcher der apex gehörte, war der sog. *albogalerus*, eine Mütze aus einer *weissen* *hostia*, die *Iupiter* geopfert worden war. An diese war eine *uirga oleaginea* — eine olivenfarbige Rute — mit einem Faden gebunden. An der Spitze war sie mit Wolle umwunden. Diese Rute wurde *apex* genannt. Siehe v. *albogalerus* Festus 9 LINDSAY 19 M. sowie ausserdem Seru. in Aen. 2,683; 8,664; 10,270 und Gellius (Varro) 10,15,32. Wenn Festus v. apex das Wort aus *apere* als *alligare* ableitet, meint er die Bindung, durch welche apex an die Mütze geknüpft war. So Seru. in Aen. 10,270. Es handelte sich also gar nicht um etwas, das an die Person des flamen selbst festgebunden war. Wenn die Mütze selbst an den Kopf des Priesters gebunden worden wäre, wäre es wenigstens möglich gewesen, dass hierdurch eine Gebundenheit an den Gott symbolisiert werden sollte. Dies aber ist nicht der Fall. —

Endlich geht aus dem Charakter der Kopfbedeckung selbst bzw. dem des apex mit völliger Deutlichkeit hervor, dass keineswegs Zeichen für die *Unterwerfung* des Priesters, sondern im Gegenteil für seine *Macht* vorliegen. Er wird durch diese Insignien als fähig bezeichnet, den Himmels-gott für das römische Volk magisch in Wirksamkeit zu setzen, wobei indes die Insignien die Macht nicht nur *bezeichnen*, sondern dieselbe *konstituieren* und deshalb ihr Vorhandensein ausdrücken. Die weisse hostia, aus welcher der albogalerus verfertigt ist, schliesst eine solche magische Kraft ein. Wenn man eine Reinigungszeremonie durch suo-uetaurilia vornimmt, sind die Schlachtopfer die Mittel, durch welche der angerufene Lustrationsgott — Mars — in den Stand gesetzt wird, selbst zu lustrieren. Diese haben daher die primäre Lustrationskraft. In den Lupercalien schlägt man die Weiber mit Riemen von geopfertem Böcken, um ihre Fruchtbarkeit zu fördern, und zwar unter Prekationen an den Gott Faunus etc. Der apex selbst ist als eine olivenfarbige Rute, die an der Spitze mit Wolle umwickelt ist, der griechischen εἰρησιώωνη offen verwandt, von welcher wir wissen, dass sie eine Fruchtbarkeitskraft ist. Man beachte nun auch, dass die abgeschnittenen Nägel ebenso wie das abgeschorene Haar des fl. Dialis unter einer *arbor felix* aufbewahrt werden müssen und dass seine Frau in ihrem Kopftuche (rica) einen Zweig von einer *arbor felix* tragen muss (Gell. 10,15,15 und 28).

Erstaunlich ist auch, wie B. in der Folge gewisse andere Eigentümlichkeiten des flamen Dialis behandelt. „Da der flamen Dialis dem Jupiter gehört, kann er auch nicht schwören (Liv. 31,50,7), d.h. sich einem Gotte übereignen. Auch dem Jupiter selbst kann sich nicht bedingt übereignen, wer schon dem Jupiter gehört.“ Hiernach würde die Stellung als Priester das Himmelsgottes einschliessen, dass er schon von selbst dem Verderben, das den bei Jupiter schwörenden Meineidigen trifft, verfallen ist. Es ist doch ein Unsinn, dass sich der Schwörende dem Eidgotte in solcher Weise bedingt übereignet, dass er bedingt in dieselbe Stellung zum Gotte kommt wie ein *Priester* desselben und dass deshalb der Priester bei dem Gotte, dessen Priester er schon ist, nicht schwören kann. Der Schwörende zieht bedingt den Götterzorn auf sich! Da nun aus einer Menge den flamen Dialis betreffender Regeln hervorgeht, dass dieser, um fungieren zu können, in Verbindung mit den glückbringenden Lebensmächten stehen und von allen zum Tode und zum Unglück gehörenden Mächten getrennt sein muss — er geht vom Amte ab, wenn seine Frau stirbt (Gell. l. c. 22); er darf einen Ort, wo sich ein Grab befindet, nicht betreten (24 u. 25); niemand, der ihm zu Füssen fällt, darf am selben Tage gepeitscht werden (10) etc. — ergibt sich die Erklärung des Eidesverbotes von selbst. Der flamen Dialis würde, wenn er schwüre, in bedingte Verbindung mit dem Verderben kommen, das der den Meineidigen treffende Fluch mit sich bringt. Siehe hierüber auch Plut. Qu.

Rom. 44: "Ἡ ὅτι πᾶς ὄρκος εἰς κατάραν τῆς ἐπιπορκίας, κατάρα δὲ δὲσφήμων καὶ σκυδροπόν; Noch wunderlicher ist die Erklärung, weshalb der flamen Dialis *Bohnen* weder berühren noch erwähnen darf. Bei Festus 72 Lindsay 82 M. v. edera wird für die Tabuierung des Efeus die Erklärung gegeben, dass die edera uincit ad quodcumque se applicat. Dies wird von B. gutgeheissen. Dagegen verwirft er die Erklärung desselben Festus 77 Lindsay 87 M. v. faba für das Bohnentabu: die faba werde beim Totenkultus angewandt. „In Wirklichkeit ist der Grund hier derselbe wie beim Efeu: auch die Bohnenstaude ist eine Kletterpflanze, quae uincit ad quodcumque se applicat.“ Nun ist hierbei zu beachten: wenn die faba wirklich zum Totenkulte gehörte, war sie damit für den fl. Dialis tabu. Denn dass sich dieser als Priester des Himmelsgottes — des alles Leben Spendenden — von allen Dingen, die mit dem Tode zusammengehören, fernhalten muss, geht, wie gesagt, aus einer Menge Regeln hervor. Die faba wird nun tatsächlich bei den Lemuria, in welchen die Toten versöhnt werden, und bei den Parentalia sacrificia angewandt. Festus sagt dies hier. Ausserdem gibt Plinius N. H. 18,12,118 — 119 dieselbe Erklärung wie Festus. Er berichtet nämlich, dass der Anlass der Tabuierung für den fl. Dialis ihre Anwendung bei Parentalia ist: adsumitur parentando. So nach Varro, der indes (ebenso wie Festus) auch als Grund anführte, dass sich in der Blüte litterae *lugubres* finden. B. aber hat offenbar einen viel tieferen Einblick in die Gedankenwelt der Römer!

Die ganze Darstellung B.s vom römischen Sakralrechte in diesem Zusammenhang ist durch die Tendenz gekennzeichnet, das Verhältnis zwischen dem Gotte und den Dingen oder Personen, die ihm gehören, zu rationalisieren. Damit werden die magischen Kräfte, die die Römer nach den sichersten Zeugnissen der Quellen solchen Dingen oder Personen zuschreiben, unberücksichtigt gelassen. B. glaubt, dieselbe quellenwidrige rationalisierende Methode auf die Bedeutung der dextrarum iunctio, die die geschichtliche Grundlage für die Kraft der promissio ist, anwenden zu können. In beiden Fällen bezeichne der Akt, durch welchen das Band entsteht, ein Übereignen zum Fesseln. Ein Anlass der irrthümlichen Auffassung B.s ist eine sonderbare Verwechslung der Übereignung des Besiegten, die nur ein Aufgeben jedes Widerstandes und deshalb ein Überliefern auf Gnade und Ungnade an die tatsächliche Macht des Siegers bedeutet, mit der formellen Deditio eines besiegten Volkes, durch welche dieses unter das *imperium* des Siegers mit *Beibehaltung der Freiheit* kommt. Mit letzterer wird von B. auch ohne weiteres die Übergabe eines Verbrechers an den Verletzten zur Bestrafung — *noxae deditio* — zusammengestellt, obgleich in diesem Falle der Übereignete der Sklave des Verletzten wird. Wenn ein besiegtes Volk das se dedere begehrt, liegt eine Bitte um Gnade vor, und wenn diese Bitte durch An-

nahme der Deditio bewilligt wird, so wird das Volk von Kriegsgefangenschaft und damit von Sklavenstellung befreit, obgleich es natürlich den Befehlen des Herrschervolkes Folge leisten muss — ebenso wie der römische Bürger dem Inhaber des imperium untergeordnet ist, ohne deshalb ein Sklave zu sein. Dass ein peregrinus dediticius als solcher frei war, geht mit völliger Evidenz daraus hervor, dass gewisse Sklaven, die freigelassen wurden, dieselbe *Freiheit* erwerben sollten wie die peregrini dediticii: Gaius I.1,13. Gaius fügt 14 hinzu: uocantur autem peregrini dediticii hi, qui quondam aduersus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde uicti se *dediderunt*. Man beachte: die früheren Sklaven, die als dediticii zu betrachten waren, gehörten wirklich zur Klasse der libertini (12). Sie hatten nur pessima libertas (26) im Verhältnis zu den libertini, die ciues Romani oder Latini Iuniani waren. Dass aber umgekehrt bei noxae deditio der Empfänger den Übereigneten als *Sklaven* erhielt, geht ebenso sicher aus Gaius I.1,138—141 und 4,79 hervor. Auch der fil. fam. wird beim noxae dedere *mancipio datus* und tritt damit juristisch in Sklavenstellung (1,138). Er kann deshalb nicht von derjenigen Person, welcher er übergeben worden ist, ohne testamentarische Freilassung Erbschaft oder Legat erhalten (1,123). Aus dieser Sklavenstellung kann er auch nicht gegen den Willen desjenigen, in dessen mancipium er ist, befreit werden (140). Er wird deshalb nicht nur fiktiv (dici causa) freigelassen, wenn er wirklich frei wird (141). Der Verf. glaubt (Beitr. 4 S. 95 ff.) etwas bezüglich der hiketärischen Symbolik als einer symbolischen Übereignung zur Fesselung *damit* zu beweisen, dass er Fälle anzieht, in welchen eine Übergabe unter wirklicher Bindung stattfindet, darunter auch einen Fall der noxae deditio. Hierbei handelt es sich offensichtlich um eine Übereignung in die tatsächliche Gewalt des Siegers bzw. zur Sklaverei, als Bestrafung! Die Deditio der Schuldigen an die Samniten nach dem Caudinischen Vertrage (Liv. 9,10,7), bei welcher für die Rechtskraft notwendig ist, dass sie gefesselt übergeben werden, veranlasst den Verf. S. 96 zu der Deklaration: „Noxa heisst Bindung oder Gebundenheit. Noxae dare heisst zur Gebundenheit geben.“ (Über die wirkliche Bedeutung des Wortes noxa siehe Seru. Sulp. bei Festus 174 M. Über die Synonymität von *noxa* und *culpa* siehe Der röm. Obl. I S. 561. In der vom Verf. selbst angeführten Deditionsformel heisst es: quandoque . . . noxam nocuerunt. Man setze für *noxam Bindung!* Nach der Angabe bei Livius werden ja die Schuldigen *gebunden* überliefert. Wie können sie dann „zur Gebundenheit“ gegeben werden??) B. führt Sav. Z. 45 (1925) S. 409 Plaut. Amph. 256 ff. an: Postridie in castra ex urbe ad nos ueniunt flentes principes: *Uelatis manibus orant* ignoscamus peccatum suum / *Deduntque se*, diuina humanaque omnia, urbem et liberos / In dicionem atque in arbitratum cuncti Thebano populo. Darin, dass er dies als hiketärische Symbolik in *seinem* Sinne deutet, liegt die Sinnlosig-

keit, dass man ein Verlangen nach Freiheit von Kriegsgefangenschaft, für welche Sklavenstellung gerade die Fesselung Symbol ist, unter dem Symbol zum Ausdruck bringt, dass man sich fesseln lassen will. Denn das steht fest, dass die völkerrechtliche Deditio in *dicionem alicuius* (vgl. Liv. 1,38,2) allerdings Unterordnung, aber mit beibehaltener rechtlicher Freiheit bedeutet. Hieraus folgt, dass die besprochenen *manus uelatae* keineswegs eine Bindung der Hände symbolisieren, sondern dass das Einhüllen derselben — mutmasslich in *uittae* und *infulae* — hier dazu dienen soll, heilige Scheu vor Missachtung des Supplikanten einzulösen. Mit der völkerrechtlichen *deditio* ist in privaten Verhältnissen die *commendatio* der Person selbst oder einer anderen Person zur Pflege oder zum Schutze zusammenzustellen. Siehe z. B. Ter. Eun. 1039: *Thais patri se commendauit, in clientelam et fidem / Nobis dedit se* oder Plaut. Trin. 116 f: *Quid tu, adulescentem, quem esse corruptum uides / Qui tuae mandatus est fide et fiduciae / Quin eum restituis?* Man kann unmöglich glauben, dass es sich in solchen Fällen, wenn auch nur symbolisch, um ein Überliefern zur Bindung handelte. In Sav. Z. 55 (1935) S. 239 f. zählt B. eine Menge Zitate auf, die den Sinn der hiketärischen Symbolik als einer Übergabe zur Bindung beweisen sollen, in welchen allen das Wort „Binden“ nicht einmal vorkommt.

Ich habe diese Kritik von BESELER so ausführlich gestaltet, weil seine Auseinandersetzungen typisch sind und zeigen, zu welch unglaublichen und bisweilen direkt quellenwidrigen Ergebnissen ein Losreissen des älteren römischen Rechtes von seiner religiös-magischen Grundlage führen kann. In der hier zunächst interessierenden Frage nach der geschichtlichen Grundlage der rechtlichen Kraft der Stipulation durch *promissio* ist eine solche unhistorische, rationalisierende Methode besonders verhängnisvoll.

Beilage 21

zum Texte S. 181.

Zum Beweise der hier aufgestellten Sätze soll zuerst Gaius I.3,83 angeführt werden: *Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit, mulierue in manum conuenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debitae sunt, patri adoptiuo coemptionatoriuè acquiruntur exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt usus fructus operarum obligatio <libertorum>, quae per iusiurandum contracta est et <—> legitimo iudicio.* (Über die gewöhnliche Ergänzung der letzten Zeile durch die Worte *lites contestatae* später.) Nun wird allerdings das Prinzip: *ciuili ratione capitis deminutio morti coaequatur* unmittelbar auf den Fall angewandt, dass ein Recht oder eine Verpflichtung mit dem Tode unter-

geht (Gaius I.3,153, vgl. Mod. D.17,2,4,1 und Ulp. eod. 63,10), oder auf den Satz, dass eine Obligation nach dem Tode der Person, zu welcher sie primär gehört, nicht anfangen kann. Sie kann nicht ab heredis persona zu gelten beginnen (Gaius I.3,100 u. 101). Was den umgekehrten Fall betrifft: Rechte oder Verpflichtungen, die durch cap. dem. eines homo sui iuris, in unserm Falle durch adrogatio oder coemptio untergehen, gehen auch durch den Tod des Berechtigten oder Obligierten unter, muss man das restringierende Prinzip in Betracht ziehen, dass der pater familias durch die Schulden des Gewaltunterworfenen nicht obligiert werden kann. Deshalb gehen natürlich die Schulden eines früheren homo sui iuris durch die adrogatio bzw. die coemptio unter. Sie können nicht auf den adrogator bzw. den coemptionator übergehen, abgesehen von den hereditären, die übergehen, weil der adrogator bzw. der coemptionator selbst Erbe wird: hierüber Gaius I.3,84. Aus der Schuldsituation darf dann nicht geschlossen werden, dass wenn gewisse Rechte durch die genannte cap. dem. untergehen, dies nicht auf der besonderen persönlichen Natur solcher Rechte beruht. Hier spielt das angeführte Hindernis gar keine Rolle. Man weiss ja durch Gaius, dass in gewissen Fällen die Rechte gar nicht durch die fragliche cap. dem. untergehen. Dass dies bei anderen Rechten geschieht, kann dann auf keine andere Weise erklärt werden als so, dass diese an der Person haften und deshalb mit dem Tode verschwinden. Ausserdem liegt ein zureichender Beweis darin, dass der Erwerb durch adrogatio oder coemptio ein zivilrechtlicher Erwerb per uniuersitatem inter uiuos ist, ganz wie das Beerben einen zivilrechtlichen Erwerb per uniuersitatem nach dem Tode desjenigen, dessen Erbe man wird, bedeutet (Gaius I.2,97 und 98). Dann müssen natürlich die Regeln für den Übergang identisch sein, sofern nicht die besondere Stellung des adrogator oder des coemptionator es verhindert. Man beachte nun auch, dass bei dem anderen der von Gaius in § 83 Beispiele von Rechten, die in der angegebenen Weise untergehen — dem ususfructus — der Untergang ebensogut durch den Tod des Berechtigten erfolgt. Weiter gilt dasselbe hinsichtlich eines anderen, wenigstens in dem erhaltenen Teile der Äusserung von Gaius nicht erwähnten Beispiels derselben Sache. Die auf adstipulatio beruhende Obligation geht durch cap. dem. des Inhabers unter, kann aber auch nicht geerbt werden, wie aus Gaius 3,114 hervorgeht. Also folgt entschieden aus Gaius 3,83, dass die auf Eid beruhende operarum obligatio nicht vererblich ist. Aus der besonderen Erwähnung der operarum obligatio, die auf Eid beruht, geht indes auch hervor, dass solche obligatio, wenn sie auf Stipulation beruht, nicht mit dem Tode untergeht. Gaius kennt ja letztere Obligation gut, was sich z.B. deutlich aus D.38,1,22 ergibt. Der angenommene Gegensatz in der vorliegenden Hinsicht wird nun auch durch die Behandlung der operarum obligatio in D.38,1 und anderswo völlig bestätigt. Die Eidesobligation wird niemals

als erblich dargestellt. Wenn Erblichkeit vorausgesetzt wird, wird entweder nichts über die Entstehungsweise gesagt, oder die Obligation wird als auf Stipulation beruhend dargestellt. Über *iusiurandum* oder *iurare* als die Grundlage einer *obligatio operarum liberti* in D.38,1: l. 7 pr., 1 u. 2; l. 8 pr. und 1; l. 10; l. 15,1 in fine; l. 30 pr.; l. 37 pr. (*iurauerit uel promiserit*). In keiner dieser Stellen wird die Möglichkeit, dass die durch *Eid* begründete Obligation erblich wäre, vorausgesetzt. Dagegen wird die Erblichkeit der *obligatio oper. lib.*, die auf Stipulation beruht, z.B. Ulp.-Pap. eod. l. 15,1 und Gaius l. 22,1 ausgesprochen. Besonders beleuchtend ist die erstere Stelle: *Neque promitti neque solui nec deberi nec peti pro parte poterit opera. ideo Papinianus subicit: si non una, sed plures operae sint et plures heredes existant patrono, qui operas stipulatus est, uerum est obligationem operarum numero diuidi. denique Celsus libro duodecimo scribit, si communis libertus patronis duobus operas mille daturum se iurauerit aut communi eorum seruo promiserit, quingenas potius deberi, quam singularum operarum dimidias.* Man beachte hier erstens, dass, wenn das Prinzip, dass eine *opera* nicht geteilt werden kann, auf den Fall: mehrere *Erben* angewandt wird, es sich um *Stipulationsobligationen* handelt. Wenn es aber auf *Eidesobligationen* angewandt wird, wie bei Celsus, wird von der Verteilung zwischen zwei *patroni* geredet. Zweitens beachte man die Gegenüberstellung: der Freigelassene schwört den *patroni* direkt, er verspricht *stipulationsweise* (*promittit*) dem gemeinsamen Sklaven. Hierin kommt auch der persönliche Charakter der *Eidesobligation* zum Ausdruck. Wenn der Sklave den *Eid* empfinde, wäre dieser *civilter* unwirksam, weil eine religiöse Obligation immer dem Empfänger *persönlich* gehört und deshalb der Sklave durch das Empfangen *nicht* dem *dominus* erwerben würde. Vgl. den Fall: der Sklave ist *adstipulator*. Er erwirbt dann aus demselben Grunde nicht dem *dominus*. Siehe oben. In l. 22,1 werden von Gaius die Erbschaftsregeln bei der *obligatio operarum liberti* abgehandelt. Dort handelt es sich indes nach den ausdrücklichen Worten des Gaius um Stipulationen von *operae*.

Dass eidlich versprochene *operae officiales* sind und deshalb nur die Erfüllung der ursprünglichen persönlichen Dienstpflicht betreffen, während die *stipulationsweise* versprochenen einen allgemeinen wirtschaftlichen Wert haben und nur die Dienstpflicht ersetzen sollen, kann stark belegt werden. Es heisst Ulp. B.26 ad Sabinum D.38,1,6: *Fabriles operae ceteraque, quae quasi in pecuniae praestatione consistunt, ad heredem transeunt, officiales uero non transeunt.* Da wir aus Gaius I.3,83 den sicheren, durch kein Quellenzeugnis widerlegten Schluss ziehen können, dass die durch *Eid* begründete *obligatio operarum liberti* *nicht* auf den *Erben* übergeht, wohl aber die *Stipulationsobligation*, so muss an dieser Stelle die *Eidesobligation contra* die *Stipulationsobligation* gemeint sein. Diese Annahme ist um so sicherer, als sich die Stelle primär gerade auf

Übergang oder Nicht-Übergang bei *adrogatio* bezieht (LENEL, Pal. II, S. 1110). Dann sind auch *operae officiales* mit den *eidlich* versprochenen *operae* identisch. Daher irrt MITTEIS, Sav. Z. 23 (1902) S. 151, wenn er meint, dass unter *operae officiales* hier die nach Patronatsrecht versprochenen *operae* überhaupt, unter *operae fabriles* ausserhalb des Patronatsrechtes fallende stipulierte *operae* verstanden werden. Dies würde voraussetzen, dass *keine* patronatsrechtlichen *operae* erblich sein könnten, ein Satz, dessen Unrichtigkeit sowohl *e contrario* aus Gaius I.3,83 als direkt aus Gaius D.38,1,22,1 hervorgeht. Weiter sagt Ulp. B.34 ad Sabinum D.38,1,9: *Operae in rerum natura non sunt. Sed officiales quidem futurae nec cuiquam alii deberi possunt quam patrono, cum proprietas earum et in edentis persona et in eius, cui eduntur, constitit: fabriles autem aliae (scil. non officiales) eius generis sunt, ut a quocumque cuicumque solui possint. sane enim si in artificio sint (scil. operae) iubente patrono et alii edi possunt.* Man stelle dies mit Pomp. ad. Sab. l. 10,1 zusammen (Sowohl Ulp. als Pomp. führen Sabinus als Autorität an, der in seinem Kommentar zum edictum praetoris urbani auch diese Frage abgehandelt hat: Paulus D.38,1,18): *Libertus operarum nomine ita iurando: 'patrono aut Lucio Titio' soluere Lucio Titio non potest, ut a patrono liberetur.* Forts. l. 12: *quia aliae operae erunt, quae Lucio Titio dantur.* Pomp. fügt hinzu: *sed si libertatis causa pecuniam promittat libertus egenti patrono aut Titio, omnimodo adiectio Titii ualet.* Kann nun bezweifelt werden, dass die durch *Eid* versprochenen *operae* mit den sog. *officiales* identisch sind, die dem patronus allein geleistet werden können?

Julianus sagt D.38,1,23 pr.: *hae operae quas libertus promittit, multum distant a fabrilibus uel pictoriis operis. Denique si libertus faber aut pictor fuerit, quamdiu id artificium exercebit, has operas patrono praestare cogitur. Quare sicut fabriles operas quis potest sibi aut Titio stipulari, ita patronus a liberto sibi aut Sempronio recte stipulatur: et libertus obligatione soluetur, si tales operas extraneo dederit, quales patrono praestando liberaretur.* Hier werden stipulationsweise versprochene *besondere operae*, z.B. *fabriles* oder *pictoriae*, den *operae* gegenübergestellt, die der Freigelassene als solcher stipulationsweise verspricht. Erstere sollen unter allen Umständen geleistet werden. Letztere werden allgemein ohne Qualifizierung versprochen. *Wenn aber* der Freigelassene ein *faber* oder *pictor* gewesen ist, muss er, *solange er ein solches Gewerbe ausübt*, *operae* mit diesem Inhalt prästieren. Dass der Freigelassene niemals qualitativ bestimmte *operae* verspricht, geht auch aus anderen Stellen hervor, in welchen gesagt wird, dass die *operae*, die von ihm gefordert werden können, immer nach seinem *gegenwärtigen* Gewerbe zu bestimmen sind, soweit dieses anständig ist. Paulus D.38,1,16 pr. *Übt er kein artificium aus, so muss er andere operae prästieren, die überhaupt dem patronus von*

Nutzen sein können: Callistr. 1.38,1. Deshalb wird weiter in der angeführten Iulianstelle gesagt: Obgleich die Stipulation des patronus auch eine rechtskräftige Klausel, dass einer anderen Person solviert werden darf, enthalten kann, wie dies auch vorkommen kann, wenn operae bestimmter Art versprochen werden, wird der Freigelassene von seiner Obligation nicht durch von Anfang an bestimmte operae, die der anderen Person geleistet werden, von der Verbindlichkeit dem patronus gegenüber befreit, sondern nur durch die Leistung *solcher* operae, die ihn nach *den vorliegenden Umständen* befreien würden, wenn sie dem patronus selbst geleistet würden. — In l. 24 stellt ferner Iulianus die Stipulation besonderer operae, die nicht libertatis causa möglich ist — wenn der Freigelassene *solche* libertatis causa verspreche, sei die prozessuale Eintreibung infolge exceptio unmöglich, weil ein *onerare libertatem* vorliege — so der patronatsrechtlichen Stipulation von operae gegenüber, dass im letzteren Falle eine effektive Obligation nur dann eintrete, wenn der patronus die gewünschten operae (auch hinsichtlich der Tage, an welchen sie ausgeführt werden sollen) bestimmt hat, im ersteren Falle unmittelbar mit dem Tage der Stipulation: Quotiens *certa species* operarum in stipulationem deducitur, ueluti pictoriae fabriles, peti quidem non possunt, nisi praeteritae, quia etsi non uerbis, at re ipsa inest obligationi tractus temporis, sicuti cum Ephesi dari stipulemur, dies continetur . . . *cedunt* tamen operae ex die interpositae stipulationis. (D.h. die Zeit, die der Obligierte der Natur der Sache nach zu seiner Verfügung hat, ehe Aktion wegen Nichterfüllung möglich ist, ist vom Stipulationstage zu rechnen.) sed operae, quas patronus a liberto postulat confestim non cedunt, quia id agi inter eos uidetur, ne ante cederent, quam *indictae* fuissent, scilicet quia ex commodo patroni libertus operas edere debet: quod in fabro uel pictore dici non conuenit. Dass es sich hier auch im Falle: patronus fordert operae vom libertus, um durch Stipulation versprochene operae handelt, ist klar, da sonst die Gegenüberstellung mit dem Fall: *certa species* operarum in *stipulationem* deducitur sinnlos wäre. Eine parallele Äusserung findet sich Gaius D.38,1,22 pr., wo dasselbe so ausgedrückt wird: Cum patronus operas *stipulatus sit*, tunc scilicet committitur stipulatio, cum poposcerit nec libertus praestiterit. nec interest, adiecta sint haec uerba ‚cum poposcerō‘ an non sint adiecta . . . Dasselbe geht auch aus Paulus D.45,1,73 pr. hervor. Dagegen kann nicht entschieden werden, ob in der Äusserung des Ulpianus D.38,1, 13,2: Iudicium de operis tunc locum habet, cum operae praeterierint. praeterire autem non possunt, antequam incipiant cedere, et incipiunt, posteaquam fuerint *indictae* durch Eid oder durch Stipulation versprochene operae oder beide gemeint sind. Natürlich gilt dieselbe Regel auch für die durch Eid versprochenen operae. Da indes die eidlich versprochenen operae im Eide selbst sicher als *officiales* bezeichnet worden sind,

muss die Regel hier ipso iure gegolten haben. Der schwörende libertus verspricht gerade die Erfüllung seines an sich nach altem Rechte bestehenden *officium* gegen den patronus, wiewohl dieses im Eide quantitativ begrenzt wird. Solche operae werden durch allgemeine pietätvolle Gefälligkeit gegen den patronus vollzogen. Eine solche Situation ist *nicht* vorhanden, wenn operae mit allgemeinem wirtschaftlichen Werte stipulationsweise versprochen werden. Dann kann die Regel nicht ipso iure gelten. Sie kann dann nur durch prätorische Mittel geltend gemacht werden. Dies wird sowohl durch die angeführte Äusserung von Iulianus l. 24 als durch die ganze Darstellung bei Gaius l. 22, wo er sich in § 1 auf Iulianus beruft, bezeugt. In l. 24 motiviert nämlich Iul. seine Darstellung durch die Worte: *quia id agi inter eos uidetur*. Diese Phrase bezieht sich immer auf die im Akte hervortretende Absicht (siehe oben im Texte S. 46¹ und Beil. 6), und hinsichtlich Stipulationen bedeutet sie eine *tacita pactio de non petendo*. Eine solche *pactio* kann nur durch prätorische Mittel aufrechterhalten werden. In unserm Falle handelt es sich also darum, dass der patronus, wenn er wegen unterlassener Præstation von operae klagt, ohne vorher die gewünschten operae und ihre Zeit bestimmt zu haben, auf Grund der bei der Stipulation vorausgesetzten Absicht durch *exceptio* abgewiesen wird. In Gaius l. 22, wo es sich um Stipulationsobligationen des libertus als solche handelt, wird, nachdem im pr. die Regel in Übereinstimmung mit Iul. l. 24 angegeben worden ist, in § 1 berichtet, dass nach Iulian die *liberi* des patronus nur dann die *obligatio operarum* erhalten, wenn sie ihn wirklich beerben. Wenn aber einer von ihnen *exhereditiert* und *emanzipiert* worden ist und nur durch die Einsetzung eines eigenen Sklaven zum Erben selbst Erbe wird, soll er mit seiner *operarum petitio* abgewiesen werden: *repelli debere*. Es wird hinzugefügt: *perinde ac repelleretur patronus, qui operas non imposuisset* (d.h. der, welcher Forderungen hinsichtlich der gewünschten operae nicht vorher gestellt hätte) *uel quas imposuit reuendisset*. Auch hier wird also eine durch das *onerare libertatem* bestimmte *exceptio* als das Mittel für die Aufrechterhaltung der Regel vorausgesetzt. Es ist dann auch klar, dass die Regeln, die überhaupt für die Forderung der stipulierten operae gelten, z.B. die Regel, dass nur solche operae, die nach dem gegenwärtigen Gewerbe des libertus von diesem prästiert werden können, gefordert werden dürfen, durch prätorische Mittel aufrechtzuerhalten sind. Dies sagt auch Paulus direkt in einer zusammenhängenden Auseinandersetzung D. 38, 1, l. 16, l. 18 u. l. 20 (aus B. 40 ad edictum), welche so schliesst: *quod nisi fiat praetorem ipsam patrono denegaturum operarum praestationem* (so nach Sabinus).

Mitteis a. a. O. S. 145 hat in der Hinsicht recht, dass der Freigelassene immer quantitativ bestimmte operae in abstracto verspricht. Unrichtig aber ist, dass alle von ihm versprochenen operae als *officiales* zu be-

zeichnen seien. Denn ein scharfer Unterschied zwischen den *eidlich* versprochenen operae, die mit operae officiales identisch sein müssen, und den stipulationsweise versprochenen tritt deutlich in den erhaltenen Fragmenten hervor, obgleich die Kompilatoren, für welche die Differenz keine Bedeutung haben konnte, dieselbe in jeder Weise verdecken. (Hierüber im Texte.) Der auf operae officiales als solche gerichtete Eid umfasst: operas *qualescumque*, quae modo probe iure licito imponuntur (Ulp. D.38,1,7,3). Dies deshalb, weil es sich hier nur um persönliche Dienste für den patronus handelt. Die stipulatio operarum liberti ist nur ein möglicher Ersatz für den Eid durch das Versprechen von operae in abstracto mit allgemeinem wirtschaftlichen Wert. Ihre Vollstreckung steht aber, weil die *causa* libertas ist, unter prätorischer Kontrolle, so dass nur *nach besonderen Regeln* bestimmte operae mit dem Effekte gefordert werden können, dass Aktion ohne exceptio bei der Unterlassung möglich ist. *Mitteis* beruft sich S. 157 auf Ulp. D.12,6,26,12 und Gaius D.38,1,22 pr., *vo solutio* oder *editio* operarum allgemein als die Erfüllung des *officium* liberti bezeichnet zu werden scheint. Indes liegt hier ein Missverständnis vor. In der ersten Stelle wird gesagt: Libertus cum se putaret operas <officiales> patrono debere, soluit: condicere cum non posse, [quamvis putans se obligatum soluit?] Iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura enim operas patrono libertus debet. sed et si non operae patrono sunt solutae, sed, *cum officium* ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia et soluit, repetere non potest. sed si operas *patrono* exhibuit *non officiales*, sed fabriles [ueluti] <uel> pictorias uel alias (scil. non officiales), dum putat se debere, uidentum an possit condicere. Ein unlöslicher Widerspruch würde vorhanden sein, wenn nicht im ersten Satze: cum se putaret operas patrono debere das Wort *officiales* (aus Versehen?) ausgelassen wäre, da der nachfolgende Satz: dum putat se debere als Objekt ausdrücklich operas *non officiales* hat und dieser Fall dem ersten *entgegengestellt* wird. Et Celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eadem [neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur] <quae eidem exhibentur neque eiusdem hominis>. Dass der Text so gelesen werden muss, geht mit völliger Gewissheit aus dem Nachfolgenden hervor: nam plerumque robur hominis, aetas [temporis] (Mo.) opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec uolens quis reddere potest. sed hae (scil. non officiales, sed fabriles etc.), inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico: uel hominem indebitum, et hunc sine fraude [modico?] distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes . . . sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conducturus. Sed si delegatus sit a patrono [officiales operas] (MITTEIS) apud Marcellum libro uicensimo digestorum quaeritur <an teneatur>.

et dicit Marcellus non teneri eum, nisi forte in artificio sint (hae enim iubente patrono et alii edendae sunt) (Ganz dieselbe Ausdrucksweise wie bei Ulp. D.38,1,9, oben S. 287 zitiert. Man beachte, dass bei Paulus eod. 37,4, wo die Möglichkeit einer bindenden Delegation angenommen wird, eine *Stipulation* vorausgesetzt wird.): sed si soluerit *officiales* delegatus, non potest condicere neque ei cui soluit creditori, cui alterius contemplatione solutum est quique suum recipit, neque patrono, quia natura ei debentur. Dies ist mit Ulp. D.44,5,1,10 zusammenzustellen, wo berichtet wird, dass nach Cassius, der selbst Urseius anführt, der Freigelassene, welcher nach der Delegation des patronus dem Gläubiger desselben eine *promissio* gegeben hat, die ein *onerare libertatem* einschliesst, allerdings nicht gegen den Gläubiger *exceptio* gebrauchen, aber vom patronus selbst kondizieren kann. Es handelt sich in der ganzen Abteilung von § 4 bis § 12 um die Möglichkeit für den Freigelassenen, gegen die prozessuale Eintreibung *stipulationsweise* dem patronus versprochener *operae* Exzeptionen auf Grund des *onerare libertatem* anzuwenden. Der Sinn der Stelle D.12, 6,26,12 ist nun völlig klar. *Operae officiales* können niemals kondiziert werden, weil, wenn keine *Obligation* vorlag, obgleich der Freigelassene dies glaubte, dieser von Natur solche Werke schuldig ist. Also: die *operae officiales* haben das an sich bestehende *officium* zum Inhalt. Wenn dieses einmal erfüllt ist, kann es nicht kondiziert werden. Der Freigelassene ist nicht *schuldig*, *operae officiales* nach Delegation dem Gläubiger des patronus zu leisten. Wenn er dies aber getan hat, kann er aus dem angegebenen Grunde nicht vom patronus kondizieren. Andere Werke aber, die der Freigelassene *libertatis causa* dem patronus versprochen hat, welche einen allgemeinen wirtschaftlichen Wert haben, können kondiziert werden, wenn er seine *Obligation* schon vorher erfüllt hat, oder wenn in dem Charakter des Versprechens bzw. in der Art, wie seine Erfüllung gefordert wurde, ein *onerare libertatem* liegt. Wenn er aber eine Delegation zugunsten des Gläubigers des patronus erhält, ist er in diesem Falle *schuldig*, die *operae* dem Gläubiger zu leisten. MITTEIS scheint durch die Auslassung des Wortes *officiales* im Anfang der Stelle irreführt worden zu sein. Was die andere zur Stütze angeführte Stelle Gaius D.38,1,22 pr. betrifft, so ist es wunderlich, dass MITTEIS nicht bemerkt, dass die Worte, die hier als Beweis dienen sollen, interpoliert sind. Nachdem Gaius die oben abgehandelte Regel über die Notwendigkeit für den patronus, im voraus die gewünschten *operae*, wenn *Stipulation* vorliegt, zu spezifizieren, besprochen hat, sagt er in dem angeblichen Texte: *aliud enim est de operis, aliud de ceteris rebus*. Eine so allgemeine Behauptung ist offenbar sinnlos. Denn wenn es sich um versprochene *operae* handelt, die ausserhalb des Patronatsrechtes fallen, herrscht in der fraglichen Hinsicht gar keine Differenz zwischen *operae* und *ceterae res*.

Danach heisst es: cum enim operarum editio nihil aliud sit quam officii praestatio, absurdum est credere alio die deberi officium quam quo is uellet, cui praestandum est. Also ein unmittelbar folgender *neuer* Enim-Satz, der unlogisch ist! Die Logik fordert unbedingt als Konsequenz des cum-Satzes: *deberi operas* statt *deberi officium*. Übrigens würde die Stelle, auch wenn sie echt wäre, nichts beweisen. Denn sofern die libertatis causa stipulierten operae beschworene operae ersetzen sollen und die Leistung solcher operae eine praestatio officii ist, so kann die Leistung ersterer als eine *mittelbare* praestatio officii betrachtet werden. Pomp. eod. l. 3, 1, wo *stipulierte* operae als *officium diurnum* bezeichnet zu werden scheinen, enthält einen Unsinn: Nec pars operae per horas solui potest, quia id est officii diurni. Mutmasslich hat der Text gelautet . . . quia est diurna = weil sie ein *Tagewerk* ist.

Obgleich schon aus dem Angeführten hervorgeht, dass stipulationsweise versprochene operae liberti einen allgemeinen wirtschaftlichen Wert haben, soll hier ein direkter Beweis angeführt werden. In Pomp. D. 38, 1, 4 ist die Voraussetzung: A duobus manumissus utrique operas promiserat. Es wird gesagt, dass, wenn einer gestorben hat, sein Sohn nicht ausgeschlossen sei, obgleich der andere noch lebt. Denn hier seien nicht die Prinzipien für die Erbfolge hinsichtlich der bona liberti anwendbar. (Nach diesen Prinzipien würde im fraglichen Falle der Sohn ausgeschlossen sein: Gaius I. 3, 60.) Die betreffenden operae werden nämlich so gefordert, *als ob es sich um pecunia credita handelte*. Es ist ferner in dieser Hinsicht beachtlich, dass eine Vermietung der stipulationsweise versprochenen operae möglich ist, wenn eine solche die natürliche Anwendung der operae ist. Der Freigelassene ist z.B. Arzt. Der patronus, der dann gerade die hier in Betracht kommenden operae allein fordern kann, aber selbst Arzt ist, kann auf keine andere Weise Gewinn aus ihnen ziehen als durch Vermietung. Ohne solche Zwangslage, nur wegen ‚merces‘, darf jedoch keine Vermietung geschehen. Siehe hierüber Iul. eod. l. 25. Dass die operae officiales nicht vermietet werden können, wird dadurch bezeugt, dass der Freigelassene, der solche operae einer anderen Person als dem patronus leistet, dadurch nicht befreit wird, weil dann *andere* operae als die versprochenen geleistet werden: Pomp. eod. l. 10 u. l. 12.

Endlich tritt der prinzipielle Unterschied zwischen der Eidesobligation und der Stipulationsobligation, die offenbar alternativ möglich sind, in den verschiedenen *Folgen* der Einlösung der einen und der anderen hervor. *Immer* bleibt die primäre religiöse Pflicht zu ‚uerecundia‘ oder dem ‚consuetum obsequium‘ bestehen. (Siehe oben S. 174 f.) Die Stipulationsobligation aber noviert gleichsam allen anderen Inhalt der ursprünglichen Dienstpflicht, so dass nichts anderes als die genannte uerecundia-Pflicht den Freigelassenen nach der Einlösung belastet. Dies, weil die Obligation dann ein *Ersatz* für die primäre Dienstpflicht sein soll,

nicht dieselbe quantitativ begrenzt enthält. Die Einlösung der Eidesobligation aber befreit den Freigelassenen nicht in derselben Weise. Sie befreit ihn nämlich nicht von der Unterhaltungspflicht nach besten Kräften, wenn der patronus bedürftig ist, und zwar, weil die primäre Dienstpflicht nicht durch diese Obligation *ersetzt* wird, sondern in gewisser Hinsicht bestehen bleibt, obgleich sie hinsichtlich der nötigen *operae* begrenzt wird. Man beachte hierbei, dass das *eidliche* Versprechen hinsichtlich des Inhaltes durch *donum munus operae* charakterisiert wird. (Siehe oben S. 176.) Nun sagt Paulus Sent. 2,32: Egentem patronum libertus obligatione *doni muneris et operarum* solutus alere cogendus est pro modo facultatum suarum. Hier handelt es sich also um die Eidesobligation. Dass dieser Zwang nicht durch Undankbarkeitsklage, sondern durch *cognitio extra ordinem* realisiert wird, geht aus Ulp. D.25,3,5,18—25 hervor. Man beachte die Ausdrücke *iudices cognoscere* (18) oder *decernere* (20). Dass es sich hier um dasselbe wie bei Paulus Sent. 2,32 handelt, folgt aus der identischen Ausdrucksweise: ‚pro modo facultatum‘ ‚agentibus patronis‘ (19). Nun sagt indes Papinianus D.38,1,41: Libertus, qui operarum obligatione dimissus est atque ita liberam testamenti factionem adsecutus est, nihilo minus obsequi uerecundiae tenetur. alimentorum diuersa causa est, cum inopi[a]-<ae> patroni [pro inuidia] <prouidere> libertum conuenit. D.h. nach Pap. ist die Unterhaltungspflicht hinsichtlich des bedürftigen patronus eine andere, wenn sich der Freigelassene dazu besonders verbunden hat. Da Paulus die Ansicht seines Lehrers gewiss nicht bestreiten wollte und da nach Pomp. eod. l. 12 gerade bei *Stipulationsversprechen* (*promissio*) eine solche besondere Übereinkunft möglich ist, weist alles darauf hin, dass bei Pap. die Stipulationsobligation, bei Paulus die Eidesobligation gemeint ist. Erstere schliesst nicht die Unterhaltungspflicht ein, wenn nicht besonders darüber kontrahiert worden ist. Bei der letzteren bleibt die primäre Unterhaltungspflicht *pro modo facultatum* ohne besondere Übereinkunft bestehen, welche letztere übrigens nicht in den *Eid* selbst aufgenommen werden zu können scheint. Wie ganz *unpersönlich* das Stipulationsversprechen in der fraglichen Hinsicht aufgefasst wird, geht daraus hervor, dass nach Pomp. l. c. ein solches Versprechen eine *gewisse* Geldsumme ‚*pecunia*‘ einschliesst und dass in diesem Falle sogar ein Zusatz *aut Titio* gültig ist, so dass das Geld auch einer dritten Person zwecks Befreiung des Promittenten gezahlt werden kann.

Die den Eid ersetzende Stipulation des patronus hat überhaupt zivilrechtlich denselben unpersönlichen Charakter wie andere Stipulationen, wenn auch wegen der besonderen *causa libertatis* der *Prätor* darüber wacht, dass diese *causa* immer berücksichtigt wird, wodurch nicht nur der Freigelassene gegen das *onerare libertatem* geschützt, sondern auch der spezielle *Zweck* solcher Versprechen, dem patronus *persönlich* (ihre Familie eingeschlossen) zu nützen, aufrechterhalten wird. Letzteres tritt

darin hervor, dass, obgleich die Stipulationsobligation *zivilrechtlich* den allgemeinen erbrechtlichen Regeln untersteht, der *Prätor* die Eintreibung seitens des *heres extraneus* verhindert und, wie es scheint, umgekehrt den *liberi* in gewissen Fällen, selbst wenn sie den *patronus* nicht beerben, Aktion gibt.

Dies ist nun nachzuweisen. Wir kehren also jetzt zu der Frage nach der Erblichkeit der Eidesobligation einerseits, der der Stipulationsobligation andererseits zurück. Was besonders die Eidesobligation betrifft, muss beachtet werden, dass eine zivile Obligation, wenn in *iudicium legitimum* agiert wird, ihren Charakter verändert. Statt des *dare oportet*, das im Momente der *litis contestatio* vorhanden ist, tritt nun das *oportet condemnari* auf Grund der letzteren ein. So nach Gaius I. 3, 180. Die Obligation aber geht dadurch nicht *substantiell* unter, sondern verändert nur ihre Form. Siehe hierüber Röm. Obl. I S. 312 f. Hier ist nur zur Vervollständigung und Verdeutlichung hinzuzufügen, dass eine Verschiedenheit in dieser Hinsicht zwischen der *Novation* und der *l. c.* in *iud. leg.* insofern vorhanden ist, als *erstere* als eine wirkliche *solutio*, *letztere* nur als ein Übergang zu höherer Aktualität betrachtet wird. Die Vorteile, die der Obligationsinhaber in Verbindung mit der ursprünglichen Obligation genießt, z. B. das Pfandrecht, gehen deshalb durch die *Novation* verloren, keineswegs dagegen durch die *l. c.* in *iud. leg.*, die vielmehr in gewisser Hinsicht die Macht des Obligationsinhabers verstärkt. In *welcher* Hinsicht, wird sogleich angegeben werden. Dies wird allgemein von Paulus D. 46, 2, 29 u. 30 gesagt, speziell für das Pfandrecht von Ulp. D. 13, 7, 11 pr. u. 1. Wir führen Ulp. an: *Solutum non uidetur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito uel si fideiussor conuentus fuerit. Nouata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi conuenit, ut pignus repetatur.* Wir zitieren danach die von Gaius D. 50, 17, 139 formulierte allgemeine Regel: *omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio saluae permanent.* Diese Regel ist bei Paulus D. 46, 2, 29 gemeint: *neque enim deteriorem causam nostram facimus actiones exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore uel morte finiri possunt.* Siehe weiter die Anwendung des Satzes auf die *actio iniuriarum* Ulp. D. 47, 10, 13 pr. und die allgemeine Äusserung über *actiones poenales* Paulus D. 27, 7, 8, 1 in fine. Man beachte auch Paulus Sent. 3, 6, 3: *Post diem legati cedentem (nach lex Papia — Poppaea — dies tabularum apertarum, sofern das Legat nicht unter einer Bedingung steht: Ulp. Reg. 24, 31) actio, quae inchoata non est, ad heredem non transmittitur.* Vgl. hiermit Ulp. Reg. 24, 30: *Ad heredem legatarii legata non aliter transeunt, nisi si iam die legatorum cedente legatarius decesserit.* Also: wenn der Legatar nach dem dies cedens noch lebt, geht sein Legatsrecht nicht auf seinen Erben über. D. h. eine *actio im Namen des Testaments* ist für den Erben des Legatars dann unmöglich. Eine Aus-

nahme liegt jedoch nach Paulus a. a. O. vor: wenn die Aktion des Legatars schon durch l.c. angefangen hat. *Dann* geht sie auf den Erben über. In der von Gaius formulierten Regel bedeutet *actio* die Fähigkeit, prozessual zu agieren. Der *Grund* der Fähigkeit kann ein *ziviles* Recht sein. Dann liegt eine *ciuilis actio* vor oder eine *actio, quae competit*. Der Grund kann aber auch eine nur prätorische Regel sein. Dann liegt nur eine *actio quae datur*, scil. vom Prätor, vor. Eine auf zivilem Rechte ruhende Aktion im angegebenen Sinne kann in einem *iudicium legitimum* „eingeschlossen“ sein, nämlich so, dass sie *nur* in diesem *iudicium* fortlebt. Dies gilt, *auch wenn* das Recht ein dingliches Recht ist. Ich habe Röm. Obl. I S. 304 ff. auf Grund der alten Regel: *bis de eadem re ne sit actio* und Gaius I.4,108 nachgewiesen, dass in den auf solchem Rechte beruhenden Legisaktionen die Fähigkeit, gegen eine gewisse Person zu agieren, durch das faktische Agieren gegen diese in der Sache konsumiert wird und dass deshalb dasselbe auch für den Nachfolger der *legis actio*: das *iudicium legitimum* (a. a. O. S. 300⁴ und 304²) gegolten haben muss, obgleich auf Grund der formula: *si paret rem* bzw. *ius eundi agendi* oder *utendi* *fruenti* A:¹ A:¹ esse, die zivilrechtlich geltende Konsumption der *Aktion* nur durch *exceptio* geltend gemacht werden kann. (Das dingliche *ius* geht durch die Aktion gegen gewisse Person nicht unter, wie es der Fall ist, wenn eine zivile Obligation der Grund der Aktion ist.) Damit ist klar, dass die fragliche Kraft zu agieren, die immer, obgleich sich das dingliche *Recht* auf die *Sache*, nicht auf eine bestimmte Person bezieht, gegen die Person, die die Rechtsübung hemmt, gerichtet ist, wirklich in einem *iud. leg.* eingeschlossen sein kann. Dagegen ist es unmöglich, dass eine zivile Aktion in einem *iudicium imperio continens* „eingeschlossen“ wäre, so dass sie durch solches *iudicium* konsumiert würde. Denn *dieses iudicium* hat seine Kraft ausschliesslich durch die Ausübung des prätorischen *imperium*, *nicht* durch das Zivilrecht. Es kann deshalb keine zivile *actio* so konsumieren, dass die Konsumption zivilrechtliche Kraft hätte und daher die zivile Aktion selbst zu existieren aufhörte. Nun können, wie aus Gaius I.4,109 hervorgeht, auch prätorische Aktionen in einem *iudicium legitimum* geltend gemacht werden. Dann aber tritt keine Konsumption der prätorischen Aktion als solcher ein. Dann ist keine Konsumption in anderer Weise möglich, als so, dass nicht weiter in einem *iudicium legitimum*, also in einem *iudicium*, das selbst zivilrechtliche Kraft hat, agiert werden kann. Wenn eine *ciuilis actio* in einem *iudicium legitimum* geltend gemacht worden ist, hört *diese selbst* auf, ausserhalb dieses *iudicium* zu existieren. Sie *kann* nun bloss in diesem Kraft haben. Wenn das *iudicium* untergeht, weil innerhalb eines Jahres und sechs Monate in der Sache nicht gerichtet worden ist (nach *lex Iulia iudiciaria* Gaius I.4,104), geht die *ciuilis actio* selbst als eine Fähigkeit, auf der Grundlage eines zivilen Rechts gegen eine gewisse Person zu agieren, unter. Das hier Angeführte

berührt nicht die prätorischen Konsumptionsregeln, die durch Exzeptionen realisiert werden, worüber Gaius I.4,106 f., sondern ausschliesslich die Konsumption, die *zivilrechtlich* gilt.

Aus der angeführten, von Gaius formulierten Regel geht nun hinsichtlich aller Aktionen hervor, dass wenn eine solche Aktion durch den Tod oder die cap. demin. des aktiven Subjekts zu existieren aufhört, aber schon vorher in einem iudicium legitimum eingeschlossen worden ist, sie *in diesem iudicium* fortlebt, so dass der Erbe bzw. der adrogator oder der coemptionator als aktive Partei in demselben eintritt.

Wir müssen nun wieder Gaius I.3,83 anführen. Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit, mulierue in manum conuenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debitae sunt, patri adoptiuo coemptionatoriuè adquiruntur exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio <libertorum>, quae per iusiurandum contracta est, et < > legitimo iudicio. Die Bezeichnung ‚omnes res eius incorporales et corporales‘ muss in Zusammenhang mit der Einteilung 2,13 u. 14 gebracht werden. Zu den res incorporales sollen solche res gehören, die in einem *ius* bestehen, und zu diesen wird auch die obligatio, aktiv betrachtet, gerechnet. (Die Worte: ‚quaeque ei debitae sunt‘ besagen, dass die fraglichen res durch *solutio* mit debitum als causa nur vom adrogator bzw. vom coemptionator so erworben werden können, dass sie nicht zurückgefordert werden können. Dass diese Inhaber der *Obligationen* sind, ist keineswegs gleichbedeutend damit, dass nur ihnen *solutio* mit debitum als causa solches Eigentumsrecht erwerben kann. Beim Vorhandensein einer obligatio naturalis überträgt der Akt *solutio* debiti als solcher Eigentum, so dass repetitio unmöglich wird, obgleich *vor* der Einlösung *niemand* debitor ist. Die Annahme, dass die Worte, die in der Gaius-Zitierung in I.I.3,10,1 wiederkehren, interpoliert seien, ist deshalb verfehlt.) Was nun die Ergänzung der nicht lesbaren Partie der letzten Zeile betrifft, kann zuerst konstatiert werden, dass die gewöhnlich vorgenommene (et) *lites contestatae*, die sich auch in der letzten Edition von KUEBLER findet, ebenso wie die von KNIEP: (et) *lites*, quae sunt contractae unrichtig sein muss, *wenn*, wie allgemein angenommen wird, solche Worte als vorher gegebene Beispiele für die ‚res‘, die durch cap. dem. untergehen, ergänzend aufzufassen sind. Gaius würde dann sich selbst widersprochen haben und mit einem allgemein anerkannten Prinzip in Widerspruch geraten sein, nämlich dem, dass, wenn eine actio einmal in ein iudicium (scil. legitimum) eingeschlossen worden ist, sie als darin eingeschlossen bestehen bleibt, auch wenn sie sonst durch den Tod des Inhabers untergeht. Dass in unserm Falle der Untergang eines Rechtes durch cap. dem. (minor) des Berechtigten Untergang durch den Tod voraussetzt, ist bereits nachgewiesen worden. KNIEP, der *nur* auf die angeblich richtige Lesart den Satz stützen kann, dass *lites contestatae*

leg. iud. nicht auf den adrogator übergehen, bemerkt selbst (Gaius 3,1, S. 189) mirabile dictu, dass nach Tryph. D.5,2,22,3 eine bei den centumviri schon angestrenzte Aktion, die in diesem Fall eine *legis actio* sein muss (Gaius 4,31), auf den adrogator übergeht. Nach Tryph. agiert der adrogator iure cuiusdam successionis. Dass er im angenommenen Falle — einem Prozesse de inofficioso testamento — verliert, wird als *darauf* beruhend dargestellt, dass er als Vertreter des Adrogierten — eines Sohnes des Testators — agiert, der nicht selbst würdig sei und deshalb den Prozess, wenn er selbst hätte agieren können, verloren hätte. Deshalb folgert Tryph., dass der adrogator persönlich nicht durch den Ausgang für unwürdig erklärt worden ist, sondern das ihm testamentarisch zuerkannte Legat behalten darf. Nun ist das leg. iud. nichts anderes als eine *legis actio*, in den Formularprozess übernommen. Dadurch entsteht infolge eines Vorurteiles ein unlösliches Rätsel!!

Was aber hat Gaius wirklich geschrieben? Das kann natürlich nicht mit völliger Gewissheit entschieden werden. Es ist indes zu bemerken, dass Gaius I.2,13 unter den Beispielen von res incorporales, die in *iura* bestehen sollen, weder die *ciuilis actio* (die *actio quae competit*) noch die *lis contestata* erwähnt. Die *actio* ist doch niemals mit *dem* Rechte identisch, auf welchem das Recht zu agieren beruht. Dies versteht sich ja von selbst, wenn es sich um eine *actio in rem* handelt. Aber auch die zivile Obligation kann nicht mit der aus ihr entspringenden *actio* identisch sein. *Obgleich* das Band selbst gerade in der Möglichkeit *besteht*, unter der Voraussetzung, dass eine gewisse Leistung nicht zu rechter Zeit erfolgt, gegen den Gebundenen zu agieren, ist diese Möglichkeit doch kein *Recht* zu agieren, bevor die Nichterfüllung konstatiert werden kann. Vorher besteht die Obligation nur als eine *potentia*. Wenn eine *actio* aus der Obligation entsteht, sagt man: *obligatio committitur*. Von Beginn der Obligation sagt man: *obligatio cedit* in dem Sinne, dass der Obligierte von diesem Zeitpunkt an die Leistung vorbereiten muss, um den Eintritt des Aktionsrechtes zu verhindern, was natürlich dann seine eigentliche Bedeutung erhält, wenn die erforderliche Leistung eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Man beachte besonders, dass nach der Ausdrucksweise der Juristen nur *operae praeteritae* prozessual eingetrieben werden können. In 3.83 entscheidet nun Gaius, soweit der Text lesbar ist, gar nicht, ob die einmal auf Grund der Rechte, die durch die *cap. demin.* untergehen, entstandenen *Aktionen*, z. B. die Aktion des Usufruktuars gegen den Besitzer, der die Ausübung seines Rechtes verhindert, dadurch *auch* untergehen. Allerdings folgt dies ja, was die Möglichkeit für den adrogator bzw. den coemptionator betrifft, selbst eine Aktion *anzustrengen*, aus der Form jeder Aktion, die auf einem Rechte beruht, da das Recht als dem Kläger selbst gehörend intendiert werden muss, dies aber natürlich nicht geschehen kann, wenn das Recht

ihm nicht gehört. Aber man versteht nicht, weshalb Gaius gerade in diesem Falle die allgemeine Regel für die Aktionen, die mit dem Tode untergehen — dass sie, einmal in ein *iudicium legitimum* eingeschlossen, nicht untergehen — nicht berücksichtigt. Deshalb kann Gaius wirklich in der nicht lesbaren Stelle nach *et* und vor *legitimo iudicio* geschrieben haben: *lites contestatae* oder auch *actiones inclusae* in dem Sinne, dass auch alle solche *lites* oder *actiones* auf den *adrogator* bzw. *coemptionator* übergehen, also *auch* solche, die auf den Rechten beruhen, die durch *cap. dem.* untergehen. Der Text ist dann so zu lesen, dass die Worte: *exceptis his — contracta est* als ein parentetischer Einschub betrachtet werden. Danach wird der Haupttext durch die Worte: *et lites contestatae* (oder *actiones inclusae*) *leg. iud.* ergänzt. Die Übersetzung des Ganzen ist dann: „Denn, wenn ein *pater fam.* sich zur Adoption geleistet hat oder ein Weib eine *manus-Ehe* eingegangen ist, so werden alle „Sachen“, die ihnen gehören (*omnes eius*), unkörperliche und körperliche, und die, welche von ihnen gefordert werden können, vom *Adoptivvater* oder dem *Manne* in der *Ehe* erworben (ausgenommen die, welche durch *cap. dem.* untergehen, wie z. B. *ususfructus*, die *Obligation* zu *operae* des *Freigelassenen*, welche durch *Eid* konstituiert wird) und (ausserdem) *prozessuale Rechte*, die mit der *Eröffnung* eines *Prozesses* mit *zivilrechtlicher Kraft* aktualisiert, aber auch damit konsumiert sind.“ Auf diese Weise aufgefasst, drückt der Text mit starker *Prägnanz* die *juristische Sachlage* aus, die aus anderen Quellen abgeleitet werden kann. Obgleich natürlich immer die *Aktionen*, die ihren Grund in solchen Rechten haben, die durch *cap. dem.* untergehen, mit ihrem *Untergang* selbst so *verlorengehen*, dass sie von keinem anderen angestrengt werden können, so ist es doch für den *Adoptivvater* bzw. den *Mann* möglich, sie nach dem *Untergang* zu übernehmen, wenn sie vorher schon in ein *iud. leg.* eingeschlossen worden sind.

Welche der beiden als möglich angenommenen *Konjekturen*: *lites contestatae iud. leg.* oder *actiones inclusae iud. leg.* hat die grösste *Wahrscheinlichkeit*? Dabei ist zu bemerken, dass letztere allein mit der *Ausdrucksweise* bei demselben Gaius D.50,17,139 übereinstimmt, wo es sich um dieselbe Sache handelt: *omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt* (vgl. Gaius I.3,83), *semel inclusae iudicio saluae permanent*. Auch wenn Gaius hier an irgendein beliebiges *iudicium* denkt — das Wort *legitimo* kann jedoch von den *Kompilatoren*, für welche kein *iud. legitimum* existiert, *weggenommen* worden sein — so kann eine *actio* nur in einem *iud. leg. zivilrechtlich* eingeschlossen sein. Und bei Gaius I.3.83 handelt es sich um die *zivilen Rechte*, die auf den *adrogator* bzw. den *coemptionator* übergehen. Deshalb ist *hier* der *Zusatz legitimo* notwendig. Andererseits ist notwendig anzunehmen, dass Gaius bei ‚*actiones*‘ an *alle* möglichen, also auch *prätorische Aktionen* denkt. Denn auch diese be-

kommen, wenn sie in einem iud. leg. geltend gemacht werden, eo ipso zivilrechtliche Kraft. Jedenfalls kann unabhängig von der Richtigkeit der Konjektur festgestellt werden, dass die Eidesobligation mit dem Tode und der cap. dem. des Inhabers untergeht, sofern nicht schon in iud. leg. agiert worden ist, in welchem Falle sie als Aktionsrecht fortlebt. Dass letztere Restriktion darauf beruht, dass nach erfolgter l. c. in iud. leg. die zivilrechtliche Grundlage der Obligation nicht mehr der *Eid*, sondern die l. c. selbst ist, wie Gaius I.3,180 sagt, liegt auf der Hand. Dass der Nachfolger selbst den Prozess nicht *eröffnen* kann, beruht natürlich darauf, dass sich in der intentio der Agierende auf das auf dem *Eide* gegründete Recht berufen muss, welches Recht nicht für den Nachfolger gilt. Aber bei der *Übernahme* des schon gegebenen iudicium beruft sich der Nachfolger auf das durch die l. c. gegebene prozessuale Recht des Vorgängers, das nicht selbst durch das Verschwinden der Eidesobligation zu existieren aufhört, obgleich es nur in dem schon gegebenen iudicium fortleben kann, so dass, wenn dieses untergeht, es selbst aufhört.

Es ist hinzuzufügen, dass es sich hier um eine zivilrechtlich geltende translatio iudicii auf den adrogator bzw. coemptionator und beim Tode auf den Erben handelt. Damit ist *nichts* in der Frage entschieden, ob der *Prätor* dieselbe wirklich immer zulässt: eine Frage, die wir hier beiseite lassen können. Soviel kann jedenfalls behauptet werden, dass er dieselbe für einen *heres extraneus* nicht zugelassen haben kann. Dies scheint nämlich nicht einmal bei der doch zivilrechtlich vererblichen Stipulationsobligation der Fall gewesen sein. Über ihre Vererblichkeit sogleich. Ferner ist hinzuzufügen, dass, wenn die Eidesobligation selbst zivilrechtlich nicht auf den Erben oder den adrogator bzw. coemptionator übergeht, dasselbe auch hinsichtlich der durch Unterlassung bedingten Obligation zum quanti ea res est gelten muss, die durch einen möglichen Zusatz zum Eide entsteht. Es ist ja nachgewiesen worden, dass, obgleich ein solcher Zusatz gleichsam die Hauptobligation konsumiert, so dass nur er bei der Eintreibung zu berücksichtigen ist, seine eigene Gültigkeit immer voraussetzt, dass der Hauptakt, an sich betrachtet oder unter Ausserachtlassung des Zusatzes, gültig ist (Beil. 9).

Was nun umgekehrt die zivilrechtliche Vererblichkeit der libertatis causa vorhandenen Stipulationsobligation betrifft, geht sie aus schon in anderem Zusammenhang angeführten Stellen: Ulp. D.38,1,15,1 und Gaius eod. l. 22,1 hervor. Hier ist hinzuzufügen Ulp. D.44,5,1,12: Haec exceptio (scil. onerandae libertatis causa) non tantum ipsi liberto, uerum successoribus quoque liberti danda est: et uersa uice *heredem patroni* summouendum, si [haec] persequatur, sciendum est. In der ganzen Partie von § 4—§ 12 handelt es sich um solche Exzeptionen als gegen den patronus-stipulator anwendbar. Indes geht auch aus l. 22,1 (38,1) hervor,

dass der Prätor in erster Linie den heres extraneus abweist, aber auch den Sohn, der, selbst exhereditiert und emanzipiert, nur durch die Einsetzung seines Sklaven zivilrechtlich Erbe wird. Ferner wird in 22,1 vorausgesetzt, dass, wenn der libertus in der Stipulation dem patronus und seinen liberi operae versprochen hat, letztere das Erbrecht auf die operae auch *dann* erhalten, wenn sie nicht zivilrechtlich Erben werden. Da es sich im ganzen Paragraphen um *prätorische* Verfügungen über das Recht auf operae handelt und da in diesem Fall keine andere Möglichkeit, das Erbrecht zu realisieren, vorzuliegen scheint, als dass der Prätor fiktive hereditäre Aktionen wie bei der bonorum possessio gibt (Gaius I.4,34), muss angenommen werden, dass das bezügliche Erbrecht so realisiert wird. Eine ähnliche Notwendigkeit, solche Aktionen anzuwenden, scheint Ulp. D.38,1,7,6 vorausgesetzt zu werden: Si liberi patroni ex inaequalibus partibus essent instituti, utrum pro parte dimidia an pro hereditariis habeant operarum actionem? et puto uerius liberos pro aequalibus habituros actionem. Dass in § 9: Nec patronae liberi (scil. wenn sie zu Erben eingesetzt sind) *summoventur* ab operarum petitione ein prätorisches Eingreifen als möglich vorausgesetzt wird, ist deutlich. — Ferner ist Pomp. eod. l. 4 pr. beachtenswert, wo erklärt wird, dass, wenn einer von zwei patroni gestorben ist, dem Sohne des anderen operarum petitio zuerteilt werden soll. Dies widerstreitet den Prinzipien für das Erbrecht auf die bona liberti (vgl. Gaius I.3,60 mit Paulus Sent.3,2,1) und damit auch für das Erbrecht auf das ius patroni. Und doch ist es offenbar, dass der Prätor, wenn er die Anwendung des Erbrechts auf operae überwacht, sonst diese Prinzipien berücksichtigt. Deshalb lässt er nur die *liberi* des patronus als Erben zu. Es ist wahrscheinlich, dass der Prätor im erwähnten Falle keinen Anlass sieht, von den allgemeinen rechtlichen Regeln für die Vererbung einer Stipulationsobligation abzuweichen, weil die erwähnte Regel für die Vererbung des ius patroni, die den Sohn des einen patronus, wenn der andere lebt, ausschliesst, nur als eine spezielle Bestimmung zu betrachten ist, die nicht der Idee des Patronatsrechtes als eines an die *Familie* des patronus gebundenen Rechtes Ausdruck gibt. In D.38,1,51 sagt Paulus: Interdum *operarum* manet *petitio*, etiam si *ius patroni* non sit: ut euenit in fratribus eius, cui adsignatus est libertus, aut nepote alterius patroni extante alterius patroni filio. Wenn man beachtet, dass der patronus das ius patroni einem seiner Söhne zuwenden kann und dass nach Gaius I.3,60 der Enkel des einen patronus stets vom ius patroni ausgeschlossen ist, falls der Sohn des anderen lebt, findet man hier denselben Gedanken des Prätors wieder wie im unmittelbar vorher erwähnten Falle.

Es besteht kein Anlass, die Frage nach der Vererblichkeit der Stipulationsobligation und dem prätorischen Eingreifer im einzelnen zu behandeln. Die geltenden Prinzipien sind auf alle Fälle klar.

Beilage 22.

Über die Manzipationsformel als magisch wirksam.

(Antikritik.)

DE VISSCHER hat in einem Aufsatz: *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio* N. R. H. 1933 S. 603 ff. eine besondere Meinung über den rechtlichen Charakter der Manzipation verfochten. Er glaubt dadurch u. a. meine Darstellung der Ausbildung der Manzipationsformel: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* als auf einer magischen Vorstellungsweise beruhend widerlegen zu können. Er stellt das Problem hinsichtlich der Kraft der Formel so: „Mais d'où cette déclaration unilatérale (scil. de l'acquéreur) tient elle son efficacité?“ und sagt danach: „M. Hägerström tranche le problème par la force magique attachée à la formule.“ DE VISSCHER will nun nachweisen, dass der Grund der Kraft der Erklärung: *hunc ego hominem meum esse aio* in der *auctoritas* des Verkäufers liegt, die in der *actio auctoritatis* geltend gemacht wird. Er weist darauf hin, dass z.B. die für die Gültigkeit der Volksbeschlüsse nötige *auctoritas patrum* ebenso wie die für die Kraft eines *negotium* des Unmündigen, durch welches dieser zu etwas verpflichtet wird, nötige *auctoritas tutoris*, ein *probare* des Aktes ist. Er kommt auf solchem Wege zu folgendem Ergebnis: „L'*auctoritas* ne sera donc pas, comme l'avait pensé Girard, l'acte d'assistance donné par le vendeur à l'acquéreur contre la revendication des tiers, ni même le devoir ou l'obligation de fournir cette assistance; elle sera, selon le sens technique et général du mot, la ratification ou confirmation par le vendeur de la déclaration unilatérale d'acquisition énoncée par l'acquéreur. Cette ratification couvre la déclaration de l'acquéreur et en garantit l'efficacité absolue, tant vis-à-vis du vendeur lui-même que vis-à-vis des tiers. — L'*auctoritas* nous apparaît ainsi comme le fondement de la totalité des effets de l'acte, et comme le véritable ressort de la *mancipatio*“ (S. 610). Wir wollen bis auf weiteres annehmen, dass *auctoritas* in der *actio auctoritatis* gemäss der Bedeutung des Wortes in *auctoritas patrum* und *auctoritas tutoris* aufzufassen ist. Aber ist wirklich eine solche *auctoritas* eine *Ratifizierung* des Aktes, für welchen der Senat bzw. der Vormund *auctor* ist? Die *Ratifizierung* eines Aktes bedeutet ja, dass die ratifizierende Person den Akt selbst rechtlich zu ihrem eigenen macht, so dass derselbe nun, was die Person anlangt, gilt. D.h. was im Akte selbst, d.h. abgesehen von der *Ratifikation*, vorkommt, ist nicht einmal *ein* Moment, das *neben* der *Ratifizierung* den Akt für den *Ratifizierenden* gültig macht. Wenn es sich um einen Staatsakt handelt, macht allein die *Ratifizierung* seitens der Person, welche die rechtliche Fähigkeit besitzt, als *Repräsentant* des Staates diesen selbst bindende Akte vorzunehmen, den Akt gültig. Was vorher in der

Sache verhandelt worden ist, hat für die Gültigkeit nur auf die Weise Bedeutung, dass es von dem Ratifizierenden als *seine* Anordnung übernommen wird. Er hätte natürlich selbst unmittelbar den Staat binden können. Um die eigenen Ausdrücke des Verf.s anzuwenden: Die Ratifizierung „apparaît comme le fondement de la totalité des effets de l'acte et comme le véritable ressort . . .“ Hätte aber die *auctoritas patrum* eine solche Bedeutung gehabt, so würde sie *allein* z.B. der Gesetzgebung, durch welche die zwölf Tafeln zustandekamen, Kraft gegeben haben, so dass „le fondement“ und „le véritable ressort“ dieser Gesetzgebung ausschliesslich in derselben lag. Das Volk würde daher *keine* andere Befugnis gehabt haben, als dem Senat einen Vorschlag zur Gesetzgebung vorzulegen, den dieser nach Belieben gutheissen oder ablehnen konnte. Das wäre eine wirklich originelle Auffassung der Konstitution der römischen Republik! Was die *auctoritas tutoris* betrifft, ist jeder Gedanke an eine wirkliche Ratifizierung wenn möglich noch absurder. Der *Vormund* als solcher wird ja durch den Akt, bei welchem er seine *auctoritas* leistet, auf keine Weise gebunden. Er bindet auch keineswegs den Mündel als Repräsentant für ihn. Er *ist* kein Repräsentant für ihn. Der Mündel wird direkt durch den von ihm vorgenommenen Akt gebunden, obgleich nur unter der Bedingung dass der tutor seine *auctoritas* leistet. In der Tat kann gesagt werden, dass die Kraft der Komitialbeschlüsse, unter der Führung des mit *Auspizien* ausgerüsteten Magistrats, Recht zu erzeugen, ausschliesslich in den Komitien selbst verankert ist und dass die *auctoritas patrum*, wenn sie überhaupt Bedeutung hat, nur als eine *conditio sine qua non* dient. Ganz dieselbe Situation ist *mutatis mutandis* bei der *auctoritas tutoris* vorhanden. Also führt die Rücksichtnahme auf die Bedeutung der *auctoritas patrum* bzw. *tutoris* in eine ganz andere Richtung als die von de V. angenommene. — Eine ähnliche Bemerkung bei LEIFER, *Mancipium und auctoritas Sav. Z.* 56 (1936), S. 164.

Wir wollen nun zunächst sehen, wohin die Auffassung des Verf.s von der *auctoritas* des Verkäufers als „le fondement“ und „le ressort“ der Wirkungen des Aktes ihn führt. Er sagt z.B. S. 628: „Nous retrouvons à la base de cette stipulation (scil. *habere licere*) une conception de l'aliénation qui correspond exactement à celle qui nous a paru se dégager de la fonction de l'*auctoritas* dans la *mancipatio*. Aliéner, c'est garantir à quelqu'un qu'une chose est et restera sienne. En face de cette conception, il faut renoncer à la distinction familière des effets acquisitifs et de garantie contre l'éviction, puisque ces deux effets se fondent dans l'idée unique d'une garantie donnée par l'aliénateur à la fois contre ses propres prétentions et contre celles des tiers. Notre stipulation tend donc à créer une obligation de garantie identique à celle qui incombe 'auctortatis nomine' au *mancipio* dans.“

Ferner S. 629: „Rien ne prouve mieux la persistance d'une idée de garantie unique, globale, défendant l'acquéreur à la fois contre le vendeur et contre les tiers. En elle se découvre un fidèle reflet de la fonction de *l'auctoritas* et de la conception primitive de l'aliénation par *mancipatio*.“ Daraus ergibt sich die Konsequenz, dass, auch wenn die manzipierende Person wirklich ein veräusserliches Eigentumsrecht hat, durch die Manzipation kein Eigentumsrecht des *mancipio accipiens* entsteht. Der *mancipio* dans garantiert nur, was ihn selbst betrifft, dass er kein Recht an der Sache geltend machen wird. Dass dies für die Zeit des Gaius nicht galt, kann bestimmt behauptet werden. Siehe I.2,19 ff. Der Verf. selbst scheint das auch nicht bestreiten zu wollen. Es soll sich ja hier nur um die ursprüngliche Bedeutung der Veräusserung handeln. Wenn er sich aber trotzdem auf Äusserungen von ULPIANUS über den Sinn der *stipulatio habere licere* beruft, in welchen *dieser* erklärt, dass die Stipulation auch den Entäussernden selbst umfasst, muss man sich wundern. Denn ULPIANUS kann darunter nur verstehen, dass der Verkäufer, *wenn* er selbst bei der Manzipation nicht Eigentümer ist, es aber nachher durch Kauf vom wirklichen Eigentümer wird, selbst durch die Stipulation gebunden ist, falls er sein Recht dem Käufer gegenüber geltend macht. Dass dies die Meinung von Ulpianus ist, geht gerade aus der Stelle hervor, auf die sich der Verf. S. 629² besonders als Stütze seiner Ansicht beruft: Ulp. B.29 ad Sab. D.21,2,17. Er fügt hinzu: „Le texte qui dans sa forme actuelle vise la *stipulatio duplae* a pu se rapporter jadis à *l'auctoritas* Girard op. cit. II p. 260 n. 1.“ Letzteres soll gewiss nicht bestritten werden. Der Verf. unterlässt es aber, die Stelle selbst anzuführen. Ulp. sagt: *Uindicantem uenditorem rem, quam ipse uendidit, exceptione doli posse summoueri nemini dubium est, quamuis alio iure dominium quaesierit: improbe enim rem a se distractam euincere conatur. eligere autem emptor potest, utrum rem uelit retinere intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata ex causa stipulationis (kann ex causa auctoritatis gewesen sein) duplum consequi.* Der Verf. erwähnt bei der Benutzung der Stelle gar nicht den Konzessivsatz, der allein es verständlich macht, wie der Verkäufer die Vindikation dem Käufer gegenüber *iure civili* anstrengen kann. Der Verkäufer hat nachher ein anderes Recht erworben als das, welches er beim Verkauf hatte — damals stellte er sich nur als Eigentümer dar. Natürlich geschah der spätere Eigentumserwerb durch *negotium* mit dem wirklichen Eigentümer. Dann gilt bei der Evinzierung vom Käufer die Stipulation (die *actio auctoritatis*) gegen den Verkäufer, wenn der Käufer nicht den Effekt der *intentio* des Verkäufers durch *exceptio doli* verhindert. Die Evinzierung durch den Verkäufer erhält in dieser Hinsicht dieselbe Wirkung, wie wenn ein Dritter evinziert hätte. Dann liegt ja in der Äusserung selbst eingeschlossen, dass, *wenn* der Verkäufer beim Übertragungsakte wirklich Eigentümer

gewesen wäre, das Eigentumsrecht vom Käufer erworben worden und Evinzierung unmöglich gewesen wäre. Dass aber eine andere Rechtsordnung hinsichtlich der Kraft der Manzipation jemals geherrscht haben sollte, ist undenkbar, sofern die Formel: *hunc ego hominem ex iure Qu. meum esse aio* zum Akte gehört hat. Der Käufer sagt dies ja *vor* dem Verkäufer, der selbst nichts einwendet. *Wenn* dann die Formel überhaupt rechtliche Kraft hat, muss ja der Käufer vom Verkäufer, falls dieser selbst Eigentümer ist, das dominium erwerben. Sein Eigentumsrecht hat der Verkäufer zugunsten des Käufers nun verloren. Übrigens nimmt der Verkäufer nicht nur durch seine Anwesenheit ohne Protest am Akte teil. Er wirkt auch positiv mit, indem er das *aes* als symbolischen Preis entgegennimmt. Zum Angeführten kommt hinzu, dass hier ein fingiertes Nehmen der Sache ohne Protest seitens des Verkäufers stattfindet. Weshalb ein solches Nehmen kein wirkliches dingliches Recht begründen sollte, wenn kein anderer als der Verkäufer bei der Manzipation dieses Recht hat, ist unverständlich. Dieselbe Argumentation kann gegen HUSSERL, *Sav. Z.* 50 (1930) S. 483 angewandt werden. Dieser behauptet, dass der Akt nur als *condicio usucapiendi* gegolten habe.

Man könnte fragen, wie der Käufer in einem Prozess *sein* Eigentumsrecht behaupten konnte, da die Stütze, die er durch den Verkäufer als früheren Eigentümer erhielt, immer unsicher erscheinen muss, wenn sich dieser selbst nur auf eine vorhergehende Manzipation berufen konnte, was zu einem infiniten Regress zu führen scheint. Gerade deshalb aber hat ja das Ersatzinstitut die grösste Bedeutung. Wenn nur *ein* früherer *mancipio accipiens* durch das Innehaben der Sache ein oder zwei Jahre — letzteres bei Manzipation eines *fundus* — ersessen hat, wird ja der Regress gehemmt. Deshalb galt nun auch andererseits, wenn die *Möglichkeit* zu usukapieren vorhanden war, die *auctoritas*-Haftung selbst dem Gesetze der XII Tafeln gemäss (tab. 6,3) nur für ein bzw. zwei Jahre. Wenn aber Usukapierung an sich unmöglich war, galt die Haftung nach demselben Gesetze oder alten, unmittelbar an dieses angeknüpften Rechtsregeln beständig. Dies war nur das Gegenstück zur Bestimmung von der Parallelität zwischen der Usukapierungszeit und der *auctoritas*-Zeit. Paulus sagt D.21,2,56,3: *Si, cum possit usucapere emptor, non cepit, culpa sua hoc fecisse uidetur: unde si euictus est seruus, non tenetur.* Es handelt sich hier um einen Manzipationskauf, und der Sinn ist, dass, wenn der Käufer *vor* dem Verlauf der Usukapierungszeit *freiwillig* aufhört, die Sache nach dem Empfang innezuhaben, dies auf sein eigenes Risiko geschieht. Er erhält dann keinen Regress gegen den Verkäufer. *E contrario* folgt, dass, wenn die Unmöglichkeit zu usukapieren von Anfang an ohne Hinsicht auf das Verhalten des Käufers vorhanden ist, die *auctoritas* unabhängig von der Usukapierungs-Zeit besteht. *Dieses* Prinzip, das direkt aus dem Gesetze der XII Tafeln abgeleitet wurde, galt indes nicht

nur für den Manzipationskauf. Es ist ein Vorurteil, wenn man glaubt, die auctoritas gelte nur für *solchen* Kauf, obgleich die auctoritas, zu welcher ein Ersatz des *duplum* bei Eviktion notwendig gehört und welche in einer speziellen *actio auctoritatis* geltend gemacht wird, nur bei Manzipationskauf vorhanden ist. Die auctoritas, als Ersatzpflicht in abstracto bei Eviktion nach Kauf einschliessend, gilt ebensogut bei einem Kaufe, der durch blosser Tradition vollendet wird. Hierüber ausführlich später. Nur unter dieser Voraussetzung versteht man nun auch folgende alte Rechtsregeln, die Konsequenzen des erwähnten Prinzips sind, auf allen Kauf angewandt.

1. lex Atinia Gell. 17,7: quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto. Dass dieses Gesetz — vom Ende des sechsten Jahrhunderts? — in Zusammenhang mit der allgemeinen Bestimmung in tab. 8,17 betreffs der Unmöglichkeit, eine res furtiva zu usukapieren, steht und der Konsequenz derselben hinsichtlich der auctoritas den Charakter eines Gesetzes gibt, liegt auf der Hand. 2. Iul. D.21,2,39,4: Qui statuliberum [tradit] <mancipio dedit>, nisi dixerit eum statuliberum esse [euictionis] <auctoritatis> nomine *perpetuo obligatur*. Obgleich es sich hier um einen Manzipationskauf handelt, liegt nur eine Anwendung des allgemeinen Prinzips vor, dass wenn Usukapierung auf Grund der Natur der Sache ausgeschlossen ist, die auctoritas-Haftung beständig ist. Ein statuliber, der unter bestimmten Bedingungen automatisch frei wird, kann natürlich nicht usukapiert werden. 3. tab. 3,7: Aduersus hostem (hier = peregrinum) aeterna auctoritas (esto). Ein Peregrine kann nicht (wenigstens nicht ohne besonders bewilligtes Recht) als mancipio accipiens fungieren. Er kann aber immer Empfänger in einem Kaufe sein, der durch Tradition vollendet wird und kann dann auch dem Verkäufer gegenüber durch seinen patronus, der selbst römischer Bürger ist, die auctoritas geltend machen. Er kann indes nicht usukapieren, weil das Usukapierungsinstitut zum proprium ius Romanorum gehört. Deshalb gilt ihm gegenüber die auctoritas-Verantwortung beständig.

LEIFER gibt Sav. Z. 57 (1937) S. 133 eine schwerverständliche Auslegung des Zwölf Tafelsatzes: usus auctoritas fundi biennium est — ceterarum rerum omnium — annuus est usus (Cic. top. 4,23): „Ein faktisches Herrschaftsverhältnis mit usus-Charakter (d.h. eine zwar rechtmässige Machtübung, die aber im Rechtsgang der Veräussererwährschaftsstütze noch nicht entraten kann), ebenso eine auctoritas-Position (d.h. eine mit Samtwährschaft ausgestattete Rechtslage ohne leibliche Machtübung) dauert (normalerweise) beim fundus zwei Jahre, bei Sachen anderer Art ein Jahr.“ Sicher ist, dass Cicero top. 4,23 ebensowie die römischen Juristen den Satz so aufgefasst haben, dass ‚usus‘ „das leibliche Herrschaftsverhältnis“ bedeutet, durch welches man Eigentum erwirbt. Man ‚capit‘ durch ‚usus‘. Die Dauer des vollendeten ‚usus‘ ist daher mit

der Zeit identisch, die für den Eigentumserwerb durch ein *solches* Herrschaftsverhältnis nötig ist, das überhaupt Eigentumserwerb durch Herrschaftsverhältnis möglich macht. Dass ein solches Verhältnis „rechtmässig“ sein, d.h. einen *iustus titulus* haben muss, ist auch sicher. Jedoch ist dies nicht zureichend. Wenn die Sache gestohlen ist oder der Sklave statuliber oder der Inhaber ein Peregrine ist, ist kein ‚usus‘ vorhanden. Dass Gaius die in den zwölf Tafeln festgestellte Zeit für den ‚usus‘ mit der Zeit für Usukapierung identifiziert, ist ganz offenbar. Er sagt I. 2,54: *lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras uero anno*. Vgl. Cic. a. a. O.: *usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium — annuus est usus* und Cic. pro Caec. 19,54: *Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium*. Wenn aber unter dem ‚usus‘ das leibliche Herrschaftsverhältnis verstanden wird, *durch* welches Eigentumserwerb möglich ist, so dass, wo *usucapio* ausgeschlossen ist, auch *usus* es ist, und wenn man dies damit zusammenstellt, dass wo *usucapio* auf Grund der Natur der Sache unmöglich ist, die *auctoritas* beständig ist, so ergibt sich von selbst, dass die Kopulierung von ‚usus‘ und ‚auctoritas‘ diesen Sinn hat: Wenn ‚usus‘ nach dem Kaufe und dem Empfang der Sache anfängt, so beginnt zugleich die ‚auctoritas‘ und endet mit der für den *vollendeten* ‚usus‘ festgestellten Zeit. Dies hat sein notwendiges Gegenstück darin, dass die Verantwortung des Verkäufers beständig ist, wenn ‚usus‘ an sich selbst unmöglich ist. — Es ist nur hinzuzufügen, dass nach Paulus D. 21,2,56,3, oben zit., zu seiner Zeit die Regel galt, dass wenn die Unterbrechung der Usukapierung auf dem *eigenen* Verhalten des Käufers beruht, die *auctoritas* aufhört. Um so mehr muss die Regel dann gegolten haben, dass die *auctoritas* von Anfang an ausgeschlossen ist, wenn der Käufer auf Grund seines eigenen Verhaltens beim Geschäfte — er war z.B. *malae fidei possessor* beim Erwerbe — nicht einmal die Usukapierung anfangen kann.

Man muss sich darüber wundern, dass diese höchst einfache Erklärung des Satzes der XII Tafeln 6,3 nicht allgemein angenommen wird, sondern statt dessen allerlei lose Konstruktionen gemacht werden. Besonders absurd ist es, wenn man aus der Äusserung Ciceros de harusp. resp. 7,14 über die Bedingungen für das vollendete Eigentumsrecht an einer domus in der Stadt: *multae sunt domus in hac urbe . . . iure optimo, sed tamen iure priuato, iure hereditario, iure auctoritatis, iure Mancipi, iure nexi* das Vorhandensein eines *besonderen* *ius auctoritatis* als Eigentumsrecht begründend folgert. Dass es sich hier gar nicht, wenn man von *ius hereditarium contra* übrige *iura* absieht, um einen logischen Gegensatz handelt, geht aus der Sache selbst hervor. Zuerst: *iure Mancipi contra iure nexi*. *Nexum* ist nach Cicero selbst *der Akt* per *aes et libram* (de or. 3,40,159: *nexum quod per libram agitur*). Deshalb bedeutet *ius nexi* hier dasselbe wie *ius Mancipi*. Eine *domus* in der Stadt

kann, wenn wir vom Erbrechte absehen, nur durch Manzipation erworben werden, so dass der notwendige Nexumakt gerade Manzipation ist. Cicero sagt auch sonst *mancipio et nexo* (*acquirere*), wo das blosser *mancipio* zureichend ist. (Siehe hierüber COSTA, *Cic. giuriscons.* 1, S. 106.) Wenn wir uns danach dem *ius auctoritatis* zuwenden, setzt *dieses* *ius* betreffs einer *domus* in der Stadt unbedingt voraus, dass der Kauf durch Manzipation realisiert wird. Umgekehrt ist klar, dass nach der Manzipation das Eigentumsrecht des Käufers, wenn er nicht usukapiert hat, *ausschliesslich* auf dem *ius*, das dem *auctor* uenditor gehörte, beruht. D.h. *ius auctoritatis* *ius mancipi*, *ius nexi* bedeuten mit einander notwendig zusammenhängende Gründe für das volle Eigentumsrecht. (Dass Cic. von der Usukapierung abstrahiert, hat mutmasslich seinen Anlass darin, dass es sich hier um *optimum* *ius* oder *optima* *lex* handelt, die Usukapierung aber im Gegensatz zu einem zivilrechtlichen Testament oder einem Nexumakte kein *ciuilis actus* ist und daher nicht durch eigene innere Kraft Recht erzeugt. Es ist nur das Gesetz, das den Tatbestand mit der Rechtswirkung verbindet.)

Wie schwach die Position de V.s ist, tritt besonders hervor, wenn man das Parallelinstitut: in *iure cessio* zum Vergleich heranzieht. Wenn *alienatio* hier darin bestände, dass der Entäussernde dem anderen garantiert, dass dieser bei Aktion gegen ihn die Sache behalten darf, läge in diesem Falle keine *alienatio* vor. Denn bei der in *iure cessio* findet sich *nichts*, was die Übernahme einer solchen Garantie einschliesse. Der Verf. sagt dies auch selbst S. 625¹. „Il n'y a point d'*auctoritas* dans l'*in iure cessio*.“ Wenn hier die *einzige* Wirkung des Aktes die ist, dass der Zessar das Eigentumsrecht erwirbt, das der Zedent hat, und zwar *den dabei gesprochenen Worten gemäss*: *hunc ego hominem . . .* ist es absurd anzunehmen, dass bei der Manzipation, wo der Entäussernde nicht allein nicht widerspricht, sondern auch positiv am Akte teilnimmt und *als* Verkäufer hervortritt, der Empfänger dieses Recht *denselben Worten gemäss* nicht erhält und daher in dieser Hinsicht eine schlechtere Stellung als der Zessar einnimmt. Eine *andere* Sache ist es indes, dass der Verf. nicht einmal hinsichtlich der älteren Rechtsordnung die fragliche Konsequenz zieht, sondern erklärt, dass auch nach dieser der Käufer ein dingliches Recht erwirbt, sofern der Verkäufer selbst ein solches hat. (Weiteres hierüber später.) Dann kann die *alienatio* nicht die besprochene Garantie bedeuten, sofern man nicht voraussetzt, dass die römischen Juristen nicht von Anfang an die *actio in rem* von einer *actio in personam* unterschieden haben, welcher Annahme alle Mitteilungen über die ältere Rechtsordnung widerstreiten.

Aus dem Angeführten geht hervor, dass die *auctoritas* des Verkäufers nicht die alleinige Grundlage der Gültigkeit des Manzipationsaktes sein kann. Sie kann nicht als eine *Ratifizierung* der vom Käufer vorgenommenen Handlungen eine solche Bedeutung haben. Diese müssen selbst

unmittelbar als Recht erzeugend fungieren, wengleich sie ohne die Gutheissung des Verkäufers bedeutungslos sein würden.

Wir wollen nun sehen, ob die Wortformel zu dem hier wirksamen Ritus gehört oder ob sie als eine Verkündigung vor den testes rogati des auf andere Weise bereits erworbenen Rechtes dient, so dass es sich nur um die Publizierung des erfolgten Erwerbes handelt. Wenn letzteres der Fall ist, hat die Erklärung nur die Bedeutung, dass im Prozesse als Zeugen, auf welche sich der mancipio accipiens berufen darf, nur die testes rogati anwendbar sind. Der Rechtserwerb selbst aber ist schon vor der Publizierung erfolgt. Andernfalls setzt der Rechtserwerb voraus, dass die Formel vor den testes rogati schon ausgesprochen worden ist. Diese haben dann nicht bloss prozessuale Bedeutung, sondern nehmen selbst an dem rechtserzeugenden Akte teil. Wie dies zu denken ist, ist Beil. 5 S. 171 f. auseinandergesetzt worden. Hier liegen einander ausschliessende Alternativen vor. H. LÉVY-BRUHL sagt N. R. H. 1932 S. 212 von der fraglichen Formel bei der Vindikation in der in iure cessio: „Le *vindicans* éprouve donc bien le besoin de donner un fondement juridique à son affirmation, mais ce fondement n'est pas un événement passé. Il est concomitant à la déclaration elle-même. Le *vindicans* acquiert la chose au moment où il prononce la formule, par l'effet combiné de cette formule elle-même et de la prise de possession, car la parole se double d'un geste, et les textes ne nous laissent pas ignorer qu'il n'y a pas seulement rite oral, mais appréhension matérielle.“ Diese Worte enthalten einerseits einen Widerspruch, andererseits eine dem tatsächlichen Verkauf bei der in iure cessio widerstreitende Angabe. Wenn wirklich die Formel gleichzeitig zu den Bedingungen der Kraft des Aktes gehört und eine Affirmation (eine Versicherung) bedeutet, dass man Eigentümer ist, kann der Zessar die Formel nicht aussprechen — bevor er sie schon ausgesprochen hat. Er kann ja nichts von seinem Eigentumsrechte aussagen, bevor er die Formel ausgesprochen hat, wenn „le *vindicans* acquiert la chose . . . par l'effet combiné de cette formule elle-même et . . .“ (Die Auslegung des ausgezeichneten Verf.s S. 211, dass das Wort *esse* hier nicht ein *gegenwärtiges* Eigentumsrecht, sondern nur den Anfang eines Eigentumserwerbs bedeute, kann ich nur als einen verzweifelten Ausweg auffassen.) Dem tatsächlichen Verlaufe bei in iure cessio widerstreitet die Äusserung. In Gaius I.2,24 heisst es nämlich: In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani . . . is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: hunc ego . . ., *deinde* postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit. Also erst nach diesem prätorischen Akte ist die in iure cessio vollendet. Es kann dann nicht gesagt werden, dass „le *vindicans* acquiert la chose au moment où il prononce la formule“. Im übrigen hat der Verf. darin ganz recht, dass die Vindikation ein Nehmen darstellt und auch dadurch

Kraft erhält. Das habe ich selbst besonders unter Hinweis auf Gaius I. 4, 16 hinsichtlich des analogen *mancipio accipere* (Röm. Obl. I S. 372 f. u. 376) gesagt, wengleich ich die Sache so ausgedrückt habe, dass es sich um Symbolisierung der Gefangennahme von Sklaven im Kriege handelt, welche Eigentum im höchsten Sinne begründet. Das aber ist ja völlig klar, dass, da es sich bei *Verhandlungen* nur um *symbolisches* Nehmen in einem Kriege handeln kann, dasselbe ohne die Zustimmung der anderen Partei nicht Kraft zu erhalten vermag, eine Zustimmung, die bei der *in iure cessio* als einer *legis actio* vor dem Magistrat von diesem konstatiert werden muss. Hier soll sie indes nach dem Vindikationsakt erteilt werden. Dann ist auch der Vindikationsakt, obgleich er ein wirkliches *Nehmen* im Krieg symbolisiert, ohne *nachfolgende* Zustimmung kraftlos. Man beachte hierbei im übrigen, dass *jedes bellum*, um nicht *nefas* zu sein, in welchem Falle nichts dadurch erworben werden könnte, ein *iustum piumque bellum* sein muss. Es war nach römischer Rechtsanschauung nicht zulässig, einen Krieg zu beginnen, ohne dass die Götter angerufen wurden, als *testes et arbitri* der *iniuria* des anderen Volkes zu fungieren. Die Vindikation hat *deshalb* in der rechtlichen Sprache *immer* die Bedeutung eines Aktes, der einen *Rechtserwerb* durch Nehmen bezweckt. Sie symbolisiert ein *wirkliches Nehmen vom Feinde mit rechtlicher Kraft*. Es ist deshalb auch verfehlt, die Vindikation als Okkupation einer *res nullius* darzustellen. Der *Vindikationsprozess* als eine *legis actio* symbolisiert ja durch die *festuca — uindicta*, die nach Gaius a. a. O. eine Lanze darstellt, einen *Streit*, dessen Gegenstand eine gewisse Sache ist, von welcher jede Partei erklärt, dass sie dieselbe mit Recht, „*iure*“, von der Gegenpartei nehme. Die Lanze, die die *festuca* repräsentierte, war nach Gaius ein Zeichen für *iustum dominium, quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis* (in welchen noch zur Zeit des Gaius der Legisaktionsprozess angewandt wurde) *hasta praepositur*. Im wirklichen Kriege wird der Sieg als darauf beruhend betrachtet, dass der *Sieger* wirklich ein *iustum piumque bellum* geführt hat und dass es ihm daher gelungen ist, die Götter durch Anrufung als *testes et arbitri* der *iniuria* der Gegenpartei zum eigenen Vorteil in Tätigkeit zu setzen. Im Vindikationsprozesse, wo ein kriegerischer Kampf nur dargestellt wird, entscheidet der *iudex* — ursprünglich vielleicht das Priesterkollegium — den Ausgang des fingierten Kampfes. Er bestimmt, wessen *„sacramentum iustum“* ist. Bei der Vindikation in der *in iure cessio* entscheidet der Prätor den Ausgang auf Grund der Unterlassung des Angegriffenen, Widerstand zu leisten. Dieser gibt dem Angriffe nach. Im *Manzipationsakte* tritt *insofern* der Streitgedanke nicht hervor, als *von Anfang an* der *mancipio* das *Nehmen* gestaltet. (Hierüber weiter bei der Behandlung der *auctoritas*.) Hier fungiert auch kein *Kampfrichter*. Statt dessen treten die *testes rogati* mutmasslich

als Repräsentanten des römischen Volkes auf. Obgleich auch das *mancipio accipere* ursprünglich ein Nehmen im Kriege symbolisiert, ist hier aus dem angegebenen Grunde der Gedanke an einen *Angriff* gegen den Feind dem Akte fremd, welcher Gedanke immer bei der Vindikation dominiert, wenn auch bei der in iure cessio der Angegriffene als nachgebend dargestellt wird. Keineswegs kann aber deshalb gesagt werden, dass bei der Manzipation eine Okkupation einer *res nullius* vorliege. Der *mancipio dans* hat seine Sache nicht *vor* der *manu capio* verloren. Der *mancipio accipiens* „nimmt mit der Hand“ eine dem *mancipio dans* gehörende Sache ohne dessen Protest. Erst damit hat der Eigentümerwerb begonnen. Doch hat die Sache noch nicht aufgehört, das Eigentum des *mancipio dans* zu sein. Daneben sind andere nachfolgende symbolische Handlungen nötig. *Niemals* wird während derselben die Sache eine *res nullius*. Und *doch* sagt der *mancipio accipiens*, ehe der Akt vollendet ist: *hunc ego hominem meum esse aio!* Was sagt nun der Verf. hierüber? S. 215 heisst es. „Encore une fois, la mancipation n'en resta pas là. Non seulement elle prit le caractère d'acte dérivé, mais son rituel même se compliqua d'une phrase, évidemment (!) ajoutée après coup, où l'acquéreur donne pour fondement à son droit sur la chose la dation de l'*aes* en échange de la tradition de la chose. (Die auf die Aio-Phrase folgenden Worte: *emptus esto hoc aere aeneaque libra* sind gemeint). Par là, la mancipation revêtait un aspect dans une certaine mesure contractuel qui paraît lui avoir été complètement étranger à l'origine.“ Man fragt zunächst: auf welches Zeugnis über die ältere Rechtsordnung kann der Verf. eine solche Behauptung stützen? Aber auch *wenn* die Manzipation ursprünglich eine *occupatio rei nullius* einschloss, so dass wirklich der *mancipio dans vor* der *manu capio* die Sache mit rechtlicher Kraft *derelinquiert* hat, was jedoch auf keine bekannten Tatsachen gestützt werden kann, muss diese *Dereliktion* zu dem Zwecke erfolgt sein, dass die Sache auf diese Weise für *diesen* anwesenden Okkupanten zugänglich werden sollte. Dass sie zugunsten irgend eines Okkupanten, der sie zuerst in Besitz nahm, *derelinquiert* worden wäre, widerspricht vollständig dem Charakter des Aktes. Dann aber ist es selbstverständlich, dass der *Derelinquent* für seinen Verzicht auf die Sache zugunsten eines anderen, welcher Verzicht mit einer Aufforderung an diesen andern, die Sache zu okkupieren, verbunden gewesen sein muss, Ersatz haben wollte. Waren die alten Römer so aufopfernd, dass sie ohne Ersatz z. B. auf einen wertvollen Sklaven zugunsten einer anderen Person verzichtet hätten? Nun könnte gesagt werden, dass entweder schon vorher Ersatz geleistet worden war oder dass wirklich *Donation* beabsichtigt wurde. Gab es dann aber für die älteren Römer überhaupt keine *solenne Form* für einen *Barkauf*, in welchem die Parteien unmittelbar Eigentümer der verkauften Sache bzw. einer Geldsumme wurden? Da dies äusserst unwahrscheinlich ist, und da die Man-

zipation die einzige bekannte solenne Form für einen Barkauf war, muss sie mit grösster Wahrscheinlichkeit von Anfang an als ein solcher Kauf fungiert haben. Diese Annahme wird dadurch bestätigt, dass allgemein sogar bei Donation einer *res manc.* und fiduziarischem Überlassen durch Manzipation ein *Barkauf*, *uno nummo* fingiert wurde. Weshalb war dies nötig, wenn nicht von Anfang an die Manzipation einen Barkauf einschloss? Wie ist es weiter zu verstehen, dass gerade die Manzipation eine spezielle *actio auctoritatis* schon zur Zeit der XII Taf. begründen konnte, wenn sie damals keinen Kauf einschloss? Obgleich eine auctoritas-Haftung auch ohne Manzipation eintreten konnte, *niemals* war diese möglich, wenn nicht ein Kauf vorlag. *Weder* die in *iure cessio* noch die *traditio*, welche natürlich an sich keinen Kauf einschlossen, konnten als solche eine auctoritas-Haftung begründen. Auch wenn die Bedingung der Preisbezahlung ein späterer Zusatz gewesen sein sollte: wie steht der *wirklich bekannte* Manzipationsakt, der schon zur Zeit der XII Taf. ein *Nexumakt*, d.h. ein Akt per *aes et libram* war, mit der Darstellung des Verf.s in Einklang? Konnte man bei dieser Manzipation in die Worte *hunc ego . . .* den Sinn einer wahren Versicherung hineinlegen, obgleich bei derselben die *nachfolgende* Übergabe des *aes* für die Gültigkeit des Aktes und daher auch für den Eigentumsübergang nötig war? Man häuft nur die eine Absurdität auf die andere, wenn man nicht anerkennt, dass die *Aio*-Phrase *nur* eine Bedingung für die Kraft der gleichzeitigen *manucapio* war. Es war bei der *Manucapio* notwendig, sich in *Worten* und nicht allein im Nehmen der Sache als Eigentümer *darzustellen*. (Vgl. auf dem sakralen Gebiete die Bedeutung der *Prekation* beim Opferakte: *Das mag. ius* S. 38.)

Wir kehren nun zu DE VISSCHER zurück. Er sagt S. 635: „Nous nous trouvons en présence, non pas d'une simple constatation par l'acquéreur de ses droits sur la chose (*hic homo meus est*), mais d'une affirmation rituelle (*aio*): ‚cet homme, moi je *prononce* qu'il est mien.‘ (In Anm. 3 wird auf die Übersetzung von LEJAY, *Histoire de la littérature latine* p. 61 hingewiesen.) Une telle formule n'est ni vraie ni fausse. (Ich bemerke, dass alles hier dasselbe ist, was ich in *Röm. Obl.* I S. 40 gesagt habe.) Elle est correcte dans la mesure où elle est exactement adaptée au mécanisme d'ensemble du rituel et à ses fins. Or, s'il est vrai que le rôle du *mancipio dans* se ramène tout entier à donner son *auctoritas* à la formule énoncée par l'acquéreur, il devient de toute évidence que cette formule doit exprimer l'acquisition sous sa forme actuelle ou présente. Cela résulte de la nature même de l'*auctoritas*, acte de pure ratification, qui ne peut rien ajouter à la substance de l'acte qu'il confirme. L'*auctoritas* ne peut donc valoir à l'acquéreur une acquisition immédiate que si sa déclaration l'énonce telle qu'elle doit être réalisée, c'est à dire au présent.“ Also: während H. LÉVY-BRUHL nur die *manucapio* des *Käufers* als *occupatio rei*

nullius als den Eigentumsübergang begründend und die Aio-Phrase als eine Behauptung, dass das Eigentum nun übergeht, darstellt, hat für DE VISSCHER nur die auctoritas des Verkäufers als die Worte des Käufers ratifizierend rechtliche Bedeutung. Da eine solche Ratifizierung ohne Rücksicht auf die selbständige Kraft der Worte und der Tat des Käufers nichts anderes zustandebringen kann, als dass der Verkäufer verantwortlich wird, wenn der Käufer die Sache nicht behalten darf, kann auf diese Weise kein Erwerb des Eigentumsrechtes als eines Rechtes an der Sache selbst seitens des mancipio accipiens stattfinden. D.h. der Verkäufer kann nicht durch Ratifizierung der Aio-Phrase, die das Recht an der Sache betrifft, dieselbe gültig machen, wie sehr auch seine Zustimmung nötig ist. Der Verf. widerspricht sich selbst. Er tut es offen in folgenden Worten (S. 640): „C'est la garantie seule du vendeur qui défend l'efficacité juridique de l'acquisition. Et s'il est surement inexact de contester, comme on l'a fait, les effets juridiques réels de la mancipatio, il n'en est pas moins vrai que ces effets ne se trouvent assurés que par les engagements du mancipio dans. Aspects réels et obligatoires sont indissolublement liés dans l'opération. (Von mir kurs.) Es ist offenbar unmöglich, dass „les engagements du mancipio dans“ andere juristische Wirkungen haben konnten als obligatorische. Ferner: wenn wirklich das Recht des Verkäufers an der Sache auf den Käufer übergeht, in welchem Sinne kann sich dann ersterer zur Unterlassung, selbst zu evinzieren, verbinden? Wenn man wirklich bekannte Tatsachen entscheidend sein lässt, gehört sowohl die Aio-Phrase mit ihrem Komplement — der manucapio — als die Zustimmung des Verkäufers zur erzeugenden Kraft des Aktes. Die Annahme LÉVY-BRUHLS, die Phrase sei eine Versicherung, dass man durch Okkupation einer res nullius Eigentümer ist, und die Annahme DE VISSCHERS, dass die Ratifizierung des Verkäufers allein dem Akte Gültigkeit verschafft, widerstreiten gleichermassen bekannten Tatsachen. Beide verwickeln sich auch in Widersprüche.

Wenn aber die Aio-Phrase nicht als eine Proklamation des vorhandenen Eigentumsrechtes fungierte, sondern ein mitwirkendes Moment in einem Ritus war, der sich tausend Jahre erhielt und als eine zum römischen Rechte als solchem neben der analogen in iure cessio gehörende Weise, res mancipi von anderer Person zu erwerben, betrachtet worden sein muss, wenn ferner entsprechende Zeremonien bei der Konsekration von Dingen — vgl. postem tenere bei der Konsekrierung eines Tempels (dass hier eine Form der Berührungsmagie vorliegt, ist in Beil. 20 nachgewiesen) — vorkamen, wenn endlich die pontifices sowohl die ursprünglichen privatrechtlichen Formeln als die sakralrechtlichen konzipierten, gibt es keine andere Erklärung der Anwendung der Phrase als die, dass sie ursprünglich als auf dieselbe Weise wirksam betrachtet wurde wie sonst Formeln auf dem religiösen Gebiete. Die Aussage des Vorhandenseins

des Gewünschten und die *symbolische Darstellung* eines gewünschten Verlaufes werden immer bei primitiven Völkern als das Gewünschte auf *übernatürliche* Weise hervorbringend betrachtet. Im vorliegenden Ritus ist auch die zur Aio-Phrase gehörende manucapio ebenso wie die Vindikation bei der in iure cessio eine Darstellung des Erwerbes eines Eigentums im höchsten Sinne — *iustum dominium* — in einem *iustum piumque bellum* durch die als testes et arbitri angerufenen Götter. Es ist, als ob man es als Sakrileg empfände, wenn das Wort Magie in Zusammenhang mit dem römischen Rechte ausgesprochen wird. Dieses will man, scheint es, ohne Rücksicht auf die die Religion der Römer durchgehend beherrschende Superstition behandeln, auch wenn es sich um das Recht handelt, das noch unter den Bestimmungen der pontifices — der ältesten römischen Juristen — stand. Die Folge ist, dass man sowohl bekannte Tatsachen als die gewöhnliche Logik beiseiteschiebt. Es ist allerdings wahr, dass später der fragliche Ritus nur deshalb gebraucht wurde, weil es so sein musste, ohne Reflexion über seinen Sinn. *Weshalb* aber wurde *dieses* Gewohnheitsrecht jahrelang als ein Recht betrachtet, das nicht einmal durch Gesetzgebung abgeschafft werden konnte, wenn nicht deshalb, weil ursprünglich der Ritus als etwas zum Erwerbe quiritischen Eigentums im höchsten Sinne *Gehörendes* betrachtet worden ist? Dann ist die Frage natürlich, weshalb gerade diese Worte, diese Handlungen zum Ritus gehören sollten, eine Frage, die nur durch eine Untersuchung des *ursprünglichen* Sinnes des Ritus beantwortet werden kann.

Indes ist ausserdem die Auffassung DE VISSCHERS von der den mancipio dans treffenden Gebundenheit bei Eviktion der manzipierten Sache verfehlt. Die auctoritas des Verkäufers ist sicher nicht als ein blosses Gutheissen des Zueignungsaktes der anderen Partei anzufassen. Auch bei der in iure cessio ist ein Gutheissen des in iure cedens vorhanden, ohne dass deshalb eine actio auctoritatis daraus hervorgeht. Die betreffende auctoritas muss etwas Umfassenderes sein, das das blosses Gutheissen einschliesst. Die auctoritas gilt keineswegs nur bei Eviktion nach *Manzipation*. Sie tritt bei *jedem* Verkaufe ein, wenn der Preis empfangen worden ist und die überlassene Sache evinziert wird. Paulus sagt Sent. 2,17,1: Uenditor, si eius rei, quam uendiderit, dominus non sit, pretio accepto *auctoritatis* manebit obnoxius; aliter enim non potest obligari. Dass dies *allgemein* gemeint ist, geht aus den nachfolgenden Paragraphen 2 u. 3 hervor, in welchen zwei besondere Fälle abgehandelt werden. Der *eine* ist der, dass der Verkauf durch einfache Tradition vollendet wird. Der Verkäufer wird zu der Summe verurteilt, zu welcher er verurteilt worden wäre, wenn er sich durch Stipulation verbunden hätte, bei Eviktion Ersatz zu leisten. Über den Sinn dieser Behauptung später. Der *andere* Fall ist der, dass der Verkauf durch Manzipation und Tradition

vollendet wird. Die *actio auctoritatis* geht aufs *duplum*. Eine solche zu *jedem* Verkaufe einer bestimmten Sache gehörende *auctoritas* ist indes nicht nur für die klassische Zeit bezeugt. Sie ist ebenso sicher für die Zeit der XII Tafeln bezeugt. Die beiden Gesetze: *Aduersus hostem auctoritas aeterna esto* und die Bestimmung der *lex Atinia: eius rei =* hinsichtlich einer gestohlenen Sache *aeterna auctoritas esto* (siehe oben) geben einen zureichenden Beweis. Dass hier *nur* Verkauf durch *Manzipation* gemeint wäre, ist *unmöglich*. Bei der *uenditio* aber, die durch blosser Tradition vollendet wird, ist es unmöglich, den Verkäufer als nur den Eigentumsübergang gutheissend zu betrachten. Der Käufer nimmt ja dann keinen besonderen Zueignungsakt vor, der durch Gutheissen seitens des Verkäufers Gültigkeit erhalten könnte. Die Tradition ist ein einheitlicher Akt, an welchem beide Parteien teilnehmen. Die Verbindung der *auctoritas* mit dem Verkäufer als solchem setzt deshalb voraus, dass man in die *auctoritas* etwas mehr hineingelegt hat. Wenn man nun beachtet, dass der *Verkäufer* bei der *Manzipation* die *leges mancipii* durch *Nunkupation* feststellt und dass er immer als der primär Wirksame die *leges uenditionis* zwecks Annahme durch den Käufer aufstellt (siehe oben Beil. 7 S. 180), so erhält der Begriff *auctor-uenditor* den Sinn des *Urhebers* des ganzen Verkaufsaktes, der als solcher verantwortlich ist. Er bietet die Sache unter von ihm festgestellten Bedingungen an. Im *Manzipationsakte* als einem *Barkaufe* tritt diese *auctoritas* darin hervor, dass der Verkäufer die *leges mancipii* vor den *testes rogati* pronuntiiert. Deshalb wird er von der *obligatio auctoritatis* ebenso betroffen, wenn er in dieser *Pronuntiation* über rechtliche Mängel hinsichtlich seines Eigentumsrechtes falsche Angaben macht, wie wenn er nicht *dominus* ist.

Dass der *uenditor mancipio* dans auf Grund falscher Angaben in der genannten Hinsicht gerade von *obligatio auctoritatis* betroffen wird, geht aus *Scaeu. D.21,2,69* hervor, welche Stelle mit *Cic. de off. 3,16,65 ff.* zusammenzustellen ist. Ebenso folgt aus dieser Äusserung, dass er, wenn er sein Eigentumsrecht belastende *uitia* nur *verbirgt*, der *actio empti* unterworfen ist. Es ist nicht nötig, das ganze lange Fragment anzuführen. Nur gewisse besonders beleuchtende Teile desselben sollen hier zitiert werden. § 2: . . . ueluti si quis hominem (ein *seruus statuliber*) *dixerit* decem dare iussum isque post annum ad libertatem peruenerit, quia hoc modo libertas data fuerit: ‚*Stichus post annum liber esto*‘, [*euictionis*] <*auctoritatis*> *obligatione* tenebitur. (Dass *Scaeu.* hier statt *euictionis* das Wort *auctoritatis* geschrieben hat, wie *LENEL* annimmt, kann als sicher betrachtet werden. Einerseits handelt es sich hier nicht um die Folge von *Stipulationen*, andererseits handelt es sich im ganzen Fragmente um die Folge falscher *Pronuntiationen* = *Nunkupationen*, weshalb *Manzipation* vorausgesetzt wird.) § 3: *Quid ergo, qui iussum decem dare pronuntiat uiginti dare debere, nonne in condicionem mentitur? uerum*

est hunc quoque in condicionem *mentiri* et ideo quidam existimauerunt hoc quoque casu [euctionis stipulationem] <auctoritatem> contrahi. (Der Ausdruck *stipulationem* contrahere im Sinne: eine Stipulation *wirksam* machen, ist unklassisch) sed auctoritas Seruii praeualuit existimantis hoc casu ex empto actionem esse, uidelicet quia putabat eum, qui *pronuntiasset* seruuum *uiginti* dare iussum, condicionem excepisse, quae esset in dando. (Der mancipio dans habe nach Seruius nicht gelogen, weil *decem* in *uiginti* eingeschlossen seien. Er habe aber die wirkliche Summe nicht erwähnt. Deshalb sei nur actio ex empto möglich.) § 5: Sed et si quis in uenditione statuliberum perfusorie *dixerit*, condicionem autem libertatis *celauerit*, empti iudicio tenebitur, si id nescierit emptor: hic enim exprimitur eum, qui *dixerit* ‚statuliberum‘ et nullam condicionem *pronuntiauerit*, [euctionis] <auctoritatis> quidem nomine non teneri, si condicione impleta seruus ad libertatem peruenerit, sed empti iudicio teneri, si modo condicionem, quam sciebat praepositam esse, celauit. (Weil der Verkäufer *gesagt* hat, dass der Sklave statuliber ist, wird er von der actio auctoritatis frei, obgleich nachher der Käufer das Eigentumsrecht verliert. Er hat aber dem Käufer den Charakter des uitium, obgleich er ihn kannte, verborgen. Deshalb wird er von der actio empti betroffen.) — Sicuti qui fundum [tradit] <mancipat> et, cum sciat certam seruitutem deberi, perfusorie *dixerit*: ‚itineria actus quibus sunt utique sunt, recte recipitur‘, [euctionis] <auctoritatis> quidem nomine se liberat, sed quia decepti emptorem, empti iudicio tenetur. Dasselbe Cic. de off. 3, 16, 65 ff. Also: wenn er pronuntiiert hätte, dass der fundus überhaupt nicht mit einer Servitut belastet sei, würde er *nicht* auctoritatis nomine frei werden. Die hier erwähnten Interpolationen scheinen allgemein angenommen zu werden. (Siehe Ind. interp. zur Stelle.) Wenn nun daher actio auctoritatis auf Grund falscher Angaben über den Charakter des Eigentumsrechtes, das durch die Manzipation übergehen soll, eintritt, kann die auctoritas des uenditor-mancipio dans nicht in einem blossen probare des Zueignungsaktes des mancipio accipiens bestehen. Sie muss daneben in der Proklamierung der *leges mancipii* liegen, die die Art des zu übertragenden Eigentumsrechtes berühren. Als im voraus die Bedingungen für den Eigentumsübergang feststellend, ist der uenditor-mancipio dans *actor*. Er ist insoweit Urheber der Verhandlung und ist als solcher verantwortlich. „Actor“ ist dann der als Urheber wegen der *Falschheit* seiner Angaben Verantwortliche.

Cicero sagt pro Mur. 2, 3: Quodsi in iis *rebus repetendis*, quae mancipi sunt, is periculum iudicii *praestare* debet, qui se nexu obligauit, profecto etiam rectius in iudicio consulis designati is potissimum consul, qui consulem declarauit, *actor* beneficii populi Romani defensorque periculi esse debet. Cicero, selbst Consul, hatte in den Konsular-Komitien die Wahl des Volkes von Murena zum Consul rogiert, und ihn auch, da die Roga-

tion Kraft erhielt, als Konsul konstituiert. Dann war es auch natürlich, dass er als *Urheber* der Wohltat des Volkes die Verantwortung für die Wahl zu tragen hatte, und ebenso, dass er Murena in dem gegen ihn vor dem Antritt des Amtes angestregten Kriminalprozess verteidigen musste. Sonst lief er selbst Gefahr, wenigstens moralisch verurteilt zu werden, weil er als Urheber der Wahl eines *Verbrechers* zum Konsul gelten würde. Dann hat auch jedenfalls Cicero die *auctoritas* des *mancipio* dans darin erblickt, dass dieser als Antragsteller, nachdem der *mancipio accipiens* den Antrag akzeptiert hat, die Verantwortung tragen muss, wenn der *mancipio accipiens* sein Eigentumsrecht nicht behaupten kann. Dieser ist dann vom Antragssteller *betrogen* worden. Für dies wird letzterer verantwortlich.

Es ist von Interesse, dieser Äusserung Ciceros — dass der *auctor beneficii populi* bei einer Konsulwahl mit dem rogierenden Konsul identisch sei — eine Äusserung von LEIFER, Sav. Z. 56 S. 166 f. entgegenzustellen. Nachdem dieser vielleicht richtig den ursprünglichen Vorgang bei der Manzipation so dargestellt hat, dass als Parteien Sippenverbände hervortreten, ihre Repräsentanten aber die unmittelbar Handelnden sind, „beiderseits umgeben von einer Anzahl vollberechtigter Sippengenossen“, welche auch einmal selbst mitzusprechen gehabt haben sollen, „testes“, sagt er: „Stellen wir den ganzen Vorgang in den Rahmen einer zu diesem Zweck berufenen Versammlung der beiderseitigen Sippengenossen, so kann *nach dem Vorbild der Komitien* (von mir kurs.) gar nicht zweifelhaft sein, wem hier die Rolle des *auctorem esse* ursprünglich zufiel: *die versammelten Sippengenossen* hatten dem von ihren Repräsentanten gesetzten Rechtsakt das Vollwort zu erteilen“ (von mir kurs.). *Wer* hat nun Recht: Cicero oder Leifer? Nach ersterem ist es eine Selbstverständlichkeit, dass der rogierende Konsul als *solcher*, wenn die Rogation Kraft erhält, *auctor* und damit verantwortlich ist. Nach letzterem soll das Verhältnis das umgekehrte gewesen sein: das Volk, das nur ja oder nein zum Vorschlag des rogator sagt, ist *auctor*! *Leifer* führt selbst Plautus Poen. 146 als auf eine *mancipatio* anspielend an: *Suspende, uinci, uerbera; auctor sum, sino*. Der Auffordernde ist ein freier Jüngling, der Aufgeförderte ist sein Sklave. Dann gehört es ja zu diesem *auctorem esse*, der zu einer Handlung Auffordernde zu sein. Dann ist natürlich auch der rogierende Konsul der *auctor* hinsichtlich des Volksbeschlusses. Dann beruht auch die zum Verkäufer im Manzipationsakte gehörende Eigenschaft als *auctor* darauf, dass er den Zueignungsakt des Käufers durch Aufforderung veranlasst. Dass wirklich die Plautusstelle auf die Ausdrucksweise bei Manzipation anspielt, ist wegen des Nachfolgenden höchst wahrscheinlich. Der Sklave sagt nämlich: *si auctoritatem defugeris . . .* Der Ausdruck ist für den *auctor*, der den beklagten *possessor* nicht verteidigt, technisch. Man kann dann annehmen, dass der *manc. dans*

vor dem Zueignungsakte zu sagen pflegte: *accipe* (hunc hominem) *mancipio*; *auctor sum, sino*. Dasselbe geht aus Ter. Eun. 388 ff. hervor: Pa. quid istic? si certumst facere, facias; uerum ne post conferas / culpam in me. Ch. non faciam Pa. iubesne? Ch. iubeam? *cogo atque impero*: / numquam *defugiam auctoritatem*. D.h. ich befehle dir imperatorisch und werde mich als *auctor* der Verteidigung deiner Handlung niemals entziehen.

Die Äusserung Ciceros ist indes auch in einer anderen Hinsicht bemerkenswert. Er wendet nämlich die Ausdrucksweise an, die bei römischen Juristen für die Bezeichnung der auf Grund falscher Nunkupation hinsichtlich rechtlicher Mängel des zu übertragenden Eigentumsrechts entstehenden Obligation gewöhnlich ist. Siehe z.B. Ulp. D.41, 1,20,1: Si quis igitur fundum dixerit liberum, cum [traderet] <mancipio daret>, eum qui seruus sit, nihil iuri seruitutis fundi detrahit, verumtamen *obligat se debetque praestare*, quod dixit. Cic. sagt: is periculum iudicii *praestare debet*, qui se nexu *obligauit*. In beiden Fällen bedeutet *praestare*: Ersatz für einen der Gegenpartei unrechtmässig zugefügten Verlust leisten. Das *praestare* korrespondiert seitens des Beschädigten einem *res repetere*. Cic. sagt: Quodsi in *iis rebus repetendis, quae mancipi sunt* . . . Vgl. die Bedeutung des *rem repetere* nach dem internationalen ius gentium und in der lex Acilia *repetundarum*, wo es sich um die Ersatzforderung des unrechtmässig Geschädigten (oder seines Vertreters) handelt. Der Ausdruck *praestare* ist offenbar für die Obligation auf Grund falscher Nunkupation technisch. Ausser der angeführten Ulpianustelle siehe Cic. de off.3,16,65, wo der Ausdruck *uitia praestare* angewandt wird, und Uen. D.21,2,75: . . . et uera est Quinti Mucii sententia, ut qui optimum maximumque fundum [tradidit] <mancipio dedit> liberum *praestet*. Durch die Bezeichnung ‚liberum praestet‘ wird ausgedrückt, dass Schadenersatz (mit duplum) geleistet werden muss, wenn der fundus nicht ‚liber‘ ist. Siehe auch Proc. D.50,16,126. Die gleichartige Ausdrucksweise im Falle Eviktion der Sache und im Falle falscher Nunkupation betreffs rechtlicher Mängel des Eigentumsrechts in Verbindung mit dem Umstand, dass in beiden Fällen *duplum* geleistet werden soll, weist darauf hin, dass ein innerer Zusammenhang vorhanden ist.

Welches ist dieser Zusammenhang? Dass die lex mancipii als eine Bestimmung, die für den bezweckten Eigentumsübergang gilt, vom *mancipio dans* ausgesprochen wird, ist unzweifelhaft. Das aber ist auch sicher, dass sie, um überhaupt Bedeutung zu haben, die folgende manucapio des Käufers voraussetzt. Es ist klar, dass der Käufer, ehe er den Zueignungsakt vornimmt, für welchen er einen gewissen Preis bezahlen muss, auf eine ihn sichernde Weise zu erfahren fordert, ob ein zu kaufendes praedium mit Servituten belastet ist, wie gross es ist (modus agri) etc. Eine den Verkäufer selbst bei Unrichtigkeit bindende Mitteilung in solchen

Beziehungen wurde beim Manzipationsakte durch die Nunkupation vor den testes rogati und unmittelbar vor dem Zueignungsakte seitens des Käufers gemacht. Wenn aber die Ordnung die angegebene gewesen sein muss, wie könnte dann die Pronuntiation in der fraglichen Hinsicht Bedeutung gehabt haben, falls nicht der manc. dans zuerst vor den testes rogati erklärt hätte, *dass* er die Sache zur manucapio überliefere? Wie könnte er z.B. erklären: fundus optimus maximusque est und dadurch sich selbst bei falscher Angabe zum *praestare* obligieren, falls nicht der gemeinte fundus ein zum mancipio accipere angebotener fundus wäre? Wenn nicht der Verkäufer dem Käufer vorher einen bestimmten fundus zur Aneignung anböte, würde die Erklärung über das Eigentumsrecht, das der Käufer erhalten soll, in der Luft schweben. Dass zu diesem den ganzen Akt bedingenden Antrag als Anhang nicht nur die Nunkupation über den Charakter des zu übertragenden Eigentumsrechtes, sondern auch eine Bestimmung über den Preis gehörte, ist sowohl an sich wie auch deshalb notwendig, weil bei Eviktion der Sache selbst und bei falscher Erklärung über den modus agri nach bestimmten Zeugnissen der festgestellte Preis für die Ersatzpflicht bestimmend war (Röm. Obl. I S. 472). Was Servituten betrifft, soll der Ersatz so beurteilt werden, dass man fragt, wie viel *weniger* der Käufer hätte bezahlen wollen, wenn er von den Servituten gewusst hätte: Ulp. D.21,1,61. Dass dabei Duplierung im Falle der Verneinung (nicht bei blossem Verbergen der Servituten) stattfinden soll, geht aus Cic. de off. 3,16,65 hervor. Der Manc. accipiens konnte auch keinen Anspruch auf Ersatz bei Eviktion der Sache geltend machen, wenn er den Preis nicht bezahlt hätte (Paulus Sent. 2,17,1). *Welchen* Preis? Kann man im Ernste bestreiten wollen, dass die relevante Preiszahlung durch den vom Verkäufer beim *Antrage* festgesetzten Preis bestimmt war? Es war ja auch gewöhnlich, dass die Manzipationsurkunde den Preis angab, für welchen der Käufer das Eigentumsrecht erhielt (BRUNS Nr. 130,4; 131,5; 132,4). Dass die Preisbestimmung zum *Akte* selbst gehörte, geht auch daraus hervor, dass, wenn die causa nicht Kauf, sondern Donation oder fiducia war, ein Preis doch *dicis causa* — unus nummus — bestimmt sein musste (BRUNS 135,3; 136,14; 137,11). Weshalb war dies nötig, wenn die Preisbestimmung kein wesentliches Moment des Aktes gewesen wäre? Sogar zu der Zeit, zu welcher das aes wirklich abgewogen wurde, muss der Preis, der dann mit dem Abwägen und der Übergabe des Kupfers *wirklich*, nicht bloss fiktiv gezahlt wurde, beim Akte vom Verkäufer festgestellt worden sein. Sonst könnte nicht der manc. accipiens gerade das abgewogene und ausgehändigte aes als den gezahlten Kaufpreis bezeichnet haben: *emptus esto hoc aere aeneaque libra*. Dass das Kupferstück ursprünglich als der wirkliche, nun gezahlte Preis fungierte, beweist der Umstand, dass später die Abwägung und die Übergabe eines Kupferstücks als ein nun fiktives

Moment des Aktes beibehalten wurden, obgleich auch wirkliche Preiszahlung nötig war.

Nun wissen wir indes, dass, was die *leges mancipii* betrifft, die Haftung auf *falschen Angaben* beruhte. Cicero sagt de off. 3,16,65: Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure ciuili, ut in iis uendendis uitia dicerentur, quae nota essent uenditori. Nam, cum *ex duodecim tabulis* satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae *qui infitatus* esset, dupli poenam subiret . . . Dass die gemeinte Verneinung zur *lex mancipii* gehörte und dass der Verkauf, der hier gemeint ist, in der Manzipation eingeschlossen war, habe ich Röm. Obl. I S. 391 ff. besonders durch Zusammenstellung mit § 67 und de or. 1,39,178 *bewiesen*. Vgl. Scaeu. D.21,2,69,3 u. 4, wo das falsche *dicere* oder *mentiri* als Bedingung des Eintritts der obligatio auctoritatis dargestellt wird, und Paulus Sent. 2,17,4: Distracto fundo si quis de modo *mentiatur*, in duplum eius, *quod mentitus est*, officio iudicis aestimatione facta conuenitur. Dass die hier gemeinte Angabe in der *Pronuntiation*, also in einer *lex mancipii* gemacht werden musste, sagt Scaeu. a. a. O. § 6: In fundo uendito, cum modus *pronuntiatu*s deest . . . Wenn aber eine *lex mancipii* auf Grund falscher Angabe beim Verkaufe die obligatio auctoritatis konstituierte, natürlich weil die falsche Angabe dem manc. accipiens Schaden brachte, und selbst dabei mit dem primären Antrage zusammengehörte, so war die Grundlage der fraglichen Obligation eine zum Antrage selbst gehörende, unrechtmässig dem Käufer Schaden bringende Handlung, für welche, wie Cic. sagt, *poena dupli* gefordert werden konnte. Wie aber wäre dies möglich, wenn nicht auch im Falle Eviktion der *Sache* eine zum *Antrage* gehörende, Schaden bringende Handlung der Grund der Obligation wäre, wo wir auch die Duplierung beim praestare wiederfinden? Wenn ein Sklave bei der Manzipation zwar für statuliber erklärt wird, die Bedingung der Freiheit aber falsch angegeben wird, tritt obligatio auctoritatis mit Duplierung ein. Dies wegen der falschen, Schaden bringenden Angabe, wie aus Scaeu. a. a. O. hervorgeht. Wenn aber ein statuliber verkauft wird, ohne dass diese Eigenschaft des Sklaven irgendwie pronuntiiert wird, tritt ebenfalls die obligatio auctoritatis mit Duplierung ein. Das Eigentumsrecht des Käufers fällt ja dann nach einer gewissen Zeit weg, ohne dass der Verkäufer bei der Manzipation die in dieser Hinsicht nötige Restriktion gemacht hat. Iul. sagt D.21,2,39,4: Qui statuliberum [tradit] <mancipio dat> nisi *dixerit* eum statuliberum esse, [euictionis] <auctoritatis> nomine perpetuo obligatur. (Dass hier die Obligation perpetua ist, beruht darauf, dass in diesem Falle nicht einmal Usukapierung dem Käufer das Eigentumsrecht retten kann.) Wenn nun im ersteren Falle der Grund der Haftung eine Schaden bringende Handlung ist, wie kann dann in diesem Falle, in welchem der Käufer *noch mehr* betrogen wird, der Grund etwas anderes sein?

Wenn nun aber der Grund der Haftung in dem hier abgehandelten Falle in der solennen falschen Pronuntiation als einer Schaden bringenden Handlung lag und wenn dann auch der Grund der völlig gleichartigen Haftung bei der Eviktion der Sache selbst auch eine solche Handlung sein muss, so entsteht die Frage, worin in diesem Falle, in welchem keine besondere falsche Pronuntiation nötig war, die Handlung bestehen konnte. Die Antwort folgt aus der vorhergehenden Darstellung. Wenn die solenne Pronuntiation nur als ein Anhang des primären Antrags: *hunc fundum (hominem) accipe mancipio (auctor sum sino?)* verständlich ist und dieser deshalb auch solenn gewesen sein muss, war im Anfang des Aktes *durch den solennen Antrag selbst* das Eigentumsrecht des auctor-uenditor vorausgesetzt. Denn der Antrag selbst bedeutete eine Ermächtigung, sich das Eigentumsrecht anzueignen, welche natürlich nur unter Voraussetzung des Eigentumsrechts der Verkäufers effektiv sein konnte. Eine besondere Proklamierung dieses Eigentumsrechtes war deshalb überflüssig.

Man beachte ferner den Ausdruck: *auctoritatem* oder *obligationem auctoritatis contrahere*. Es heisst bei Scaeu. a. a. O. § 3: *uerum est hunc quoque in condicionem mentiri et ideo quidam existimauerunt hoc quoque casu [euctionis stipulationem] <auctoritatem contrahi>*. D.h.: es ist die falsche Pronuntiation, die ‚auctoritatem contrahit‘. Vgl. § 4: wenn der manzipierte statuliber Sklave, hinsichtlich dessen angegeben worden ist, dass er laut Testament durch Bezahlung von Hundert frei wird, unmittelbar nach dem Antritt des Erben frei wird, so ‚contrahitur obligatio auctoritatis‘. Afric. sagt D.21,2,46,1: *Si per alienum fundum mihi uiam [constitueris] <mancipaueris>* (dass der echte Text so gelautet hat, geht aus dem Nachfolgenden hervor, wo von obligatio auctoritatis gesprochen wird, dass Manzipation der Servitutsrechte an praedia *Rustica* möglich ist, sagt Gaius I.2,29—) [euctionis] <auctoritatis> (LENEL) *nomine te obligari ait: etenim quo casu, si per proprium [constituentis] <mancipantis> [fundum] <praedium> concessa esset uia, recte [constitueretur] <manciparetur>* (d.h. wenn es sich um ein praedium *rusticum* handelt: wäre ein Weg durch ein, wenn auch eigenes, praedium urbanum manzipiert, so wäre die Manzipation ohne jede rechtliche Kraft, vgl. Cic. top. 10,45), *eo casu, si per alienum concederetur, [euctionis] <auctoritatis> obligationem contrahi[t]* (scil. ait Iul.). Iul. sagt D.21,2, 39,3: *qui liberum hominem sciens uel ignorans tamquam seruum uendat, [euctionis] <auctoritatis> nomine tenetur: quare etiam pater, si filium suum tamquam seruum uendiderit, [euctionis] <auctoritatis> nomine obligatur*. Diese Ausdrucksweise ist in den juristischen Quellen absolut durchgehend. Niemals wird, wenn es sich um die hier abgehandelte spezielle obligatio auctoritatis zum duplum handelt, gesagt, dass der Verkäufer deshalb gebunden wird, weil er sich durch *Erklärung darüber* gebunden hat. Immer wird der Fehler selbst beim Angebote direkt als der Grund für die Entstehung der Obligation angegeben. Es ist wahr,

dass für die Entstehung der Obligation auch wirkliche Eviktion erforderlich ist. Dies aber bedeutet nichts anderes, als dass der Fehler wirklich dem manc. accipiens *Verlust* gebracht haben muss. Wenn der Verkäufer im Vindikationsprozesse selbst als der Prokurator des Käufers fungiert und sich dabei der *litis aestimatio* unterwirft, hat der Käufer, der dann die Sache behalten darf, ohne seinem Prokurator Ersatz für dessen Ausgabe leisten zu brauchen, trotz der Eviktion keinen Regress gegen den Verkäufer, weil er keinen Verlust leidet. Die *stipulatio duplae* = *stipulatio auctoritatis* (Vat. fr. 10) verfällt nicht, sagt Iul. D. 21, 2, 21, 2. In entsprechender Weise würde natürlich der Fehler beim Manzipationsakte ohne jede obligatorische Wirkung sein, wenn der Empfänger nichts für die Sache bezahlt hätte. Derselbe hätte ihm dann auch keinen Verlust gebracht. Es ist auch wahr, dass umgekehrt die blosser Eviktion die Entstehung der *obligatio auctoritatis* veranlasst, wenn es sich um die Eviktion der Sache selbst oder um die Eviktion des pronuntierten *modus agri* oder um die Eviktion eines solchen zum Eigentumsrechte gehörenden Vorteils wie Freiheit von Servituten handelt. Dies aber beruht darauf, dass durch die Eviktion *mit rechtlicher Kraft* wenigstens für den vorliegenden Fall das betreffende Recht des *mancipio accipiens* für nicht vorhanden erklärt wird, womit auch das Recht des auctor beim Verkaufe selbst verneint wird. D.h. nun *gilt* die Manzipation als fehlerhaft, auch wenn der auctor wirklich das Recht hatte. (Über eine gewisse Restriktion in dieser Hinsicht später.) Es ist dann auch klar, dass der auctor immer dem Risiko eines *evinzierenden iudicium*, das den manc. accipiens trifft, ausgesetzt ist, in welchem Fall er ‚*praestare*‘ muss.

Deshalb soll er im eigenen Interesse als Advokat des letzteren auftreten und ihm hierzu auch Gelegenheit gegeben werden. Zum Sakramentalprozesse in rem betreffs *res Mancipi* mit doppelten Vindikationen gehörte als ein wesentliches Moment der Verhandlung in iure eine Aufforderung an den anwesenden auctor, seine auctoritas anzuerkennen und auch als solcher, d.h. als Advokat für den, dem er die Sache manzipiert hat, zu fungieren: *Quando te in iure conspicio, postulo an te auctor: mut-*masslich der Grund des Ausdruckes *auctorem laudare*. Im Formularprozess war eine Partei, die die Sache durch Manzipation empfangen hatte, zum formlosen *auctori denuntiare* verbunden. *Auctorem laudare* scheint nun dieselbe Bedeutung wie *auctori denuntiare* enthalten zu haben. Vgl. C. I. 8, 44, 7 (a. 222) und ib. 14 (a. 239) mit ib. 8 (a. 222). Die Institution diente dem *Schutz* des auctor, der die *obligatio auctoritatis* auf Grund des Urteils riskierte. (Dass es sich hier nur um die Stellung des Verkäufers als *orator*, nicht um die als *Prokurator* für den Käufer handelte, geht einerseits daraus hervor, dass bei Iul. a. a. O. seine Stellung als Prokurator als eine blosser *Möglichkeit* behandelt wird. Der Käufer muss ihm in solchem Falle einen besonderen Auftrag erteilen, so zu fungieren.

Andererseits geht dasselbe daraus hervor, dass der t.t. hier *subsistere* ist (Celsus D.21,2,62,1; Uen. D.45,1,139; Paulus ib. l. 85,5) was unverständlich wäre, wenn der Käufer den Prozess selbst an den Verkäufer abtreten müsste.

GIRARD verfiht in seiner gründlichen Darstellung in M \acute{e} l. 2 von der *auctoritas* bei Manzipation eine verfehlt Theorie hinsichtlich der Bedeutung des *auctorem laudare* oder *auctori denuntiare*. Er vermeint nämlich, dass dadurch der auctor zur Erfüllung seiner *Pflicht* aufgefordert werde, dem Käufer im Prozesse effektiv beizustehen. Die Verabsäumung dieser so proklamierten Pflicht sei das Delikt, aus welchem die *poena dupli* entspringe. So z.B. S. 155, S. 278 ff. und 290 ff., wo die zum *Auctoritas*-institute gehörende Obligation in die Verpflichtung, Beistand zu leisten, verlegt wird. Diese Leistung sei das *auctoritatem praestare*. Eine ähnliche Ansicht ist auch von BECHMANN, *Der Kauf* I S. 116 ff. dargestellt worden, und sie wird von LENEL, Ed. 3 S. 543 gebilligt. Sie widerstreitet indes der ganzen Darstellung bei Scaeu. in D.21,2,69, worüber oben. Nach dieser besteht die *obligatio auctoritatis* im Falle falscher Pronuntiation ausschliesslich in der Schuldigkeit des auctor-uenditor, dem Käufer Ersatz zu leisten, *weil* er falsche Pronuntiation hinsichtlich rechtlicher Mängel des übertragenen Eigentumsrechtes gegeben hat. In solchem Falle ist es völlig sinnlos, von einer Verteidigungspflicht des auctor zu reden. Wenn er wirklich bei der Manzipation eine falsche Angabe in dieser Hinsicht gemacht hat, ist er im Prozesse machtlos. Etwas anderes ist es, dass er vom Prozesse benachrichtigt sein muss, um sich gegen die Beschuldigung der Lüge verteidigen zu können. Die Faktizität der Lüge kann ja erst im Prozesse konstatiert werden. Wenn sie aber so konstatiert wird, wird er für schuldig erklärt, *weil* er gelogen hat. Die Ansicht widerstreitet ja auch der bestimmten Äusserung von Paulus Sent. 2,17,3, wo gesagt wird, dass der uenditor *auctoritatis duplo tenus obligatur*, wenn Eviktion erfolgt ist. Sie widerstreitet auch der Bedeutung des Wortes *praestare* in diesem Zusammenhang sowohl bei Cicero als bei den römischen Juristen, wo das Wort immer Ersatz für unrechtmässig zugefügten Verlust bedeutet. Eine Konsequenz dieser Ansicht ist, dass, *auch* wenn der Käufer keinen Verlust leidet, weil er im Prozesse siegt, der Verkäufer zum *praestare duplo tenus* gezwungen wird, wenn der zum Beistand aufgeforderte auctor diesen unterlassen hat. Diese Konsequenz wird auch von den erwähnten Autoren gezogen. (Es ist bemerkenswert, dass auch PERNICE, *Labeo* 3 S. 118 in dieser Hinsicht dieselbe Meinung verfiht, trotzdem er — wenn auch mit sehr unvollständiger Begründung und nicht ganz prägnant — den Grund der Verantwortlichkeit in einen Fehler bei der Manzipation zu verlegen scheint.) Durch diese Konsequenz gerät man indes in einen offenkundigen Widerspruch zu völlig klaren Quellenzeugnissen. Cicero pro Mur. 2,3 *sagt* ja direkt, dass, was der auctor ‚*praestare*‘ muss, das *periculum iudicii* ist.

Paulus sagt Sent. 2,17,3, dass die wirkliche Eviktion eine Bedingung für die obligatio auctoritatis ist. Iul. verneint D.21,2,21,2, dass der auctor zum Ersatz verpflichtet sei, wenn der Käufer keinen Verlust erlitten hat, da er die Sache behalten darf. Besonders deutlich ist ein kaiserliches responsum a. 222 C. I.8,44,9. Man soll den auctor oder seinen Erben benachrichtigen. Siegt man im Prozesse, hat man ja, was man kaufte. Wird man besiegt, hat man gegen den auctor oder seinen Erben Regress. Wenn möglich noch deutlicher ist ein anderes responsum aus demselben Jahre ib. 8: Emptor fundi, nisi auctori aut heredi eius denuntiauerit, *euicto praedio neque ex stipulatu neque [ex dupla] <nomine auctoritatis> neque ex empto* (die Worte ex dupla machen die Darstellung unlogisch, denn die stipulatio auctoritatis kann ja selbst eine stipulatio duplae sein: die Worte sind von den Kompilatoren eingeschoben worden, weil sie keine direkte actio auctoritatis annehmen, sondern dieselbe durch eine actio duplae stipulationis ersetzen: hierüber alsbald) actionem contra uenditorem uel fideiussores eius habet. Also: Voraussetzung für diese Aktion ist 1:o, dass der auctor oder sein Erbe benachrichtigt worden ist, 2:o dass das praedium dem Käufer *evinziert* worden ist. Es wird indes eine Restriktion hinzugefügt: sed et si iudicio emptor non adfuit aut praesens per iniuriam iudicis uictus est *absente auctore uel fideiussore*, regressum aduersus eum non habet. Damit wird ja die Folge dessen, dass der auctor absens ist, angegeben: wenn der selbst anwesende Käufer *ohne* iniuria des iudex besiegt wird, ist der auctor oder sein fideiussor immer zum Ersatz verpflichtet, also auch wenn der Käufer sich nicht verteidigt und deshalb unterliegt. Wenn der auctor oder sein fideiussor nach denuntiatio anwesend ist, *muss* der Käufer im Prozesse seinen Beistand annehmen. *Deshalb* wird das auctori denuntiare schon beim Sakramentalprozesse als ein *postulare* bestimmt. Durch diesen Charakter des denuntiare wird der Käufer in der angegebenen Hinsicht gebunden, was er natürlich nicht wäre, wenn er nur den auctor vom Prozesse zu benachrichtigen brauchte. Es ist ein Irrtum, aus der Darstellung des denuntiare als eines postulare zu schliessen, dass eine *Beistandspflicht* vorliege. Was die iniuria iudicis betrifft, befreit sie den auctor *immer* von der Ersatzpflicht: ib. 15 (a. 245). Vat. fr. 8 u. 10 (Pap.?). Nur *eine* Quellenstelle spricht scheinbar für die erwähnte Annahme, nämlich Uen. D.45,1,139. Von dieser Stelle ist Paulus D. ib. 85,5 eine beinahe wortgetreue Abschrift. Ich folge bei der Zitierung zunächst dem Originale: Cum ex causa [duplae stipulationis] <auctoritatis> aliquid intendimus (bei Paulus liest man: cum ex causa euictionis intendimus: die Ungleichheit weist darauf hin, dass statt dieser Worte im echten Texte ex causa auctoritatis gestanden hat, welche Worte im Paulustexte durch . . . euictionis, im Originale durch . . . duplae stipulationis — den gewöhnlichen Ausdruck bei den Kompilatoren für ex causa auctoritatis — ersetzt worden sind), uenditoris heredes in solidum omnes conueniendi

sunt. Das Entsprechende bei Paulus ist: nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt: denuntiare mit der Person, *an* welche die denuntiatio gerichtet wird, im Akk.! Diese Veränderung beruht sicher auf den Kompilatoren oder auf einem postklassischen Glossator. Denn das ist der gemeinsame Sinn der Stellen, dass ex causa auctoritatis in solidum gegen die Erben *agiert* werden soll, jedoch die Erfüllung nicht gemeinsam ist, sondern ein jeder nur nach seinem Erbteil haftet, während die Beistandsforderung gemeinsam erfüllt werden muss, um überhaupt Bedeutung zu haben. Uen. fährt fort: omnesque debent subsistere, et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est uenditio, cuius indiuisa natura est. sed cum uno defugiente omnes defugisse uideantur ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit. Bei Paulus ist nach dem ersten defugiente das Übrige bis zu den Worten: omnes teneantur (bei Paulus tenebuntur) ausgelassen, sonst ebenso (nur iniungitur statt incumbit). Dann ist zunächst deutlich, dass die Obligation unmöglich den Beistand selbst zum Inhalte haben kann. Sie hat nur die Præstatio des Ersatzes zum Inhalt. Ferner aber geht aus der Äusserung hervor, dass der Ausdruck: omnes teneantur (tenebuntur) dasselbe bedeutet, wie wenn gesagt wäre, dass, wenn nur einer ‚defugit‘, dieselbe Situation eintritt, *als ob der auctor überhaupt nicht anwesend wäre*. Das hat nach dem vorher Angeführten zur Folge, dass der Käufer den Beistand nicht anzunehmen braucht und sich so die Sache evinzieren lassen kann, ohne deshalb die actio auctoritatis zu verlieren. Diese Auslegung ist allein möglich, wenn man die bestimmte Äusserung desselben Paulus sent. 2,17,3 berücksichtigt. Sie stimmt auch vollständig mit Celsus D.21,2,62,1 überein. *Dort* wird *gleichfalls* gesagt, dass die Verteidigung gemeinsam geschehen muss. *Jedoch* wird erklärt, dass, wenn nur *einer* beisteht und siegt oder besiegt wird, er zugunsten aller siegt bzw. zum Nachtheile aller besiegt wird. Wie wäre diese Äusserung verständlich, wenn nicht auch Celsus meinte, dass falls die Verteidigung nicht gemeinsam erfolgt, der Käufer immer ohne Verlust der actio auctoritatis die Sache ohne weiteres evinzieren lassen darf, aber wenn es ihm beliebt, den Beistand nur eines Erben annehmen und sich so wirklich verteidigen *kann*. Dann ist die actio auctoritatis vom Ausgang dieser Verteidigung abhängig. *Alle* Erben werden befreit, wenn der einzige Erbe, der beisteht, siegt. Umgekehrt werden sie alle gemeinsam der actio auctoritatis unterworfen, wenn sein Beistand keinen Erfolg gehabt hat. Also entfällt auch die Stütze für die erwähnte Ansicht, die die Venuleiusstelle zu bieten scheint. GIRARD u.a. kehren das wirkliche Verhältnis zwischen dem Käufer und dem Verkäufer hinsichtlich der Bedeutung des denuntiare um. Aus der Notwendigkeit für den *Käufer*, den Verkäufer zur Verteidigung aufzufordern, um gegen letzteren actio auctoritatis anstrengen zu können, ist ein onus des Verkäufers geworden.

Im übrigen beraubt sich GIRARD der Möglichkeit, den Sinn der obligatio auctoritatis zu verstehen, wenn er als Grundlage derselben im Falle besonderer Aussagen über Servituten die Erklärung des *Käufers* im Manzipationsakte auffasst: S. 232 ff. Allerdings sollen dann der Erklärung des Käufers „pourparlers“ der Verkäufers vorausgegangen sein, in welchen dieser erklärt, dass der fundus nicht mit Servituten belastet sei. Diese aber seien nur als „pactes adjoints“ zu betrachten und begründeten an sich keine actio auctoritatis. Dabei nimmt er keine Rücksicht auf die entscheidenden Äusserungen Ciceros de off. 3,16,65 ff. und de or. 1,39,178 u. 179, wo das lingua nuncupare = nominatim dicere = pronuntiare in mancipio oder in lege mancipii des *Verkäufers* als der Grund der poena dupli bei falscher Angabe, bzw. die Unterlassung des lingua nuncupare betreffs ihm bekannter Servituten als der Grund einer actio empti seitens des Käufers dargelegt wird. Da ganz dieselbe Betrachtungsweise bei den römischen Juristen wiederkehrt, besonders bei Scaeu. a. a. O., aber auch bei anderen — hat der Verkäufer bei der Manzipation *gesagt*, dass ein praedium frei von Servituten ist, so soll er dasselbe auch so ‚praestare‘, oder er soll, was er gesagt hat, ‚praestare‘ — und da hier von einem auctoritatem‘ oder ‚obligationem auctoritatis‘ auf Grund des mendacium des Verkäufers geredet wird, ist die Bedeutung der klaren Äusserungen Ciceros evident. Girard aber erwähnt diese Cicerostellen nicht einmal unter den Quellenstellen, die direkt oder indirekt die actio auctoritatis berühren sollen. (Siehe S. 163.) Auch kann Girard keinen einzigen Text anführen, nach welchem der manc. accipiens wirklich selbst z. B. die Worte uti optimus maximusque od. dgl. beim Zueigungsakte ausspricht. Dass in der formula Baetica gesagt wird: „fundum . . . uti optimum maxumusque esset . . . mancipio accepi“, beweist natürlich keineswegs, dass der Empfänger selbst diese Worte ausgesprochen hat. Nachdem der mancipio dans sie bei dem Akte in mancipio ausgesprochen hatte, empfing natürlich die Gegenpartei den fundus als optimus maximusque. Dagegen wird an vielen Stellen direkt gesagt, dass der Verkäufer, weil er solche Worte beim Manzipationsakt ausspricht, der actio auctoritatis ausgesetzt ist, falls das praedium nicht von Servituten frei ist. Es kann hinzugefügt werden, dass in dem einzigen Falle, in welchen nach den Quellenzeugnissen der mancipio accipiens wirklich etwas über die von Gaius I.1,119 angeführte Formel hinaus zu sagen hat, der manc. dans keine entsprechende Pronuntiation machen kann. Dieser Fall ist der, in welchem sich der Verkäufer den ususfructus vorbehalten will. Dies geschieht so, dass der Empfänger den Worten emptus esto . . . hinzufügt: deducto usufructu. (Vat. fr. 50.) Der manc. dans kann ja hier keine Pronuntiation über das Nichtvorhandensein des ususfructus machen, weil dieser tatsächlich beim Manzipationsakte, sofern er gültig ist, ihm gehört, nämlich als im Eigentumsrechte eingeschlossen. (Wenn der ususfructus wirklich einer anderen Person

gehört, muss der manc. dans das pronuntiiieren, um der actio auctoritatis zu entgehen: Iul. D.21,2,39,5 und Qu. Mucius D.18,1,66, ebenso wie er, wenn der Sklave statuliber ist; dies pronuntiiieren muss; oben S. 305, 316. In beiden Fällen handelt es sich nämlich um eine Beschränkung in dem zu überlieferenden *Eigentumsrechte* selbst, nicht nur um Belastungen desselben durch Servituten, welche letztere natürlich nicht einmal relativ das Recht des Eigentümers als solchen aufheben.) Deshalb kann der Vorbehalt nur durch den manc. accipiens selbst realisiert werden. Im Lichte des Angeführten wird das Verkehrte in folgender Äusserung Girards S. 232 f. deutlich: „Certains textes inspirés par la réalité pratique et par les innovations du droit récent (!) (man beachte, was Cic. de off. 3.16,65 über die *zwölf Tafeln* sagt!) presentent la déclaration comme émanant du vendeur, mais ce langage impropre (!) est rectifié par le formulaire de Bétique . . .“ Hätte GIRARD nicht eine so verkehrte Auffassung, so hätte er unmöglich seine Hauptthese aufstellen können, dass die obligatio auctoritatis eine obligatio des Verkäufers zur Verteidigung des Käufers im Prozesse sei, für welche These keine *einzig*e Quellenstelle angeführt werden kann.

Die angeführten Worte Ciceros pro Mur. 2,3, in welchen die Notwendigkeit für den auctor-manc. dans, den manc. accipiens im Prozesse zu verteidigen, mit der Notwendigkeit für den Konsul, der die Wahl eines andern rogiert hat, diesen als auctor zu verteidigen, zusammengestellt wird, müssen sich auf das Risiko für den manc. dans, durch das Verlieren des Prozesses des manc. accipiens selbst als auctor haftbar zu werden, beziehen. Die Worte: qui se nexu *obligavit* haben hier keineswegs den Sinn, dass sich der Manzipant *durch irgend eine Erklärung* zu einer gewissen Prästation hypothetisch verpflichtete. Sie haben vielmehr die Bedeutung, dass er als auctor-Urheber für den Manzipationsakt verantwortlich ist. Cic. beleuchtet ja die Stellung des bei der Konsulwahl rogierten Konsuls, der damit auctor der Wahl ist, als für seine Rogation verantwortlich durch die Verantwortlichkeit des mancipio dans als auctor des Manzipationsaktes selbst. Dieses se nexu obligavit bedeutet dann, dass der mancipio dans durch den von ihm selbst veranlassten Manzipationsakt für denselben verantwortlich geworden ist, natürlich auf die Weise, dass, wenn derselbe durch die dazu gehörende Preisbezahlung dem Käufer Schaden bringt, er diesem Schadenersatz leisten muss. Man vergleiche übrigens mit der Cicerostelle Ulp. D.41,1,20,1, wo eine ähnliche Ausdrucksweise angewandt, aber gesagt wird: Si quis igitur fundum *dixerit liberum*, cum [traderet] (mancipio daret) *eum, qui servus sit . . . obligat se debetique praestare, quod dixit.* — Es geht nun auch aus den klaren Zeugnissen der juristischen Quellen hervor, dass in Paulus Sent. 5,10 die Rubrica: de *contrahenda* auctoritate, welche durch keine zur Sache gehörende Untersuchung ausgefüllt wird, *nicht*, wie man angenom-

men hat, die sog. *satisfatio secundum Mancipium* betrifft, sondern die *obligatio auctoritatis*, die direkt infolge einer Schaden bringenden Handlung des Manzipanten beim Manzipationsakte entsteht. *Obligationem auctoritatis contrahere* oder das bloss *auctoritatem contrahere* hat bei Scaeu. a. a. O. gerade *diese* Bedeutung. (Siehe oben S. 320.) Dass die Obligation Manzipation voraussetzt — *nexu se obligauit* — und dass ein solcher Akt als Kaufvertrag zu betrachten ist, hebt nicht die Richtigkeit des Angeführten auf. *Das* bedeutet nur, dass dann *allein*, wenn die Schaden bringende Handlung des Verkäufers als *auctor* des Kaufaktes ein von ihm veranlasster *Manzipationsakt* ist, die Verpflichtung zum Ersatz *direkt* aus dieser Handlung entsteht. *Sonst* ist Stipulation für den Eviktionsfall notwendig. (Hierüber später.) Eine Konsequenz dessen ist es, dass wenn der Manzipationsakt aus formellen Gründen ungültig ist (man manzipiert z. B. eine *res nec mancipi* wie eine Servitut zu einem *praedium urbanum*), auch keine Pflicht zum Ersatz bei Eviktion entsteht. (Siehe oben S. 320.) Natürlich ist damit nicht ausgeschlossen, dass wenn eine Stipulation seitens der Käufers für den Eviktionsfall beim Akte vorgelegen hat, *dann* eine solche Verpflichtung bei Eviktion eintritt.

Wir können nun vollständiger bestimmen, was das *Wort auctor* bei Manzipationskäufen angewandt bedeutet. Der Verkäufer ist nicht bloss so der Urheber, dass er den Akt selbst veranlasst. Er ist auch in der Weise Urheber, dass von ihm in *erster* Linie die *Kraft* des Aktes ausgeht. Ohne die primäre Aufforderung des Verkäufers zum *mancipio accipere* hätte der Akt durchaus keine Kraft. Also gibt der Verkäufer in *erster* Linie dem Akte seine Kraft. Worin besteht diese Kraft? Darüber kann kein Zweifel herrschen. Der Käufer erhält das hinsichtlich möglicher Beschränkungen durch Nunkupation näher bestimmte Eigentumsrecht, das der *Verkäufer* selbst hat. Dies gegen den gleichzeitig gezahlten Preis, welcher auch vom Verkäufer bestimmt ist. Diese rechtliche Situation erwächst dann in *erster* Linie aus der Wirksamkeit des Verkäufers. Auf *diese* Weise ist er der *auctor*. Dann ist auch die Auffassung natürlich, dass wenn der Verkäufer selbst nicht in der angegebenen Weise Eigentümer ist, dieser der Urheber *einer rechtlichen Situation* wird, die dem Käufer durch die Preiszahlung unrechtmässig Verlust bringt. Das *Wort auctor* hat seine passive Entsprechung im *Worte mactus* (nach Servius dem Grammatiker = *magis auctus* = in seiner inneren Kraft oder in seinem *mana* vermehrt). (Siehe *Das magistr. ius*. S. 35 ff.) Es ist deshalb mit grösster Wahrscheinlichkeit vom sakralen Gebiete auf das damit verwandte zivile Rechtsgebiet übertragen worden. Es lässt sich indes ebensogut auf den Verkäufer in einem Kaufvertrag anwenden, der nicht an sich Manzipation ist, weil der Verkäufer immer darin selbst die *leges uenditionis* bestimmt. Man bemerke, dass auch hier die Rechtsfolge des Aktes die ist, dass bei der hier nachher folgenden, aber zu erzwingenden Realisation

des Kaufs durch in iure cessio oder Tradition, der Käufer das Eigentumsrecht des Verkäufers erwirbt, aber erst, wenn der vom Verkäufer festgestellte Preis gezahlt worden ist. So Varro r. r. 2, 2, 6, Gaius D. 18, 1, 53 und tab. 7, 11. Über solchen Kauf und die Verantwortlichkeit des auctor später.

Indes ist zu beachten, dass zu den *leges mancipii* unzweifelhaft auch solche Nunkupationen gehören können, die nicht Mangelhaftigkeiten im Eigentumsrechte selbst berühren und nicht durch die spezielle *actio auctoritatis* in duplum geltend gemacht werden können. Nur eine falsche Nunkupation über die Abwesenheit von rechtlichen Belastungen des zu übertragenden Eigentumsrechts oder über den *modus agri* kann die *obligatio auctoritatis* begründen, ebenso wie umgekehrt solche Mängel, die die *Essenz* des Eigentumsrechtes berühren — der *ususfructus* gehört einer anderen Person oder der Sklave ist *statuliber* — besonders nunkupiert werden müssen, damit der *manc. dans* von der *obligatio auctoritatis* frei ist. Nun fanden sich indes 1:0 auch Nunkupationen betreffs mit dem Eigentumsrechte verbundener rechtlicher Vorteile, d.h. hinzukommender *Servitutsrechte*, die als solche den Umfang des *Eigentumsrechts selbst* nicht berühren und die deshalb nicht die spezielle *obligatio auctoritatis* in duplum begründen. Aber auch für solche Nunkupationen muss nach dem Gesetze der XII Tafeln: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto* der Manzipant verantwortlich gewesen sein. Hierauf bezieht sich Ven. D. 21, 2, 75: *uenditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit accessurum iter uel actum: tunc enim teneri eum, qui ita dixerit*. Daneben kamen 2:0 solche Nunkupationen vor, die gewisse Eigenschaften des zu manzipierenden Gegenstandes betreffen, z.B. bei einem Sklavenkaufe: *sanum esse, erronem, fugitium, noxa solutum non esse*, welche Nunkupationen auch nicht die fragliche *obligatio auctoritatis* begründen können, jedoch nach dem Gesetze den Manzipanten verantwortlich gemacht haben müssen. Dass dies wenigstens ursprünglich der Fall gewesen ist, folgt aus der Art der *Stipulationen*, die zur klassischen Zeit bei Manzipierung von Sklaven oder Tieren gewöhnlich waren. Der Verkäufer *versprach* in diesen das Vorhandensein gewisser Eigenschaften. Dies veranlasste Zweifel über die Gültigkeit solcher Versprechen, da man nicht durch eigenes Handeln auf schon bestehende Tatsachen einwirken könne. Siehe Ulp. D. 21, 2, 31 in Verbindung mit Ulp. D. 50, 17, 31. Um jeden Zweifel an der Gültigkeit zu beseitigen, kann man, sagt Ulp., das Wort *praestari* hinzufügen. *Eo magis* sei dann das Versprechen sicher gültig. Dieses Wort wird auch z.B. in der Manzipationsurkunde *Brunns* Nr. 130, 7 und 131, 7 hinzugefügt. In 132, 6 heisst es indes nur: *Eam mulierem sanam traditam esse . . . promisit*. Dies lässt sich nur auf die Weise erklären, dass die fraglichen *Stipulationen* einfachen *Pronuntiationen* über die Beschaffenheit der Sache nach-

gebildet sind und sie auch ersetzt haben. (Siehe auch Röm. Obl. I S. 393 über das aedilische Edikt.)

Welche rechtliche Bedeutung hatten nun die Nunkupationen, welche die spezielle *actio auctoritatis* in duplum nicht erzeugen konnten? Auch hier kann nicht ein „Engagement“ des Verkäufers der Grund der Verantwortlichkeit gewesen sein. Nur dies, dass der auctor-uenditor beim Manzipationsakte die erwähnten Vorteile *pronuntiiert* hat, kann nach den XII Taf. der Grund der Verantwortlichkeit gewesen sein. Der Unterschied zwischen diesem Falle und dem, in welchem eine spezielle *obligatio auctoritatis* in duplum auf Grund der Nunkupation eintritt, kann nur darin liegen, dass im ersteren Falle der Ersatz unmittelbar in einer *actio*, die in der Manzipation selbst, als Kauf betrachtet, ihren Grund hatte, eingeklagt wurde, während im letzteren Falle der Grund, auf welchen man sich berief, die unrechtmässigen Schaden bringende Handlung des auctor als solche war. Pomp. sagt D.21,2,16 pr.: *Euicta re uendita ex empto erit agendum de eo, quod accessit; quemadmodum ea, quae empto fundo nominatim accesserunt, si euicta sint, simplum praestatur*. Da im ganzen Fragmente die *stipulatio duplae* als für die Folge der Eviktion der Sache bestimmend betrachtet wird, muss in demselben die *obligatio auctoritatis*, wenngleich in eine Stipulation aufgenommen, als Eviktionsfolge vorausgesetzt sein. Es handelt sich also um Manzipationskauf. Der Sinn der angeführten Äusserung von Pomp. ist dann im ersten Teile der, dass die rechtlichen Vorteile, die der Käufer vor der Eviktion der Sache auf Grund seines vermeintlichen Rechts erworben zu haben glaubte, durch diese Eviktion aber verloren gingen, durch *actio ex empto* vom Verkäufer einzuklagen waren. Diese Annahme wird durch Iul. ib.1.8 bestätigt: *Uenditor hominis emptori praestare debet quanti eius interest hominem uenditoris fuisse. Quare siue partus ancillae siue hereditas, quam seruus iussu emptoris adierit, euicta fuerit, agi ex empto potest*. Nun gehören indes die rechtlichen Vorteile, die der Manzipant durch *Pronuntiation* als zum blossen Eigentumsrechte hinzukommend erklärt hat, zur selben Kategorie. Wenn diese Vorteile evinziert werden, ist es deshalb natürlich, dass Ersatz auch in diesem Falle durch *actio ex empto* gefordert werden kann. Dies ist der offenbare Sinn des zweiten Teiles der angeführten Äusserung von Pomp.: *quemadmodum ea, quae empto fundo nominatim accesserunt, si euicta sint, simplum praestatur*. Das Wort *nominatim*, bei der Behandlung eines *Manzipationskaufs* angewandt, weist darauf hin, dass eine *Pronuntiation* betreffs hinzukommender, mit dem Eigentumsrechte verbundener rechtlicher Vorteile vorausgesetzt wird. Aber die Worte: *quemadmodum* (ebenso wie) *simplum praestatur* weisen darauf hin, dass die Aktion eine *actio ex empto* sein soll. Diese zur Zeit des Pomponius als *actio ex empto* bezeichnete Aktion muss ursprünglich direkt aus dem Manzipationsakte als einem Kaufe hervorgegangen sein.

Aber auch wenn es sich um eine blossе Pronuntiation: sanum esse, fugitium non esse etc. bei Pomp. gehandelt hätte, würde die Entscheidung dieselbe gewesen sein. Denn obgleich dann nicht nunkupierte Akzessionen im *rechtlichen* Sinne zum Eigentumsrechte vorausgesetzt worden wären, würde es sich doch um nunkupierte, wirklich zum Eigentumsrechte hinzukommende Vorteile für den Käufer gehandelt haben, welche ebensowenig durch die spezielle actio auctoritatis in duplum hätten eingeklagt werden können, jedoch nach dem Gesetze der XII Taf. müssen haben eingeklagt werden können. Indes geht es aus Varro r. r. 2, 10, 5 hervor, dass tatsächlich Nunkupationen der letzterwähnten Art schon zu seiner Zeit wenigstens nicht gewöhnlich, sondern von Stipulationen ersetzt waren. Bei der Behandlung des Sklavenkaufes sagt nämlich Varro: Solet . . . *stipulatio* intercedere sanum esse furtis noxisque solutum . . . Dass die Nunkupationen rechtlicher Vorteile eine actio ex empto zur Zeit des Pomponius begründen, ist für den Charakter der speziellen actio auctoritatis beleuchtend, weil diese, sei es, dass sie ohne jede Nunkupation eintritt, sei es, dass sie in einer fehlerhaften Nunkupation ihren Grund hat, *niemals* als eine actio ex empto bestimmt wird. Dieser Umstand weist sehr bestimmt darauf hin, dass sie *immer* als direkt auf einen Schaden unrechtmässig bringenden Handlung begründet betrachtet wurde.

Indes *kann* die spezielle obligatio auctoritatis in eine Stipulation im voraus aufgenommen werden. Es diente den Interessen des Käufers, dass diese selbst in eine mit Bürgschaft versehene Stipulation aufgenommen wurde, die sog. *satisdatio* secundum mancipium, die in der formula Baetica (16) besprochen wird, und deren Grundformel man bei BRUNS 130 findet. (Der Bürge galt dann als *auctor secundus* — siehe z. B. BRUNS 132, 22 —, so dass der Käufer an ihn statt des eigentlichen auctor denuntiatio richten und bei Eviktion gegen ihn die actio auctoritatis anstrengen konnte. Über die wahrscheinliche *ursprüngliche* Bedeutung der *satisdatio* sec. manc. oben S. 129.) Auch wenn die Stipulation wie in 131 und 132 nicht mit Bürgschaft verbunden ist, erhält sie immer für den Käufer die Bedeutung, dass er sicher ist, auch wenn die Manzipation auf Grund formeller Fehler ungültig sein sollte. (Siehe hierüber oben S. 327.) Ferner wurde in dieser Weise, wenn die Stipulation auf duplum ging, das Recht auf duplum (nicht nur simplum) auch gegen den *Erben* des Verkäufers geltend, was auf Grund der direkten actio auctoritatis nicht möglich war, wie später nachgewiesen werden wird. Ausserdem konnte eine solche Stipulation den Verkäufer selbst interessieren, nämlich wenn sich der Käufer mit einer beim Eintritt der Eviktionsbedingung die obligatio auctoritatis novierende stipulatio *simplae* zufrieden gab. Im pactum fiduciae war nach der formula Baetica bestimmt, dass der Pfandhaber bei Nicht-Einlösung der Schuld die Sache nur für unsummus verkaufen und manzipieren konnte. Dadurch konnte er sich

dem Risiko einer obligatio auctoritatis in duplum entziehen. Ferner brauchte er, wenn er die Sache für einen reellen Preis verkaufen wollte, bei der Manzipation keine satisdatio sec. manc. zu geben. Endlich brauchte er sich keiner solchen promissio, an welche die erwähnte satisdatio angeknüpft zu werden pflegte zu unterwerfen, weder als promissio duplae noch als promissio simplae. (Letzteres hatte Bedeutung, wenn der Pfandhaber den Verkauf des Pfandes, obgleich dieser hier notwendig eine res Mancipi war, durch in iure cessio oder blosser traditio realisieren wollte. Wenn er dabei weder simplum noch duplum stipulationsweise für den Eviktionsfall versprach, wurde er von jeder Haftung bei Eviktion frei. Hierüber später.) Es ist aber hier erneut zu unterstreichen, dass nach vorjustinianischer Jurisprudenz der primäre Grund der actio auctoritatis auf duplum nicht eine mit der Manzipation verbundene stipulatio dupli gewesen sein kann. Da actio auct. immer nach der denuntiatio an den Verkäufer bei Eviktion der Sache und bei gewisser falscher Pronuntiation, wodurch der den Preis zahlende Käufer Verlust erleidet, eintritt, müsste, wenn wirklich die stipulatio dupli als der primäre Grund betrachtet worden wäre, diese Stipulation immer mit der Manzipation verbunden gewesen sein. Dass dies aber nicht der Fall war, ist sicher. In den erhaltenen Manzipationsurkunden geht die Stipulation in 130 und 131 auf duplum, in 132 und 133 auf simplum. In 130 und 132, aber nicht in 131 und 133, wird Bürgschaft gestellt. In Varro r. r. 2, 10, 5, wo alte Ordnung bei Sklavenkäufen dargestellt wird, heisst es: In horum emptione solet . . . stipulatio intercedere, sanum esse . . . <et> aut si mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla. Also pflegte keine solche promissio abgegeben zu werden, wenn der Sklave manzipiert wurde. (Bei der Manzipation von praedia scheint jedoch solche promissio gewöhnlich gewesen zu sein. Niemals war sie bei Manzipation notwendig.) Sowohl aus Cicero als aus vielen Stellen der Dig. und Paulus Sent. 2, 17, 3 folgt, dass die spezielle actio auctoritatis unabhängig von jeder Stipulation eintreten kann. Ob sie in eine Stipulation mit simplum oder duplum aufgenommen werden und Bürgschaft dabei geleistet werden sollte oder nicht, das hing in jedem einzelnen Falle von der Vereinbarung der Parteien bei der Manzipation ab.

So wird nun durch den scharf hervortretenden Gegensatz zwischen der Behandlung einer nicht in der Stipulation aufgenommenen speziellen obligatio auctoritatis nach Manzipation und der Verpflichtung, gewisse nunkupierte Vorteile zu ‚praestare‘ — erstere kann nicht durch actio ex empto geltend gemacht werden, letztere nur durch solche Aktion, natürlich wenn keine besondere Stipulation vorhanden ist — und durch die Unabhängigkeit der speziellen obligatio auctoritatis von jeder Stipulation bestätigt, dass die erstere nicht als eine auf Engagement beruhende obligatio betrachtet werden kann, sondern in einer

gewissen Schaden bringenden *Handlung* des Manzipanten direkt ihren Grund hat.

Hier erhebt sich nun die Frage, ob die *actio auctoritatis* eine pönale Aktion war oder eine blosse *rei persecutio* auf Grund der Schaden bringenden Handlung des *mancipio dans* oder eine Mischung von beiden, wie nach Gaius I.4,9 bei den Aktionen, in denen gegen den, welcher im Prozess den Tatbestand bestreitet, Duplizierung eintritt. Alles weist darauf hin, dass die letzte Alternative die richtige ist. Dass eine *rei persecutio* wie bei *actio legis Aquiliae* vorhanden ist, ist offenbar. Aber die *Duplizierung*, die hier immer eintritt, scheint nicht ohne die Annahme, dass man wenigstens ursprünglich die Aktion als *auch* pönal betrachtet hat, erklärt werden zu können. Nun ist indes hier zu bemerken, dass *wenn* dies der Fall sein sollte, auch das Verfahren des *manc. dans* — eine *culpa-noxa* — so betrachtet worden sein muss. Dies aber ist unmöglich, was die Zeit der *klassischen* Jurisprudenz betrifft. Denn zu *dieser* Zeit setzt ein Delikt eine verwerfliche Gesinnung voraus. Siehe oben S. 91 ff. Aber *das* geht aus den vorher angeführten Äusserungen hervor, dass die *actio auctoritatis* niemals von der *mala fides* des Verkäufers abhängig war. Man vergleiche mit derselben die auf Grund blossen *Verbergens* von *uitia* beim Manzipationskaufe eintretende Verantwortung, die durch *actio ex empto* geltend gemacht wird, welche Cic. de off. 3,16,65 als von *iuris consulti* hinsichtlich *praedia* konstituiert bespricht und Scaeu. in D.21,2,69 als eine feste Institution behandelt. Von dieser *actio* wird ausdrücklich gesagt, dass sie davon abhängig ist, dass der Manzipant die *uitia* kannte. Hinsichtlich der *actio auctoritatis* wird *niemals* etwas Entsprechendes gesagt. Nun kann indes bestimmt behauptet werden, dass das Vorhandensein eines Delikts *ursprünglich* nach rein objektiven Kennzeichen entschieden wurde. (Siehe hierüber oben S. 228 ff.) Deshalb hat *der* Einwand keine Kraft gegen die an sich natürliche Annahme, dass *ursprünglich* die Duplizierung bei der speziellen *actio auctoritatis* infolge eines angenommenen Delikts eintrat, dass dies in den überlieferten Quellen, die wesentlich aus der Zeit der *klassischen* Jurisprudenz stammen, nicht direkt gesagt wird. Das *konnte* kein Jurist zu dieser Zeit sagen, weil die Betrachtungsweise in der Deliktsfrage nun radikal verändert war. Man vergleiche die Sachlage bei der *actio de tigno iuncto in duplum* (Siehe Röm. Obl. I S. 263—264). Höchst interessant ist in dieser Hinsicht die Ausdrucksweise Ciceros de off. 3,16,65. Cicero stand selbst auf der Grenze zwischen zwei Perioden in der Entwicklung der römischen Rechtsanschauung hinsichtlich des für ein Delikt Konstitutiven. Er sagt, dass nach *den XII Taf.* bei falschem *lingua nuncupare* hinsichtlich der *uitia* eines zu manzipierenden *praedium* die *poena dupli* die Rechtsfolge war. Cicero *wusste* jedoch, dass diese *poena* von jeder verwerflichen Gesinnung des Manzipanten unabhängig war. Deshalb muss die Einführung des pönalen Gesichtspunktes,

der von ihm selbst doch angenommenen neuen Rechtsanschauung hinsichtlich der Bedingung für eine poena widerstreiten und von älterer Rechtsanschauung stammen. Aber im Zusammenhang damit sagt Cicero: *a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*: dies unter der Bedingung, dass der Verkäufer die verschwiegenen uitia kannte. Dass diese poena in einer actio ex empto geltend gemacht werden sollte, und dass hier ein einfaches damnum praestari die poena war, geht aus dem nachfolgenden § 66 und aus der entsprechenden Äusserung Schaeu. D.21,2,69 hervor. Hier ist der Deliktsgedanke insoweit dem neuen Deliktsgedanke angepasst, dass ein *dolus* des Manzipanten Voraussetzung ist. Er muss *dolum* praestare. Andererseits kann dieses Delikt nicht einer actio auctoritatis in duplum zugrunde liegen. Es kann kein solches Delikt sein, das bei einer obligatio *ex delicto* gemeint wird. Es liegt nämlich keine äussere Handlung, die deliktisch wäre, vor, was für Delikte in diesem Sinne notwendig ist. Als Gaius, nachdem er vorher im dritten Buche die obligationes ex contractu behandelt hat, in § 183 zu den obligationes ex delicto übergeht, werden nur die Fälle furtum, bona rapere und die spezielle iniuria abgehandelt. Deshalb kann nun auch das „Delikt“, das in blossem Verschweigen besteht, nur in einer actio ex empto geltend gemacht werden. So wird denn die Äusserung für den Übergang zu der neuen Rechtsanschauung betreffs der Natur des Deliktes beleuchtend und damit für die Änderung der Betrachtungsweise hinsichtlich der actio auctoritatis unter dieser Übergangszeit.

Es ist ferner zu bemerken, dass zur klassischen Zeit die actio auctoritatis allerdings passiv vererblich war. Siehe z. B. Paulus D.45,1,85, Ven. ib. 139, Celsus D.21,2,62,1, C.I.5,44,2 (a 224). Aber der Erbe konnte nur mit Wiederherstellung *des gezahlten Preises* belastet werden, welcher durch die Erbschaft in sein Vermögen eingegangen war. D.h. nur als einfache rei persecutio konnte die Aktion den Erben des Manzipanten treffen. In C.I.5,44,2 wird folgender Rechtsfall abgehandelt. Ein Vormund für den Erben eines auctor-uenditor will einen gewissen fundus vom Käufer vindizieren. Der Vormund muss indes, wenn die Vindizierung Erfolg hat, selbst den Erben-Mündel als Prokurator gegen den Käufer verteidigen, falls dieser eine actio auctoritatis gegen den Mündel, für den Vindikationsprozess ‚laudatus‘ anstrengt. Für den dem Vormund durch diese Verteidigung entstehenden Schaden kann dieser, der wenn der fundus evinziert worden ist, selbst als defensor verurteilt wird, Ersatz durch ratio compensationis bei der Vormundsrechnung oder iudicium contrarium tutelae erhalten. Damit im Vindikationsprozesse der Erben-Mündel selbst dem Käufer-possessor beistehen kann, sollen dem Mündel für diesen Prozess besondere curatores bestellt werden. Wenn der Vormund selbst in diesem Prozess dem Mündel beistehen sollte, könnte er nicht zugleich sich selbst als Vindikant verteidigen. Aber bei der Ver-

teidigung des Mündels als des Erben des auctor-uenditor gegen den verlierenden Käufer-possessor muss nach dem kaiserlichen responsum der Vormund die Interessen des ersteren wahren, so dass dieser nicht durch den Regress des Vormunds-Prokurators gegen ihn für eine grössere Summe haftbar wird als die, welche der auctor-uenditor empfangen hat: *Respicere autem debes officium, in quo te esse tutorem dicis, ne ob eiusmodi petitionem (d.h. die Vindikation des fundus) euictione secuta ultra pretii quantitatem auctoris heredem, pupillum tuum, oneres . . .* Damit wird ja gesagt, dass dem Erben des auctor gegenüber die actio auctoritatis nur als ein Prozess zwecks Zurückerlangung des vom auctor beim Verkaufe empfangenen Preises fungieren kann. Aber dies, dass der Erbe des Manzipanten nur simplum zu leisten hat, lässt sich nicht verstehen, wenn man nicht annimmt, dass wenigstens ursprünglich die fragliche aktion auf einer obligatio *ex delicto* beruht hat. Denn *nur* hinsichtlich solcher Obligationen gilt eine solche Beschränkung in der Belastung des Erben, dass der Erbe nur für *id quod ex ea re ad eum peruenit* oder nur sofern die Aktion eine *rei persecutio* einschliesst, verantwortlich wird.

Die allgemeine Regel für passive Vererblichkeit trotz der deliktischen Grundlage ist Pomp. 50,17,38 angegeben. Damit wird nun die auf Grund der unbedingten Duplizierung an sich natürliche Annahme, dass die obligatio auctoritatis ursprünglich als eine obligatio *ex delicto* betrachtet worden ist, bestätigt, obgleich die klassische Jurisprudenz infolge veränderter Bedingungen für das Vorhandensein eines Deliktes die Sachlage nicht auf diese Weise betrachten konnte. Aber auch wenn es unrichtig sein sollte, dass die obligatio auctoritatis ursprünglich eine obligatio *ex delicto* war, steht in jedem Falle fest, dass der Grund der Verantwortlichkeit des Manzipanten in eine unrechtmässige, dem Käufer Schaden bringender Handlung verlegt worden ist. Hier von einem Engagement oder einer Garantieübernahme zu sprechen, ist ebenso verkehrt, als ob man sagte, dass der Grund der actio legis Aquiliae in ein Versprechen verlegt wurde, Ersatz für das Beschädigen einer Sache, die einem anderen gehört, zu leisten.

Wir setzen nun die Behandlung von Paulus sent. 2,17 fort. Nachdem er in § 1 erklärt hat, dass der Verkäufer immer, wenn er den Preis empfangen hat, auctoritatis obnoxius ist, sagt er in § 2: *Si res simpliciter traditae euincantur, tanto uenditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro euictione cauisset.* Weil der durch blosser traditio realisierte Kauf kein solenner Akt ist, wie die Manzipation es ist, wird ein Fehler beim Angebot des Verkäufers oder bei Erklärungen über Eigenschaften der zu verkaufenden Sache nicht ein solcher Fehler, der als eine Schaden bringende Handlung direkt einer Forderung auf Schadenersatz zugrunde liegen kann. Er begründet deshalb nicht die spezielle obligatio auctoritatis. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass der auctor-uen-

ditor für einen Fehler der angegebenen Art verantwortlich wird. Die Haftung aber konnte nur in der allgemeinen Aktion, die auf dem Kaufe selbst beruhte, eingeschlossen sein. Hierbei ist nun zu bemerken, dass wenn ein Kauf durch in iure cessio oder blosse traditio realisiert wird, derselbe als ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien schon vor der cessio oder traditio bestanden und selbst als vorher existierend die Eigentumsübertragung notwendig gemacht haben muss. Die in iure cessio oder die traditio war im Gegensatze zur Manzipation *an sich* gar kein Kauf. Deshalb muss einem solchen Akt, um einen Kauf als causa zu haben, ein schon konstituierter Kauf vorangegangen sein. Aber welchen Charakter hatte ein solcher Kauf, *ehe* noch der Kaufvertrag ein auf blossem consensus begründeter Vertrag war, der durch eine actio ex bona fide geltend gemacht wurde? Er muss dann ein auf *uerba* begründeter Vertrag gewesen sein. Diese Annahme wird auch durch Varro r. r. 2,2,5 bestätigt, wo die *antike* Formel für Kauf von Schafen — *res nec mancipi* — angegeben wird. Der Käufer fragt zuerst: *Tanti sunt mi emptae?* Der Verkäufer antwortet: *sunt*. Dies war nun allerdings keine Stipulation, weil das Wort *spondes?* oder ein dieses ersetzendes Wort nicht angewandt wird. Aber die Struktur der Verhandlung weist darauf hin, dass der Kauf von *res nec mancipi* durch die Kraft gewisser *Worte* und nicht durch formlose Übereinkunft — *nuda uoluntas* — zustandekam. Dann ist es auch natürlich, dass alle speziellen Bestimmungen durch Akte, die in angewandten *Worten* ihre Kraft hatten, festgestellt werden mussten. Solche Akte waren zu dem allgemeinen auf Worten begründeten Kaufvertrag hinzukommende Stipulationen. *Danach* sagt Varro vom Käufer: *expromisit nummos*. So erst wurde dann die Preiszahlung als eine *Verpflichtung* des Käufers konstituiert. *Danach* stipuliert der Käufer der ‚*prisca formula*‘ gemäss: ‚*Illasce oues, qua de re agitur, sanas recte esse . . . habereque recte licere; haec sic recte fieri spondesne?*‘ Diese Stipulationen bzw. Versprechen gehörten daher nach altem Rechte zum Kaufvertrage betreffs Schafe. Was die Stipulation *sanas esse* etc. betrifft, war sie natürlich von der Natur des Kaufobjekts abhängig. Aber die Stipulation *habere licere* hatte selbstredend ihre Bedeutung unabhängig davon und muss daher allgemein beim Kaufe von *res nec mancipi* für die Vollendung des Kaufs notwendig gewesen sein. In welcher Weise *kann* *habere licere* stipuliert werden? Sowohl aus uns erhaltenen Kaufurkunden als aus Äusserungen römischer Juristen (siehe z. B. Ulp. D.45,1,38,2) folgt, dass dies, soweit *habere licere* allgemein gelten soll, nur durch einen Zusatz: *si non . . . quanti ea res est* oder *poena* (oder beides) *spondesne?* möglich ist. Was nun das Versprechen *habere licere* bei Kaufverträgen betrifft, pflegte die fragliche bedingte Stipulation eine *stipulatio simplae* oder *duplae* zu sein. In 2,10,4 behandelt Varro die Frage, wie des *dominium legitimum* über Sklaven erworben wird. In § 5 sagt er: *In horum emptione solet . . .*

stipulatio intercedere sanum esse . . . (et) aut si mancipio non datur, dupla promitti aut si ita pacti simpla. Es ist gleichgültig, ob zur Zeit Varros ein Sklavenkauf durch blosse traditio seitens des Verkäufers realisiert werden konnte, so dass wenigstens Eigentum *in bonis* entstand. Wenn es Erwerb von Eigentum in bonis durch traditio, was res mancipi betrifft, damals noch nicht gab, beziehen sich die Worte: si mancipio non datur nur auf die in § 4 erwähnte Möglichkeit, durch *in iure cessio* dominium legitimum zu übertragen. Aber dann muss dieselbe stipulatio duplae oder simplae, nachdem es möglich wurde, durch blosse traditio Eigentumsrecht in bonis an res mancipi zu erwerben, auch gewöhnlich gewesen sein. Denn dann war die Stellung realiter dieselbe, wie wenn der Kauf durch *in iure cessio* realisiert wurde. Sowohl im einen als im andern Falle hat sich der Käufer im Kaufvertrage durch stipulatio duplae oder simplae geschützt. In der formula Baetica aus dem ersten oder zweiten Jahrhundert findet man dieselbe Alternative wieder, wo sie sich auf den zugelassenen Verkauf des fiducia-Pfandes, der immer eine res mancipi sein muss, ohne Manzipation bezieht und die Haftung bei Eviktion betrifft. Der Fiduziar brauchte weder duplam noch simplam ‚remittere‘.

Wenn man nun die Frage aufstellt: wenn der auctor-uenditor nach Paulus Sent. 2,17,1, wenn der Preis gezahlt worden ist, bei Eviktion immer ‚auctoritatis obnoxius‘ war, weshalb war dann eine besondere stipulatio duplae oder simplae notwendig, so ergibt sich die Antwort aus dem vorher Gesagten. Die auctoritas-Haftung, um welche es sich hier handelt, konnte nicht, wie gesagt, auf der dem Käufer unrechtmässig Verlust bringenden Handlung des Verkäufers beim Angebot begründet werden. Sie muss dann vielmehr auf dem Kaufvertrag selbst beruhen. Dann muss indes dieser ein Moment enthalten haben, auf welches sich der Käufer berufen konnte. Und wenn die fragliche Haftung immer galt, muss dieses Moment zu jedem Kauf, der nicht durch Manzipation realisiert wurde, gehört haben. Aber solange solcher Kauf ein Verbalvertrag war, konnte dieses für die Vollendung des Vertrags notwendige Moment nur eine Stipulation für den Eviktionsfall sein. Diese Betrachtungsweise erhielt sich indes auch, nachdem der Kaufvertrag ein Konsensualvertrag geworden war, allerdings nicht so, dass der Vertrag ohne die fragliche Stipulation ungültig wurde, aber so, dass *wenn* sie tatsächlich ausgelassen war, bei der Eviktion der Vertrag so behandelt werden sollte, *als ob* sie beim Kaufvertrage vorgekommen wäre. Dies bedeutete, dass man in solchem Falle bei Festsetzung der Höhe der Haftung die in verschiedenen Fällen *übliche* Stipulation zu berücksichtigen hatte. Hierbei muss jedoch die Restriktion gegolten haben, dass wenn das Auslassen seitens beider Parteien *absichtlich* war, ein in dem auf blossen consensus ruhenden Vertrage eingeschlossenes pactum de non petendo als vorhanden ange-

sehen werden sollte. In dieser Weise werden sowohl § 2 bei Paulus als die vorher erwähnten Schlussworte in der formula Baetica völlig verständlich.

Aber wenn nun auch bei einem Kaufe von *res Mancipi*, der durch in *iure cessio* oder *traditio* realisiert wurde, und immer bei einem Kaufe von *res nec Mancipi* die Haftung auf einer wirklichen oder später auch einer fingierten Stipulation ruhte, und daher *hier* wirklich ein „Engagement“ oder eine Garantieübernahme die Grundlage war, darf nicht übersehen werden, dass die Stipulation immer gerade die Haftung des *auctor-uenditor*, wenn dieser beim Antrage einen solchen Fehler begangen hatte, der beim *Manzิปationskaufe* die spezielle *obligatio auctoritatis* verursachte, zum Inhalt hatte. Deshalb ist es natürlich, dass die Anwendung der Stipulation unter denselben Bedingungen sowohl hinsichtlich der Zeitgrenze als der Notwendigkeit einer vorhergehenden *denuntiatio* an den Verkäufer oder seinen Bürgen gestanden hat, die für die Anwendung der speziellen *actio auctoritatis* galten. Wie vorher erwähnt worden ist, geht aus Bestimmungen in den XII Tafeln und anderen an diese angeknüpften alten Rechtsregeln hervor, dass sich schon in alter Zeit eine *auctoritas*-Haftung fand, die von *Manzипation* unabhängig war. Da diese Haftung, wie es auch später der Fall war, weil die Schaden bringende Handlung als solche dann nicht direkt die Grundlage der Haftung sein konnte, statt dessen nur im Kaufe selbst seine Grundlage gehabt haben muss, versteht man nicht, wie das in dieser formgebundenen Zeit möglich war, wenn nicht schon damals eine auf die Haftung sich beziehende Stipulation zum Kaufe gehörte. (Dass Stipulationen mit rechtlicher Kraft zur fraglichen Zeit vorkamen, ist durch das neue *Gaiusfr.* bezeugt.) Da nun indes nach diesen Regeln die *auctoritas* beständig sein sollte, wenn *Usukapierung* unmöglich war, und daher auch nach ihnen ein Zusammenhang zwischen der Zeitgrenze für die Haftung und der *Usukapierungszeit* bestanden haben muss, hat auch die Anwendung der erwähnten Stipulation eine solche Zeitgrenze gehabt. Was die Notwendigkeit, vorher den *auctor-uenditor* zu nachrichtigen, betrifft, wenn *Traditionskauf* vorlag und daher auch eine Stipulation die Grundlage der Haftung war, so lässt sich diese Notwendigkeit wenigstens für die Zeit der klassischen *Jurisprudenz* direkt belegen, wie alsbald nachgewiesen werden wird.

Die bei Verkauf ohne *Manzипation* üblichen Stipulationen für den *Eviktionsfall*, die in der *actio ex empto*, wenn sie zufälligerweise ausgelassen waren, zugrunde zu legen waren, konnten sowohl auf *simpulum* als auf *duplum* gehen. Beim Verkaufe von Sklaven war *stipulatio duplae* üblich: *Ulp. D. 21, 1, 31, 20*. (Dass diese Stelle korrumpiert ist und doch wahrscheinlich ihre Grundlage in der klassischen *Jurisprudenz* hat, wird alsbald nachgewiesen werden.) Beim Verkaufe eines *fundus* scheint die

übliche Stipulation in verschiedenen Gegenden ungleich gewesen zu sein: Gaius D.21,2,6. Bei *res nec mancipi* scheint der Wert für die Art der Stipulation entscheidend gewesen zu sein: Ulp. D.21,2,37. „Ulp.“ sagt D.21,1,31,20: *Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam uenditor mancipii non caueat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent uenire.* Dass hier ein Kauf, der durch blosser Tradition vollendet wird, gemeint ist, folgt aus dem Hinweis, dass man in *bonae fidei iudiciis* die *üblichen* Stipulationen berücksichtigen soll. Dies ist bei einem Sklavenkauf, der durch Manzipation realisiert wird, sinnlos, weil in diesem Falle ohne weiteres *dupla* zu ‚*praestare*‘ ist, wenn nicht der Käufer die *auctoritas*-Haftung freiwillig in eine *stipulatio simplae* aufgenommen hat. Die Betrachtungsweise, dass der Käufer, auch wenn bei einem Kauf *ohne* Manzipation nicht in üblicher Weise stipuliert worden ist, die *actio ex empto* so anwenden kann, dass der Verkäufer in derselben Weise verurteilt wird, als ob stipuliert worden wäre, müssen indes die Kompilatoren auf *jeden* Kauf übertragen haben. Sie nahmen ja nur die Möglichkeit an, dass ein Kauf durch einfache Tradition realisiert wird. Deshalb war es natürlich, dass *sie* überlieferte klassische Texte, die sich auf *obligatio auctoritatis* nach Manzipation bezogen, so veränderten, dass die Grundlage für diese *Obligation* eine *Stipulation* sein sollte und dass, wenn es an einer solchen fehlte, *actio ex empto* möglich sein und dann solcher Ersatz gefordert werden können sollte, als ob die übliche *Stipulation* vorgelegen hätte. Sicher wimmelt besonders das Kapitel 21,2: *de euictionibus et duplae stipulatione* von solchen Interpolationen, da es sich hier hauptsächlich gerade um die *Eviktion* beim Kaufe solcher Dinge handelt, die zur klassischen Zeit als *res mancipi* behandelt wurden. Das Kapitel muss sich auf die Behandlung der *actio auctoritatis* im Edikt bezogen haben. In welchen Fällen Interpolation vorliegt, dürfte sich indes nicht vollständig feststellen lassen. (*Offenbare* Interpolationen bei LENEL, Ed. 3 S. 544 ff.) Denn im einzelnen Falle kann es sich im echten Texte um solche Käufe einer *res mancipi* handeln, die durch blosser Tradition vollendet wurden, bei welchen wirklich im *allgemeinen* die *stipulatio duplae* aus natürlichen Gründen vorzukommen pflegte und wenn sie, obgleich sie gewöhnlich vorkam, in einem gewissen Falle unterlassen worden war, für den Anspruch des Käufers bei der *actio ex empto* bestimmend war. Man kann auch annehmen, dass solche Käufe der *res mancipi* gewöhnlich wurden, da man dadurch die lästige Manzipation vermied, ohne dass deshalb das übertragene *dominium* (in *bonis*) wesentlich weniger wertvoll wurde. In der angeführten Stelle Ulp. D.21,1,31,20 liegt wahrscheinlich eine durch Übertragung des Prinzips für Behandlung der *Eviktionsfrage* bei einem durch blosser Tradition vollendeten Sklavenkauf auf den im echten Texte behandelten Manzipationskauf zu erklärende Textkorrum-

pierung vor. Einerseits scheint es richtig zu sein, dass zur klassischen Zeit wirklich die stipulatio duplae für den Fall Eviktion bei Sklavenkauf üblich war, nämlich wenn er durch Tradition realisiert wurde und dass deshalb, wenn solche Stipulation in einem gewissen Falle zufälligerweise unterlassen war, sie doch in der actio ex empto zugrunde gelegt wurde. Andererseits kann bei einem Kaufe, der wirklich durch Manzipation realisiert wurde, Stipulation nicht *notwendig* sein. Auch ist das Einbringen von dupla bei unterlassener Stipulation durch eine actio ex empto in solchem Falle nicht möglich gewesen. Aber zu einer Zeit, zu welcher ein Sklavenkauf durch Tradition realisiert werden *musste*, scheint die Äusserung als die Anwendung einer klassischen Regel auf die neue Sachlage angepasst zu sein. Um die spezielle actio auctoritatis nach Manzipation muss es sich in Celsus D.21,2,62 pr. handeln: Si rem quae apud te esset, uendidissem tibi: quia pro tradita habetur [euictionis] <auctoritatis> nomine me obligari placet. Im Gegensatz dazu bezieht sich C. I.8,44,6 (222) auf einen durch Tradition realisierten Kauf: Non dubitatur, etsi specialiter uenditor [euictionem] <auctoritatem> non promiserit, re euicta ex empto competere actionem. (Vgl. Paulus Sent. 2,17,2.) Gleichfalls ib. 9: Si controuersia tibi *possessionis*, quam bona fide te emisse adlegas, ab aliquo mouetur, auctori herediue eius denuntia. et si quidem obtinueris, habebis quod emisti. sin autem euictum erit, a uenditrice successoreue eius consequeris, quanti tua interest . . . Über die hier gemeinte ‚*possessio*‘, die gekauft werden kann, siehe Röm. Obl. I, S. 82 A. 3. Die Sache, die Gegenstand einer solchen *possessio* ist, ist notwendig eine res nec mancipi. Dass die Höhe der Haftung durch das einfache quanti tua interest bestimmt wird, kann, wenn Paulus a. a. O. berücksichtigt wird, nur darauf beruhen, dass in solchem Falle die übliche Stipulation, die die Höhe der Haftung bei einer actio ex empto bestimmt, wenn sie zufälligerweise ausgelassen ist, eine stipulatio simplae gewesen ist. Die letzte Stelle ist auch in der Weise interessant, dass dadurch ein direkter Beleg dafür gegeben wird, dass *auch* wenn eine wirkliche oder nur fingierte Stipulation der Grund der Haftung bei Eviktion ist, es sich doch um dieselbe Art Haftung handelt wie bei der speziellen direkt aus dem Verfahren des Verkäufers beim Manzipationsakte entspringenden obligatio auctoritatis und deshalb denuntiatio an den Verkäufer notwendig war.

Es ist vorher nachgewiesen worden, dass die Nunkupationen rechtlicher zum Eigentumsrechte hinzukommender Vorteile beim Manzipationskaufe, die nicht die spezielle actio auctoritatis bei falschen Angaben begründen konnten, zur klassischen Zeit in einer actio ex empto, ursprünglich in einer direkt auf der Manzipation als Kauf begründeten Aktion geltend gemacht wurden. Es gab also zwei Fälle, in welchen eine auctoritas-Haftung durch die actio ex empto realisiert wurde: der eine bei den erwähnten Nunkupationen, der andere bei solchem Kaufe, der durch in

iure cessio oder traditio realisiert wurde, wenn die übliche Stipulation ausgelassen war, ohne dass dies auf besonderer Vereinbarung zwischen den Parteien beruhte. Im ersteren Falle ging die Haftung ohne weiteres auf *simplum*, im letzteren wurde die Höhe des Schadenersatzes von der in verschiedenen Fällen üblichen, aber zufälligerweise ausgelassenen Stipulation bestimmt. Beide hier erwähnten Fälle unterschieden sich indes *wesentlich* von dem Falle, in welchem der Verkäufer auf Grund blossen Verschweigens zum Eigentumsrechte gehörender Mängel beim Manzipationsakte trotz Wissens davon durch *actio ex empto* verantwortlich wurde, worüber besonders Cic. de off. 3,16,65 und Scaeu. D.21,2,69 gehandelt wird. Im letzteren Falle war nämlich die Verantwortung ihrer Natur gemäss ein bei dem Kaufe, als Konsensualvertrag notwendiges *dolum praestare*. Das Eigentümliche für diesen Fall war, dass durch die *auctoritas iuris consultorum* das Prinzip *bona fides* bei der Aktion auf den *Manzipationskauf*, dem dieses Prinzip sonst fremd war, in gewisser Hinsicht und in *Zusammenhang* mit der zu solchem Kaufe gehörenden *auctoritas*-Haftung übertragen wurde. Dies geht völlig klar aus der Ciceronianischen Äusserung hervor. Die ersterwähnten Fälle haben *nichts* mit dem *bona fides*-Prinzip in der Weise zu tun, dass die Haftung bei der Eviktion von diesem Prinzip bestimmt wäre, wenn auch natürlich jede *actio ex empto*, die auf dem Kaufe als Konsensualvertrage beruhte, eine *actio: quidquid dare facere oportet ex bona fide* war.

Wir fassen nun das Ergebnis dieser Untersuchung zusammen. 1. Die *technische obligatio auctoritatis* setzt Manzipation voraus. Sie beruht entweder auf absolutem Fehlen eines Eigentumsrechts an der manzipierten Sache seitens des *mancipio* dans oder auf nicht besonders beim Akte pronuntiierten *essentiellen* Beschränkungen dieses Rechts — *ususfructus* gehört einem andern, der Sklave ist *statuliber* — oder auf fehlerhafter Pronuntiation betreffs der Freiheit von rechtlichen Belastungen oder des *modus agri*. Immer muss jedoch der Fehler dem Käufer Verlust durch Eviktion gebracht haben. Die Zeitgrenze für die Anstrengung der Aktion war durch die Zeit für die mögliche Usukapierung bestimmt. Wenn Usukapierung ohne Zutun des Käufers selbst unmöglich war, war die Haftung beständig. (Wenn die Unmöglichkeit auf dem Käufer selbst beruhte, war wenigstens zur Zeit des Paulus die *auctoritas*-Haftung ausgeschlossen.) Ferner war der Eintritt der Haftung von einer vorhergehenden Aufforderung an den *auctor* abhängig, beim *Vindikationsprozesse* dem Käufer beizustehen. Diese Regel war vom Interesse des *Verkäufers* bestimmt. Endlich wurde sie mit grösster Wahrscheinlichkeit ursprünglich als eine *obligatio ex delicto* betrachtet und ging deshalb auf *duplum*, wobei der im Akte pronuntierte *Preis* die Grundlage ausmachte. Dies, obgleich sie zur Zeit der klassischen Jurisprudenz infolge der veränderten römischen Rechtsanschauung hinsichtlich der Bedingung

für ein Delikt nicht so bezeichnet werden konnte. Ein Delikt setzte damals *nicht nur* eine auf gewisse Weise bestimmte äussere Handlung, sondern *auch* eine verwerfliche Gesinnung voraus. Die spezielle obligatio auctoritatis war indes von mala fides beim Manzipationsakte unabhängig. Völlig *sicher* beruhte sie nicht auf einem Engagement des auctor uenditor, sondern direkt auf einer dem Käufer unrechtmässig Schaden bringenden Handlung. Der Verkäufer war in der Weise *auctor*, dass er in erster Linie der Urheber der *Gültigkeit* des Manzipationsaktes war, wodurch der ihm übereignete Preis sein Eigentum wurde. Wenn der Käufer nicht den entsprechenden Vorteil erhielt, *für* welchen der Preis mit rechtlicher Kraft gezahlt war, erlitt der Käufer, in erster Linie durch den Verkäufer, unrechtmässig Schaden. Deshalb war auch der Preis die Grundlage der Ersatzpflicht. 2. Aus Bestimmungen in den XII Tafeln und aus an diese angeknüpften Regeln betreffs der zeitlichen Unbegrenztheit der auctoritas in gewissen Fällen geht hervor, dass die Manzipation zur Zeit dieses Gesetzes für solche Verantwortlichkeit keine Bedingung war, wenngleich sie für die Entstehung einer *besonderen* actio auctoritatis immer Voraussetzung war. Wenn der Verkauf nicht durch Manzipation, sondern durch in iure cessio, wo solche möglich ist, oder Tradition realisiert wird, kann die Verantwortlichkeit wenigstens zur klassischen Zeit durch eine *actio ex empto* geltend gemacht werden, was betreffs der *speziellen* obligatio auctoritatis, zu welcher eine *spezielle* actio auctoritatis gehörte, immer unmöglich war. Aber die actio ex empto, in der hier die auctoritas-Haftung geltend gemacht wurde, beruhte in der fraglichen Hinsicht auf ursprünglich für die Kraft des Kaufs selbst notwendiger Stipulationen mit duplum oder simplum. Wenn die übliche Stipulation zufälligerweise ausgelassen war, wurde sie in der actio ex empto fingiert. Damit war auch die Höhe der Haftung bestimmt. *Hier* war wirklich ein Engagement des Verkäufers der primäre Grund der Haftung. 3. Auch solche Pronuntiationen beim Manzipationskaufe, die nicht das Eigentumsrecht selbst berühren, sondern nur hinzukommende rechtliche oder faktische Vorteile betreffen, begründen eine Verantwortung, die zur klassischen Zeit durch die actio ex empto, ursprünglich durch eine Aktion, die direkt auf der Manzipation als Kaufakt beruhte, geltend gemacht wurde. Aber in der hier möglichen Aktion, für welche keine Eviktion des Eigentumsrechts an der verkauften Sache selbst oder essentieller Momente desselben oder Vindikation dieses belastender Servituten, die als nicht vorhanden pronuntiiert worden sind, Bedingung war, ging die Haftung nur auf simplum. 4. *Immer* muss der Preis gezahlt sein. Die stipulatio simplae oder duplae scil. pecuniae war eine Stipulation, die die Zurückerlangung des *gezählten* Preises oder der doppelten Summe zum Inhalt hatte. 5. Die spezielle obligatio auctoritatis konnte immer in eine Stipulation, die auf duplum oder simplum ging und mit Bürgschaft versehen sein konnte, aufgenom-

men werden. Wenn die Bedingungen für den Eintritt der obligatio auctoritatis vorhanden waren, wurde diese dann nach den geltenden Novationsregeln noviert. Es ist dann auch klar, dass die Anwendung dieser Stipulation, ebenso wie die Anwendung der eventuellen Bürgschaftsstipulation sowohl hinsichtlich der Zeitgrenze als hinsichtlich der Notwendigkeit einer besonderen Aufforderung an den Verkäufer oder seinen Bürgen, dem Käufer im Vindikationsprozesse beizustehen, unter denselben Regeln stand, die für die obligatio auctoritatis selbst galten. Aber *auch* die Stipulationen, auf welchen in dem vorher angegebenen Falle die auctoritas-Haftung selbst ruhte, standen in dieser Hinsicht unter denselben Regeln, weil diese Stipulationen gerade die Haftung für die auctoritas zum Inhalt hatten.

6. Von beiden actiones ex empto, in welchen eine auctoritas-Haftung nach dem vorher Gesagten zur Zeit der klassischen Jurisprudenz geltend gemacht werden konnte — bei Pronuntiationen hinzukommender Vorteile im Manzipationsakte und bei solchen Käufen, welche durch in iure cessio und traditio realisiert wurden — ist die actio ex empto scharf zu unterscheiden, in welcher das bloße Verschweigen von uitia im Manzipationsakte Grund für die Verantwortung war. Im letzteren Falle beruhte nämlich die Verantwortung direkt auf dem bona-fides Prinzip und war ein dolum praestare, was hinsichtlich der anderen actiones ex empto durchaus nicht galt.

Ich wage die Behauptung, dass diese sechs Sätze alle durch angeführte Quellenstellen, mittelbar oder unmittelbar, belegt worden sind. Dann aber ist die Behauptung DE VISSCHERS, dass die Grundlage der Gültigkeit des Manzipationsaktes ein Engagement oder eine Garantieübernahme des manc. dans sei, wodurch dieser garantierte, dass die Sache vom manc. accipiens nicht evinziert werden sollte, auch *deshalb* falsch, weil sich ersterer durch die Manzipation zu *nichts* verpflichtet und daher auch seine Haftung bei Eviktion nicht auf irgend einem Versprechen beruhen konnte. Ebensogut könnte man sagen, dass der Dieb auf Grund eines Versprechens, nicht zu stehlen, verantwortlich wird!

Der Mangel DE VISSCHERS an der nötigen Vorsicht bei der Behandlung der auctoritas tritt auch in seiner Auslegung der familienrechtlichen Manzipation des pater familias S. 638 f. hervor. Er sagt zwar richtig, dass hier ein „transfert de droits“ unmöglich sei. Allerdings findet eine solche Übertragung nicht einmal bei der Manzipation und der in iure cessio einer Sache statt. Es liegt nur ein Zueignungsakt des manc. accipiens bzw. des Zessars vor, welcher, in Verbindung mit der Zustimmung des manc. dans bzw. des Zedenten, Gültigkeit erhält, wenn der letztere selbst der wirkliche Eigentümer ist. Aber die Erklärung, die der Verf. S. 639 gibt, widerstreitet völlig unzweideutigen Quellenstellen: „Tout s'éclaire au contraire dans notre hypothèse sur le rôle de l'auctoritas dans la *mancipatio*. Par l'auctoritas, le père de famille garantit l'effet

absolu, *erga omnes*, de la déclaration par laquelle l'acquéreur dit prendre le fils *in mancipio*, renonçant ainsi à toute revendication de ses droits. L'opération entraîne l'extinction d'une puissance, la *patria potestas*, et assure la constitution d'une puissance nouvelle, le *mancipium*."

Die Äusserung leidet an der den ganzen Aufsatz durchziehenden Unklarheit. Hier aber ist es völlig sinnlos, von einer *Garantie* des Effektes *erga omnes* und einem Verzicht auf künftige Vindikation zu sprechen. Denn der Sohn verändert infolge des Aktes seinen persönlichen status. Er *wird* formell der Sklave des *manc. accipiens*. Er *kann* deshalb von diesem ohne Freilassung testamentarisch nicht zum Erben oder Legatar eingesetzt werden (Gaius I. 1,123, vgl. 2,160). Er kann nur *uindicta*, *censu* oder *testamento* freigelassen werden (1,138). Der Verf. scheint dies zu übersehen. Wie könnte ein Versprechen, selbst kein Recht gegen den Empfänger des Sohnes geltend zu machen, und eine Garantieübernahme dafür, dass kein anderer dies tun wird, den *status* des Sohnes verändern? Die einzig mögliche Erklärung ist die, dass der *Zueignungsakt* des *manc. accipiens* mit Zustimmung des *pater fam.* ihn zum Sklaven *macht*.

Indes hat ja immerhin DE VISSCHER eine Theorie über den Sinn der Manzipation aufgestellt, die, wenn sie richtig wäre, *meine* Auseinandersetzung der Bedeutung der Aio-Phrase widerlegen würde. Einen ganz anderen Charakter hat die Kritik KUNKELS in einer Rezension meiner Arbeit Röm. Obl. I Sav. Z. 42 (1929) S. 485 f.: „Dass die Worte ‚hunc ego hominem . . .‘ im Manzipationsritual eine Zauberformel und keine Willenserklärung seien, wird folgendermassen begründet (38 ff.). 1. Wenn die Willenserklärung des Rechtserwerbers wirklich Bedeutung für die Kraft des Aktes besessen habe, müsse das tatsächliche Vorhandensein seines Erwerbswillens als eine wesentliche Bedingung für die Gültigkeit des Aktes angesehen worden sein; das sei aber keineswegs der Fall. Hierzu wird der Aufsatz PARTSCHS über das Scheingeschäft angezogen. Dieses Argument richtet sich selbst, denn hier wird Wille und Willenserklärung unbesehen gleichgesetzt, und es wird ausser acht gelassen, dass primitive Rechte nur den erklärten Willen berücksichtigen.“ Der Rezensent muss eine sehr geringe Meinung von dem rezensierten Verfasser haben, um ihm ein solches Übersehen zutrauen zu können. Sonst *könnte* ja meine Äusserung im vorliegenden Falle in einer anderen Weise aufgefasst werden, nämlich so: Wenn einer Willenserklärung im modernen juristischen Sinne rechtliche Relevanz zugeschrieben wird, *beruht* dies darauf, dass der *Wille* als über die Rechte der Person verfügend betrachtet wird. Da nun aber das moderne Recht „Willenserklärungen“, bei denen nachweislich ein entsprechender Wille *fehlt* und die also blossе Worte sind, *dennoch* Rechtswirksamkeit beilegt,

so ist ja klar, dass das für die Relevanz Entscheidende in Wirklichkeit nicht die Erklärung eines gewissen Willens sein kann, sondern etwas anderes sein muss.

Ferner „2. Der Imperativ ‚emptus esto‘ könne keine Willenserklärung enthalten: es sei überhaupt eine fehlerhafte sprachpsychologische Auffassung, dass ein Imperativ einer Vorstellung über den Willen des Befehlenden Ausdruck geben oder ihn darstellen sollte als faktisch diesen oder jenen Inhalt besitzend. Zunächst ist es zweifelhaft, wie auch der Verf. selbst bemerkt, ob die Formelwerte wirklich ‚emptus esto‘ lauteten oder ‚emptus est‘. Falls aber die imperativische Form die richtige ist, scheint mir das mit dem Charakter als Willenserklärung vereinbar zu sein. Man bedenke nur, wie häufig auch der griechische Urkundenstil im Vertragsformular den Imperativ benutzt. Die ganze Betrachtung des Verf. zu diesem Punkte geht m. E. fehl.“ Man beachte zunächst, dass der Rez. den von mir angegebenen *Grund*, weshalb ein Imperativ keine Willenserklärung sein kann, nicht einmal angeführt, geschweige denn widerlegt hat. Ferner: weshalb zieht er nicht an, dass die imperativische Form auch modernen privaten Rechtsgeschäften keineswegs fremd ist? Hier müssen doch wohl „Willenserklärungen“ vorliegen? Ja, dass diese Imperative so *bezeichnet werden*, ist unbestreitbar. Folgt aber daraus, dass die Bezeichnung richtig ist? Welcher „Wille“ würde hier erklärt werden? Der Wille, auf gewisse Weise selbst berechtigt oder verpflichtet zu werden oder andere zu etwas zu berechtigen oder zu verpflichten? Ein Wille aber ist nicht nur auf einen Zweck gerichtet. Er hat als Wille — im Unterschied zum Wunsch — auch eine *Handlung* zum Inhalt, nämlich die, durch die der Zweck zu erreichen ist. Welches ist hier diese Handlung? Nach der Voraussetzung ist sie ja die *Erklärung* desselben Willens. Also: die Willenserklärung würde eine Erklärung über den Willen, gerade diese Erklärung abzugeben, sein! Man gibt die Erklärung ab, dass man diese Erklärung abgeben will. Zum *Inhalte* der Erklärung gehört die Erklärung selbst, was ein Unsinn ist. Es ist allerdings wahr, dass die Absicht bei der Auslegung der bei einem privaten Rechtsgeschäft abgegebenen Erklärung Bedeutung haben kann. Eine Absicht, durch die Handlung etwas zu realisieren, ist natürlich immer vorhanden, wenn man eine als rechtlich relevant betrachtete Erklärung abgibt. Deshalb wird jedoch die Erklärung nicht eine Erklärung *über* die Absicht. Man würde dann erklären, dass man die Absicht hat, durch die Erklärung dieser Absicht eine gewisse rechtliche Ordnung zustandezubringen! Zum *Inhalte* der Absicht würde diese selbst gehören! In Wirklichkeit bedeutet das Berücksichtigen der Absicht bei der Auslegung dasselbe wie ein Berücksichtigen des *Sinnes*, den der Erklärende in seine Erklärung über den Rechtszustand, der eintreten *soll*, hineinzulegen scheint. Was er meint, wenn er erklärt, dass die oder jene rechtliche

Ordnung eintreten soll, ist natürlich für seine Absicht bestimmend. Ganz verkehrt aber ist es, *den römischen Juristen* die kritische Auffassung von den Erklärungen, die bei einem privaten Rechtsgeschäft abgegeben werden, zuzuschreiben. Es ist wahr, dass z.B. die Kraft des Fideikommisses als von der *uoluntas* abhängig betrachtet wird. Dort bedeutet indes die *uoluntas* nur die Äusserung eines Wunsches, die *precatiuo modo* an den Erben gerichtet wird. Diese Äusserung bindet auch prinzipiell nur moralisch infolge des besonderen Treueverhältnisses, in welchem der Erbe zum Testator steht. (Erst durch besondere kaiserliche Verordnung wurde sie juristisch verbindlich.) Auch wenn ein *testamentum militis* als durch die blosse *uoluntas* bindend proklamiert wird, handelt es sich nur um das Aussprechen von Wünschen des Testators als das juristisch Relevante. Auch hier war es nur eine besondere kaiserliche Verordnung, die so geäusserten Wünschen rechtliche Kraft verlieh. Wenn man das Testament überhaupt als eine *testatio uoluntatis* bestimmt (siehe z.B. Modestinus 28,1,1) wird nur gemeint, dass der Testator immer seinen Wünschen Ausdruck geben will. Das zivile Testament aber hat nicht *als* ein solcher Ausdruck Gültigkeit. (Hierüber alsbald.) Ferner wird von *manumissio uoluntate domini* gesprochen. Diese Art der Freilassung wird der ‚*iusta ac legitima*‘ *manumissio* durch *uindicta census* oder *testamentum* gegenübergestellt. Die *hier* gemeinte *uoluntas* ist indes nur der Wille, in Zukunft den Sklaven als frei zu *behandeln*, ein Entschluss, der natürlich immer kundgegeben werden kann, da die beschlossene Handlung gar nicht selbst eine Erklärung des Willens zur Erklärung ist. Der Sklave wurde in diesem Falle auch ursprünglich gar nicht rechtlich frei. Das Aussprechen des Entschlusses vor Freunden oder brieflich veranlasste nur den *Prätor* zum Eingreifen. Hier kann von einer *wirklichen* Willenserklärung geredet werden. Diese hat jedoch nichts mit Willenserklärung im juristischen Sinne zu schaffen. Hierbei ist aber zu beachten, dass, als später *durch besonderes Gesetz* die erwähnte *wirkliche* Willenserklärung auf gewisse Weise juristische Relevanz erhielt, man auch behauptete, dass dann der *dominus* das wirkliche *propositum manumittendi* haben müsse, weshalb *Zwang* die Gültigkeit des Aktes *aufhebe* (Dositheus fr. 7), was für die *iusta ac legitima* *manumissio* durchaus nicht gilt. Es ist hinzuzufügen, dass nichts darauf hindeutet, dass die Römer den *consensus*, insofern er obligationsrechtliche Wirkungen hat, als übereinstimmende Willenserklärungen einschliessend auffassten und nicht bloss als das Vorhandensein übereinstimmender, nicht formgebundener, offen oder *tacite* abgegebener Erklärungen über das Rechtsverhältnis, das eintreten *soll*. Man müsste, um eine andere Ansicht verfechten zu können, *nachweisen*, dass *jemals* in Zusammenhang mit der Erklärung des *consensus* der Ausdruck *uoluntatem declarare* od. dgl. angewandt wird. Wenn man auch bisweilen von der *uoluntas* der Par-

teien als für die Auslegung bestimmend spricht — term. techn. ist, quod inter eos actum est — kann darein nur *den* Sinn gelegt werden, dass man die im Akte hervortretende *Absicht* der Parteien zu berücksichtigen hat, welche natürlich danach zu bestimmen ist, welche Bedeutung die Parteien in ihre Erklärungen hineinzulegen scheinen. Diese und nicht die Bedeutung, die die angewandten Worte, objektiv betrachtet, hatten, sollte zugrunde gelegt werden. *Letztere* Auslegungsweise sollte umgekehrt angewandt werden, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelte, die durch Formelworte und rituelle Handlungen ihre Kraft erhielten. Aber: wichtiger als alles andere ist die Tatsache, dass die *Römer* selbst expressis uerbis zwischen rechtlichen Imperativen und rechtlich relevanten Willenserklärungen unterschieden. Bei Erbeinsetzung und bei Einsetzung zum Legatar im zivilen Testament ist die imperativische Form notwendig: heres *esto* etc. oder *iubeo* heredem esse etc. Dort macht die Anwendung des Wortes *uolo*, die bei Fidekommissen möglich ist, den Akt ungültig. Es ist merkwürdig, dass der Rez. dieses Argument, welches in dem hier in Rede stehenden Teil meines Buches stark hervorgehoben wird und natürlich sehr wichtig ist, gar nicht angeführt hat. (Es liegt hier dieselbe Eigentümlichkeit vor wie in der nächsten kritischen Abteilung der Rezension, wo der Rez. meine nebenbei gemachte Bemerkung kritisiert, dass eine Spur uralten Animismus in einer Äusserung von Ulp. D.39,2,24,3 ff. hervortrete, wo das Fälligwerden der cautio damni infecti davon abhängig gemacht wird, dass der Schaden *iniuria fit*, während sonst ein *uitium* des beschädigenden Gebäudes Bedingung dafür sein soll. Ich wies dabei darauf hin, dass *uitium* „regelmässig“ als Bezeichnung für ein iniustum angewandt wird: Statt dessen hätte ich besser das Wort „oft“ anwenden sollen. Der Rez. beschäftigt sich mit dem Nachweis dass das Wort *uitium* nicht *immer* ein iniustum bedeutet. Meine wirkliche Argumentierung *dafür*, dass das Wort *iniuria* hier nicht zufällig angewandt wird: die sogar in den Ausdrücken hervortretende Korrespondenz zwischen der Rechtslage hier und bei der actio noxalis wird nicht *erwähnt*. Weshalb befasst sich der Rez. gerade und ausschliesslich mit meinem Versuch, eine *Spur* von Animismus in der Ulpianischen Äusserung zu entdecken, da ich andere, völlig unwiderlegbare Beweise für den animistischen Einschlag im römischen Denken noch zur klassischen Zeit geliefert habe?)

„3. Es sei absolut unmöglich, in ‚aio‘ die Bedeutung von ‚ich will‘ hineinzulegen. Freilich, aber ‚aio‘ leitet eben die Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens ein.“ Sat sapienti! Hier handelt es sich ja gerade um die Frage, weshalb der Ausdruck ‚aio‘ in Verbindung mit einer symbolischen manu capio und nicht ‚uolo‘ angewandt wird, *ehe* noch der Eigentumsübergang geschehen ist. In der in iure cessio kommt ja die Aio-Phrase *ohne* eine nachfolgende „Erklärung des rechtsgeschäftlichen

Willens“ (!) vor. Und doch hat sie hier in Verbindung mit dem symbolischen Vindikationsakte *dieselbe* Wirkung hinsichtlich des Eigentumsübergangs wie bei der Manzipation! Es ist diese sonderbare Argumentation KUNKELS, die angeführt zu werden pflegt, wenn man überhaupt meine These in der vorliegenden Frage berührt. Sie sei nur einmal durch KUNKEL widerlegt.

Ich schliesse diese Antikritik mit einer Reflexion über die Gefahr ab, die darin liegt, dass man moderne Rechtskategorien auf die Römer anwendet. Ich habe behaupten wollen, dass das Eigentumsrecht — das *suum esse ex iure Quiritium* — gar nicht eine Macht anderen Menschen gegenüber bedeute, sondern eine direkte Macht über die Substanz der Sache. Niemals wird, sei es im Legisaktionsprozesse, sei es im Formularprozesse, soweit es sich um das Eigentumsrecht handelt, ein die Gegenpartei treffendes oportere intendiert. Ein Eigentumsrecht *erga omnes* ist den Römern völlig fremd. Dieses Recht besteht *nur* in einem Verhältnis zur Sache. Ob auf Grund desselben wirklich eine actio einer anderen Person gegenüber, die die Sache ohne eigenes Recht inne hat, möglich ist, ist gar nicht sicher. Man beachte die alte Regel: *bis de eadem re ne sit actio*. Auch schloss dieses *suum esse ex iure Quiritium* keineswegs ein, dass man notwendig ein Recht an den mit dem Innehaben der Sache verbundenen Vorteilen hatte. Es war nur die Substanz der Sache, die dem Eigentümer gehörte. In § 4 Röm. Obl. habe ich allerlei mögliche, frühere und spätere rechtlich geltende Einschränkungen im römischen Eigentumsrecht nachgewiesen. Später konnte ja sogar das Eigentumsrecht so geteilt sein, dass der eine Eigentümer *ex iure Quiritium*, d.h. Eigentümer der Substanz, der andere in *bonis*, h.e. Herr über alle zur Sache gehörenden Vorteile, war. Wer *nudum ius Quiritium* hatte, war dann von der Anwendung der Vorteile des Eigentumsrechtes ausgeschlossen, war aber doch allein der, welcher die rechtliche Macht über die Substanz der Sache hatte.

Im Lichte des Angeführten muss die gegen mich gerichtete Bemerkung gesehen werden, dass ich anachronistisch das römische Eigentumsrecht als schon von Anfang an ein *absolutes* Recht dargestellt habe. Siehe z.B. KUNKEL, a. a. O., S. 485. Dass die Römer, soweit wir Nachrichten über sie haben, besondere Dinge als dieser oder jener Person gehörend, als *suae res*, betrachteten, das kann nur mit haarsträubender Willkür geleugnet werden. Man beachte die Formel: *hunc ego hominem ex iure Qu. meum esse aio*. Siehe weiter tab. 3,4 u. 5,3. Dies aber hat mit dem Verhältnis zu anderen Menschen nur in der Weise zu tun, dass, wenn A das Eigentumsrecht hat, während B es nicht hat, er seine damit gegebene Macht gegen B als *rechtlosen* Inhaber der Sache geltend machen kann, jedoch gewiss nicht unter *allen* Umständen. Der Vorwurf des Anachronismus ist nur so verständlich, dass man in die Bezeichnung des römischen

Eigentumsrechts als etwas Absoluten den Sinn legt, dass es als ein Recht bestehe, welches *alle* zu respektieren haben, im Gegensatz zum Forderungsrecht, das seinem Wesen nach nur gegen *bestimmte* Personen gilt. Es würde also etwas Absolutes in derselben Weise sein, wie es nach moderner Vorstellung im Gegensatz zum Forderungsrechte ein absolutes Recht ist. Nachdem man so verfahren ist, kann man leicht erklären, dass die Römer nicht von Anfang an das Eigentumsrecht als etwas Absolutes ansahen. KUNKEL weist auf die Abhandlung SELIGSOHNS: *Iusta possessio* (1927) hin. Dieser, der bei der Leugnung eines ursprünglich bestehenden absoluten Eigentumsrechts bei den Römern offen an *unseren* Eigentumsbegriff denkt (siehe S. 11), sagt, dass ursprünglich „das Recht nicht als abstrakter Begriff gefasst wird, sondern seine *konkreten Ausserungen unschrieben* werden“. Das Gesagte scheint nach dem Verf. einzuschliessen, dass „kein unüberbrückbarer Gegensatz zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten bestand“ (S. 9). Man beachte, dass zur Zeit der XII Taf. *einerseits* der Vindikationsprozess mit *hanc rem meam* esse ex iure Quiritium aio, *andererseits* (nach neugefundenen Gaiusfragmenten) eine legis actio mit aio ex sponsione *te dare oportere* möglich war. Der abstrakte Gegensatz zwischen einer actio in *rem* und einer actio in *personam* war also den Römern dieser Zeit nicht fremd. Der Verf. aber beginnt seinen Beweis für die von ihm angenommene ursprüngliche Auffassung mit einer Untersuchung der Ausdrucksweise in der lex agraria vom J. 111 a. Chr. Er legt also eine lex zugrunde, die ungef. 340 Jahre jünger ist als die der XII Taf.!!! *Wie* aber behandelt er die Ausdrucksweise in diesem Gesetze? Einleitend ist zu bemerken, dass es früh eine Art von Eigentum gab, das nicht ex iure Qu. bestand und doch nicht als Eigentum in bonis zu bezeichnen war, nämlich das blosse habere possidere uti frui licere. Gaius I.2,7 erwähnt dieses Eigentum als hinsichtlich Provinzialbodens vorhanden und bezeichnet es als possessio uel ususfructus. Dass es sich hier nicht um ein obligatorisches Recht gegen andere handelt, sondern um eine Macht, die Sache selbst behalten zu dürfen, obgleich nicht ex iure Quiritium bestehend und deshalb nicht die Substanz der Sache berührend, ist völlig sicher. Das bezügliche Recht kann durch Tradition übertragen werden (Gaius I.2,21), was, wie bekannt, bei obligatorischen Rechten unmöglich ist. Es wird auch direkt als *proprietas* (fr. Vat. 283) oder *dominium* (fr. Vat. 315) bezeichnet. Die intentio war mit grösster Wahrscheinlichkeit: Si paret A^o A^o fundum q. d. a. habere possidere frui licere, also ohne Erwähnung der Gegenpartei (Röm. Obl. I, S. 82). Diese Art von Eigentum wird nun im erwähnten Ackerverteilungsgesetze in gewissen Fällen konstituiert. Es heisst 7—8: *ager locus aedificium omnis quei scriptu< est> . . . <privatus esto . . . eiusque locei agri aedificii emptio uenditi>o ita, ut ei ceterorum locorum agrorum aedificiorum privatorum est, esto. Da-*

nach wird gesagt, dass das fragliche Recht in den census aufgenommen werden soll. In 9 heisst es: *ne iure quis facito, quo, quouis eum agrum locum aedificium possessionem ex lege plebeive scit(o esse) oportet oportebitve, eum agrum l(ocum aedificium possessionem minus oetatur fruatur habeat possideatque*). Aus dem Nachfolgenden geht hervor, dass es sich hier um ein Verbot für die Beamten handelt, den Genuss des zuerteilten ager etc. zu verhindern. Dass hier dem einzelnen wirklichen Eigentum erteilt wird, obgleich dieses nur in *uti frui habere possidere licere* bestehen soll, was daher allein intendiert werden darf, ist offenbar. Siehe auch 30,40,50,52 u. 82. SELIGSOHN behandelt indes schon im Anfang seiner Schrift die hier vorliegende Rechtsauffassung als einen Beweis für die Relativität des Eigentumsrechts in *seinem* Sinne, d.h. in dem Sinne, dass man nicht obligatorische Rechte gegen dingliche abgrenzte. Ist dies zu verstehen? Indes ist hier weiter bemerkenswert, dass wirklich *gewisse* agri, loci der Person, der sie durch die *lex agraria* zuerteilt wurden, *ex iure Quiritium* gehören sollten. Es heisst nämlich 27 . . . *<is ager locus do>mneis (dominis) priuatus ita, ut ei quoi optima lege priuatus est, esto.* (Man beachte, dass es sich hier um gewisse agri, loci in Italien handelt.) Dass durch die Bezeichnung *optima lege* privatus das Eigentumsrecht *ex iure Qu.* ausgedrückt wird, geht aus Cic. de har. resp. 7,14 hervor: *multae sunt domus in hac urbe . . . atque non scio, an paene cunctae iure optimo, sed tamen iure priuato, iure hereditario, iure auctoritatis, iure mancipi, iure nexi.* Dass hier unter *ius optimum* ein Recht *ex iure Qu.* an res mancipi verstanden wird, wird wohl niemand bestreiten. Die Bedeutung eines solchen Zusatzes ist die, dass das Recht des Eigentümers für die Zukunft gegen Komitialbeschlüsse gesichert ist. Ein Komitialbeschluss, der das Eigentumsrecht *optimo iure* einer einzelnen Person aufhebt (es handelt sich besonders um das Recht am eigenen Hause), ist nach Cic. ungültig, ebenso wie ein solcher Beschluss, der die Freiheit oder Zivität einer Person aufhebt. (Siehe hierüber die Röm. Obl. I S. 544 angeführten Stellen.) Dann liegt ein in den XII Tafeln verbotenes *priuilegia irrogare* vor: tab. 9,1 u. 2. Daher wird auch in der *lex agraria* das *abstrakte* Eigentumsrecht: *suum esse ex iure Qu.* vorausgesetzt. Die These des Verf.s über die ursprüngliche Relativität des Eigentums bei den Römern in seinem Sinne, die auf einer Anwendung des *modernen* Eigentumsbegriffs auf den römischen beruhen muss — inkommensurable Grössen werden verglichen — ist verfehlt, soweit sie auf die Ausdrucksweise in der *lex agraria* gestützt wird. Völlig verkehrt aber ist der nachfolgende Versuch, diese These mit der Ausdrucksweise in römischen Schiedsurteilen zwischen Peregrinstaaen zu begründen. Es waren ja hier die *Römer*, die die respektiven Rechte bestimmten. Diese aber konnten unmöglich Eigentum *ex iure Quiritium* den *Fremden* erteilen, über welches Eigentum, soweit es sich um wirk-

liches *suum esse* handelte, sie allein verfügen konnten. Dann konnten sie nur anordnen, dass stets ein solcher Zustand aufrechterhalten werden sollte, dass ein jeder Staat nach gegebenen Regeln wirklich die Vorteile bestimmter Dinge genießen dürfe. Die Ausführungen SELIGSOHNS darüber, dass aus dem Wechsel in der Ausdrucksweise zwischen . . . ἐξείναι = dem römischen . . . licere und κύριος oder κυριεύειν hervorgehe, dass die Römer zur fraglichen hellenistischen Zeit keine scharfe Grenze zwischen Eigentum und persönlicher Obligation gezogen hätten, sind sinnlos, da es sich hier nicht um wirkliches Eigentumsrecht handelte, sondern nur um einen aufrechtzuerhaltenden Zustand, in welchem der einzelne Staat faktisch die oder jene Sache behalten darf. D.h. „Eigentum“ bedeutet hier dasselbe wie *uti frui* etc. *licere*, welches nichts mit einem obligatorischen Rechte zu schaffen hat, wirkliches Eigentumsrecht aber praktisch ersetzt. ‚Habere licere‘ kann ja selbst *Inhalt* einer Obligation sein, nämlich der Obligation, keine Vindikation vorzunehmen oder auch Ersatz zu leisten, wenn ein anderer die Sache evinziert. Selbst aber *ist* das habere licere kein obligatorisches Recht, sondern nur ein faktischer Zustand, zu dessen Aufrechterhaltung sich der einzelne obligiert haben oder für dessen Nichteintritt er die Verantwortung übernommen haben kann. ‚Habere licere‘ kann man immer genießen, ohne dass jemand zum Aufrechterhalten dieses Zustandes obligiert ist, wenn die *Beamten* Eviktion verhindern. Die Spekulationen von MITTEIS, LEIST u.a., die sich in derselben Richtung bewegen wie die Untersuchung von SELIGSOHN, können übergangen werden. (KUNKEL behauptet in diesem Zusammenhang sogar, dass ich den Besitzbegriff als von Anfang an denselben wie zur klassischen Zeit behandle. Dies ist unrichtig. Ich habe *nirgends* den republikanischen Juristen die von mir dargestellte, teilweise von griechischer Spekulation bestimmte Besitzlehre zugeschrieben. Ich habe sogar Röm. Obl. S. 141 besonders hervorgehoben, dass sie bei Qu. Mucius und Cicero noch nicht vorliegt. Ich habe nur vorausgesetzt, dass sie nicht sprunghaft entstand, sondern ihre Wurzeln in uralten animistischen Vorstellungen hatte, weshalb sie diese beleuchtete.)

Es ist hier etwas hinzuzufügen über den Unterschied zwischen dem *uti frui habere possidere licere* und dem *dominium in bonis*. Das erstere ist kein wirkliches *Recht* zum Genießen der Sache, sondern nur ein faktischer Zustand. Das *dominium in bonis* aber ist ein wirkliches *Recht*, was besonders aus vielen zivilrechtlichen Wirkungen desselben hervorgeht: Röm. Obl. I S. 75 f. [Allerdings hat auch die blosse *possessio* (b.f.) zivilrechtliche Wirkungen. Sie enthält aber ein rechtliches Element und ihr *Vorhandensein* ist zum Unterschied von der blossen *detentio* von zivilrechtlichen Prinzipien abhängig, wie ich hinsichtlich der klassischen Possessionslehre nachgewiesen habe.] In seiner sonderbaren Re-

zension S. 487 sagt KUNDEL: „Seine eigentümliche Auffassung von der Stellung des bonorum possessor glaubt der Verf. durch Ulp. D.37,1,3,1 bestätigt zu sehen (297). Dort wird eine Äusserung Labeos zitiert, wonach der bonorum possessor nicht die einzelnen Erbschaftsgegenstände, sondern das Erbrecht als solches besitze: est enim iuris magis quam corporis possessio. Der Verf. versteht dies so: ‚er *ist* nicht selbst Eigentümer — das Eigentumsrecht ist nicht seine eigene Kraft — aber er vermag über diese Kraft, als potentiell oder aktuell dem potentiellen oder aktuellen Erben gehörend zu verfügen‘. Eine derartige Auslegung entspricht gewiss nicht der Meinung Labeos. Das ergibt sich schon aus dem Schlusssatz des Paragraphen: denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.“ Der Rez. scheint nicht zu beachten, dass es sich bei mir nur um das *dominium in bonis* handelt, welches nach Gaius 3,80 dem bonorum possessor gehört, und dass die Labeonische Äusserung hier nur als dieses *dominium* beleuchtend herangezogen wird. Dann ist es ganz richtig, dass nach derselben das *Eigentumsrecht* an den Erbschaftssachen, das dem zivilen Erben gehört, vom bonorum possessor besessen wird, wobei es jedoch klar ist, dass nicht nur eine faktische Ausübung dieses Rechtes vorliegt, sondern ein wirkliches Recht zu dieser Ausübung. Vgl. § 2: Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus: *ius* persequendi retinendique patrimonii . . . Eine solche Auffassung der Äusserung soll nach dem Rez. besonders wegen des Schlusssatzes unmöglich sein, dass man deshalb, weil es sich hier nicht um Besitz von Körpern, sondern um Besitz des Erbrechts selbst handelt — darin eingeschlossen natürlich Besitz des Rechts an den Erbschaftsdingen, falls solche vorhanden sind — bonorum possessor sein kann, auch wenn sich keine solchen finden. Wäre die bon. possessio Körperbesitz, so wäre sie natürlich in solchem Falle ausgeschlossen. Dies soll nach K. aufheben, dass es sich, wenn Erbschaftsdinge existieren, in welchem Falle der bon. possessor *dominium in bonis* hat, um ein *Recht* handelt, das Recht des *Erben* an diesen auszuüben. Der Einwand des geehrten Rez. ist sinnlos. Durch mangelhafte Auskunft über den Zusammenhang aber, in welchem meine Worte vorkommen, leitet er den *Leser* irre.

Aber *keine* Anwendung moderner — in Wirklichkeit vom Naturrecht bestimmter — Kategorien auf die Römer ist so verkehrt wie die Übertragung des Begriffes „Willenserklärung“ als für die Erklärung bei einem Rechtsgeschäft kennzeichnend.

Beilage 23.

Über den nexus als durch ein erzwungenes nectere — einen Akt per aes et libram — in Sklavenstellung versetzt.

A. Die Kritik KUNKELS a. a. O. S. 487. Diese Kritik habe ich in einem Aufsatz Tab. III, 1—3 des Zwölftafelgesetzes in *Symbolae Philologicae* O. A. DANIELSSON octogenario dicatae, 1932, S. 114 ff. widerlegt. Ich weise auf denselben hin. (Hier als Beilage 25 abgedruckt.)

B. In einem Aufsatz in *Sav. Z.* 56 (1936): Das römische *nexum* als Geiselschaft von ULRICH VON LÜBTOW sagt der Verf. S. 245: „Nectere“ = obligare heisst binden, fesseln. Es ist nicht metaphorisch, sondern grob sinnlich, körperlich zu verstehen. Abstraktion ist nach den Erfahrungen der Völkerpsychologie dem primitiven Denken notwendig fremd. Wie im germanischen, griechischen und babylonischen Recht wurde auch in Rom der Schuldner, bei Abschluss des ‚Vertrages‘ ursprünglich gebunden, in Fesseln gelegt. Die älteste obligatio ist also ein ‚ferreum uinculum‘, nicht ein *iuris uinculum* im späteren Sinne. In plastischer Anschaulichkeit wurde das Darlehen nach einem äusseren realistischen Moment genannt, das dem Volke besonders auffiel, dem Binden *nectere* des Schuldners oder des Geisels, der für die künftige Rückgabe haftete. Der Name *nexum* ist also urwüchsig auf volkpsychologischer Grundlage entstanden.“ Gehört es zur volkpsychologischen Notwendigkeit, dass man das so wichtige Darlehnsinstitut so verrückt gestaltet, dass es für den Schuldner unmöglich oder wenigstens äusserst schwer ist, sich für die Zurückerstattung *vor* der Zeit des Fälligwerdens vorzubereiten? Dies wäre ja die Folge, wenn er bei dem Darlehnsvertrage selbst — also nicht erst nach Unterlassung rechtzeitiger Zurückzahlung — *gefesselt* würde. Welchen Nutzen kann ein Schuldner, der seiner Freiheit von Anfang an beraubt worden ist, von einem solchen Darlehen haben? Hier wird ferner die „grob sinnliche“ Auffassung, die primitive Völker auszeichnen soll, *gegen* die „Abstraktion“ gestellt. Also der Gedanke an Kräfte, die nicht „grob sinnlich“ hervortreten, soll ihnen fremd sein? Wenn ein australischer Negerklan seine Einheit in einem den Klan aufrechterhaltenden Totemtier, z.B. dem Känguruh, hat, ist es von grösserer Bedeutung, dass gerade diese Tiergattung floriert. Zwecks Herbeiführung dieses Resultats treten bei gewissen Festen Stammesangehörige als hüpfende Känguruhs auf, umgeben von den Mitgliedern des Klans. In Gesängen werden dabei die Menschen selbst als Känguruhs *bezeichnet*. Man glaubt durch einen solchen Ritus das Gedeihen des Totemgeschlechtes zustandezubringen. Ist etwa die Art der Wirksamkeit der dem Ritus zugeschriebenen Kraft etwas, was durch die Sinne wahrgenommen werden kann? *Sieht* man vielleicht, wie Känguruhs aus den

figurierenden Menschen hervorkriechen? Nein, die erwähnte Kraft unterscheidet sich gerade dadurch von anderen Kräften, dass die Art ihrer Wirksamkeit unverständlich ist. Wenn die Homerischen Griechen von dem *ἱερὸν μένος* oder der *ἱερὴ ἰς* des jungen Telemachos sprechen, wenn die alten Römer eine auf den Auspizien beruhende *uis magistratus* kennen, welcher sich das Volk unterwirft, wenn die Polynesier über den Mana eines Feldherrn reden, handelt es sich vielleicht um die gewaltigen Muskeln des Trägers der fraglichen Kraft? Glaubt der das wunderliche volkpsychologische Axiom verfechtende Verf. selbst an etwas so Absurdes? In Wirklichkeit verhält es sich so, dass umgekehrt das Überwinden solcher Abstraktionen zum kulturellen Fortschritt gehört. Spricht übrigens nicht der Verf. selbst von einer *Haftung* des Geisels bzw. des Schuldners, die deshalb als ein Band bezeichnet worden sei, weil man die Aufmerksamkeit auf das angeblich gewöhnliche sinnliche Fesseln dieser Personen richtete? Also hat man, scheint es, ja doch nicht sinnliche Kräfte angenommen und nur ihre Bezeichnung dem sinnlichen Gebiet entnommen. Denn dass die Haftung als eine Macht des Obligationeninhabers betrachtet eine *rechtliche, nicht mit der physischen identische Macht* ist, kann wohl niemand bestreiten.

Das ist allerdings richtig, dass die von primitiven Völkern angenommenen übersinnlichen Kräfte *an das sinnlich Anschauliche* geknüpft sind, bei den alten Römern ebenso wie bei primitiven Völkern überhaupt. Die numina selbst haben ihren *Sitz* in sinnlichen Dingen: Altären, Tempeln, Götterbildern etc., ja auch in verschiedenen Teilen des menschlichen Körpers, und die *physische Berührung* dieser Gegenstände oder Körperteile hat essentielle Bedeutung für das Wirksamwerden der Gottheiten. Man *berührt* die Knie derjenigen Person, welche man um Erbarmen anfleht, weil diese der Sitz des numen Misericordia sind. Man *berührt* das Ohr derjenigen Person, deren Gedächtnis man stärken will, weil es der Sitz des numen Memoria ist. Der Prätor *berührt*, wenn er den Grundstein eines Tempels weihet, die Binden um den Stein, damit die göttliche Macht, der der Tempel geweiht wird, gnädig wirkt für den Staat (Beil. 20). Beim Caudinischen Verträge durch sponsio scheinen die Anführer mit den Schwertspitzen ein geopfertes Schwein *berührt* zu haben. (Beil. 17). Dieses Opfertier beherbergt nämlich die göttlichen Kräfte, die imstande sind, den Bruch eines dabei abgegebenen Versprechens zu einem ‚*scelus impium*‘ zu machen. Durch die Berührung kommen diese Kräfte in Verbindung mit den agierenden Parteien. Vgl. den vorgeschriebenen Eid des Klägers im Areopage. Er muss seine Aussage über die Mordtat des Beklagten beedigen, im Falle der Unwahrheit derselben den Untergang auf sich selbst, sein Geschlecht und sein Haus herab beschwörend. Dabei soll er auf *Opferstücken* eines Ebers, eines Widders und eines Stieres *stehen* (Demosthenes κατ' Ἀριστοκράτους 67 u. 68.). Kein Zweifel

kann darüber herrschen, dass durch diese *Berührung* der gewissen Göttern geweihten Opferstücke die Fluchkräfte dieser Götter in Funktion treten sollen. Man beachte, dass es noch heute manchmal zur Eidesablegung gehört, dass der Schwörende einen Finger auf die heilige Schrift legt! In entsprechender Weise strömt die innere Kraft der eigenen dextra in die einer anderen Person durch die *Berührung* hinein, und die so entstandene Kraftgemeinschaft macht den Bruch dabei abgegebener Versprechen gefährlich, was der ursprüngliche Grund der zivilrechtlichen Kraft einer promissio ist. Zum selben Vorstellungskreise gehört endlich die Bedeutung der *Darstellung* des idealen Bandes, welches ein foedus schliessende bindet. Der Fetial tötet ein Schwein mit dem Jupiter geweihten *silex*. So soll auch das Volk, das die abgegebenen Versprechen bricht, vom Untergang betroffen werden. (Liv. 1,24,7 ff.) Alles dies zeigt, dass die unsichtbaren Kräfte immer im sinnlich Anschaulichen ihre Grundlage haben, keineswegs aber, dass die Römer keine solchen Kräfte angenommen hätten. Durch die Leugnung dieser volkpsychologischen Tatsache verschliesst man sich auch das Verständnis primitiver Rechtsvorstellungen. (Ein warnendes Beispiel der Nichtbeachtung dieser so stark zu belegenden Tatsache bietet die völlig in der Luft schwebende Konstruktion des primitiven Schuldnerverhältnisses bei BESELER, Beitr. 4 S. 93, wo die Geiselschaft als das primäre Institut dargestellt wird. In den oben behandelten Fällen eines mit religiöser Kraft ausgerüsteten Vertrags bei den Römern spielt die Sicherheit durch Geiseln höchstens eine sehr untergeordnete Rolle. Sicher ist, dass der Vertrag selbst seine Kraft nicht *dadurch* bekommt. Siehe ferner über diese Darstellung B.s Röm. Obl. I S. 33 f.)

Indes kann gefragt werden, ob nicht die Anwendung der Ausdrücke ‚nectere‘ und ‚obligare‘ im zivilrechtlichen oder rechtlich religiösen Sinne, obgleich sie sich, so angewandt, auf unsichtbare Bande beziehen, doch ursprünglich begründet gewesen sein in einem sinnlich anschaulichen Binden muss. Denn es ist unmöglich zu bestreiten, dass die alten Römer, wie primitive Völker überhaupt, vorgestellte unsichtbare Kräfte an das sinnlich Anschauliche anknüpfen. Die Untersuchung dieser Frage kann erheblich vereinfacht werden, wenn man beachtet, dass *ursprünglich* auf dem zivilrechtlichen Gebiete und dort nur, wenn nicht ein Delikt — eine noxa-culpa — sondern ein Vertrag die Grundlage der Verbindlichkeit war, die Bezeichnung nectere oder obligare angewandt worden ist. Was zunächst das rechtlich religiöse Gebiet betrifft, so ist es wahr, dass auch hier die Ausdrücke obligare ebenso wie obligatio oder unculum angewandt werden, um die Haftung auszudrücken. Siehe Röm. Obl. I S. 29 f. Eine solche Bezeichnung ist jedoch nicht ursprünglich und tritt niemals als ein term. techn. hervor. Ein wirklicher term. techn. ist dagegen der Ausdruck *damnas* oder *damnatus*. *Obgleich* Cicero und andere von einer durch uotum entstehenden *obligatio* (Röm. Obl. I S. 498²)

reden, ist der technische Ausdruck für die Haftung *vor* dem *beneficium* der Götter *uoti reus*, nach demselben *uoti damnatus*, also in keinem Falle *uoti obligatus*. (Siehe WISSOWA, Rel. S. 382.) Dass *uoti damnatus* hier die Notwendigkeit bedeutet, sich von Unreinheit oder Götterzorn durch die Leistung des *uotum* zu befreien, geht mit völliger Evidenz daraus hervor, dass die Leistung durch *se exsoluere* (*liberare*) *religione* (Röm. Obl. I S. 421) bezeichnet wird. Über ‚*religio est*‘ als mit ‚*nefas est*‘ identisch, das was immer Unreinheit und Götterzorn einschliesst, siehe Röm. Obl. I S. 29 f. Vgl. hiermit Plin. N. H. 16, 108: *Infelices arbores damnataeque religione, quae neque seruntur umquam neque fructum ferunt*. Eine solche arbor steht *in tutela inferum deorum* und wird durch diese Sakralisierung verhindert, die Umgebung anzustecken. Sie wird bei der Bestrafung eines *parricida* und *perduellis* und bei der Verbrennung der *portenta* und der *prodigia* benutzt, wodurch diese religiös gefährlichen Erscheinungen aus dem menschlichen Dasein ausgeschieden und den unterirdischen Göttern überliefert werden (Das mag. ius S. 47¹⁻⁴). ‚*Religione damnatae*‘ bezeichnet daher hier, dass die *infelices arbores* infolge ihrer Unreinheit oder des an ihnen haftenden Götterzorns den unterirdischen Mächten geweiht sind, damit die Umgebung von der Ansteckungsgefahr befreit ist. Mutmasslich schon in den XII Tafeln, sicher bei Plautus (siehe Röm. Obl. I S. 449), wird der zum Tode Verurteilte schlechthin als *damnatus* bezeichnet. Dies stimmt mit der Bezeichnung für *infelices arbores*: ‚*damnatae*‘ ohne Angabe, wozu sie ‚*damnatae*‘ sind, überein. Diese wurden, wie gesagt, selbst bei der Hinrichtung des Verbrechers *sensu eminenti parricida* und *perduellis* benutzt. Der Verurteilte sollte so getötet werden, dass er damit den finsternen *di inferi* ausgeliefert würde. Aber obgleich daher auch *infelices arbores* als *damnatae* und der zum Tode Verurteilte als *damnatus* *in abstracto eo ipso* als diesen Göttern geweiht aufgefasst werden und damit die Strafe der Unfruchtbarkeit bzw. die Todesstrafe als ein Mittel, die menschliche Gesellschaft von dem in ihnen verkörperten Bösen zu lösen, gedacht wird, kann nur dann die *damnatio* als eine *damnatio* zu einer gewissen befreienden Handlung bestimmt werden, wenn der *damnatus* *sich selbst* durch diese Handlung von Götterzorn lösen kann, wie es der Fall ist, wenn von einem *uoti damnatus* geredet wird. Der Ausdruck für ein *Lösungsmittel* der fraglichen Art ist das Substantiv, das die Grundlage für das Verb *damnare* ist: *damnum* in der ursprünglichen Bedeutung dieses Wortes. In der in Seru. in Verg. georg. 3, 387 erwähnten *lex regia* kommt das Wort in diesem Sinne vor: *Nam apud maiores homicidii poenam noxius arietis damno luebat*. (Siehe die Auslegung Röm. Obl. I S. 481.) Wir finden dasselbe *damnum* im Zwölftafelgesetze tab. 8,16 und 12,3: *damnum decidito* wieder, wo es sich um ein *Lösungsmittel* von der Belastung handelt, die das *furtum nec manifestum* als ein Delikt einschliesst. In diesem Falle

ist gar nicht Ersatz für den Verlust des Bestohlenen, der keinen solchen zu leiden *braucht*, gemeint, sondern *nur* die Sühnung der deliktischen Handlung, die als noxa-culpa-Befleckung diesen Charakter hat. Siehe die Auseinandersetzung Röm. Obl. I S. 475 ff. Nur ist zu bemerken, dass hier vom Delikte betroffene Menschen selbst statt erzürnter Götter das *damnum* empfangen sollen, und dass die Obligation zwischen römischen Bürgern stattfindet und deshalb zivilrechtlich ist. (In Übereinstimmung damit fällt der Dieb bei *furtum manifestum* dem Bestohlenen selbst anheim.) Die religiöse Grundlage tritt jedoch offen hervor. Dementsprechend wird in der *lex Aquilia* die Folge des *damnum iniuria* datum nicht durch *obligatus esto*, sondern durch *damnas esto* bezeichnet.

Hieraus ergibt sich, dass die rechtlich religiöse Gebundenheit ebenso wie die zivilrechtliche, die in einer solchen ihre Grundlage hat, nicht in *nectere* oder *obligare*, sondern in *damnatem* (*damnatum*) esse oder *damno* (*poenam*) luere oder *damnum* decidere ihren technischen Ausdruck hat. Also müssen solche Termini wie *obligatio*, *vinculum* od. dgl. hier eine später angewandte Bezeichnung sein, die die ursprüngliche juristische Auffassung nicht zum Ausdruck bringt. Sie implizieren deshalb keineswegs eine physische Bindung als die ursprüngliche anschauliche Grundlage, sondern haben ausschliesslich metaphorische Bedeutung. Im Kap. 47,2 *Dig. de furtis* kommt allerdings an einigen Stellen der Ausdruck vor: *furti obligatur* oder *furti se obligat*. So *Gaius* 55,1 (das hier besprochene *responsum* stammt von *Qu. Mucius*: siehe *Gellius* 6,15,2), *Iul.* 57 pr., *Iau.* 73, *Ulp.* 43,8. Dieser Ausdruck bedeutet hier dasselbe wie *furti* (*actione*) *tenetur*, welche Bezeichnung in dem Kapitel entschieden am meisten angewandt wird. *Plautus* sagt *Poen. Arg. 6: alligat eum furto* (vgl. *Ter. Eun.* 809: *hic furti se adligat* im selben Sinne), was auch darauf hinweist, dass *obligare* hier gar nicht als ein technischer Terminus betrachtet werden darf. Die anschauliche Grundlage für die Verbindlichkeit auf dem fraglichen Gebiete ist etwas ganz anderes als ein physisches Binden gewesen, nämlich eine äussere Erscheinung, die infolge ihrer besonderen Beschaffenheit eine innere Unreinheit anzeigt, z. B. ein Baum, der niemals Frucht trägt, ein Ungeheuer, besonders eine äussere Handlung, die den Regeln für den Bestand des göttlichen Wohlgefallens zu widerstreiten scheint. In solchen Fällen ist es für den einzelnen und das Volk äusserst wichtig, dass es eine Art gibt, auf die man sich vom göttlichen Zorne befreit. Und die „Verbindlichkeit“, die dabei den einzelnen oder das Volk belastet, besteht ausschliesslich in der Notwendigkeit, sich von diesem Zorne zu lösen. Wenn die Lösung durch eine Prästation zugunsten der Person, die von einer unrechten Handlung betroffen wird, geschehen muss, erhält diese bei der Unterlassung eine Macht über die Person des Verbrechers. So konnte die erwähnte Notwendigkeit zivilrechtliche Bedeutung erhalten. *Dann* floss auch der tech-

nische Ausdruck: *damnatem esse* mit der technischen Bezeichnung für persönliche zivilrechtliche Verbindlichkeit überhaupt: *dare (facere praestare) oportet* zusammen.

Wenn wir nun zu der nicht auf Delikt beruhenden zivilrechtlichen Gebundenheit übergehen, so ist zunächst zu bemerken, dass der Ausdruck *obligare* nur für die Verpfändung von *praedes* und *praedia* zugunsten des Volkes selbst technisch gewesen sein kann. Dieser Ausdruck wird in der *lex agr.* (a. 111 v. Chr.) 47,48 u. 74 ebenso wie in der *lex Malac.* (81 n. Chr.) IV,11,27,33,34,38 angewandt. In diesem Falle hatte das Volk eine rechtliche Macht über die *praedes* als *Pfänder*, also als *Sachen*, und in Zusammenhang damit über verpfändete *praedia*, wenn der *manceps*, der vom Volke etwas gekauft oder gemietet hatte, die Prästation, die er übernommen hatte, nicht vollzog. Hier war es sogar hinsichtlich der *praedes*, trotzdem sie Bürger waren, unmöglich, den für persönliche Verbindlichkeiten geltenden technischen Ausdruck: *dare facere praestare oportet* zu gebrauchen. Sie waren nämlich in dem erwähnten Verhältnisse rechtlich nicht als Personen zu betrachten, die eine Handlung vorzunehmen hatten, sondern als Dinge, die sich der Staat unter der angegebenen Bedingung zueignen und verkaufen konnte. Man beachte nun auch, dass, wenn eine persönliche Verbindlichkeit ausnahmsweise in erhaltenen Gesetzesfragmenten wirklich durch *obligatum esse* bezeichnet wird — so nur in *lex Rubria II*, 34 und in *lex Iulia Papia* 13 —, diese Gesetze zur spätesten republikanischen oder der Kaiserzeit gehören. Ferner hat in der vorliegenden Frage die Tatsache die grösste Bedeutung, dass es *keine* prozesuale Form für ein obligationsrechtliches Verhältnis gibt, in welcher das Wort *obligare* vorkommt. In der *legis actio* wird gesagt: *aio te mihi dare oportere* (*Val. Prob.* 4,1), und wenn der Grund angegeben wird, wird auf die bestimmende Rechtstatsache hingewiesen: z. B. *aio te ex sponsione mihi dare oportere* (so im neuen *Gaiusfragm.*) Dasselbe gilt *mutatis mutandis* für den Formularprozess. Es ist dann völlig offenbar, dass solche *Termini* wie *obligare*, *obligatio*, *uinculum* auch nicht für zivilrechtliche persönliche Verbindlichkeiten auf Grund eines Vertrages ursprünglich oder technisch sind, sondern nur später mögliche Bezeichnungen für die Situation, deren technische Bezeichnung das *dare (facere) oportet* ist. Diese technische Bezeichnung bedeutet, dass eine gewisse Person eine *unsichtbare* Macht über eine andere hat, von der sich letztere durch eine gewisse Prästation lösen muss, wenn sie sich nicht zu einer äusseren Macht über die Person oder ihr Vermögen entwickeln soll. Die anschauliche Grundlage dieser unsichtbaren Macht bietet ein gewisser *äusserer Akt*, z. B. *sponsio: ex sponsione mihi . . . dare oportet*. Mutmasslich beruht die Bezeichnung durch *obligare* auf Übertragung des pfandrechtlichen Verhältnisses, für welches wirklich *obligatum esse* der technische Ausdruck ist. In diesem Falle handelt es sich

keineswegs um eine Umschreibung eines Verhältnisses, das ursprünglich in anderer Weise zu bezeichnen ist. In der *lex Mal.* hat der Ausdruck *obligati obligata* für *praedes praedia* seinen beständigen Gegensatz im Terminus: *soluti liberati soluta liberata*, was auf einen festen terminologischen Gegensatz hinweist. Es ist auch bemerkenswert, dass die einzige Stelle, in welcher bei Plautus das Wort *obligare* im rechtlichen Sinne angewandt wird, nämlich *Truc. 214*: *Nam fundi et aedes obligatae sunt ob Amoris praedium* ihre Grundlage in der erwähnten Verpfändung von *praedia* hat. Man vergleiche *lex agr. 74*: *nisei praedium . . . ob eum agrum locum in publico obligatum erit . . .* Unter dem im Gesetze besprochenen ‚*praedium*‘ sind *domus* und *ager* zu verstehen: Pseudo-Asconius in *Cic. in Verrem 11,1 § 142*. Hier kann nun, wenn man die entschiedene Tendenz der alten Römer, angenommene unsichtbare Kräfte an das sinnlich Anschauliche anzuknüpfen, berücksichtigt, wirklich vermutet werden, dass ein physisches Binden vorgekommen ist und dass der Gedanke an eine unsichtbare Gebundenheit, d.h. an die rechtliche Verfügungsmacht des Volkes über das Verpfändete, an solches Binden angeknüpft worden ist. Es liegt besonders nahe, die *praedes* als eine Abart von Geiseln aufzufassen, die das Volk für die Leistungen empfängt, die der *manceps* übernommen hat — um so mehr, als der *manceps* selbst nur so rechtlich obligiert wird, dass er als sein eigener *praes* fungiert. (Festus u. *manceps* p. 151 M.) D.h. die Gültigkeit des Kauf- oder Mietaktes des *manceps* hat in der Verpfändung der *praedes* (und *praedia*) ihre alleinige Grundlage. Dass aber ein Geisel im gewöhnlichen Sinne wirklich gebunden übergeben wurde und dass die *praedes* als eine Abart von Geiseln ursprünglich wenigstens symbolisch gebunden wurden, ist wahrscheinlich. Auf die *praedia* der *praedes*, die zugleich mit den *praedes* verpfändet werden, ist die Bezeichnung ‚*obligata*‘ von den persönlichen *praedes* als ‚*obligati*‘ übertragen worden.

Es ist schon bemerkt worden, dass der Ausdruck *obligatus furti* dasselbe wie *furti (actione) tenetur* bedeutet. Dies kann dahin verallgemeinert werden, dass, wenn wir von der Anwendung des Wortes *obligare* auf die Verpfändung der *praedes* und *praedia* absehen, dasselbe, was das Zivilrecht betrifft, sich immer auf Unterwerfung unter eine *actio* bezieht. Nur so ist die Ausdrucksweise verständlich: *obligamur actione*, z. B. *mandati*. Siehe *V. I. R. v. actio*. Sogar das Unterworfensein unter eine prätorische *actio* kann durch *obligatus honoraria actione* bezeichnet werden: *Ulp. D. 13,5,1,8*. Die fragliche Unterwerfung, die prinzipiell durch Vertrag oder Delikt, wenn es sich um eine *civilis actio* handelt, konstituiert wird, kann durch eine gewisse Zeitfrist oder eine Bedingung restringiert sein. Wenn sie aber aktuell ist, hat sie ihren technischen Ausdruck in: *dare facere praestare oportet*, wobei, wie ich *Röm. Obl. I. S. 531 ff.* nachgewiesen habe, ‚*oportet*‘ sich auf das notwendige Lösungsmittel

von der Macht des Gläubigers bezieht. Dann ist natürlich für die Art der ‚obligatio‘ die Art dieser Macht selbst bestimmend. In dieser Hinsicht muss man zwischen der Zeit vor der lex Poetelia (ung. 428/326) und der nach derselben lex unterscheiden. Obgleich, wie ich besonders Röm. Obl. I S. 383 ff. nachgewiesen habe, der *nexus*, welche Rechtskategorie durch die lex Poetelia zu gelten aufhörte, keineswegs der von Schuld Belastete als solcher war — *nexus* wurde man *ob aes alienum*, d. h. auf *Grund* einer nicht zu rechter Zeit eingelösten, schon vorhandenen Schuld —, und obgleich der Schuldner, nachdem er vor den Prätor geführt worden war, wenn er sich nicht einem *iudicium* in der Sache unterwarf, oder wenn er 30 Tage vorher seine Schuld anerkannt hatte, in diese Stellung durch einen besonderen *Nexumakt* — einen Akt *per aes et libram* — kam, und daher der *nexus* nicht ohne weiteres als eine physisch gebundene Person bezeichnet werden darf, sondern das Wort eine gewisse Rechtsstellung impliziert, so gehörte doch zur rechtlichen Macht des Gläubigers über ihn, dass er physisch gebunden werden *können* sollte. Livius berichtet nämlich 8,28 in fine, dass zur Abschaffung des „*ingens uinculum fidei*“, das die *Nexusinstitution* einschloss, das Gesetz gehörte: *ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in neruo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*. Dieses Recht (zugleich mit dem Rechte, den *nexus* als Sklaven dienen zu lassen, bis er die Schuld einlöste) war daher für die *nexus*-Stellung kennzeichnend. Obgleich auch nach der Abschaffung durch die lex Poetelia der Gläubiger den Schuldner in ein *privates Gefängnis* setzen konnte, durfte er ihn nicht mehr in *Fesseln* schlagen und ihn als Sklaven dienen lassen. Statt dessen sollten nun seine *bona* mit Beschlagnahme belegt werden. Dann indiziert wirklich die Stellung, die der *nexus* als solcher einnahm, dass die Bezeichnung vom Gedanken an eine physische Bindung als *Inhalt* des fraglichen Rechtes her stammt und dass der zur Konstituierung als *nexus* gehörende Akt *per aes et libram* deshalb als ein *nectere* oder *nexum* bezeichnet wurde. Es scheint auch, als ob *dieses* *nectere*, wodurch die *Nexusstellung* konstituiert wurde, für die Bezeichnung des Aktes *per aes et libram*, durch welchen eine Schuld *begründet* werden konnte, als *necti* bestimmend gewesen ist, und dass die zur Zeit Ciceros gewöhnliche Bezeichnung des *Manzipationsaktes* selbst als ein *nexum* auf einer späteren Ausdehnung der Bezeichnungsweise auf alle Akte *per aes et libram* beruht. Nach Varro l. l. 7, 105 hatten Manilius und Qu. Mucius verschiedene Ansichten in der Frage, ob das Wort *nexum* bei den Alten auch auf den *Manzipationsakt* anzuwenden war. Varro selbst schliesst sich der Meinung des letzteren an, dass dies nicht der Fall war. Nach der lex Poetelia aber gab es kein Recht des Gläubigers, den Schuldner zu *fesseln*. Es ist dann auch klar, dass die rechtliche Macht des Gläubigers, von welcher sich der Schuldner nun zu lösen hatte, nichts mit physischer Bindung zu tun

hatte. Nun lag diese Macht wesentlich in der *possessio bonorum*. Die Anwendung des Wortes *obligare* auf schuldrechtliche Verhältnisse gehört indes erst zu dieser Zeit. Tatsächlich kann eine solche Anwendung des Wortes erst für die spätrepublikanische Zeit belegt werden. Der Zeit des Plautus und des Terentius ist die Bezeichnungsweise *völlig* fremd. Hieraus ergibt sich, dass die fragliche Anwendung des Wortes *obligare* keineswegs auf den Gedanken an eine physische Bindung als Folge der Nichteinlösung der Schuld hinweist. Es hat hier ausschliesslich metaphorische Bedeutung, wenngleich, wie gesagt, seine Anwendung in solcher Weise wahrscheinlich auf einer Übertragung der Bezeichnung der *praedes* als *obligati* beruht, und in *diesem* Fall, in welchem das Wort ein *term. techn.* ist, die Grundlage wirklich ein physisches Binden gewesen ist. Die fundamentale Verschiedenheit der Bedeutungen des *nectere* und des *obligare*, auf den Schuldner angewandt, tritt besonders scharf darin hervor, dass der der Macht des Gläubigers Unterworfenen vor der *lex Poetelia* als solcher *nexus* genannt wird, nach derselben aber *niemals* als *obligatus* bezeichnet wird.

Das Ergebnis einer wirklichen Untersuchung der Quellen ist daher, dass weder *nectere* noch *obligare* ursprüngliche Bezeichnungen für eine rechtlich religiöse Verbindlichkeit oder für eine zivilrechtliche auf Grund eines Delikts gewesen sind, dass als *nectere* der Akt *per aes et libram*, durch welchen ein Schuldverhältnis entsteht, deshalb bezeichnet worden ist, weil der Schuldner, der seine Schuld nicht eingelöst und sich nicht einem *iudicium* unterworfen hat, oder der, welcher 30 Tage vorher die Schuld anerkannt hat, durch einen solchen Akt *nexus* wurde, für welche Bezeichnung wirklich ein physisches Binden die Grundlage ausgemacht hat, dass *obligatus* der ursprüngliche Ausdruck für den dem Volke verpfändeten *praes* gewesen ist, der indes nicht als freie Person rechtlich hervortrat, sondern als eine Sache, den gleichzeitig verpfändeten *praedia* gleichgestellt, und der wahrscheinlich bei der Verpfändung physisch gebunden wurde, dass endlich die Bezeichnung *obligatio* für zivilrechtliche Verbindlichkeit weder ursprünglich ist noch ihre Grundlage in einem wirklichen Binden des Schuldners bei Nichteinlösung besteht. Damit erscheint auch die allgemeine Äusserung LÜBTOWS: „*Nectere* = *obligare* heisst binden, fesseln. Es ist nicht metaphorisch, sondern grob sinnlich, körperlich zu verstehen“ und: „Wie im germanischen, griechischen und babylonischen Recht wurde auch in Rom der Schuldner bei Abschluss des ‚Vertrages‘ (!) ursprünglich gebunden, in Fesseln gelegt. Die älteste *obligatio* ist also ein ‚ferreum uinculum‘ . . .“ als oberflächlich und unwissenschaftlich.

Es ist indes von Interesse zu untersuchen, wie der Verf. die nach ihm anscheinend allein richtige Methode, den ursprünglichen Sinn römischer Bezeichnungen auf dem rechtlichen Gebiete zu bestimmen, nämlich

Vergleichung mit anderen Rechten, wirklich anwendet. Um die Urbedeutung des obligare als ein physisches Binden zu begründen und damit seine Behauptung zu stützen, dass „auch in Rom der Schuldner bei Abschluss des ‚Vertrages‘ ursprünglich gebunden wurde“, führt er u. a. das babylonisch assyrische Recht an und beruft sich dabei S. 241¹ auf KOSCHAKER, *Babyl. Assyrisches Bürgerschaftsrecht* S. 113 ff., 128, 131. Hier wird indes nur abgehandelt, dass der Ausdruck für Darlehensschuld *i'iltum* eigentlich eine „Haftung“, sei es einer Sache als Pfand, sei es des Leibes des Schuldners, bedeute und dass es sich dabei um ein „Binden“ handle. „Die Haftung ‚ergreift‘ bei Nichterfüllung der fälligen Schuld ‚den Schuldner‘ in dem Sinne, dass nunmehr der Gläubiger den Schuldner ergreifen, packen kann. Dafür spricht ja auch die Etymologie des Wortes, das von *ḫss* ‚binden, fesseln‘ abzuleiten ist und ‚Bindung, Verstrickung‘ bedeutet, ein Ausdruck, der vielleicht ursprünglich wörtlich von der Fesselung des Schuldners zu verstehen ist.“ (S. 131.) Wenn das Wort „Haftung“ im angegebenen Sinne bedeutet, kann es ja nicht ein physisches Binden des Schuldners beim *Abschluss* des Darlehensvertrags ausdrücken. Denn ein solches soll ja „nur bei Nichterfüllung der fälligen Schuld“ rechtlich möglich sein, obgleich die Bezeichnung der Haftung von dieser eventuell eintretenden Möglichkeit herkommen soll. Die hier gegebene Erklärung aber stimmt sachlich mit der vorher gegebenen Erklärung des Ausdrucks *nectere* (nicht obligare) bei den Römern überein. Es ist nur zu bemerken, dass, wengleich auch ein *pignus* für eine Darlehensschuld ebenso wie der Leib des Schuldners „haften“ kann, dieser selbst doch niemals als ein *pignus* hervortritt, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil er sich immer selbst durch Handlung im eigenen Namen von der Macht des Gläubigers lösen kann, was für ein *pignus* unmöglich ist, das immer als eine *Sache* behandelt wird, die keine Rechtshandlung als eigene Handlung vornehmen kann. Der *praes* wurde wirklich als ein persönliches Pfand zugunsten des Volkes betrachtet. Er konnte aber ganz sicher als solches sich selbst nicht durch Handlung im eigenen Namen lösen. Nur durch Eintreten *in die Stelle des manceps* konnte er sich selbst befreien, ebenso wie der *manceps* sich nicht als *Pfand* für sich selbst ‚idem praes‘ befreien konnte, sondern nur als *manceps*, obgleich er, wenn er sich nicht löste, auf dieselbe Weise wie ein aussenstehender *praes* behandelt werden sollte. Eine solche Stellung aber nahm der Schuldner in privatrechtlichen Verhältnissen nicht ein, was besonders gerade hinsichtlich der *Nexumschuld* direkt bezeugt ist. In der *imaginaria solutio* sagt er nämlich bei einer solchen Schuld nach Gaius I,3,174 mit § 173 zusammengestellt — *me . . . a te soluo liberoque*. Wenn möglich noch unvorsichtiger weist der Verf., was das germanische Recht betrifft, auf v. AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht* II S. 60 ff. hin, wo absolut nichts vorkommt, was auf ein Fesseln des Schuldners beim Eingehen

des Vertrags hindeutet. S. 63 wird sogar gesagt: „Das Bild (!) der Gebundenheit ist dadurch motiviert, dass der Obligationsgegenstand zur Genugthuung des Gläubigers, vielleicht auch der Rechtsgenossenschaft erhalten muss, falls diese unbefriedigt werden“ (von mir kurs.).

C. Umgekehrt behandelt MARIER Sav. Z. 37, 1916, S. 353 die Bedeutung des *soluere* im Rechte in ähnlicher Weise. „*Soluere*, ‚lösen‘ ist der Gegensatz zu *obligare* ‚binden‘. Man wird die ursprüngliche Bedeutung des Wortes möglichst konkret zu fassen haben. Also wohl das Lösen der Fesseln eines Häftlings. Der Urfall wäre etwa das Lösen der Fesseln des Geisels gewesen, der sich in der Gewalt des Gläubigers befand, oder man denke an den gefesselten *iudicatus*, den der Gläubiger an drei aufeinanderfolgenden Markttagen auf das *comitium* führt, damit ihn ein Dritter auslöse (Gellius 20,1,46 f.). Daraus folgt aber, dass *solutio* ursprünglich Drittlösung, Drittzahlung gewesen sein muss (!).“ Nun ist der technische Ausdruck für die Leistung eines *uotum* seitens des *uoti damnatus* dieser: *se exsoluere liberareque religione*. Dass die Sitte, sich durch *uota* zu obligieren, uralte ist, wird wohl nicht bestritten werden können. Livius lässt schon Romulus in Kriegsgefahr ein *uotum* zu Jupiter sprechen (1,12,6). War nun der *uoti damnatus*, der der *populus Romanus* selbst sein konnte, als solcher in Fesseln gelegt? War es ein Dritter, der diese Fesseln löste?? Nach tab. 3,3, die sich auf die von Gaius 4,21 abgehandelte *manus iniectio iudicati*, nach ihm durch die XII Tafeln eingeführt, bezieht, ist die Möglichkeit für das *ducere* zum Fesseln des *iudicatus* negativ dadurch bedingt, dass dieser selbst nicht *iudicatum facit* und auch kein *uindex* hervortritt, der *manum depellit*. Wie geschieht nun dieses *iudicatum facere* seitens des *iudicatus* selbst, welches voraussetzt, dass er noch nicht gefesselt worden ist, obgleich er der rituellen *manus iniectio* unterworfen worden ist? Darüber berichtet Gaius 3,174 mittelbar durch die Ausführung der Formel für die *imaginaria solutio per aes et libram*, zu welcher folgende Worte gehören: *me eo nomine a te soluo liberoque*. D. h. wenn ein reales *iudicatum facere* geschieht, übergibt der *iudicatus* die Judikatssumme unter Aussprechen dieser Worte. Da dies nun in einem Akt *per aes et libram* vor sich gehen muss, der, wenn schon *manus iniectio* stattgefunden hat, vor dem Prätor erfolgt, bedeutet die *solutio*, dass der *iudicatus* sich frei *kauft*. Wie ist dies mit der angenommenen Notwendigkeit einer „Drittlösung“ vereinbar? Und wie kann eine solche in unserm Falle eine Lösung von den Fesseln des *iudicatus* implizieren, da dieser sich noch nicht im Hause des Gläubigers befindet, wo die Fesselung stattfinden soll? Der Verf. will die Annahme dieser „Drittlösung“ auf die von Gellius angeführte Fortsetzung desselben Gesetzes stützen, wobei er den Anfang des Gesetzes beiseitelässt, wo die Möglichkeit einer eigenen Lösung des *iudicatus* vorausgesetzt wird. In Wirklichkeit handelt es sich in der Fortsetzung nur um ein mögliches

pactum mit dem Gläubiger, das auch durch eine dritte Person zustande kommen kann, also gar nicht um eine Lösung der Iudicatusschuld, noch weniger um eine Lösung von den Fesseln durch einen Dritten. Wenn der Gläubiger in einem vom Gesetze als gültig anerkannten *pactum* mit dem iudicatus selbst oder mit einem Dritten vereinbart hat, dass er ersteren gegen eine gewisse Leistung der anderen Partei freilassen wird, muss er natürlich selbst die Fesseln lösen, wenn diese Partei die übernommene Leistung vollzieht. Ein Dritter kann wirklich den iudicatus befreien, keineswegs jedoch durch die Lösung von Fesseln, nämlich als *uindex*, *ehe* noch die wirkliche Fesselung geschehen ist. Als solcher nimmt er den rituellen Akt: *manum depellere* (scil. creditoris) vor, wobei ein eigenes rituelles *manum inicere* des *uindex* auf den iudicatus statt des *inicere* des Gläubigers erfolgt. D. h. der iudicatus kommt nun unter die rechtliche Macht des *uindex*, der indes dann als Gegenleistung selbst die Iudicatusschuld einlöst, wenn er nicht das Vorhandensein dieser Schuld bestreitet, was er — nicht der iudicatus selbst — nach Gaius 4,21 kann, in welchem Falle er pro se agit, mit der Gefahr, dass er, wenn er eine wirkliche Schuld bestreitet, das duplum bezahlen muss. (Letzteres geht daraus hervor, dass nach der Abschaffung der *manus iniectio iudicati*, nach welchem Zeitpunkt der iudicatus selbst statt eines *uindex* die Schuld bestreiten darf, der iudicatus bei Leugnung einer *wirklichen* Schuld der Duplierung unterworfen wird: Gaius 4,9 u. 171, Paulus Sent. 1,19,1.) Nachdem der *uindex* den Akt *manum depellere* vorgenommen hat, löst *sich* der iudicatus von dem neuen Machthaber durch eine von diesem zugelassene *imaginaria solutio per aes et libram*. Diese Darstellung der Funktion des *uindex* kann in *allen Stücken* auf die klare Erzählung bei Livius 6,14,3 ff. über das Auftreten von M. Manlius — dem Retter des Kapitols — als *uindex* 369/385 gestützt werden, welche mit der Schilderung derselben Funktion bei Gaius und Gellius durchaus übereinstimmt. Die betreffenden Darstellungen vervollständigen nur einander. Manlius springt *medio foro* hervor und sieht, wie ein Centurion, der *iudicatus pecuniae* war, fortgeführt wird: *cum duci uidisset* . . . Er nimmt selbst (vor dem Prätor) die *manus iniectio* auf den iudicatus vor — *manum iniecit* — unter dem Rufe, dass er das Capitolium vergebens gerettet hätte, wenn er seinen Mitkämpfer gegen die Gallier ohne Eingreifen in *seruitutem ac uincula duci* liesse. *Inde rem creditori palam populo soluit libraeque et aere liberatum emittit* (scil. ductum). Hier handelt es sich also um eine *imaginaria solutio* des iudicatus mit der Formel: *me a te soluo liberoque*. Dies bedeutet, dass auch der *uindex* selbst nicht als ein *Dritter* den iudicatus befreit. Er befreit, nachdem er *selbst der neue* Gewalthaber geworden ist, durch das fiktive Empfangen der Bezahlung in Verbindung mit der Erklärung des iudicatus: *me a te soluo!* Zum mindesten handelt es sich um eine Lösung von Fesseln, welche der iudicatus bei der Gelegenheit nicht trägt! D. h. die An-

nahme MAIERS von einer Lösung angelegter Fesseln als der ursprünglichen Bedeutung von *soluere* in der Rechtssprache widerstreitet sogar von ihm selbst angeführten Zeugnissen und muss auf derselben verkehrten, angeblich völkerpsychologisch notwendigen Voraussetzung beruhen, die man bei LÜBTOW wiederfindet.

Meine These über den *nexus* als eine *Rechtsstellung* einschliessend, die durch einen Akt *per aes et libram* (*nectere*) mit dem vor den Prätor geführten Schuldner nach dem Befehl des ersteren entsteht und die als die Rechtsfolge eines nicht eingelösten *aes alienum* zu betrachten ist (wenn nicht ein Judikat dazwischenkommt), kann nicht widerlegt werden. Sie fusst nämlich auf zahlreichen übereinstimmenden Quellenstellen bei Cicero, Aelius Gallus, Varro, Livius und Gellius. (Die These schliesst nicht aus, dass zum *Inhalte* der Rechtsstellung des *nexus* ein wirkliches Binden gehört und dass die *Benennung* *nexus* davon her stammt.) KUNKELS Versuch einer Widerlegung, der gegen mich angeführt zu werden pflegt, beruht auf einer offenbaren Missdeutung der Worte in tab. 3.2 *Manus iniectio esto. In ius ducito*, die er als eine eintretende *legis actio per manus iniectioem* bezeichnend auffasst, die auch den *confessus* treffen soll, obgleich eine *legis actio* (ausser im Falle *pignoris capio*) nur vor dem Prätor geschehen kann (Gaius 4,29), hier aber die *ductio in ius* nachher stattfinden soll. (Siehe unten Beilage 25.) KUNKEL beruft sich indes immerhin wirklich auf eine Quelle. Wenn man aber, von fehlerhaften völkerpsychologischen Annahmen ausgehend, die ursprüngliche Bedeutung der *Nexusstellung* gegen klare Zeugnisse bestimmt, so begnügt man sich mit Phrasen, die nichts mit Wissenschaft zu tun haben.

Beilage 24.

Über die mala fides superueniens.

ALBERT LEVET hat in einem Aufsätze: *De l'effet interruptif de la mala fides superueniens en matière d'usucapion pro donato* R.H.D.12, 1933 S. 1 ff. u. a., meine Darstellung in Röm. Obl. S. 145—162 widerlegen wollen, in der ich besonders gegen ZANZUCHI zu beweisen versucht habe, dass niemals im klassischen Rechte, auch nicht im Falle *possessio pro donato*, bei Usukapierung *mala fides superueniens* Relevanz gehabt hat. Die Argumente des Verf.s für die entgegengesetzte Ansicht sind folgende:

1. Ulp. sagt D.6,2,11,3 *interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignorantibus mihi et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Iulianus ait, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem.* Das Wort *experiar* kann kein

Schreibfehler für *ea pariat* (Cuiacius), sein, weil es in der Bas. vorkommt, wie PERNICE bemerkt hat. Ich habe aber in Übereinstimmung mit letzterem angenommen, dass es interpoliert sei, und habe mich ebenso wie er auf die direkte Äusserung von Iul. D.41,3,33 pr. berufen. Diese Stelle lautet: *non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt, idque ratione iuris introductum arbitror: nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum uel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat.* D. h. die Forderung, dass die fragliche ignorantia über die Zeitpunkte der Zeugung und der Geburt des Kindes ausgedehnt werden soll, kann nicht von Iul. stammen. Indes wendet KARLOWA ein, dass sich die angeführte direkte Äusserung Iulianus, nicht auf den Fortgang, sondern nur auf den Anfang der Usukapierung beziehe. Ich habe S. 155 nachgewiesen, dass dies unmöglich ist, weil die Usukapierung möglich sein soll, wenn man zu dem als vergangen gedachten Zeitpunkte der Zeugung und der Geburt in Unkenntnis war. ZANZUCCHI andererseits behauptet, dass die fragliche Äusserung interpoliert sei, weil aus ihr folgen würde, dass auch bei der usucapio *pro herede* bona fides notwendig sei. Ich wende a. a. O. ein, dass eine ancilla furtiva nicht zu den *res hereditariae* gehören kann, welche allein so usukapiert werden können. D. h. dieser Fall hat nichts mit der Möglichkeit zu tun, eine ancilla furtiva, wenn von dem in der objektiven Furtivität liegenden Hindernis abgesehen wird, zu usukapieren. Eine solche kann, auch wenn bona fide possidiert wird, nicht *pro herede* usukapiert werden. Sogar eine nicht gestohlene ancilla, die sich zwar im Nachlass findet, aber beim Todesfalle nicht dem Erblasser gehört, kann unter keinen Umständen *pro herede* usukapiert werden. Da auch LEVET dies nicht beachtet, ist es angebracht, hier den entscheidenden Beweis hinzuzufügen. Nach der ausdrücklichen Behauptung des Gaius I.2,52 u. 54 ist diese usucapio nur hinsichtlich *res hereditariae* möglich. Dasselbe folgt aus Pomp. D.41,3,29, wo die *possessio pro herede* ganz wie bei Gaius abgehandelt wird. D.41,5,1 sagt Pomp.: *Pro herede ex uiui bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimauerit.* (So nicht bei *possessio pro legato*: Iau. und Pomp. D.41,8,5 u. 6.) E contrario ergibt sich dasselbe aus Pomp. D.41,5,3: *Plerique putauerunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.* „Improba“ kann die *possessio pro herede* nur auf die Weise sein, dass der Possidierende weiss, dass er nicht *Erbe* ist, dagegen nicht auf die Weise, dass er weiss, dass das possidierte Ding nicht zur Erbschaft gehört. Wenn dies nicht der Fall ist, kann er weder bona noch mala fide *pro herede* possidieren und usukapieren.

Was sagt nun LEVET in der vorliegenden Frage? „Et si la forme ,eo

tempore fuerit, quo . . . ignorabat devait faire écarter cette explication⁴ (KARLOWAS), il conviendrait de se rappeler à quelle occasion le passage a été écrit. Le contexte fait défaut, mais selon toute probabilité Julien vient d'exposer que l'acheteur de bonne foi peut usucaper le part. Il ajoute immédiatement que ce n'est pas là un privilège de *l'emptor bonae fidei*, mais le droit commun de tous ceux qui possèdent *ex ea causa quam usucapio sequi solet*. Cette large formule englobe tous les ayants cause, et l'on comprend que le jurisconsulte dans une étude générale n'ait pu que formuler une règle générale s'appliquant à tous les possesseurs de la mère. Le point essentiel pour Julien est de démontrer que l'usucapion est possible chez d'autres que l'acquéreur de bonne foi; n'étudiant pas particulièrement l'usucapion *pro donato*, il a formulé une règle générale qui, comme le sont souvent les règles générales, est trop large. Remarquons d'ailleurs que, à supposer même que *l'usucapio pro donato* n'obéisse pas à des règles particulières, la formule serait encore trop large. Prenons le cas d'usucapion *pro herede*, la bonne foi est elle nécessaire? Certainement non, et cependant Julien, qui traite au paragraphe suivant de la possession *pro herede*, déclare *generaliter* que toujours il faut que la conception et l'accouchement aient eu lieu chez un possesseur de bonne foi." (S. 18—19.) Der Irrtum, der die letzten Sätze veranlasst, wurde schon erwähnt. Hier ist nur hinzuzufügen, dass, gerade weil Iul. im folgenden Paragraphen die *possessio pro herede* abhandelt und daher seine Aufmerksamkeit auf diese gerichtet ist, es unmöglich ist, dass er diese in dem vorhergehenden allgemeinen Satze nicht ausgenommen hätte, wenn sie wirklich auszunehmen wäre. Was nun die *donatio* betrifft, ist es, wenn die Worte „*quo experiar*“ echt sind und sich auf die Usukapierungsmöglichkeit beziehen, ebenso eigentümlich, dass *Ulp.* in seinem Berichte über Iul. D.6,2,11,3 u. 4 keinen Widerspruch findet zwischen der speziellen Äusserung in § 3, wo ausser dem Falle b. f. emptio der Fall *donatio* unter *ignorantia* des Empfängers erwähnt wird und wo die umstrittenen Worte vorkommen, und dem § 4, wo die generelle Darstellung referiert wird, die D.41,3,33 direkt aus Iul. Dig. 44 angeführt wird. Das Ulpianische Referat in 4 lautet: *Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiua non esset* (bei Iul. selbst: *ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex . . . obstaret*) *ex ea causa partum me usucapere, si furtiuam esse matrem ignorabam* (bei Iul. selbst: *ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtiuam esse matrem eius ignorabat*). Die Worte bei *Ulp.* beziehen sich offenbar auf diese Äusserung von Iulianus. Kann ein römischer Jurist so inkonsequent sein, dass er erklärt, dass in einem gewissen Falle die Regel nicht gilt, und unmittelbar danach, dass sie immer gilt??? Hierzu kommt, dass, wenn nicht in § 3 die Worte: „*quo experiar*“ als interpoliert gestrichen werden und für „*ignorem*“ „*ignorabam*“ gesetzt wird, *Ulp.*

nichts von der allgemeinen von *Iul.* aufgestellten Bedingung sagt, dass ignorantia dann vorhanden gewesen sein muss, als das Kind konzipiert und geboren wurde. Weder in § 3 noch in § 4 wird etwas davon gesagt, wenn wir den überlieferten Text als echt betrachten. Wenn man aber in § 3 liest: Interdum tamen, licet furtiua mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, si eo tempore (scil. cum conceperit et pepererit) furtiuam esse matrem ignorabam, wird es verständlich, dass Ulp. in § 4 bei der Formulierung der allgemeinen Regel die Forderung der Unkenntnis zur selben Zeit nicht erwähnt. Das ist dann überflüssig.

Nun zeigt es sich auch, dass wenigstens an einer Stelle der Dig. die Kompilatoren einen Zusatz gemacht haben, nach welchem es auch bei bonae fidei *emptio* notwendig sein soll, dass man bei der Anstrengung der *Publiciana* in bona fides sein muss. Das allgemeine Edikt über die *Publiciana* kann aus Gaius I.4,36 in Verbindung mit Ulp. h.t. 1 pr. abgeleitet werden: Bei Gaius heisst es: datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit. Bei Ulp.: Si quis id quod traditur ex iusta causa [non a domino] et nondum usucaptum petet, iudicium dabo. Die Worte non a domino, die sich bei Gaius nicht finden, sind ganz offensichtlich von den Kompilatoren eingeschoben, weil sie kein besonderes Eigentum in bonis annehmen, das dagegen zu Gaius' Zeit vorhanden war und bei welchem die Sache, auch wenn sie vom dominus übergeben war, durch Possidierung usukapiert wurde (Gaius I.2,41, vgl. 3,80). Abgesehen von den erwähnten Worten müssen die Worte des Prätors im allgemeinen Edikte bei Ulp. als richtig angegeben angesehen werden, da sie inhaltlich völlig mit Gaius 4,36 übereinstimmen. Die Formulierung LENELS, Ed.³ S. 170 *widerstreitet* der bei Gaius. Das fragliche Edikt hat jedoch *nicht nur* diese allgemeine Formulierung gehabt. Zunächst ist folgende Äusserung von Neratius D.h.t.17 zu beachten: Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur . . ., sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat (quam quilibet alius praeter dominum, si rem habeat nach B Σ). Hieraus folgt, dass die Publ. ursprünglich wegen des *bonae fidei emptor* eingeführt worden ist. Wenn man dies nun damit zusammenstellt, dass Ulp., nachdem er im 16. Buche ad ed. das allgemeine Edikt (h.t. 1,3,5 und 7 bis zum § 11) abgehandelt hat, in diesem Paragraphen sagt: Praetor ait: qui bona fide emit und danach diese prätorische Äusserung besonders kommentiert (bis zum Ende der l. 7, ferner l. 11 und l. 14), muss angenommen werden, dass der Prätor wirklich in sein Edikt eine spezielle Bestimmung für den bonae fidei emptor, die die Worte: qui bona fide emit enthält, aufgenommen hat und dass diese Bestimmung sogar der ursprüngliche Inhalt des Edikts gewesen ist. Die Behauptung LENELS S. 171—172, dass es sich hier um die formula für

actio Publ. handeln soll, ist nachweislich falsch. Wenn sich die formula auf *Kauf* eines Sklaven bezieht, lautet sie ja nach Gaius: *iudex esto. si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius esse oporteret et rel.* Hier kommen *weder* die Worte *bona fide emit* *noch* die Worte *ex ea causa ei traditus est* vor. Weshalb? Offenbar, weil sie überflüssig sind. Wenn nach dem Kauf und der Tradition der Sklave ein Jahr lang besessen worden ist *und* dies Usukapierung mit sich gebracht hat, müssen der Kauf bzw. die Übergabe derart gewesen sein, dass Usukapierung durch den fort-dauernden Besitz eintreten konnte. Ferner: wie ist es denkbar, dass Ulp. lange Erörterungen angestellt hätte, die sich speziell auf die *formula* für Kauf beziehen, welche mit der für Tradition auf Grund anderer *causae* identisch gewesen sein muss, obgleich ein anderes Wort als *emit*, z.B. *donavit*, dann angewandt worden ist? *Immer* soll ja, wie Gaius sagt, *usucapio fingitur* werden. Die *einzig* Möglichkeit, dies zu verstehen, ist die, dass der Prätor eine spezielle Bestimmung hinsichtlich des Kaufes für die Publ. gegeben hat. Die allgemeine Bedingung für Usukapierung und dann auch für die Publ. bei Tradition war, zu GAIUS' Zeit die, dass man bei der Tradition glaubte, dass der Tradierende *dominus* sei. So Gaius I.2,43. Aus § 49 geht indes hervor, dass bei Kauf auch der *Vertrag* selbst *bona fide* seitens des Käufers eingegangen sein muss. *Dies* wurde durch die fragliche spezielle Bestimmung festgestellt. Dieselbe hat, wenn Gaius' und Ulpianus' Äusserungen berücksichtigt werden, ungefähr so gelautet. *Si qui bona fide emit rem sibi ex ea causa traditam et nondum usucaptam petet, iudicium dabo.* *Dieses* Edikt kommentiert Ulp. von § 11 an. Er sagt dort: *non igitur omnis emptio proderit, sed ea quae bonam fidem habet.* Wenn der *Verkäufer* in *dolus* sei, spiele dies jedoch keine Rolle. In § 12 wird festgestellt, dass, wenn derjenige, den ich beerbt habe, *bona fide* gekauft hat, mein *dolus* irrelevant ist und umgekehrt. In § 13 wird gesagt, dass, wenn mein Sklave gekauft hat, *sein* *dolus*, nicht der *meine*, Bedeutung hat. In § 14 wird auf den Schluss, den POMPONIUS aus der Äusserung des Prätors gezogen hat, hingewiesen. *Publiciana tempus emptionis continet, et ideo neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio uidetur.* D.h. der *dolus* *malus* bei der *Tradition* ist irrelevant. In § 15 fügt Ulp. hinzu, dass (nach Pomp.) nur die *bona fides* des Käufers Bedeutung hat. In § 16 zieht Ulp. die Folgerung aus dem Standpunkt des Pomponius: *Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit.* Also: nur eine *bonae fidei emptio* und *traditio ex causa emptionis* ist nach Pomp. für die Publ. erforderlich. Dass aber bei der Tradition bei *bona fides* vorliege, sei nicht erforderlich. Hiermit ist die demselben Buche

ad. ed. von Ulp. D.41,3,10 pr. zugeschriebene Angabe zusammenzustellen; Si aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis. et optinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectandum. Es ist wahr, dass die Äusserung korrumpiert sein muss. Sowohl der Ausdruck *emptionis* initium als der *traditionis* initium ist sinnlos. (In Pap. D.41,3,44,2 sind die Worte: non contractus initium, die den Zusammenhang entstellen, interpoliert.) Man beachte auch den Widerspruch: einerseits si aliena res bona fide empta sit, andererseits die Gegenüberstellung: *utrum* emptionis initium, ut bonam fidem habeat exigimus(!) an traditionis initium. Dass die Meinung siegte, dass sowohl der Kauf als die Tradition bona fide geschehen müsse, ist sicher. Hierüber alsbald. Indes besteht kein Anlass, die *tatsächliche* Richtigkeit der Angabe zu bezweifeln, deren *Sinn* auf alle Fälle klar ist. Die Kompilatoren haben mutmasslich nach einer bestimmten Quelle referiert, ohne den Worten des Textes zu folgen. Aus welchem Grunde hätten sie in diesem Falle eine unrichtige *historische* Angabe machen sollen? Es handelte sich hier ja nur um einen Bericht über den *Ursprung* der in der *klassischen* Jurisprudenz siegenden Meinung. Indes folgt daraus e contrario, dass die *Prokulianer* aus dem prätorischen Edikte den Schluss gezogen haben, dass die bona fides *nur* beim Kaufe notwendig sei und dass Pomponius ihnen gefolgt ist. In § 17 fährt nun Ulp. fort: Iulianus libro septimo digestorum scripsit traditionem rei emptae oportere bona fide fieri: ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit (wer? nur der in § 16 besprochene *bonae fidei* emptor kann gemeint sein), Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. *Dies* wurde die herrschende Meinung infolge der besonderen Autorität des Iul. Dass diese Ansicht siegte, folgt teils aus Pap. D.41,3,43 pr., teils aus Paulus D.41,4,2 pr. An letzterer Stelle wird gesagt, dass die Usukapierung bei einem Kauf nicht nur wie in anderen Usukapierungsfällen die bona fides bei der traditio, sondern auch beim Abschluss des Vertrages selbst erfordert. Nun heisst es indessen weiter § 17: nec quisquam putet hoc nos existimare sufficere initio traditionis *ignorasse* rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, sed oportere et tunc bona fide emptorem *esse*. Hier bricht der Ulp. im Vorhergehenden auszeichnende klare Stil ab. Die Herstammung von den Kompilatoren ist offenbar. Wir finden den sinnlosen Ausdruck *traditionis* initium wieder, ebenso den unklassischen Ausdruck *bona fide* emptor für *bonae fidei* emptor (vgl. § 11 und § 16). Hier aber kann auch festgestellt werden, *weshalb* die Kompilatoren den Einschub gemacht haben. Der Anlass *kann* nicht der gewesen sein, dass man die Notwendigkeit der bona fides beim Eingehen des Kaufsvertrages hat hervorheben wollen. Diese Notwendigkeit geht ja völlig klar schon aus der vorhergehenden Ulpianischen Auseinandersetzung hervor, die

die prätorischen Worte: qui bona fide emit kommentieren soll. Dass die Absicht nicht diese gewesen sein kann, ergibt sich nun auch aus dem Wortlaute. Dem Infinitivus perfecti: traditionis initio *ignorasse* steht der Infinitivus präsentis: oportere et tunc bona fide emptorem *esse* gegenüber. D. h. der Sinn ist der, dass es für die Publ. nicht ausreichend ist, bei der Tradition in bona fides *gewesen* zu sein. Man muss auch beim *experiri* Publ. in bona fides *sein*. Dass der Ausdruck et tunc bona fide *emptorem esse* angewandt wird, als ob man nicht nur beim *Kaufvertrage* Käufer wäre, sondern auch *nach* demselben, steht in vollständiger Übereinstimmung mit der Ausdrucksweise in der gleichfalls interpolierten Stelle D.41,3,10 pr., wo über *emptionis initium* gesprochen wird. Man beachte indes, dass damit die Justinianer gar nichts in *der* Frage gesagt haben, ob mala fides superueniens der *Usukapierung* schaden kann. Sie haben nur *ausser* der Usukapierungsmöglichkeit eine gewisse Bedingung für die Publ. sogar bei Kauf aufgestellt, nämlich, dass man beim *experiri* in *bona fides* ist. Dann wird auch der Einschub der Worte: *quo experiar* in Ulp. Iul. D.6,2,11,3 durch die Kompilatoren höchst natürlich. Ebenso klar aber ist, dass sie dabei gar nicht die Absicht hatten, die mala fides superueniens als ein Hindernis für die *Usukapierung* bei Donation zu bezeichnen. Sie wollten damit nur ausdrücken, dass für die Publ. bona fides bei der Anstrengung dieser Aktion notwendig war, ebenso wie sie auch beim Kaufe für die Publ. notwendig ist. Sie übersahen nur, dass infolge der die *Usukapierung* berührenden Generalisierung im nächsten Paragraphen die Worte als sich auch auf die Usukapierung beziehend hervortraten. Dadurch entstand ein Widerspruch, der selbst ein Indiz für Interpolation ist. Es sei indes hinzugefügt, dass, *auch* wenn die Worte trotz des hervortretenden Widerspruchs echt sein sollten, *nichts anderes* daraus hergeleitet werden kann, als dass für die Publ. bei Donation bona fides im Momente des *experiri* nötig war, was nichts mit den Bedingungen für Usukapierung zu schaffen hat.

Endlich ist zu bemerken, dass, *wenn* die Publ. wirklich möglich war, was auch bei Donation der Fall war, der iudex die Formel für dieselbe nicht hätte verwerten können, wenn vorausgesetzt worden wäre, dass mala fides superueniens die Usukapierung verhindert. Die Formel lautete ja nach Gaius I.4,36 für den Fall eines Sklavenkaufs: si quem hominem Aul: Agus emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem . . . eius ex iure Quiritium esse oporteret . . . Dass die Formel in anderen Fällen eine andere Struktur hatte, ist undenkbar, da *immer* usucapio fingiert werden sollte. Wenn die Possidierung während einer bestimmten Zeit nicht *auf Grund der Anfangslage* im gegebenen Falle als Usukapierungsgrund bzw. Nicht-Usukapierungsgrund bestimmt werden konnte, war der iudex nicht imstande, ein Urteil zu sprechen!! Er hatte zu untersuchen, ob der Aktor, *wenn* er denselben Besitz, wie ursprünglich,

während der Usukapierungszeit behalten hätte, usukapiert hätte. Dies hätte er *unmöglich* entscheiden können, wenn die mala fides superueniens Relevanz in dieser Hinsicht gehabt hätte. Denn auf Grund der Regel: *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, hätte diese mala fides keineswegs den Besitz zu einem anderen gemacht. Eine andere Situation tritt ein, wenn infolge besonderer äusserer Umstände, obgleich keine neue *Besitznahme* stattfindet, die Regel nicht gilt, sondern neuer Besitz vorhanden ist. (Siehe Röm. Obl. I S. 162 ff.) Darauf braucht der iudex keine Rücksicht zu nehmen. Denn *dieser* hat nur danach zu fragen, welche Situation eintritt, *wenn* wirklich *derselbe* Besitz bestanden hätte.

Wenn nun zu allem diesem hinzugefügt wird, dass in 11,3 Donation gar nicht in Gegensatz zu anderen Erwerbsarten als Kauf gestellt wird und dass daher Donation hier nur als Beispiel von anderen Erwerbsarten als *Kauf* dient, welcher allein vor Iul. in unserem Falle Usukapierung möglich gemacht hat, so versteht man, auf welcher schwacher Grundlage der Versuch LEVETS steht, aus § 3 eine besondere Usukapierungsbedingung für *Donation* abzuleiten.

2. In Paulus D.41,3,4,17 u. 18 wird zuerst gesagt, dass nach SABINUS und CASSIUS andere causae als Kauf, wenn es sich um eine ancilla furtiua handelt, unter keinen Umständen Usukapierung des bei dem Empfänger konzipierten und geborenen Kindes möglich machen können. Man beachte, dass Paulus *selbst* nichts hinsichtlich dieser Frage sagt, was um so bedeutsamer ist, als er unmittelbar vorher in § 16 hinsichtlich des besonderen Falles, dass ein Sklave für seine eigene Freiheit eine von ihm gestohlene Sklavin seinem dominus übergibt, die Ansicht dieser Rechtsgelehrten ausdrücklich billigt: *et hoc uerum est*. Es ist deutlich, dass in anderen Fällen die Frage trotz Iulianus' Äusserung D.41,3,33 pr. umstritten war und dass Paulus keine bestimmte Ansicht behaupten wollte. In § 18 aber behandelt er den als möglichen Grund der betreffenden Usukapierung allgemein anerkannten Fall: *emptio bonae fidei* der ancilla furtiua und bestimmt die Bedingungen für Usukapierung in diesem Falle: *Si antequam pariat (scil. die in § 17 besprochene ancilla furtiua) alienam esse rescierit emptor, diximus non posse eum usucapere: quod si nescierit, posse. quod si, cum iam usucaperet, cognouerit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit*. Man hat nun gesagt, dass die letzten Worte darauf hinwiesen, dass in einem *anderen* Falle wirklich mala fides superueniens die Ersitzung unterbrechen sollte, welcher Fall Erwerb durch *Donation* sei. Ich habe gegen diese Auffassung u. a. eingewandt, dass der Hinweis auf die Situation bei *Kauf* natürlich ist, weil es sich ja hier um eine Usukapierung auf Grund eines *Kaufes* handelt und dass der Kauf hier in Gegensatz zu allen anderen möglichen Gründen für Usukapierung in unserm Falle steht, über deren Kraft Paulus sich nicht äussern will. LEVET weist S. 32 im Anschluss an

andere Romanisten auf die Möglichkeit hin, dass die Kompilatoren einen Teil des Textes weggelassen haben. § 18 stehe nämlich in keinem Zusammenhang mit § 17. Der Zusammenhang liegt indes auf der Hand. Ob *andere* Gründe Kraft haben können, entscheidet Paulus (§ 17) nicht. Dass der Kauf Kraft haben kann, ist allgemein anerkannt. Unter welchen Umständen er aber Kraft hat, wird in § 18 unter Hinweis auf ein vorher abgegebenes responsum „diximus“ bestimmt. In § 19 bespricht Paulus einen anderen Fall, in welchem das Produkt eines gestohlenen Dinges auf Grund der *bonae fidei emptio* selbst nicht furtiv werde, wenn es nur beim *bonae fidei emptor* zustandekomme: *lana ouium furtiuarum*. LEVET fährt fort: „Et à supposer même qu'il n'en soit rien, l'explication d'Hägerström ne pourrait être retenue qu'autant que Paul dirait dans le § 18 que l'usucapion du part conçu et né chez un acquéreur de bonne foi est possible, alors qu'elle ne l'est pas si la mère a été acquise à la suite des hypothèses précédemment étudiées (paiement, donation, échange, *datio ob libertatem*).“ Man versteht diese Notwendigkeit durchaus nicht. Danach sagt der Verf.: „Or, Paul ne se demande pas si l'usucapion est possible, mais bien si elle peut être continuée malgré la *mala fides superueniens*. Il ne peut donc pas opposer les deux paragraphes; il ne peut pas dire que la *scientia rei alienae* n'interrompt pas l'usucapion, conformément à ce qui se passe en matière de vente, et par opposition avec les hypothèses du § 17, puisque dans ce même § 17 il vient de nous dire que l'usucapion n'est jamais possible.“ (Dies ist eine unrichtige Angabe. Paulus sagt nichts von der Möglichkeit in diesen Fällen. Ich habe auch gar nicht behauptet, dass es sich um einen *solchen* Gegensatz zwischen den Fällen in § 17 und dem in § 18 handele, sondern nur gesagt, dass ein allgemeiner Gegensatz vorliege, indem der Kauf *für sich* aus dem angegebenen Grunde abgehandelt wird unter Nichtberücksichtigung anderer Fälle, weshalb man nicht durch Zusammenstellung der beiden Paragraphen zu einem *besonderen* Gegensatz der Donation und des Kaufes kommen kann.) „Il faut dès lors, ou bien décider que la phrase *sicut in rebus emptis* est purement pléonastique, ou bien admettre qu'elle établit une antithèse entre la vente (*exempli gratia*) et d'autres opérations qui ne peuvent guère être que celles de donation, puisque c'est seulement pour la donation que nous avons des indices(?) de l'application de l'adage(?) *mala fides superueniens impedit usucapionem*?“ Der Verf. lässt hier bei der Erwähnung der Schlussworte in § 18: *sicut in emptis rebus* ein höchst wichtiges Wort: *placuit* aus. Es ist vorher nachgewiesen worden, dass nach den *Prokulianern* (und auch Pomponius) *initium usucapionis* (d. h. hier *possessionis*) bei Kauf gar nicht der *terminus ad quem* hinsichtlich der erforderlichen *bona fides* ist, wenngleich die Sabinianische Ansicht schliesslich siegt. Deshalb bedeuten die Schlussworte hier: wie es hin-

sichtlich des Kaufes endgültig festgestellt worden ist. *Deshalb* sind sie unter keinen Umständen pleonastisch.

Unter Berücksichtigung dieses „*placuit*“ kommt Paulus *erstens* zu dem Schlusse, dass man nicht, bevor die Sklavin gebiert, in *mala fides* sein darf. *Dieser* Schluss ist jedoch nicht unbedingt notwendig. Denn es könnte ja genügen, dass man bei der Empfängnis des *Weibes* in *bona fides* ist. Dies behauptet auch Pap. D.41,3,44,2. Paulus meint indes, dass der Kauf als *causa* für die Usukapierung des Kindes bestimmend ist. Deshalb müsse das für Usukapierung bei Kauf geltende Prinzip: *initium usucapionis* (*possessionis*) ist *terminus ad quem* auch auf die Usukapierung des Kindes angewandt werden, *obgleich* dieses selbst nicht *gekauft* wird. Dieses Dominieren des Kaufes als *causa* nach Paulus tritt indes, wenn möglich, noch schärfer in dem *zweiten* Momente der Auseinandersetzung hervor. Paulus sagt selbst D.41,10,2, dass wir „*partum hereditariae aut emptae ancillae pro nostro possidemus*“. Pomp. sagt l. 4 pr. dasselbe. Dieser aber kommt von hier aus zu dem Schlusse, dass eine solche *possessio*, auch wenn keine neue Besitznahme stattfindet, trotz der Regel: *nemo sibi causam possessionis mutare potest* in eine *clandestina possessio* übergeht, wenn man später erfährt, dass die *ancilla* gestohlen ist, und nicht den Bestohlenen benachrichtigt, falls man es kann. Hier beruht die Unanwendbarkeit der Regel auf der Unterlassung einer Handlung, die allein in einem solchen Fall Diebstahl verhindern kann. Man beachte nun auch, dass dies nur die Kehrseite eines von Pomp. in demselben Buche ad Sab. 32 aufgestellten Satzes ist, wonach *mutatio causae* für den Dieb ohne neue Besitznahme möglich ist, wenn er die Sache vom *dominus* kauft und sie als von ihm übergeben betrachtet: D.41,3,32 pr. (Es ist indes klar, dass auch nach Pomp. die *Publ.* hinsichtlich des Kindes möglich ist. Denn der *iudex* braucht dabei nur zu untersuchen, ob, falls *derselbe* Besitz bestanden hätte, Usukapierung eingetreten wäre. Wenn aber der Besitz *pro suo* in einen Besitz *pro furtiva* übergeht, besteht nicht mehr derselbe Besitz. Dann aber ist Paulus' Meinung offenbar. *Er* will sagen, dass, *obgleich* die *causa* der Possidierung des Kindes als *pro suo* bezeichnet werden kann, *diese causa* doch nicht für die *Usukapierung* desselben bestimmend ist, sondern die *bonae fidei emptio* der *ancilla* selbst. *Deshalb* hat man nur den für den Kauf einmal festgestellten *terminus ad quem*: *initium usucapionis* zu berücksichtigen. Es ist ja völlig klar, dass, wenn man sowohl *bona fide* gekauft als die Sache *bona fide* empfangen hat, *jede mala fides superueniens* hinsichtlich der Sache *selbst* irrelevant ist. D. h. alles Gewicht liegt darauf, dass der *Kauf* und nichts anderes *causa usucapiendi* ist, *auch* für das Kind, *obgleich dieses* nicht gekauft ist. LEVET nimmt selbst S. 33 A. 1 an, dass Paulus sich hier gegen Pomp. richtet. Um so weniger kann dann der Hinweis auf den für den *Kauf*

festgestellten terminus ad quem überflüssig sein. Über *andere* Fälle will ja Paulus nichts sagen.

3. LEVET kritisiert auch meine Darstellung des prinzipiellen Standpunktes der römischen Juristen. Der Grundgedanke ist nach meiner Darstellung, dass, wenn das Kind beim Diebe oder seinem successor konzipiert wird, es selbst auf Grund der Zusammengehörigkeit zwischen Mutter und Kind eine *res furtiva* wird. Wenn es dagegen beim *bonae fidei* possessor konzipiert und geboren wird, mache sich diese Zusammengehörigkeit nicht in dieser Weise geltend, wenn die *causa possessionis* stark genug ist. Nach dem Verf. soll Usukapierung nur dann wegen Diebstahls unmöglich sein, wenn das Kind seine Existenz bei dem Diebe selbst begonnen hat, in welchem Fall es selbst als wirklich gestohlen zu betrachten sei. Dass es, beim in Unkenntnis befindlichen Erben konzipiert, nicht von diesem usukapert wird, beruhe darauf, dass der Erbe, wie Paulus und Ulp. sagen, mit den persönlichen *uitia* des Erblassers belastet sei. (Hinsichtlich des *Kindes* hat wohl doch der Erblasser *keine* persönlichen *uitia*, wenn dieses nicht einmal bei ihm seine Existenz begonnen hat?) Da indes, auch wenn meine Auffassung in dieser Frage falsch und die LEVETS richtig sein sollte, damit in keiner Weise ein Argument für die Relevanz der *mala fides superueniens* bei Donation gegeben sein würde, besteht kein Anlass, auf die Kritik des Verf.s in dieser Hinsicht näher einzugehen.

4. C. I.7,31,1,3 (531): Hoc tantummodo obseruando, ut in his omnibus casibus ab initio bona fide eam capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et connumeretur in decennium uel uiginti annorum spatium uel triennium, quod in rebus mobilibus obseruandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucratiuo ea coepta est. LEVET liest (S. 33^a) den Text in derselben Weise wie ich (Röm. Obl. S. 157 ff.). Er fasst ferner wie ich die beiden ersten Ut-Sätze als sich auf Singularsukzession beziehend auf, während es sich im letzten Ut-Satze um Universalsukzession handele. „Justinien veut que la prise de possession soit faite *bona fide*, or cette exigence ne se conçoit que pour l'*accessio* et non pour la *successio possessionis*, puisque l'héritier ne fait que continuer la possession du defunt, sans que sa bonne ou sa mauvaise foi soit prise en considération.“ (S. 34.) Iust. überträgt für longi temporis praescriptio geltende Prinzipien auf die von ihm eingeführte *neue* Ersitzung. In I.I.2,6,12 wird gesagt: *Diutina possessio*, quae prodesse coeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum: quodsi ille initium iustum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignorant, possessio non prodest. quod nostra constitutio similiter *et in usucapionibus* obseruari

constituit, ut tempora continuentur. Soweit ist nun die Sachlage klar. Indes entsteht hier die Frage, was unter den Schlussworten zu verstehen ist: licet ex titulo lucratiuo ea coepta est. Ich habe die Ansicht verfochten, dass sie sich nicht *speziell* auf den letzten Ut-Satz beziehen, sondern auf das Ganze. Iust. habe keine nach der klassischen *Ersitzungslehre* bestehende Beschränkung der Ersitzung des Erben im Falle titulus lucratiuus als von seiner eigenen mala fides unabhängig aufheben wollen. Hier gelte ein besonderes ius, nach welchem die Ersitzung durch den Erben unabhängig von *jedem* Besitze desselben vollendet werde. So nach Neratius, Iulianus, Pomp. und Paulus. Es ist nach ihnen nur der Besitz einer anderen Person als des Erben, der die bei dem Erblasser begonnene Ersitzung brechen kann. Der Besitz des Erben ist auch bei seiner Ersitzung gar nicht als eine *Fortsetzung* des Besitzes des Erblassers zu betrachten. Der Besitz des Erben ist selbständig und hat *seine* eigene causa. (Röm. Obl. S. 159—160). Wenn aber in dieser Weise die Ersitzung des Erben auf einem Übergang *des Ersitzungsrechts* des Erblassers beruht, unabhängig von *jedem* Besitze des Erben, ebenso wie der Erbe niemals ersitzt, wenn es dem Erblasser an Usukapierungsrecht fehlt, so ist es unmöglich, dass nach klassischer Jurisprudenz im Falle Donation die Art des Besitzes des Erben Relevanz hatte und dass in dieser Hinsicht die Kompilatoren interpoliert haben. *Auch wenn es möglich sein sollte, wie u. a. der Verf. meint, Spuren einer Forderung von kontinuierlicher bona fides des possessor ex causa donati in Digestatexten zu entdecken, so wäre es doch völlig ausgeschlossen, daraus eine Forderung irgendeines Besitzes des Erben in diesem oder in anderen Fällen herzuleiten.* Nach meiner Darstellung steht der Licet-Satz in Zusammenhang mit einer a. 528 gegebenen Iustinianischen Bestimmung betreffs der praescriptio longi temporis, welche ja für die neue Ersitzung massgebend sein sollte. C.7, 33,11: Super longi temporis praescriptione, quae ex decem uel uiginti annis introducitur, *perspicuo iure* sancimus, ut, siue ex donatione siue ex alia lucratiua causa bona fide quis per decem uel uiginti annos rem detinuisse probetur, adiecto scilicet etiam tempore prioris possessoris, memorata longi temporis *exceptio sine dubio* ei competat nec occasione lucratiuae causae *repellatur*. D. h. es stand vorher nicht fest, dass exceptio longi temporis bei einer causa lucratiua immer Kraft hatte. Die Ungewissheit wird nun *perspicuo iure* aufgehoben. Auf diese Bestimmung bezieht sich der Licet-Satz, der daher vorschreibe, dass bei der Übertragung der erwähnten exceptio l.t. auf die neue Ersitzung keine Rücksicht auf eine causa lucratiua genommen werden soll. Ich habe in Übereinstimmung mit KRÜGER gesagt, dass es sich hier um eine mögliche Gegenwirkung gegen exceptio l.t. durch die Anwendung der lex Cincia gehandelt hat. Natürlich ist der Hinweis auf die lex Cincia nur eine unsichere Hypothese. *Das* aber lässt sich unmöglich bestreiten, dass Iust. erstens in der

Bestimmung v. 531 Prinzipien für exc. l. t. auf die neugeschaffene Ersitzung anwendet, und dass er zweitens drei Jahre vorher jede Beschränkung der Kraft dieser *exceptio* aufgehoben hat.

Was sagt nun LEVET hierüber. Zuerst scheint er S. 36 die Konstitution von 528, wie mehrere Romanisten vorher, so auslegen zu wollen, dass es sich nur um die Möglichkeit für den Donator handele, bei *praescriptio* l. t. die Zeit seines Autors mit seiner eigenen zusammenzurechnen. Diese Auslegung widerstreitet der Ausdrucksweise. Denn dass es sich in jedem Falle um ein vorher mögliches *Zurückschlagen* einer schon entstandenen *exceptio* l. t. handelt, lässt sich unmöglich bestreiten. Der Gedanke ist der, dass gegen einen schon entstandenen Exceptionsgrund ein Einwand, *replicatio*, möglich ist. Wenn Iust. zugleich ein vorher nicht bestehendes Recht, die Zeiten bei einer *causa lucratiua* zusammenzurechnen, durch die Konstitution hat einführen wollen, so berührt dies nur die *Entstehung* einer *exceptio* l. t., nicht die Möglichkeit, die einmal entstandene *exceptio* zurückzuschlagen. LEVET sagt ferner: „D'abord, il est douteux que la phrase ‚*licet . . . coepta est*‘ puisse se référer aux difficultés provenant de la loi Cincia. Justinien nous dit lui-même que la possession ne doit pas être interrompue par la connaissance qu'on pourrait avoir par la suite que la chose appartient à autrui, il ne se demande donc pas si la prescription est possible, mais si la prescription déjà commencée sera interrompue par la *scientia rei alienae*.“ Diese Äusserung beruht auf einem Missverstehen meiner Meinung. Nach dieser hat der *Licet*-Satz keine spezielle Referenz zum dritten *Ut*-Satze, sondern bezieht sich auf die ganze Darstellung, wobei das im Satze erwähnte „*ea*“ dasselbe „*ea*“ ist, welches im ersten *Ut*-Satze . . . „*ab initio bona fide eam capiat*“ vorkommt, wo das Wort grammatisch auf *usucapio* zu beziehen ist. Die Worte: „*ut ab initio bona fide eam capiat*“ drücken aus, „dass der possessor die *usucapio* anfangs b. f. vornehmen muss“. Die *lex Cincia* habe nichts Spezielles mit dem dritten *Ut*-Satze zu tun. Ihre nun abgeschaffte Kraft, möglicherweise hemmend zu wirken, beziehe sich nur auf die exc. l. t. bei der *causa lucratiua*, welche exc. jedoch hier die neue Ersitzung bestimmen und mit derselben zusammenfallen solle. Und es ist das Abschaffen dieser Kraft, das nach meiner Darstellung den *Licet*-Satz veranlasst, der allgemein ausdrückt, dass bei der neuen Ersitzung keine besondere Rücksicht auf eine solche *causa* genommen werden soll. Aber auch wenn der *Licet*-Satz speziell zum dritten *Ut*-Satze gehören sollte, kann nichts anderes daraus geschlossen werden, als dass vorher bei l. t. *praescriptio* auf Grund einer *causa lucratiua* auch die *bona fides* des Erben beim Anfang seines Besitzes notwendig ist. Denn das sagt ja Iust. im vorhergehenden Paragraphen, dass die fragliche *praescriptio* nun als wirkliche Ersitzung gelten soll. Was das klassische *Ersitzungsrecht* betrifft, kann, wie gesagt, etwas Derartiges nicht gegolten haben, weil dort jeder Besitz

des Erben überflüssig ist. Nur der Besitz einer dritten Person kann die Fortsetzung der Ersitzung hemmen. Es ist auch gar nicht *unmöglich*, dass wirklich vorher für die l.t. praescriptio, was die Fortsetzung durch den Erben bei einer causa lucratiua betrifft, die b.f. desselben nötig war. Eine Kluft klaffte nämlich vor Iust. zwischen diesen beiden Institutionen. Die Ersitzung gehörte zum *Zivilrecht*, die l.t.p. zum *Prozessrecht*. Während das Recht zu ersitzen *direkt wie andere zivile Rechte* geerbt werden konnte, war dies hinsichtlich der l.t.p. unmöglich, weil diese kein ziviles Recht war. Die Stellung des Erben in letzterer Hinsicht muss unabhängig vom Zivilrecht geregelt werden. Möglicherweise hat wirklich Iust. in der endgültigen, die Institute vereinigenden Konstitution eine Veränderung hinsichtlich der Stellung des Erben bei l.t.p. ex causa lucratiua einführen wollen und deshalb den Licet-Satz hinzugefügt. D.h. wie man auch die Stellung dieses Satzes, die natürlich nicht sicher entschieden werden kann, auffasst, kommt man auf dieser Grundlage nicht zur Absicht, das *klassische zivilrechtliche* Ersitzungsrecht zu verändern.

Indes richtet der Verf. seinen hauptsächlichsten Angriff gegen die Annahme, dass es sich in der Konstitution von 528 um die Aufhebung eines vorher vorhandenen Einflusses der *lex Cincia* handelt. Es ist indes sehr gleichgültig, ob hier gerade die *lex Cincia* getroffen werden sollte. Das wird ja jedenfalls in der Konstitution gesagt, dass kein Zweifel mehr bestehen soll, dass eine replicatio im Falle causa lucratiua gegen exc. l.t. nicht möglich ist. Die Argumente aber gegen die Bedeutung der *lex Cincia* sind unbefriedigend. Allerdings bestand zu Justinianischer Zeit die eigentliche *lex Cincia* nicht mehr. Dieses Gesetz wurde jedoch von Theodosius II und Iustinianus durch restringierende Donationsbestimmungen ersetzt. (GIRARD Man. S. 925—957). Der Verf. sagt ferner S. 38, dass, als die *lex Cincia* noch in Kraft war, wie unter Diokletianus, die Donation eine iusta causa praescriptionis war, und zieht dabei C.7,34,4 und 7,36,2 an. Das letztere ist wohl von niemandem durch die Behauptung bestritten worden, dass bei *solcher* Donation, die der *lex Cincia* wirklich widerstreitet, was keineswegs immer der Fall ist, gegen die exceptio (praescriptio) l.t. *Einwand* durch replicatio legis Cinciae erhoben werden kann!

Zusammenfassung.

1. In D.6,2,11,3 sind die Worte: quo experiar beinahe sicher interpoliert. Man findet dieselbe Beschränkung betreffs der Publ. auch bei *Kauf* D.6,2,7,17 wieder, wo sie *offenbar* interpoliert ist. Aber auch wenn die Worte in 11,3 echt sein sollten, beweisen sie *nichts* in der Ersitzungsfrage bei Donation. Sie betreffen nämlich nur die Publ., die ausser der

Ersitzungsbedingung bona fides im Momente der Klageerhebung zur Voraussetzung haben kann.

2. In D.41,3,4,18 sind die Worte: sicut in rebus emptis placuit notwendig, weil Paulus absichtlich hier von anderen möglichen Gründen absieht und weil alles Gewicht darauf liegt, dass der Ersitzungsgrund hinsichtlich des Kindes der ancilla furtiva der Kauf letzterer ist, nicht der Besitz des Kindes pro suo.

3. In C.7,31,1,3 sind die Worte: licet ex titulo lucratio ea coepta est, selbst wenn sie *speziell* auf eine vorher vorhandene Notwendigkeit für den Erben, bei titulus lucratiuus b.f. zu possidieren, zu beziehen sein sollten, für die Relevanz der bona fides in diesem Falle nach klassischer *Ersitzungslehre* bedeutungslos. Nur für die *nicht zum Zivilrechte gehörende* Frage der Zusammenrechnung der Zeiten bei der p.l.t. können sie Bedeutung haben.

Indes habe ich mich in *erster* Linie Röm. Obl. I S. 145 A. 1 auf Gaius I.2,43 berufen: Ceterum earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue mancipi sint eae res, siue nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse. Ich sage darüber: „Man bemerke dass ‚usucapio‘ sich hier unmöglich auf den *Anfang* der Usukapierung beziehen kann, so dass ‚usucapio competit‘ die Möglichkeit, eine Usukapierung zu *beginnen*, bedeuten würde. Denn sie *fängt* gleichzeitig mit dem Empfang bona fide *an*. Hier aber wird von einem *der Vergangenheit* angehörenden Empfang bona fide als Bedingung für die usucapio gesprochen: si modo . . . acceperimus, cum crederemus. Darum muss sich usucapio hier auf die *fortdauernde* Usukapierung beziehen! *Hier* sei hinzugefügt, dass der Satz des Gaius von den Justinianischen Institutionen als für älteres Zivilrecht geltend aufgenommen wird. I.I.2,6 pr. heisst es: Iure ciuili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit uel ex donatione aliaue qua iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat. Theophilus, der selbst an der Formulierung der Institutionen teilgenommen hatte, legt dies so aus¹: εἰ γὰρ bona fide δέξομαι τὸ πρᾶγμα (bona fide ἐστὶ τὸ πιστεῦναι με δεσπότην εἶναι τὸν πεπρακότα ἢ δωρησάμενον ἢ ἐξ ἄλλης εὐλόγου αἰτίας, ὅσον ἀπὸ permutationos, παραδεδωκότα), πάλαι μὲν, εἰ μὲν κινητὸν ἦν τὸ πρᾶγμα ἐνιαυτοῦ παραδραμόντος ἐγγινόμεν δεσπότης, εἴτε ἐν τῇ Ἰταλίᾳ εἴτε ἐν ταῖς ἐπαρχίαις διήγον, εἰ δ' ἀκίνητον διετίας παρελθούσης, ἐν ᾗ ἦν ἀγρὸς ἢ οἰκία ἐν Ἰταλίᾳ διακειμένη, usucapiteúeto παρ' ἐμοῦ καὶ τῆς ἑμῆς ἐγένετο δεσποτείας, τοῦτο τοῦ δωδεκαθέλου νόμου κελύσαντος. Also wird von Gaius allgemein gesagt,

¹ Jus graecoromanum 3, 1931, S. 73.

dass die bona fides beim *Empfang* notwendig ist, damit die Ersitzung läuft. Im geschichtlichen Berichte der Institution über das ältere Zivilrecht wird gesagt, dass der *Empfang* bona fide ex iusta causa + das Innehaben der Sache während einer gewissen Zeit, die Vollendung der Ersitzung mit sich bringt. Dabei wird *besonders* donatio als mögliche iusta causa erwähnt. Wäre so etwas möglich, wenn bei donatio nicht das *Empfangen* bona fide + das Innehaben der Sache während einer bestimmten Zeitspanne den Eigentumsübergang herbeiführte. Dieses Argument ist so zwingend, dass, auch wenn eine Ersitzung, die ausnahmsweise nicht durch traditio zustandekommt, wie es tatsächlich bei der Ersitzung des Kindes einer ancilla furtiva der Fall ist, die fortdauernde bona fides gefordert haben sollte, dies nicht als für den Normalfall geltend angesehen werden könnte.

Beilage 25.

Tab. III, 1—3 des Zwölftafelgesetzes.¹

1. Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt.
2. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. 3. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure iudicet, secum ducito, uincito . . . (BRUNS).

Satz 1 ist mit ausgelassenem ‚iure‘ Gellius N.A.15,13,11 angeführt. Alle drei Sätze sind Gellius 20,1,45 angeführt. Der angegebene Gewährsmann Caecilius leitet das Zitat jedoch mit den Worten ein: Sic enim sunt, opinor, uerba legis.

Von Satz 1 ist zunächst zu sagen, dass *rebusque* eine Fehlschreibung eines Abschreibers sein muss. Mit grösster Wahrscheinlichkeit hat Gellius selbst statt dessen *reisque* geschrieben. Res iudicata bedeutet nach römischem Sprachgebrauch ausnahmslos: durch den iudex entschiedener *Rechtsstreit*. Die Entscheidung kann ebensogut zugunsten des Beklagten wie des Klägers erfolgt sein. Weiter: Gellius (Caecilius) sagt unmittelbar vorher (42): Confessi igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati . . . (vgl. Gaius I.3,78 . . . iudicatorum post tempus, quod eis . . . lege XII tabularum . . . tribuitur, und Scaeuola D.15,1,51: . . . mora temporis quod datur iudicatis . . .). Für diese Behauptung beruft er sich auf den angeführten Satz. ‚Debiti iudicatis‘ bezieht sich auf *Personen*, die durch einen iudex Gläubigern wegen einer gewissen Geldsumme zugesprochen worden sind, deren Erlegung den Zugesprochenen befreien würde: die Summe ist das iudicatum. Siehe die eingehende Untersuchung hierüber in meiner Arbeit *Der römische Obligationsbegriff*,

¹ Neudruck aus Symbolae Philologicae O. A. Danielsson Octogenario Dicatae. Upsaliae MCMXXXII.

I (1927), S. 432 ff. Man beachte ferner, dass *debiti iudicatis* Dativ ist, was *rebus iudicatis* nicht sein kann, wenn der Ausdruck der von Gellius angewandte wäre. Dreissig Tage Frist sind den *debiti iudicati* gegeben, sagt Gellius 42. Unter solchen Umständen kann Gellius nicht die als Stütze angezogene Gesetzesbestimmung in der angegebenen Weise zitiert haben. Unmittelbar *nach* Anführung dieser Bestimmung (47) sagt Gellius: *quantaque pecuniae iudicati essent, praedicabatur*. Ferner sagt er 48: *Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus*. Da nun die Fehlschreibung *rebusque* statt *reisque* (die erste Fehlschreibung 15,13,11 kann die zweite 20,1,45 veranlasst haben) leicht verständlich ist und nur der letztere Ausdruck Gellius' eigene Darstellung der Sache deckt, ist die Richtigkeit der angeführten Konjektur höchst wahrscheinlich. Man beachte, dass der Satz in keiner anderen antiken Quelle angeführt ist. (Die Konjektur wird l.c., S. 432, aufgestellt. Ob sie vorher aufgestellt worden ist, weiss ich nicht.) — Hinsichtlich des Wortes *iure* (*iudicatis*) vgl. *lex Rubria* 2,14: *iure lege damnatus* und meinen Kommentar zu dem Ausdruck *ius lex* l.c., S. 572 (2) ferner die Bezeichnung *lex iure rogata* (Gegensatz: *lex vitio lata*) l.c., S. 543. *Iure iudicatus* = der rechtskräftig dem Gläubiger in der angegebenen Weise Zugesprochene.

Also sagt das Gesetz: Für anerkannte Schuld und zugunsten des in der angegebenen Weise rechtskräftig dem Gläubiger Zugesprochenen soll eine Zahlungsfrist von dreissig Tagen gelten. (*Aeris confessi* Genitivus *respiendi*; *iure iudicatis* Dativus *commodi*.)

Satz 2 (*Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito.*). Wir *gehen* hier zunächst davon *aus*, dass der Satz von Gellius richtig wiedergegeben ist. Die Frage, ob dies wirklich der Fall ist, wird später behandelt werden. Ist die hier erwähnte *manus iniectio*, wenn das Gesetz richtig wiedergegeben ist, als ein formaler Akt oder als reale Gewalt zu denken? Bei dieser Fragestellung interessiert besonders die Entscheidung, ob damit die *legis actio* per *manus iniectio* gemeint sein kann, die von Gaius I.4,21 als im Zwölftafelgesetz mit der näheren Bezeichnung *iudicati* aufgestellt erwähnt wird. Gaius sagt: *Per manus iniectioem aequae <de> his rebus agebatur (scil. lege), de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, velut iudicati lege XII tabularum*. Diese *legis actio* gibt er folgendermassen wieder: *Qui agebat, sic dicebat: quod tu mihi iudicatus siue damnatus es sestertium X milia, quod non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio et simul aliquam partem corporis eius predebatur . . .* Es kann kein Zweifel darüber herrschen, dass es sich in diesem Fall nicht um reale Zwangsausübung handelte, sondern nur um die Darstellung einer solchen, welche Darstellung mit gewissen Rechtswirkungen verbunden war. Aber man vergleiche hiermit *Tab. I,1*, angeführt von Porphyrio ad *Hor. sat.* 1,9,76 (nach BRUNS): *Si in ius uocat, ito. Ni it, antestamini: igitur (hier = postea) em (eum) capito*. Dies wird so erklärt,

dass der in *ius uocans* Zeugen dafür nehmen soll, dass der *uocatus* seine Verpflichtung nicht erfüllt hat: *antequam manum iniiciat*. In dem fraglichen Falle wird der Kläger als *iniecta manu extracturus* (scil. *vocatum*) dargestellt. Aber vorher sollen Zeugen dafür genommen werden: *quod uadimonium non parauerit*. Vgl. Tab. I,2: *si caluitur pedemue struit, manum endo iacito*. Die hier erwähnte *manus iniectio* war nun gewiss nicht als eine blosser Formalität gemeint, sondern als wirkliche Gewalt. Das Prinzip der Selbsthilfe, das im altrömischen Recht umfassende Bedeutung hat, wird hier in der Weise legalisiert, dass der Kläger das Recht erhält, Zwang gegen den Säumigen in *ius uocatus* zu üben. Was nun die betreffend *manus iniectio* in Satz 2 aufgestellte Frage anlangt, so kann nicht von irgend-einer Form von *legis actio* per *manus iniectio* die Rede sein, wenn Gaius' *Institutiones* überhaupt Autorität beigemessen werden darf. Es heisst nämlich dort 4,29: *Ex omnibus autem istis causis certis uerbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem placebat <legis actionem non esse>, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente aduersario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti (quis) posset quam apud praetorem praesente aduersario. . . .* Die *manus iniectio*, von der in Satz 2 die Rede ist, soll nicht vor dem Prätor stattfinden; denn die Worte lauten: *Manus iniectio esto. In ius ducito*. Die *manus iniectio* soll also der Vorführung vor den Prätor vorausgehen. Sie kann dann nach Gaius' bestimmter Äusserung keine *legis actio* sein. Bloss die *pignoris capio* kann so betrachtet werden, obgleich auch sie nicht vor dem Prätor erfolgt. Weiter: in Tab. III,2 wird eine Situation analog der in Tab. I,1 und 2 angenommenen vorausgesetzt. Wie in diesen Sätzen vorausgesetzt wird, dass der in *ius uocatus* offen seine Verpflichtung verletzt hat und deshalb Gewalt unterworfen wird, liegt in Tab. III,2 der Gedanke vor, dass der Schuldner die Verpflichtung verletzt hat, eine öffentlich (vor dem Prätor) anerkannte oder öffentlich (von dem *iudex*) auferlegte Schuld zu bezahlen, und deshalb Gewalt unterworfen wird. Gellius spricht 20,1,44 davon, dass der Schuldige zum Prätor gerufen wurde. Dies ist ein irreführender Ausdruck für die Worte des Gesetzes: *in ius ducito*. Man beachte, dass dasselbe Wort *ducere* für das Verfahren des nicht befriedigten Gläubigers gegen den Schuldner nach der *Legis actio* angewandt wird, sowohl bei Gaius 4,21: *domum ducebatur et uinciebatur*, als in Tab. III,3: *secum ducito, uincito*. Aber dieses *ducere* war wahrlich kein blosses *vocare*!

Hieraus ergibt sich, dass die in Tab. III,2 erwähnte *manus iniectio*, welche die Vorführung vor den Prätor einleiten soll, wenn der Text richtig wiedergegeben ist, nicht als eine *legis actio* gemeint sein kann. Sie ist vielmehr als eine reale manuelle Zwangshandlung von derselben Art gemeint, wie wenn ein moderner Polizeibeamter jemanden verhaftet. Da-

mit ist es auch ausgeschlossen, dass es sich um die von Gaius 4,21 als im Zwölftafelgesetz aufgestellt erwähnte *legis actio per manus iniectio* handeln könnte. Auf diese findet man dagegen einen offenen Hinweis in der *lex Ursonensis* von 710/44 für die römische Kolonie *Genetiva Iulia*: Tab. I, col. 3 ff.: <Cui quis ita ma> num inicere iussus erit, *iudicati iure manus iniectio esto* . . . Die Nachbildung nach dem Zwölftafelgesetz ergibt sich deutlich aus dem unmittelbar darauf folgenden: *ni uindicem dabit iudicatum[q]ue faciet, secum ducito*. Vgl. die oben angeführte Tab. III,3 im Zwölftafelgesetz. Hier finden wir den Terminus *technicus* gerade für die von Gaius an der angeführten Stelle erwähnte *legis actio*: *iudicati manus iniectio*. (*Iudicati* ist Genitivus respiciendi von *iudicatum*, nicht von *iudicatus*. Siehe die l.c., S. 438 angeführten parallelen Ausdrücke: *obligatio, executio, actio iudicati*. Beachte auch die Legisaktionsformel Gaius I.4,21: *ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio*. ‚*iudicati*‘ Apposition zu ‚*sest. X milium*‘. Das in der *lex Urs.* 2 eingeschobene Wort *iure* ist zu vergleichen mit v. 6: *iure civili uinctum habeto*, und drückt vermutlich aus, dass die *manus iniectio iudicati* hier dieselbe Kraft haben soll wie eine zivilrechtlich geltende. Die *lex Ursonensis* gibt selbst kein Zivilrecht. Sie ist keine *lex rogata*, sondern eine *lex data*. Übrigens ist es klar, dass eine „*legis actio*“, die nicht vor dem Prätor selbst stattfindet, nicht direkt zivilrechtliche Kraft haben kann.) Es ist offenbar, dass hier der Akt vor dem Ersatzmann des Prätors stattfinden soll, wie der von Gaius in der angeführten Stelle erwähnte vor dem Prätor erfolgt. Der Ersatzmann ist ein *Duumvir* oder ein sonstiger Vorsteher der Jurisdiktion in der Kolonie, siehe v. 3—5.

Ich habe in der oben erwähnten Arbeit die zu einem *nexus* gehörende rechtliche Situation so dargestellt, dass der, welcher einmal (vor dem Prätor) die Schuld anerkannt hat, oder der, welcher die Sache nicht zum *iudicium* ohne Anerkenntnis kommen liess — der erstere, wenn nicht binnen der Frist von dreissig Tagen Bezahlung erfolgte, der letztere unmittelbar — Gegenstand eines *Zwangs-nectere* wurde (eines *Nexum-actes*, durch den er in Sklavenstellung zum Gläubiger trat, ohne doch sein Sklave zu werden). Ich habe dabei nachzuweisen gesucht, dass den *confessus* keine *legis actio per manus iniectio* traf. Dieser Beweis wird auf der Grundlage von Gaius' Darstellung möglicher solcher Legisaktionen geführt: S. 349, 2 ff. Die Legisaktion dieser Art, die in Frage kommen könnte, müsste die *pro iudicato* gewesen sein. Der *confessus* würde wie ein *iudicatus* behandelt worden sein. Aber solche Legisaktionen wurden laut Gaius I.4,22 nach dem Zwölftafelgesetz eingeführt und haben einen ganz speziellen Charakter. Der Satz *confessus pro iudicato est* gehört einer späteren Zeit an. *Aes confessum* ist in Tab. III,1 bloss deshalb erwähnt, weil dieselbe Frist von 30 Tagen für den *confessus* wie für den *iudicatus* galt. Ich habe dabei auch den Umstand angezogen, dass nach

den Worten: *Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito*, unmittelbar folgt: *Ni iudicatum facit*. In einer Rezension meiner Arbeit in der Zeitschr. der Sav. Stift. Rom. Abt. 1929, S. 487 von W. KUNKEL wendet sich der Rezensent, ohne meine wirkliche Beweisführung zu erwähnen, gegen meine Auslegung der *Gesetzesworte*. Er schreibt: „M. E. ergibt sich die Gleichstellung von *confessus* und *iudicatus* im *Legisactionenprozess* unwiderleglich aus dem *Zwölftafelsatz*: *aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunt, post deinde manus iniectio esto*. Dass sich hier nur die Frist, nicht auch die Bestimmung über die *manus iniectio* auf die *confessi* beziehe, wie der Verf. (349,2) behauptet, ist unmöglich. Auch die Tatsache, dass im weiteren Verlauf des *Zwölftafelgesetzes* nur von dem ‚*iudicatum facere*‘ gesprochen wird, ergibt keinen Gegenbeweis . . .“ Das zuletzt Gesagte ist äusserst sonderbar. Wenn unmittelbar nach den Worten in *ius ducito* nur vom *Judikat* gesprochen wird, soll dies nicht einschliessen, dass es sich um ein Verfahren gegen den *iudicatus* handelt! In dem Satz *ni iudicatum facit* ist ja *iudicatus* als Subjekt gedacht. Es ist wohl auch kein „Gegenbeweis“, dass sowohl *Gaius I.4,21* wie *Gellius 20,1,44,47* und *48* bloss vom *iudicatus*, niemals vom *confessus*, sprechen, der erstere im Zusammenhang mit der Darstellung der im Gesetz erwähnten *legis actio iudicati*, der letztere in Verbindung mit dem Gesetz selbst? Ihre Auffassung ist wohl irrelevant? Leider habe ich l.c. die Worte: *Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito*, nicht näher analysiert. Ich habe auch keineswegs „behauptet“, dass sich *manus iniectio esto* in *lex 2* nicht auch auf den *confessus* bezieht. Wäre die Analyse erfolgt, so wäre der Einwand des hochverehrten Rezensenten unmöglich gewesen. Es ist höchstwahrscheinlich richtig, mit ihm die genannten Worte sowohl auf den *confessus* als auf den *iudicatus* zu beziehen. Aber er unterlässt es, die Worte anzuführen, die auf *manus iniectio esto* folgen: in *ius ducito*. Wegen dieser Satzfolge ist es unmöglich, die hier erwähnte *manus iniectio* auf eine *legis actio* zu beziehen. Also sagen ja Satz 2 und Satz 3 zusammen (*Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. Ni iudicatum facit*: gedachtes Subjekt *iudicatus*), dass auf *Schuldenerkenntnis* und auf *Judikat*, wenn die Schuld nicht binnen 30 Tagen bezahlt wird, die Ergreifung des Schuldners (*manus iniectio*) — keineswegs unmittelbar eine *legis actio* — und die *Vorführung* vor den *Prätor* erfolgt, sowie ferner, dass der *Verurteilte* vor dem *Prätor* in bestimmter Weise behandelt wird. Dagegen wird in dem angeführten *Gesetzesfragment* nichts über die Behandlung des *confessus* vor dem *Prätor* gesagt. Dass auch der *confessus* vor den *Prätor* geführt wird, aber um nach dessen Beschluss (*ius dicere* und *decernere* sind die Fachausdrücke) ein *nexus* zu werden, nicht um einer *legis actio iudicati* ausgesetzt zu werden, ist ein Satz, den ich mit zahlreichen Belegen zu beweisen gesucht habe. Wie kann nun nach anerkannter Forschungsmethode, da in dem angeführten *Gesetzesfragment* nichts über

die Behandlung des *confessus vor dem Prätor* gesagt wird, als „unwiderleglich“ gerade unter Berufung auf dieses Fragment behauptet werden, dass der *confessus vor dem Prätor* wie der *iudicatus* behandelt werde? Soll dies aus diesem Grunde unwiderleglich sein, so muss das Gesetzesfragment „unwiderleglich“ in sich schliessen, dass der Gläubiger vor dem Prätor *lügnerisch* zum *confessus* zu sagen hat: *quod tu mihi iudicatus (damnatus) es . . .* Diese Worte gehören zu der im Gesetz gemeinten *legis actio*. Der Rezensent sagt *unter Berufung auf dasselbe* Gesetzesfragment von meiner ausführlichen Darstellung des rechtlichen Charakters des *nexus*: „Aber das Fundament ist morsch.“ *Welche* Ansicht ein ‚morsches‘ Fundament hat, dürfte aus dem Gesagten hervorgehen.

Satz 3 (*Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure uindicit, secum ducito, uincito . . .*). Hier müssen *zwischen*: in *ius ducito* und *ni iudicatum facit . . .* einige Worte ausgelassen sein; denn aus Gaius 4,21 geht hervor, dass im Zwölftafelgesetz eine *legis actio iudicati* aufgestellt war. Es ergibt sich auch daraus, dass sich die Worte: *ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure uindicit* auf die Situation beziehen, die eintritt, unmittelbar *nachdem* die *Legisaktion* durchgeführt worden ist. Aber *die manus iniectio*, von der in Satz 2 die Rede ist, kann, da sie nicht vor dem Prätor stattfindet, *nicht* die von Gaius gemeinte *Legisaktion* sein. *Welches* die ausgelassenen Worte waren, lässt sich natürlich nicht mit Sicherheit entscheiden. Aber beachtet man die Ausdrucksweise in der *lex Ursonensis* Tab. I, col. 3,2—3, so erscheint es wahrscheinlich, dass die ausgelassenen Worte waren: *iudicati manus iniectio esto*. Durch diese Worte (mit aus oben angebenem Grunde eingeschobenem *iure*) werden in diesem Gesetz die sich auf die *legis actio iudicati* beziehenden, Satz 3 ganz offensichtlich nachgebildeten Worte vorbereitet: *Ni uindicem dabit, iudicatum[q]ue facit*. Und nichts anderes *braucht* im Zwölftafelgesetze gestanden zu haben, damit Gaius darauf die Behauptung stützen konnte, dass im Zwölftafelgesetz eine *legis actio iudicati* aufgestellt ist. Denn mit dem Ausdruck *iudicati manus iniectio* war gegeben, dass es sich um ein solches *prendere* handelte, das von bestimmten Worten begleitet war, die darauf Bezug nahmen, dass ein *Judikat* vorlag. Damit stand es auch für die pontifikalen Juristen, die das Zwölftafelgesetz auslegten, fest, dass es sich um eine *legis actio* handelte. Die Notwendigkeit von *certa verba* bei einem Akt vor dem Prätor, durch den ein Recht behauptet wurde, machte den Akt selbst zu einer *legis actio*. Wenn man nun weiter beachtet Gaius I.4,11 über die Notwendigkeit, eine *legis actio* den Worten des Gesetzes anzupassen, wofür ein drastisches Beispiel gegeben wird, und ferner, dass in der oben angeführten *Legisaktionsformel* gesagt wird: *iudicati manum inicio*, obgleich aus den vorhergehenden Worten schon hervorgeht, dass es sich um *Judikat* handelt, so ist die Annahme unvermeidlich, dass im Gesetz bei der Vorschrift über *manus iniectio* vor dem Prätor das Wort

iudicati gestanden hat. Damit ist es höchst wahrscheinlich, dass zwischen In ius ducito und Ni iudicatum facit, zwischen welchen Sätzen einige Worte ausgelassen sein *müssen*, gestanden hat: Iudicati manus iniectio esto.

Dann würde indes Satz 2 zusammen mit Satz 3 gelautet haben: Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. Iudicati manus iniectio esto. Ni iudicatum facit . . . *Obgleich* nun auf alle Fälle eine manus iniectio iudicati nach den Worten in ius ducito erwähnt gewesen sein *mus*, erscheint eine solche Wiederholung der Worte manus iniectio esto! in einem Gesetz unwahrscheinlich. Aber nicht die *zweite* Erwähnung von manus iniectio kann gefehlt haben. Dagegen ist die *erste* Erwähnung überflüssig, die sich, wie *bewiesen* ist, nicht auf eine legis actio beziehen kann. Darf der Gläubiger den Schuldner zum Prätor *führen*, so versteht es sich von selbst, dass er Hand an ihn legen darf. Es ist dann auch wahrscheinlich, dass der emsige Sammler Gellius, der hier seinen angebenen Gewährsmann ein restringierendes *opinor* gebrauchen lässt, (infolge eines Gedächtnisfehlers?) die *Reihenfolge* zweier Sätze vertauscht hat. Statt: Post deinde in ius ducito . . . manus iniectio esto, hat er das Umgekehrte geschrieben und dabei auch iudicati vor manus iniectio ausgelassen, weil eine manus iniectio *iudicati* unmöglich ist, bevor der Schuldner vor den Prätor geführt ist. Durch diese Annahme erklärt sich auch eine andere Eigentümlichkeit des angeblichen Textes. Obgleich die manus iniectio vor der Anwesenheit in iure nicht eine legis actio sein *kann*, hat es zweifellos nach dem Ausdruck: manus iniectio esto, statt: manum endo iaciat (so Tab. I,2) den Anschein, als handle es sich um einen solennen Akt. Wie dieser Ausdruck dennoch dorthin geraten ist, erklärt sich durch die obige Annahme einer Verwechslung der Reihenfolge durch Gellius.

Man hat indes auseinanderzuhalten, was hier *notwendig* ist — wenn man überhaupt auf bestimmte Angaben in der für die Kenntnis des alten römischen Rechtes, abgesehen von direkten Monumenta, vornehmsten Quelle, Gaius' Institutiones im Veroneser Manuskript, bauen darf — und was bloss *wahrscheinlich* ist. *Notwendig* ist die Annahme, dass eine manus iniectio extra ius keine legis actio ist und dass deshalb das Gesetz den confessus nur in der Weise berührt, dass dieser wie der iudicatus nach Ablauf der dreissigtägigen Frist ohne Bezahlung in ius zu führen ist. *Notwendig* ist, dass nach den Worten in ius ducito eine manus iniectio iudicati erwähnt worden ist. *Wahrscheinlich* ist, dass die ausgelassenen Worte waren: iudicati manus iniectio esto, und dass Gellius die Reihenfolge der beiden Sätze: manus iniectio esto und in ius ducito verwechselt hat. Aber diese Wahrscheinlichkeit kann aus den angegebenen Gründen als sehr gross betrachtet werden.

Der Gesetzestext Tab. III,1—3, ist mit grösster Wahrscheinlichkeit zu lesen:

Aeris confessi [rebusque] <reisque> iure iudicatis XXX dies iusti sunt. Post deinde [manus iniectio esto] in ius ducito. <Iudicati manus iniectio esto.> Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito . . .

Der erste Fehler des auf uns gekommenen Textes beruht auf einem Abschreiber, der zweite auf Gellius selbst.

Beilage 26.¹

Eine neue Rezension meiner Schrift: Das magistratische ius in seinem Zusammenhang mit dem römischen Sakralrechte ist in der Kritischen Vierteljahresschrift, 3. Folge, Bd. XXVII, S. 46—74 erschienen. Sie ist von Dr. FRANZ SOMMER verfasst. Aus einem besonderen Grunde habe ich um Platz für eine Auseinandersetzung mit ihr in dieser angesehenen Zeitschrift gebeten. Sie enthüllt nämlich sehr deutlich die Grundlage der gewöhnlichen Opposition gegen meine Betrachtung altrömischer Rechtsfragen und die *Art* der kritischen Argumentierung, die man auf diese Grundlage stützt. Diese ist m. E. derartig, dass sie tatsächlich jede vorurteilslose empirische Ideengeschichte auf dem Gebiet des Rechtes unmöglich macht, wenn man wirklich konsequent an ihr festhält.

Ich zitiere zuerst eine Äusserung S. 52: „Der Verfasser beginnt — wenigstens scheinbar — mit einem Nebenpunkte: der Stellung des *uitio creatus magistratus* oder, wie er auch gleichsetzt, *non iure creatus*. — Dieser *uitio creatus* ist nach VARRO ‚wirklicher *magistratus*‘. Dennoch musste er sich von seinem Amte zurückziehen — *magistratu se abdicare* —, wenn ein entsprechendes Dekret der Augurn bzw. des Senates ergangen war. Dies hängt mit der ursprünglichen Ungültigkeit der *lex* nach Auguralrecht zusammen; der so Gewählte entbehrt ‚an sich des *ius* im Sinne der Fähigkeit, gültige Akte vorzunehmen‘. — Wenn er trotzdem ‚wirklicher *magistratus*‘ ist — HÄGERSTRÖM formuliert nicht so, dass er etwa sagt, VARRO *bezeichne* ihn (irrtümlich) nur so! —, so steht das einfach in Analogie zur *possessio*: Wie *possessio* zum privatrechtlichen subjektiven *ius*, so verhält sich auch die Stellung *des uitio creatus* zum *iure creatus magistratus*.“

Wir wollen hier einen Augenblick stehenbleiben. Nach dem Rez. hätte ich sagen sollen: Varro *bezeichne* ihn etc. Auf der nächsten Seite wird gesagt: „Ist es dann auch wirklich gewiss, dass VARRO die Sachlage zuverlässig gekennzeichnet hat?“ In der Fussnote derselben Seite sagt der Rez.: „Ganz abgesehen von der Frage, ob die Auslegung von der

¹ Vgl. das Vorwort.

VARROSTELLE überhaupt zwingend ist. Vielleicht gilt die Bemerkung nur für den Fall des *imprudenter fecisse*.“ Führen wir nun die Varrostelle (I. I. 6,30) an: quod si (praetor) tum (an einem dies nefastus) imprudens id verbum (do dico addico) emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed uitio, ut magistratus uitio creatus nihilo setius magistratus. Hier erörtert Varro die Stellung dessen, der vom Prätor aus Irrtum an einem dies nefastus freigegeben wird. Ein solcher Sklave sei liber, wenn auch uitio liber, geworden, wie ein uitio creatus magistratus nichtsdestoweniger magistratus sei. Also sagt Varro ja, dass ein magistratus uitio creatus in derselben Weise magistratus sei, wie ein uitio liber dennoch liber sei. (Derjenige, der vom prätor scienter an einem dies nefastus freigelassen worden ist, ist nach Varro nicht einmal *uitio liber*). Trotz der klaren Worte ist nach Ansicht des Rez. diese Auslegung nicht notwendig. Gewiss! Varro kann seine Auffassung fehlerhaft ausgedrückt haben! Wollte man aber die Forschungsmethode anwenden, dass man nicht nach dem deutlich Gesagten interpretiert, sondern *ohne jeden Grund* die Möglichkeit berücksichtigt, dass der Autor seine Gedanken nicht richtig ausdrückt, so wäre die Forschung allerdings frei, aber vielleicht allzu frei. Indes meint der Rez. auch, ich hätte die Möglichkeit berücksichtigen müssen, dass Varro sich irrt. Ja, wenn irgendein Grund aus anderen Quellen hierfür angeführt werden könnte, wäre dies richtig. Wie steht es nun hiermit? Gewiss *kann* das einstimmige Zeugnis vieler alter Quellen, dass ein uitio creatus magistratus nach dem Dekret der Auguren bzw. des Senates magistratu se abdicare musste, unzuverlässig sein! Wenn man aber, bis ein Gegenbeweis vorliegt, von der Zuverlässigkeit ausgehen darf, wird die Angabe Varros ja bestätigt. Denn man braucht wohl nicht selbst einem Amt zu entsagen, um von ihm geschieden zu werden, wenn man es niemals gehabt hat! — Die angeführten kritischen Bemerkungen scheinen allerdings in ihrer Haltlosigkeit allzu unbedeutend zu sein, um zur Widerlegung aufzufordern. Ich habe sie indes aufgenommen, um die kritische Methode anschaulich zu machen, die der Rez. mir gegenüber für angebracht hält. Er fährt S. 52 fort: „Wir glauben, hier liegt — entwicklungshistorisch — bereits eine Schwierigkeit: Die Stellung des *magistratus* soll die *alte, ursprüngliche* sein. Ist die Einrichtung der *possessio* aber in der Tat schon so alt? — Diese Frage ist schon anlässlich des ersten Werkes von HÄGERSTRÖM aufgetaucht, mehrfach untersucht und verneint worden.“ (Habe ich denn so etwas gesagt? Wo?) „Wir haben keinen Grund, uns dieser Auffassungsweise nicht anzuschließen?“ (Sicherlich nicht.) „Dann aber werden wir auch für unsere Frage sagen dürfen: Die *possessio* scheint uns hiernach eine relativ spätere Einrichtung zu sein. Aus ihr *per analogiam* Rückschlüsse auf das Auspizien- und Magistratsrecht der alten Zeit zu ziehen, will uns deshalb nicht ungefährlich erscheinen.“ Diese kritische Bemerkung ist verfehlt. Ich habe

keine „Rückschlüsse“ auf die *Beschaffenheit* des Auspizien- und Magistratsrechtes gezogen, was natürlich gefährlich gewesen wäre. Wie sie beschaffen sind, wird *nur* durch direkte Quellen festgestellt. Ich habe bloss die fragliche in den Quellen hervortretende Anschauung durch Vergleich mit einem analogen (späteren) Gedanken auf dem Gebiet des Privatrechts beleuchtet und sie so zu *erklären* versucht.

Ich gehe zu S. 55 ff. über. Der Rez. erwähnt meine Auffassung vom Sinne des Ausdruckes: *ius est* mit einem Infinitiv oder Akk. mit Inf. auf religiösem Gebiete. Dies geschieht auf eine sonderbare Weise. S. 56 wird gesagt: „Die Handlung, die als *ius* oder *iustus* bezeichnet wird, ist eine solche, die den angestrebten Zweck sicher erreicht, und zwar ‚magisch-mechanisch‘ durch die ihr innewohnende Kraft. Dies und *nur* dies — meint er — ist das Charakteristische; *ius* ist daher die ‚Kraft‘ (S. 30).“ Dies ist zum mindesten irreführend. Denn *die* Kraft, um welche es sich hier handelt, ist ausschliesslich die Kraft, den *Zweck* der Handlung zu erreichen, nicht jede beliebige Kraft. Auf derselben Seite stimmt der Rez. mir darin bei, dass ‚*ius*‘ hier nicht ‚Recht gegen die Götter‘ bedeuten kann. „Aber für die ‚Pflicht‘ . . . läge es doch schon ganz anders: Die Pflicht im Sinne dessen, *wozu* man verpflichtet ist, könnte es — anders als HÄGERSTRÖM wohl annimmt — sehr wohl sein. — Die grammatische Sachlage“ (dass ‚*ius est*‘ mit einem Inf. oder Akk. mit Inf. verbunden ist) „beweist also nicht, dass es sich um ein ‚richtig‘ nur im Sinne von mechanisch, automatisch, blind wirkend handeln müsste.“ Das habe ich auch nicht gesagt. „Und die sachliche Problemlage beweist es auch nicht: Denn wenn *ius* ‚das Rechte‘, das ‚Richtige‘, im Sinne eines ‚Wertvollen‘ oder gar eines Etwas, was sein oder geschehen ‚soll‘, darstellt, dann ist durchaus verständlich, dass seine Realisierung auch das ‚Wohlwollen‘ der Götter zur tatsächlichen Folge hat. Und nicht minder verständlich ist ihr Zorn bei Unrecht und ‚Pflichtwidrigkeit‘. — Wie kommt also HÄGERSTRÖM *trotzdem* zur Behauptung, *ius* heisst nicht so, sondern nur ‚kräftig‘, ‚wirksam‘ usw.? Das, sagt er, folgt aus *ratumque*. Denn *ratum* ist das rechtswirksame, das ‚effektive‘ *negotium* u. dgl. (S. 29 f.).“ Dies ist eine starke Verdrehung meiner Darstellung. Meine Argumente dafür, dass ‚*ius est*‘ in den fraglichen Zusammenstellungen nicht bedeuten kann: es ist Pflicht . . ., ruhen auf einer Analyse gegebener altertümlicher Formeln, in welchen die Ausdrucksweise vorkommt. Siehe S. 25! Wenn es sich um Pflichten handelte, müssten diese gegenüber den Göttern bestehen. Aber ‚*ius est*‘ wird von der Vornahme einer gewissen Handlung zwecks Erwerbs des Wohlwollens der Götter bzw. zwecks Beseitigung ihres Zorns gesagt. Dann muss die „Richtigkeit“ der Tat in ihrer Dienlichkeit *für diesen Zweck* liegen. Jeder Gedanke an eine *innere* „Richtigkeit“ der Tat als einer Pflicht gegen die Götter

oder ihre Richtigkeit ohne Hinsicht auf den erwähnten Zweck ist ausgeschlossen. Ich habe übrigens viele andere Argumente angeführt, z. B. dass man die Götter besonders *bittet*: *uti ius siet*. Man bittet doch die Götter nicht, dass etwas das, wozu man verpflichtet ist, sein soll. Wohl aber kann man sie bitten, dass eine Handlung die Kraft, ihren Zweck zu erreichen, erhalte. Ein anderes Argument ist die Identität auf religiösem Gebiete von „*iustus*“ und „*purus*“ sowie von „*ius non est*“ und „*religio est*“ usw. Der Rez. aber stellt die Sachlage so dar, als ob ich kein anderes Argument für meine Auffassung der fraglichen „Richtigkeit“ hätte als das — *ratumque*. Auf S. 29 f. meiner Arbeit, die er anführt, handelt es sich um einen Unterschied zwischen den Bedeutungen von „*ius est*“ und von „*fas est*“. In diesem Zusammenhange ziehe ich die Verbindung von *ius* mit *ratumque* und *potestasque* in der Gesetzessprache an, aber nur um hervorzuheben, dass eine solche Verbindung bei *fas* nicht vorkommt. Deshalb trete die Kraftseite bei dem „*ius est*“, nicht bei dem „*fas est*“, unmittelbar hervor. Indessen habe ich auch hier eine Menge anderer Argumente, z. B. die Bezeichnung *iustae aues* oder *iusti oscines*, im Sinne: Glück weissagende Vögel. Abgesehen von dem allen, ist selbst *das* Argument, das nach dem Rez. mein einziges in der Frage sein soll, *falsch* wiedergegeben. Er schreibt, wie schon bemerkt: „Das, sagt er, folgt aus *ratumque*. Denn *ratum* ist das rechtswirksame, das ‚effektive‘ *negotium* u. dgl. (S. 29 f.)“. Ich habe *nichts* über ein *ratum negotium* gesagt!! Ich habe es nur mit dem Ausdruck in alten Gesetzen: *ius ratumque*, bzw. *ius potestasque esto* (*sit*) zu tun, was aus dem Hinweis auf meine Schrift: Der römische Obligationsbegriff S. 542² u. 4 hervorgeht. Der Rez. fährt fort: „Gewiss: *ratum* ist das ‚effektive‘, das ‚rechtswirksame‘ *negotium*. Das kann niemand bestreiten. Aber die Frage ist — wie uns scheint — eine andere: Ob *ratum* gerade auf diese Eigenschaft primär schon hinweist, oder ob es nicht vielmehr auf eine andere hinweisen sollte, die die Wirksamkeit erst zur Folge hätte. — Man sieht, aus dem blossen (!) Hinweise auf die Anwendbarkeit des *Ratumprädikates* bei ‚Wirksamkeit‘ lässt sich nichts beweisen, und die Frage der Grundbedeutung hat der Verfasser gar nicht aufgerollt. Und am heutigen Stande der Dinge gemessen, ist es auch kaum eine Selbstverständlichkeit, dass sie in seine Richtung wiese (vernünftig?).“ *Ratum* hat in geschichtlicher Zeit viele verschiedene Bedeutungen. Ursprünglich kann das Wort einen besonderen Sinn gehabt haben. Aber in der Zusammenstellung *ius ratumque esto* wie in der: *firmum ratumque sit*, worum es sich hier handelt, kann es keine andere Bedeutung als „Kraft besitzend“ oder „gültig“ haben.

Der Rez. sagt weiter S. 58: „Gewiss, die syntaktische Parallele ist vorhanden. *Ius est* regiert den Infinitiv bzw. den Akkusativ mit Infinitiv und *ius non est* gerade so. Gewiss, eine sachliche Parallele ist auch vorhanden: *Ius est* — Folge ‚Wohlwollen‘, *ius non est* — Folge Zorn der

Götter. — Aber wie reimt sich diese sachliche Parallele zur versuchten etymologischen Begründung: *Ius est* ‚ist kräftig‘, ‚ist wirksam‘; *ius non est* ‚ist unkräftig‘, ‚ist unwirksam‘? Ist das im Einklang mit dem, was die sachliche Problematik — auch nach HÄGERSTRÖM — annimmt? Ist es im Einklang damit, soweit das *ius non est* (*nefas est*) in Frage kommt? Nein, das ist *nicht* im Einklang. Denn die Herbeiführung des ‚Götterzorns‘ ist nicht minder eine positive Wirkung als die Herbeiführung des göttlichen ‚Wohllollens‘. *Ius non est, nefas est* usw. deuten daher auf eine *Wirksamkeit*, nicht auf eine *Unwirksamkeit*! Hier macht der Rez. *falsche* Angaben. 1:0 Ich habe in meiner Schrift *keine* etymologische Begründung versucht. Indes hätte ich auf WALDE v. ius: ai. *īyou* ‚Heil‘ . . . av. *yaozdadaiti* ‚macht heil, reinigt rituell‘ hinweisen können. Vgl. ERNOUT et MEILLET, Dictionnaire étym. (1932) v. ius. In meiner Schrift der röm. Obl. S. 582, Fussnote habe ich auf WALDE verwiesen. Aber auch dort stütze ich meine Ansicht über die primäre Bedeutung von ‚ius‘ (natürlich zu der Zeit, für welche Quellen zugänglich sind!) nicht auf die Etymologie. Indessen ist die von Walde auf Grund der Etymologie angegebene Bedeutung des Wortes ‚Heil im religiösen Sinne‘ gerade die, welche ich durch Untersuchung alter Formeln festgestellt habe. 2:0 Ich habe niemals behauptet, dass ‚ius est‘, von einer Handlung ausgesagt, ‚ist wirksam‘ in abstracto bedeute. Welche Handlung hat nicht ihre Wirkungen? Nach meiner Darstellung bedeutet es, dass sie die Kraft hat, *ihren religiösen Zweck* zu erreichen. Im Verhältnis zu den Göttern strebt natürlich der Einzelne bzw. der populus danach, ihr Wohlwollen, bzw. die Versöhnung ihres Zorns zu erreichen, und alles hängt davon ab, ob eine Kulthandlung die Kraft hat, ihren Zweck zu verwirklichen, d. h. das ‚Heil‘ des Subjektes rituell zustandezubringen. Sowohl Kulthandlungen als andere Handlungen, die das Gebiet des Göttlichen berühren, können ein entgegengesetztes Resultat herbeiführen. Dann fehlt ihnen natürlich die Kraft, das Wohlwollen der Götter zu erzeugen und sie erwecken vielmehr ihren Zorn. Wenn der Rez. argumentiert: Die Handlung, die Götterzorn erweckt, hat die *Kraft*, diesen herbeizuführen, so ist das, in *diesem* Zusammenhang gesagt, dasselbe, als ob man sagte: Ich habe die Kraft, einen Stein von 10 Kilogramm Gewicht zu heben und zu halten. Wenn ich das tue, gebrauche ich meine Kraft dazu. Wenn ich aber einen schwereren Stein zu heben beginne und er herunterfällt und mir den Fuss zerquetscht, so beruht das auf meiner Kraft, mir den Fuss zu zerquetschen.

Meine ganze Darstellung eines Hauptpunktes — der Bedeutung des ‚ius est‘, bzw. des ‚fas est‘ — ist vom Rez. entstellt worden. Er macht auch direkt *falsche* Angaben über meine Ausführungen und führt so den Leser stark irre.

Die von mir gegebene Erklärung, weshalb der vom Blitze Getroffene nach einer *lex regia* der *iusta* entbehren sollte, ist die, dass er unrein ist und auch nicht gereinigt werden kann. Darum musste er, damit er seine Unreinheit nicht verbreiten konnte, durch Auslieferung an finstere Mächte von der Umgebung getrennt werden. Der Rez. wendet ein (S. 59 f.), die *lex* könne so erklärt werden, dass der vom Blitze Getroffene, weil er ein grosses Verbrechen begangen habe, *wert* sei, bestraft zu werden, und darum nun auch bestraft werden soll. Dies wird gesagt, als ob ich keine Argumente für meine Auslegung angeführt, sondern nur eine Behauptung aufgestellt hätte! In meiner Darstellung steht indessen die Erklärung im innigsten Zusammenhang mit dem (siehe die S. 46¹ angeführten Stellen) stark bezeugten römischen Gedanken einer Ansteckung durch Unreines und mit der allgemeinen römischen Blitzlehre (siehe a. a. O. die Fussnote 3) wie auch mit verschiedenen anderen römischen Vorstellungen. Durch das Blitzbegräbnis wurde die Einschliessung des Blitzes im Grab dargestellt. Beachte: *fulgur conditum*. Und das Grab war tabu. Der Blitz war selbst unrein und konnte nicht gereinigt werden. Damit lag die Gefahr, angesteckt zu werden, für die gesamte Bevölkerung vor! Dieser Gefahr konnte man nur durch das Begräbnis des Blitzes begegnen, wodurch er finsternen Mächten geweiht wurde. In entsprechender Weise mussten der *parricida* und der *perduellis* wie auch *prodigia* und *portenta* wegen ihrer unheilbaren Unreinheit finsternen Mächten ausgeliefert werden. Sie mussten mit Ästen einer *infelix arbor* gepeitscht bzw. verbrannt werden. Diese *arbor* war *religione damnata* und stand *inferum deorum avertentiumque in tutela*. Hatten vielleicht der Blitz selbst bzw. *prodigia* und *portenta* ein schweres Verbrechen begangen und mussten deshalb ausgeliefert werden?? Durch eine solche Art des Zitierens erhält der Leser die Auffassung, dass ich keine die Auslegung des Rez. ausschliessenden Argumente angeführt hätte.

Was der Rez. hierauf gegen meine Auffassung von der Moralität der römischen Götter S. 60 sagt, ist noch sonderbarer: „Nun legt HÄGERSTRÖM freilich darauf Gewicht, dass hier überall von keiner ‚Gesinnung‘ die Rede sei, und dass man diese daher offenbar als gleichgültig angesehen habe. Daraus sei der unmoralische Charakter klar zu entnehmen (S. 33 ff.).“ Das Referat ist unrichtig. Ich spreche hier nur davon, dass die Götter nicht die Fähigkeit haben, sich nach eigenen Interessen für das eine oder das andere zu bestimmen. Solchenfalls würden sie in ihren positiven oder negativen Reaktionen gegen die Menschen deren Gesinnung berücksichtigt haben. Überhaupt habe ich niemals gesagt, dass sie einer moralischen Beurteilung unterstanden. Die Moral hatte es mit Menschen zu tun, die sich aus freien Stücken bestimmen, nicht mit Steinen, Türpfosten u. dgl., an welche die göttliche Wirksamkeit gebunden war. Ich habe nur gesagt, dass sie, „*wenn sie jedoch als selbständige Personen*

hervortreten“ (S. 50) was im Kulte geschieht, in verschiedener Hinsicht eine keineswegs verehrungswürdige Beschaffenheit hatten. Dass z. B. Febris, Pauor, Pallor, Volcanus, die verheerende ‚Feuersbrunst, wirklich als verehrungswürdige Personen angesehen werden konnten, ist undenkbar. „Natürlich“ — sagt der Rez. weiter — „ist das letztere Argument an sich richtig; wenn die Gesinnung ganz irrelevant ist, dann kann es auf einen ‚moralischen‘ Charakter jedenfalls nicht in einem besonders hohen Grade angekommen sein. — Allein uns scheint die *quaestio facti* ist dennoch fraglich. Uns scheint, aus dem Schweigen der Quellen den vorbezeichneten Schluss zu ziehen, liegt zwar nahe, wenn wir an die heutige Formulierung, zumal unserer Strafgesetze, denken. Uns scheint aber weiter, es ist nicht ganz ebenso selbstverständlich für die Antike und vielleicht überhaupt nicht für frühere Zeiten.“ Danach wird Aristoteles Rhet. 1,13 angezogen. Aus dieser Stelle soll hervorgehen — doch sagt der Rez. mit sehr nötiger Vorsicht: dann möchte man fast meinen! — dass die Beweislast hinsichtlich der subjektiven Schuld umgekehrt geregelt war, so dass der *Beklagte* selbst, um sich auf seine subjektive Unschuld berufen zu können, zu beweisen hatte, dass er nicht ‚vorsätzlich‘ gehandelt habe. „Kann bei dieser Sachlage nicht angenommen werden, dass diese Regelung auf eine einheitliche Tradition zurückführt, dass die Nichterwähnung des Schuldmomentes nicht auf einer Unkenntnis und Unfähigkeit des Zeitalters in bezug auf dieses Moment, sondern einfach darauf beruht, dass die Beweislast umgekehrt war?“ 1:0 Bei Aristoteles a. a. O. findet sich keine Behauptung über die Beweislast. Es wird nur gesagt, dass der Beklagte sich dadurch verteidigen kann, dass der Kläger eine fehlerhafte *Bezeichnung* der Tat gebraucht hat. Dabei kann er sich darauf berufen, dass ein gewisser Vorsatz erforderlich ist, damit eine Tat als unter den in der Klage angewandten Begriff fallend bezeichnet werden kann, und dass er diesen Vorsatz nicht gehabt hat. Er kann indessen auch einwenden, dass die Tat deshalb fehlerhaft bezeichnet worden ist, weil ihr *Objekt* ein anderes als das angegebene war. Er habe zwar *gestohlen*, aber nicht *Tempelraub* begangen! Dass der Beklagte sich gegen die Behauptungen des Klägers verteidigen darf, versteht sich wohl von selbst. 2:0 Es ist offenbar falsch, dass alte Strafgesetze immer die Gesinnung unbeachtet lassen. Das älteste griechische Strafgesetz, dessen Wortlaut bekannt ist, das Drakonische Gesetz betreffs Totschläger, enthielt die Bestimmung: καὶ ἔαμ μὴ ἢ προνοίας κτείνῃ τις τινα φεύγειν (Dittenberger, Sylloge³ 1,111,11). Eine *lex regia* im alten Rom, die ich S. 35 erörtert habe, hat zum *Inhalt* die Wirkung des imprudenter occidere. — Aber welchen *Sinn* hat der ganze Einwand? Hier handelt es sich ja gar nicht um *weltliche* Strafgesetze, die in einem Prozesse angewandt werden, sondern um das Verhältnis zu den Göttern, und die Frage ist die, ob in *diesem* Verhältnis die Gesinnung Bedeutung hat, was ich prinzipiell verneine,

obgleich gewisse von mir angegebene Ausnahmen vorhanden sind, die jedoch *das Prinzip* nur bestätigen. Ist das Kultsubjekt ein Beklagter mit den Göttern als Kläger? Wer ist der Richter? Wenn nun niemals gesagt wird, dass die schlechte Gesinnung den Kultakt weniger richtig macht, beruht *das* dann darauf, dass das Kultsubjekt die Beweislast (gegenüber den Göttern) hat? Soll es, damit der äusserlich richtige Akt das göttliche Wohlwollen herbeiführt, *beweisen*, dass es eine gute Gesinnung hat? Oder umgekehrt: Das Kultsubjekt begeht gegen seinen Willen einen Fehler im Ritual. Soll es nun die Götter oder einen über Götter und Menschen stehenden Richter überzeugen, dass der Fehler unabsichtlich war, um der Notwendigkeit einer expiatio — Versöhnung des Götterzorns — zu entgehen? Wird deshalb gesagt, dass bei unfreiwilligen Fehlern eine expiatio notwendig ist? Hiermit sind wir ausserhalb der Grenzen — ich will nicht sagen: der Wissenschaft — sondern der Vernunft angelangt.

Ich habe die Formel für die Evozierung der Tutelargötter einer belagerten Stadt angeführt, um nachzuweisen, dass die Römer ihre eigenen Götter nicht als besonders verehrungswürdig erachten konnten, wenn sie als freie Personen beurteilt wurden. Die Evozierungsformel hatte den Charakter eines votum. Das votum war ein carmen, das indessen so formuliert werden konnte, dass das Versprochene als ein Lohn für den begehrten Dienst hervortrat. Da nun die Bitte um Auswanderung aus der eigenen Stadt nebst Lahmlegung ihrer Kräfte nach dem Charakter dieses votum ausschliesslich durch das Versprechen eines gewissen Kultes in der feindlichen Stadt motiviert war, wird die Möglichkeit eines Hochverrats der Götter vorausgesetzt, wenn sie als freie Personen beurteilt werden. Der Rez. sagt S. 62: „Man wird das letztgenannte Argument — die prinzipielle Gleichbewertung der fremden und der eigenen Götter — im Prinzip gewiss anerkennen können. Aber die Frage ist, ob auch die anderen stimmen. Das ist unserer Ansicht nach nicht der Fall: Es ist doch hier nicht gesagt, dass der Gott *deshalb* auswandern solle, weil man ihm einen schönen Tempel verspreche — übrigens wäre ihm doch damit zugemutet, nur ‚nach‘ seinen ‚eigenen Interessen‘ zu handeln, also gerade das, was Hägerström sonst vermisst (S. 33 u. ö.) und was *er* wenigstens anscheinend seiner sonstigen Argumentation nach als eine hoch zu qualifizierende Leistung einschätzt — sondern man bittet den Gott zunächst ohne Rücksicht hierauf, die Unterstützung des Feindes aufzugeben, und verspricht dann, als Dank sozusagen die eigene Verehrung.“ Die Parenthese ist hinsichtlich *meines* Standpunktes ganz verfehlt. Ich stelle die ganze in der Formulierung der vota hervortretende Betrachtungsweise mit dem Hinweise auf einen Lohn für die verlangte Prästation als blosser nützliche Symbolik dar. Ich meine, dass ich bewiesen habe, dass ein votum seine Kraft durch die Formel selbst — das carmen — hat. Die sonst nötige, mit der Prekation gleichzeitige reale Kulthandlung wird

hier durch ihre Bezeichnung als *nach* der göttlichen Prästation eintretend ersetzt. Dies habe ich nicht nur durch Hinweis auf die Bezeichnung eines *votum* als eines *carmen* (a. a. O. S. 35 A und S. 54) beweisen wollen, sondern auch durch den eigentümlichen Umstand, dass man unmittelbar mit der Erfüllung des Wunsches vom Götterzorn getroffen wird — als *voti damnatus* — und sich durch Einlösung des Versprechens von diesem Zorn befreit (a. a. O. S. 54 f., wo Röm. Obl. S. 241 A u. 499 f. angeführt wird). Letzteres wäre unmöglich, wenn es sich wirklich um Lohn für ausgeführte Arbeit handelte. Man kann wohl einer Person nicht zürnen, weil sie die ausgesetzte Belohnung nicht eher leistet, als sie es vermag! — Was der Rez. im übrigen sagt, ist absurd. Weshalb sollte man dies oder jenes als Lohn für die Prästation eines Menschen aussetzen, wenn man nicht voraussetzte, dass er dadurch zur Leistung veranlasst würde? Als Menschen aber treten die Götter hervor, wenn sie als Versprechen empfangend dargestellt werden. — Ich will, um den Gehalt der Ausführungen des Rez. über das Evozierungsvotum nachzuweisen, die Formel für eine *Devotion* des Feldherrn und des feindlichen Heeres nach Livius 8,9 anführen. Diese Formel ist eine Parallele zu der des Evozierungsvotums. Der devovierende Konsul sagt: *deorum ope . . . opus est; agedum, pontifex publicus populi Romani praei verba, quibus me pro legionibus devoeam*. In der *Devotion* wird nach einer *Prekation* an verschiedene Götter um den Sieg der römischen Waffen und den Untergang der Feinde gesagt: *sicut verbis nuncupavi ita pro re publica, exercitu, legionibus, auxiliis populi Romani Quiritium legiones auxiliaque hostium mecum deis Manibus Tellurique deoueo*. Hier sollte die *für* die römischen Legionen, *für* die nötige Hilfe der Götter ausdrücklich geschehende *Devotion* nicht *das* sein, was der *Prekation* ihre Kraft gibt, sondern nur ein Anhang zu ihr! — Der Rez. äussert weiter S. 63: „Nun rührt HÄGERSTRÖM freilich an den entscheidenden Punkt. Er sagt: *Warum* bittet man denn den Gott, die Unterstützung des Feindes zu unterlassen? Und er meint, es sei befremdend, dass das nicht dastehe, was man erwarte, die Verbrechen des Feindes, für die die Schutzentziehung erfolgen sollte (S. 51). — Gewiss, das ist das Entscheidende: Wenn das Volk gar nichts verbrochen hat, dann ist eine Schutzentziehung von moralischem Standpunkt aus nicht zu rechtfertigen. Aber muss das in der Formel stehen? Kann man schliessen, weil es nicht in der Formel steht, wurde es anscheinend als irrelevant angesehen? — Uns scheint, durchaus nicht. In Rom werden die Kriege doch durch eine religiöse Zeremonie eröffnet. Wird hier nicht schon vielleicht das Verbrechen, der Kriegsgrund erwähnt, dessen man den Gegner zieh? Dann weiss es doch der Gott schon.“ Also: wenn nach dem vergeblichen *res repetere* der Legat den Krieg so erklärt: *audi, Iuppiter, et tu Iane Quirine, diique omnes . . . audite: ego uos testor populum illum . . . iniustum esse neque ius persolvere . . .* (Liv. 1,32,10), will er — scheint

der Rez. zu meinen — dadurch nicht die Götter zur Bestrafung des *populus iniustus* (= *impurus*) *herbeirufen* und diese Unreinheit *wirksam* machen, sondern er will ihnen darüber eine Auskunft geben, dass der *populus iniustus ist!* Jetzt wissen die Götter dies! Man fragt nur: warum brauchen sie dann durch die Evozierung besonders aufgefordert zu werden, ihr eigenes Volk zu verderben? Die Römer, die ihren Krieg stets zu einem *purum piumque duellum* machten, dürften doch nicht ganz sicher gewesen sein, dass nicht *ihr* Tutelargott selbst Gegenstand einer gefährlichen Evozierung werden konnte. Ein so zuverlässiger Autor wie Plinius erzählt, dass man gerade wegen dieser Gefahr den *Namen* dieses Gottes geheimhielt (a. a. O. S. 51³ mit Hinweis auf S. 34¹). (Niemand weiss bis heute, wie er hiess!) Was bedeutete der *Name* des fraglichen Gottes, wenn die moralische Schuld oder Unschuld das Relevante war?? Schliesslich: waren die Götter, als Bürger einer gewissen Stadt betrachtet, weniger hochverräterisch, wenn sie ihre eigene Stadt wegen deren Unmoralität dem Feinde auslieferten?

Indessen übertrifft der Rez. sich selbst durch folgende Äusserung (S. 63): „Auch ein anderer Punkt ist uns hier aufgefallen: Auf der einen Seite wird den Römern von HÄGERSTRÖM vorgehalten“, (ich habe den Römern nichts *vorgehalten*, sondern nur ihre tatsächliche Denkungsart darzustellen versucht!) „dass die Gesinnung im allgemeinen in den Formeln keinen Ausdruck finde; daraus sei zu schliessen, dass sie gleichgültig gewesen sei . . . Kommt aber, wie es beim Eide der Fall ist, einmal vor, dass die Schwurpflichtigen Vorbehalte machen, z. B. dass sie unter bestimmten — von HÄGERSTRÖM selbst als moralisch durchaus einwandfrei bezeichneten — Umständen an den Wortlaut nicht gebunden sein sollten, weil das Versprechen eben nicht derart wörtlich auszulegen sei, dann wird — wie uns scheint — ein gegenteiliger Schluss gezogen. Diese Vorbehalte beweisen die Unmoralität(!); denn ohne sie hätte der Gott augenscheinlich bei blossem Bruch des äusseren *Wortlauts* ‚gezürnt‘. Nur die Magie des Formelvorbehalts halte ihn ab (S. 52) — Ist das zwingend? Uns scheint nicht. Könnte das nicht alles durch die oben erwähnte Frage der Beweislast leichter erklärt werden?“ Zuerst: worin liegt der Gegensatz zwischen den Schlüssen, die ich gezogen haben soll? In beiden Fällen handelt es sich ja darum, dass die Götter nur die äussere Tat berücksichtigen. Aber die *richtige* äussere Tat besteht bei Eiden darin, dass der Schwörende die objektive Wahrheit sagt, bzw. das wirklich eidlich Versprochene ausführt. Natürlich: wenn man im Eide selbst besonders *sagt*, dass die Worte so gelten sollen, wie man sie beim Aussprechen meint, so muss die objektive Wahrheit, bzw. das eidlich wirklich Versprochene danach bestimmt werden. Denn die *Worte* des Schwörenden sind für die Reaktion der Götter bestimmend. Das Bemerkenswerte liegt indessen hier in der Notwendigkeit, in den Eid selbst aufzunehmen, dass die Worte nach dem Sinne

ausgelegt werden sollen, den der Schwörende bei ihrer Aussprache in sie hineinlegt. Warum das, wenn die Götter diesen Sinn von selbst berücksichtigen?? Nach dem Rez. soll sich der Sachverhalt indes viel leichter mit der Umkehrung der Beweislast erklären lassen. Was meint er damit? Sollen nun die Götter selbst die Beweislast betreffs der subjektiven Schuld haben, da hier ja nach der Formel selbst der Schwörende nicht bestraft werden soll, wenn er seine Meinung unrichtig ausdrückte? Dass man in den antiken Formeln die subjektive Schuld im allgemeinen nicht berücksichtigt, soll ja darauf beruhen, dass der *Beklagte* in dieser Hinsicht die Beweislast hat. Wenn es also ausnahmsweise geschieht, muss wohl der Kläger selbst die Beweislast haben. Der Kläger aber kann hier wohl niemand anders als der Gott selbst sein? Es muss sich doch wohl etwas bei den Worten denken lassen! — Im übrigen kehrt dieselbe ganz irreleitende Bezeichnung des von mir gemeinten Mangels moralischer Qualifikation der Götter wieder. „Diese Vorbehalte beweisen die Unmoralität.“ „Die Götter sind also unmoralisch.“ Damit der Leser nicht vollständig irreführt wird, muss hinzugefügt werden: „insofern sie als sich frei bestimmende Personen dargestellt werden, was nur in einem symbolisierenden Kulte geschieht“.

Die kritischen Bemerkungen des Rez. anlässlich meiner Erörterung späterer griechischer Einflüsse kann ich nicht eingehend behandeln. Der Rez. missversteht das Ganze und verzerrt meine Darstellung grotesk. Um dies nachzuweisen, brauche ich nur seine Schlussworte (S. 67) in dieser Frage anzuführen: „Dass diese Ausführungen nicht zutreffend sein können, ergibt sich unserer Ansicht nach schon aus der bekannten Tatsache, dass bereits ARISTOTELES sich veranlasst sah, das Verhältnis von *ἐπιεικής* und *δίκαιον* eingehend zu erörtern. Aus seinen Darlegungen geht ganz klar hervor, dass dasselbe Problem, ob *ἐπιεικής* ein Gegensatz oder eine Unterart des *δίκαιον* sei, schon in Griechenland lebhaft umstritten war. Der Versuch, den Gegensatz von *aequum* und *ius* (*civile*) erst auf Eindringen einer fremden Rechtsideologie zu stützen, ist daher jedenfalls sachlich verfehlt . . .“ Ich soll also „den Gegensatz von *aequum* und *ius* (*civile*) auf Eindringen einer fremden Rechtsideologie“ „zu stützen“ versucht haben! Dies ist das gerade Gegenteil von dem, was ich gesagt habe. Der fragliche *Gegensatz* war echterömisch. Die *Identifizierung* des *aequum* und des *ius* aber, welche wir bei Cicero und auch römischen Juristen (z. B. Celsus: *ius est ars boni et aequi*) finden, beruht auf dem Eindringen griechischer Rechtsideologie. Dieser Gedanke konnte übrigens nicht einmal bei den klassischen Juristen das *wirkliche* juristische Denken beherrschen, weil er dem Wesen der ererbten römischen Rechtsideologie allzu fremd war. Siehe a. a. O. S. 62³ und 69—70 mit Hinweisen auf Röm. Obl. S. 291 A und 563 A. Ich habe a. a. O. auch aus-

einandergesetzt, dass und weshalb die *griechische* Ideologie keinen Gegensatz von *ἐπεικὲς* und *νόμος δίκαιον* in rechtlichen Entscheidungen anerkennen konnte — der positive *νόμος* wurde schon früh als ein blosser Ausdruck des staatlichen Rechtsbewusstseins, *τὸ φρόνημα τῆς πόλεως*, betrachtet, und etwas Besseres als *τὸ δίκαιον* in rechtlichen Entscheidungen konnte nicht gedacht werden, aber auch in rechtlichen Entscheidungen war *τὸ ἐπεικὲς* das Richtige: also musste es selbst ein *νόμος δίκαιον*, nämlich das mit dem *Sinne* des Gesetzes unabhängig vom Wortlaute Übereinstimmende sein. (Etwas ganz anders war es, dass *ὁ ἐπεικὴς ἀνὴρ* nicht immer dem Gegner sein Recht *abfordert*. Dies bedeutet natürlich auch keinen Gegensatz von *ἐπεικὲς* und *δίκαιον*. Ein Mensch mit versöhnlicher Gesinnung ist natürlich darum nicht ungerecht! Dies hat Aristoteles Rhet. 1374 a 25 ff. und Eth. Nik. 1137 a. 30 ff. sehr schön auseinandergesetzt.) — Jedenfalls dürfte es recht ungewöhnlich sein, dass ein Rezensent den Rezensierten das gerade *Gegenteil* von dem sagen lässt, was er wirklich gesagt hat, und auf eine solche Wiedergabe seine Kritik stützt.

Die Rezension besteht in den hier behandelten Teilen, insofern sie eine Kritik gibt, entweder in groben Entstellungen meiner Darstellung, wovon sich jeder ohne weiteres selbst überzeugen kann, oder in Behauptungen, für die *keinerlei* Beleggründe aus den Quellen angeführt werden, oder endlich in vollständigen Sinnlosigkeiten.

Ich gehe nun zur *Grundlage* der Kritik über. Wegen dieser Grundlage, die ich als für jede wissenschaftliche Ideengeschichte auf dem Gebiete des Rechts gefährlich betrachte, habe ich um Aufnahme dieser Antwort gebeten. Der Rez. sagt S. 68: „Wenn wir nun noch unser Gesamturteil kurz zusammenfassen dürfen; so geht es dahin: Was im Vorstehenden im einzelnen beanstandet werden musste, hat letzten Endes eine doppelte Wurzel: Eine ungenügende rechtsphilosophische und eine ungenügende religionswissenschaftliche Fundierung. — Was zunächst die *rechtsphilosophische* Sachlage anlangt, so tritt der schwache Punkt der Erörterungen eigentlich schon in den allerersten Seiten der Einleitung zutage. Der Verfasser sagt, das, was er zunächst — sehr treffend — für die moderne ‚Rechtsideologie‘ entwickelt, sei etwas Spezifisches, zwar nicht bloss spezifisch Modernes, aber etwas, das mindestens der altrömischen Rechtsordnung fehlte. Er hat sich gar nicht gefragt, was dann denn noch das Gemeinsame für alle ‚Rechtsordnungen‘, weil zum Wesen der ‚Rechtsordnung‘ als ‚Rechtsordnung‘ Gehörige, sei. Uns ist nicht recht verständlich, wie man dann noch die Behauptung, das bloss ‚Faktische‘ sei unzureichend, sollte halten können, wenn man vorher jeden

‚ethischen‘ Kern aus der Rechtsordnung gestrichen hatte. — Gewiss, der Verfasser wird sagen, er habe die Richtigkeit seiner Grundauffassung in seinem früheren Werke bewiesen.“ Keineswegs! Er antwortet, dass nichts für das Erreichen der *wissenschaftlichen Wahrheit* in einer empirischen ideengeschichtlichen Untersuchung auf dem Gebiete des Rechts verderblicher ist, als eine Theorie über „das Wesen der Rechtsordnung“ zugrunde zu legen. In einer solchen Untersuchung ist die Aufgabe allein die, die *faktische* Gedankenwelt zu finden, mit der die *faktische* Aufrechterhaltung einer sozialen Ordnung verknüpft ist, die als eine Rechtsordnung bezeichnet zu werden pflegt. Wenn man nun aus dem Grunde, dass z. B. die in Rom faktisch aufrechterhaltene soziale Ordnung als eine Rechtsordnung *bezeichnet zu werden* pflegt, den Schluss zieht, dass sie einen gewissen Charakter haben muss, der mit dem Wesen „der Rechtsordnung“ übereinstimmt, setzt man voraus, dass aus der Anwendung dieses Wortes eine gewisse sachliche Bestimmtheit folge. Dies ist indessen mittelalterliche Wortscholastik. Ein Kind, das über den Namen des Abendsterns Auskunft erhalten hatte, fragte: aber wie kann man wissen, dass er *wirklich* Venus heisst? Eine derartige Frage ist gegenüber dem berechtigt, der aus der Bezeichnung „Rechtsordnung“ eine gewisse sachliche Bestimmtheit des Bezeichneten schliesst. Man kann natürlich danach fragen, weshalb eine gewisse Ordnung als Rechtsordnung bezeichnet wird. Man kann auch untersuchen, ob etwas wirklich Gemeinsames für alles, was als Rechtsordnung bezeichnet wird, vorhanden ist. Eine solche Untersuchung muss, um wissenschaftlich zu sein, die sozialen Erscheinungen, die als Rechtsordnungen bezeichnet zu werden pflegen, direkt untersuchen. (Über meine Ansicht in diesem Stücke kann man in der von LUNDSTEDT auf deutsch herausgegebenen Schrift: Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft nachlesen.)

Man kann aber aus der Bezeichnung einer gewissen Ordnung als Rechtsordnung *gar keine* sachlichen Schlüsse ziehen. Wie die betreffende Ordnung wirklich beschaffen ist, muss allein durch eine direkte Untersuchung entschieden werden. Sonst entfernt man sich vom Wege der empirischen Forschung und lässt sich von Worten statt von der Wirklichkeit bestimmen. Besonders gross ist diese Gefahr, wenn man, wie der Rezensent, nicht nur eine vorhandene menschliche Ideologie mit ethischem Inhalt, sondern auch ein wirkliches „Sollen“ mit übersinnlichem Charakter als für eine Rechtsordnung wesentlich betrachtet und eine solche Theorie der Erforschung der Tatsachen zugrunde legt. „‚Übersinnlich‘ sind die Rechtsgebilde — möchten wir glauben — selbstverständlich“, sagt der Rez. S. 70. Dann hat man es bei Untersuchung einer gewissen Rechtsordnung in erster Linie nicht mit in Raum und Zeit existierenden Menschen zu tun, sondern mit einer über Raum und Zeit erhabenen Welt. In dieser glaubt man indes die Ideen entdecken zu

können, die eine gewisse Menschengruppe beselen, welche zu *unserer* Welt gehört. Wenn die Tatsachen dabei mit jener übersinnlichen Welt nicht übereinstimmen — um so schlimmer für die Tatsachen!

Ich habe auch weder in der rezensierten Arbeit noch in meinem früheren Werke eine bestimmte Anschauung über das Wesen einer Rechtsordnung zugrunde gelegt. Dass ich die übersinnliche Macht über Dinge oder Personen, die die Römer unter *meum esse, ius agendi, obligatio* oder *ius magistratus* verstehen, als eine mystisch-magische Macht und diese Vorstellung ebenso wie den Glauben an die Gebundenheit der Götter an äussere Zeremonien als Aberglauben bezeichnet habe, hat eine ganz untergeordnete Bedeutung. Als mystisch habe ich die fragliche Macht bezeichnet, weil sie eine Kraft, über Dinge oder Personen zu bestimmen, ist, ohne jede anschauliche Grundlage in einem gewissen Geschehen, das mit einem anderen empirisch verbunden ist. Sie ist eine Kraft, deren einzige Realität darin liegt, dass sie eine Kraft, etwas zustandezubringen, d. h. eine *Ursache* gewisser Wirkungen, ist. *Das*, was Ursache ist, ist dies — Ursache zu sein. Magisch habe ich sie genannt, weil man sich in der Magie mit solchen unbegreiflichen Kräften beschäftigt; und als Aberglauben habe ich die fragliche Anschauung bezeichnet, weil ich annehme, dass der Glaube an solche Kräfte und die Götter selbst als derartige Kräfte keine reale Grundlage haben kann. Aber hätte ich den römischen Glauben als einen richtigen Glauben und die fraglichen Kräfte als begreifbar und real bezeichnet, so hätte dies am wesentlichen Inhalt meiner Darstellung nichts geändert. Die Frage, die hier interessiert, ist nicht, ob die Römer, *wenn* sie z. B. meinten, dass der Inhaber des imperium sein Recht zu herrschen — die *vis imperii* — durch die auf ihn übertragenen Auspizien erwarb, einen richtigen Glauben hatten. Will derjenige, der die übersinnliche Welt zu kennen glaubt, dies annehmen, so ist das seine Sache. Das allein ist hier von Wichtigkeit, *ob* man die fragliche Anschauung hatte oder nicht. Meine ganze Darlegung ist missverstanden worden, weil man an solchen charakterisierenden Ausdrücken wie Aberglaube usw. geklebt und deshalb angenommen hat, dass ich eine bestimmte Ansicht über das übersinnliche Wesen des Rechts verfechten und nicht lediglich Ideengeschichte schreiben wollte. Jedenfalls habe ich keine Ansicht über das fragliche Wesen *zugrunde* gelegt. Ich habe daher weder den ethischen Kern vom Wesen der Rechtsordnung ausgeschlossen noch einen solchen angenommen, in dem Sinne, dass ich eine bestimmte Anschauung über diesen Punkt zugrunde gelegt hätte. Aber ich halte es, wie gesagt, für eine grosse methodologische Gefahr, eine eventuelle Auffassung über das Wesen dessen, was als Rechtsordnung bezeichnet wird, auf eine Untersuchung der wirklichen Denkungsart gewisser Völker zu gewisser Zeit den *mindesten* Einfluss üben zu lassen.

Der Rez. sagt, es sei ihm nicht recht verständlich, wie man die Behauptung aufrechterhalten könne, dass das bloss „Faktische“ unzureichend sei, „wenn man vorher jeden ethischen Kern aus der Rechtsordnung gestrichen hat“. Ich habe gesagt, dass die faktische soziale Ordnung durch eine Ideologie aufrechterhalten wird, die andere Realitäten als die faktischen annimmt. Natürlich ist auch diese Ideologie selbst ein Faktum. Weshalb sie gerade ein „Sollen“ zum Inhalt haben muss, damit die soziale Ordnung aufrechterhalten wird, ist unverständlich. Warum sollte nicht die Annahme einer blossen übersinnlichen Machtordnung, die letzten Endes von dem Horte des Staates — seinen Göttern — herstammt, und der alle unterworfen sind, hinreichend sein? Wenn man an eine solche Ordnung glaubt, wie die Römer es m. E. taten, und wenn die äusseren Akte, wie Gesetzgebung, Urteile, Rechtsgeschäfte usw., in denen nach dieser Ideologie jene übersinnlichen Kräfte hervortreten und wirksam sind, konsequent und regelmässig erfolgen, so dass im Einzelfall keine Unsicherheit herrschen kann, übt eine solche Vorstellung auf die Mitglieder der Gesellschaft einen suggestiven Druck aus — besonders wenn der einzelne meint, dass die Vorteile, deren *er* sich erfreut, von derselben Machtordnung herkommen. — Dies über meine „ungenügende rechtsphilosophische Fundierung“.

Der Rez. sagt weiter S. 71: „Die zweite Wurzel . . . ist die ungenügende *religionswissenschaftliche* Orientierung. Wir verstehen dieses Wort in demjenigen weiten Sinne, dass die verschiedenen Zweige nicht nur der Religionsgeschichte, -psychologie usw., sondern auch die Religionsphänomenologie und die Religionsphilosophie inbegriffen sind.“ (Welch fürchterliches Bombardement!) „Wer die Erwägungen HÄGERSTRÖMS verfolgt, bemerkt leicht, dass es auf Schritt und Tritt nicht die konkreten romanistischen Rechtsbefunde sind, sondern das religionshistorische ‚Schema‘, was ihn letzten Endes leitet, an das er glaubt, und das ihn deshalb zwingt, den Befunden eine Interpretation zu geben, die eben eine Einpassung in dieses ‚Schema‘ ermöglicht. — Wir haben schon oben darauf hingewiesen, dass dieses Schema heute nichts weniger als sicher steht.“ Über das vom Rez. gemeinte Schema, an das ich gebunden sein soll, kann nur Auskunft geben, was er S. 50 in der Einleitung schreibt. „Also zunächst zu den römischen Göttern! HÄGERSTRÖM sagt, sie seien ‚keineswegs‘ Hypostasierungen moralischer Prinzipien!“ (Die Reflexionen über diese Negation übergehe ich.) — „Aber was hat es denn mit der anderen Alternative für eine Bewandnis? ‚Natürliche Verläufe oder menschliche Funktionen als Wesen für sich gedacht.““ Damit hat es die Bewandnis, dass römische Schriftsteller die römischen Götter so bestimmen! Der Sinn der angeführten Worte, die in der Einleitung meiner Schrift stehen, wird in der nachfolgenden Darstellung näher dahin erklärt, dass die Götter als *Kräfte* aufgefasst werden, von welchen natürliche Verläufe wie

Blitze, das Wachsen des Kornes ausgehen, oder durch die menschliche Handlungen, wie Pflügen, Eggen usw., ihren Zweck erreichen. Jeder Verlauf, jede Tätigkeit hat dabei eine besondere Gottheit. Dass diese Kräfte als „Wesen für sich selbst“ gefasst werden, ist klar, da sie als *Götter* bestimmt werden. Siehe darüber z. B. bei Macr. Sat. I, 17, 4 und Cic. de nat. deorum 2, 23, 61, wo die numina als virtutes oder vires bestimmt werden. „Muss man auf derartige höchst merkwürdige“ — es handelt sich um das, was die römischen Autoren selbst sagen! — „und im Grunde auch psychologisch nichts weniger als geklärte — Hypothesen als die vermutlichen ‚Anfangsstufen‘ wirklich zurückgreifen.“ (Von mir kursiviert.) Jetzt beginnt „das religiöse Schema“ durchzuschimmern. Die religiösen „Anfangsstufen“: in der Urzeit der Menschheit? Hierin habe ich mich so gewaltig geirrt. Weitere Auskunft erhält man in den folgenden Ausführungen des Rez. Arbeiten von Andrew Lang, Wilhelm Schmidt und Koppers sollen hier auch eine andere Möglichkeit als denkbar erscheinen lassen. „Dann kann man sagen, so wie philosophisch-systematisch die Sachlage dafür spricht, dass diese Welt ein persönliches Wesen als ihren Leiter und Regierer und wohl auch ihren Schöpfer voraussetzt . . . so müssen wir heute wieder mit der Möglichkeit rechnen, dass diese Tatsache — ob nun aus natürlichem Wissen oder aus göttlicher Uoffenbarung — der Menschheit“ — den Neanderthalmenschen? oder den Menschen auf Atlantis? — „ursprünglich weitgehend bekannt gewesen, und diese theistische Grundanschauung erst im Laufe der Jahrhunderte und bei den einzelnen Völkern in verschiedenem Grade zum Polytheismus verdunkelt worden sein könnte. — Soviel also zu den Voraussetzungen von HÄGERSTRÖMS altrömischer ‚Rechts‘-Theorie.“ Das ist also des Pudels Kern! „Das religiöse Schema“ soll darin bestehen, dass ich nicht an die Möglichkeit einer ursprünglichen theistischen Grundanschauung der Menschheit glaube! Woher weiss der Rez. das? Er scheint zu vergessen, dass meine Aufgabe gar nicht war, die Religionen der geschichtlichen Menschheit oder der jetzigen primitiven Völker überhaupt, geschweige die der Menschheit in der Urzeit, zu untersuchen. Ich will ja nur die *römische* Religion während *der* Zeit charakterisieren, für welche historische Quellen vorhanden sind, zu welcher Zeit die eventuelle, durch natürliches Wissen oder Uoffenbarung geschaffene „theistische Grundanschauung“ ganz sicher schon „zum Polytheismus verdunkelt“ war.

Indessen lässt sich vielleicht aus der Auffassung des Rez. von der *richtigen* rechtsphilosophischen und religionswissenschaftlichen Grundlage für eine empirische Untersuchung über römisches Recht und römische Religion Verschiedenes in der Rezension erklären, zum Beispiel, weshalb der Rez. mich bisweilen so missversteht, dass er meine Darstellung vollständig verdreht, weshalb er offen in die Quellen etwas anderes hin-

einlegen zu können glaubt, als was sich darin findet, und schliesslich, wie er reine Sinnlosigkeiten als kritische Einwände betrachten kann.

KÜBLER hat in einer Rezension über die fragliche Arbeit Sav. Z. 51 (1931), S. 510 ff. die kritische Bemerkung gegen mich gerichtet, dass ich die lateinische Religiosität verkehrt darstelle. Da Dr. Sommer sich auf diese Bemerkung beruft, und da die Prüfung derselben in diesem Zusammenhange von grosser sachlicher Bedeutung ist, erscheint es mir angebracht, sie hier besonders zu behandeln. Nachdem KÜBLER eine sehr gute objektive Darstellung des Inhalts der Arbeit gegeben hat, sagt er S. 511: „Der Verf. hat mit Aufwand grosser Gelehrsamkeit die römische Theologie, wie sie von ihren berufenen Vertretern gelehrt und praktisch angewandt wurde, dargestellt. Abgesehen von dem Magischen, das er fortwährend hineinbringt, ist seine Darstellung auch einwandfrei. Aber das Bild der lateinischen Religiosität ist arg verzeichnet.“ Hier ist parenthetisch zu bemerken, dass, wenn ich ausnahmsweise die echtlateinische Religiosität erwähne, dies unter der Voraussetzung geschieht, dass sie von der auguralen und pontificalen Theologie bestimmt war. *Diese* hat allein für meine Aufgabe Bedeutung. Mit dem *Sakralrechte* steht nämlich m. E. das magistratische *ius* in Verbindung, nicht mit der volkstümlichen Religiosität. Ob die erwähnte Voraussetzung richtig ist oder ob schon vor den Einflüssen besonders der griechischen Gedankenwelt, aber auch von allerlei Mysterienkulten die volkstümliche Religiosität ein anderes Gepräge hatte als die fragliche Theologie, hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung. Es ist jedoch klar, dass, wenn sich umgekehrt bei einer besonderen Prüfung ergeben sollte, dass die echtlateinische Religiosität gerade so beschaffen war, wie m. E. die römische Theologie indiziert, dies meine Ansicht von dieser Theologie *bestätigen* würde. Deshalb will ich die Argumente Küblers einer Prüfung unterziehen. Er sagt: „Die Römer waren sehr abergläubisch wie noch heute die Italiener. Das Äusserliche, die Riten, das Zeremoniell waren ihnen sehr wichtig, und die Priester sorgten dafür, dass das Althergebrachte streng bewahrt wurde. Sie hatten es in ein künstliches System gebracht und hüteten diesen Schatz, der ihnen ihren Einfluss sicherte, ängstlich. Es ist aber ein Irrtum zu wännen, dass sich beim profanum vulgus hinter dem Respekt vor dem Formelkram keine echte Frömmigkeit barg, dass der ungelehrte Mann nicht von der Macht und dem Walten der Götter durchdrungen war, dass er seine Gebete nur herunterplapperte, ohne sich etwas dabei zu denken.“ Habe ich das behauptet? Sollte ich etwa leugnen, dass die Römer an die Macht und das Walten der Götter glaubten? Gerade weil sie von diesem Glauben durchdrungen waren, war ihnen so viel daran gelegen, dass man im Kult richtig verfuhr. Ich habe ja auch gesagt, dass die symbolisierende Darstellung derselben Mächte als frei sich bestimmender, für den einzelnen

oder den Staat wirksamer und damit moralisch verehrungswürdiger Bürger ihren Grund darin hatte, dass dadurch besondere Gefühle erweckt wurden, die den Glauben veranlassten, dass die *wirkliche* Gottheit gegenwärtig war und im Dienste des Kultsubjektes wirkte. (S. 56.) Ich habe in einem Aufsätze: Vergleich zwischen den Kraftvorstellungen der Primitiven und der modernen Kulturvölker in Festschrift für Arvi Grotenfelt (Ajatus) 1933, Helsingfors, S. 63 ff. nachzuweisen versucht, dass überhaupt die Symbole gebrauchende religiöse Magie in ekstatischen Kraftgefühlen ihre Grundlage hat, welche besonders bei gemeinsamem Kulte durch die anschauliche Darstellung des Gewünschten als *jetzt* vorhanden hervorgerufen werden. Infolge dieser Gefühle glaubt man, dass das Gewünschte wirklich geschieht. Bei der nachfolgenden Reflexion kan man natürlich nichts anderes als Ursache des eingebildeten Geschehens denken als die Zeremonie selbst. Deshalb schreibt man dieser eine wunderbare Kraft zu. Auf die römische religiöse Symbolik angewandt: gerade deshalb, weil man sich wenigstens ursprünglich bei der zeremoniellen Darstellung der Götter als im Dienste des Kultsubjektes wirksame verehrungswerte Personen sie als solche vorstellte — ebenso wie man sich bei einem gewöhnlichen Schauspiel in das Dargestellte hineinversetzt — erfuhr man dem gewöhnlichen Leben fremde, ekstatische Gefühle, die einer höheren Welt anzugehören schienen. Dann müssen höhere Mächte, die für das Kultsubjekt wirken, gegenwärtig sein. *Was* hat sie herbeigerufen? Lediglich die Zeremonie selbst. Dann ist es für die Zukunft von grosser Wichtigkeit, die rechte Zeremonie zu wissen. Diese wird durch die Überlieferung und die priesterliche Weisheit bestimmt. Der Schritt zu dem „Herunterplappern“ der rechten Worte als dem allein Wichtigen ist nun leicht. Dass die Römer allgemein diesen Schritt taten, habe ich indes gar nicht behauptet. Ich habe nur gesagt, dass nach ihrer Anschauung die Zeremonie *allein* auf die Götter wirkte. Ob dieser *Glaube* bei dem einzelnen auch durch wirkliche Gefühlserfahrung oder nur durch die Überlieferung und die priesterliche Autorität vermittelt war, kann nicht entschieden werden. (Man beachte übrigens, dass das Schauspiel selbst religiösen Ursprung hat!) Ich habe sogar nicht einmal behauptet, dass die von der offiziellen Theologie bestimmte Religiosität Gefühle wirklicher Liebe den Göttern gegenüber ausschloss. Nur *das* ist ausgeschlossen, dass man dieser eventuellen Liebe eine Bedeutung für das Ergebnis des Kultaktes belegte.

KÜBLER sagt danach: „Was Verf. im vierten Kapitel über die Verehrung der Götter, über das *uenerari* sagt, geht arg daneben.“ Hier zunächst zwei Bemerkungen. Wenn ich z. B. S. 51 sage: „Konnte wirklich ein Römer solche Wesen verehren?“, ist *natürlich hinzuzudenken: wenn er ihre wirkliche Beschaffenheit kannte*, d. h. die Beschaffenheit, die die offizielle Theologie ihnen beilegte. Ob *profanum vulgus* die rich-

tige Kenntnis in dieser Hinsicht hatte, ist damit nicht entschieden. Weiter: der Ausdruck: *verehren* ist hier eine Übersetzung des *uenerari* und bedeutet deshalb hier dasselbe wie *Ehrfurcht haben*. Die Verehrung der Götter in diesem Sinne setzt voraus, dass ihnen nach römischer Anschauung über die Moral — über das, was einen *bonus vir* kennzeichnet — wirklich verehrungswürdige Eigenschaften zugeschrieben wurden. Also muss, damit ich widerlegt werde, nachgewiesen werden, dass *dies* wirklich der Fall war. Dr. Sommer hat es versucht, aber mit welchen Argumenten! Das von Kübler angezogene Argument, das wirkliche Bedeutung haben könnte, liegt in folgendem. „Man kann freilich die Religiosität der Latiner nicht aus Grammatikernotizen über die Auguraldoktrin und die Auspizienlehre oder aus Ciceros Aufklärungsschriften kennen lernen. Auch die Komödien des Plautus, lateinisch übertünchte Dichtwerke der griechischen neueren, also sehr aufgeklärten Komödie sind keine richtigen Zeugen.“ Habe ich indessen Schlüsse hinsichtlich der *Gefühle* der Römer überhaupt ihren Göttern gegenüber aus solchen Quellen gezogen? Bloss für die Feststellung ihrer religiösen *Vorstellungen* habe ich diese Quellen benutzt. Dass *Plautus* eine unrichtige Darstellung in *dieser* Hinsicht gegeben hätte, ist wohl nicht anzunehmen. Er musste doch Fühlung mit seinem lateinischen Publikum gewinnen, und wenn er lateinische Worte gebrauchte, die ihre feststehende Bedeutung hatten, konnte er sie wohl nicht in anderem Sinne anwenden als dem, welchen sie besaßen. Was Cicero betrifft, muss ich gestehen, dass ich die Bemerkung des Rez. nicht verstehe. Ich habe ja *stark* hervorgehoben, dass man die echtrömische Religiosität nach Ciceros Begriff von der wirklichen Religiosität nicht bestimmen kann. Dass aber Cicero unrichtige Angaben über ältere religiöse Vorstellungen macht, für die ich ihn ebenso wie Cato u. a. als Quelle benutzt habe, will wohl der Rez. nicht behaupten. Er sagt nun weiter: „Wer sich von dieser (der wahren Frömmigkeit der Römer) einen Begriff machen will, der muss ihre Geschichtsschreiber und ihre Dichter, Horaz, Virgil, Tibull, auch Ovid *im Zusammenhang* lesen.“ Ja, dies ist natürlich richtig, *vorausgesetzt dass* man die echtrömischen Elemente von der griechischen Gedanken- und Gefühlsrichtung — überhaupt von allen fremden religiösen Einschlügen abscheiden kann, die gegen Ende der Republik und im Augusteischen Zeitalter in Rom eingedrungen sind. Dies vermag man wohl auch, wenn es sich um die Beschreibung alter römischer Feste handelt. KÜBLER führt die Elegien des Tibullus als in der fraglichen Hinsicht besonders bedeutsam an. Das *sind* sie auch. Nur muss man die poetische Darstellung mit *den* Angaben über den wirklichen Verlauf verschiedener Feste zusammenstellen, die direkte Berichte darüber enthalten. — Über andere Gefühle den Göttern gegenüber, die in den Elegien Tibulls hervortreten, später. Wir wollen zunächst untersuchen, ob die Götter seiner Darstellung nach Gegenstand

wirklicher Ehrfurcht sind, und im Zusammenhang damit, ob sie als frei sich bestimmende Personen mit eigenen Interessen hervortreten, die durch den Kultakt gewahrt werden, sei es, dass es sich um eine erwartete Gegenprästation oder um Rechte handelte, die ihnen als Wesen von höherem Rang zukommen. KÜBLER führt El. I,1,11 ff. an, wo im Anfang die Worte: *nam ueneror* stehen. Ich will diese Verse hier zitieren, aber mit dem, was unmittelbar vorhergeht und das Anfangswort *nam* erklärt sowie ausserdem mit einem kleineren Zusatz, v. 5 ff.: *Me mea paupertas uita traducat inerti, / dum meus assiduo luceat igne focus . . . / Nec Spes destituit, sed frugum semper acruos / Praebeat et pleno pinguia musta lacu. / Nam ueneror, seu stipes habet desertus in agris / Seu uetus in triuio florida sarta lapis: / Et quodcumque mihi pomum nouus educat annus, / Libatum agricolae ponitur ante deo. / Flaua Ceres! tibi sit nostro de rure corona / Spicea, quae templi pendeat ante fores . . . / Uos quoque, felicis quondam, nunc pauperis agri / Custodes, fertis munera uestra, Lares. / Tunc uitula innumeros lustrabat caesa iuuenos: / Nunc agna exigui est hostia parua soli; / Agna cadet uobis, quam circum rustica pubes / Clamet: ‚Io messes et bona uina date‘ . . . / Hinc ego pastoremque meum lustrare quot annis / Et placidam soleo spargere lacte Palem. / Adsitis, Diui! neu uos e paupere mensa / Dona nec e puris spernite ficitilibus . . .*

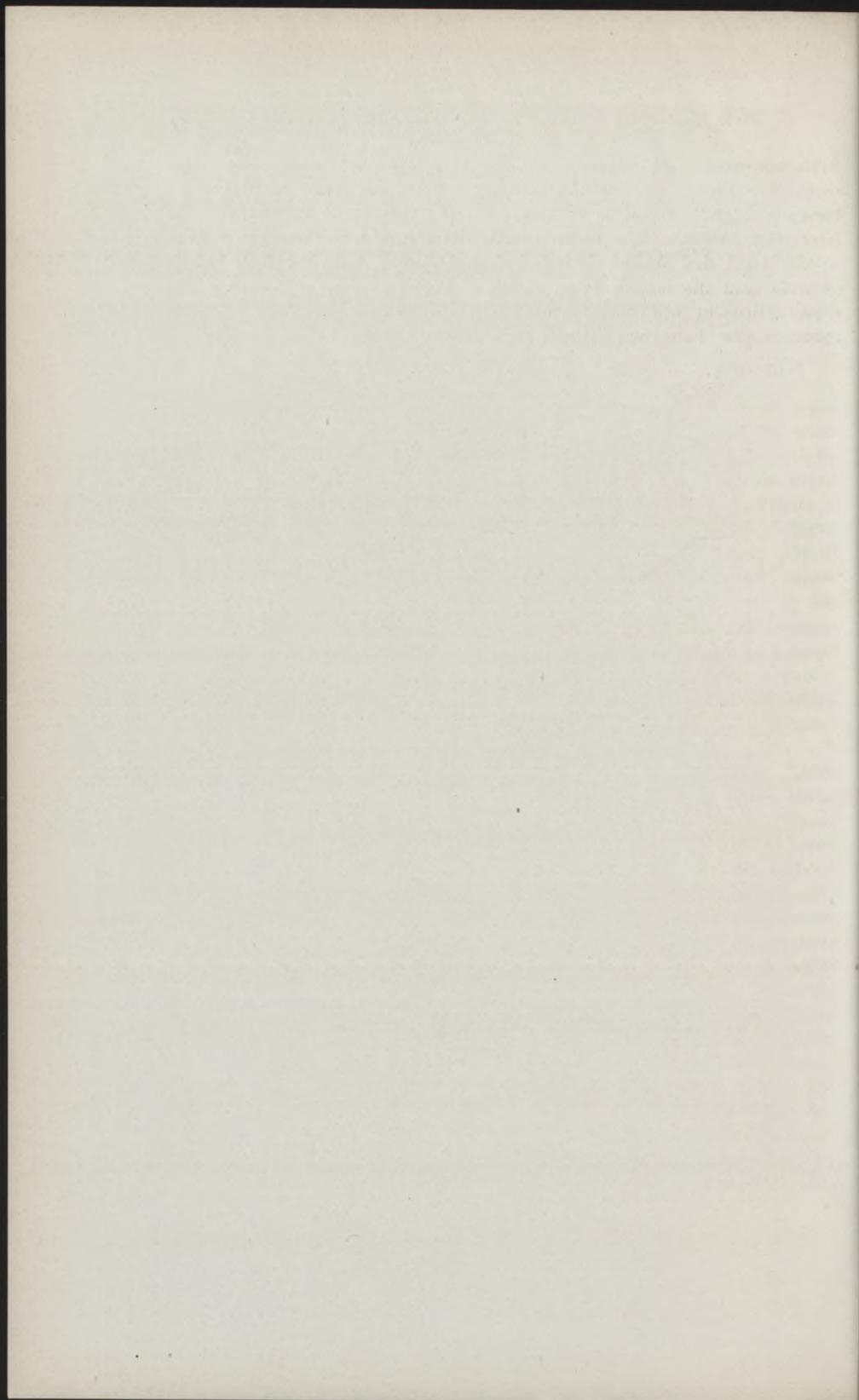
Untersuchen wir nun zunächst den Ausdruck: *Nam ueneror, seu . . .* Damit soll ja die unmittelbar vorher ausgesprochene Hoffnung auf gute Ernten etc. motiviert werden. Worin besteht nun dies seine Hoffnung stützende *uenerari*? Besteht es in wirklicher Ehrfurcht? Sollte also Tibull sagen wollen, er gründe seine Hoffnung *darauf*, dass er eine solche *Gesinnung* den Göttern gegenüber hegt? *Dann* würde er eine ganz andere Auffassung von ihnen haben als die, welche sich aus anderen Quellen als die gewöhnliche römische ergibt. Dies ist wohl wenig wahrscheinlich! Nun *wissen* wir, dass die üblichen Einleitungsworte bei Kultakten waren: *precor ueneror* mit einem Objekt oder ohne Objekt. Deshalb war es natürlich, dass man eines dieser Worte zur Bezeichnung eines Kultaktes überhaupt anwenden konnte. Da nun hier *ueneror* ohne jedes Objekt vorkommt, ist eine solche Auslegung jedenfalls möglich und mit Rücksicht auf die Tatsache, dass die römischen Götter *nur* durch die üblichen Kultakte im Interesse des Kultsubjektes beeinflusst werden können, notwendig. D. h. die Worte bedeuten: *Denn* ich führe die üblichen Kultakte aus, ob ich um das einsame Holzbild auf den Äckern, ob ich um den alten Stein an der Wegkreuzung Blumen winde usw. Darin *besteht* das *uenerari*! V. 19—24 handelt es sich um Lustrierung der Rinder und des Bodens durch Opfertiere in den Ambarvalien, wobei — wie wir wissen — diese unter Prekationen (hier ruft die Jugend: *io messes* etc.) um das zu reinigende Gebiet getragen werden. Ganz ebenso

wie bei Cato u. a. werden die Opfertiere selbst als Lustrationsmittel betrachtet. Die Götter — hier die Laren — lustrieren *durch* dieses Mittel. Wenn sie ihnen gegeben werden, erhält also die Gottheit nichts, dessen sie sich persönlich erfreuen könnte, also auch kein Recht, sondern nur ein Mittel zum Ausführen der gewünschten Lustrierung. Die Gottheit wird dadurch nur in ihrer Kraft, für die Menschen zu wirken, gesteigert und damit verherrlicht. *Macte esto!* Interessant ist im übrigen, weshalb Tibull für sich ein Schaf als ausreichend betrachtet, während seine Ahnen ein Kalbopfer gebracht hatten. War der Gedanke „das Scherflein der Witwe“? Keineswegs. Die Ahnen hatten *viel mehr*, was der Lustrierung bedurfte. V. 35—38 werden die Palilien berührt. Die Placida Pales wird mit Milch bespritzt! Vielleicht die *persönliche* Göttin? Niemand wird es glauben. Aber durch diese Bespritzung wird zunächst dieses spezielle Palesbild wirksam, mittelbar die persönliche Göttin, die mit ihrem Bilde verbunden ist. Im übrigen werden Götter herbeigerufen, um *dona e paupere mensa* zu empfangen, ganz als ob sie essende Menschen wären! Vgl. die Lectisternien! Man kann auch überzeugt sein, dass sich Tibull einer expiatio unterzogen haben würde, wenn er versehentlich einen Fehler im Rituale begangen hätte, und zwar gerade deshalb, weil er das war, was Kübler *fromm* nennt. Besonders beleuchtend für die „Frömmigkeit“ des Dichters ist El. II, 1, 1 ff. *Quisquis adest, faueat.* (vgl. den Kultausdruck *faue te linguis!*) / *Fruges lustramus et agros, / Ritus ut a prisco traditus exstat auo . . . v. 17: Di patrii, purgamus agros, purgamus agrestes / Uos mala de nostris pellite limitibus. / v. 25: Euentura precor . . .* Letzteres wird während des Opferaktes gesagt. Vgl. auch El. II, 2.

Hiermit soll gar nicht bestritten werden, dass eine wirkliche Liebe zu den göttlichen Mächten hervortritt. Was aber bedeutet das? Kann nicht ein Bauer seine ererbte Scholle lieben, die ihn und seine Ahnen ernährt hat, ohne deshalb zu glauben, dass sie ihre Ernten infolge *seiner Liebe* gibt? Braucht er deshalb eine wirkliche Ehrfurcht vor der Scholle als einem Wesen, das seiner Achtung wert ist, zu haben? Weshalb konnte nicht der römische Bauer, der glaubte, Steine, Holzbilder u. dgl. liessen seine Felder, sein Haus usw. gedeihen, sie lieben, ohne deshalb zu glauben, dass diese Liebe als solche für die Hilfe irgendwelche Bedeutung habe? Um wie viel natürlicher war diese Liebe, als die ländlichen religiösen Feiern wirkliche Freudenfeste für die Teilnehmer waren und darum einen rosigen Schimmer über alles, was dazu gehörte, verbreiten mussten. Im Mittelpunkt aber standen die Götter! Placida Pales! Der Bauer brauchte deshalb gewiss keine wirkliche Ehrfurcht vor allen seinen Fetischen zu haben. Man findet auch bei Tibull in Wirklichkeit keine Andeutung einer realen *Achtung* vor den Steinen etc. Was als „Frömmigkeit“ bei ihm hervortritt, ist ausschliesslich sein Wunsch, das Wohlwollen der Götter durch den rechten Kult zu erwerben. — KÜBLER sagt in den

Schlussworten: „Ich glaube, dass die römischen Legionäre, wenn sie nicht ihre Götter im Herzen getragen hätten, die Welt nicht erobert haben würden.“ Wenn darin etwas anderes liegen sollte als dies, dass sie überzeugt gewesen sein müssen, dass die mächtigen römischen Götter — der Hort des Staates — ihnen gnädig waren, wenn ihr Kult richtig geschah und die Auspizien in richtiger Weise eingeholt wurden — in dieser Hinsicht war man ja auch ausserordentlich vorsichtig — *dann* sprechen die Tatsachen selbst gegen diesen Glauben!

Juni 1934.



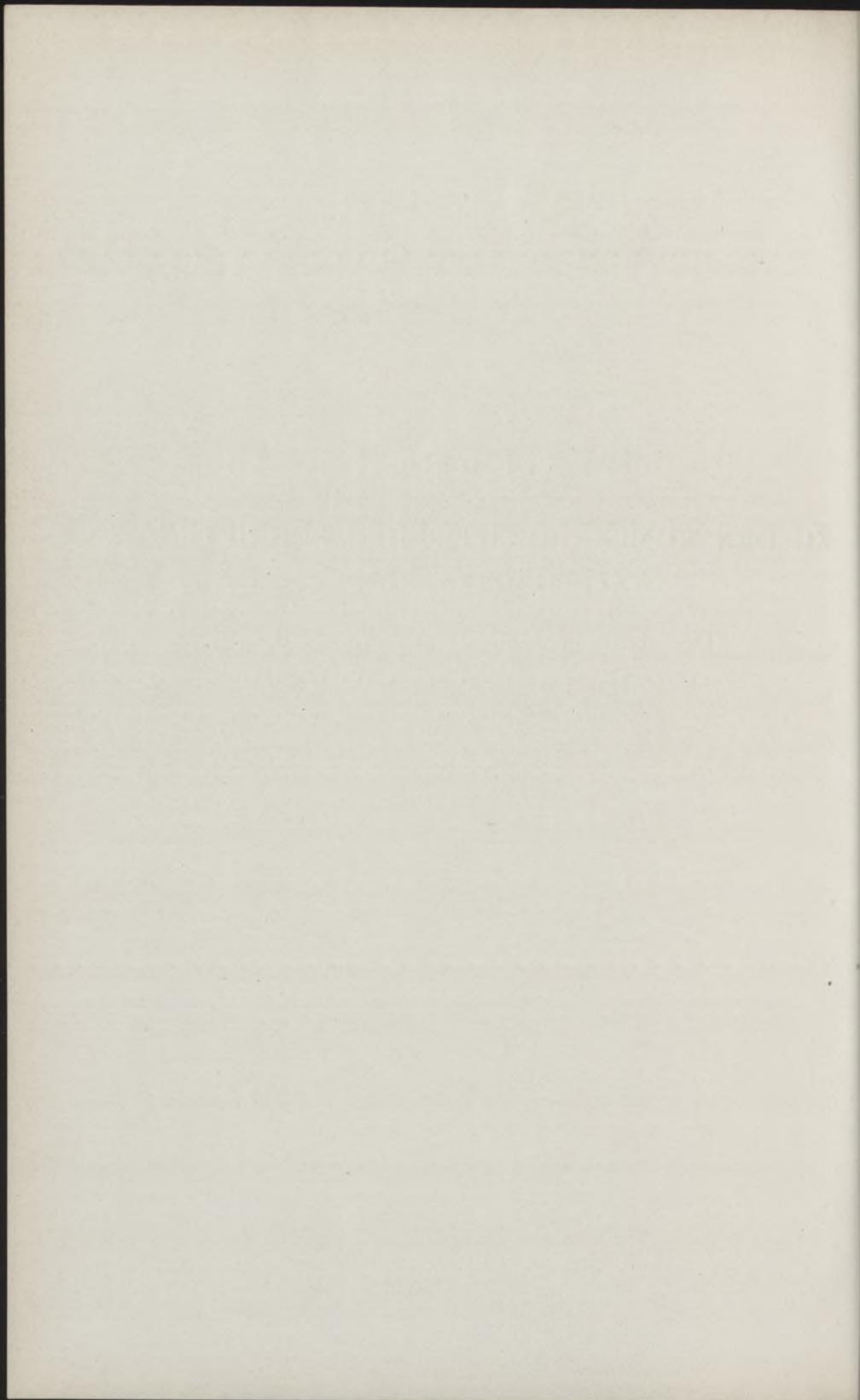
REGISTER

ZU DEN RÖMISCHRECHTLICHEN SCHRIFTEN

AXEL HÄGERSTRÖMS

(Der römische Obligationsbegriff I—II,

Das magistratische ius)



INHALT

	Seite
Quellenregister	413
Vorbemerkungen	413
Alphabetisches Verzeichnis der literarischen Quellen	413
1. Literarische Überlieferung.	
a) Juristische Quellen	415
b) Nichtjuristische Quellen	444
2. Inschriften	467
Namenregister	473
Sachregister	476



QUELLENREGISTER

Vorbemerkungen

Das Quellenregister ist mit dem Generalregister der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte als Muster aufgestellt worden. Da hier hauptsächlich nur antike Quellen in Betracht kommen, sind die mittelalterlichen Quellen: Basiliken, Basiliken-Scholien, Theophili institutiones, Suidas und Zonaras unter diese eingereiht.

Ein der Seitenzahl in Codex Gregorianus, Digesta und Fragmenta Vaticana beigefügter Stern macht eine Interpolation kenntlich und ist von Herrn Dr. Erland Ehnmark angebracht.

Die Zitate aus Arnim, Stoicorum veterum fragmenta sind unter Chryssippos angeführt.

Die Zitate aus Festus sind unter den betreffenden Wörtern zu finden.

Die Fehlzitate sind in Kursivschrift der Seitenzahl in Klammern beigesetzt. Am Schluss sind diese zusammengestellt.

- I bedeutet: Der römische Obligationsbegriff I.
- II » Der römische Obligationsbegriff II.
- III » Das magistratische Ius.

Alphabetisches Verzeichnis der literarischen Quellen

	Seite		Seite
Aeschines	444	Arnobius	445
Aeschylus	444	Asconius	445
Anthologia Palatina	445	Pseudo-Asconius	445
Antiphon rhetor	445	Auctor ad Herennium	446
Appianus	445	Augustinus	446
Apuleius	445	Ausonius	446
Aristophanes	445	Bacchylides	446
Aristoteles	445	Basiliken	444

	Seite		Seite
Basiliken Scholien	444	Nepos, Cornelius	458
M Porcius Cato	446	Nonius	458
Chrysippus	446	Ovidius	458
Cicero	446	Papiniani fragm	442
Codex Gregorianus	415	Pauli sententiae	442
— Justinianus	415	Paulus Diaconus	458
— Theodosianus	416	Pindarus	458
Collatio	416	Plato	458
Consultatio	416	Plautus	459
Demosthenes	451	Plinius maior	461
Digesta Justiniani	416	Plinius minor	461
Dio Cassius	451	Plutarchus	462
Dionysius Hal	451	Polybius	462
Euripides	451	Porphyrio	462
Festus	452	Porphyrius	462
Florus	453	Priscianus	462
Fragm Dositheanum	434	Probus, Valerius	462
— Vaticana	434	Quintilianus	462
Gai institutiones	434	Salvianus	463
— epitome	440	Scholia Bobiensia	463
— fragm August	440	SC Iuventianum	443
Gellius	453	Seneca (phil)	463
Heraclitus	454	— (rhet)	463
Herodotus	454	Servius	463
Hesiodus	454	Sophocles	464
Homerus	454	Stobaeus	464
Horatius	455	Suetonius	464
Justiniani instit	440	Suidas	464
Lactantius	455	Tacitus	464
Lex Cincia de don	440	Terentius	464
— Cornelia de sic	440	Tertullianus	465
— XII tabularum	440	Theophili instit	444
— Iulia de vi	442	Thucydides	465
— Iulia et Pap Pop	442	Tibullus	465
— Mamilia	442	Ulpiani regulae	443
— Numae	442	— fragm	444
— Papiria	442	Valerius Maximus	465
— Quinctia	442	Varro	465
— Silia	442	Vergilius	466
Livius	455	Xenophon	466
Macrobius	457	Zonaras	466
Marcus	458		

1. Literarische Überlieferung

a) Juristische Quellen

Codex Gregorianus		6, 23, 29, 3	II 31
3, 4, 1*	II 63, 194	29, 6	II 33
Codex Justinianus		6, 24, 13	II 68
2, 12, 1*	I 337	6, 27, 5, 1	II 4
10	I 333	5, 1 a	II 4
2, 30, 2	I 551	6, 28, 3	II 4 f
56, 1	I 337	4, 1	II 144. 147
3, 31, 5	I 343	4, 2	II 144
4, 11	II 186	6, 31, 4	I 437
4, 24, 3	I 29	6, 37, 23	II 49
4, 65, 25	I 113	23 pr-1a	II 49
5, 37, 16	I 120	23, 2	II 12 (6, 37, 2)
5, 44, 2	II 333	23, 2 a	II 4 f 12 (6, 37, 2 a)
6, 2, 21, 1-2	I 58	6, 38, 4 pr	II 51
21, 3	I 58 f 62. 218	6, 42, 9	II 51
21, 4	I 58	16, 1	II 51 (42, 16, 1)
6, 6, 1	II 174	6, 51, 1, 11 c	II 5
5-6	II 175	7, 4, 2	I 551
8	II 174	7, 25, 1	I 80
6, 11, 2 pr	II 32	7, 26, 9	II 39
2, 1*	II 32	7, 29, 2	I 70
6, 13, 1	II 32	7, 31, 1, 2	I 158
6, 21, 1	II 20. 52	1, 3	I 157. 159 f 257
12	II 63		II 374. 378
6, 22, 8 pr	II 19. 32	1, 4	I 159
8, 1-1b	II 19	7, 32, 1	I 101
10, 5	II 6	3	I 117
6, 23, 4*	II* 26	4	I 143. 173
21, 4	II 19. 32	8	I 105. 116
29	II 19	10	I 216 f
		12	I 85. 167
		7, 33, 11	I 158. 161

7, 33, 11	II	375
7, 34, 4	II	377
7, 36, 2	II	377
7, 53, 9	I	437
7, 56, 1*	I	333
7, 59	I	437
8, 27, 2	I	29
8, 37, 10	II	42
8, 40, 28 pr-2	I	311
8, 41, 8 pr	II	72 (8, 41, 8)
8, 1	II	73
8, 44, 6*	II	339
7	II	321
8*	II	321. 323
9	II	323. 339
14	II	321
15	II	323
8, 50, 2	I	29

Codex Theodosianus

2, 30, 2	I	29
----------	---	----

Collatio Mosaicarum et Romanarum legum

2, 5, 1	I	493. 563. 565
5	I	487
4, 8, 1	I	373 f
7, 3, 1	I	559
4	I	493. 560
	II	92 f
10, 7, 11	I	472
16, 2, 14	II	148
16, 3, 20	II	148

Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti

3, 1	I	337
4	I	337

Digesta Justiniani

1, 1, 1	III	76
1 pr-1	I	290
4	I	564

1, 1, 10	I	290
10, 1	I	565
	II	239
10, 2	I	290
11	I	564
	II	40
1, 2, 2, 6	I	302
2, 16	III	12
2, 19	I	578
1, 3, 1-2	I	541
14	I	187
35	I	541
1, 5, 4, 1	I	564
6	I	569
25	I	518. 520 f
1, 6, 10	I	520
1, 8, 1 pr	I	31. 70
2, 4, 2	III	12
4, 3	I	569
21	I	506
2, 5, 1	I	505
2, 6, 3	I	505
2, 8, 2 pr	I	505
2, 5	I	507
5, 1	I	506
2, 9, 1 pr	I	50
1, 1	I	61
2 pr	I	63
2, 1	I	50. 55. 57. 60 ff 69. 72 f
2, 10, 2	I	49
2, 12, 6	I	438
2, 14, 1, 2	II	38
1, 3*	II	38. 42. 45
1, 4*	II	38. 40. 42
2, 1	II	53
4 pr-1	II	45
4, 2*	II	45. 60. 182
4, 3*	II	45. 60
5	II	40
6*	II	40
7 pr-1	II	41
7, 2	I	395

2, 14, 7, 2	II	41
7, 5	II	55
7, 7	II	38
11*	I	333
12*	I	333
17, 1	II	40
21, 5	II	42
22-23	II	42
27, 2*	II	70
27, 9	II	53
30, 1	II	46. 52. 178
	III	73
52, 2	I	29
2, 15, 4	II	214
5*	II	213 f
15	II	187
3, 2, 1	I	416. 435
5	I	417
3, 3, 27 pr*	I	333
33, 3	I	327
36	I	54
39, 1	I	327
40, 2*	I	326. 328. 333. 510 f 519
48	I	324
57, 1	I	324
58*	I	333
62	I	324
65*	I	337
66	I	316. 324
72	I	324
3, 5, 3, 4	II	38
5, 14	I	123. 336
17	I	123
18 pr	I	123
23*	I	92. 329
37	I	123 f
40	I	54
44, 2	I	343
48	I	343
4, 2, 1	I	120 (4, 12)
9, 6	I	72
14, 2	I	158

4, 2, 16, 2	I	158
4, 3, 1, 2	II	222
7, 3	II	221 f
17, 1	I	158
19	II	265
4, 4, 9, 2	I	475
24, 3	I	457 f
4, 5, 2, 2*	II	40
4, 6, 1, 1	I	263
19	I	192
30 pr	I	159
4, 7, 10, 1	I	121
4, 8, 35	II	42
5, 1, 18, 1	II	232
45, 1	I	438
56*	I	243
76	I	240
80	II	28
5, 2, 6, 1	I	520
17, 1	I	520
22, 3	II	297
5, 3, 9*	I	299
	II	112 f
11	I	298
	II	112 f 116 ff
11 pr*	II	112. 116. 119
12*	II	112 f 118
13	II	118
13 pr*	II	112 f
13, 1*	I	198. 206 f 213. 225 f
	II	112 f 117
13, 8	II	122
13, 12	I	91
13, 15	I	299
16, 4	I	299
16, 7	I	299
18, 1-2	I	299
20, 5	I	64
25, 11*	II	40
31 pr	I	343
42	I	299
6, 1, 1, 3	II	101

6, 1, 5, 1	I	239. 245. 251.	6, 2, 13, 2	I	226
		254	14	II	367
9*	I	107. 217. 233	15	I	180
21*	I	184 f 187	17	II	367
23, 2	I	237. 260	21, 3	I	209
23, 5	I	236. 250 f 258	7, 1, 1	I	247. 258
		260	7, 1	I	183
	II	101	12, 3	I	178
23, 6	I	264	7, 4	III	73
23, 7	I	262	4, 5, 2-3	I	248
27, 1	I	511	10, 5	I	249
27, 4	I	511	10, 7	I	248 f
35, 1	I	512	10, 8	I	249
46	I	130		II	III
57-58	I	511	7, 6, 2	II	13
59	I	262	5 pr	I	22. 194
61	I	265	8, 2, 17, 3	I	377. 392
77	I	115. 614		II	183
6, 2, 1 pr*	II	367	33	I	377
3	II	367	8, 5, 2 pr	I	22
5	II	367	6, 3	I	23
7	II	367	9, 1, 1	II	229. 235
7, 10	I	118	1 pr	I	478. 490
7, 11	I	157		II	235
	II	368 f	1, 1	I	53. 285
7, 12	I	158. 160		II	230. 234 f
	II	368	1, 2	I	287
7, 13-15	II	368	1, 3*	I	285. 290
7, 16	II	368 f		II	235
7, 17*	I	157	1, 4	I	285. 287
	II	369. 377	1, 5	I	287
11	I	156	1, 6	I	286 f
	II	367	1, 7*	I	286 f 291
11, 2	I	149 f	1, 8	I	284, 287
11, 3*	I	150. 154	1, 9	I	287
	II	364. 366 f 370 f	1, 10*	I	286 f 291
		377	1, 11*	I	64. 282. 284.
11, 4	I	155 f			286 f 479. 490.
	II	366 f			615
12, 1	I	215		II	234
13 pr	I	226 f	1, 12	I	284. 286. 291
13, 1*	I	209. 218. 220.	1, 13	I	284. 291
		226 f			

9, 1, 1, 13	II	237
1, 14	II	237
1, 15	I	62
1, 16*	II	237
1, 17	I	56
2, 1	I	284
9, 2, 1 pr	I	49
2	I	421. 559
2 pr	I	355. 486
3	I	559
5 pr	I	285. 559
5, 1	I	285. 289. 559
5, 2	I	289
23, 10	I	69
25, 2	I	69. 442
27, 3*	I	51. 56. 60 f
27, 5	I	355. 421. 486
29, 2—4	II	250
9, 3, 1 pr	II	145
5, 5	I	158
	II	145
9, 4, 2 pr	I	65
2, 1	I	284. 477. 479 (9, 4, 2) f
	II	229. 231. 233
8	I	50. 61
11*	I	56. 58 ff
12*	I	56. 59
13*	I	56
14, 1	I	66
15	I	66
16	I	60
19, 2	II	234
20	II	233
21 pr	I	48. 61
21, 1*	I	58. 61
21, 2	I	55. 61
21, 3*	I	55
21, 4	I	50. 61
21, 5	I	55
22 pr	I	220
22, 1*	I	50. 55. 59. 209. 215. 217 f 613

9, 4, 22, 3	I	55. 61 f
22, 4	I	55. 61
26, 2	I	55. 60
26, 3	I	63
26, 4	II	237
26, 6	I	49. 54. 62. 72 f
27 pr	I	54
27, 1	I	49. 51. 54. 80 f
	II	254
28*	I	49. 59. 70. 80 f. 195
29	I	48. 61
30	I	54. 62
32	I	48 f 61. 69
33	I	49. 69. 282
35	I	438
37	I	56
39 pr	I	60
39, 1	I	54. 62
	II	254
39, 2	I	60
39, 4	I	63
	II	237
42, 2	I	55 f. 158
43	I	49
10, 2, 1 pr	II	153
25, 1	II	53
30	II	155
33	I	29
39, 3	II	158
10, 3, 5*	I	181
7, 4*	I	210 (10, 3, 7)
7, 9	I	182
10, 4, 3, 5	I	139
3, 7	I	57
3, 15*	I	214. 217. 233
4	I	271
5 pr*	I	271
5, 1	I	107. 139. 271
5, 3*	I	270 f
5, 4*	I	217. 270 f
5, 5*	I	217. 270 f
5, 6*	I	188

10, 4, 6	I	260. 264. 271 f	12, 6, 59	I	29
7, 1	I	205. 270. 272	64	I	598
7, 2	I	265. 270. 272	65, 5	II	227
8	I	270	65, 9	I	615
9, 1*	I	271	13, 1, 1	I	252
9, 3	I	246	3	II	101
12, 2	I	255	7	I	477
12, 3	I	245. 254 ff	7 pr	I	475
15	I	102. 168. 270 f	8	I	477
11, 1, 8	I	51. 54	8 pr*	II	101
13 pr*	I	51	10 pr	I	477
13, 1	I	51		II	107
14 pr	I	51. 66 f	10, 2	I	252
15 pr	I	51	12 pr	I	252
15, 1	I	54		II	102
16 pr	I	63	12, 1	I	252
16, 1	I	51. 54. 63		II	102
20 pr	I	52. 54. 310	14, 2	I	251. 258
	II	254	14, 3	I	252
11, 7, 14, 1	I	71	18	I	94. 252
36	III	13	20	I	252
12, 1, 4, 1	I	87		II	101
9, 9*	I	164. 169	13, 3, 2	I	252
11, 2	II	106	13, 5, 1, 8	II	358
19, 1	II	36	13, 6, 3 pr	II	38
40	II	52	8	I	177
41	I	217	13, 7, 11 pr	II	205. 294
12, 2, 17, 3	I	120	11, 1	II	205. 294
26 pr	II	42	11, 6*	I	119
42 pr*	II	41 f	18, 3	I	249
12, 4, 14*	I	329	22 pr	I	128
12, 6, 6, 2*	I	331 f	22, 2	II	106
13	II	46	29	I	110. 112 f
13 pr*	I	598	35, 1	I	111
	II	40	40, 2*	I	214
13, 1*	II	38 ff	14, 2, 10 pr*	II	176
15 pr	II	227	15, 1, 9, 2	II	3
19, 1	I	343 f	9, 3	II	3
26, 12*	II	227. 290 f	11, 1	II	41
38 pr	I	351	32 pr	I	319
40	II	37	44	II	36
41*	II	41 f	49, 2	II	40
53	II	106	51	I	431

15, 1, 51	II	379	18, 1, 77*	II	175. 178
16, 2, 16 pr	II	53	78 pr*	II	178. 182
16, 1	I	431. 438	80 pr	II	175. 178
16, 3, 15	I	113	80, 2*	II	174. 214
17	I	177	18, 3, 2	II	180
17, 1	I	224	4 pr	II	181
17, 1, 15	I	328	4, 3	II	181
26 pr	I	328	5	II	181
26, 5*	I	332	18, 4, 2	II	180
34 pr	I	97. 351	2, 1*	II	50. 214
34, 1	I	328	2, 14*	II	51
17, 2, 1, 1	I	124	25*	II	50
3, 2	I	578	18, 6, 4 pr*	II	174
	II	93	19, 1, 6, 7	II	115
4, 1	II	285	17, 7	I	267. 269
52, 6	II	154	17, 10	I	272
63, 10	II	285	21, 2*	I	247
68 pr	II	155		II	221
71 pr*	II	55. 188. 200	38, 1	I	452
18, 1, 6, 1*	II	178. 181. 214	38, 2*	II	176
9	I	247	48*	II	176
9 pr*	II	216 f	19, 2, 9, 6	I	113. 129
9, 1*	II	85. 217. 221	25, 1	I	88
9, 2*	I	246	60, 5	I	87
	II	217. 220	19, 5, 5, 2	I	395
11, 1*	II	218	20, 1, 16, 5	I	327. 520
14*	I	247	20, 4, 11, 3	I	181
	II	219	12, 4	II	45
19	I	472	21, 1, 1 pr	I	373. 393
21	II	183 f 216	1, 1	I	67
27*	I	227		II	229
33*	II	183	17, 17	II	229
34 pr*	II	84. 215	17, 18	II	235
35, 4	II	177	19, 2	II	127
40, 1	I	377. 392	31, 11	II	250
	II	178, 182	31, 20*	II	337 f
40, 3*	II	175	38, 5*	I	394
41, 1	I	250	46	II	229
	II	220	61	II	318
45	II	81. 220	21, 2*	II	338
53	II	328	2, 3	II	229
66	II	326	6	II	338
66 pr	II	182	8	II	329

21, 2, 16 pr	II	329	23, 5, 1 pr	I	183
16, 2	I	181	24, 1, 3, 12	I	97. 99. 125
17	II	303	19 pr	I	206
21, 2	II	321. 323	26	I	207
21, 3	I	184 f	26 pr	I	205
30	II	229	29, 1	I	251
31	II	82. 328	36 pr	I	207
37*	II	338	47	I	207
39, 3*	II	320	63	I	264
39, 4	II	305. 319	24, 3, 66, 4	II	4
39, 5	II	326	25, 1, 16	I	241
46, 1*	II	320	25, 3, 1, 16	I	520
56, 3	II	304. 306	3 pr	I	520
62 pr*	II	339	5, 9	I	520
62, 1	II	322. 324. 333	5, 18-25	II	293
69	I	392	26, 2, 1	II	24 (26, 2)
	II	314. 322. 325.	7	II	127
		332 f 340	28 pr	II	17
69, 2*	II	314	26, 4, 6	II	163
69, 3*	II	314. 319 f 327	26, 7, 7, 5	I	120
69, 4	II	319 f	7, 6	I	121
69, 5*	II	315	9 pr	I	121
69, 6	I	472	9, 5	I	120
	II	319	12, 1	I	120
75	I	392	19, 3-4	I	120
	II	317. 328	25	I	438
22, 1, 3 pr	I	431	39, 5	I	29
24, 2	II	87. 248	46, 7	I	122
25, 2	I	147	55, 1	I	472
38, 10	I	217	26, 8, 1 pr	I	121
22, 3, 12	II	13		II	38
23, 1, 1	II	258	5 pr*	I	121
2	II	257		II	38 f
3	II	258	27, 7, 8, 1	II	294
23, 3, 7, 2*	II	173	28, 1, 1	II	22. 345
25	II	182	3	II	163
57*	II	63. 115. 182.	20, 1	I	29
		184	21 pr*	II	29. 32 f
59 pr	II	182	21, 1*	II	85. 20. 22. 24ff
80	II	182			32 f
83	II	185	21, 2*	II	33
23, 4, 20, 1	I	377	21, 3*	II	33
	II	88	25	II	29. 31

28, 1, 26	I	575	28, 6, 10 pr	II	9. 47
28, 2, 11	II	128 f	10, 5	II	57
19	II	150	16 pr	II	51
29 pr	II	145	20, 1*	II	33
29, 6	II	152	24*	II	9. 47
29, 7	II	145	33, 1	II	73
28, 3, 1	I	568	41, 8	II	56 ff 69. 84
3, 1	II	145	28, 7, 2, 1	II	10
3, 3	I	568	16	II	71
3, 6	II	146	29, 1, 1 pr	II	52
4	II	146	6	II	67
9, 1	II	18	11, 2	II	67
28, 5, 1, 1*	II	33	13 pr-1	II	67
1, 4*	II	66. 194	15, 1	II	52
1, 5*	II	19	17 pr	II	53 ff
9 pr-7*	II	15 ff 26 f	17, 1	II	53 f
	III	75. 83 f	17, 2	II	52
9, 8-9	II	24	17, 4	II	63
9, 13*	II	5. 49. 65 f 194	24	II	52
10*	II	49. 65 f 194	33 pr-3	II	52
11	II	66	36, 4	II	52
13	II	48	29, 5, 9 pr*	II	25
13 pr	II	11	29, 7, 14-15	II	17
13, 4-6	II	49	20	II	29. 32
15 pr	II	47	30, 4 pr*	II	26 ff
29 pr*	II	63	12, 3*	II	50 f
35 pr*	II	59 ff	15 pr	II	19 f
35, 1*	II	61 ff	32 pr	II	69. 72
35, 2*	II	60 ff	32, 1*	II	24
35, 3-5	II	59 ff	37, 1*	II	24
37, 1	II	47	43, 3	I	29
41	II	20	44, 2	I	257 f
46	II	5	45, 1	II	233
52, 1	II	9 ff	47, 2	II	99. 226
54	II	20	52, 1*	II	72
59	II	29	59	II	250
60, 2-3	II	11	65 pr	I	250
63	II	5	65, 1	I	250
63, 1*	II	25	65, 2	I	249
67	II	11	71 pr	II	21 f
75	II	18	71, 5-6	II	179
79 pr*	II	58. 64	74*	II	72
28, 6, 4 pr	II	73	75, 1	II	4

30, 82, 5	I	258	34, 2, 19, 5	I	269
	II	13		II	13
84, 3	II	225	19, 6		
84, 4	II	13. 226	-12	II	13
85	II	18	19, 13	I	238. 251. 269
108, 11*	II	13		II	13
113, 4	II	71 f	19, 14		
31, 13, 1	I	258	-15	II	13
	II	13	19, 16	I	269
21	II	11		II	13
78, 2	I	438	19, 17		
85*	II	14	-18	II	13
86 pr	II	18	20	I	260. 269
32, 21 pr	II	21	32, 1	I	260. 269
25, 1	II	6. 8. 178		II	6
29, 4	II	7	32, 4*	II	14
52, 7	II	47	34, 1-2	II	16 ff
52, 7 a	II	47	34, 3, 25	II	4
73, 3*	II	14	34, 4, 3, 7	II	24
78, 4*	I	257	5	II	50
88	I	257	6, 1	II	51
91, 3	II	27 f	6, 2*	II	51
33, 2, 19*	II	12	11	II	22
33, 4, 1, 9	II	12. 20. 36	34, 5, 3	II	4 f 20
6 pr-1	II	4	10 pr	II	25. 29
33, 5, 2 pr	II	21	21 pr*	II	48
2, 1	II	21. 24	21, 1*	II	48 f
2, 2	II	21	26	II	47. 84. 187
8, 3	I	271	34, 8 tit	II	20
33, 6, 3, 1*	II	8 f	35, 1, 3	II	5
7	II	7	6, 1	II	5
33, 7, 12, 44*	II	13 ff	16	II	21
45*	II	14	40, 3	II	3. 35
18, 3	II	8	72, 6	II	17
33, 10, 7, 1	II	2	35, 2, 1 pr	I	42
7, 2	II	2. 4. 6. 6. 11.	1, 17	II	45
		15. 22	11, 8	II	82
	III	75	21 pr	II	44
8*	II	14	87, 7	II	83
34, 2, 3*	II	16 f	35, 3, 1 pr	I	42
6 pr-1	I	259	1, 5	I	42
8*	II	14	36, 1, 1, 2	I	344
19 pr-4	II	13	1, 4	I	341. 345

36, 1, 1, 8	I	344
6, 2	I	344
10	I	344
11, 1*	II	78
15, 7-8	II	133
17, 2	II	122
17, 6	II	54. 60
17, 17	I	551
26, 2	II	95
28, 5	II	78
30	II	55. 65. 193
41	I	344
41 pr	II	45
49	II	45
65 (63)		
pr	I	181
66 (64)		
pr	II	45
36, 2, 7, 1	II	79
7, 3-4	II	79
21 pr	II	71
21, 1	II	79
22 pr	II	71
22, 1	II	70
25, 1*	II	34. 47
36, 3, 13	II	40
37, 1, 1	I	75
2	I	76
3, pr*	I	298
3, 1	I	297
	II	351
3, 2	I	347
	II	351
37, 11, 8, 1*	II	57 f 69. 84.
		194
8, 2	II	26
8, 4	II	29. 31
11, 2	II	18
37, 14, 9 pr	II	174 f
19	II	175
37, 15, 2	II	174
4	II	174
9	II	174

38, 1	II	285
1, 3	II	180
3, 1*	II	292
4	II	292
4 pr	II	300
6	II	286
7 pr	II	181. 286
7, 1*	II	181. 286
7, 2*	II	286
7, 3	II	176. 290
7, 6	II	300
7, 9	II	300
8 pr*	II	180. 286
8, 1	II	268. 286
9	II	287. 291
10	II	286. 292
10 pr	II	180
10, 1	II	287
12	II	176. 287. 292 f
13, 2	II	288
15, 1	II	180. 286. 299
16	II	289
16 pr	II	287
18	II	287. 289
20	II	289
22	II	285
22 pr*	II	288 ff
22, 1	II	286 f 289. 299 f
23 pr	II	287
24	II	288 f
25	II	292
30 pr	II	286
32	II	176
36	II	175
37	II	271
37 pr	II	286
37, 4-7	II	291
37, 8	II	271. 291
37, 9		
-12	II	291
38, 1	II	288
39	II	176
41	II	174 f 293

38, 1, 42	II	175	41, 1, 7, 10	I	264. 272 f
44*	II	248. 271	7, 11	I	261 f
48	II	175	11	I	191 f 226 f
51	II	175. 300		II	36
38, 2, 1 pr	II	175	13 pr	I	91. 101. 103.
1, 1	II	174 f			116
38, 16, 1, 1	II	152	13, 1*	I	116
3 pr	II	151	20, 1	I	392
38, 17, 2, 1	I	568		II	317. 326
39, 2, 5 pr*	I	181 f	21, 1	I	130. 132. 177
7, 1*	I	283	23, 1*	I	148
9 pr	I	282	24*	I	255 ff
9, 1-3	I	271	26 pr*	I	255 f 260. 262.
15, 16	I	70. 183			269
15, 17	I	183	26, 1	I	237. 250
15, 33*	I	182 f	26, 2	I	240. 269
18, 15*	I	70. 182	27, 1	I	251
19 pr	I	54	27, 2	I	268
24, 3 ff	I	282. 285	35	I	121
	II	346	36	I	100
39, 3	I	331. 336	37 pr	I	214
44, 1*	I	182	37, 3-5	I	96
39, 5, 6	I	102. 104	37, 6	I	92. 95 f 100.
13	I	92. 95			231
	II	46		II	46
39, 6, 18, 3	I	67	40	I	160
40, 1, 8, 3	I	551	40, 2	I	148
40, 5, 5	II	50	48 pr*	I	146
26, 7	I	572	48, 1*	I	146 f
40, 7, 3, 2	II	3	51, 1	I	554
29, 1	I	511	52	I	74
40, 9, 30, 1-4	II	174	54, 4	I	180 f
30, 5	II	174 f	65 pr	I	102. 104
40, 12, 24, 4	I	66 f	41, 2, 1, 3	I	116. 118. 198
44	II	176. 181	1, 4*	I	197 f 206
44 pr*	II	179 f	1, 5	I	101. 103. 179
44, 1	II	176	1, 6	I	86. 104
40, 14, 5	I	511	1, 8	I	86
41, 1, 3 pr	I	564	1, 14	I	107. 179 f 186 f
3, 2	I	286	1, 15*	I	107. 110. 214
5, 7	I	554	1, 20*	I	118. 120. 199
7, 7	I	239. 245. 248	3, 1	I	173
		255 f			

41, 2, 3, 3	I	102 f 143. 168. 173. 191
3, 5	I	129. 142. 208 f 213. 235
3, 6*	I	172. 233
3, 7	I	143. 233
3, 8	I	85
3, 10*	I	179. 185. 188
3, 11	I	142
3, 12	I	85. 103. 108. 143
3, 13	I	168. 170. 172
3, 18*	I	90. 166
3, 20	I	107. 164
3, 23*	I	107. 140 f 181 f
4	I	103
6 pr	I	145
7	I	233
8	I	144. 171. 189 (41, 3, 43, 6). 199
9	I	104
10, 1	I	107. 111. 140
11	I	71. 524
12 pr	I	106
13	I	178
13 pr	I	186
13, 4	I	159
13, 12	I	217
13, 13	I	194. 211. 217
15*	I	179
16*	I	206. 213. 217
17, 1	I	172
18	I	165
18 pr*	I	101. 105. 107. 115. 123. 125 f 239
19 pr	I	114. 166. 177. 614
19, 1	I	131. 163
20	I	90. 167 f
21 pr	I	127. 132. 166. 177

41, 2, 21, 3	I	114. 166. 204. 614.
23 pr	I	191 f
23, 1*	I	211. 217
23, 2*	I	203
24 pr*	I	208
25, 1	I	85
25, 2*	I	143. 212. 233
27	I	144. 171. 189 f
28	I	114
29*	I	144. 189. 192
30 pr	I	262. 264. 266
30, 4	I	240. 258. 261. 266
30, 5	I	85. 159
30, 6	I	85
32, 2	I	104. 116. 118. 198
34, 1*	I	94 f 103
34, 2*	I	102
36*	I	111
37	I	177
40, 1*	I	85
40, 2	I	145
40, 3	I	113. 174
42, 1	I	91
44, 1	I	104
44, 2*	I	85. 172
46	I	29. 233 f
47*	I	168. 170. 172
	II	280
49 pr	I	106. 127. 197. 202
49, 1	I	108. 193. 197
49, 2	I	101
50, 1	I	180
52 pr	I	137
52, 1	I	89. 138
41, 3, 2, 15	I	149
2, 16		
-17	I	152
4, 10	I	170
4, 12	I	174

41, 3, 4, 15	I	160	41, 3, 33 pr	I	150. 155 f
4, 16	II	371		II	365. 371
4, 17	I	156	33, 1*	I	107. 130. 165. 298
	II	371 f	33, 4	I	85. 170. 110. 213
4, 18*	I	150. 154	33, 5	I	113
	II	371 f 378	33, 6*	I	85. 110. 112. 114. 179. 224
4, 19	II	372	40	I	159
4, 20	I	246. 255 f	41	I	101
4, 27	I	145	43 pr	I	159. 160
5	I	172. 191		II	369
9	I	31	43, 1	I	101
10 pr*	I	157	44, 2*	I	145. 151. 157
	II	369 f		II	369. 373
10, 2	I	148 f 156	44, 3	I	159
13 pr	I	223 (14, 3, 13 pr)	44, 4	I	175
13, 2	I	223	44, 6	I	144 (41, 3, 43, 6)
15 pr	I	159	44, 7	I	175
15, 1	I	179. 185	47	I	101
15, 2-3	I	145	41, 4, 1	I	130. 166
16	I	107. 110	2 pr	II	369
20	I	159	2, 13	I	146
21	I	89. 113. 222	2, 19	I	72. 146. 158. 160
23 pr	I	262 f 266	2, 21	I	130. 132. 166. 177
23, 2	I	263. 266	3	I	130
24 pr	I	575	6 pr	I	130. 132
24, 1	I	160	6, 2	I	159
25	I	107	7 pr	I	159
26	I	262	7, 3	I	117
27	I	130. 166	9-10	I	152
29	I	70	41, 5, 1	II	365
	II	112. 365	2, 1	I	70. 128. 131. 163 f 166. 205. 217. 231. 270
30 pr	I	238. 251. 261. 264. 268		II	112
	II	101	2, 2	I	70. 131. 163. 205
30, 1*	I	262. 266 f 269 ff		II	112
30, 2	I	268			
	II	110			
31, 3	I	102. 104			
32 pr	I	130. 132. 166. 177			
	II	373			
33	II	366			

41, 5, 3	II	365	43, 17, 3, 7	I	89. 262
41, 6, 1, 2	I	133. 163. 165. 177. 206 f	4*	I	138. 213. 215
41, 8, 5-6	II	365	43, 18, 1 pr	I	106
41, 10, 2	I	154	1, 1	I	89
	II	373	43, 19, 7	I	298
4 pr	I	148. 150. 153. 156	43, 24, 8	I	262
	II	373	43, 26, 2, 3	I	114
42, 1, 1	I	510	6, 1	I	91
4, 7	I	438	6, 2	I	107
6, 1*	I	63. 613	6, 3	I	130. 132 (44, 26, 6, 3) f 165
7	I	431	6, 4	I	111. 114
29	I	431	8 pr	I	114
56*	I	431. 437	11*	I	129
63	I	511. 518	15, 4*	I	210. 213. 224. 234
42, 2, 1	I	431. 436	18	I	127. 132. 166. 177
3*	I	431. 437	19*	I	210
6 pr	I	431. 437	20	I	213
6, 2	I	438	21	I	114
6, 3*	I	437	22 pr	I	127. 132. 166
42, 4, 2	I	507	22, 1*	I	214
42, 5, 9, 8	I	158	23 pr	I	114
42, 5, 28*	II	73 ff	43, 30, 1, 4	I	510 f
43, 2, 1 pr	II	113	43, 32, 1, 5	I	181
43, 3, 1, 8	I	107	44, 1, 4	II	39
43, 4 tit	I	106	10	I	511. 518
43, 8, 2, 38	I	197	20	I	340 f
5	I	480	44, 2, 7 pr	I	264
43, 16, 1, 9*	I	206. 212. 215. 217 f	7, 1-2*	I	264 f
1, 10*	I	198. 206. 212. 215	9, 1	I	510 f 520
1, 22	I	177	11, 3	I	511 (2, 11, 3)
1, 24	I	108	11, 7*	I	333
1, 25	I	142	15	I	519
3, 13	I	213. 215	19	I	510 f 519
12	I	88. 90. 167	24	I	511
18 pr	I	88. 90. 167	25, 2	I	333
43, 17, 2	I	194 f	30, 1	I	519
3 pr*	I	208 ff 234	44, 3, 2	I	431
3, 1	I	138	5 pr	I	195
3, 2-3	I	88. 138 ff	8	I	186
			11	I	149. 159. 160

44, 3, 14, 1	I	159	45, 1, 38, 4	I	193
44, 4, 4, 4	II	39		II	197
4, 7	II	190	38, 5	I	193
4, 10	II	17	38, 6	I	193 f 196 f
44, 5, 1, 4	II	299	38, 7	I	108. 194. 197. 204
1, 5-6	II	176. 299	38, 8	I	194. 204
1, 7	II	175 f 299	38, 13	III	53
1, 8-9	II	176. 299	38, 17	II	197
1, 10	II	176. 291. 299	38, 18	II	47. 84. 186
1, 11			41 pr*	II	43 ff 48 f 54. 181. 181 (45, 1, 40, 1). 186 f 214
-12	II	299	41, 2	II	181
44, 7, 1, 12	II	46	44	II	196
3 pr	I	24. 29 (44, 73 pr)	49, 1	II	268
3, 2	II	64	50, 1	II	50
5, 4	I	313	54	II	180
14*	I	67	55	I	65
	II	40	56, 1	II	46. 53. 178
16	I	112. 127. 177	56, 4	II	46. 53 f
39	II	115	56, 8	II	241
44, 1	II	54	69	II	196
44, 6	II	192	73 pr	II	60. 288
45	II	249	73, 2*	II	239 f
57*	II	217	75	II	191. 223. 269
58*	II	37 f 45	75, 7	II	107
45, 1, 2, 5-6	II	195. 270	75, 8	II	22. 224
3 pr	II	270	80*	II	48
3, 1	II	195. 270	82, 1	II	88. 248
8	II	197	83 pr	II	122
12*	II	40		III	53
18, 38	II	187	83, 1*	II	83 f
21, 1	II	4	83, 5	I	238. 258. 272
22*	II	80	83, 7	II	102
29, 1*	II	103	84	II	191
32*	II	84 f	85	II	333
34	I	65	85, 5*	II	322 f
38 pr	I	193	89	I	316
38, 1	I	193	91	II	87. 246. 248
	II	122. 197	91 pr*	II	88. 249
38, 2	I	193	91, 1	II	93. 249. 272
	II	122. 197. 270. 335			
38, 3	I	193			

45, 1, 91, 2	II	95
91, 3*	II	86 f 95 ff
	II	224. 239 f 248 f
91, 6*	II	88. 240 ff 245 f
94*	II	49. 184
96	II	97
97 pr	II	195
97, 1	II	123. 207
99*	II	47. 184
106	II	47. 84. 22. 215
114	II	191
115	II	197
115 pr	II	65. 198 f
115, 1	II	198 f
115, 2*	II	67. 192. 198 f
116	II	205. 207
121 pr	III	53
125	I	316
126, 2*	II	57. 186. 194. 210 f
126, 3	II	193 f
137, 1*	II	84
139*	II	322 f 333
141, 2	II	115
141, 3	II	143
141, 7	II	143
45, 2, 3 pr*	II	208 f
4	II	208
5	II	122
45, 3, 38	II	180
46, 1, 8 pr	II	149
16, 4	II	36
45	I	438
58 pr	II	87
58, 1	II	87. 248
65	II	122
69	I	120. 122
	II	118
46, 2, 1 pr*	II	37
1, 1*	II	37
6 pr*	II	205. 207 f
6, 1*	II	210 ff
6, 7	II	211

46, 2, 7*	II	210. 212
8 pr	II	244
8, 1*	II	204
8, 2*	II	200
8, 3*	I	438
	II	200
11 pr	I	329. 336
11, 1	I	336
14 pr	II	242 ff
20, 1*	I	333
27	I	312
28*	II	200
29-30	II	294
31 pr	II	240
31, 1	I	310
32	I	316
46, 3, 12 pr*	I	330 f
12, 2	I	329
12, 4*	I	331
13	I	329. 331
14, 1	I	122
14, 6	I	122
14, 8	II	36
18	I	92 f 95 f 99. 102. 104. 252 329. 351
23	I	52
31	II	268
32	I	329
33, 1	II	223 f
34, 7	I	99 f
38, 1	I	93. 95 f 98. 100 126. 252
38, 2	I	343
44	II	45
47 pr	II	39
57 pr	I	66
58	I	331
58 pr	I	324. 331
58, 1	I	330
58, 2	I	324. 330
66	II	39
71	I	332

46, 3, 71, 1*	I	324. 331 f	46, 8, 25	I	327
71, 2	I	324. 331 f	25, 1	I	324. 331
71, 3	I	332	47, 1, 1 pr	I	158
72, 1	II	103. 243 f 248	47, 2, 14, 10	II	266
72, 2-3	II	103. 244	14, 17	I	92. 102. 104
72, 5	II	225	17pr-2	I	56
80	I	422	17, 3	I	55 f 60. 107. 180. 186
95, 2	II	45	18	I	56
95, 4*	II	40	21, 4	I	260
95, 8*	I	342 ff	21, 9	II	280
98, 8	I	239. 258. 260. 264.	26, 1	I	87
46, 4, 6*	II	214	41, 2	I	55
8, 3	I	422	43 pr	I	252
12	II	205	43, 1	I	94
13 pr	II	270	43, 8	II	356
13, 4	II	47. 22	43, 12	I	56
13, 10*	I	333	44 pr	I	97. 125
18, 1	II	188. 203	44, 2	I	56
21	II	205	46 pr	II	101
46, 5, 2, 2	II	123. 202. 270	48, 4	I	86
46, 6, 2	I	118	48, 5	I	149 (45, 2, 48, 5) f
46, 7 tit	I	438 (46, 7)	52, 4	I	255
7, 9	II	201 f	52, 7	I	168
46, 8, 1	I	324. 327	52, 14*	I	252 ff
3, 1	I	329	55(54),		
8, 1	I	331	1	I	86
12, 1*	I	330		II	356
12, 2	I	329. 331	55, 3	I	254
46, 8, 12, 3	I	327	57 (56)		
14	I	327. 329	pr	II	356
17	I	324	57, 4	I	117. 120
18	I	327. 331	60 (59)	I	168
22	I	327. 335	62(61),		
22 pr	I	331. 351	2	I	475
22, 1	I	331	62, 5	I	475
22, 3*	I	334	62, 8	I	87
22, 6	I	331	65 (64)	I	56
22, 8*	I	324. 328. 333		II	126
22, 9			68 (67)		
-10	I	327	pr	I	168
23	I	324. 326 f	68, 4*	I	57
24 pr-1	I	324			

47, 2, 68, 5	I	87
69 (68)	I	192
70 (69)	I	192
71 (70)	I	70. 192
72 (71),		
1	I	70
73 (72)	II	356
80 (79)	I	128
84 (83)	I	70
88 (87)	I	253
47, 3, 1 pr	I	263
1, 2	I	263
47, 4, 1, 15*	I	159. 192
	II	110
47, 6, 1, 1	I	284
3 pr	II	229
3, 2	I	60
5	I	284
47, 8, 2, 20	I	44
2, 22	I	181
47, 9, 9	I	479. 561
	II	231
47, 10, 13 pr	II	294
47, 19, 2, 1	I	71
	II	109
6	I	71
48, 9, 9	III	47
43	II	179
49, 1, 14 pr	I	520
14, 1	I	511
49, 14, 4	I	417
32	I	578
49, 15, 12, 2	I	192
21 pr	I	29
49, 17, 19, 2	II	67
50, 1, 9	I	569
50, 12, 2 pr	I	28
50, 13, 6	I	313
50, 16, 7	II	127
24	II	103
49*	I	73
53 pr	II	92. 124
67 pr	I	120

50, 16, 70	I	241
71 pr	I	42
119	I	298
120*	II	84
125	II	5. 62
126	I	392
	II	317
130	II	86
131 pr	II	232
142	II	11
174	I	67
	II	229
195	II	134. 136
195, 2	II	129
200	II	229
208*	I	298
213, 1	I	380
215	I	55. 179
219	II	178
237	II	233
238, 3	II	231. 233
242 pr	I	269
242, 2	I	267
245	I	269
50, 17, 7	II	67
12	II	22
22 pr	II	36
27*	I	521
31	II	82. 328
32	I	564
34*	II	49. 181 (50, 17, 3) 184. 186 f
		214
35	I	422
38	II	334
40	I	144
45 pr	I	113
62	II	103
77	II	205
100	I	422
117	I	76
130	II	235
137	I	71

50, 17, 139	II	294. 298
153	I	144. 171. 189. 199. 422
171 pr	I	187
172	II	183
207	I	518

Fragmenta Vaticana

1	I	191. 207. 225 ff
8	II	323
10	II	321. 323
14	II	181
47	I	317
47 a	I	300. 317. 321. 424
50	I	473
	II	325
51	I	372
85	I	259
89	I	178
90	I	107. 138
91	I	106 f 207
221	I	78
227	II	23 f 28 f. 47. 185
263	I	336. 339
283	I	83
	II	348
298	I	372
315	I	82 f
	II	348
316	I	82
317	I	330. 334. 337
331	I	334
333*	I	333

Fragmentum Dositheanum

5	I	39. 77 f 552. 578
	II	34
6	I	77
7	I	39. 78

7	II	34. 37. 345
9	I	408
12	I	77
14	I	78

Gai institutiones

I 1	I	565
3	I	540
4	I	374
5	I	540
11	I	569
12	I	374
13-14	II	254. 283
17	I	78. 578
22	I	77
35	I	78
50-51	I	374
52	I	54. 75. 373
54	I	54. 73 f 76
55	I	568
76-77	I	568
78	I	569
80	I	568 f
83-84	I	569
86	I	569
87-88	I	568
89	I	565. 569
90-91	I	568 f
107	II	167
108	I	374 f
113	I	387
	II	97
116	I	372. 374 f
119	I	22. 36 f 376. 426 f 473
	II	99. 129. 325
120	III	32
121	I	376
123	I	372. 375. 407 f
	II	97. 283. 343
132	I	409
135	I	372
138	I	373. 410

I 138	II 283. 343	II 36-37	I 578
139	II 283		II 121
140	I 372. 374. 391. 393. 407. 613	38	I 22
	II 283	39	II 69. 94. 204
141	I 372. 374. 407. 613	40	II 94
	II 283	41	I 73. 76. 180. 409
149	II 24	43	I 73 f 339
155	II 148. 163	45	II 367
156	I 569	47	I 145. 155
158	I 569	49	II 368. 378
168-171	I 578	51	I 145
172	I 391. 393. 578	52	I 70. 147
184	I 300		II 100. 106 f 112
189	I 565		ff 119. 365
II 2	I 31	53	II 100
4	I 30	54	I 72
7	I 82		II 100. 104. 107. 306, 365
	II 348	55	I 500
	III 32		II 100. 107
9	I 31	56-57	II 100. 113
10	I 31	58	I 70
11	I 31		II 100. 112
13	II 296 f	59	I 45. 394
14	II 102 ff 296	60	I 45. 128. 164. 395
15-16	II 139	64	I 120
17	I 377	65	I 565
19 ff	II 303	67	I 286
21	II 348	79	I 239. 245 f 248. 252. 552
	III 32		II 100
24	I 22. 41. 368.	82-83	I 144
	II 308	84	I 144
27	I 25	86	II 36. 39
28	I 377		I 115. 148. 179. 372
29	I 22. 377	88	I 72. 74. 181
	II 320		
30	I 22.		
	II 46. 121		
34	I 578		
	II 95. 119. 121		
35	I 578		
	II 93. 104		

II 90	I	186. 372. 374. 407	II 160	I	373. 408
91	I	202		II	343
92	I	73. 104. 148. 180. 202	179	II	70
93	I	107. 148	180	II	70. 75
94	I	202	193	I	42
95	I	97. 115 f 148. 195	194-195	II	23
97	II	104. 124. 285	197	II	126
98	II	124. 285	198	I	259
101	I	500		I	16. 18. 54. 160
102	I	387	199	III	76
	II	97	200	II	11. 159
103	II	90. 97	201	II	126
104	I	362. 387. 389. 390. 393. 473. 576	202	I	501
	II	5. 89 f 97	204	I	258
	III	75	205	I	420
105	II	97		II	13
109	II	52	209	I	258
114	II	54 f	213	II	11 ff 159
115	II	54	216	I	42. 501
117	I	39. 540	217	II	13. 267
	II	23	218	I	42
	III	75	219	II	126
119	II	30. 54. 58. 93	220	I	394
120	II	30. 56. 118		II	54
123	II	144	224	II	85. 87. 131. 164
	III	74	225	I	42
124	II	144. 147		II	85. 165
132	II	145 ff	226	I	42
134	II	145. 147		II	85. 165
146	I	568	227-228	II	85. 165
147	II	30	229	II	126
148	II	30. 58. 118	249	II	20. 33
149	II	30. 56. 93		III	75
149 a	II	30. 56	250	II	20
151 a	II	18. 52	252	II	122
152 ff	II	89	253	I	344. 345
157	II	74. 129. 135	254	II	56
158	II	74. 76	255	I	344
				II	55

II 258	I 344	III 93	II 108. 139. 35.
	II 79		264
267	I 39. 54 ^o	94	II 113. 252
	II 23	95	II 174. 182
270 a	II 25	95 a	II 5. 42. 62
283	II 20	96	II 5. 42. 62. 174
289	II 24	98	II 5. 66
III 2	II 109. 164	100	II 139. 285
11	II 93	101	II 146. 285
14	II 148	103	II 143
17	II 93	110	II 143
27	I 569	111	II 143. 146
	II 35	112	II 143 f 150. 157
32	I 76	114	II 46 f 146. 285
	II 98	115	II 117. 255
35	II 58	116	II 117. 154. 209
36	II 118	117	II 146
40	II 174. 136. 149.	118 ff	II 138
	152	119	II 138. 140. 41 f
45-46	II 174. 148		263
48	II 174	119 a	II 151. 35. 41.
51	II 35		267
56	I 39. 77 f	120	II 131. 154
58	II 174	121	I 122. 352
60	II 174. 292. 300		II 126
64	II 174	122	II 126
78	I 431	123	II 209
	II 379	126	II 138. 41. 269
79	I 364. 402	127	II 118
	II 74	136	II 55. 216
80	I 73. 75 f 297.	137	II 267
	300. 402. 405	145	II 178 ff
	II 74. 118. 142.	149	II 175
	351. 367	151	II 153
82	I 541	153	II 35. 285
83	II 181. 284 ff	154	II 146. 151
	296 ff	154 a	II 95. 129
84	II 169. 265. 285	155	II 267
85	II 119	158	II 146
87	II 119	159	I 328
88	I 502	160	I 328
91	II 100. 106. 227	163	I 372
92	II 153	164	I 73

III 166	I	72	III 210	II	92
167	I	473	211	I	285
	II	99		II	92 f
169	I	428	215	II	146
170	I	428	233	I	487
173	I	25. 362. 390 f 420. 438	IV 2 ff	I	22
	II	201. 361		II	104 f
174	I	28. 420. 427. 443. 473	3	II	104 ff
	II	99. 201. 361 f	4	I	254
175	I	335. 390. 420. 432	5*	II	100. 105 f 228
176	II	71. 74. 140. 194. 213	8	I	105
177	II	74	9	I	478
178	II	69		II	106
179	I	320	10	I	352. 478. 504
	II	46. 52. 69. 74. 127. 140. 152. 38. 178. 194. 204. 241. 263	11	II	332. 363
	III	73		I	535
180	I	53. 307. 311. 313. 315. 317. 321 f 397. 420. 438. 451. 515. 534	13	I	302. 396. 399. 490. 513. 577
	II	224. 294. 299	16	II	384
181	I	53. 307. 310. 311. 515		II	154
182	I	352	17	I	41. 372. 494. 514. 524. 554
183	II	333	17 a	II	35. 108. 129. 309
186-187	I	474. 591	18-19	II	35. 101. 105. 108. 123
189	I	368. 435. 481	20	II	90. 127. 135
190	I	475. 478	21	II	105
191	I	475		II	106
199	I	508	21	I	349 f 355. 368. 416. 431. 438. 443. 462. 507
201	I	45. 70 f 128. 164	22	II	201. 362 f 380 ff
	II	109		I	349. 351 f 505. 589
208	I	198	23	II	119. 126. 382
210	I	559	25	I	352 f 432
			26	I	368. 431. 504. 508 f
				II	119
				I	43. 108. 318
				II	153

IV 27	I	43. 318	IV 78	I	54. 56. 67
28	I	43		II	3. 35. 230. 233
29	I	349. 577	79	I	613
	II	364. 381		II	233. 283
30	I	302. 399. 513. 577	80	II	236
31	II	297	81	II	234. 236 f
32	I	44. 535	82	II	234
33	I	535	83	I	338
	II	105	93	I	460
34	I	75. 185. 300. 345. 532	95	II	115
	II	300	97	I	323
35	I	185. 300. 323. 345	98	I	323. 327. 334
	II	142	99	I	333
36	I	118. 227. 532	102	I	508
	II	367. 370	104	I	304. 309. 311. 315
37	I	68. 474		II	295
41	III	74	105	I	311
42	I	533		II	262
43	I	355. 443	106	I	69. 310 ff
	III	74		II	296
44	I	459	107	I	305. 310 f
45	I	475		II	296
46	I	505. 507	108	I	301. 307. 310
47	I	443		II	295
	II	267	109	II	295
48	I	416. 444. 451. 513	112	II	131. 145
51	I	451. 516	113	II	131
	II	105 f	114	I	513. 516
53-54	I	310. 312		II	191. 224
55	I	310. 312	119	III	74
	II	228	121	I	310. 312
56-57	I	310. 312	122	II	45
58	I	138. 310. 312	123	I	310. 312
59-60	I	310. 312	131	I	316
61	I	310		II	106. 223. 267
72-73	II	35	131 a	I	310. 312
75	II	115. 235		II	267
77	I	54. 60. 430	136	II	87. 191. 223. 267. 269
	II	230. 233	137	II	106. 269
			139	I	298. 357
			140	I	357

IV 144	II	<i>IIIffII6fII9</i>
151	I	140. 194
153	I	84. 104, 107 f 112 142
154	I	196
165	I	447. 460
166	I	138. 449. 460. 513
170	I	138. 508
171	I	352. 504
	II	363
173	I	69
182	I	416. 494
183	I	506

Gai institutionum epitome

2, 9, 4	II	176
---------	----	-----

Gai institutionum interpretationis fragmenta Augustodunensia

81	I	286, 615
	II	236 f
82-83	II	237
84-87	II	238
110	I	316

Institutiones Justiniani

2, 1, 25	I	255
29	I	273
41	I	427. 472
2, 4 pr	I	247. 258
2, 6 pr	II	378
12	I	157 ff
	II	374
2, 10, 3	II	30. 34
4	II	30
14	II	32
2, 14, 10	II	5
2, 17, 3	II	55
5	I	568
2, 20, 3	I	40

2, 20, 3	II	52
12	II	16
29	II	26
2, 21	II	17
2, 22 pr	II	85. 87. 164
2, 23, 1	II	33
3, 10, 1	II	181. 296
3, 13 pr	I	29
3, 15, 1	II	42. 213
3, 16 pr	II	208
3, 19, 13	II	42. 83. 186. 213
3, 20, 7	II	149
3, 24, 3	II	178 f
3, 29, 2	I	316
3	II	74
4, 5 pr	I	313
4, 8	II	235
8, 1	II	233. 235
5-6	II	233
4, 9	II	235
9 pr	I	284. 286. 615
	II	236
4, 11, 3	I	337
4, 13, 10	I	310

Lex Cincia de donationibus

(Bruns 5)

I 372

Lex Cornelia de sicariis et veneficiis

(Bruns 13)

12 I 449

Lex XII tabularum

I 1	I	364. 506
	II	149. 380 f
2	I	506
	II	149. 381. 385
3	I	477. 506
	II	149

I	6-7	I	415	V	7 b	II	149
		II	149		9	II	94
	8	I	513. 524	VI	1	I	542
		II	149			II	129. 149
	9	I	513		3	I	413
		II	149			II	304. 306
II	2	I	477		7	I	264. 477
	6	I	363			II	149
	11-12	I	363	VII	5 a	II	149
	15	I	363		7	II	149
III	1	I	318. 349. 432		11	II	328
		II	379. 382. 385	VIII	1 a	II	149
	2	I	318. 349		2	I	476. 487
		II	149. 364. 379. 381. 383. 385			II	40. 149
	3	I	349. 367. 397. 438		3	I	477. 487
		II	149. 362. 379. 381 f 385		4	I	487. 559. 562
	4	I	349. 388			II	149
		II	149. 347		5	I	478
	5	I	349		6	I	478 f
	6	I	477		8 a	II	149
		II	149		9	I	465. 478
	7	II	305			III	22
IV	2	I	409		10	I	479
		II	149		11	I	472
V	2	II	148		12	I	470. 474
	3	I	477. 542			II	149
		II	32. 86 f 91 f 124. 127 f 131. 143. 149. 160. 162 ff 168. 170 347		13	I	474
	4	II	93. 95. 109 f 127 f 132. 134 ff 143. 148 ff 157. 162 f 170			II	149
	5	II	93. 127. 134 ff 143		14	I	474. 477 ff
	6	II	148		16	II	40. 149. 355
	7 a	II	124. 127 f		17	II	305
					18	I	352
					19	I	472
					20 b	I	472
					21	II	174
						III	22
					22	I	364. 477
						II	132. 149. 173
					23	I	364
					24 a	I	465
						III	22
				IX	1-2	II	349

IX	6	I	449. 470
X	1	I	477
		II	149
	4	I	477
		II	149
	5 a	II	149
	7	I	477
		II	128. 149
	8	I	477
		II	149
XII	2 a	I	53. 477. 479 (12, 2 a 1) f
		II	149
	3	I	416. 472. 474 ff 514. 523
		II	149. 355

**Lex Iulia de vi publica et
privata**

(Bruns 20)

3	I	450
---	---	-----

Lex Iulia et Papia Poppaea

(Bruns 23)

13	II	357
----	----	-----

**Lex Mamilia Roscia Peducaea
Alliena Fabia**

(Bruns 15)

4, 8	I	486
9	I	571
5	I	357
5, 7 f	I	591
10	I	486
18	I	449
20	I	449

Lex Numae

(Bruns Leges regiae II)

12	I	583
13	III	35

Lex Papiria de sacramentis

s Festus sacra-
mentum

Lex Quinctia de aquaeductibus

(Bruns 22)

1 f	I	318. 543
13 ff	I	486. 588
20	I	573
21	I	542. 573
22	I	486
29 ff	I	574
38	I	589
39	I	573
40	I	542. 573

**Lex Silia de ponderibus
publicis**

s Festus publica
pondera

**Papiniani fragmenta
responsorum**

fragm Berolinensia

14	II	32
----	----	----

Pauli sententiae

1, 1, 3	II	187
1, 3, 5	I	334
8	I	330. 334
1, 7, 6	I	72
1, 19	I	504
19, 1	II	363
2, 3, 1	II	155
2, 17	II	334
17, 1	II	313. 318. 334 336
2	II	313. 334. 337. 339
3	II	313. 322 ff 331

2, 17, 4	I	389. 472
	II	319
2, 31, 7	II	115 (2, 31, 77). 235
8-9	II	115
11	I	71
37	I	55. 107. 178. 186
2, 32	II	293
3, 2, 1	II	300
3, 4 b, 3	II	24 f
3, 6, 3	II	294 f
13	II	25. 29
4, 1, 6	II	21. 33
6 a	II	21
11	II	20
18	II	20
4, 2, 1	I	344
4, 8, 15	II	164
20	II	148
4, 14, 3	I	107. 178. 186. 188
5, 2, 1	I	90. 108. 173. 224
2	I	90. 105. 116. 119. 330
5, 5 a, 2	I	437
5, 6, 7	I	196
5, 7, 4	II	88. 248
5, 10	II	326

SC Iuventianum

(Bruns 60)

14	I	449
----	---	-----

Ulpiani regulae

1, 2	I	352 f
4	I	541
10	I	39. 77
16	I	73. 78
2, 7	I	39. 540
12	II	17, 50

3, 4	I	78
5, 3	I	568
10	I	569
6, 2	II	182
8, 8	II	167
10, 1	I	409
11, 14	II	85. 87. 92
24	I	300
27	I	300
19, 1	III	32
6	I	376
12 ff	II	119
16	I	317. 321
18	I	372
20	I	72. 74. 181
21	I	73. 148
20, 1	II	22
9	I	389
21, 1	I	39. 540
	II	23
	III	75
22, 8	I	74
17	II	147
19	II	145
22	II	147
23, 7	II	70
10	II	52. 55
31	II	70
24, 1	I	40
	II	23. 32. 86
3	I	42
	II	23
11 a	I	259
	II	54
12	II	11
15	II	126
29	II	16
30-31	II	294
25, 1	I	40
	II	20. 22. 32 f
	III	75
2	I	40
	III	75

25, 3	II	21
26, 6	II	148
28, 1	II	30
9	I	569
12	I	76
	II	98
13	II	58. 118
29, 1	II	136. 149

Ulpiani fragmenta

fragm disput Argent

2, 1	I	319
3, 3	II	126

Basiliken

9, 3, 6	I	63 (9, 3)
12, 1, 69	II	190 (12, 1)
15, 2, 13	I	218. 220
4, 3	I	217
24, 6, 13	II	38
26, 5, 33	II	223
44, 1, 31	II	24
50, 1, 25	I	256
36	I	100 (50, 1)
2, 1	I	180
12	I	211. 217
15	I	217
22	I	212. 217
27	I	190
33	I	95 (50, 2)
52	I	211
61	I	217. 219
3, 31	I	110 (50, 3)

50, 5, 3	I	217
60, 17, 7	I	217

Basiliken-Scholien

24 zu 15, 1, 9	I	217. 218 f 221
25	I	217. 220
28	I	217
77 zu 15, 1, 21	I	187
29 zu 15, 2, 13	I	220
25 zu 15, 4, 3	I	217. 219 f
25 zu 15, 4, 4	I	219
28 zu 15, 4, 5	I	217
19 zu 23, 1, 43	I	217
13 zu 23, 3, 38	I	217
1 zu 60, 5, 22	I	218. 220
14 zu 60, 12, 17	I	187
34 zu 60, 12, 52	I	253
36 zu 60, 12, 52	I	253
38	I	253
9 zu 60, 12, 17	I	180 (60, 17)
1 zu 60, 12, 67	I	168
12 zu 60, 17, 7	I	218 (16, 17, 7) f
13	I	217

Theophili institutionum graeca
paraphrasis

1, 5, 3	I	78 f
	II	34
2, 1, 40	I	82
2, 1	II	102
6 pr	II	378
23, 4	I	344
3, 29, 2	I	217
4, 15, 5	I	217

b) Nichtjuristische Quellen

Aeschines

3 (in Ctesiphontem)

110-111	I	467
---------	---	-----

Aeschylus

Choephorae

277	I	279
286	I	279

Eumenides

43 ff II 276 f

Supplices

23 II 276

365 ff I 303

Anthologia Palatina

14, 71 III 65

74 III 65

Antiphon rhetor

tetralogia

passim I 279

Appianus

bellum civile

1, 365-366 I 281

368 I 547

3, 58, 6 III 20

5, 727 I 281

III 38

Iberiaca

80 II 252

Samnitica

5 II 251

6 II 252

Apuleius

metamorphoses

1, 8 II 274

4, 28 II 274

5, 14 II 256

Aristophanes

scholia ad:

equites 729 II 277

Pluto 385 II 276

1054 II 277

Aristoteles

ethica Nicom

5, 14, 1137 a,
30 ff II 397

politica

6, 8, 1322 b,
26 I 303

respublica Atheniensium

12, 1 III 62. 69

5 III 62

rhetorica

1, 10 II 92

10, 1368 b,

33 ff II 92

13 II 392

13, 1374 a,

25 ff II 397

Arnobius

3, 38 III 14

7, 1 I 293

31 I 28

III 53

Asconius

(Orelli-Baiter)

in Corneliam

p 67-68 I 541

Pseudo-Asconius

(Orelli-Baiter)

in divinationem

24 (p 110) I 353

in Verrem

2, 1, 54, 142

(p 196) II 358 (11, 1
142)

2, 2, 7, 21

(p 208) I 353

Auctor ad Herennium			
1, 13, 23	I	435. 446	
	II	85. 92	
2, 13, 19	I	447	
2, 16, 24	II	92	
2, 23, 35	I	561	
3, 2, 3	III	70	
4, 14, 20	I	446	
4, 36, 48	I	446	
Augustinus			
de civitate dei			
4, 27	III	58. 64	
6, 5	I	541	
	III	64	
Ausonius			
399, 11	II	256	
Bacchylides			
odae			
4, 11	III	61	
M Porcius Cato			
de agricultura			
praef	I	352	
132	II	137	
134	III	30. 34. 38	
134, 2	II	138	
	III	37	
138	II	138	
139	II	138	
	III	25. 37 f	
141	II	279	
	III	25. 34. 38	
141, 2-3	II	138	
144, 7	I	478	
145	I	573	
145, 1	I	394	
	II	88	
146, 1	I	394	
	II	88	
147, 1	I	394	
	II	88	
149, 1	I	394	
	II	88	
150, 1	I	394	
	II	88	
154-155 index	I	394	
156-157 index	I	394	
	II	88	
158 index	I	394	
Chryseippus			
(Arnim stoic vet fragm II-III)			
2 fragm 35-36	I	290	
	I	260	
	I	260	
	I	238	
	I	238	
	I	242 f	
	I	260	
	I	260	
	I	242. 261	
	I	261	
	I	242 f	
	I	261	
	I	242	
	I	261	
	I	245	
	I	245	
3 fragm 264	III	67	
Cicero			
I. Epistulae			
ad Atticum			
1, 5, 6	II	111	
3, 23, 3	I	544	
4, 2, 2 ff	I	549 f	
17, 2	III	18	
18, 4	III	59	
7, 2, 8	II	175	
9, 9, 3	III	5. 15	
10, 4, 8	I	446	

12, 14, 2	II	126	34, 98	II	167
17	II	126	99	I	544
19, 2	II	126		II	167
16, 1, 6	II	120	100	I	544
5, 2	II	120		II	167
15, 2	I	52	in Catilinam		
ad Brutum			1, 13, 33	I	292
1, 18, 3	II	120	3, 6, 15	III	17
ad familiares			8, 20	I	292
1, 9, 9	II	120	in Clodium		
25	III	18	fragm 16	II	126
6, 18, 3	II	256	pro Cluentio Habito		
7, 5, 3	II	120	3, 7	I	445 f
12, 2	I	396	4, 10	I	446
13, 28, 2	I	326	30, 80	I	446
15, 21, 1	II	120	34, 92	I	446
ad Quintum fratrem			41, 115	I	440. 445
1, 1, 4, 13	II	175	116	I	69. 440. 445 f
II. Orationes			42, 119	I	447. 452
pro Balbo			54, 148	I	446
13, 32-33	I	545	61, 170	I	446
14, 33	I	545	pro rege Deiotaro		
15, 34	I	29	3, 8	II	161
pro Caecina			14, 40	III	13
2, 6	I	447	pro domo sua		
2, 7	I	448	4, 9	I	449
7, 19	I	141	7, 17	II	124
16, 45	I	138	14, 107	III	51
17, 56	I	459	15, 39 ff	I	546 f
19, 54	II	306		III	6
	III	71	15, 40	I	546 f
25, 72-73	II	182	16, 42	I	547
32, 94	I	84. 141 (39, 94)		III	6
33, 95		301. 543 f 546	17, 43	III	23
96	I	77. 301. 544	29, 77	I	544
97	I	77. 544		II	167
34, 98	I	53 (34, 99). 544	29, 78	I	544
			30, 79	I	544
			40, 106	I	28. 543 f 546
			41, 108	II	141

45, 119	I	37			
46, 120-121	I	37			
47, 124	I	28			
49, 127-128	I	583			
50, 130	I	294			
51, 131	I	294			
52, 133	I	37			
53, 136	I	583			
54, 139	III	34			
55, 140-141	I	35			
	III	34			
pro Flacco					
15, 34	I	447. 452			
19, 45	I	434			
21, 50	I	304. 311. 434			
34, 85	II	111			
35, 86	II	182			
pro Fonteio					
14, 31	I	465			
de harusp responsis					
6, 11	I	28			
12 ff	I	549			
7, 13	I	28. 549 f			
14	I	25. 549 f	572		
	II	306. 349			
11, 23	III	34			
16, 34	I	550. 560			
23, 48	I	547 f			
de lege agraria					
2, 11, 26	III	18. 20			
27	III	18 f			
28	III	21			
12, 30	III	18			
31	III	18 f			
21, 56	I	450			
36, 100	II	120			
pro Milone					
31, 85	I	555			
	II	164			
	III	17			
pro Murena					
2, 3	I	25. 390. 473			
	II	315. 322. 326			
12, 26	I	364			
in M Antonium orat Phil					
5, 4, 10	I	541			
11, 12, 29	II	164			
12, 5, 12	I	541			
in Pisonem					
13, 30	I	449 f			
19, 43	II	92			
pro Quinctio					
8, 30	I	456. 459			
31	I	459			
9, 32	I	459			
19, 60	I	405			
pro Rabirio Postumo					
4, 8	I	444. 446			
13	I	465			
5, 11	I	445			
11, 29	II	92			
13, 38	I	435			
pro Roscio Am					
23, 65	II	164			
39, 113	I	447. 452			
pro Roscio com					
6, 16	I	452			
11, 32	I	475			
12, 35	I	326			
pro Scauro					
23, 47 (48)	I	293			
cum senatui gr egit					
9, 24	II	155			
11, 27	I	551			

pro Tullio

4, 8 ff	I	559
5, 11	I	560
18, 42	I	560
20, 47	I	469
22, 51	I	561

in Vatinius

6, 14	III	12
-------	-----	----

in Verrem

1, 54, 142	I	378
2, 1, 8, 21	I	446
45, 117	II	29
2, 2, 8, 22	I	444
12, 31	I	512
17, 41	I	513. 524
44, 109	I	446
2, 3, 11, 27	I	536
12, 31	I	444
57, 132	I	460
58, 135	I	456. 460
60, 139	I	460
2, 5, 8, 19	I	446
54, 141	I	456. 459

III. Philosophica

de divinatione

1, 11, 20	I	292
17, 32	III	48
17, 33	I	551. 555
	III	5. 48
40, 89	III	15
45, 102	III	34
46, 103	III	79
48, 107	III	12
2, 33, 70	III	64
35, 74	III	5. 64
75	I	555
	III	64
36, 76	III	11
77	III	79

Laelius

17, 62	I	435
18, 64	I	435
25, 96	III	8

de legibus

1, 6, 19	I	565
2, 7, 16	III	65
8, 21	I	546. 549
	III	6
9, 22	I	555
10, 23	I	546
24-26	III	65
11-12	I	564
12, 31	I	546
13, 32	III	64
16, 41	I	498
17, 42	I	292
19, 47 ff	I	500
	II	165
48	II	94. III. 164
49	I	42
	II	94. III. 131
20, 50	II	164
51	I	420
21, 52	I	42
53	I	42, 420
	II	203
22, 55	I	28
	III	26
57	III	26
23, 58	I	28
3, 3, 1 ff	I	542
19, 43	I	546
44	III	23

de natura deorum

1, 23, 61	III	44
41, 116	III	67
43, 122	III	67
44, 124	III	67
2, 2, 4	II	136
4, 10 f	III	5

3, 1, 4	I	43
3, 40, 159	I	25. 384
	II	306
de partitione oratoria		
22, 78	III	67
37, 129	III	70
130	I	541
topica		
2, 9	III	70
4, 23	I	413
	II	305 f
5, 28	I	25
6, 29	II	110 f
10, 45	II	320
17, 64	I	561
66	I	396

scholia in Ciceronem
s Asconius

scholia Bobiensia		
in Clodium		
16	II	126 f
pro Milone		
105	II	274

Demosthenes

18 (pro corona)		
298	III	62
23 (in Aristocratem)		
67-68	II	353
25 (in Aristogitonem I)		
774	I	565
	III	62

Dio Cassius

37, 9, 2	I	292
39, 19, 3	III	18
41, 43	III	18
44, 5, 3	I	467
47, 18, 5	I	467

Dionysius von Halikarnass

antiquitates Rom

1, 57	I	293
2, 10	I	467 f 470
	II	174
10, 1	I	464
26	I	374
65	I	303
72	I	454. 555
	II	251
	III	53
74	I	466. 470
4, 11	I	357. 365
25	I	357
5, 13	I	281
69	I	354. 357. 365.
		412. 470
71	III	8
6, 23-24	I	357. 365
26	I	357. 365. 412
29	I	404
36	I	554
37	I	357. 404
41	I	362. 365. 412
46	I	357. 365. 470
58	I	412
59	I	357. 365
76	I	470
79	I	358. 412
83	I	354 f 357. 365 f
		412. 470
8, 10	I	554
87	I	552
11, 56	III	8
16, 5	I	357. 359. 365 f

Euripides

Phoenissae	
538	III 62
Troades	
284	III 62

fragmenta (Nauck)

329	III 65
940	III 65

Festus

s v abgregare	II 131
albogalerus	II 280
apex	II 279 f
consponsor	II 256
consposos	II 256
contestari	I 364
contestari	
litem	I 364
daps	I 482
diffareatio	I 423
disertiones	II 155
ederam	II 280, 282
erectum ci-	
tumque	II 153
fabam	II 282
famuli	II 134
iurare	I 31
magisterare	III 11
magisteria	III 11
maiozem	
consulem	III 16
manceps	I 378
	II 358
maximum	
praetorem	III 16
nexum	I 25, 362, 381,
	384
nexum aes	I 380 f 390
noxia	I 53, 284 f 479,
	561
	II 231, 283
nuncupata	
pecunia	I 390
obnectere	I 27
occisum	III 46
offendices	II 279 f

s v ut qui op-

tima lege	
fuerint	III 23
optima lex	III 23
parricidi	
quaestores	I 449, 469
peculatus	II 131
peculium	II 131
peregrina	
sacra	III 14
plorare	I 466
	III 54
populi	I 540
potestas	III 11
publica	
pondera	I 459, 571, 587,
	591
puri	I 28
	III 66
quadrupla-	
tores	I 353
reciperatio	I 304, 454
	II 261
religiosus	I 30
religiosum	I 30
reus	I 498
rodus	I 37
rupitia	I 478
rupitias	I 478
sacer mons	I 469, 583
sacramen-	
tum	I 305, 538, 571 f
sacratae le-	
ges	I 467
	II 133, 137
sagmina	I 553
sarcito	I 479
	II 231
scitum po-	
puli	I 540
scribonia-	
num	III 48

s v sororium		10, 15, 12	I	30
tigillum	I	15	II	162. 281
spondere	II	22	II	281
bene spon-		23	I	30
sis	II	24	II	281
subici	I	25	I	30
	III		II	281
subigere	I	28	II	281
terminus	I	31	I	31
tignum	I	32	II	280
vindiciae	I	20, 2	I	540
		4	III	23
		6	I	540
		9 f	III	23
Florus		11, 4	I	551
bella Rom		6	I	551
1, 5, 4, 1	I	18, 8	I	477. 479
2, 2	II	15	I	478
		13, 12, 4	III	12
		6	III	12
		9	III	12
		14, 1	III	10
		5	III	10. 12
		15, 4	I	551
			III	5. 10 f 15. 18.
				78
		7	III	10 f
		16, 1	III	21
		14, 2, 26	I	434. 456. 513
		7, 7	I	551
		15, 13, 11	I	349. 432
			II	379 f
		27, 1-2	II	162
		3	II	162. 173
		16, 4, 1	I	551
		10, 8	I	495
		17, 7	II	305
		18, 6, 8	I	375
		9	I	375
			II	97
		20, 1, 31-33	I	487
		36	I	488
		37	I	488 f
Gellius				
1, 9, 12	II			129. 133. 153
12, 13	I			554
14	I			550
	III			23. 25
2, 24, 11	II			133
4, 2, 1	I			67
	II			229
4, 1 ff	II			185. 257
2	II			128. 257. 262
9, 5 ff	I			30
8	I			30
9	III			65
5, 10, 10	I			525
19, 9	II			90
	III			23
6, 8, 7	I			301
9, 12	II			113. 251
15, 1	I			86. 447. 472
2	I			86
	II			232. 356
18, 9	I			30
7, 12, 2	II			22
10, 15	II			279
10, 15, 2-6	I			30
10	II			281

20, I, 38	I	444. 488 f 494	I, 286	III 61
42	I	432	311-313	I 466
	II	379 f	3, 59	III 61
44	I	369	5, 265	I 491
	II	381. 383	6, 333	III 61
45	I	432. 349	521	III 61
	II	379 f	9, 98 f	III 61
46	I	349. 358. 360.	632	I 491
		415. 476	11, 686	I 490
	II	362	705	III 61
47	I	349. 358. 361.	13, 659	I 491
		432	14, 476	I 491
	II	362. 383	16, 386	III 61
48	I	432	18, 93	I 490
	II	380. 383	497	I 491
52	I	361	19, 256	III 61
10, 9	I	364	21, 133	I 490
			23, 574	III 62
			24, 40	III 61

Heraclitus

(Diels Vorsokratiker³ I, 77 ff)

fragm 1-2	I	577
114	III	63

Herodotus

6, 69	II	135
-------	----	-----

Hesiodus

erga		
225 ff	III	61
238 ff	III	61
248 ff	III	61
256 ff	III	61
280 ff	III	61

theogonia		
535 ff	III	55

Homerus

Ilias		
1, 12 ff	II	275
238 f	III	61

Odyssea

1, 35	III	61
2, 409	I	303
7, 142 ff	II	168
153	II	168
164 f	II	168
8, 167	I	303
9, 42	III	61
385	I	303
421	I	303
549	III	61
14, 84	III	61
15, 271	I	491
16, 476	I	303
17, 363	III	61
577	III	61
18, 34	I	303
60	I	303
405	I	303
19, 109 ff	III	61
21, 16	I	490
101	I	303
130	I	303

4, 30, 13	I	454	7, 28, 4	I	498
41, 10	I	453	9	I	353
5, 11, 12	I	447	31, 4	III	13
12, 1	I	453	40, 16	III	12
17, 2	I	548	42, 1	I	353
	III	5	8, 3, 4	III	15
17, 3	I	548 f	5, 8	I	550
21, 3	III	51	9	II	394
5	III	51	9, 4-5	III	38
22, 4	I	293	9, 6	III	38, 49
23, 8	I	30	9, 7	III	38
25, 4	I	421	9, 8	III	38. 47
29, 7	I	453	10, 11 f	III	8
31, 8	I	548	12	III	66
32, 9	I	453	13	III	26. 82
36, 8	I	53	11, 1	III	18
39, 10	I	293	14, 2	III	14
52, 7	I	293	17, 4	I	548 f
16	I	551	23, 14	I	548
	III	18	28	I	384. 412
55, 2	III	79		II	359
6, 14, 3	I	365. 433. 507	28, 1	I	359. 384
	II	363	28, 2	I	359. 361 f 365.
4	II	363			384
5	I	420	8	I	359. 367. 384.
10	I	365. 433			561
15, 9	I	365. 433	32, 3	III	10
16, 3	III	8. 17	39, 13	I	53. 550. 560
18, 8	I	507	14	II	237
14	I	356	15	I	553
20, 6	I	365. 403	9, 1, 6	I	53. 281. 454.
27, 8	I	365. 412			561
9-10	I	365		II	233
31, 4	I	356		III	46
34, 2	I	365. 412. 433	9, 5 ff	II	110
36, 12	I	360. 365	7, 14	I	548
37, 8	I	447	8, 5	II	113
41, 5-6	III	8	6	I	53. 499
9	III	44		II	111. 233
7, 6, 10 f	III	8. 11	7	I	553
11	I	550	9	I	53
17, 12	I	542	14	II	111
19, 5	I	359. 365. 385	9, 3	II	111

9, 9, 6	I	29
	II	110
13	II	110
18	II	113
10, 7	I	553
	II	283
9	I	53. 48 ^o . 499
	II	94. 110 f 233
10	II	112
11, 3	II	111
10	II	113
20, 8	II	254
38, 15	III	18
10, 7, 4-5	I	553
7, 10	III	58
8, 9	III	8
9, 5	III	66
23, 11	I	353
40	III	79
11, 1	III	26
14, 5	I	507
22, 1, 5	III	8
10, 2 ff	III	52. 66
5	III	52. 66
27, 4	I	447
53, 11	III	52
	II	137
57, 6	I	465 f
61, 8	I	30
23, 9, 2	II	164
14, 3	I	367. 433. 451
31, 13	I	548
25, 4, 2	I	447
3	I	433
26, 3, 8-9	I	433
33, 13	III	13
48, 8-9	II	262
27, 34, 3	I	447
28, 34, 7	III	13
29, 9, 8	I	433
20, 3	I	447
23, 3	II	258
24, 3	II	165

29, 37, 9	I	447
31, 9, 7	I	421
30, 4	I	555
50, 7	II	281
34, 44, 2	III	66
35, 41, 9	I	353
10	I	447
38, 35, 5	I	447
56, 8	I	447
60, 8	I	453
39, 41, 7	I	433
52, 9	I	447
40, 44, 8	I	421
43, 2, 3	II	262
15, 8	III	52
45, 12, 10 ff	I	548
periochae		
55-56	I	53

Macrobius

saturnalia		
1, 4, 19	I	470
6, 14	III	26
16, 10	I	556. 558. 561
	III	35
16, 14	I	302. 558
30	I	582
	III	26
17, 4	II	401
	III	44
3, 2, 6	I	498. 503
3, 8	I	30
4, 2	I	293
5, 1	I	468
3	I	468
7, 5-8	I	292. 467. 469.
8, 10	III	47
9, 2	III	14
7 f	III	14. 49. 51
8	III	52
10	III	27
11	III	52

Plautus		captivi	
Amphitruo		67	I 580
16	I 566. 580	257	I 570. 580
33 ff	I 553. 580	403	I 561
39 f	I 597	476	I 453
192	III 12	908	I 449. 453
246 f	I 580		
256 ff	II 283	Casina	
258 f	I 293	75	I 456. 461
	III 13	383	III 54
885	I 561	418	III 54
1086	III 53	1007	II 170
asinaria			
506	III 54	cistellaria	
508	III 54	134	II 258
831	III 54	176	I 580
937	I 434	197 ff	I 580
		236 f	II 156
		245	II 170
		498	II 259
		567 f	II 273
aulularia			
prol 2 ff	II 135	Curculio	
7 ff	II 135	494 ff	I 378
197	I 367	515	I 378
204	II 258	639	III 54
255 ff	II 183. 259	671	II 259
386	II 135	693	I 453
615	II 170	695	I 453
685	II 258	697	I 449. 453
688	I 570. 580		
738	I 561	Epidicus	
782	II 259	699	I 461
790-792	I 561		II 121
794	I 561	700	I 461
Bacchides		707	I 434
270 ff	I 454	729	I 561
349	I 581		
399 ff	I 581	Menaechmi	
458	II 132	35	II 255
994	I 580	97	I 434
1055-1056	I 456. 461	271	III 54
1113	II 131	517	III 54
1205	I 368	593	I 459

712	I	561	533	I	570. 580
894	II	157	564	I	368
966 ff	II	132	809	I	562
mercator			1137	III	54
149 f	II	156	1156	II	259
614	II	255	1186	I	561
830 ff	II	135 f	1190	III	54
miles gloriosus			1242	I	461
6	II	255	1255	III	54
453 ff	II	156	1268	II	259
548	I	561	1277	III	54
561 f	I	561	1278	II	185
645	I	581	1284-1285	I	44
1053	II	255	1341	I	368
1239 f	II	273	1361	I	368
1435	I	434	Pseudolus		
Mostellaria			122	III	54
27-28	II	132	267	III	54
504	I	281	291-293	III	54
648	I	455	306 f	I	580
669 f	I	452	356	III	53
744	II	273	365 f	I	562
918	I	455	612	I	562
1089	I	367	974 f	I	562
1099	I	455	Rudens		
1178	I	561	11	III	53
Persa			26	III	53
62	I	453	29	III	53
68 b	I	453	38	II	131
70	I	367. 439	189	III	54
109	II	258	191	III	54
159-160	I	597	640-649	I	579
186-187	I	461	651 ff	I	562
406 ff	I	562	859 ff	I	455
Poenulus			891	I	368
arg 6	II	356	952	II	156
146	II	316	1069	I	562
186	I	368	1138	I	562
333	II	121	1176	III	54
			1234	III	53
			1281 f	I	454

1355	I	457
1373	I	457
1380	I	455
1382	I	457
1383	I	455 f 462
1384	I	457
1397	I	457

Stichus

7	III	53
84	I	561
205	I	434
344	I	562

rinummus

13	II	132
39 f	II	136. 277
40	II	277
44	I	561
81	I	561
113-114	II	132
116	II	284
117	II	170. 284
128	II	170
141 f	II	170
280	III	54
327	II	131
330	II	131
425 ff	II	119
500	II	259
502	II	259
603-604	II	259
615-517	II	132
656	II	132
682	II	132
829	I	453. 480
830-831	I	480
956	II	132
1083	II	132
1133	II	259
1156	II	259
1157 ff	II	184
1183	II	259

Truculentus

144	I	579
214	II	358
275	I	461
486	I	453
760	I	579
762	I	367. 439

Plinius maior

historia naturalis

9, 35, 121	I	513
10, 29, 79	I	466
11, 45, 250	II	161. 273
251	II	273 f
16, 10, 37	I	540. 542
26, 108	I	30. 453. 465.
	II	467
	II	355
17, 1, 7	I	472
18, 3, 10	I	29 (18, 2, 10)
3, 12	I	465. 478
	II	131
12, 118-119	II	282
21, 3, 7	II	128
22, 1, 5	I	454
28, 2, 15	III	79
17	III	79
28, 2, 10 ff	III	34
15	III	34
17	III	34. 79
18	III	14. 34
19	III	34
22	III	34
29, 4, 57	I	466
33, 3, 43	II	131

Plinius minor

epistulae

10 (ep. ad Trajanum)

13	III	31
50	III	32

Plutarchus	
C Jul Caesar	
22, 3	I 53
Camillus	
2	I 43
Cato	
40	I 546
51, 1	I 53
Cicero	
34	I 546
Fabius Maximus	
22, 7	I 293
Tib Gracchus	
7	II 252
7, 2	I 53
Marcellus	
4	III 59
21, 5	I 293
Romulus	
14, 13	III 20
22	I 465
24, 3	I 53. 281
Theseus	
18	II 276
praecepta coniugalia	
34	I 238
quaestiones Romanae	
28 f	III 14
44	II 281 f
264 c	III 32
275 c-d	I 31
279 e	III 13
287 a-b	III 39
Polybius	
3, 25	II 253
36, 2	III 13

Porphyrio	
Comm ad Horatii	
sat 1, 9, 76	II 274. 380

Porphyrius	
de abstinentia	
2, 15	III 65
19	III 65. 82

Priscianus	
instit gramm	
6, 69	I 487

Probus, Valerius	
(ed Keil Gramm lat 4)	
de litteris sing fragm (p 271 ff)	
3, 1	I 543
3	I 573
14	I 544 (3, 13)
24	I 477 (3, 23)
4, 1	I 363. 416. 532
	II 357
2	I 363. 461
3	I 363
5	I 459. 461
8	I 477
[6,] 31	I 372

Quintilianus	
instit orat	
3, 6, 25	I 569
5, 10, 60	I 358. 386. 388.
	407
7, 3, 26	I 358 386. 388.
	407
27	I 388
7, 6, 4	I 300
declamationes	
266	I 300
311	I 358. 362. 366.
	388

Salvianus

de gubernatione dei	
8, 5, 24	I 470

Scholia Bobiensia
s Cicero

Seneca (rhet)

controversiae	
1, 3, 1-2	I 446
2, 3, 15	I 446
6, 5	I 447
7, 1, 15	I 446
18	I 446

Seneca (phil)

de beneficiis	
6, 5, 3	II III
de consolatione ad Marciam	
13, 1	I 35
	III 34 f 42
13, 2	I 35
	II 279
	III 34. 42
de consolatione ad Helvetiam	
10, 7	I 293
epistulae	
19	II 124
102	II 101
de ira	
2, 16	II 236
naturales quaest	
2, 32, 6	III 79
34, 1	III 10. 77
de vita beata	
24	I 551

Tragoedia

Heracles furens	
662	I 550

Servius

ad Aeneidem

1, 8	III 39
41	I 284
73	I 568
277	III 34
292	II 166
378	I 293
706	I 482
2, 116	II 252
	III 55
133	III 39
134	II 277
	III 39
178	III 56
351	III 14. 27. 34
683	II 280
3, 89	III 78
119	I 293
224	I 482
374	III 10
607	II 166. 273 f
4, 19	III 39
29	III 39
56	I 468
57	I 468
	III 36
102	III 10 f
212	I 423
518	II 277
699	I 498. 503
5, 64	II 140
5, 530	III 79
745	III 39
6, 152	II 140
7, 257	III 10
601	I 541

8, 175	I	482			
275	III	59 f*			
288	III	60			
636	II	166			
642	II	153			
664	II	280			
9, 52	III	56			
53	I	454			
641	III	36. 40			
10, 79	II	258 f			
270	II	280			
419	I	467. 469			
541	I	468			
	III	39			
11, 558	I	28			
12, 30	I	29			
120	I	553			
173	III	39			
259 f	III	79			
ad Eclogas					
1, 33	II	131			
3, 10					
4, 43	I	465			
8, 82	III	39			
9, 13	III	10			
ad Georgica					
2, 395	II	277			
	III	39			
3, 387	I	465. 481			
	II	355			
	Sophocles				
Oedipus Col					
469 ff	II	276			
Philocteta					
813	II	155 f			
	Stobaeus				
4, 2, 24	I	303			
					Suetonius
					Jul Caesar
				74	III 44
				88	I 467
					Oct Augustus
				6	III 65
					Caligula
				38	II 31
					Nero
				4, 1	II 133
					Suidas
					lexicon
				s v πρυτανειον	I 303
					Tacitus
					annales
				3, 58-59	I 583
				71	III 31. 43
				4, 52	I 446
				6, 16	I 352 f
				12, 22	I 446
				13, 33	I 446
					historiae
				1, 54	II 155
				4, 2	II 133
				45	I 446
				53	II 277
				13, 44	I 446
					Terentius
					Adelphoe
				734-735	II 260
					Andria
				99 f	II 185. 260
				100	II 260
				949 ff	II 185
				950	II 63
				951 f	II 63. 182

Eunuchus

388 ff	II	317
809	II	356
1039	II	284

Hecyra

112 f	II	156
-------	----	-----

Phormio

334	I	434
-----	---	-----

Tertullianus

(Migne lat 1)

apologeticus adv gentes

10, 5	III	13
25, 14	III	14
15	III	13

Thucydides

1, 126, 11	I	467
2, 37, 1	III	61
3, 53, 1	III	61

Tibullus

1, 1, 5 ff	II	405
8 f	II	277
11 ff	II	405
19-24	II	405
35-38	II	406
4, 21	III	29
2, 1, 1 ff	II	406
17 f	II	406
25	II	406
2, 2	II	406
3, 6, 49	III	29

Valerius Maximus

2, 1, 6	I	294
5, 6	III	49
8, 2	I	460 f 513. 524 (28, 2)

2, 8, 2	III	15
4, 1, 10	III	35
5, 10, 1	I	35. 37
6, 1, 9	I	359. 360. 362. 384. 412
3	I	53
3, 3	I	446
4	I	53
5, 4	I	459
7, 2 extr 15	I	449
6, 1	I	368. 433. 446. 451
8, 2, 1	I	444
4	I	86
15, 12	I	294
9, 2 extr 6	I	29

Varro

antiquitates rerum divinarum (Agahd)

1, 7	III	58
30	I	293
37	III	57
1, 43	III	54
14, 59	III	42
61	III	44
91	I	294
104	III	41
16, 42	III	42

de lingua latina

5, 27	I	377. 392
	II	183
65	II	136
86	I	454
95	II	131
163	I	37
176	I	478
180	I	459
182	I	381
6, 13	III	25
30	I	302. 547 f 551 f 556 f 561
	II	387

2. Inschriften

Bruns			
Fontes iuris Rom antiqui (7. Aufl)			
8 (lex Osca tabulae Bantinae)			
11 f	I 588	55	I 437. 439. 441. 446. 448
18	I 588	56	I 439. 448
25 f	I 588	57	I 448
27	II 133	58	I 439. 448
31	III 66	60	I 440
9 (lex Latina tabulae Bantinae)		68	I 440
8	I 538. 571. 591	70	I 439. 538
9	I 317. 486. 588	71	I 439. 440
10	I 444. 448. 538	72	I 439. 538
11	I 448. 588	73	I 571. 573 f
12	I 573. 588	74	I 429. 448. 459
13	I 573	76	I 439. 448
18	I 538. 571	77	I 578
25	I 571	78	I 439. 448
10 (lex Acilia repetundarum)		80	I 571. 573 f
4	I 439 f	81	I 448. 459
6	I 439 f 571	83	I 448
7	I 439. 448	85	I 448
	II 262	11 (lex agraria)	
8	I 433	7-8	II 348
9 ff	II 262	9	I 532 f 571. 575
11	I 439. 448		II 349
23	I 448. 459	10	I 575
	II 136	12	I 538
24	I 434	15	I 575. 598
29	I 433	16	I 357
37	I 440	17	I 538
39	I 439	19	I 598
41	I 439	20	I 598
43	I 439. 538	22	I 575
45	I 598	24	I 357
47	I 440	27	I 572
49	I 433. 437. 440. 441		II 349
54	I 448	30	I 538
			II 349
		32	I 82
		33	I 357
		35	I 357
		38	I 312

39	I	513			
40	I	82		2, 21, 5	I 598
	II	349		9 ff	I 574
46	I	47		10 ff	I 350
47	I	46		12	I 443. 449
	II	357		13	I 355. 417.
48	I	46. 381			443. 449
	II	357		14	I 319. 355. 417.
50	I	82			432. 443. 449.
	II	349			574
52	I	82			II 380
	II	349		18	I 443
74	I	46. 381		19	I 350. 443
	II	357 f		21	I 542
78	I	540		23	I 505 f
82	I	82		2, 22	I 417 f
	II	349		22, 28	I 357
100	I	47		29 ff	I 438
				32	I 598
12 (lex Cornelia de XX quaestoribus)				34	I 418
1, 9 ff	I	573			II 232. 357
38 ff	I	573 f		36	I 417 f
2, 1 ff	I	573		37	I 418
2	I	574		38 ff	I 574
7 ff	I	571 f 575 f		43-44	I 418
14 (lex Antonia de Termessibus)				45 ff	I 417
1, 10	I	571		48-50	I 418
2, 3-4	I	357			
16 (lex Rubria de Gallia Cisalpina)				17 (legis fortasse eiusdem fragmentum Atestinum)	
1, [19,] 1	I	542		11	I 575
20, 11	I	598		14 ff	I 357
12	I	357		18 (lex Iulia municipalis)	
18	I	357		87	I 449
20	I	542		97	I 486
27-28	I	449		107	I 486
29	I	357. 449		110	I 416. 447. 449
30-31	I	449		111	I 447. 449
38	I	449		112	I 449
39	I	357. 449		116-117	I 417
40-41	I	449		118-119	I 449
44	I	598		160	I 540

25 (minora legum incertarum fragmenta)			
a (fragmenti Florentini pars antica)			
14	I	449	
c (fragmentum Clusinum)			
5	I	449	
7	I	449	
27 (lex Tarentina)			
3 ff	I	591	
4 ff	I	588	
5, 31	I	486	
35	I	486	
28 (lex coloniae Genetivae Iuliae s Ursonensis)			
1, 3 ff	II	382	
3, 1	I	349. 367	
2-3	I	349. 367	
	II	384	
4	I	349. 367. 505	
5-6	I	349. 367. 397	
7 ff	I	507	
9	I	486	
15 f	I	542	
23	I	542	
4, 14 ff	I	542	
31-34	III	31	
35	I	572	
	III	31	
36-37	III	31	
5, 3	I	546	
8	I	542. 573	
9	I	573	
10	I	542. 573	
13	I	449	
15	I	572	
2, 2, 6	I	486	
3, 5	I	572	
6-7	I	573	
3, 1, 12	I	542	
3, 11-12	I	542	
3, 4, 7	I	542	
16	I	542	
5, 25	I	449	
4, 1, 4 ff	I	574	
5-7	I	449	
28	I	542	
37	I	542	
42 ff	I	591	
2, 24	I	542	
26 f	I	591	
3, 30	I	591	
29 (lex civitatis Narbonensis de flamonio provinciae)			
3 f	I	579	
14	I	579	
21	I	573 f	
25	I	542	
30 ^a (lex Salpensana)			
1, 1	I	577	
6 (22 rubr)	I	372	
24	I	572	
2, 26	I	572	
41 ff	I	578	
30 ^b (lex Malacitana)			
2, 23	I	542	
4, 11	II	357	
24 ff	I	46	
27	II	357	
28	I	47	
30	I	47	
33-34	II	357	
38	II	357	
41	I	47	
59	I	542	
32 (fragmentum Tudertinum)			
1 ff	I	579	
4 f	I	588	
5	I	588. 591	
6	I	459	

- | | | | |
|---|-----|------------------|--|
| 33 (fragmentum Florentinum) | | | |
| 1 f | I | 583 | |
| 36 (SC de Bacchanalibus) | | | |
| 1 ff | III | 60 | |
| 13-14 | II | 109 | |
| 43 (SC de Aphrodisiensibus) | | | |
| 2, 10 ff | I | 583 | |
| 44 (SC et edicta de campo Esquilino) | | | |
| A (SC de pago Montano) | | | |
| 2, 2 | I | 43. 589 | |
| 56 (SC de imperio Vespasiani) | | | |
| 19 | I | 542 | |
| 31 | I | 542 f | |
| 32 | I | 543 | |
| 33 ff | I | 590 | |
| 65 (edictum perpetuum praetoris urbani) | | | |
| 6, 2, 3 | I | 450 | |
| 3, 8 ff | I | 450 | |
| 10, 5, 4 | I | 449 | |
| 15, 2 a 7 | I | 449 | |
| 16, 2, 3 | I | 449 | |
| 36, 1 | I | 449 | |
| 38, 7 | I | 450 | |
| 44, 1 b-f | I | 449 | |
| 69 (edictum Octavianus Caesaris) | | | |
| 10 | I | 572 | |
| 77 (edictum Augusti de aquaeductu Venafrano) | | | |
| 30 | I | 542 | |
| 43 | I | 542 | |
| 50 | I | 542. 546 | |
| 79 (edictum Claudii de civitate Anaunorum) | | | |
| 15 | I | 570 | |
| 29 | I | 572 | |
| 104 (leges lucorum) | | | |
| a (lex Lucerina) | | | |
| 4 f | I | 354. 589 | |
| b (lex Spoletina) | | | |
| 1 ff | I | 584 | |
| | III | 38 | |
| 9 ff | I | 592 | |
| 10 f | I | 584 | |
| 15 ff | I | 590 | |
| 105 (lex a vicinis Furfensibus templo dicta) | | | |
| 1 ff | III | 38 | |
| 7 | I | 584 | |
| | III | 27 | |
| 15 | I | 449 | |
| 106 (leges arae Augusti Narbonensis) | | | |
| 2, 7-9 | II | 88 | |
| | III | 38 | |
| 13 | I | 584 | |
| | III | 27 | |
| 14 | I | 550 | |
| 15 | III | 66 | |
| 33-34 | III | 42 | |
| 107 (lex arae Iovis Salonitanae) | | | |
| 7 | III | 66 | |
| 9 | III | 42 | |
| 112 (lex metalli Vipascensis) | | | |
| 41 | I | 43 | |
| 53 | I | 43 | |
| 118 (testamentum Galli cuiusdam civis Romani) | | | |
| 1, 20-24 | I | 500 | |
| 2, 5 | I | 500 | |
| 130 (emptio pueri) | | | |
| 1 ff | II | 158 f 270. 330 f | |
| 4 | II | 318 | |

7	II	328
12 f	II	154. 159
14	II	158
131 (emptio puellae)		
1 ff	II	271. 330 f
5	II	318
7	II	328
13	II	159
15	II	154
132 (emptio ancillae)		
1 ff	II	271. 330 f
4	II	318
5	II	159
6	II	328
12 f	II	159
13	II	154
14	II	159
22	II	330
133 (emptio domus)		
1 ff	II	331
10 f	II	159
11	II	154
135 (formula Baetica)		
3	II	170. 318
4	II	170
16	II	330
136 (donatio Fl Artemidori)		
14	II	318
137 (donatio Statae Irenes)		
11	II	318
139 (donatio Flavii Syntrophi)		
17 ff	II	270
145 (ex institutione alimentaria Traiani)		
a (tabula Veleias)		
praescr 2	I	577 f
7, 34 f	I	578

170 (locatio operis)		
(lex parieti faciendo Puteolana)		
1, 7	I	378
3, 17-18	I	377
21	III	66
172 (iura sepulcrorum)		
11	I	500
12	I	500
13	I	500
14	I	500
31	I	500
184 (sententia Minuciorum)		
43	I	450

Buecheler

Umbrica

1 A 26	III	38
B 7	III	38
20	III	38
26	III	38
30	III	38
32	III	38
44	III	38
2 A 7	III	38
25	III	43
31	III	43
35	III	38
37	III	38
38	III	43
B 18	III	43
32	III	38
5 A 25	III	66
6 A 1 ff	III	29
26 ff	III	25
29 ff	III	26. 39. 44
30	III	44. 49
31	III	44
37 ff	III	25
39 ff	III	26. 39. 44
41-42	III	44

6 A	47 ff	III	25
	49 ff	III	26. 39
B	28 ff	III	25
	29	III	34
	31 ff	III	26. 39
	47	III	34
	56	III	38
7 A	23	III	43
	36	III	43

CIL

I	541	III	12
II	72	III	52. 59
VI	2104	III	43
	32323	II	138
		III	38
X	5708	III	49

Dittenberger

Sylloge inscriptionum graecarum			
1, 52, 11	I	289	
	II	392	

Henzen

Acta fratrum Arvalium

XXXIII	III	35
XXXVI	III	35
XLI	III	35
CXI	III	35
CXIII	III	35
CXVII	III	35
CXXV	III	35
p 100	III	52
p 101	III	35
p 103	III	52
p 105	III	35
p 110	III	52
p 121	III	59
p 148	III	59

Prott-Ziehen

Leges graecorum sacrae

2, I, n. 93			
A	25-29	I	584
B		I	584
111, 14 ff		I	584

NAMENREGISTER

In dem Register sind im wesentlichen nur die Autoren angeführt worden, zu deren Ansichten H. kritisch Stellung genommen hat.

- Albertario I 189, 216, II 101 f.,
106, 155, 178, 185.
Alibrandi I 92, 95, II 38, 44.
Appleton I 149, 151, 152 f., 184,
351.
Arnò I 123.
- Bechmann I 37, 392, 397, 473,
II 182, 322.
Bekker I 42, 51, 228 f., 540 f.
Beseler I 33 f., 36, 50, 57, 91 f.,
95 f., 99 f., 103 f., 108, 118,
131 ff., 140, 143, 167 ff., 184,
208 f., 213 f., 230 f., 238, 256,
257, 267, 270, 286, 301, 307,
311 f., 315 f., 324, 330 ff., 372,
378, 456, 478, 482, 510, II 4 ff.,
42, 59, 157, 5, 9 f., 12, 15, 18
f., 21, 47, 72, 175, 203, 264,
275 ff., 354.
- Bethmann-Hollweg I 322, 325.
Betti I 320, 398, 436, 462 f., 512,
515, 521, 605 ff.
Binding I 288, 590, 599.
Biondi I 613 ff., II 166, 229, 234,
236.
Bonfante I 181 f., 196, 216, 221,
II 69, 103, 165 ff.
Bortolucci II 105 f., 171.
Bossowski II 104 ff.
Brinz I 599.
Buckland I 61.
- Cannegieter II 24.
Carter III 24.
Ciapessoni II 18, 56 ff.
Clark I 10, 12, III 13, 21 f.
Closset I 51, 53.
Coglioli I 311.
Collinet I 437 f., II 154.
Corbett II 257 f.
Costa II 5.
Cuiacius I 155.
Cuq I 66, 86, II 162.
Czyhlarz I 262, II 182.
- David II 53, 63.
Debray I 307.
Dernburg I 42.
De Visscher I 48 ff., II 163, 301
ff., 311 ff.
Donatuti I 312, 325, 329 f., 333
ff., II 15 ff., 21.
- Eisele I 48, 325, 427, II 42, 205 f.
Erman I 73, 183, 325, 344, 346.
- Faber I 257.
Fehr I 21, 22.
Ferrini I 93, 169 f., 241, 245, 248,
250, 254 f.
Flume II 263 ff.
Forcellini I 435, 438.
Fowler III 30, 36, 67 f.
Frazer III 27, 68.

- Genzmer II 89, 222 f., 226.
 Georges III 69.
 Girard I 53, 54, 64 ff., 228, 306 f.,
 351, 353, 395, 473, 505, 507 f.,
 535, II 29 f., 257, 322 ff.
 Gradenwitz I 118, 301, II 246 ff.
 Grosso II 3 f., 27 f.

 Haymann I 283 f., 286 ff., 615, II
 229, 239, 241 ff.
 Heinze I 480.
 Heumann-Seckel I 241, 435.
 Hölder II 88, 144.
 Holland I 8.
 Huber I 15.
 Huschke I 350, 545.
 Husserl II 304.
 Huvelin I 21, 380 f., 482, 576,
 599 ff., III 24.

 Ihering I 37, 134, 139, 199, 228 ff.,
 392, 395, 504, III 13, 22.

 Jellinek I 17.

 Karlowa I 37 ff., 89, 155 f., 284,
 380, 385, 395, 544, II 138,
 258 f., 365, III 21.
 Keller I 320, 322.
 Kelsen I 602.
 Kipp I 66, 290.
 Kleineidam I 32, 359, 371 f., 401,
 403 f.
 Kniep I 423, II 124, 182, 187, 88.
 Kobbert I 30.
 Kretschmar I 32, 359, 370 f., 383.
 Krüger I 92, 94, 110 f., 507, II
 119.
 Kübler I 371, 379, 383, II 402 ff.
 Kunkel II 343 ff., 352, 364, 383 f.

 La Pira II 69 f., 73, 76 ff.
 Last I 88 f., 91, 93, 98, 102, 118,
 120, 123, 125, 198.

 Leifer II 153, 305 f., 316.
 Leist I 38, 300, 344, 541.
 Lenel I 27, 54 f., 89, 112, 138 f.,
 228, 257, 311 f., 325, 382,
 390 f., 395 f., 613, 615, II 107,
 110, 200 f., 230 ff., 322, 367 f.
 Leo II 135.
 Levet II 364 ff.
 Levy I 301.
 Lévy-Bruhl II 151 f., 156, 308 ff.
 Lewald I 118 f.
 Locke I 9.
 Lodge I 434.
 Longo II 117 f.
 Lübtow II 352 ff.

 Maine I 34.
 Marchi I 24, 29.
 Marier II 362 ff.
 Maschi II 153 f.
 v. Mayr III 21.
 Merguet I 435.
 Michon II 119, 157 ff.
 Mitteis I 27, 116, 121, 358, 385,
 423, 427, 464, II 117, 141,
 287 ff.
 Mommsen I 31, 122, 287 f., 379,
 385, 468, 470, 479, 481 f., 549,
 577 f., 590, II 175, 239, III
 16, 21 f.
 Muirhead-Grant I 361.

 Niemeyer I 164.

 Olivecrona II 101.
 Otto III 56.

 Partsch I 89, 149.
 Pernice I 23, 72 f., 133, 148, 155,
 252, 255, 353, II 42, 222, 322,
 III 24.
 Perozzi II 122 f., 34, 46, 100,
 163, 187 ff., 257.

- Peters I 116, 118.
 Pflüger I 27, 387.
 Pissard I 49 f., 57.
 Pokrowsky I 316, 325.
- Rabel II 146 f.
 Riccobono I 104, 105 ff., 112, 129,
 133, 142, 164, 175, 176 f., 186,
 191, 199 ff., 203 ff., 216, 221,
 226, 231, 270, II 1 ff., 6, 7,
 42, 52, 65, 4, 6 ff., 15, 20 f.,
 34, 214, III 75 f.
- Robbe II 229 f., 239.
 Roby I 386 f.
 Rose III 51, 69.
 Rotondi I 92, 95, 145, 180, 185,
 186, 187, 188 f., 189, 191, 194,
 197, 207, 212, 213, 216, 219,
 234.
 Rudorff I 395.
 Ruiz II 154 f.
 Rümelin I 123.
- Savigny I 228 ff.
 Schlossmann I 38, 101, 307, 322,
 381, 382, 423, 425, 506, 508.
 Schulting I 74.
 Schulz I 614, II 12.
 Scialoja II 90, 96 f., 99, 127 f.,
 147.
 Seligsohn II 348 ff.
 Senn I 351, 355, 361, 380.
 Siber I 87, II 34, 211 f.
- Sohm I 86, 229 f.
 Sokolowski I 104, 246 ff., 257, 262,
 270, 277 f.
 Solazzi II 10, 84 f., 95, 100, 125.
 Sommer II 386 ff.
 Spengel II 255.
 Stroux II 5 ff., III 72 f.
 Suman I 149, 152, 162.
- Täubler II 253 f.
 Thomas II 133.
- Vasalli I 189.
 Vazny II 34, 37, 41 ff.
 Voigt I 387, 489 f., 541, III 14.
- Walde I 480, 531.
 Westermarck III 82 f.
 Westrup II 90, 96, 129 ff., 133,
 141 f., 148 f.
 Windscheid I 543.
 Wissowa I 465 f., 498, III 14, 16,
 24, 53, 69.
 Wlassak I 38 f., 67 f., 78, 320,
 441 f., 444 f., 450, II 86, 128
 ff., 139, 141, III 22.
 Wolff II 69, 72, 77 ff.
- Zanzucchi I 148, 151 f., 155 ff.,
 180, 186, II 365.
 Zeller I 242.
 Zitelmann I 602.

SACHREGISTER

Das Register macht auf Vollständigkeit keine Anspruch. Es wurde versucht, sowohl juristischen wie auch philologischen und religionsgeschichtlichen Gesichtspunkten gerecht zu werden, was zu einer in mancher Hinsicht subjektiven Auswahl genötigt hat.

- Abdikation s. magistratus.
Aberglaube II 399.
Ablativ in Prekationen II 160,
III 38.
Abstraktion II 352 f.
acceptilatio I 428, II 53, 78 f., 146,
205, 213 f., 270.
accessio I 236 ff., 259 f., 263 ff.,
269 ff.
Accrescenz II 10 f. 159 f.
actio ad exhibendum I 214, 237,
257, 259 f., 264, 270 ff.
— Aquiliana II 90, 221.
— auctoritatis I 472 f., II 181, 301
ff., 311, 313 ff., 332 ff., 340 f.
— de arboribus succisis I 472.
— de dolo II 90, 221 f.
— de modo agri I 472 f.
— de pauperie I 49, 62, 284 ff., 288,
291, 615, II 229 ff. S. a. Tier-
schuld.
— de rationibus distrahendis I 472.
— de tigno iuncto I 263 f., 272,
289, 472, 474, 591, II 332.
— de vitiis praedii I 472.
— depensi I 352, 427 f.
— duplae stipulationis II 323.
— empti II 182, 314 f., 329 f.,
332 f., 337 ff., 341 f.
actio ex causa depositi I 472.
— ex contractu II 130 f., 146.
— ex delicto II 130 f.
— ex sponsione II 90, 128, 134 f.,
143, 261 f.
— ex vendito II 181.
— familiae erciscundae II 27 ff.,
95, 133, 136, 150, 153, 156 f.,
160.
— ficticia I 345 f.
— fiduciae I 128.
— furti I 68, 477, II 134.
— in personam u. in rem I 21 ff.,
II 104 f., 307, 348.
— legis Aquiliae I 69, II 238 f.
— mandati I 97, 122, II 118, 146.
— negotiorum gestorum I 343.
— noxalis I 48 ff., 152, 282, 284 ff.,
613.
— operarum II 175, 300.
— Publiciana I 129 f., 157, 191,
226 f., 340, 532, II 367 ff.
— Rutiliana I 339.
— Serviana I 83.
— quasi Serviana I 83, 249.
— societatis II 175.
— tutelae I 121 f.
— vindiciae falsae I 472.
actioe teneri I 51.

- addicere I 524 f.
 — Konstruktion I 443.
 addictio I 349 ff., 369, 385.
 addictus I 358, 365 ff., 433, 435 f.,
 525.
 — u. iudicatus I 435 f.
 ademptio legati II 16 f., 50, 144.
 adgnatus proximus II 27 f., 121.
 ἀδικεῖν II 92.
 ἀδικία I 563, 565, III 61 f. S. a.
 δίκη. —
 aditio hereditatis II 107 ff., 119,
 123.
 adiudicatio I 534 f., 594.
 adrogatio II 87, 90, 163 f., 167,
 285 ff.
 adstipulatio II 143 ff., 285.
 aequitas (aequum et bonum) I 290 f,
 564 f., 598, 611, II 34, 38, 75 ff.,
 78, 90, 93, 96 f., 116, 175, 183,
 224, 261 f., 396, III 53, 63, 70
 ff., 81.
 — u. ius II 396, III 70 ff.
 aes confessum I 349 f., II 379 f.,
 382. S. a. confessio.
 Aeschylus, Eumeniden I 492.
 agere (agitur, quid actum sit) II
 45 ff., 56, 173 ff, 289. S. a. se-
 quimur.
 — agi potest I 301 f., III 26.
 αἰχμή I 492.
 aio I 37 ff., 398, II 301 ff., 346 f.
 S. a. mancipatio (Manzipa-
 tionsformel).
 amittere I 144, 189 f.
 Anaxagoras I 278.
 Anaximander I 280.
 ancilla furtiva I 148 ff., II 365 ff.
 anima I 464, 467 f., 499, 601, III
 43, 46, 57.
 — des Opfertieres I 468, III 39.
 — u. animus I 464, 468, 491 f.
 — u. di manes I 467.
 Animismus II 346, 350.
 — bei den Römern I 281 ff.
 — im griech. Recht I 289.
 — im griech. Volksglauben I 279.
 — in dergriech. Philosophie I 278 ff.
 animus I 292, 375. S. a. anima,
 (animo) possidere u. Wille.
 — des Dinges I 347, 410.
 Anthesterien III 57.
 Anthropomorphismus I 287, 289,
 II 394, III 33 ff., 49 ff., 56, 69,
 80.
 — ursprünglicher III 57 f.
 apex des flamen Dialis II 279 ff.
 ἀπό κοινοῦ I 170 f., II 279 f.
 apparet II 13 f., 24 f.
 arbitrium litis aestimandae I 416,
 421.
 arbor felix II 162, 281.
 — infelix I 30, 453, 465, 467 f.,
 483, 498 f., II 279, 355, 391,
 III 47.
 aries subcitur I 465 f., 481.
 Aristoteles I 241 ff., 260 f., 277,
 280, II 92, 396 f.
 — Individualitätsprinzip bei I 242 f.
 arrabo I 455.
 arrogatio s. adrogatio.
 auctor II 327, 341.
 auctoritas II 301 ff., 313 ff., 340 f.
 — auctoritatem (obligationem auc-
 toritatis) contrahere II 320,
 327.
 Auguren I 546, III 5 f.
 Auspizien I 545 ff., 551, 558, 580,
 585, II 130, 353, III 5 f., 8 ff.,
 77 ff. S. a. vitium (lex v. lata).
 — potestas d. III 10.
 — vom Volke empfangen III 11, 19.
 Befleckung s. Unreinheit.
 Begriff u. Seele I 280, 294.
 bellum impurum I 483 f.

- (bellum) iustum atque purum I 522, 552 f.
 — iustum piumque I 195, 522, 552 f., 559, II 111, 113, 116, 144, 103, 238, 252, 262, 309, 313.
 — (duellum) purum piumque I 454, 483 f., 522, 552 f., II 132, 91, 172.
 Berührung II 162 f., 252, 273 ff., 278, 312, 353 f.
 Besitz: ius u. factum (animus u. corpus) I 188 ff.
 — freiwilliger Verlust von I 144, 170 ff., 190.
 — u. Besitzerwerb I 230.
 — u. Eigentum I 274 ff., 294 ff.
 — u. Recht I 173 ff., 190 ff., 199 ff., 222, 225, 274, 278.
 — s. a. possessio.
 Besitzbegriff, Erweichung I 234.
 Besitzerwerb I 143 ff., 347. S. a. ignorantia u. scientia.
 — auctoritate praetoris I 71.
 — Ausnahmen von der allgemeinen Regel I 173 ff., 202.
 — des Eigentümers I 113 ff., 173 ff., 188 f., 202, 276, 296, 347.
 — durch den nicht besitzenden Eigentümer I 113 ff., 127 ff., 163 ff., 202, 276.
 — durch einen Prokurator I 90 ff.
 — durch einen Sklaven I 92 ff., 108 f., 179, 197, 202.
 — durch Vermieten I 113 ff., 202.
 — durch einen Vormund I 115 ff.
 Besitzlehre I 84, II 350.
 — u. Animismus I 277 ff.
 Besitzverlust, Bedingungen für I 170 ff.
 Besitzvermittlung I 85 ff., 105 ff., 221 ff., 275 f.
 (Besitzvermittlung) durch Pächter etc. I 85 ff., 105 ff., 173, 221 ff.
 — durch Prokurator I 90 ff., 119, 123 f., 165.
 — als Stellvertretung I 90 ff.
 Besitzwille I 90 ff., 101 ff., 106, 143 ff., 162 ff., 201, 225, 228 ff.
 Blitz II 391, III 45 ff.
 Blitzgrab s. puteal.
 bona des Schuldners, Macht d. Gläubigers über I 400 ff.
 bona fides I 54 ff., 101 f., 132, 145 ff., 162, 451 f., II 75, 83, 97 f., 169 ff., 266 ff., 340, 342, III 76.
 — bona-fides-Prinzip bei Verkäufen II 221 f.
 — bonae fidei emptio I 145 ff., II 367 ff.
 bonis, in, bonitarisches Eigentum I 72 ff., 75 ff., 297 ff., 339 f., 347, II 74, III. S. a. ius.
 — u. nexus I 411 ff.
 — u. nudum ius Qu. I 297, 413 f.
 — bonitarisches u. praetorisches Eigentum I 72 f., 75 ff., 181 f.
 — bonitarisches u. quiritisches Eigentum I 297, 347 f., 408 f.
 — bonitarischer Eigentümer als das ius besitzend I 297 ff.
 — — ziviles Aktionsrecht des I 339 ff.
 bonorum emptio(-or) I 300 ff., 341 ff., 403, II 142.
 bonorum possessio(-or) I 297 ff., 300 ff., 341 ff., II 351, 360.
 — auf Grund eines Testamentes II 30 ff., 32.
 — cum re II 58.
 — bonorum possessor heredis loco II 98.
 Bürgschaft II 109, 117 ff., 128 ff.,

- 206 ff., 263 ff. S. a. fideiussio, sponsio etc.
- Busse bei crimen publicum I 471.
S. a. Götterzorn, Strafe.
- capere I 42, 274, 373, 554.
- capitis deminutio II 27, 30, 284 f.
- carmen II 393 f., III 34 f., 54.
- castimonium II 132.
- castitas III 65.
- casus s. a. culpa, iniuria.
— casu u. forte I 561, II 91.
- Cato II 137 ff.
- Caudinischer Vertrag II 110 ff., 121, 251 ff., 283.
- causa Curiana II 22, 5 f., 7 f., III 71 f.
— pro suo I 154.
- cautio damni infecti I 282, 285, II 346.
— de rato I 323 ff., 329 ff.
- cessio in iure I 22, 516 et passim.
II 102, 307 ff., 313, 335 ff., 341, 346 f.
- hereditatis II 30, 95, 102, 106 f., 119 ff., 161.
- Cicero I 434 f., 565 f., II 22, 91 f.
— über ius II 75, III 70.
— über röm. Religion II 404, III 51 f., 64 ff.
- civitas, Auflösung I 423.
- coemptio II 97.
- cognitor I 323 ff.
- comitia calata II 32, 90.
— curiata III 20.
- commendatio II 284.
- commodatum I 84 ff., 105 ff., 163 ff., 201, 472.
- condemnare I 445 ff., 511 f. S. a. damnare u. Kondemnation.
- condictio ex causa furtiva I 477 f., II 100 ff., 134, 228.
— indebiti II 100, 226 f.
- condominium pro indiviso II 158.
- confarreatio u. diffarreatio I 423.
- confessio aeris als Bedingung d. Nexus-Stellung I 366 f., 406.
S. a. aes confessum.
- confessio in iure I 51 f., 349 ff., 398 f., 416 f., 423, 426, 431, 436 f., II 254, 382 ff.
- coniunctio II 10 ff., 124, 159.
- consecratio s. Weihung.
- consensus II 55, 60, 71, 75, 76 ff., 80 ff., 84, 171 ff., 190, 176, 183, 213, 345.
- consortium ercto non cito II 129.
- consponsi II 114 f., 255 ff.
- constitutum possessorium I 114 ff.
- consules II 29.
- contagio noxae I 454, II 112, 114, 144, 233, III 46.
- contrarius actus I 144, 421 ff., II 153.
- contumelia I 566.
- conventio II 37 ff., 60 f., 79, 190, 173 ff., 178 ff., 213.
— Bed. d. Absicht II 65.
— iuris gentium II 40 f.
— legitima II 40.
— Zweideutigkeit II 62, 182 f.
S. a. Interpretation.
— u. pactum II 38 ff.
— u. stipulatio II 37 ff.
- corpus II 24, 101. S. a. Korporation, universitas.
— u. ius I 190.
- crimen I 353, 367 f., 434, 459, 464 ff., 474, 491 f., 523, 587, 601. S. a. homicidium, parricidium, perduellio etc.
— Busse bei I 471.
- culpa I 285 ff., 560 ff., 591 f., II 88 ff., 124, 152, 266 ff., III 53. S. a. Schuld.

- (culpa) Bedeutungsentwicklung I 560 ff., II 91.
 — bei Cicero II 91 f.
 — bei Plautus I 561 f., II 90 f.
 — bei Damnationislegat II 98 f., 226.
 — debitoris II 86 ff.
 — moralischer Sinn I 561 f., II 91, 95 ff.
 — ohne moralische Schuld II 93 f.
 — religiöse Bedeutung II 91 ff.
 — Stipulationsculpa u. c. bei bonae-fidei-Kontrakten II 97 f.
 — u. casus II 91, 238.
 — u. dolus II 92 f.
 — u. noxam nocere II 94, 228 ff.
 culpa—noxam II 94, 130, 132, 135, 147, 179, 228 ff., 356. S. a. noxa.
 culpa-Regel II 86 ff., 135 f., 152, 246 ff.
 culpam in se admittere I 561, 233.
 custodia I 168.
 damnare I 430, 434, 436, 443 ff., 483, 496 ff., 502, II 133 f., III 54 f.
 — alqm in abstracto I 449 f., 483, 502 f.
 — alqm alicui X mil. sest. I 443, 496 f.
 — pecuniae I 443, 453.
 — bei crimina publica I 464 ff.
 — (condemnare) bei Plautus I 434, 453 ff., 480.
 — bei Privatdelikten I 471 ff.
 — sakraler Sinn I 502 f.
 — (condemnare), urspr. strafrechtl. Bed. I 445 ff., 452 ff., 496, 497 ff.
 — strafrechtl. Bed. im Privatrechte I 497 ff.
 — u. iudicare I 430 ff., 443 f.
 (damnare) u. liberare I 503.
 damnas I 420, II 132 f., 354 ff.
 — (damnatus) dare I 430, 463 f., 485 f., 493, 495 ff., 500 ff.
 damnatio I 464 ff., 471 ff., 492, 495, 585, 601, III 24. S. a. Kondemnation.
 damnatus I 355, 431 ff., 443 ff., 453, 471, 496 f., II 132, 354 ff.
 — Konstruktion I 497.
 — pecunia I 443, 471, 502.
 — zum Tode verurteilt I 449, 453, 499, II 355.
 — voti s. votum.
 — u. iudicatus I 355 f., 431 ff., 496 f.
 damnum I 420, 475, 477 ff., 492, 502, II 132 f., 355 f. S. a. noxa.
 — decidere I 430, 474 ff., 495 ff., 502 f., 536 f., 540, 595, II 132 f., 234, 355 f.
 — iniuria datum I 282, 464, 471, 476 f., 485 f., 504, 591, II 133, 146, 231, 356, III 74.
 — damno luere I 481, II 355 f.
 — u. iniuria I 585 f.
 daps I 482 f.
 dare II 101 ff.
 datio u. significatio (probatio) II 23 f.
 debere I 428, 535 f., 595, 597 ff.
 — bei Plautus I 597 f.
 — natura I 597 f.
 debitor I 597.
 debitum I 597.
 — naturale II 36 f., 45 f.
 — zwischen dominus u. Sklave II 3, 35.
 decernere I 357.
 dedicatio s. Weihung.
 — u. nuncupatio III 42.
 dediticius II 283.
 deditio I 483 f., 499 f., 553, 559,

- II 251, 253 f., 282 ff., III 13 f.
 S. a. noxae deditio.
- delegare II 92.
- delegatio I 335 ff.
- delictum I 287 f., 600, II 144.
- obj. Kennzeichen II 228 ff., 332.
- religiöses I 288 f., II 189, 262.
 S. a. Sakralrecht.
- demonstratio falsa non nocet II 83, 219.
- dependere I 351.
- depositum I 84 ff., 105 ff., 163 ff., 201, 215, 231 f., II 172.
- desinere I 144, 189.
- despondere II 260.
- animum II 255.
- detentio I 105 ff.
- u. Besitz I 126, 198.
- devotio I 28, 600, II 394, III 26 f., 38, 47 f.
- devovere animum II 255.
- dextra II 149, 155 ff.
- Kraft der II 161 ff.
- porrecta II 155, 161, 168, 273.
 S. a. Handschlag.
- dextram mittere II 155 f.
- di avertentes III 47.
- captivi I 293, III 13 f.
- inferi II 355.
- inferi u. superi III 47 f.
- manes I 30, 500.
- parentes I 500, III 54.
- dicere II 6.
- dictatoria vis III 8, 17.
- dies ater I 30.
- comitiales III 26.
- fasti III 26.
- iusti I 570.
- nefasti I 302.
- religiosus I 30.
- δικαιοσ I 581, II 396 f., III 61 f., 64.
- δικαιοσ I 219 f., 522, 563.
- δικαιοσύνη III 70.
- δικη I 563, III 61 ff., 69.
- Ding s. Tierschuld.
- dissensus u. error II 85, 217, 220.
- Dius Fidius III 52.
- do, dico, addico I 302, 551, 582.
- lego II 86 f.
- ut des I 482 f., III 39.
- dolus I 285 ff., 451 f., 560, 591 f., II 37, 76, 83, 333, 342, 368, III 52 f., 70 f.
- dominium II 24, 102 ff., 129 f., 140 f. S. a. iustus.
- ex iure Quiritium I 77 ff., 407 ff.
- in bonis I 75 f., 181, 407 ff., 571, II 350 f.
- dominus I 180 f.
- domus familia II 137 f., 140 f.
- donatio Syntrophii II 190.
- dotem reddere II 11 f.
- dotis dictio II 5, 41 f., 62 ff., 123, 174, 182 ff., 190, 184 ff.
- ducere, Konstruktion I 443.
- ductio iussu praetoris I 70 ff., 406 ff. S. a. Noxalsklave.
- duo rei promittendi II 123, 136, 208 ff.
- Duplierung I 474.
- edictum de postulando I 416 f.
- Edikt, aedilizisches I 393 f.
- Ehre III 40, 50.
- Eid I 29 f., 457, 467, 562, 567, II 121 f., 179, 172, 395 f. III 45 f., 52 f. S. a. Fetialeid, iurare, iusiurandum, sacramentum u. sponsio.
- des Freigelassenen II 41 f., 62, 147, 174 ff., 189, 268 ff. S. a. obligatio operarum.
- Götter als Zeugen II 165, 172 f. 309.

(Eid) schafft ius I 567 f.
 — völkerrechtl. II 252 f., III 53.
 Eidestreue III 53.
 εἶδος I 241 f., 246, 280.
 Eigentumserwerb I 42 f., 472, II 303 ff.
 — durch einen Sklaven I 70 ff., 96, 340, 407, 411.
 — von res nec mancipi I 426 f.
 Eigentumsrecht I 1 ff., 83 f., 127, 274 ff., 294 ff., 347 f., 410, II 75, 347 ff.
 — bei hereditas II 123 f.
 — bei universitas ex distantibus II 101, 104 f.
 — capere (sumere) als Grund I 42 ff.
 — eingeschränkt I 42 ff., 83 ff., 295 ff., 407 ff.
 Eigentumsübertragung bei naturalis obligatio II 45 f.
 εἰρησιώνη II 277, 281.
 ἐμβάλλω II 156.
 Empedokles I 280.
 emptio venditio hereditatis II 121 ff.
 ἐνέργεια I 243.
 Entelechie I 280.
 ἐπιεικὲς II 396 f.
 Erbe, Begriff v. II 150.
 Erbeinsetzung II 22 f., 346.
 — ex certa re im testamentum militis II 14 ff., 53 ff., 67 f., 179 f.
 — — im zivilen Testament II 14 ff., 55 ff., 179 f., 193.
 — excepta re II 17 f.
 Erbschaft, überschritten im Testament II 47 ff., 157 f.
 — v. Forderungen u. Schulden II 26 f., 31 f., 93 f., 103 f., 121 f., 161, 168.
 ercto non cito II 29, 151 ff.
 Erinnyen I 491 f.

Eroberung, religiöser Sinn III 13 ff.
 error in substantia I 246 f., 250.
 — iuris I 591.
 Erwerb, Kauf als iustissima causa I 157.
 — per universitatem I 104 f.
 Erwerbswille I 145, 164 ff. S. a. possidere (animus possidendi).
 Eviktion I 193, 473, II 129 f., 304 f., 313, 318 ff., 327, 340 ff.
 evocatio II 393 ff., III 14, 34, 50 f.
 exceptio I 7, 306, 308, 340, 345, 529, 545.
 — doli II 9, 52, 54, 60, 16 ff., 52, 225.
 — longi temporis I 161, II 375 ff.
 — pacti conventi II 52, 54, 60.
 — rei iudicatae I 305 ff., 340, 519.
 — vitiosae possessionis I 196.
 Exekution I 400 ff., 415 ff., 436, 514 ff., 525 ff.
 exhereditatio II 27 ff., 52, 94, 144 ff., 166.
 exigere I 351.
 expiatio I 549, II 393, III 34 ff.
 — S. a. piaculum u. Reinigung.
 factum I 189 ff.
 fallere—violare II 166.
 falsa causa II 4, 17 f.
 — demonstratio non nocet II 3 f., 26.
 familia II 108 f., 127 ff., 160.
 S. a. domus.
 — Bedeutungsentwicklung II 134 ff.
 — bei Cato II 137 ff.
 — als corpus II 24 f., 129 f.
 — im dinglichen u. persönl. Sinne II 24 ff.
 — Veräußerung v. II 142.

- (familia) u. pecunia II 93, 122, 127 ff., 132 f., 143.
 — u. res mancipi II 130 f., 139.
 familiae emptio I 391, II 4 f., 8 f., 89 f., 97 ff., 133, 136, 142, 170.
 Familiengötter II 24.
 famulus II 134.
 fas I 30, 318, 423, 468, 483 ff., 539, 544 ff., 557, 560 ff., 580, 592, II 91, 174, III 22, 32 f., 38, 51. S. a. ius.
 — durch d. Gesetz beeinflusst I 567, 582 ff., III 22.
 — est II 389, III 24 ff.
 — non est I 30, III 27 f.
 fastus III 29.
 fatum III 32 f., 63. S. a. Schicksal.
 faustus II 279.
 Feralia III 25 f.
 festuca-vindicta II 309.
 Fetialeid II 91.
 Fetialen I 297. S. a. Caudinischer Vertrag.
 Fideikommiss II 20 ff., 23 f., 32 ff., 189, 50 f., 345 f., III 75.
 Fides II 166 ff.
 fides II 32, 148 ff., 155 ff.
 — als Ding II 156, 167.
 — doppelte Bedeutung II 158.
 — moralische Bedeutung II 169 ff.
 — fide accipere II 158 ff., 168 ff.
 — — rogare II 158 ff., 168 ff.
 — fidei tuae erit II 155.
 — fidem dextra dare II 156.
 fideiussio II 137 f., 142, 148 ff., 41 ff., 264 ff.
 — fide iubere II 148 ff., 157, 169 f.
 fidepromissio II 126, 137.
 — fide promittere II 149, 154 ff., 170 ff.
 fiducia I 45 f., 112, 128, 147, 164, 232, 394 ff., II 170 ff. S. a. Pfand.
 fiduciam contrahere II 170.
 firmus (pro firmato) I 546, III 6.
 -flamen Dialis I 31, II 162, 279 ff., III 27.
 Fluch I 467, II 167, III 53 f.
 foedus I 29, 483, II 90 f., 254, 354, III 45 f.
 — u. sponsio II 110 ff., 251 f.
 foenori datio I 121.
 Forderungsrecht s. obligatio.
 Form I 241 ff., 250, 260 f., 277 ff. S. a. species.
 Formalitäten bei Konsensual- und Realkontrakten II 20 f., 32 ff., 108.
 formula Baetica I 394 f., II 172, 325, 330, 336.
 Formularprozess I 305 ff.
 Freilassung s. manumissio.
 Fremd II 162.
 Friede III 49.
 fundus vectigalis II 178 ff.
 furiosus I 144, 190, 198 f., 289, II 124, 127 f.
 furtum I 471 ff., 492, 536 f., 591, II 133, 144, 355 f. S. a. actio furti u. condictio ex causa furtiva.
 — als crimen publicum I 474.
 — einer res hereditaria II 109.
 — u. noxia I 477 ff.
 Gastfreundschaft II 162, 165.
 Gebundenheit durch religiöse Akte II 121.
 Geisel I 33 f., II 125, 128, 157, 275 ff., 282 ff., 354, 358, 362.
 Generalisierung II 166, 168.
 γένος I 241.
 gentes, Verbrechen zwischen I 483 f., II 132 f.
 genus u. species I 238.

- Gesetz I 538 ff., 542 ff., 582 ff., 612, III 61 ff. S. a. lex, Recht.
 — Kraft des I 574 ff.
 — Reszindierung I 541 f., 546 f.
 Gesetzesimperative I 539 ff., 571 f., 586 ff., 592 ff., 603, 615, II 23, 35, 188. S. a. Imperativ.
 Gesetzgebung, griechische I 563 f.
 — römische I 556 f., 540 ff., II 23, 36 f., 188, III 22, 74.
 — Schranken für I 543 ff., II 36, 349.
 — u. Sakralrecht I 582 ff., III 22, 31.
 Gesetzgebungsakt gültig durch Konsensualvertrag I 290 f., 540, 611, III 22.
 Gesinnung I 590 f., II 91 ff., 332, 391 ff., 405, III 33 ff., 52, 63 ff., 82. S. a. Interpretation u. prudens.
 Gewohnheitsrecht I 547 f. gloria III 40.
 Götter, römische, Charakter I 482 f., II 400 f., III 4 f. S. a. Anthropomorphismus, di, Eid, Hypostasierung, Magiker.
 — Beten zu III 49 ff.
 — Betrug gegen III 55 f.
 — Eigentumsrecht an animae sacrae I 467 f., 601.
 — Essen der III 57.
 — fremde III 13 ff., 32.
 — Hausgötter II 161, 135, 140.
 — Kontraktverhältnis zw. Göttern u. Menschen III 24, 34.
 — Kraft I 30, 292, II 140.
 — kultische Darstellung III 54 ff.
 — Mensch als Vertreter verletzter Götter I 483 ff., 501 f., 561, 585, II 238, 356.
 — Moral II 391 ff., 404, III 52 f., 63.
 — (Götter) Name, s. Tutelargott.
 — Persönlichkeit I 292, II 140, 403, 405, III 49 ff., 54 ff.
 — Pflichten gegen II 388 f., III 24 f., 30, 55, 82 f.
 — Rache der I 291 f. S. a. Götterzorn.
 — Recht der I 550, 601, III 25, 28.
 — Substrat III 40 f.
 — Tutelargott II 395, III 14, 34, 51.
 — Türgötter III 41.
 — vergötterte Menschen III 59 f.
 — vom Volk durch Gesetz beeinflusst I 32, 582 ff.
 — Wille II 278, III 33 ff., 41, 44, 58, 68, 77 ff.
 — u. legis actio I 302 ff.
 — u. Recht I 484, 576, III 61 ff. S. a. ius, Recht.
 — u. Talion I 490 ff.
 Götterbild I 292 ff., II 140, III 42 f., 57 ff.
 Götterzorn I 30, 281 ff., 291 f., 303, 453, 464 ff., 482, 485, 501 f., 522, 544, 552 f., 555, 559, 583, 585, 590 f., 601, II 91, 109, 111 f., 113, 124, 130, 144, 151, 161, 167, 137, 161 f., 238, 355 f., 394, III 17, 24 ff., 27 f., 38, 45 ff., 55, 61, 66, 82. S. a. Unreinheit.
 — bei Privatdelikten I 484 f.
 — Lösung v. durch Busse I 471.
 — — durch Weihung der anima des Verbrechers I 464 ff., III 46.
 — materialisiert I 281 f., 292, 499, 552 f., 555, III 26, 45 ff.
 — völkerrechtl. I 281, 454, 522, 552, 553, 555, III 45 f. S. a. Eid, foedus, Völkerrecht.

- Griechenland
 — Blutrache I 490 f.
 — Blutschuld, Reinigung v. I 466.
 — Einfluss, griechischer I 241 ff., 561 f., 581 f., II 91 f., 238, 396 f., 402, III 35, 53, 59, 60 ff. S. a. Stoa.
 — Königtum I 303.
 — Mordrecht I 279, 289, 465 f., 491 f.
 — Philosophie I 241 ff., 277 ff. S. a. Stoa.
 — Recht III 80.
 — Volksglaube I 279.
- habere licere I 193.
 — possidere uti frui licere I 82, II III, 180, 348, 350.
- Hand III 52.
- Handschlag II 149, 155 ff., 273 ff., III 52. S. a. dextra.
- Hauskultus II 140. S. a. Götter (Hausgötter).
- Heraklit I 280.
- Herd II 24, 161, 168, 140.
- heredis institutio ex certa re s. Erbeinsetzung.
 — loco II 98.
- hereditas II 26 ff., 100 ff., 160 f., 169. S. a. usucapio.
 — Bedeutung II 121 ff.
 — petitio hereditatis II 110, 112 ff.
 — u. possessio I 192, II 110 f.
- heredium II 142 f.
- heres extraneus II 107 f., 167 f.
 — legitimus II 93.
 — necessarius II 109.
 — sui heredes II 25 ff., 188, 96, 130, 135, 143 ff., 152.
 — — als Korporation II 28 f., 150 ff., 155 ff., 160 f.
- heres-Stellung, Erwerb von II 114 ff.
- Herkules III 59 f.
 — u. Mars III 60.
 Ἡρώς II 135.
 Herrschermacht I 604 f., 611.
 ἱερά βέζειν I 303.
 ἱερὴ ζῆ I 303, 558, II 353, III 16.
 ἱερὸν μένος I 303, II 353, III 16.
 ἱερός γάμος III 57.
 ἱκετηρία II 276 f.
 ἱκέτης II 167 f., 275 ff.
- Himmelsgott III 27, 45 f., 53.
 homicidium I 465, 481, II 355. S. a. crimen.
 homo sacer s. sacer.
 ὄσιος I 563.
 ὄβρις I 480, 492, 566, III 64.
 ὄλη I 241 ff., 261.
- Hypostasierung I 293 f., II 166 f., 168, 122, 274, 400 f., III 4, 36 f., 40 f., 44.
- Ideen, bei Plato I 278 ff.
 Identität (Sachidentität) I 236 ff.
 ignorantia bei Besitzerwerb I 101 ff.
 imaginaria solutio per aes et libram I 428, II 362 f.
 immolare I 468, III 39.
 imperare II 36.
 Imperativ I 39 f., II 344 ff. S. a. Gesetzesimperative.
 imperium I 303, II 36, 130, III 4, 12. S. a. iustus.
 — vis imperii III 12 ff., 16, 17, 79.
 impius I 558, III 35, 82.
 impossibilis II 5.
 — condicio II 14, 5, 66, 70 ff. S. a. sponsio.
 imprudens im Sakralrechte I 561. S. a. prudens.
 impurus I 553, 558.
 — bei Plautus I 562.
 indemnatus I 449 f., 483.

- Individualität I 236 ff.
 Individualitätsprinzip bei Aristoteles I 242 f.
 infandum II 165.
 infirmare I 546 f., III 6.
 infula II 276 f., 279.
 iniuria I 285 ff., 472, 486 ff., 558
 — ff., 585 ff., 600, II 91 ff., 112,
 145, 309, III 45, 53. S. a.
 damnum iniuria, Talion.
 — ursprünglicher Sinn I 559 ff.
 — späterer Sinn I 563 ff.
 — bei Plautus I 561 f., 570, 591.
 — i. d. lex Aquilia I 559 f., II
 92 f.
 — iudicis II 323.
 — moralischer Sinn (Plautus) I
 561 f., 570.
 — u. casus II 236.
 — u. culpa I 560, II 93.
 — u. damnum I 585.
 — u. vitium I 282, II 346.
 — bei Vindikation II 494.
 instauratio III 34 f.
 intentio I 21 f., 306.
 interdicta retinendae possessionis
 I 196, 202 f., 212.
 interdictum de precario I 104, 114,
 128 f.
 — quorum bonorum II III f.,
 115 f.
 — Salvianum I 83.
 — unde vi I 87, 106, 196, 213,
 299.
 — uti possidetis I 88 f., 138, 194.
 — utrobi I 128, 139 f., 186, 194.
 Interdiktsschutz, possessorischer
 I 134 f. S. a. possidere.
 Interpretation der Römer II 1 ff.,
 III 71 ff., 81. S. a. Zusammen-
 hang.
 — Interpretationsmethode bei
 Zweideutigkeit II 9, 19, 47 ff.,
 60 ff., 11 ff., 20 ff., 34 ff., 47,
 182 ff., 184 ff. S. a. conventio
 u. stipulatio incerti.
 intestatus pro parte II 16, 67, 170.
 irritus III 10, 29.
 ἰσότης I 563, III 61, 70.
 iubere II 23, 35.
 iudicare I 430 ff., 469, 509 ff.
 — u. adiudicare I 435 f., 442.
 — u. damnare I 430 ff., 443 f.
 — u. litis aestimatio I 440, 509 ff.
 iudicatio I 509 ff.
 — Charakter d. I 528 f.
 — materielles Recht schaffend I
 520 f.
 iudicatum I 311 ff., 317 f., 430 ff.,
 438 ff., 527.
 — facere oportet I 526 ff., 537.
 — iudicati (manum inicere etc.)
 I 438, II 382.
 iudicatus I 355 f., 365 f., 430 ff.,
 445, 450, 496. S. a. damnatus,
 ius, legis actio.
 — bei Cicero I 434 f.
 — bei Livius I 432 f.
 — bei Plautus I 434.
 — debiti I 432 ff., II 379 f.
 — pecuniae I 433, 443.
 — u. addictus I 435 f.
 iudicia divisoria I 317 f., 520,
 533 f., II 155.
 iudicium
 — familiae erciscundae II 58.
 — legitimum u. iud. imperio con-
 tinens I 69, 300 ff., 317 ff., 514,
 539, 578, II 28, 262, 294 ff.
 — — Konsumptionsregeln I 305 ff.
 — recuperatorium I 317 ff., 447,
 454, II 116, 183, 261 f. S. a.
 Rekuperatoren.
 — rescissorium I 319.
 — u. iudicare I 439 ff.
 Jupiter hospitalis II 168.

- (Jupiter) silex III 45 f.
iura I 585 f.
iurare I 567, II 165. S. a. Eid u. iusiurandum.
ius I 12, 542 ff., 552 ff., 558 ff., 568 f., 582, 585, II 390, III 23 ff., 28 ff., 51, 63, 70 ff. S. a. lex. —
— ursprünglicher Sinn I 555 f., 558 ff., 568, 582, II 390.
— späterer Sinn I 563 ff.
— Bedeutungsentwicklung I 558 ff.
— Etymologie I 582, II 390.
— religiöse Bedeutung I 555 f., II 164, III 23 ff.
— als über dem Volke stehend I 543 f., II 36. S. a. Recht.
— Vorhandensein einer mystischen, göttl. Kraft I 552 ff., 558 ff., II 164, 388, III 30 f.
— agnationis I 569.
— belli II 113, 252.
— civile I 569, 571, II 21, III 70, 80.
— — Umdeutung d. röm. Begriffe III 69 ff.
— (non) est I 30, II 164, 388 ff., III 23 ff., 44.
— esto I 542, 570, II 35, 188, 389.
— fasque I 550, 556, 582.
— gentium I 483 f., 498, II 132 f., 144, 153, 262.
— — u. ius civile I 569.
— — u. ius naturae I 564 f.
— in personam I 23.
— in rem I 23.
— magistratisches III 5 ff., 22 f., 67, 77 ff.
— naturae I 79, 564 f., 598, II 34, 236, III 70. S. a. Naturrecht.
(ius) optimum II 349.
— plenum II 74.
— pomerii I 555.
— potestasque I 542, 570, II 389, III 29.
— Quiritium, nudum I 75 ff., 81 f., 295 ff., 348, 374, 407 f., 410 ff., 422, II 75, 74, 347.
— — u. bonitarisches Eigentum I 348 ff., 413 f.
— — sakrale Grundlage I 484.
— ratumque I 542, 570, 611, II 388 f., III 6, 29.
— successionis II 102 ff.
— vitae ac necis s. potestas.
— u. aequitas s. aequitas.
— u. bonorum possessio I 297 ff.
— u. factum (animus u. corpus) im Besitze I 127, 188 ff., 225.
— u. fas I 483 ff., 544 ff., 550 ff., III 28 ff. S. a. ius fasque.
— u. Gesetz I 542 ff., 582 ff.
— u. religio I 555.
— adversus (contra) ius I 550, 560, 571 ff., 579, 586.
— contra ius agere I 560, II 239.
— eo iure esse I 572.
— in iure I 570.
— in ius successio II 102 f.
— in ius vocatio I 505 ff., 570.
— ipso iure I 305.
— iure iudicatus I 543, 570, II 380.
— non iure I 544 f., 560.
— optimo iure, optima lege I 539, 550 f., 572, II 349, III 23, 30 f.
— iuris praecepta I 565, II 239.
— iure rogare s. rogare.
— secundum ius I 560.
— sui iuris I 570, II 26, 30, III 30.

- ius iurare I 494.
 iusiurandum I 567. S. a. Eid.
 iusta, s. iustus.
 iustitia III 65.
 — stoische Auffassung von I 290 f.
 iustus I 554 ff., 568 ff., 577 ff.;
 II 34, III 6 ff., 29 f., 53.
 — ursprünglicher Sinn I 555 f.,
 558 ff., 568 ff., 580 ff.
 — späterer Sinn I 563 ff.
 — (in)iustus I 195, 209, 493, 522,
 546, 551 ff., 558 ff.
 — bei Cicero I 565 f.
 — bei Plautus I 562, 580 ff.
 — moralische Bedeutung I 581 f.

 — iusta facere I 555, 580.
 — — ferre I 556, III 25 f.
 — — solvere I 555 f., 559, 580.
 — iuste pieque legatus I 552, II
 91.
 — bellum iustum s. bellum.
 — iusta causa possidendi I 570,
 580.
 — deditio iusta I 553, 559.
 — dominium iustum I 554.
 — dies iusti I 570.†
 — filius iustus I 568 f.
 — imperium iustum I 551, 559,
 III 8, 18 f.
 — libertas iusta I 551.
 — magistratus iustus I 548, 551,
 559, III 18 f.
 — manumissio iusta, s. manumissio.
 — matrimonium iustum I 568 f.
 — multa iusta I 551, 559.
 — possessio iusta s. possessio.
 — rogator iustus s. rogare.
 — sacramentum (in)iustum I 522,
 567.
 — senatus consultum iustum I
 551, 559.
 — servitus iusta I 569, 581.

 (iustus) suffragium iustum I 569.
 — testamentum iustum I 568.
 — u. legitimus I 578 f.
 — u. purus I 522, 552 ff., 558 ff.,
 II 164, 389, III 29.

 Kaiserkult III 59.
 καθήκον I 291.
 κατόρθωμα I 290 f.
 Keuschheit III 39.
 Knie als Sitz der Vitalität II 168,
 273 f.
 Kodizill II 9, 18, 25, 33.
 Kondemnation s. a. damnatio.
 — bei actio in rem I 23.
 — bei crimen publicum I 464 ff.,
 492, 601.
 — bei Privatdelikten I 471 ff.,
 495.
 — im Falle homo sacer I 469 f.
 — im Stipulationsprozesse II 88.
 Königtum, griechisches I 303.
 — römisches III 13.
 Konsumtion I 300 ff., 519, 529,
 578, II 294 ff.
 — durch d. Kognitor I 323 ff.
 — durch d. procuratorio nomine
 Agierenden I 323 ff.
 Korporation II 160 f. S. a. corpus.
 Korporationsgedanke im Erbrecht
 II 28 ff., 150 ff.
 — Wegfall II 158 ff.
 Kraft, innere im Dinge I 241 f.
 — übernatürliche I 6, 18, 30, 47,
 78 f., 141 ff., 172, 188 ff., 274,
 292, 296, 348, 528 f., 534,
 II 161 ff., 352 ff., 388, 399.
 — — im Altar, Herd etc. II 161 f.
 — — in Dingen III 40 f.
 — — in Personen III 44.
 — — in Zeremonien II 403, III 43.
 Kraftgemeinschaft, übernatürl. II
 162 ff.

- Kraftsubjekt (für Possidierung) I 109.
- Kraftübertragung II 162 f., 273 ff. S. a. Berührung.
- Krieg I 554 f. S. a. bellum, Völkerrecht etc.
- Kriegserklärung I 297, 551, 555 f., 566, 580, II 91, 172, 394 f.
- Kultus v. hypostasierten Eigenschaften I 294, II 166 f:
- Zweck der II 166, III 36 ff., 45 ff.
- Lar familiaris II 135 f. S. a. Götter (Hausgötter).
- Lectisternia III 57.
- legare II 35, 91 f., 165.
- Konstruktion II 86, 92.
- suae rei II 31, 85 ff., 143, 170.
- legatum II 22 f., 31 f., 13 f., 164, III 75 f. S. a. repetitio.
- Erbantritt als Bedingung II 79, 204.
- dotis u. pro dote II 4.
- per damnationem I 258 f., 390, 420, 483, 486, II 31 f., 98 f., 159 f., 168, 226.
- — Accrescenz II 159 f.
- — Novation II 203 ff.
- — strafrechtl. Charakter I 499 ff.
- — urspr. sakraler Charakter I 500 f., II 160. ~
- per praeceptionem II 15 ff., 53 f., 59 ff., 68, 126, 179 f.
- per vindicationem I 42, 66, 250, 259, II 12, 24, 91, 126 f., 159 f., 168.
- — Accrescenz II 159 f.
- legatus II 86, 91.
- legis actio I 510 ff., 539.
- Konsumtionsregeln I 305 ff.
- magische Wirkung I 302 f.
- u. Gesetz I 318, 574.
- (legis actio) u. iudicium legitimum I 300 ff., II 294.
- damni infecti I 282 f.
- de pauperie II 234.
- ex sponsione II 137.
- ex delicto II 133.
- in rem I 295, 494.
- per manus iniunctionem I 75, 349 ff., 400, 427 f., 436, 476, 504. S. a. manus iniectio.
- p. m. i. pura I 505, 589.
- (p. m. i.) iudicati I 349 ff., 397, 418, 431 ff., 438, 442 f., 462, 504 f., II 362 f., 380 ff.
- l. a. (p. m. i.) pro iudicato I 349 ff., 367, 418, 432, 505, 589, II 382.
- per pignoris capionem I 43. S. a. pignus.
- sacramento I 41, 436, 514, 566. S. a. Sakramentalprozess.
- legitimus I 539, 577 ff.
- verba legitima I 551.
- societas legitima II 154.
- † Lemuria III 26.
- Leoniana constitutio II 42, 50, 78, 81, 83, 208 f.
- lex I 32, 304, 539, 574 ff., III 63. S. a. Gesetz, vitium.
- älterer Sinn II 154.
- curiata III 17 ff.
- — u. Triumph III 59.
- fundi II 181 f.
- iubet (vetat) I 540.
- iure rogata s. rogare.
- iusque I 572 ff., II 154.
- bei locatio u. venditio I 394, II 186, 88 f., 314, 327.
- mancipii s. mancipium.
- rogata III 22. S. a. rogare.
- u. fas I 582 ff., III 22, 31, 38.
- u. ius I 576.

- (lex) lege—iure I 558. —
 — lege agere I 574 ff., II 153 f. —
 — optima lege s. ius. —
 — adversus (contra) legem I 560,
 571, 579, 587 ff. —
 — legem dicere suae rei II 88 f.
 — legem figure I 576.
 — leges regiae I 464.
 — legum dictio III 78.
- Acilia repetundarum I 439 ff.
 — Aebutia I 495, II 126.
 — agraria I 46 f., 82, 312, II 348 f.
 — Apuleia II 126, 154.
 — Aquilia I 60 f., 289, 485, 559 ff.,
 II 92, 231 f., 238, 356.
 — Cicereia II 209.
 — Cincia I 161, II 375 ff.
 — Col. gen. III 31.
 — Falcidia I 42, II 16, 58 ff., 63 ff.,
 67, 85, 165.
 — Fufia Caninia I 178, II 165.
 — Furia de sponsu I 351 f., II
 125 f., 136, 154.
 — Iulia I 309 ff.
 — Iulia mun. I 417.
 — Iunia I 77 f., II 21, 34.
 — Iunia Vellaea II 145 f.
 — Lucerina I 354, 589.
 — Malacitana I 46 f.
 — Marcia I 352 f.
 — metalli Vipascensis I 43.
 — Papiria de sacramentis I 538.
 — Plaetoria I 455 ff.
 — Poetelia I 359, 362, 367, 381,
 384, 406, 414, II 359.
 — Publilia I 351, 428, II 119 ff.,
 124 f.
 — Quinctia I 318.
 — Rubria I 319, 350, 355, 363,
 417 f., 431 f., 506, II 232.
 — Silia de pond. I 459, 587 f.
 — Spoletina I 584, 591 f., III 38.
- (lex) Ursonensis I 367, 506, II 382,
 384.
 libertas d. Latinus Iunianus I 77 ff.,
 II 21. S. a. manumissio.
 — ex iure Qu. I 77 ff., II 34.
 litem alicui addicere, secundum
 aliquem dare I 524.
 litis aestimatio I 69, 439 ff., 444 f.,
 450, 495 ff., 509 ff.
 — contestatio I 69, 309 ff., 510 ff.,
 II 294 ff.
 Litiscrescenz I 504 ff.
 Livius I 432 f., II 91.
 locatio s. Besitzvermittlung.
 λόγος I 577.
 Los II 30, 150 f., 158.
 Lupercalia II 281, III 39, 41.
 lustratio II 279, 281, 405 f., III
 38 f., 43 f., 49. S. a. Reinigung.
- Macht s. Kraft.
 mactare III 36, 40, 50.
 mactatio III 39.
 macte esto III 36 ff., 40.
 mactus II 327, III 36 ff., 40.
 Magie I 35 ff., 302 f., 516 ff., 525,
 539, 576 f., 599 ff., II 37, 166,
 278 f., 313, 399, 403, III 34,
 55 f., 80 f. S. a. Berührung,
 Symbol, Wort.
 — juridische u. religiöse I 601.
 — u. Religion III 68 f.
 Magiker u. Gottheit III 58.
 magister III 11.
 Magistrat, Rechtsprechung der I
 357.
 magistratus s. a. ius, iustus, vitio
 creatus.
 — magistratu se abdicare III 5, 8.
 — vis magistratus II 353.
 mala fides I 145 ff., 451 f., 463,
 II 268, 332, 341.
 — superveniens I 146 ff., II 364 ff.

- Mana II 353, III 16, 40, 57.
 manceps I 378.
 mancipare I 387.
 mancipatio I 22, 26, 33, 35 ff.,
 274, 372 ff., 426 f., 472 f., 516,
 554, II 88, 102 f., 129, 172 f.,
 181 f., 301 ff., 342 f.
 — bei familiae emptio II 97.
 — fiducia causa I 394 ff., II 170.
 — Manzipationsformel I 36 ff.,
 516, II 301 ff., 308 ff., 343 ff.
 S. a. aio.
 mancipium I 26, 33, 35 ff., 372 ff.,
 554.
 — mancipio accipere I 376, 554,
 II 309 f.
 — mancipio dare I 369 ff., 376 f.
 384, 390 f., 427.
 — in mancipio (in manu) esse
 I 372 ff., 407 ff., 554.
 — lex mancipii I 377, 391 ff.,
 394 ff., II 186, 88, 181 ff.,
 314 ff., 328.
 mandatum I 91 ff., 327 ff.
 manum depellere II 362 f.
 manumissio I 39 f., 77 ff., 177 f.,
 184, 239, 340, 407 ff., II 21.
 S. a. libertas.
 — inter amicos II 21, 34, 36.
 — iusta ac legitima I 551, 559, II
 34, 37, 345.
 — testamento I 39 f., II 22 f.,
 31 f., 127, 164.
 — voluntate domini II 345.
 manus iniectio II 362 f., 380 ff.
 S. a. legis actio.
 Mars III 43, 60.
 materia I 241, 243 ff., 246 ff.,
 260 f., 277.
 matrimonium II 132.
 me a te solvo liberoque I 419 ff.,
 538.
 membrum ruptum I 486 ff.
- Memoria II 274.
 Menschenopfer I 465 f.
 meo nomine tenere I 104.
 Miete s. Besitzvermittlung.
 Misericordia II 273 f.
 μοιρα III 62 f.
 mola salsa I 468, III 39.
 mora II 13, 90, 96, 99 f., 102 f.,
 106, 223 ff., 239 ff., 250, 265,
 272.
 Moral als Grundlage d. Rechts-
 ordnung II 75, III 70.
 — römische III 81.
 Mord s. crimen, homicidium, parri-
 cidium u. Griechenland (Mord-
 recht).
 — Schuldübertragung I 466, 481.
 mors litis I 309 ff.
 mos I 318.
 multam dico I 551.
 Mündel, Kauf von I 225 ff. S. a.
 tutela.
 mutuuum II 57 ff., 210 ff.
 — s. t. a. II 139, 34 ff.
 *Mysterien III 60, 64.
 Mystik I 109, 113, 127, 129, 136,
 141 ff., 222, 348, 375, 602,
 605, II 103, 278, 399. S. a.
 Kraft.
 naturaliter tenere I 196.
 Naturrecht I 79, 541, 563, 611,
 — III 21 f. S. a. ius naturae.
 nectere I 25 ff., 32, 369 ff., 381 f.,
 II 352 ff., 359.
 — Zwangsnectere I 369 ff., 397,
 400, 406, 419, II 352 ff., 382.
 nefas I 29 f., II 355. S. a. fas.
 Nemesis I 600, II 274.
 nemo ipse sibi causam possessio-
 nis mutare potest I 162 ff., II
 371, 373.
 nexum I 25 ff., 369 ff., 372 ff.,

- 389 ff., 425, 601, II 97, 306 f., 311, 359.
- (nexum) nexi datio, liberatio I 25.
- facere I 372, 379.
- inire I 369, 385 ff.
- se dare I 369 ff., 384 ff.
- Nexumakt als Schuld begründend I 389 ff.
- nexus I 26 ff., 350 ff., 369 ff., 383, 388, II 359 f., 364, 382 f.
- Bedeutung bei den Historikern I 364 ff.
- Gewalt des Gläubigers über I 411 ff.
- u. Talion I 488.
- Nexusstellung als Rechtsfolge d. primären Obligation I 400.
- als Sklavenstellung des reus I 350 ff.
- confessio aeris als Bedingung I 366.
- Konstituierung von I 370 ff.
- verglichen m. der in mancipio u. in potestate I 406 ff.
- u. Schuldkontrakt I 361 f.
- Nexus-Zwang I 362 f.
- ni-Konstruktion bei Provokation I 455 ff., 461 f.
- nihil debere II 35. S. a. debitum.
- νόμι I 217 ff.
- νόμος II 92, 397, III 61 f., 69.
- non posse I 544.
- nos I 178 ff.
- novatio I 320, 336 f., 423 f., II 68 ff., 101 ff., 140 ff., 148, 194, 199 ff., 240 ff., 294.
- quasinovatio II 67, 194 f., 213.
- animus novandi II 68, 74, 199 ff.
- lege, voluntate novare II 73 f.
- noxia I 53, 367, II 91, III 45 f., 53. S. a. contagio.
- (noxia) relig. Verbrechen I 479, 561, II 111, 228 ff.
- sequitur caput I 54 f., 63, 284, 414, II 232 f.
- noxa solutus I 67, II 229, 232 f.
- u. culpa I 561, II 91, 283. S. a. culpa.
- u. damnum II 230.
- u. iniuria I 479, 561, III 45 f.
- u. noxia I 284 ff., 478 ff., 561, 615, II 231 ff.
- — juristische u. nichtjuristische Bedeutung II 231.
- noxae dedere II 231 ff.
- noxae deditio I 48 ff., 63 ff., 284, 410, 414, 429 f., 477, 484, 613 f., II 132 f., 231 ff., 282 f.
- — völkerrechtl. I 53, 285, 483 f., II 112, 114, 116, 132 f., 233, 237, 282 ff., III 46.
- in noxam dedere I 615.
- noxam nocere I 480, II 94, 111, 233 f.
- — sarcire I 479 f.,* 615.
- noxis praestari II 229.
- Noxalsklave I 48 ff., 67 ff., 406, 414, 614.
- ductio des I 70 ff., 406 ff.
- Obligation des I 429.
- noxia II 134.
- noxiam nocere I 477, 480, II 133, 144, 231, 233.
- — sarcire I 479 f., II 231 f., 234 f.
- u. culpa I 561.
- u. furtum I 477 ff.
- nuncupatio I 377, 389 ff., 472 f., II 4 f., 8 f., 170 f., 186, 19, 29 ff., 89 f., 181 ff., 314 ff., 328 ff., III 75. S. a. testamentum.
- des Preises I 472 f.

- (nuncupatio) u. dedicatio **III** 42.
 — u. dictatio **II** 19.
 — u. sponsio **I** 393 f., **II** 82.
- obligare **I** 27 ff., 371 f., 379 ff.,
II 352 ff.
 — metaphorische Bedeutung **II**
 356, 360.
 — res obligata, soluta **I** 28, 46 f.,
 419.
 — obligari actione **II** 358.
 — — iure naturali **II** 40.
- obligatio **I** 3 ff., 21 ff., 29, 33,
 347 f., 419 ff., 428 f., 503 f.,
III 24.
 — metaphorische Bedeutung **II**
 356.
 — Aktualisierung **I** 495, 509 ff.,
 528 ff., 534.
 — allgem. Natur **I** 509 ff.
 — alternative u. fakultative **I** 64 f.
 — Entstehung im älteren röm.
 Rechte **I** 394 f., 398.
 — Erblichkeit **II** 144 f., 294 ff.
 — Forderungsrecht u. dingl. Recht
I 21 ff., 596.
 — Lösung **I** 419 ff., 537 f.
 — Terminologie **II** 354 ff.
 — Verbindung religiöser und Zi-
 vilrechtlicher Obligation **I** 474
 ff., 483 ff., **II** 132, 134 f., 145
 ff., 154, 174 ff., 186.
- auctoritatis **II** 313 ff., 340 ff.
 — bonae fidei **II** 171 ff.
 — civilis **II** 35.
 — civilis, naturalis **I** 200.
 — Damnasobligation **I** 420 f., 503
 ff., 595, **II** 188.
 — — sakrale **I** 421. —
 — ex contractu **I** 67, **II** 147, 153.
 — ex delicto **I** 67, 423 ff., 501 f.,
II 115, 147.
- (obligatio) des fil. fam. **II** 115.
 — Judikatsobligation **I** 69, 397,
 420 ff., 503 ff., 595, **II** 200 ff.
 — obligationes iuris gentium **II**
 35.
 — Legatsobligation **I** 423 ff., 501 f.,
II 1 ff.
 — naturalis **I** 7, 200, 597, **II** 34 ff.
 — operarum **II** 174 ff., 284 ff.
 — perpetuatio obligationis s. culpa-
 Regel.
 — Realobligation **II** 41, 56.
 — religiöse auf Grund eines Ver-
 sprechens **II** 130 f.
 — eines Sklaven **I** 67 ff., 76 f.,
 429.
 — Stipulationsobligation durch
 promissio **II** 153 ff.
 — — durch sponsio **II** 107 ff.
 — Verbalobligation **II** 1, 37 ff.
 — durch votum **I** 498, **II** 354 f.
 — u. nudum ius Qu. **I** 347 f.,
 422.
- obsequium **II** 174, 178, 292.
 obsignatio tabularum **II** 29 ff.
 occupatio **I** 70 f., 233 f.
 Oktoberspiele **III** 39 f.
 omen accipio **III** 79.
 operae officiales **II** 286 ff.
 Opfer **III** 38 ff., 49 f. S. a. sponsio.
 — Reinheit **I** 465 f.
 — u. Prekation **III** 38.
 Opfertier als göttl. Lebenskraft
 tragend **III** 39.
 — Beschaffenheit **III** 39.
- oportet **I** 7, 428, 476, 489 f., 531 ff.,
 540 ff., 571 f., 592 ff., **II** 239.
 358. S. a. damnum decidere
 u. iudicatum facere.
 — als rechtliche Pflicht **I** 538 f.
 — adiudicari **I** 533 f.
 — condemnari **I** 528 f., 533 f.,
 594.

- (oportet) dare facere praestare I 489, 537 f.
 — u. debere I 535 f.
 Optionsrecht des Legatars II 21 f.
 οὐσια I 243, 244, 246, 260 f.
- pactum I 415 f., 421, 475 ff., 486, 488 f., II 38, 60 f. S. a. Talion.
 — conventum III 38, 55 f., 69.
 — de non petendo II 52 f.
 — bei stipulatio II 60 f.
 — mit zivilrechtl. Kraft II 40, 55, 61.
 — u. conventio II 38.
 palam recte pronuntiantio I 393 f.
 parentare III 25.
 Parilia III 39, 41 f.
 parricidium I 464 ff., 469 f., 583, 587, 600 f., II 355, 391, III 35, 47. S. a. crimen, homicidium. —
 pater familias II 25, 144, 129 f., 136, 140. S. a. potestas.
 patres (patricii) II 136.
 patrimonium II 132, 142, 168 f.
 Patronatsverhältnis II 174 f.
 pauperies s. actio de pauperie u. Tierschuld.
 peculium II 131.
 — castrense II 15.
 pecunia II 24, 127 ff., 143.
 — adventicia II 80 ff.
 perduellio I 549, 587, III 47. S. a. crimen.
 Peripatetiker I 246.
 — u. Stoiker I 259 ff.
 periurus I 567, II 165.
 perpetuare II 247 f.
 Pfand I 27, 29, 42 ff., 109 ff., 223 f., 231 ff., 249, 275 f. S. a. fiducia, pignus.
 Pflicht I 6 ff., 428 f., 526 f., 586 ff., 590, 593, 595 f., 598, III 4, 83. S. a. Götter.
 φθόνος III 64.
 piaculum I 561, 592, II 91, 238, III 37 f. S. a. expiatio, Reini-gung, Sühnung.
 piare III 25 f., 69.
 pietas III 53 f., 65 f., 69.
 pignus s. a. Pfand, legis actio.
 — als causa für wirkliche possessio I 201.
 — da I 461.
 — luere I 44, 535 f., 594 f.
 — pignori accipere, dare I 223 f.
 — pignoris capio I 42 ff., 535.
 — — possessio I 214 f.
 πίστις II 158.
 pius III 53, 69.
 Plato I 278 ff.
 Plautus I 434, 453 ff., 480, 561 f., 570, 579 ff., 591, 597 f., II 90 f., 131 f., 404, III 53 f.
 πνεῦμα I 242 f., 260 f.
 poena, Lösegeld für Talion I 486 f.
 ποινή I 490 ff.
 polluere iura deorum III 28.
 pomerium I 555.
 pontifices I 302, II 27, 32, 37, 164 f., 312 f.
 — als religionis iudices I 550, 583.
 pontifikale Religion III 60 ff., 64 ff., 82.
 populus tenetur I 541.
 portentum II 279, III 47.
 possessio I 261, 294, II 387. S. a. Besitz.
 — innere Macht I 188 ff., 201, 230, 274, 294 f.
 — Justinianisches System I 208 ff.
 — Kraftsubjekt I 109.
 — civilis I 135, 199 ff., 270 f., 274.

- (possessio) eines zusammengesetzten Dinges I 261 ff.
 — in possessione I 84 ff.
 — iure civili ex iniusta causa I 203.
 — iuris I 298 f.
 — iusta, iniusta, vitiosa I 45, 72, 191 ff., 208 ff., 234 ff., 274, 282, 291, 548, 569, III 7.
 — missio in possessionem I 137 ff., 173, 201.
 — naturalis (corporalis) I 105 ff., 137, 143, 194 ff., 208 ff., 274.
 — naturalis u. civilis bei Iustinianus I 208 ff., 215 f., 270 f.
 — — zur klass. Zeit I 194 ff.
 — pro alieno I 223 f.
 — pro donato II 364.
 — pro herede II III ff., 365 f.
 — pro possessore I 198, 206 f., 213 f., 224 ff., II III ff.
 — von Akzessionen I 269 ff.
 — von res mobiles I 264 f.
 — von universitas II III.
 — u. ius III 7.
 — u. ususfructus I 137 ff., 141, 173, 229, 413, II III f.
 possessor b. f., noxale Gebundenheit I 54 ff.
 possidere animo I 85, 90, 109 ff., 141 ff., 172, 221 ff., 236 ff., 274 ff., 278, 294 f.
 — animus possidendi I 221 ff., 277 f.
 — — u. possidere animo I 198, 278.
 — causa possidendi I 145 ff., 151, 162 ff., 201, 266, 275 f. S. a. iustus.
 — clam possidere I 145 ff., 191 ff., 208 ff. S. a. (iniusta) possessio.
 — corpore possidere I 85, 90, 105 ff., 126, 135, 141 ff., 172, 188 ff.
 — pro emptore I 225 ff.
 (possidere) u. Interdiktsschutz I 107, 186. S. a. Interdiktsschutz.
 postliminium I 554, III 13.
 potestas I 54 ff., 74 f., 373 f., 407 f., 412, II 25 f., 166 ff. S. a. pater familias.
 — der Auspizien III 10 f.
 — des magistratus III 9 ff., 23.
 — in potestate esse I 373 ff., 407 ff.
 — pupilli u. tutoris I III.
 praecipere I 42.
 praedes u. praedia I 46, II 357 f.
 praedia rustica I 27.
 — stipendiaria I 81 f., II 180.
 praeiudicium I 456 ff.
 praes I 46 f., II 128 ff., 361.
 praescriptio longi temporis I 158 ff., II 375 ff.
 praestare II 267 f., 317.
 praetor I 134, 200, 203, 339, 455, II 9, 76, III 70, 81.
 — Macht über zivile Aktionen I 123, 317 ff., 345.
 Präjudikat I 518.
 precarium I 45, 110 ff., 127 ff., 173 ff., 192 ff., 201, 203, 209 f., 213 ff., 223 ff., 235 ff., 274, 614.
 Preis s. nuncupatio.
 Prekation II 311, III 38, 54.
 — instrumentaler Ablativ bei II 160, III 38.
 — u. Opfer III 38.
 primitive Vorstellungsweise I 34.
 Privatdelikte I 471 ff.
 privilegium III 23.
 probatio II 23 f., 185.
 probitas III 66.
 probus III 66.
 Prokulianer u. Sabinianer I 167 ff., 244 ff., 513.
 Prokurator I 90 ff., 323 ff.
 — u. Vormund I 124.

- promissio II 138, 149, 153 ff., 275 ff., 354. S. a. Versprechen.
 — relig. Bedeutung II 95, 153 ff.
 — sine t. a. II 139, 37 f.
 — zivilrechtl. Kraft II 95, 169.
 promittere II 154 ff., 189.
 Pronuntiatio I 440, 510 ff., 595.
 — rechtserzeugend I 517 f., 595.
 — Wahrheitsgehalt I 515 f. S. a. Wahrheit.
 Provokation I 460 ff., II 121, 158 f.
 proximus adgnatus II 30, 94.
 Prozessverfahren z. Z. d. Ulpianus u. Paulus I 61 f.
 prudens u. imprudens I 561, II 91, 238. S. a. Gesinnung.
 ψυχῆ I 217 f.
 Pupillarsubstitution II 56 f., 69 ff., 170.
 puteal III 48.
 Pyanepsia II 277.

 quadruplatio I 367, 439.

 Rache I 291.
 — Recht auf I 490 f.
 Ratifizierung II 301 f.
 Ratihibition I 120, 123, 130, 133, 323 ff.
 ratio civilis, naturalis I 200.
 ratus II 389, III 10, 29. S. a. firmus, ius.
 Recht, göttlich I 545. S. a. Götter.
 — materielles u. Urteil I 525 f.
 — potentielles I 47.
 — römische Idee von I 611.
 — subjektives I 199.
 — übernatürl. Kraft I 6, 35, 126 f., 534.
 — ungeschriebenes I 318, 539, 557, 574, 586, II 92. S. a. ius.
 — Wille (Staatswille) I 6 f., 12 ff., 604, III 3.
 (Recht) u. Billigkeit III 69 f.
 — u. faktische Gewalt I 5 f., 199.
 — u. Moral III 4 f.
 — u. staatlicher Schutz I 2 f., 526 f., 603.
 Rechtsauffassung, moderne I 602.
 Rechtsbildung, primitive I 12.
 Rechtsordnung I 490.
 Rechtspflicht I 6 ff.
 recuperatio I 304, 454, 484, II 262.
 Regulus II 112.
 Reinheit I 562, III 65.
 Reinigung I 281, III 25 f., 34 ff., 37 ff., 46 ff., 53. S. a. expiatio, Götterzorn, lustratio, piaculum, Unreinheit.
 Rekuperatoren I 304. S. a. iudicium recuperatorium.
 religio I 30, 32, 483, 555, II 135, 161, 273 f.
 — est I 30, II 161, 355, 389, III 27 f.
 — religione damnatus I 467 f., 483, 498 f., 502, II 355, III 47.
 — — liberatus II 28.
 — — obligatus I 28, 32, 294, 468, 549 f., III 28.
 — — se exsolvere (liberare) I 421, 483, 498 f., II 355, 362.
 — — solutus I 28.
 — — teneri I 28.
 Religiosität, römische II 402 ff.
 religiosus I 30 f.
 repetitio legati II 70 f.
 replicatio II 72.
 res familiaris II 140.
 — iudicata I 510 ff.
 — mancipi u. nec mancipi I 79, 377, 426.
 — profanae I 28.
 — religiosae I 30.

- (res) rem reddere II 132, 262.
 — repetere I 454, 483, 553, 559, 580, II 91, 317, III 53.
 — sacra I 28, 31, III 28.
 reus iudicatus I 432, 435 f., II 379 f.
 Richter I 313, 509 ff., 527, 534, II 177.
 rogare (non) iure I 543 ff., 551, 580, III 5 f.
 — (non) iustus rogator I 551, 580.
 — lex iure rogata I 318, 580, III 22.
 sacer I 31, 283 f., 292, 453, 465 ff., 469 f., 492, 583, 601, II 174, III 22.
 — sacra, Erbe von II 27, 32, 94, 164 f.
 — Sazertät ohne Verurteilung I 469 f.
 — Unterschied zw. homo sacer u. a. Kapitalverbrechern I 468.
 Sachenrecht I 21 ff., 596.
 sacra s. sacer.
 Sacramentum s. a. Eid.
 — (in)iustum I 522, 567.
 — prozessuales I 567. S. a. Sakramentalprozess.
 Sakralrecht, I 500 f., 561, II 282, 402, III 67. S. a. delictum, Gesetzgebung.
 Sakramentalprozess I 305 f., 448 f., 459, 461, 521 ff.
 Salii III 43, 60.
 Sanktion I 587 ff.
 satisfactio secundum mancipium II 129 f., 330 f.
 Schadenersatz I 477 ff., II 87 f., 98, 232, 245 ff., 262 f.
 Schatz, versteckter I 102.
 Schicksal III 61 ff. S. a. fatūm.
 Schicksalsgemeinschaft II 162.
 Schuld I 288 f., 560 f., 591. S. a. culpa.
 — Entstehung bei nexum I 389 ff.
 — religiöse II 112, 114.
 Schuldgeständnis, Rechtsfolgen I 350 ff. S. a. confessio.
 Schuldprozess I 517.
 Schuldübernahme II 71, 212, 246.
 Schutzfliehende II 167 f., 273 ff.
 scientia als Possessionsbedingung I 101 ff., 277 f.
 Seele s. Animismus, animus, Begriff.
 Selbstverpfändung II 128.
 Senat als Richter in staatsrechtl. Dingen I 549 f.
 senatus consultum de pago Montano I 43, 589.
 — Macedonianum II 115.
 — Trebellianum I 342, II 54 f., 60.
 sequimur (quod actum est) II 43 f., 49, 78, 181, 186 f., 199 ff., 214. S. a. agere.
 servitus s. iustus.
 servus fugitivus, Besitz am I 177 ff., 197, 233, 276, 340.
 — servi loco I 410.
 — servire ohne servum esse I 77, 407, 412 f.
 simulata pro veris II 109 f., 252, III 20, 55 f.
 Singularsukzession II 102 f., 169.
 Sklave s. a. Besitz-, Eigentumserwerb, obligatio, potestas, servus, sponsio.
 — als Ding betrachtet I 67, 108.
 — Freilassung s. manumissio.
 — mancipium I 373 f.
 — Rechtserwerb durch I 96.
 — Rechtsfähigkeit I 107 ff.
 Sklavendelikt s. Noxalklave.
 Sklavenmanzipation II 129.

- Sklavenstellung des Debitor s. servus (servire).
 — des Diebes I 481, 484.
 — des nexus I 350 ff., 388.
 Sklaverei I 564.
 societas ercto non cito II 151 ff.
 — omnium bonorum I 124.
 soluti repetitio II 42 f.
 — retentio II 40, 44, 46.
 solutio per aes et libram I 28, 423, 426 ff., II 99.
 solvere II 362 f.
 — Titii nomine II 123, 207 f.
 — u. dependere I 428.
 Sophisten I 563.
 species I 141, 143, 236 ff., 277 ff., 347, 410, II 80, 218.
 — Bedeutungsentwicklung I 241 ff.
 — certa species I 238.
 — u. materia I 241, 243 ff.
 — u. spiritus I 238 ff., 243.
 Specieskauf II 79 f., 215 ff.
 σπένδειν II 108 f.
 Spezifikation I 240, 244 ff.
 spiritus I 237 ff., 243.
 spondere II 107 ff., 151 f., 189.
 — Bedeutungsentwicklung II 108 ff.
 — pro alio II 143, 152.
 — Reduplikation II 255.
 sponsalia II 64, 114 ff., 127 f., 135, 152, 182 ff., 255 ff.
 — relig. Charakter II 115 ff., 255, 261 f.
 sponsio I 391, 447 f., 449, 458 ff., II 40 f., 107 ff., 151 f., 263 ff.
 — Eid II 109, 252 f.
 — Opfer II 109 f., 151, 252.
 — peregrinische II 139 ff.
 — Präjudizialsponsion I 458 f., 460.
 — pro alio II 143, 152.
 — relig. Kraft II 64 f., 95, 107 ff.
 — scherzhafte II 64.
 (sponsio) Sklavenspondierung II 139 ff.
 — tutoris auctoritas II 139.
 — unmöglicher Handlung II 152.
 S. a. impossibilis condicio.
 — völkerrechtl. II 94, 110 ff., 125, 152, 233, 251 ff.
 — ohne zivilrechtl. Kraft II 119 ff.
 — u. adstipulatio II 143 ff.
 — u. fideiussio II 264 ff.
 — sponsione provocare I 460.
 Sponsionsschuld, Lösung I 427 f.
 sponsor, desponsor II 114, 125, 255 f., 260 f.
 sponsores (völkerrechtl.) II 110 ff.
 sponsus (sponsa) II 114 f., 255 ff., 258, 261.
 — sponsa-pacta II 184, 259.
 —, -ūs II 125 ff., 154, 256, 258.
 Staat I 12 ff., 47, 603 ff.
 — röm. Idee v. I 611.
 — als Willenseinheit I 604.
 Staatswille als Träger des Rechts I 14 ff., 604.
 stipulatio I 64 ff., 193, 391, 394, 460, II 37 ff., 64 ff., 86 ff., 107 ff., 153 ff., 170 ff., 182, 190, 313 ff., 335 ff., 341 f.
 — Bed. d. gemeins. Absicht II 54 ff., 64 ff.
 — Entstehung u. Untergang d. Stipulationsobligation II 53 f., 60.
 — Hauptstipulation u. bedingte pönale Stip. II 65 ff., 187 ff., 270 f.
 — Ursprung I 393 f., II 82.
 — zivilrechtl. Gültigkeit II 122.
 — u. conventio II 37 ff., 57, 60 f., 178 ff., 186.
 — u. Eidesobligation II 176 ff., 285 ff.
 — u. Konsensualvertrag II 78.

- (stipulatio) u. pactum **II** 70 f.
 — u. sponsio **II** 257 f.
- Aquiliana **II** 187 f., 202 f.
 — emptae et venditae hereditatis **II** 50 f.
 — habere licere **II** 303 f.
 — incerti **II** 84, 87, 191, 215 f., 223. S. a. Interpretation.
 — iudicatum solvi **II** 200 ff., 213.
 — bei mancipium **II** 328 ff.
 — pro alio **II** 122, 137 ff., 143, 145, 147.
 — Willenserklärung **II** 77 f., 344.
 Stipulationsculpa **II** 86 ff., 239 ff.
 Stoa **I** 238, 241 ff., 245 ff., 259 ff., 278, 280, 286, 290 f., 522, 541, 545, 563 ff., 569, 611, **II** 75 f., 236, **III** 51, 70. S. a. Griechenland.
- Strafe **I** 560.
 — u. Sühnung **I** 587 ff.
 Strafrecht, römisches **I** 287 ff., 590. S. a. crimen.
- sua res **II** 85, 131 f., 162.
 — bei Plautus **II** 131 f.
 Subjektswechsel **I** 345 f.
 substantia **I** 244, 246 ff., 254, 258.
 successor u. antecessor **I** 158 f.
 Sühnung **I** 465 f., 590 ff. S. a. piaculum u. Strafe.
- sumere **I** 42.
 summum ius summa iniuria **III** 71.
 suovetaurilia **II** 279, 281, **III** 38 f.
 superficies **I** 89, 216, 262, 265, 267, 269.
 supplices s. Schutzflehende.
 Symbol (mag. Effekt) **II** 166, 313, 402 f., **III** 55 f.
- Tabu **I** 32, **II** 161, 274.
 tacita pactio **II** 45, 52 f., 57.
- Talion **I** 486 ff., 494, 558, 566, 585, 600 f., **II** 145.
 — Exekution **I** 488.
 — Lösegeld für **I** 487 f., 490 ff., 601.
 — Lösung v. durch pactum **I** 476.
 — u. iniuria **I** 493, 585.
 templum **I** 551.
 Terminus **III** 41.
 testamentum **II** 1 ff., 1 ff.
 — Aufhebung **II** 52.
 — iure factum **I** 568.
 — Komitialtestament **I** 500, **II** 90, 99, 162, 171 ff.
 — militis **II** 14 ff., 20 f., 34, 37, 189, 52 ff., 179, 345.
 — Nunkupationstestament **II** 19, 29 ff.
 — ohne Nunkupation **II** 6, 31 f.
 — per aes et libram **II** 89 f., 172.
 — religiöser Charakter **I** 500.
 — ruptio testamenti **II** 28, 143 ff.
 — Testamentierfreiheit, Beschränkung aus sakralen Gründen **II** 164 f.
 — Testamentsrecht, ältestes **II** 84 ff.
 — — Veränderung durch d. Zwölftafelgesetz **II** 87, 163 ff.
 — Testator als Gesetzgeber **II** 21 ff., 33, 35, 188, 163, 173.
 testari deos **II** 172.
 testes rogati **II** 171 ff., 308.
 testimonium **II** 128, 132, 171 ff.
 Thales **I** 280.
 θεμεις **I** 563.
 theologia civilis u. physica **I** 541, **III** 64.
 Thargelia **II** 277.
 Tibullus **II** 404 ff.
 Tierschuld s. a. pauperies, actio de pauperie.
 — in Griechenland **I** 279, 287 ff.

- (Tierschuld) in Rom I 281 ff., 499, 615, II 228 ff.
- Todesstrafe, sakrale Bedeutung I 464 ff.
- Tote II 140, III 26, 46.
— Rache der I 279, 465, III 35.
- Tötung, (un)freiwillige III 35.
— vom Verbrecher I 292, 469 f.
S. a. sacer.
- traditio I 96 f., II 311, 313 f., 334 ff., 341, 368 ff.
— brevi manu I 97, 136 f., 162.
τραπεζία II 163.
- Treue III 21.
- tripudiare III 43.
- triumphus III 43, 58 f.
- tutela I 115 ff., 124, 225 ff., 333, II 23, 26, 31, 124 ff., 162 f.
— u. patria potestas II 130, 166 f.
- übernatürlich—natürlich III 68.
S. a. Kraft.
- unitas (rei) I 238.
- universitas II 101 ff. S. a. corpus.
- Unmögliche Bedingung s. impossibilis condicio.
- Unreinheit I 483 ff., 561 ff., 581, 585, II 91, 109, 116, 121, 124, 130, 151 f., 164 f., 189, 238, 274, 355, 391, III 26 ff., 35, 45 ff., 53, 82. S. a. Götterzorn, expiatio etc.
— innere I 561 f., 581, II 91, III 65, 82.
- Ursache I 279 f., 291 f.
- Urteil u. Recht I 525 f.
- usucapio I 70 ff., 101 ff., 106, 110 f., 113, 128 f., 135, 145 ff., 219, 223, 232 f., 570, 580, II 304 ff., 364 ff.
— von Akzessionen I 269 ff.
- (usucapio) v. ipsa hereditas II 100 ff., 120, 123, 161.
— pro herede I 70, 72, 147, II 100 ff., 157, 365 f.
— Justinianische I 159 ff.
— des servus fugitivus I 177 ff., 233.
— eines zusammengesetzten Dinges I 261 ff.
- usus, Bedeutung im Zwölftafelgesetz I 413.
- ususfructus I 106 f., 137 ff., 173, 197, 201, 202, 248 f., 412 f. II 348. S. a. possessio.
- uxor I 375 f.
- vadimonium II 128, 132.
- vas II 128 ff.
- ve I 477, II 124.
- venerari II 403 ff., III 40.
- ver sacrum I 465 f.
- verba civilia II 22 ff., 33 f., 75 f., 107 f., 151, 188.
— contraria II 50, 144.
- Verbrechen s. crimen, Schuld.
- verecundia II 174 f., 178, 292.
- Verkauf, Irrtum bei II 80, 215 ff.
- Verlobungsrecht II 109. S. a. sponsalia.
- Versöhnung III 49.
- Versprechen, griech. Sprachgebrauch II 155 f. S. a. promissio.
- Verurteilen v. toten Dingen u. Tieren s. Tierschuld.
- Verzeihung II 91.
- Vesta III 41.
- vinculum I 29 f., II 354, 356.
- vindex I 505 ff., II 362 f.
- vindicare III 17.
- vindicatio I 40, 75, 191, II 103, 308 ff., III 17.
— hereditatis II 106, 123.
- vindicta II 309.

- Vindikationsprozess I 517 f., II 309, 340 ff., 348.
 vir bonus I 11.
 vis I 555, 559, II 37, 76, III 17.
 S. a. imperium, magistratus.
 — vim facere I 507 f.
 vitium I 195, 548. S. a. possessio.
 — vitio creatus I 282, 302, 548 f., II 386 f., III 5 ff.
 — lex vitio lata I 548 f., III 5 f.
 — u. iniuria I 282, II 346.
 — u. mala fides I 548.
 Vitiosität I 282 f.
 vitta II 277 f.
 Volcanus III 48.
 volens propitius III 37, 44.
 Völkerrecht I 53, 281, 483 f., 550 ff., 559, 602, II 94, 109 ff., 116, 91, III 46. S. a. bellum, Eid, foedus, Götterzorn, iniuria, (noxae) deditio, res repetere, sponsio usw.
 — u. Zivilrecht I 554.
 Volkstribunen, Sazertät I 552, 567 f.
 Vormund(schaft) s. tutela.
 Votivformeln III 35.
 votum II 121 f., 362, 393 f., III 35, 49, 52, 54.
 — voti damnatus I 463, 480, 483, 498 f., 502 f., 601 f., II 355, 362, 394, III 24, 55.
 — voti reus I 498, II 355.
 — solvere I 421.
 Wahrheit im Prozesse I 513, 523, 567. S. a. Pronuntiation.
 Weib, Erbrecht II 148.
 Weihung I 31, 35 f., 292, 294, II 277 ff., 312, III 38, 42 f.
 weisse Farbe II 166, 277.
 Wille I 6 f., 12 ff., 38 ff., 278 f., 291 f., 603 ff., II 343 ff.
 — bei Testament II 1 ff., 18 ff., 33 ff., 188 f., 1 ff., 47 ff., 52, 144 ff., 345, III 75 f. (I 291), 83 f.
 — des Volkes bei Gesetzgebung I 540 ff.
 Willenserklärungen und Imperative I 39 f., II 343 f.
 Willensrichtung (Stoa) II 236.
 Wort, Bestimmte Bedeutung iure civili II 10, 20, 8.
 — Kraft d. I 539 f., 576, 593 f., 611 f., II 151, 312 f., III 34 f. S. a. Magie.
 Wortgebundenheit II 1 ff. u. passim.
 Wucher I 352 f.
 Würde I 563.
 Xenophon I 581.
 Zeremonie II 403, III 43.
 — als Ding betrachtet III 43 f.
 Zeus III 61.
 — Hikesios II 168, 276.
 — Xenios II 168.
 zivilrechtl. u. prozessualer Gesichtspunkt verwechselt II 43 f., 173 ff., 214.
 Zusammenhang, Berücksichtigung in der interpretatio II 10, 19, 47 ff.
 Zweck I 278 f., 291 f.
 Zwecksobjekt II 25, 94, 96, 130, 156, 161.
 Zweideutigkeit s. conventio u. Interpretationsmethode.
 Zwölftafelfragmente, Sprachgebrauch II 149.

BERICHTIGUNGEN

I. Fehlzitate.

Fehlzitat	Richtigstellung	Seite	Fehlzitat	Richtigstellung	Seite
Codex Justinianus			Basiliken-Scholien		
6, 37, 2	6, 37, 23, 2	II 12	9 zu 60, 17	9 zu 60,	
6, 37, 2 a	6, 37, 23, 2 a	II 12		12, 17	I 180
42, 16, 1	6, 42, 16, 1	II 51	12 zu 16,	12 zu 60,	
8, 41, 8	8, 41, 8 pr	II 72	17, 7	17, 7	I 218
Digesta Justiniani			Pseudo-Asconius		
4, 12	4, 2, 1	I 120	in Verrem		
9, 4, 2	9, 4, 2, 1	I 479	11, 1, 142	2, 1, 54, 142	II 358
10, 3, 7	10, 3, 7, 4	I 210		(p 196)	
26, 2	26, 2, 1	II 24	Cicero		
41, 3, 43, 6	41, 2, 8	I 189	II. Orationes		
41, 3, 43, 6	41, 3, 44, 6	I 144	pro Caecina		
14, 3, 13 pr	41, 3, 13 pr	I 223	39, 94	32, 94	I 141
41, 3, 43, 6	41, 3, 44, 6	I 144	34, 99	34, 98	I 53
44, 26, 6, 3	43, 26, 6, 3	I 132	Plinius maior		
2, 11, 3	44, 2, 11, 3	I 511	historia naturalis		
44, 73 pr	44, 7, 3 pr	I 29	18, 2, 10	18, 3, 10	I 29
45, 1, 40, 1	45, 1, 41 pr	II 181	Probus Valerius		
46, 7	46, 7 tit	I 438	de litteris sing fragm		
45, 2, 48, 5	47, 2, 48, 5	I 149	3, 13	3, 14	I 544
50, 17, 3	50, 17, 34	II 181	3, 23	3, 24	I 477
Lex XII tabularum			Valerius Maximus		
XII 2 a 1	XII 2 a	I 479	28, 2	2, 8, 2	I 524
Pauli sententiae			Varro		
2, 31, 77	2, 31, 7	II 115	de lingua latina		
Basiliken			1. 1. 6. 69	6, 69	II 128
9, 3	9, 3, 6	I 63	de re rustica		
12, 1	12, 1, 69	II 190	10, 5	2, 10, 5	I 67
50, 1	50, 1, 36	I 100			
50, 2	50, 2, 33	I 95			
50, 3	50, 3, 31	I 110			

2. Sonstige Berichtigungen.

- S. 27 Z. 2 v. u. steht: hinterlasst, lies: hinterlässt.
S. 28 Z. 21 v. o. steht: in der Beilage, lies: in der Beilage 5 S. 143 ff.
S. 81 Z. 14 v. o. steht: quia, liess: quoniam.
S. 81 Z. 2 v. u. steht: quia, liess: quoniam.
S. 88 Z. 16 v. o. steht: über die Novationsfrage später, lies: über die Novationsfrage unten S. 104 und in der Beilage 15.
S. 114 Z. 1 v. o. steht: enge, lies: eine.
S. 114 Z. 12 v. o. steht: be, lies: bei.
S. 116 Z. 24 v. o. steht: *indicium*, lies: *iudicium*.
S. 116 Z. 3 v. u. steht: Bürger, lies: Bürgen.
S. 133 Z. 2 v. u. steht: bedeutet, lies: bedeutet hat.
S. 169 Z. 4 v. u. steht: (Wenn, lies: Wenn.
S. 178 Z. 13 v. o. steht: die mit der Freilassung, lies: sein mit der Freilassung.
S. 184, die Fussnote steht: S. 19 ff. liess S. 259 ff.
S. 238 Z. 15 v. o. steht: S. 37, liess S. 236.
S. 364 Z. 1 v. o. steht: MAIER, liess MARIER.
S. 394 Z. 7. v. o. steht: S. 241, liess S. 421.

BEZEICHNUNGEN FÜR ANGEFÜHRTE ZEITSCHRIFTEN
ODER SAMMELWERKE.

Arch. giur. = Archivio giuridico.

B. D. I. R. = Bullettino dell'istituto di diritto Romano.

Ih. Jb. = Iherings Jahrbücher des bürgerlichen Rechts.

N. R. H. = Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger.

R. G. D. = Revue générale du droit.

R. H. D. = Revue Historique du Droit.

Riv. It. = Rivista Italiana per le scienze giurid.

Sav. Z. = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.

Thes. l. l. = Thesaurus linguae latinae.

V. I. R. = Vocabularium iurisprudentiae Romanae.

Daremberg-Saglio = Daremberg-Saglio, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines.

Pauly-Wissowa = Pauly's Realencyclopaedie der klassischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung herausgeg. von Wissowa seit 1894.

Ernout et Meillet = Ernout et Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue latine.

Forcellini = Forcellini, Lex. totius latinitatis.

Heumann-Seckel = Heumann, Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts. 9:e veränderte Aufl. besorgt von E. Seckel.

Walde, Et. Lex. = Walde, Lat. etymologisches Wörterb.

Lenel, Ed.² (Ed.³) = Lenel, Edictum perpetuum 2. Aufl. (3. Aufl.).

Lenel, Pal. = Lenel, Palingenesia iuris romani.

KUNGL. HUMANISTISKA VETENSKAPS-SAMFUNDET I UPPSALA

I kommission hos Almqvist & Wiksells Boktryckeri-A.-B. i *Uppsala* och Otto Harrassowitz i *Leipzig*:

Skrifter utg. av Kungl. Humanistiska Vetenskaps-Samfundet i Uppsala.

Band 1. 1890—1892. Utsålt.

1. ERDMANN, A., Über die Heimat und den Namen der Angeln. — Pris 2 kr.
2. PIEHL, Om betydelsen af termen kanon och lämpligheten af dess användning inom den egyptiska konstens historia. — o: 65.
3. ERDMANN, A., Die Grundbedeutung und Etymologie der Wörter Kleid und Filz im Germanischen, nebst einem Exkurse. — 1: 10.
4. BURMAN, E. O., Die Transscendentalphilosophie Fichte's und Schelling's dargestellt und erläutert. — Utsåld.
5. NORDWALL, J. E., Om svenska riksrådets utveckling mot centralisation under Gustaf II Adolf. — Utsåld.

Band 2. 1892—1894. Utsålt.

1. GÖDEL, V., Katalog öfver Upsala universitets biblioteks fornisländska och fornorska handskrifter. — Utsåld.
2. NYLANDER, K. U., Inledning till Psaltaren. — Utsåld.
3. ALMKVIST, H., Mechilta Bo Pesachtraktaten med textkritiska noter, parallellställen ur Talmud och Midrasch samt inledning och glossar. — 4: 50.
4. DANIELSSON, O. A., De voce ΑΙΖΗΣ quæstio etymologica. — o: 75.
5. PERSSON, P., Nyare undersökningar på den Plautinska prosodiens område. — Utsåld.

Band 3. 1892—1900. Utsålt.

1. STAVE, E., Om källorna till 1526 års öfversättning af Nya Testamentet. — 3: 50.
2. ALMKVIST, H., Ein türkisches Dragoman-Diplom aus dem vorigen Jahrhundert, in Faksimile herausgegeben und übersetzt. — o: 60.
3. BURMAN, E. O., Om Schleiermachers kritik af Kants och Fichtes sedeläror. — 4: 25.
4. PERSSON, P., De origine ac vi primigenia gerundii et gerundivi latini. — Utsåld.
5. WADSTEIN, E., Der Umlaut von **a** bei nicht synkopiertem **u** im Altnorwegischen. — o: 80.
6. LUNDSTRÖM, V., Ein Columella-Excerptor aus dem 15. Jahrhundert. — o: 40.

Band 4. 1895—1901. Pris 10 kr.

1. KJELLÉN, R., Riksrättsinstitutets utbildning i Sveriges historia. — 2: 75.
2. STAVE, E., Om källorna till 1541 års öfversättning af Nya Testamentet. — 3 kr.
3. WAHLUND, C., Die altfranzösische Prosaübersetzung von Brendans Meerfahrt, nach der Pariser Hdschr. Nat.-Bibl. fr. 1553 von neuem mit Einleitung, lat. und altfrz. Parallel-Texten, Anmerkungen und Glossar herausgegeben. — 7 kr.

Band 5. Festschrift tillegnad H. M. Konung Oscar II. 1897. Pris 10 kr.

1. SAHLIN, C. Y., Om den etiska seden. — 0: 60.
2. ALMKVIST, H., Ein samaritanischer Brief an König Oscar, in Faksimile herausgegeben und übersetzt. Mit einer Schrifttafel von J. Euting. — 0: 75.
3. NOREEN, A., Svenska etymologier. — Utsåld.
4. TAMM, F., Om avledningsändelser hos svenska substantiv, deras historia ock nutida förekomst. — Utsåld.
5. SUNDÉN, J. M., De tribunicia potestato a L. Sulla imminuta quaestiones. — 0: 75.
6. LANDTMANSON, I. S., Träldomens sista skede i Sverige. Ett kapitel ur vår äldre rätts historia. — 0: 75.
7. JOHANSSON, K. F., Bidrag till Rigvedas tolkning. — 0: 75.
8. WAHLUND, C., La belle Dame sans mercy. En fransk dikt. — 1 kr.
9. EDFELDT, H., Om bevisen för Guds verklighet. — 0: 40.
10. PIEHL, K., Quelques petites inscriptions provenant du temple d'Horus à Edfou. — 0: 50.
11. RIBBING, S., Prof. Chr. Jac. Boströms Föreläsningar i etiken, efter det muntliga föredraget upptecknade och redigerade. — Utsåld.
12. PERSSON, P., Om ett nyligen upptäckt fragment af en romersk kommunal-lag. — 0: 75.
13. v. SCHÉELE, F., Finnes det ett omedvetet sjäslif? — 0: 60.
14. GEIJER, P. A., Historisk öfverblick af latinets *qui* och *qualis* fortsatta som relativpronomina i de romanska språken. — 0: 60.
15. HJÄRNE, H., Svensk-ryska förhandlingar 1564—72. Erik XIV:s ryska förbundsplaner. — 2 kr.
16. DANIELSSON, O. A., Zur metrischen Dehnung im älteren griechischen Epos. — 1: 25.

Band 6. 1897—1900. Pris 10 kr.

1. LIDÉN, E., Studien zur altindischen und vergleichenden Sprachgeschichte. — 1: 75.
2. LUNDSTRÖM, V., Prolegomena in Eunapii uitas philosophorum et sophistarum. — 0: 75.
3. WADSTEIN, E., Runinskriften på Forsaringen. Vårt älsta lagstadgande. — 0: 50.
4. HALLENDORFF, C., Konung Augusts politik åren 1700—01. — 2: 25.
5. AHLENIUS, K., Till kännedomen om Skandinaviens geografi och kartografi under 1500-talets senare hälft. — 2: 25.
6. EKLUND, J. Å., Nirvåna. En religionshistorisk undersökning. — 3 kr.
7. WADSTEIN, E., The Clermont Runic Casket. With five plates. — 1: 50.
8. TAMM, F., Om avledningsändelser hos svenska adjektiv, deras historia ock nutida förekomst. — Utsåld.
9. TAMM, F., Om ändelser hos adverb ock arkaiskt bildade prepositionsuttryck i svenskan. — Utsåld.

Band 7. 1901—1902. Pris 10 kr.

1. TAMM, F., Sammansatta ord i nutida svenskan undersökta med hänsyn till bildning av förleder. — 2: 50.
2. V. FRIESEN, O., Till den nordiska språkhistorien. Bidrag [1]. — 1: 25.
3. PIPPING, H., Om runinskrifterna på de nyfunna Ardre-stenarna. — 1: 75.
4. TAMM, F., Granskning av svenska ord. Etymologiska ock formhistoriska studier. — 0: 65.
5. VARENIUS, O., Räfsten med Karl XI:s förmyndarstyrelse. 1. Dechargens gifvande och återkallande. — 3 kr.
6. HELLQUIST, E., Studier i 1600-talets svenska. — Utsåld.

Band 8. 1902—1904. Pris 10 kr.

1. SAMUELSSON, J., Ad Apollonium Rhodium adversaria. — 0: 75.
2. EDÉN, N., Den svenska centralregeringens utveckling till kollegial organisation i början af sjuttonde århundradet (1602—1634). — 5: 75.
3. MEYER, E. A., Englische Lautdauer. Eine experimentalphonetische Untersuchung. — Utsåld.
4. AHLENIUS, K., En kinesisk världskarta från 17:de århundradet. — 1 kr.
5. VARENIUS, O., Räfsten med Karl XI:s förmyndarstyrelse. 2. Den undersökande kommissionen af år 1675. — 2: 50.
6. SUNDSTRÖM, R. och LITTMANN, E., En sång på Tigrē-språket upptecknad, öfversatt och förklarad av R. S. Utgifven och öfversatt till tyska af E. L. — 0: 90.

Band 9. 1904—1906. Pris 10 kr.

1. COLLIJN, I., Drei neu aufgefundene niederdeutsche Einblattkalender des 15. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Geschichte des Lübecker Buchdrucks. — 0: 90.
2. VARENIUS, O., Beskattning och statsreglering i England. — 3: 25.
3. V. FRIESEN, O., Vår äldsta handskrift på fornsvenska. — Utsåld.
4. HAHR, A., Konst och konstnärer vid Magnus Gabriel De la Gardies hof. Bidrag till den svenska konsthistorien. — Utsåld.
5. SJÖGREN, H., Zum Gebrauch des Futurums im Altlateinischen. — 4 kr.
6. V. FRIESEN, O., Till den nordiska språkhistorien. Bidrag 2. — 0: 75.

Band 10: 1—2. 1912. Pris 27 kr.

- PERSSON, P., Beiträge zur indogermanischen Wortforschung. T. 1—2. — 27 kr.

Band 11. 1906—1911. Pris 10 kr.

1. LAGERCRANTZ, O., Elementum. Eine lexikologische Studie. 1. — 2: 50.
2. STAAFF, E., Etude sur les pronoms abrégés en ancien espagnol. — 2: 50.
3. COLLIJN, I. och STAAFF, E., Evangelios e Epistolas con sus exposiciones en romance. — 9 kr.
4. ZETTERSTÉEN, K. V., Den nubiska språkforskningens historia. — 0: 50.

Band 12. 1907—1909. Pris 10 kr.

1. PETRINI, E., Psykologiska dogmer. — 2: 75.
2. HAHR, A., Studier i Johan III:s renässans. 1. Arkitektfamiljen Pahr. — 4: 50.
3. HÄGERSTRÖM, A., Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. 1. Die Realität. — Utsåld.

4. LÖFSTEDT, E., Spätlateinische Studien. — Utsåld.
5. GABRIELSON, A., Le sermon de Guischart de Beaulieu. Édition critique de tous les manuscrits connus avec introduction. — 2:75.

Band 13. 1910—1912. Pris 10 kr.

1. DANIELSSON, O. A., Zu den venetischen und lepontischen Inschriften. — 0:75.
2. HAHR, A., Studier i Johan III:s renässans. 2. Villem Boy. Bildhuggaren och byggmästaren. — 3:50.
3. COLLIJN, I., Neue Bruchstücke der Nibelungen Handschrift L. — 1:75.
4. NACHMANSON, E., Beiträge zur Kenntnis der altgriechischen Volkssprache. — 1:15.
5. SCHAGERSTRÖM, A., Upplandslagens crdskatt. — 1:50.
6. RUDBERG, G., Zum sogenannten zehnten Buche der aristotelischen Tiergeschichte. — 3:75.

Band 14. 1911—1913. Pris 12 kr.

1. ENGSTRÖMER, TH., Vittnesbeviset. Reglerna för dess värdering i svensk ordinär process. — Utsåld.
2. HESSELMAN, B., Västnordiska studier. 1. — 2 kr.
3. WIESELGREN, O., »Yppighets nytta». — 1:25.
4. WIKANDER, H., Bidrag till läran om arbetsbetsaftalet enligt svensk rätt. — 5:50.

Band 15. 1913. Pris 12 kr.

1. HAHR, A., Studier i nordisk renässanskonst. 1. — 3:60.
2. HESSELMAN, B., Västnordiska studier. 2. — 1:60.
3. WITTRÖCK, G., Karl XI:s förmyndares finanspolitik 1661—67. — 10 kr.

Band 16. 1914. Pris 12 kr.

- PHALÉN, A., Zur Bestimmung des Begriffs des Psychischen. — 12 kr.

Band 17. 1915—1917. Pris 12 kr.

1. WETTER, GILLIS P:SON, Phōs (φῶς). Eine Untersuchung über hellenistische Frömmigkeit; zugleich ein Beitrag zum Verständnis des Manichäismus. — Utsåld.
2. REXIUS, GUNNAR, Det svenska tvåkammerssystemets tillkomst och karaktär. — 7 kr.
3. RUDBERG, GUNNAR, Neutestamentlicher Text und Nomina sacra. — 1:75.
4. REUTERSKIÖLD, C. A., Kyrkolag och borgerlig lag. — 0:75.

Band 18. 1915—1917. Pris 14 kr.

1. REXIUS, GUNNAR, Studier rörande striden om finansmakten under Karl XIV Johan. — 3:25.
2. HAHR, A., Studier i nordisk renässanskonst. 2. — 5 kr.
3. KLINGBERG, GUSTAF, Christopher Jacob Boströms föreläsningar i etik vårterminen 1861. — 2:50.
4. CHARPENTIER, JARL, Die verbalen *r*-Endungen der indogermanischen Sprachen. — 3:25.
5. BRUSEWITZ, AXEL, Studier öfver 1809 års författningskris. Den idépolitiska motsättningen. — 3 kr.

Band 19. 1917. Pris 14 kr.

1. WITTRÖCK, G., Karl XI:s förmyndares finanspolitik 1668—72. — 10 kr.
2. HÄGERSTRÖM, AXEL, Till frågan om den objektiva rättens begrepp. I. Viljeteorien. — Utsåld.
3. Richard Rolle's *Meditatio de passione Domini*. According to MS. Uppsala C. 494, ed. with introd. a. notes by HARALD LINDKVIST. — 2: 50.

Band 20. 1917—1919. Pris 30 kr.

1. JOHANSSON, K. F., Über die altindische Göttin Dhiṣāṇā und verwandtes. — 9 kr.
2. DANIELSSON, O. A., Zu den lydischen Inschriften. — 1: 50.
3. RUDBERG, G., Forschungen zu Poseidonios. — 15 kr.
4. PETRINI, E., Psykologiska analyser. — 8 kr.

Band 21. 1918—1922. Pris 30 kr.

1. ALMQUIST, HELGE, Holstein-Gottorp, Sverige och den nordiska ligan i den politiska krisen 1713—1714. — 20 kr.
2. LAGERCRANTZ, OTTO, Euripides Hippolytus. — 4 kr.
3. WADSTEIN, ELIS, Friesische Lehnwörter im Nordischen. — 1 kr.
4. PHALÉN, ADOLF, Ueber die Relativität der Raum- und Zeitbestimmungen. — 8 kr.

Band 22. 1922—1927. Pris 20 kr.

1. EKBLOM, R., Zur Physiologie der Akzentuation langer Silben im Slavo-Baltischen. — 2 kr.
2. NOREEN, ERIK, Studier rörande Eufemiavisorna. I. Textkritiska anmärkningar till Flores och Blanzaflo. — 2 kr.
3. HAGENDAHL, HARALD, Die Perfektformen auf *-ere* und *-erunt*. Ein Beitrag zur Technik der spätleinischen Kunstprosa. — 1: 50.
4. EKBLOM, R., Der Wechsel (*ǰ*)*e* ~ *o* im Slavischen. — 1: 75.
5. V. FRIESEN, OTTO, Om det svaga preteritum i germanska språk. — 1: 75.
6. ZACHRISSON, R. E., The English pronunciation at Shakespeare's time as taught by William Bullokar. — Utsåld.
7. NOREEN, ERIK, Studier rörande Eufemiavisorna. II. Bidrag till Hertig Fredriks textkritik. — 1: 75.
8. KALLSTENIUS, GOTTFRID, Jonas Rugmans samling av isländska talesätt. — 3: 50.

Band 23. 1927. Pris 20 kr.

- HÄGERSTRÖM, AXEL, Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung. [I.] — Utsåld.

Band 24. Festschrift tillägnad Uppsala universitet. 1927. Pris 23 kr.

1. RIUTERSKIÖLD, C. A., Den svenska förvaltningsrättens system. — 1: 75.
2. HAMMER, BERTIL, Humanistisk psykologi. — 0: 75.
3. JOHANSSON, K. F., Skt. *nivāti* 'windstill(e). — 0: 50.
4. PERSSON, P., Kritisch-exegetische Bemerkungen zu den kleinen Schriften des Tacitus. — 3: 50.
5. KJELLBERG, L., Studien zu den antiken Dacheindeckungen. — 0: 50.
6. TEÖRNELL, G., Ad Scriptorum Historiae Augustae et Ammianum Marcellinum adnotationes. — 0: 50.
7. SJÖGREN, H., Ad Ciceronis Epistulas ad Atticum adnotationes. — 0: 75.

8. HARR, AUGUST, Skandinaviska adelsborgar från senare medeltid och nyare tidens början. Forna förbindelser mellan svenskt och danskt. — 2: 25.
9. EKBLOM, R., Zur Entwicklung der Liquidaverbindungen im Slavischen. 1. — 1: 50.
10. V. FRIESEN, OTTO, Om läsningen av Codices gotici Ambrosiani. — 0: 75.
11. SAMUELSSON, JOHAN, Ad Valerium Flaccum. — 0: 50.
12. ZACHRISSON, R. E., Romans, Kelts, and Saxons in Ancient Britain. An investigation into the two dark centuries (400—600) of English history. — Utsåld.
13. WITTRÖCK, GEORG, Gustaf Adolfs krigföring i Tyskland efter striderna vid Nürnberg 1632. — 0: 75.
14. WADSTEIN, ELIS, On the origin of the English. — 1: 25.
15. STAAFF, E., Sur une lauda de Jacopone da Todi (Quando t'alegri, homo de altura). — 1 kr.
16. WIKLUND, K. B., Lappische Studien I—III. — 2: 50.
17. HESSELMAN, BENGT, Språkformen i MB I eller Fem Mose Böcker på svenska, tolkade och utlagde vid medlet av 1300-talet. — 1: 50.
18. WESTMAN, KARL GUSTAF, Häradsnämnd och häradsrätt under 1600-talet och början av 1700-talet. En studie med särskild hänsyn till uppländska domböcker. — 1: 50.

Band 25. 1928—1929. Pris 22 kr.

1. TEGEN, EINAR, Viljandet i dess förhållande till jaget och aktiviteten. — 18 kr.
2. KALLSTENIUS, GOTTFRID, Efterskörd till Jonas Rugmans samling av isländska talesätt. — 2: 25.
3. DANIELSSON, O. A., Etruskische Inschriften in handschriftlicher Überlieferung. — 3: 50.
4. EKBLOM, R., Zur Entwicklung der Liquidaverbindungen im Slavischen. 2. — 1: 25.

Band 26. 1929—1931. Pris 22 kr.

På femtioårsdagen av Jacob Westins död. — 1: 50.

Högtidssammankomsten den 13 okt. 1930. (Innehåller bl. a. GRAPE, ANDERS, Om Jacob Westin och hans samlingar.) — 1: 50.

1. NOREEN, ERIK, Studier rörande Eufemiavisorna. 3. Textkritiska studier över Herr Ivan. — 3 kr.
2. EKBLOM, R., Zur Entstehung und Entwicklung der slavo-baltischen und der nordischen Akzentarten. — 2 kr.
3. HELLSTRÖM, CARL, Om förhållandet mellan utvecklingsläran och etiken i Herbert Spencers syntetiska filosofi. En studie över den naturalistiska utvecklingsteoriens etiska konsekvenser. — 9: 50.
4. WAHLGREN, ERNST, G., Un problème de phonétique romane. La développement $d > r$. — 8 kr.

Band 27. 1931—1932. Pris 20 kr.

1. STAAFF, ERIK, Le Laudario de Pise du ms. 8521 de la Bibliothèque de l' Arsenal de Paris. Étude linguistique. I. — 11 kr.
2. OXENSTIERNA, GUNNAR, Om betingelserna för det analytiska konsekvensbegreppets upprätthållande. — 7 kr.
3. LJUNGVIK, HERMAN, Beiträge zur Syntax der spätgriechischen Volkssprache. — 4 kr.

Band 28. 1932—1934. Pris 18 kr.

1. COLLINDER, BJÖRN, Die urgermanischen lehnwörter im finnischen. [I.] — 9 kr.
2. THÖRNELL, G., Studia Luciferiana. — 1: 50.

3. PIRAK, ANTA, En nomad och hans liv. Upptecknat och översatt av H. GRUNDSTRÖM. Med förord av K. B. WIKLUND. — 5 kr.
4. OXENSTIERNA, G., Psykologiska och logiska moment i Kants förnufts kritik. — 3: 50.

Band 29. 1934—1938. Pris 20 kr.

1. HAHR, AUGUST, Uppsala Universitets porträtt- och tavelssamling. Beskrivande katalog jämte kort förteckning över konstssamlingens skulpturer. — 10 kr.
2. GREN, ERIK, Der Münzfund von Viminacium. Vorläufiger Bericht. — 2: 50.
3. CHARIPENTIER, JARL, The Indian Travels of Apollonius of Tyana. — 2: 50.
4. LUTH, OLOF, Nogle stycker aff thenn frije konst astronomia (Cod. Holm. D 77) med inledning utgiven av HENRIK SANDBLAD. — 4 kr.
5. EKBLÖM, R., Die Palatalisierung von *K, G, CH* im Slavischen. — 1: 50.
6. EKMAN, ERIK, Der reine Nominalsatz bei Xenophon. — 1: 50.

Band 30. 1936—1937. Pris 20 kr.

1. LOMBARD, ALF, L'infinif de narration dans les langues romanes. Étude de syntaxe historique. — 10 kr.
2. MARC-WOGAU, KONRAD, Inhalt und Umfang des Begriffs. Beitrag zur Theorie des Begriffs. — 6: 50.
3. VALENTIN, HUGO, Fredrik den store inför eftervärlden. En historiografisk studie. — 6 kr.

Band 31. 1938—1939. Pris 22 kr.

1. HOLMER, NILS M., Studies on Argyllshire Gaelic. — 7 kr.
2. PIRAK, ANTA, Jåhttee saamee viessoom. Upptecknat och försett med inledning av H. GRUNDSTRÖM samt fonetiskt upptecknat språkprov av B. COLLINDER. — 7 kr.
3. GRUNDSTRÖM, H., Lapsk-svensk-tysk ordbok till ANTA PIRAK, Jåhttee saamee viessoom. — 10 kr.

Band 32. 1938—1940. Pris 18 kr.

1. VARENIUS, OTTO, Carl Johan och Danmark 1814. — 12 kr.
2. BJÖRCK, GUDMUND., HN ΔΙΔΑΣΚΩΝ. Die periphrastischen Konstruktionen im Griechischen. — 6 kr.

Band 33. 1939. Pris 18 kr.

WITTRÖCK, G., Österrike-Ungern i Bosniska krisen 1908—1909.

Band 34. 1940—

1. HAHR, AUGUST, Drottning Katarina Jagellonica och Vasarenässansen. — 7: 50.
2. KALÉN, TURE, Selbständige Finalsätze und imperativische Infinitive im Griechischen. I. — 6 kr.
3. COLLINDER, BJÖRN, Die urgermanischen lehnwörter im finnischen. II. Supplement und wortindex. — 3 kr.

Band 35. 1941. Pris 30 kr.

HÄGERSTRÖM, AXEL, Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung. II. Über die Verbalobligation.

**Monografier utg. av Kungl. Humanistiska Vetenskaps-Samfundet
i Uppsala.**

- I. Türkische Urkunden herausgegeben und übersetzt von A. N. KURAT und
K. V. ZETTERSTÉEN. 15 kr.

BYGDÉN, L., Förteckning å tryckta och otryckta källor till landskapet Up-
lands och Stockholms stads historiskt-topografiska beskrifning, förnämligast
hämtade ur Westinska samlingarne i Uppsala universitets bibliotek. 1892.
Pris 3 kr. (Utsäld.)

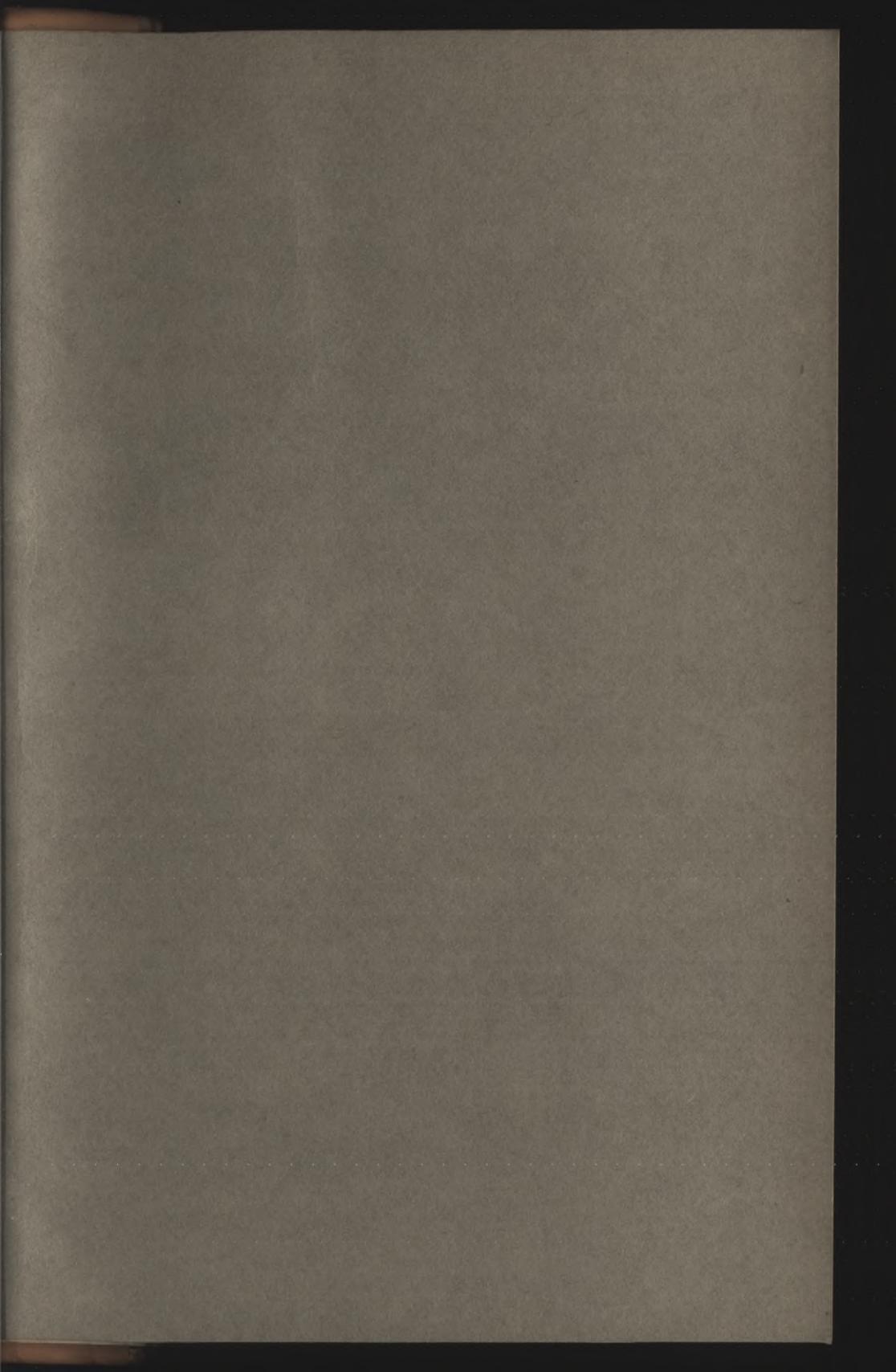
**Uppländska domböcker utg. av Kungl. Humanistiska Vetenskaps-
Samfundet i Uppsala.**

- I. Vendels sockens dombok 1615—1645, utgiven genom NILS EDLING. 1925.
Pris 10 kr.
II. Upplands lagmansdombok 1578—79, utgiven genom NILS EDLING. 1929.
Pris 6 kr.
III. Uppländska konungsdomar från Vasatiden intill Svea Hovrätts inrättande,
utgivna genom NILS EDLING. 1933. Pris 6 kr.
IV. Lagläsaren Per Larssons Dombok 1638, utgiven genom NILS EDLING.
1937. Pris 7 kr.
V. Uppländska häradsrättsdomböcker från 1500-talet, utgivna genom NILS
EDLING. 1941. Pris 10 kr.

I kommission hos Wahlström & Widstrand, *Stockholm*:

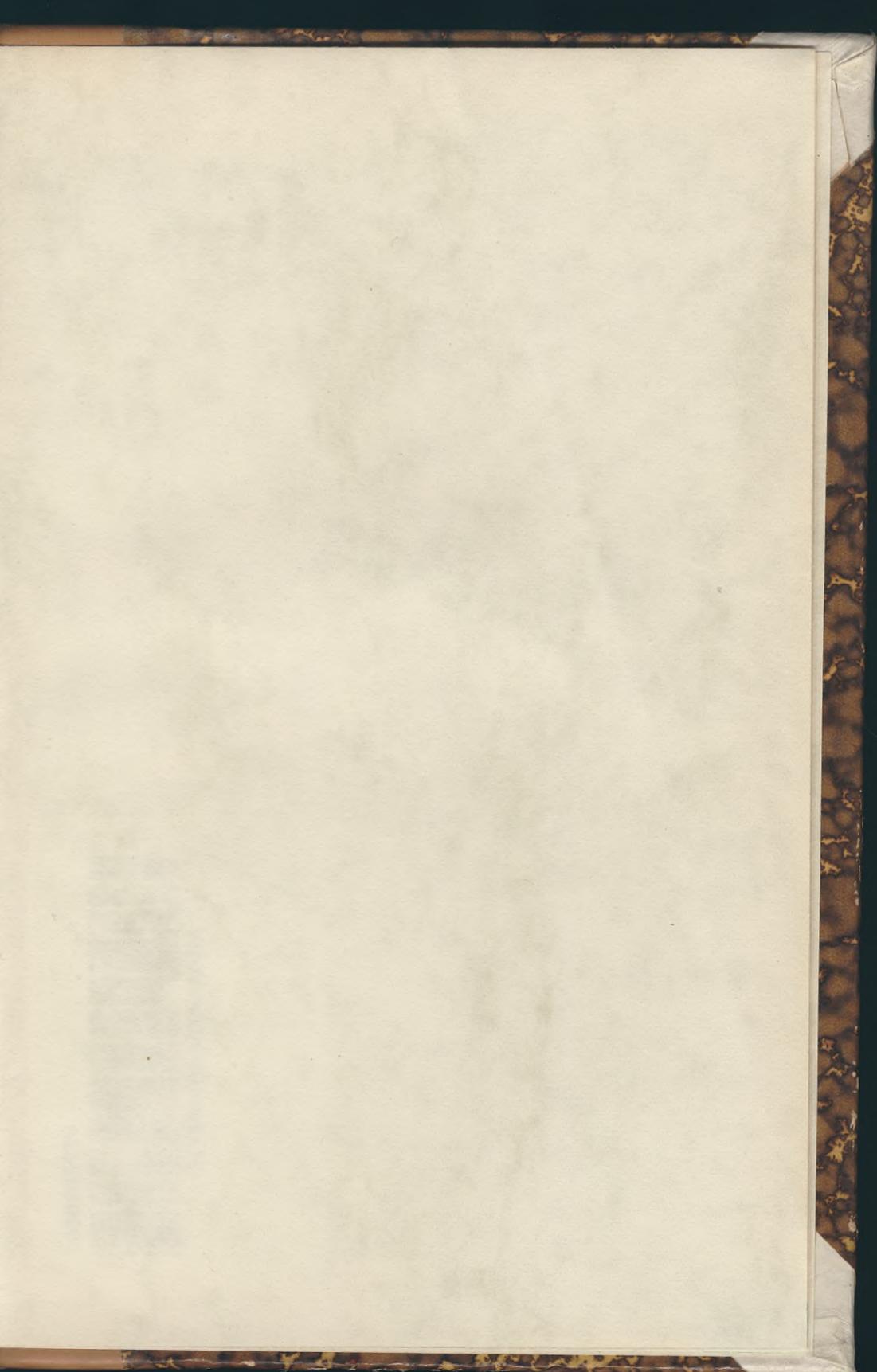
- Urkunder till Stockholms historia. I. Stockholms stads privilegiebref 1423—
1700, af K. Hum. Vet.-Samf. utgifna genom K. HILDEBRAND och A. BRATT.
H. 1—4. 1900—1913. Pris 11 kr. 25 öre.
Uppland. Skildring af land och folk, af K. Hum. Vet.-Samf utgifven genom
A. ERDMANN och K. HILDEBRAND. Bd 1—2. [1901—]1905; [1903—]1908.
Pris 25 kr.

*Handl. 1914-120
97
h = p.m.v.*



Pris 30 kr.

Uppsala 1941. Almqvist & Wiksells Boktryckeri-A.-B. 3965



6000285636



Göteborgs Universitet

7.
JOHN JOHNSON
BOKBINDARE
GÖTEBORG

