

**ENZYKLOPÄDIE DER  
RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT**

**BEGRÜNDET VON**

**F. VON LISZT UND W. KASKEL**

**ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT**

**HERAUSGEBER E. KOHLRAUSCH UND H. PETERS**

**II · III**

**JÖRS-KUNKEL-WENGER**

**RÖMISCHES RECHT**

**ZWEITE AUFLAGE**

**SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH 1935**

# ENZYKLOPÄDIE DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT

BEGRÜNDET VON

**F. VON LISZT UND W. KASKEL**

HERAUSGEGEBEN VON

**E. KOHLRAUSCH · H. PETERS · A. SPIETHOFF**

**ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT**

HERAUSGEGEBEN VON

**DR. EDUARD KOHLRAUSCH**      **DR. HANS PETERS**  
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT    PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT  
BERLIN    BERLIN

II · III

**RÖMISCHES RECHT:**

**RÖMISCHES PRIVATRECHT**

AUF GRUND DES WERKES VON

**PAUL JÖRS**

NEU BEARBEITET VON

**WOLFGANG KUNKEL**

---

**ABRISS DES RÖMISCHEN  
ZIVILPROZESSRECHTS**

VON

**LEOPOLD WENGER**

ZWEITE AUFLAGE



SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH 1935



# RÖMISCHES PRIVATRECHT

AUF GRUND DES WERKES VON

**PAUL JÖRS**

IN ZWEITER AUFLAGE

NEU BEARBEITET VON

**DR. WOLFGANG KUNKEL**

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT  
GÖTTINGEN



SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH 1935

ISBN 978-3-662-28265-6    ISBN 978-3-662-29783-4 (eBook)  
DOI 10.1007/978-3-662-29783-4

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

## Vorwort zur zweiten Auflage.

Entgegen meiner ursprünglichen Absicht ist aus der Neubearbeitung der Jörschen Darstellung schließlich ein Buch geworden, das, von wenigen Einzelstellen abgesehen, nur noch in den großen Umrissen des Aufbaus und der Stoffabgrenzung mit der Erstauflage übereinstimmt. Die Verwertung neuerer Forschungsergebnisse führte vielfach zu einschneidenden Veränderungen, und der Wunsch, eine Zwierspältigkeit der Darstellungsweise zu vermeiden, ließ mich auch solche Stellen überarbeiten, an denen der sachliche Gehalt der Erstauflage beibehalten werden konnte.

Das Buch ist auch in der neuen Bearbeitung zunächst als eine Einführung in das römische Privatrecht gedacht. Es soll aber auch den Weg zu tieferem Eindringen in die Probleme der modernen Forschung erschließen. Darum habe ich auf die Ausgestaltung der Literaturangaben besonderes Gewicht gelegt. Absolute Vollständigkeit ist dabei freilich weder erreicht noch auch nur angestrebt worden. Auch muß ich damit rechnen, gelegentlich Wichtiges übersehen zu haben. Die Beschaffung des ausländischen Schrifttums ist mir durch die Hilfe deutscher und italienischer Fachgenossen sehr erleichtert worden; ihnen allen möchte ich an dieser Stelle herzlich danken. In gleicher Weise gebührt mein Dank der Göttinger Universitätsbibliothek und ihrem Fachreferenten, Herrn Bibliotheksrat Dr. WILHELM FUCHS.

Herausgeber und Verlag der Enzyklopädie haben den Fortschritten meiner Arbeit gegenüber große Geduld gezeigt und sind auf jeden Wunsch bereitwillig eingegangen. Um so mehr glaubte ich das Werk nunmehr unverzüglich zum Druck bringen und weitere Ausgestaltungswünsche zurückstellen zu sollen. Meine Frau hat mir von Anfang an bis zur Vollendung der Arbeit mit Hilfe und Kritik zur Seite gestanden; ich empfinde es als eine Pflicht, an dieser Stelle auszusprechen, wieviel dieses Buch ihrer Mitarbeit verdankt. Herr Dr. HEINRICH WEBER war so freundlich, einen Teil der Korrekturen mitzulesen und mich bei der Anfertigung des Sachverzeichnisses zu unterstützen.

Göttingen, im März 1935.

**WOLFGANG KUNKEL.**

# Inhaltsverzeichnis.

## Römisches Privatrecht.

### Erster Teil.

#### Entstehungsquellen und Entwicklungsfaktoren des römischen Privatrechtes.

|  | Seite     |
|--|-----------|
| § 1. Vorbemerkung . . . . .  | 1         |
| <b>1. Kap. Gewohnheit, Gesetz und Rechtspraxis . . . . .</b>   | <b>1</b>  |
| I. Gewohnheitsrecht . . . . .  | 1         |
| § 2 S. 1.  |           |
| II. Die sog. <i>leges regiae</i> . . . . .   | 3         |
| § 3 S. 3.  |           |
| III. Die Zwölftafelgesetzgebung . . . . .  | 3         |
| § 4 S. 3.  |           |
| IV. Die Volksgesetzgebung nach den Zwölftafeln . . . . .   | 5         |
| § 5 S. 5.  |           |
| V. Magistratische Jurisdiktion . . . . .   | 8         |
| § 6. Wesen der Jurisdiktion S. 8. — § 7. Die Edikte S. 9. — § 8. Zivilrecht und honorarisches Recht S. 11.   |           |
| VI. Senatsbeschlüsse . . . . .   | 12        |
| § 9 S. 12.   |           |
| VII. Die Kaisergesetzgebung . . . . .  | 14        |
| § 10. Rechtsgrundlage und allgemeine Entwicklung der Kaisergesetzgebung S. 14. — § 11. Erscheinungsformen der Kaisergesetzgebung bis auf Diokletian S. 15. — § 12. Die Kaisergesetzgebung der Spätzeit S. 18.  |           |
| <b>2. Kap. Die Rechtswissenschaft . . . . .</b>  | <b>19</b> |
| I. Die Jurisprudenz der republikanischen Zeit . . . . .  | 19        |
| § 13. Die Rechtskunde der <i>Pontifices</i> S. 19. — § 14. Die Jurisprudenz der späteren Republik S. 20.   |           |
| II. Die Rechtswissenschaft im Zeitalter des Prinzipats (die klassische Jurisprudenz) . . . . .   | 24        |
| § 15. Äußere Bedingungen und Wirkungsbereich S. 24. — § 16. Die klassische Rechtsliteratur S. 26. — § 17. Die Überlieferung über Leben und Persönlichkeit der klassischen Juristen S. 28. — § 18. Die frühklassische Jurisprudenz und die beiden Rechtsschulen S. 29. — § 19. Die hochklassische Jurisprudenz S. 31. — § 20. Die spätklassische Jurisprudenz S. 34.                                      |           |
| III. Die nachklassische Rechtswissenschaft . . . . .   | 36        |
| § 21 S. 36.  |           |
| <b>3. Kap. Die Kodifikationen der Spätzeit . . . . .</b>   | <b>41</b> |
| I. Voraussetzungen . . . . .   | 41        |
| § 22 S. 41.  |           |
| II. Der <i>Codex Theodosianus</i> und die <i>posttheodosianischen Novellen</i> . . . . .   | 42        |
| § 23 S. 42.  |           |
| III. Kodifikation des römischen Rechts in den Germanenreichen des Westens . . . . .  | 43        |
| § 24 S. 43.  |           |
| IV. Die justinianische Gesetzgebung . . . . .  | 44        |
| § 25. Geschichtliche Hintergründe und Gesamtcharakter S. 44. — § 26. Der erste <i>Codex</i> und die <i>Quinquaginta Decisiones</i> S. 46. — § 27. Die <i>Digesten</i> S. 46. — § 28. Die <i>Institutionen</i> und der zweite <i>Codex</i> S. 48. — § 29. Die <i>Novellen</i> S. 49. — § 30. Die Nachwirkungen der justinianischen Gesetzgebung S. 50. — § 31. Die <i>Interpolationenforschung</i> S. 52. |           |

## Zweiter Teil.

**Allgemeine Lehren des Privatrechts:**

Seite

|   |     |
|---|-----|
| <b>1. Kap. Recht und Privatrecht</b> . . . . .  | 55  |
| I. Römisches Recht und römisches Privatrecht im objektiven Sinne . . . . .  | 55  |
| § 32. Begriff des Rechts und des Privatrechts im objektiven Sinne S. 55. — § 33. Der Geltungsbereich des römischen Rechts S. 56. — § 34. Das <i>ius gentium</i> S. 58.  |     |
| II. Das subjektive Recht . . . . .  | 60  |
| § 35 S. 60.   |     |
| <b>2. Kap. Personen</b> . . . . .   | 62  |
| I. Natürliche Personen . . . . .  | 62  |
| § 36. Grundsätzliches S. 62. — § 37. Familie S. 62. — § 38. Agnation und Geschlecht S. 65. — § 39. Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft S. 66. — § 40. Sklaverei S. 66. — § 41. Freilassung S. 68. — § 42. <i>Capitis deminutio</i> S. 72.  |     |
| II. Juristische Personen . . . . .  | 73  |
| § 43. Begriffliche Voraussetzungen S. 73. — § 44. Körperschaften S. 74. — § 45. Stiftungen S. 77.   |     |
| <b>3. Kap. Sachen</b> . . . . .   | 77  |
| § 46. Einteilungen und Arten der Sachen S. 77. — § 47. Teil und Frucht S. 79.   |     |
| <b>4. Kap. Rechtsgeschäfte</b> . . . . .  | 80  |
| I. Im allgemeinen . . . . .   | 80  |
| § 48. Rechtsgeschäft und Anspruch S. 80. — § 49. Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 82. — § 50. Bedingungen und Befristungen S. 84.   |     |
| II. Geschäftsfähigkeit . . . . .  | 87  |
| § 51 S. 87.   |     |
| III. Formen der Rechtsgeschäfte . . . . .   | 89  |
| § 52. Wesen und Bedeutung der rechtsgeschäftlichen Form S. 89. — § 53. <i>Negotia per aes et libram</i> S. 90. — § 54. Die <i>Manzipation</i> im klassischen Recht S. 92. — § 55. <i>In iure cessio</i> S. 95. — § 56. Die <i>Stipulation</i> S. 96. — § 57. Schriftform und Urkundenwesen S. 98. |     |
| IV. Stellvertretung . . . . .   | 101 |
| § 58 S. 101.  |     |
| V. Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte . . . . .  | 103 |
| § 59. Einleitung S. 103. — § 60. Arten der Unwirksamkeit S. 103. — § 61. Unwirksamkeitsgründe S. 104. — § 62. Willensmängel im besonderen S. 106. — § 63. Heilung und Konversion S. 110.  |     |

## Dritter Teil.

**Sachenrecht.**

|   |     |
|---|-----|
| <b>1. Kap. Besitz</b> . . . . .   | 111 |
| § 64. Begriff des Besitzes S. 111. — § 65. Erwerb und Verlust des Besitzes S. 113. — § 66. Schutz des Besitzes S. 118.  |     |
| <b>2. Kap. Eigentum</b> . . . . .   | 120 |
| I. Wesen und Erscheinungsformen . . . . .   | 120 |
| § 67. Der römische Eigentumsbegriff S. 120. — § 68. <i>Quiritisches Eigentum</i> und <i>in bonis habere</i> S. 123. — § 69. Eigentumsbeschränkungen S. 124.                   |     |
| II. Erwerb und Verlust des Eigentums . . . . .  | 125 |
| § 70. Der Eigentumserwerb im allgemeinen S. 125.  |     |
| A. Abgeleiteter Erwerb des Eigentums . . . . .  | 126 |
| § 71. Das klassische Recht S. 126. — § 72. Das justinianische Recht S. 130.   |     |
| B. Ursprünglicher Erwerb des Eigentums . . . . .  | 130 |
| 1. Die sog. natürlichen Erwerbsarten . . . . .  | 130 |
| § 73 S. 130.  |     |
| 2. Ersitzung . . . . .  | 134 |
| § 74. Wesen der Ersitzung S. 134. — § 75. <i>Usucapio</i> S. 134. — § 76. <i>Longi temporis praescriptio</i> S. 136. — § 77. Die Ersitzung des justinianischen Rechts S. 138. |     |
| III. Schutz des Eigentums . . . . .   | 138 |
| § 78. <i>Rei vindicatio</i> S. 138. — § 79. <i>Actio negatoria</i> S. 142. — § 80. Prätorischer Rechtsschutz S. 142.  |     |

|   |     |
|---|-----|
| <b>3. Kap. Dienstbarkeiten</b> . . . . .  | 144 |
| I. Grunddienstbarkeiten . . . . .   | 144 |
| § 81. Im allgemeinen S. 144. — § 82. Einzelne Grunddienstbarkeiten S. 144.  |     |
| II. Persönliche Dienstbarkeiten . . . . .   | 145 |
| § 83. Begriff S. 145. — § 84. Der Nießbrauch S. 145. — § 85. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten S. 147.              |     |
| III. Erwerb der Dienstbarkeiten . . . . .   | 148 |
| § 86 S. 148.  |     |
| IV. Erlöschen der Dienstbarkeiten . . . . .   | 149 |
| § 87 S. 149.  |     |
| V. Schutz der Dienstbarkeiten . . . . .   | 150 |
| § 88 S. 150.  |     |
| <b>4. Kap. Erbzinsrechte</b> . . . . .  | 151 |
| § 89. Erbpacht, Emphytheusis S. 151. — § 90. Erbbaurecht S. 152.  |     |
| <b>5. Kap. Pfandrechte</b> . . . . .  | 152 |
| I. Begriff des Pfandrechts und geschichtliche Übersicht . . . . .   | 152 |
| § 91 S. 152.  |     |
| II. Sicherungsübereignung ( <i>fiducia cum creditore</i> ) . . . . .  | 154 |
| § 92 S. 154.  |     |
| III. Echte Pfandrechte an Sachen ( <i>pignus</i> und <i>hypotheca</i> ) . . . . .   | 155 |
| A. Die einzelnen Arten . . . . .  | 155 |
| § 93. Faustpfand S. 155. — § 94. Hypothek S. 156. — § 95. Stillschweigend vereinbarte und gesetzliche Pfandrechte S. 159. |     |
| B. Mehrheit von Pfandrechten . . . . .  | 159 |
| § 96. Das Verhältnis mehrerer Pfandgläubiger im allgemeinen S. 159. — § 97. Die Rangfolge der Pfandrechte S. 160.         |     |
| C. Erlöschen von Pfandrechten . . . . .   | 161 |
| § 98 S. 161.  |     |
| IV. Pfandrechte an Rechten . . . . .  | 162 |
| § 99 S. 162.  |     |

## Vierter Teil.

**Forderungsrechte.**

|   |     |
|---|-----|
| <b>1. Kap. Forderung und Leistung</b> . . . . .   | 163 |
| I. Begriff des Forderungsrechts . . . . .   | 163 |
| § 100. Die Terminologie S. 163. — § 101. Forderungsrecht und prozessualer Anspruch S. 163. — § 102. Die Haftung des Schuldners S. 166. — § 103. Unklagbare Verbindlichkeiten ( <i>Naturalobligationen</i> ) S. 167.                       |     |
| II. Inhalt der Leistung . . . . .   | 167 |
| A. Der Leistungsgegenstand im allgemeinen. . . . .  | 167 |
| § 104 S. 167.   |     |
| B. Schadensersatz und Buße . . . . .  | 168 |
| 1. Die Haftung für Schaden im allgemeinen . . . . .   | 168 |
| § 105. Begriffliche Voraussetzungen S. 168. — § 106. Buße und Schadensersatz im römischen Recht S. 169.   |     |
| 2. Verursachung und Verschulden als Voraussetzungen der Haftung für Schaden . . . . .   | 171 |
| § 107. Begriffliche Grundlagen S. 171. — § 108. Verursachung und Verschulden im ältesten Recht S. 173. — § 109. Die Haftungsvoraussetzungen im klassischen Recht S. 173. — § 110. Das nachklassisch-justinianische Haftungssystem S. 179. |     |
| C. Vertragsstrafe . . . . .   | 180 |
| § 111 S. 180.   |     |
| D. Zinsen. . . . .  | 181 |
| § 112 S. 181.   |     |
| III. Ort und Zeit der Leistung . . . . .  | 183 |
| § 113. Leistungsort S. 183. — § 114. Leistungszeit S. 184.  |     |
| IV. Verzug . . . . .  | 184 |
| § 115. Verzug des Schuldners S. 184. — § 116. Verzug des Gläubigers S. 185.   |     |

|   |     |
|---|-----|
| 2. Kap. Entstehung und Erlöschen von Forderungsrechten . . . . .  | 187 |
| I. Entstehungsgründe . . . . .  | 187 |
| § 117. Forderungsrechte aus Verträgen S. 187. — § 118. Forderungsrechte aus unerlaubten Handlungen S. 191. — § 119. Die sog. Quasikontrakte und Quasidelikte S. 192.  |     |
| II. Erlöschen von Forderungsrechten . . . . .   | 193 |
| A. Übersicht und geschichtliche Grundlagen . . . . .  | 193 |
| § 120 S. 193.   |     |
| B. Erfüllung . . . . .  | 195 |
| § 121 S. 195.   |     |
| C. Schuldbefreiende Verträge . . . . .  | 196 |
| § 122. Formale Erfüllungs- und Erlaßverträge S. 196. — § 123. Formlose Schuld-<br>aufhebungsverträge S. 197. — § 124. Novation S. 198.  |     |
| D. Aufrechnung . . . . .  | 201 |
| § 125 S. 201.   |     |
| 3. Kap. Übertragung von Forderungen und Schulden . . . . .  | 205 |
| § 126. Grundsätzliches S. 205. — § 127. Abtretung von Forderungen (Zession) S. 205. —<br>§ 128. Schuldübernahme und Erfüllungsübernahme S. 207.   |     |
| 4. Kap. Mehrheit von Forderungsrechten . . . . .  | 208 |
| § 129. Vorbemerkung S. 208. — § 130. Wechselseitige Verbindlichkeiten S. 208. —<br>§ 131. Gesamtforderungen und Gesamtschulden S. 210. — § 132. Bürgschaft S. 212.  |     |
| 5. Kap. Das <i>senatus consultum Velleianum</i> und die Interzessionslehre . . . .  | 217 |
| § 133 S. 217.   |     |
| 6. Kap. Einzelne Forderungsrechte. . . . .  | 218 |
| I. Verbalkontrakte. . . . .   | 218 |
| § 134. Die Stipulation S. 218.  |     |
| II. Realkontrakte . . . . .   | 218 |
| § 135. Darlehen S. 218. — § 136. Leihe S. 221. — § 137. Verwahrung S. 222. —<br>§ 138. Verpfändung S. 223.  |     |
| III. Konsensualkontrakte . . . . .  | 224 |
| A. Auftrag . . . . .  | 224 |
| § 139 S. 224.   |     |
| B. Kauf . . . . .   | 226 |
| § 140 Begriff und geschichtliche Entwicklung S. 226. — § 141. Ansprüche und<br>Gefahrtragung S. 228. — § 142. <i>Iustum pretium</i> und <i>laesio enormis</i> S. 230. —<br>§ 143. Gewährleistung für Rechtsmängel S. 230. — § 144. Gewährleistung für<br>Sachmängel S. 233. — § 145. Kauf von Rechten S. 236.   |     |
| C. Miete, Pacht, Werk- und Dienstvertrag ( <i>locatio conductio</i> ) . . . . .   | 236 |
| § 146. Der Begriff der <i>locatio conductio</i> S. 236. — § 147. Miete und Pacht ( <i>locatio<br/>            conductio rei</i> ) S. 237. — § 148. Dienstvertrag ( <i>locatio conductio operarum</i> )<br>S. 238. — § 149. Werkvertrag ( <i>locatio conductio operis</i> ) S. 239. — § 150. (Anhang.)<br>Haftung der Schiffer, Gast- und Stallwirte S. 239. |     |
| D. Gesellschaft . . . . .   | 240 |
| § 151 S. 240.   |     |
| IV. Die sog. <i>Innominatkontrakte</i> . . . . .  | 243 |
| § 152 S. 243.   |     |
| V. Die Schenkung . . . . .  | 245 |
| § 153 S. 245.   |     |
| VI. Quasikontrakte . . . . .  | 247 |
| § 154. Geschäftsführung ohne Auftrag ( <i>negotiorum gestio</i> ) S. 247. — § 155. Be-<br>reicherungsansprüche (Kondiktionen) S. 248. — § 156. Ansprüche auf Auseinander-<br>setzung S. 251.  |     |
| VII. Delikte. . . . .   | 252 |
| A. Zivilrechtliche Deliktstatbestände . . . . .   | 252 |
| § 157. Entwendung ( <i>furtum</i> ) S. 252. — § 158. Sachbeschädigung ( <i>damnum<br/>            iniuria datum</i> ) S. 256. — § 159. Verletzung der Persönlichkeit ( <i>iniuria</i> ) S. 258.   |     |
| B. Honorarrechtliche Deliktstatbestände . . . . .   | 260 |
| § 160. Arglistige Schädigung ( <i>dolus malus</i> ) S. 260. — § 161. Zwang ( <i>metus</i> )<br>S. 261. — § 162. Gläubigerbenachteiligung ( <i>alenatio in fraudem creditorum</i> )<br>S. 263.   |     |

|   |     |
|---|-----|
| VIII. Der Vorweisungsanspruch ( <i>actio ad exhibendum</i> ) . . . . .                                | 264 |
| § 163 S. 264.   |     |
| 7. Kap. Haftung für Schulden der Gewaltunterworfenen . . . . .  | 265 |
| I. Eigene Haftung der Gewaltunterworfenen . . . . .   | 265 |
| § 164 S. 265.   |     |
| II. Haftung des Gewalthabers für Geschäftsschulden der Gewaltunterworfenen . . . . .                  | 266 |
| § 165. Grundlagen S. 266. — § 166. <i>Actio de peculio</i> und <i>de in rem verso</i> S. 266. —       |     |
| § 167. <i>Actio tributoria</i> S. 267. — § 168. <i>Actio quod iussu</i> S. 267. — § 169. <i>Actio</i> |     |
| <i>exercitoria</i> und <i>institoria</i> S. 268.  |     |
| III. Haftung des Gewalthabers für Delikte seiner Gewaltunterworfenen . . . . .                        | 269 |
| § 170 S. 269.   |     |

## Fünfter Teil.

## Familienrecht.

|   |     |
|---|-----|
| 1. Kap. Die Ehe . . . . .   | 271 |
| I. Persönliches Eherecht . . . . .  | 271 |
| § 171. Grundcharakter der römischen Ehe S. 271. — § 172. Ehevoraussetzungen und             |     |
| Ehehindernisse S. 272. — § 173. Die Ehegesetzgebung des Augustus S. 274. —                  |     |
| § 174. Verlöbniß S. 276. — § 175. Eheschließung S. 277. — § 176. Persönliche Wirkun-        |     |
| gen der Ehe S. 279. — § 177. Ehescheidung S. 280. — § 178. Konkubinat S. 282.               |     |
| II. Ehegüterrecht . . . . .   | 283 |
| A. Grundlagen des Güterrechts . . . . .   | 283 |
| § 179 S. 283.   |     |
| B. Dotalrecht . . . . .   | 284 |
| § 180. Wesen der <i>dos</i> S. 284. — § 181. Bestellung der <i>dos</i> S. 285. — § 182. An- |     |
| sprüche auf Rückerstattung der <i>dos</i> im klassischen Recht S. 286. — § 183. Justi-      |     |
| nianisches Dotalrecht S. 288.   |     |
| 2. Kap. Die väterliche Gewalt . . . . .   | 289 |
| § 184. Inhalt der väterlichen Gewalt S. 289. — § 185. Freies Vermögen der Hauskinder        |     |
| S. 291. — § 186. Entstehung und Beendigung der väterlichen Gewalt S. 293.                   |     |
| 3. Kap. Vormundschaft . . . . .   | 296 |
| I. Wesen der Vormundschaft . . . . .  | 296 |
| § 187 S. 296.   |     |
| II. Die Vormundschaft im ältesten Recht . . . . .   | 297 |
| § 188 S. 297.   |     |
| III. Die Vormundschaft seit der jüngeren Republik . . . . .                                 | 299 |
| A. <i>Tutela impuberum</i> . . . . .  | 299 |
| § 189. Berufung zur Vormundschaft S. 299. — § 190. Führung der Vormundschaft                |     |
| S. 300. — § 191. Ansprüche aus der Vormundschaft S. 302.                                    |     |
| B. <i>Tutela mulierum</i> . . . . .   | 303 |
| § 192 S. 303.   |     |
| 4. Kap. Pflegschaft . . . . .   | 305 |
| § 193 S. 305.   |     |

## Sechster Teil.

## Erbrecht.

|   |     |
|---|-----|
| 1. Kap. Geschichtliche Grundlegung . . . . .  | 307 |
| § 194 S. 307.   |     |
| 2. Kap. Berufung zur Erbfolge . . . . .   | 311 |
| I. Allgemeines . . . . .  | 311 |
| § 195 S. 311.   |     |
| II. Gesetzliche Erbfolge ( <i>Intestaterbfolge</i> ) . . . . .                              | 312 |
| § 196. Die altzivile Erbfolgeordnung S. 312. — § 197. Die prätorische Erbfolgeordnung       |     |
| ( <i>bonorum possessio intestati</i> ) S. 314. — § 198. Die Fortbildung der Erbfolgeordnung |     |
| in der Kaiserzeit S. 315. — § 199. Die justinianische Erbfolgeordnung S. 315.               |     |
| III. Das Testament . . . . .  | 316 |
| A. Erscheinungsformen des Testaments . . . . .  | 316 |
| § 200. Ordentliche Testamentsformen des Zivilrechts S. 316. — § 201. Die <i>bo-</i>         |     |
| <i>norum possessio secundum tabulas</i> und das prätorische Testament S. 319. —             |     |
| § 202. Nachklassische Testierformen S. 319. — § 203. Soldatentestamente S. 320.             |     |



|   |     |
|---|-----|
| B. Der Inhalt des Testaments, insbesondere die Erbeinsetzung . . . . .                | 321 |
| § 204 S. 321.   |     |
| C. Persönliche Voraussetzungen der Testamentserrichtung (testamenti factio) . . . . . | 323 |
| § 205 S. 323.   |     |
| D. Unwirksamkeit und Aufhebung des Testaments . . . . .                               | 325 |
| § 206 S. 325.   |     |
| E. (Anhang) Das Kodizill . . . . .  | 326 |
| § 207 S. 326.   |     |
| IV. Noterbrecht . . . . .   | 327 |
| § 208. Formelles Noterbrecht S. 327. — § 209. Materielles Noterbrecht S. 328. —       |     |
| § 210. Das Noterbrecht der justinianischen Novelle 115 S. 330.                        |     |
| 3. Kap. Erwerb der Erbschaft . . . . .  | 332 |
| I. Erwerb nach Zivilrecht. . . . .  | 332 |
| § 211. Die Hauserben S. 332. — § 212. Die Außenerben S. 332. — § 213. Erwerbsun-      |     |
| fähigkeit S. 336.   |     |
| II. Erwerb nach Honorarrecht . . . . .  | 336 |
| § 214 S. 336.   |     |
| 4. Kap. Rechtsstellung der Erben . . . . .  | 337 |
| I. Schutz des Erbrechts . . . . .   | 337 |
| § 215. Schutz des zivilen Erbrechts (hereditatis petitio) S. 337. — § 216. Schutz der |     |
| bonorum possessio S. 340.   |     |
| II. Rechtsverhältnisse unter Miterben . . . . .                                       | 340 |
| § 217. Erbteil und Erbengemeinschaft S. 340. — § 218. Anwachsung S. 341. —            |     |
| § 219. Kollationspflichten S. 342.  |     |
| III. Nachlaßverbindlichkeiten. . . . .  | 344 |
| § 220 S. 344.   |     |
| 5. Kap. Vermächtnisse . . . . .   | 346 |
| I. Legate . . . . .   | 346 |
| § 221. Wesen und Erscheinungsformen S. 346. — § 222. Erwerb des Legats S. 350. —      |     |
| § 223. Unwirksamkeit und Aufhebung der Legate S. 352. — § 224. Gesetzliche Be-        |     |
| schränkungen der Legate S. 354.   |     |
| II. Fideikommiss . . . . .  | 355 |
| § 225. Begriff und Errichtung des Fideikommisses S. 355. — § 226. Inhalt des Fidei-   |     |
| kommisses S. 356. — § 227. Universalfideikommiss im besonderen S. 357.                |     |
| III. Verschmelzung von Legat und Fideikommiß in nachklassischer Zeit . . . . .        | 359 |
| § 228 S. 359.   |     |
| IV. (Anhang). Schenkung von Todes wegen . . . . .                                     | 360 |
| § 229 S. 360.   |     |

## Abriß des Römischen Zivilprozeßrechts.

|   |     |
|---|-----|
| Einleitung . . . . .  | 365 |
| § 1. Vorbemerkung S. 365.   |     |
| 1. Abschnitt. Allgemeines . . . . .   | 365 |
| § 2. Selbsthilfe und Staatshilfe S. 365. — § 3. Das iudicium privatum S. 366. — § 4. Das    |     |
| iudicium legitimum und das iudicium, quod imperio continetur S. 366. — § 5. Die Zwei-       |     |
| teilung des Prozesses S. 367. — § 6. Legis actio und iudicium S. 367. — § 7. Jurisdiktions- |     |
| magistrate und Geschworene S. 368.  |     |
| 2. Abschnitt. Legisaktionen und Schriftformeln . . . . .                                    | 369 |
| § 8. Die legis actiones S. 369. — § 9. Formulae. Iudicia. Schriftformeln S. 370.            |     |
| 3. Abschnitt. Der Gang des Verfahrens bis zum Urteil . . . . .                              | 373 |
| § 10. Die Parteien S. 373.  |     |
| A. Das Verfahren in iure . . . . .  | 373 |
| § 11. Prozeßeinleitung S. 373. — § 12. Vor dem Prätor bis zur Litiskontestation             |     |
| S. 374. — § 13. Die Litiskontestation S. 375.   |     |
| B. Das Verfahren apud iudicem . . . . .   | 376 |
| § 14. Das Verfahren bis zum Urteil S. 376. — § 15. Das Urteil S. 377.                       |     |

|  |            |
|--|------------|
| <b>4. Abschnitt. Die Exekution</b> . . . . .   | <b>379</b> |
| § 16. Allgemeines S. 379. — § 17. Die Personalexekution der älteren Zeit S. 379. — § 18. Actio iudicati und Vermögensexekution S. 380.   |            |
| <b>5. Abschnitt. Außerprozessualer Rechtsschutz</b> . . . . .  | <b>381</b> |
| § 19. Wesen und Fälle S. 381.  |            |
| <b>6. Abschnitt. Das amtliche Kognitionsverfahren</b> . . . . .  | <b>382</b> |
| § 20. Wesen und Entwicklung S. 382. — § 21. Die amtliche Ladung S. 383. — § 22. Folgepflicht und Kontumazialverfahren S. 383. — § 23. Die Einlassungspflicht S. 383. — § 24. Die Litiskontestation S. 383. — § 25. Beweisrecht S. 384. — § 26. Urteil und Vollstreckung S. 384. — § 27. Besondere Prozeßarten S. 385. — § 28. Prozeßkosten S. 386. |            |
| <b>7. Abschnitt. Nichtstaatliche Gerichte</b> . . . . .  | <b>386</b> |
| § 29. Das private Schiedsgericht S. 386. — § 30. Kirchliche Gerichtsbarkeit S. 386.  |            |
| <b>Wichtige Literatur und Quellenwerke</b> . . . . .   | <b>388</b> |
| <b>Sachverzeichnis</b> . . . . .   | <b>391</b> |

## Verzeichnis der Abkürzungen.

- Aegyptus = Aegyptus, *Rivista italiana di egittologia e di papirologia*, Mailand.  
 Ann. = Annali.  
 Ann. Palermo = Annali del seminario giuridico della R. università di Palermo.  
 Ann. Perugia = Annali della facoltà di giurisprudenza dell' università di Perugia.  
 Arch. = Archiv, archivio.  
 Arch. f. Pap. (f.) = Archiv für Papyrusforschung, Leipzig.  
 Arch. giur. = Archivio giuridico Filippo Serafini, Modena.  
 Arch. ziv. Pr(ax). = Archiv für zivilistische Praxis, Tübingen.  
 Bas. = Basilica.  
 BESELER: Beitr. = G. v. BESELER: Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen: I—IV, Tübingen 1910—20; V, Leipzig 1931.  
 BGU = Berliner griechische Urkunden: Ägyptische Urkunden aus den staatlichen Museen zu Berlin, griechische Urkunden Bd. I—VIII.  
 BRUNS, Fontes = BRUNS-GRADENWITZ: Fontes iuris Romani antiqui.  
 Bull. = Bullettino dell' istituto di diritto romano, Rom.  
 C. = Codex Iustinianus.  
 c. = constitutio.  
 CIL = Corpus inscriptionum Latinarum.  
 Coll. = Collatio legum Mosaicarum et Romanarum.  
 Collectio = Collectio librorum iuris anteiustiniani.  
 C. Th. = Codex Theodosianus.  
 D. = Digesta.  
 estr. = estratto (Sonderabdruck).  
 Fest. = Festus, de verborum significatu.  
 fr. Vat. = fragmenta Vaticana.  
 Gai. (ohne nachfolgendes Digestenzitat) = Gaius, institutiones.  
 Gnomon = Gnomon, kritische Zeitschrift für die gesamte klassische Altertumswissenschaft, Berlin.  
 Grünhuts Z. (oder Z. Grünhut) = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Wien.  
 Hermes = Hermes, Zeitschrift für klassische Philologie, Berlin.  
 Hist. Aug. = scriptores historiae Augustae.  
 I. = Institutiones Iustiniani.  
 Inst. = Institutionen.  
 Ist. = Istituzioni.  
 ist. = istituto.
- Jb. = Jahrbuch, Jahrbücher.  
 Jb. f. Dogm. { Jherings Jahrbücher für die  
 Jherings Jb. { Dogmatik des bürgerlichen  
 Rechts, Jena.  
 Krit. Vjschr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, München.  
 l. = lex.  
 LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> = LENEL: Das Edictum perpetuum, 3. Aufl., Leipzig 1927.  
 LENEL: Pal. = LENEL: Palingenesia iuris civilis, 2 Bde, Leipzig 1889.  
 LQR = Law quarterly review, London.  
 Mem. = Memorie.  
 NF = neue Folge.  
 NRH = Nouvelle revue historique de droit français et étranger, Paris.  
 NS = nuova serie.  
 OR = (schweizerisches) Obligationenrecht.  
 Pand. = Pandekten.  
 Pap. (mit Zitat aus den Digesten oder vorjustinianischen Rechtsbüchern) = Papinianus.  
 Pap. (sonst) = Papyrus.  
 Pap. Oxy. = The Oxyrhynchos Papyri, London, seit 1898.  
 Pap. Cairo Masp. = Catalogue général des antiquités égyptiennes du Musée du Caire, Papyrus grecques d'époque byzantine par Jean MASPERO, 3 Bde, Kairo 1911 ff.  
 Paul. sent. = Pauli sententiae.  
 Philologus = Philologus, Zeitschrift für das klassische Altertum, Leipzig.  
 PREISIGKE: Sammelb. = F. PREISIGKE: Sammelbuch griechischer Urkunden aus Ägypten, 1915 ff.  
 PSI = Pubblicazioni della società italiana per la ricerca dei papiri greci e latini in Egitto, Florenz seit 1912.  
 RE = PAULY-WISSOWA-KROLL: Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung, Stuttgart seit 1894. (Die Bände der zweiten Reihe sind durch ein der Bandzahl beigefügtes A gekennzeichnet.)  
 Rend. = rendiconti.  
 Rend. ist. lomb. = Rendiconti del R. istituto lombardo di scienze e lettere.  
 Rev. gén. = Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, Paris.  
 RH = Revue historique de droit français et étranger, Paris.

- Rhein. Mus. = Rheinisches Museum für Philologie.  
 Riv. dir. civ. = Rivista di diritto civile, Mailand.  
 Riv. dir. comm. = Rivista di diritto commerciale, Mailand.  
 Riv. ital. (sc. giur.) = Rivista italiana per le scienze giuridiche, Rom.  
 Sb. = Sitzungsberichte.  
 Ser. = scritti.  
 Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue d'histoire du droit, Haarlem.  
 Ulp. (ohne nachfolgende weitere Abkürzung) = Ulpiani epitome (regulae).
- Val. Max. = Valerius Maximus, factorum et dictorum memorabilium libri novem.  
 VIR = Vocabularium iurisprudentiae Romanae, Berlin seit 1894.  
 Z. = Zeitschrift.  
 Z. Grünhut s. Grünhuts Z.  
 ZSSt. = Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Weimar. (Die germanistische und die kanonistische Abteilung der Zeitschrift sind besonders bezeichnet.)  
 Z. vgl. Rw. = Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Stuttgart.

Mit \* bezeichnete Ausdrücke sind nicht quellenmäßig.

## Erster Teil.

# Entstehungsquellen und Entwicklungsfaktoren des römischen Privatrechts.

§ 1. **Vorbemerkung.** Mehr als ein Jahrtausend war das römische Recht das lebendige, wachsende und sich ständig wandelnde Recht des römischen Staats. Der zeitliche Rahmen, in dem sich seine Entwicklung vollzog, umschließt zugleich den großartigsten Prozeß staatlicher und kultureller Machtentfaltung, den die Weltgeschichte kennt. Am Anfang steht die kleine latinische Bauerngemeinde unter etruskischen Herrschern, am Ende das niedergehende christliche Weltkaisertum, in dessen Zivilisation die gesamte Kultur des Altertums aufgegangen war. Wie die sozialen Voraussetzungen, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die geistigen Einflüsse haben im Laufe dieses Zeitraums auch die Formen der Rechtsbildung mannigfach gewechselt. Gewohnheitsrecht, Gesetzesrecht und eigenartige Zwischenbildungen lösten einander immer wieder ab. Eine Darstellung, die ausschließlich von einer systematischen Anordnung der verschiedenen Rechtsquellen und Entwicklungsfaktoren ausginge, würde die geschichtlichen Zusammenhänge nicht erkennen lassen und statt der Einsicht in die Entwicklung nur eine tote Masse von Einzeldaten vermitteln. Aber auch wenn man die systematische Gliederung für gewisse Zeitabschnitte getrennt durchführen wollte, würde man den Fluß der Entwicklung nicht erfassen können, da sich der zeitliche Wirkungsbereich der einzelnen rechtsbildenden Kräfte mannigfach überschneidet. Deshalb sollen die verschiedenen Formen der Rechtssetzung in der Reihenfolge betrachtet werden, in der sie in Erscheinung getreten sind, und jeweils durch den ganzen Verlauf ihrer Wirksamkeit verfolgt werden. Nur die Rechtswissenschaft erhält dabei eine etwas spätere Stelle als ihr chronologisch gebührt, weil sie mehr ist als eine bloße Quelle des positiven Rechts: in ihr hat sich das römische Recht aus der Zeitbedingtheit ins Allgemeingültige erhoben.

## Erstes Kapitel.

# Gewohnheit, Gesetz und Rechtspraxis.

## I. Gewohnheitsrecht<sup>1</sup>.

§ 2. 1. Auch in Rom steht am Anfang der Rechtsentwicklung eine Zeit, in der alles Recht Gewohnheitsrecht war. Längst, ehe es Rechtsaufzeichnungen (*ius scriptum*) gab, bestanden ungeschriebene Normen, die, im Leben des Volkes erwachsen und in dauernder Übung zur Anwendung gebracht, nach allgemeiner Überzeugung der Rechtsgenossen für den einzelnen wie für die Gesamtheit verbindlich waren. Erst

<sup>1</sup> PERNICE: ZSSSt. 20, 127ff.; 22, 59ff.; BRIE: D. Lehre v. Gewohnheitsr. I (1899); KIPP: Quellen<sup>4</sup> 19ff.; SOLAZZI: Arch. giur. 102, 3ff.; Studi Albertoni I 35ff.; STEINWENTER: Studi Bonfante II 419ff.; RE 16, 290ff.; SCHERILLO: Riv. di storia del dir. it. 5, 459ff.; SCHULZ: Prinzipien d. röm. R. 9ff. (mit weiteren Hinweisen in Anm. 39).

als die Differenzierung des rechtlichen und sozialen Lebens zu einer schriftlichen Festlegung und einem zweckbestimmten Ausbau dieser Rechtstradition drängten, erschien das Gesetzesrecht auf dem Plan. Die älteste Rechtsaufzeichnung Roms, von der wir sichere Kenntnis haben, das große Gesetzgebungswerk der Zwölftafeln (§4), war noch überwiegend eine bloße Kodifikation des alten Gewohnheitsrechts; in der jüngeren Spezialgesetzgebung trat dann ausschließlich die freie gesetzgeberische Fortbildung des Rechts in den Vordergrund.

2. Damit war die Rolle des Gewohnheitsrechts jedoch nicht ausgespielt. Die Tatsache, daß die römische Gesetzgebung namentlich in republikanischer und klassischer Zeit nur in besonders dringlichen Einzelfragen durchzugreifen, im übrigen aber das Wachstum des überlieferten Rechtsguts nicht zu stören pflegte, ließ der rechtsbildenden und insbesondere auch der rechtsaufhebenden (derogierenden) Wirksamkeit des Gewohnheitsrechts zu allen Zeiten Raum. Wichtiger freilich als das unmittelbar aus dem Volksbewußtsein und dem Rechtsleben entstehende echte Gewohnheitsrecht war für die römische Rechtsentwicklung die rechtsschöpferische Tätigkeit der Magistrate (§6ff.) und der Rechtswissenschaft (§13ff.). In ihr verband sich die Schmiegsamkeit und der ununterbrochene Fluß gewohnheitsrechtlicher Produktion mit der Planmäßigkeit gesetzgeberischer Arbeit. Die Römer verstanden es gewissermaßen, den regellosen Strom des freien Gewohnheitsrechts durch Jurisdiktion und Jurisprudenz in festen Bahnen zu bestimmten Zielen hinzulenken. Auf dieser Leistung beruht zum guten Teil die Größe des römischen Rechts.

3. Es entspricht der geringen Bedeutung, die dem Gewohnheitsrecht im Vergleich zu den Schöpfungen der Jurisdiktion und der Wissenschaft zukam, daß die klassischen Juristen vom Dasein des Gewohnheitsrechts nur gelegentlich Kenntnis nahmen. Sie griffen auf den im Rechtsleben herrschenden Brauch (*mores, consuetudo*) zurück, wenn es galt, die Lücken der übrigen Rechtsquellen auszufüllen<sup>2</sup>. Sie erkannten an, daß veraltetes Recht, auch Gesetzesrecht, durch dauernde Nichtanwendung (*desuetudo*) tatsächlich außer Kraft gesetzt werde<sup>3</sup>. Sie kannten auch die Lehre der griechischen Philosophie und Rhetorik vom ungeschriebenen, auf allgemeiner Rechtsüberzeugung beruhenden Recht (*νόμος ἄγραφος*)<sup>4</sup> und benutzten sie zur Erklärung solcher Normen, die weder auf Gesetz noch auf Jurisdiktion oder Wissenschaft zurückgeführt werden konnten<sup>5</sup>. Aber erst die nachklassische Zeit scheint diese Lehre nachdrücklicher betont zu haben<sup>6</sup>. Die produktive Kraft der Jurisdiktion und der Rechtswissenschaft war damals längst erloschen, und selbst die rückschauende Theorie der späten Rechtsschulen mußte den Abstand zwischen dem Recht der

<sup>2</sup> Dies dürfte der ursprüngliche, speziell auf die augusteische Ehegesetzgebung bezogene Inhalt von Iul. D. 1, 3, 32 pr. sein; vgl. STEINWENTER: (s. o. Anm. 1) 422. — Vgl. ferner über die provinciale Rechtsübung: Ulp. D. 1, 3, 33f.

<sup>3</sup> Vgl. Gai. 1, 111; 2, 103; 3, 17; Ulp. 26, 1 = Coll. 16, 4, 2; Ulp. D. 9, 2, 27, 4; Gell. 2, 24, 11; 16, 10, 8; 20, 1, 23; 20, 10, 9. — Die formelle Kraft eines Gesetzes wurde nach klassischer Auffassung durch Nichtanwendung keineswegs aufgehoben; erst die nachklassische, griechisch beeinflusste Theorie scheint das Gegenteil angenommen zu haben (D. 1, 3, 32, 2; D. 1, 3, 36; dazu s. Anm. 6). Noch Konstantin verbot sogar ausdrücklich die Berufung auf gesetzwidriges Gewohnheitsrecht (C. 8, 52, 2). Vgl. auch Hadrian an Plinius ep. 115 (die Auffassung von KIPP: Quellen<sup>4</sup> 23, Anm. 15 geht fehl; richtig ist nur, daß natürlich der Kaiser, vielleicht auch der Statthalter, die *lex Pompeia* jederzeit abändern konnte; für die Provinzialen dagegen war sie gewiß schlechthin verbindlich).

<sup>4</sup> PERNICE: (s. o. Anm. 1), HIRZEL: *Νόμος ἄγραφος* (1900); STEINWENTER: (s. o. Anm. 1) 430f. (mit weiteren Hinweisen).

<sup>5</sup> Vgl. Gai. 3, 82; Ulp. D. 24, 1, 1; D. 28, 6, 2 pr. — Anderswo meinen die Juristen, wenn sie vom *ius moribus introductum* sprechen, nicht jüngere Neubildungen, sondern das alte, teilweise von den Zwölftafeln bestätigte Gewohnheitsrecht; vgl. Ulp. D. 1, 6, 8 pr.; Paul. sent. 3, 4a, 7; Ulp. D. 27, 10, 1 pr. (hier wohl mißverstehende Glosse, die sich vielleicht an die Stelle der Paulussentenzen anlehnt).

<sup>6</sup> Die Hauptstelle, D. 1, 3, 32, 1f., ist wohl im wesentlichen nachklassische Arbeit; ebenso D. 1, 3, 36. Vgl. STEINWENTER: (s. o. Anm. 1).

klassischen Quellen, an denen sie arbeitete, und der Praxis ihrer Zeit empfinden und nach einer grundsätzlichen Rechtfertigung des tatsächlichen Rechtslebens suchen; dafür bot ihr jene Lehre eine bequeme Handhabe.

## II. Die sog. *leges regiae*.

§ 3. In der Literatur der frühen Kaiserzeit wird mehrfach eine Sammlung von Rechtssätzen erwähnt, die der erste *pontifex maximus* der Republik, C. Papirius, aus Gesetzen der Königszeit zusammengestellt haben soll (*leges regiae* oder *ius Papirianum*)<sup>1</sup>. Was wir mit einiger Sicherheit als Inhalt dieser Königsgesetze ermitteln können<sup>2</sup>, sind sakralrechtliche<sup>3</sup> Normen von teilweise hohem Alter. Da die Schaffung sakraler Ritualvorschriften niemals Gegenstand der Volksgesetzgebung war, sondern den *pontifices* oblag, dürfen wir vermuten, daß es sich um eine wahrscheinlich erst am Ausgang der Republik oder noch später hergestellte Sammlung aus dem Archiv der *pontifices* handelt; die Zuschreibung der einzelnen Sätze an bestimmte Könige ist offenbar ebensowenig geschichtlich wie die des ganzen Werks an den angeblich ersten Vorsteher des Pontifikalkollegiums.

## III. Die Zwölftafelgesetzgebung.

§ 4. 1. Zur Zeit der hohen Republik, nach der Überlieferung: in den Jahren 451 bis 449 v. Chr., erfolgte in Rom eine umfassende Rechtsaufzeichnung durch eine eigens dazu eingesetzte Behörde, die *decemviri legibus scribundis*. Man nannte dieses Gesetzgebungswerk, weil es auf zwölf (wohl hölzernen) Tafeln öffentlich aufgestellt war, die *lex duodecim tabularum*. Zu Unrecht ist seine Geschichtlichkeit von der modernen Kritik bestritten worden<sup>1</sup>. Wir haben weder Grund, die Tatsache einer derartigen Rechtsaufzeichnung noch auch die ungefähre Richtigkeit ihrer zeitlichen Festlegung zu bezweifeln. Die auf uns gekommenen Trümmer des Zwölftafeltextes

<sup>1</sup> Belege bei BRUNS: *Fontes* I<sup>7</sup> 2f. — Lit.: SCHÖLL: *Legis XII tab. rel.* (1866) 50ff. MOMMSEN: *Röm. Staatsr.* II<sup>3</sup> 41ff. JÖRS: *Röm. Rechtswiss.* I 59ff. BAVIERA: *Scr. giur.* I 37ff. HIRSCHFELD: *Kl. Schr.* 239ff.; STENWENTER: *RE* 10, 1285; WESTRUP: *On the antiquarian-historical activities of the Roman pontifical college.* *Danske Videnskabernes Selskab, Hist.-filol. Meddelelser* 16, H. 3, 19ff.

<sup>2</sup> Die Zusammenstellung bei BRUNS: *Fontes* I<sup>7</sup> 3ff. beschränkt sich nicht auf die vermutlichen Fragmente des *ius Papirianum*, sondern gibt alle Nachrichten über angebliche Gesetze und Verordnungen der Könige. Eine sehr strenge Auswahl trifft dagegen ZOCCO-ROSA: *Annuario Ist. di storia del dir. rom.* Catania 11—12, 390ff. (1910—11).

<sup>3</sup> Nach Servius z. Vergil *Aen.* 12, 836 führte die Sammlung geradezu den Titel *de ritu sacrorum*.

<sup>1</sup> PAIS: *Storia di Roma* I 1, 558ff. 1898; I 2, 546ff. 1899; *Storia critica di Roma* II 203ff. 1915; *Ricerche sulla storia e sul dir. pubbl. di Roma* I 1ff. 1915; LAMBERT: *NRH* 26, 149ff.; *Rev. gén.* 26, 385ff., 481ff. (1902); 27, 15ff. (1903); *Mélanges Appleton* 503ff.; BAVIERA: *Studi Perozzi* 3ff. — Nach PAIS ist der Zwölftafelkodex eine private Sammlung aus dem Ende des vierten Jahrhunderts, nämlich das sog. *ius Flavianum* (vgl. § 13, 3). LAMBERT setzt die Entstehungszeit noch ein weiteres Jahrhundert später an und identifiziert die Sammlung mit dem *ius Aelianum* (vgl. § 14, 2). Der Ansicht LAMBERTS steht BAVIERA nahe, der zwar die Geschichtlichkeit des Dezemvirats anerkennt, den späteren sog. Zwölftafeltext aber nicht als Gesetz des fünften, sondern als Privatsammlung des beginnenden zweiten Jahrhunderts (*ius Aelianum*) betrachtet. Mit Recht werden diese Hypothesen allgemein abgelehnt, s. bes. GIRAUD: *Mélanges* I 3ff.; LENEL: *ZSSSt.* 36, 498ff.; BONFANTE: *Storia del dir. rom.* II 67ff. Weitere Lit. über die Frage bei TAUBLER: *Unters. z. Gesch. d. Dezemvirats u. d. Zwölftafeln* (*Hist. Stud.* 148) und ROTONDI: *Leges publicae populi Romani* 201f.; *Scr. giur.* I 417f. Es handelt sich um die radikalsten Auswirkungen des Kritizismus auf dem Gebiet der altrömischen Geschichte. Sie beruhen auf der Übertreibung an sich richtiger Forschungsmethoden (Aufdeckung von Zurückdatierungen in den Quellen, insbesondere bei mehrfacher Überlieferung der gleichen Ereignisse [PAIS]; Charakteristik und Kritik primitiver Gesetzgebung mit Hilfe der Rechtsvergleichung [LAMBERT]). — Wertvolle Untersuchungen zur Entstehungsgeschichte der Zwölftafeln in dem oben genannten Werk von TAUBLER. Letzte zusammenfassende Behandlung der Zwölftafelgesetzgebung: BERGER: *RE* 4A, 1900ff.

sind zwar in der Form modernisiert und gewiß auch sachlich durch jüngere Zusätze erweitert, entsprechen aber in ihrem Kern durchaus den Rechtsverhältnissen einer sehr alten Zeit. Sie stellen die älteste einigermaßen zusammenhängende Überlieferungsmasse des römischen Rechtes dar, eine Überlieferung, die freilich in ihrer Isolierung vielfach rätselhaft ist; denn die nachfolgende Entwicklung verschwindet wieder für einen langen Zeitraum in völligem Dunkel und kann nur streckenweise durch Rückschlüsse aus späteren Rechtszuständen aufgehellert werden.

2. Nach den Fragmenten zu urteilen, enthielt das Zwölftafelgesetz ganz überwiegend Normen des Privatrechts. Es begann mit einer eingehenden Regelung des privaten Rechtsstreits und der Vollstreckung; in den Vorschriften über das materielle Privatrecht standen neben dem Familien- und Erbrecht vor allem die Privatdelikte (Personalverletzung, Diebstahl, Sachbeschädigung) und die Rechtsverhältnisse an Liegenschaften (Nachbarrecht, Grenzscheidungsansprüche) stark im Vordergrund. Schon diese Verteilung des Schwergewichts kennzeichnet das Zwölftafelrecht als das Recht eines im wesentlichen bäuerlichen Gemeinwesens. Noch schärfer tritt der bäuerliche Charakter in gewissen Einzelheiten hervor: so z. B. in dem Schutz von Saat und Ernte<sup>2</sup> gegen Schadenszauber (tab. VIII 8) und in der strengen Ahndung des Erntediebstahls (tab. VIII 9). Ein Bauernrecht ist stets konservativ, und bereits aus diesem Grunde dürfen wir annehmen, daß die Zwölftafeln in der Hauptsache nur eine Fixierung des altüberkommenen Gewohnheitsrechts darstellten. Dafür spricht aber auch das Hineinragen urtümlicher magischer Vorstellungen<sup>3</sup> in das Gesetzgebungswerk, das im übrigen mit einem sehr bemerkenswerten praktischen Verstande durchgeformt ist. In Einzelheiten mag indessen mancherlei vom Gesetzgeber modernisiert worden sein. So zeigt das Vollstreckungsrecht bei all seiner primitiven Härte doch ein unbeholfenes Bemühen, durch genaue Regelung die Willkür des Gläubigers in Schranken zu halten. Verhältnismäßig weitgehend ist im Deliktsrecht die Privatrache des Verletzten<sup>4</sup> durch feste Bußansprüche ersetzt. Schon ist bei Tötung und Brandstiftung die vorsätzliche und überlegte Tat als ein besonderer Tatbestand erfaßt und damit der erste Schritt zur Herausarbeitung des subjektiven Moments im Delikt getan. Es wird sogar bereits der Versuch gemacht, die unvorsätzliche Handlung als solche zu umschreiben (tab. VIII 24a; vgl. § 108).

3. Daß die griechischen Stadtrechte Unteritaliens die Entstehung und den Inhalt der Zwölftafeln beeinflußt haben, ist angesichts der bis ins sechste Jahrhundert hinaufreichenden kulturellen Beziehungen Roms zum Griechentum sehr wahrscheinlich. Allerdings sind die Erzählungen der antiken Autoren über eine Gesandtschaft nach Athen zum Studium der solonischen Gesetze und über die Mitwirkung eines verbannten Ephesiers Hermodor bei der Schaffung des Gesetzes wenig glaubhaft<sup>5</sup>;

<sup>2</sup> Die Tatbestände des *fruges excantare* und des *segetem pellicere* dürften im Sinne des Gesetzgebers ganz verschiedene Delikte darstellen, und zwar jenes die Schädigung der auf dem Halm stehenden Frucht, dieses das Herüberziehen der (noch nicht aufgegangenen) Saat auf das Feld des Nachbarn. Anders unterscheidet BECKMANN: (s. unten Anm. 3).

<sup>3</sup> Vgl. BECKMANN: Zauberei und Recht in Roms Frühzeit (phil. Diss. Münster 1923), dazu Ed. FRAENKEL: Gnomon I 185ff. — Zur Frage der magischen Elemente im römischen Recht überhaupt vgl. ferner: HUVÉLIN: Les tablettes magiques et le droit romain (Ann. intern. d'hist., Congrès de Paris 1900, 2. section, 15ff.); JOBBÉ-DUVAL: Les morts malfaisants „larvae, lemures“ d'après le droit et les croyances populaires des Rom. 1924 (z. T. auch in RH. 4. Ser., 2, 344ff., 554ff.); über HÄGERSTRÖM: D. röm. Obligationsbegr. i. Lichte d. allgem. röm. Rechtsansch. s. KUNKEL: ZStSt. 49, 479ff.

<sup>4</sup> Aus dem Rechtsbewußtsein des Volkes ist die Privatrache niemals verschwunden, vgl. TAMASSIA: La vendetta nell'antica società romana, Atti Ist. Veneto 79, 2, 1ff.

<sup>5</sup> Von der Gesandtschaft sprechen zuerst Liv. 3, 31ff. und Dionys. 10, 51ff., 57; über Hermodor vgl. Plin. hist. nat. 34, 21; Pomp. D. 1, 2, 2, 4. — Lit. zur Frage des griechischen Einflusses: HOFFMANN: Beitr. z. Gesch. d. griech. u. röm. R. 1870, 1ff.; BOESCH: De XII tabularum lege a Graecis petita (1893); MITTEIS: Röm. Privatr. I 15f.; PAIS: Ricerche sulla storia e sul dir. pubbl. di Roma 145ff.; BERGER: RE. 4 A, 1919ff.



aber schon die Art und Weise des Gesetzgebungsvorganges, die Berufung einer außerordentlichen Magistratur unter zeitweiliger Aufhebung der Verfassung, deutet, trotz aller Abweichungen im einzelnen, auf das Vorbild der griechischen Aisymnetie<sup>6</sup>. Auch im Inhalt des Gesetzes zeigen sich auffällige Parallelen zu den griechischen Stadtrechten, Parallelen, die zum großen Teil schon im Altertum beobachtet worden sind. Dies gilt z. B. für die Vorschriften zur Beschränkung des Aufwands bei Begräbnissen (tab. X), für die Regelung der Grundstücksgrenzen (tab. VII 1, 2) und für die Behandlung des Vereinswesens (tab. X 27)<sup>7</sup>. Nicht zu vergessen, daß das Wort für die Deliktsbuße, *poena* (tab. VIII 4), ein griechisches Lehnwort ist. Im ganzen aber scheint sich die Übernahme griechischen Rechtsguts mehr oder weniger auf gewisse Spezialgegenstände und auf Errungenschaften der griechischen Rechtstechnik beschränkt zu haben. Der nationalrömische Charakter des Ganzen wird durch sie nicht beeinträchtigt<sup>8</sup>.

4. Die Originaltafeln des Gesetzes sind frühzeitig, der Überlieferung nach im Gallierbrand (390 v. Chr.), verlorengegangen. Es ist fraglich, ob man später den Text jemals wieder öffentlich aufgestellt hat. Jedenfalls beruhte schon die Kenntnis der spätrepublikanischen Zeit lediglich auf mündlicher und literarischer Überlieferung<sup>9</sup>. Aus dieser Zeit und den ersten beiden nachchristlichen Jahrhunderten stammen die Zitate und Erwähnungen, durch die wir über den Inhalt des Gesetzes wenigstens bruchstückweise unterrichtet sind; sie finden sich namentlich bei Cicero, bei Varro und bei den Grammatikern, Antiquaren und Juristen der Kaiserzeit und sind seit den Tagen der humanistischen Jurisprudenz wiederholt gesammelt worden. Maßgebend ist heute die Bearbeitung von SCHÖLL *Legis XII tabularum reliquiae*, 1866. Auf ihr beruht die Wiedergabe in den neueren Quellensammlungen, wie z. B. bei BRUNS: *Fontes I*<sup>7</sup>, 15ff.<sup>10</sup>.

#### IV. Die Volksgesetzgebung nach den Zwölftafeln.

§ 5. 1. Nach der Aufzeichnung des gesamten Privatrechts in den Zwölftafeln hat sich die Weiterentwicklung des römischen Rechts im Wege der Spezialgesetzgebung und der Rechtsanwendung vollzogen. Wir kennen vom ausgehenden vierten Jahrhundert an und namentlich aus dem dritten und zweiten Jahrhundert v. Chr. eine Reihe von Volksgesetzen, in denen wichtige Gebiete des Privat- und Prozeßrechts neugeordnet wurden<sup>1</sup>. Etwa seit der Mitte des zweiten Jahrhunderts

<sup>6</sup> Vgl. MOMMSEN: *Röm. Staatsr.* II<sup>3</sup>, 724. Über die Aisymnetie vgl. TÖPFFER: *RE.* 1, 1088; BUSOLT: *Griech. Staatskunde I*<sup>3</sup>, 372ff.

<sup>7</sup> Weitere Einflußpunkte nennt MITTEIS: *Röm. Privatr.* I 16. Indessen ist keineswegs alles sicher (vgl. z. B. PARTSCH: *Arch. f. Pap. f.* 6, 47f. über tab. VII 2), und es muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß diese oder jene Übernahme aus dem griechischen Recht erst jüngeren Datums und nur in der Tradition mit der Zwölftafelgesetzgebung verknüpft ist.

<sup>8</sup> Auch orientalische Einwirkungen auf die Zwölftafeln sind behauptet worden; hier handelt es sich indessen wohl ausnahmslos um bloße Parallelbildungen. — Lit. D. H. MÜLLER: *D. Gesetze Hammurabis u. ihr Verh. z. mosaischen Gesetzgebung sowie z. d. Zwölftafeln* (1903); REVILLOUT: *Les rapports historiques et légaux des quirites et des égyptiens* (1902); *Les origines égyptiennes du droit civil romain* (1912).

<sup>9</sup> In Ciceros Jugend lernte man die Zwölftafeln in der Schule auswendig: *de leg.* 2, 59. Kommentare zu den Zwölftafeln schrieben noch die kaiserzeitlichen Juristen Labeo (§ 18, 2) und Gaius (§ 19, 4). — Ob man aus Cyprian (ep. ad Donatum 10) schließen darf, daß auf dem Markt der römischen Kolonie Karthago ein Zwölftafeltext auf Erztafeln aufgestellt war, ist zweifelhaft. Wenn ja, so kann er nur auf der spätrepublikanischen literarischen Überlieferung beruht haben; vgl. LENEL: *ZSSSt.* 26, 500f.

<sup>10</sup> Nach der von SCHÖLL vorgeschlagenen Ordnung der Fragmente pflegt man auch zu zitieren. Sie ist indessen größtenteils rein hypothetisch, da über die Reihenfolge der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes nur in besonderen Fällen Sicheres zu ermitteln ist. Eine Neuordnung hat BONFANTE: *Storia del dir. rom.* I 150ff. versucht.

<sup>1</sup> Im folgenden sind einige der wichtigsten dieser Gesetze aufgeführt: *lex Poetelia de nexis* (326 oder 313 v. Chr., Milderung des Vollstreckungsrechts, vgl. § 102); *lex Aquilia* angeblich

begann dann die Gesetzgebung sich auf das rein politische Gebiet zurückziehen und zum bloßen Instrument des immer heftiger werdenden politischen Tageskampfes zu entarten. Es ist auch von dieser Seite aus gesehen kein Zufall, daß gerade damals die Praxis der Prätores die Führung unter den treibenden Kräften der Privatrechtsentwicklung übernahm und anfang, neben dem Gesetzesrecht ein richterliches Recht herauszubilden (vgl. § 6ff.). Erst Sulla mit seiner umfangreichen Reform des Strafrechts<sup>2</sup> und Augustus mit einer großen Anzahl von privatrechtlichen und strafrechtlichen Einzelgesetzen<sup>3</sup> stellen die Gesetzgebung wieder zielbewußt in den Dienst der Rechtsfortbildung. Eine erneute gesetzliche Festlegung der gesamten Privatrechtsordnung — wie sie Cäsar geplant haben soll<sup>4</sup>, aber nicht hat ausführen können — brachte freilich auch der neue Staat des Augustus nicht zustande: eine derart umstürzende Tat lag nicht in der Richtung des augusteischen Staatsgedankens, der in erster Linie den Anschluß an die Tradition der hochrepublikanischen Zeit zu gewinnen oder doch vorzutäuschen suchte. So blieben die Zwölf Tafeln, schon gegen Ende der Republik völlig veraltet und größtenteils unverständlich, fast für ein weiteres halbes Jahrtausend das einzige umfassende Gesetzbuch des römischen Rechts.

2. Die Gesetze der republikanischen Zeit und der ersten Kaiserzeit waren Volksgesetze<sup>5</sup>: Sie kamen durch Abstimmung der römischen Volksgemeinde zustande; und zwar hatte ursprünglich nur der Beschluß der gesamten zur Abstimmung versammelten Bürgerschaft (*comitia*) die Wirkung eines Staatsgesetzes (*lex*). Seit einer zu Beginn des dritten Jahrhunderts (um 287 v. Chr.) ergangenen *lex Hortensia* kam jedoch dieselbe Bedeutung auch solchen Beschlüssen zu, die lediglich von dem plebeischen Volksteil gefaßt waren (*plebiscitum*)<sup>6</sup>. Schon damals muß der patrizische Bevölkerungsteil zahlenmäßig im Vergleich zu den Plebejern so gering gewesen sein, daß es den führenden patrizischen Geschlechtern unbedenklich erschien, die in dem Kampf beider Stände erstarkte Sonderorganisation der Plebs auf diese Weise in das Verfassungsleben der Gesamtgemeinde einzugliedern. Die Gleichstellung der eigent-

286 v. Chr., grundlegende Neuordnung der Haftung für Sachbeschädigung, vgl. § 158, 2); *lex Cincia* (204 v. Chr., über Schenkungen, vgl. § 153, 2); *lex Plaetoria* (um 200 v. Chr., grundlegend für die Behandlung von Rechtsgeschäften Minderjähriger, vgl. § 51, 2); *lex Atilia* (vor 186 v. Chr., Vormundschaftsrecht, vgl. § 189, 2); *lex Furia testamentaria* und *lex Voconia* (die zweite 169 v. Chr., die erste vorher, Beschränkungen des Erwerbs von letztwilligen Zuwendungen, vgl. § 224, 1); *lex Aebutia* (zweite Hälfte des zweiten Jh., Neugestaltung des Prozeßrechts, vgl. u. WENGER: § 6); nicht genauer datierbar sind die Bürgerschaftsgesetze, die *leges Publilia*, *Appuleia*, *Furia* und *Cicerea de sponsu*; vermutlich gehören sie mit Ausnahme der älteren *lex Publilia* der zweiten Hälfte des dritten Jahrhunderts an. — Zusammenstellung aller römischen Volksgesetze und des sie betreffenden Quellenmaterials bei ROTONDI: *Leges publicae populi Romani* (Sonderdr. aus *Enciclopedia giuridica italiana*, Mailand 1912); Nachträge hierzu: *Scr. giur.* I 411 ff. Die im Wortlaut erhaltenen Gesetze bei BRUNS: *Fontes I*<sup>7</sup> 45 ff.

<sup>2</sup> Es handelt sich um die sämtlich im Jahre 81 v. Chr. ergangenen *leges Corneliae de falsis, de sicariis et veneficiis, de iniuriis, de adulteriis et de pudicitia*.

<sup>3</sup> Sie betrafen das Vereinsrecht (*lex Iulia de collegiis*, 21 v. Chr.), die Wiederherstellung von Ehe und Sittlichkeit (*leges Iuliae de maritandis ordinibus und de adulteriis coercendis*, beide 18 v. Chr.; *lex Papia Poppaea*, 9 n. Chr.), die Gerichtsverfassung (*leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, 17 v. Chr.), das öffentliche Strafrecht (*leges Iuliae de vi publica et privata*, 17 v. Chr.) und die Einschränkung der Freilassungen (*lex Fufia Caninia*, 2 v. Chr.; *lex Aelia Sentia*, 4 n. Chr.).

<sup>4</sup> Sueton Caes. 44.

<sup>5</sup> Lit.: MOMMSEN: *Röm. Staatsr.* III 308 ff.; KARLOWA: *Röm. Rechtsgesch.* I 388 ff.; PERNICE: *ZSSt.* 22, 64 ff.; ROTONDI: *Leges publicae populi Romani* 1 ff. — Über das Verhältnis der Begriffe *lex* und *ius*: MITTEIS: *Röm. Privatr.* I 30 ff.

<sup>6</sup> Hauptzeugnisse für das Verhältnis von *lex* und *plebiscitum*: Capito b. Gell. 10, 20, 2 und 6; Laelius Felix b. Gell. 15, 27, 4; Gai. 1, 3. — BESELER: *ZSSt.* 44, 359 nimmt an, daß schon vor der *lex Hortensia* ein Plebiszit das ganze Volk habe binden können, wenn es vom patrizischen Senats-teil bestätigt worden sei (*auctoritas patrum*, s. u. unter a). Aber in Gai. 1, 3, worauf sich BESELER beruft, ist *auctoritas* schwerlich im Sinne einer solchen Bestätigung zu verstehen; und selbst wenn dies der Fall wäre, wäre die Behauptung BESELERS noch nicht bewiesen. — Vgl. ferner auch die Abhandlung von BRINI: *Mem. Accad. Bologna* 3. Ser., 4, 67 ff.

lichen *lex* und des *plebiscitum* führte dazu, daß auch die Plebiszite vielfach und selbst im offiziellen Sprachgebrauch als *leges* bezeichnet wurden; in manchen Fällen vermögen wir heute nicht einmal vermutungsweise zu sagen, welcher von beiden Arten ein Gesetz angehört.

a) Eine *lex* im engeren Sinn, d. h. ein Gesetz des Gesamtvolks, konnte nur auf Antrag eines Magistrats ergehen, dem das *ius agendi cum populo* zustand; dieses Recht besaßen nur die oberen Beamten: Konsul, Diktator und Prätor. Eine Initiative von Privatpersonen, insbesondere aus der Volksversammlung heraus, gab es, anders als in den griechischen Demokratien, in Rom niemals. Der Magistrat hatte zunächst den Wortlaut seines Gesetzesantrags und den Termin für die Volksversammlung öffentlich bekanntzumachen (*promulgatio*). Am Tag der Abstimmung lud er nach Einholung der Zustimmung der Götter (*auspicium*) das Volk zur Versammlung und richtete, nachdem der Entwurf verlesen war<sup>7</sup>, die formelle Frage an die Bürgerschaft, ob sie das Gesetz gutheiße (*rogatio*<sup>8</sup>). Das Volk stimmte je nach der Art der einberufenen Volksversammlung nach Kurien, Zenturien oder Tribus geordnet; die Abstimmung (*suffragium*) konnte nur in der Annahme des Entwurfs (*uti rogas*) oder in seiner Ablehnung (*antiquo legem*) bestehen. Ursprünglich geschah sie mündlich, seit 131 v. Chr. schriftlich, also geheim, durch Abgabe von Stimmtafeln (*tabellae*). Entscheidend war nicht die absolute Mehrheit der Einzelstimmen, sondern die Mehrheit der Kurien, Zenturien oder Tribus, innerhalb deren wieder die Einzelstimmen gezählt wurden. Das vom Volk beschlossene Gesetz bedurfte noch einer Bestätigung durch den patrizischen Senat (*patrum auctoritas*). Indessen wurde dieser ursprünglich politisch bedeutsame Akt mit der Zeit zu einer bloßen Formalität, weil nach altem Brauch in der Regel bereits der Entwurf des Gesetzes vor seiner Veröffentlichung dem patrizisch-plebeischen Gesamtsenat zur Begutachtung vorgelegt wurde<sup>9</sup>.

b) Im wesentlichen analog war das Gesetzgebungsverfahren beim Plebiszit<sup>10</sup>. Das *ius agendi cum plebe* stand ausschließlich den Volkstribunen zu, die darum allein ein Plebiszit beantragen konnten. Die Plebs stimmte in historischer Zeit stets nach Tribus geordnet. Da das Plebiszit seinem Ursprung nach überhaupt kein Staatsakt, sondern der Sonderbeschluß eines Volksteiles war, bedurfte es hier nicht, wie bei der *lex*, der Befragung der Götter (*auspicium*) und der Bestätigung durch das Vollwort des patrizischen Senats (*patrum auctoritas*).

3. Von dem eigentlichen Volksgesetz, der *lex rogata*, ist das von einem Magistrat erlassene Gesetz, die *lex data*<sup>11</sup>, zu unterscheiden; Gesetze dieser letzten Art waren zumeist die Provinzialordnungen<sup>12</sup> und die Gemeindeordnungen für Kolonien und Munizipien<sup>13</sup>; durch *leges datae* konnte ferner Nichtrömern das Bürgerrecht verliehen werden; endlich gehören die gesetzgeberischen Maßnahmen außerordentlicher ver-

<sup>7</sup> Eine beratende Behandlung des Gesetzentwurfs vor dem Volk, bei der der Magistrat auch Privaten das Wort erteilen mochte, konnte in einer besonderen Versammlung (*contio*) an einem der vorausgehenden Tage oder auch unmittelbar vor der Abstimmung stattfinden; vgl. MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 393ff.

<sup>8</sup> Die Rogationsformel lautete: *Velitis iubeatis* (folgt der Text des Gesetzesvorschlags), *haec ita, uti dixi, ita vos Quirites rogo*; vgl. z. B. Gell. 5, 19, 9.

<sup>9</sup> Dadurch, daß nach dem Verschwinden des politischen Gegensatzes zwischen Patriziern und Plebejern der Gesamtsenat durchaus den Charakter einer einheitlichen Körperschaft gewann, verlor das Recht eines bloßen Teiles des Senats notwendig seine Bedeutung. — Lit.: MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 1037ff.; WILLEMS: Le Sénat II 33ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. I 46ff.

<sup>10</sup> Hierzu MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 149ff.

<sup>11</sup> Über die *leges datae* vgl. MOMMSEN: Jur. Schr. I 284ff., Röm. Staatsr. III 310f., II<sup>3</sup> 888f.; ROTONDI: Leges publicae populi Romani 15ff.

<sup>12</sup> So z. B. die *leges Pompeiae* für die Provinz Bithynien; Plin. ad Trai. 79; 112; 114.

<sup>13</sup> Eine Anzahl solcher Gemeindeordnungen sind uns mehr oder minder vollständig auf Inschriften erhalten (für Tarent, Narbo und die spanischen Gemeinden Urso, Salpensa und Malaca: BRUNS: Fontes I 7 120ff.

fassungsgebender Magistraturen zu den *leges datae*, sofern sie nicht speziell durch einen Volksbeschluß in Kraft gesetzt wurden<sup>14</sup>. In allen diesen Fällen bedurfte es jedoch einer besonderen Ermächtigung des Magistrats durch das Volk, so daß auch die *lex data* letztlich auf dem Willen des *populus Romanus* beruhte.

## V. Magistratische Jurisdiktion.

§ 6. Wesen der Jurisdiktion. 1. In dem Zeitraum zwischen den punischen Kriegen und dem Ausgang der Republik entwickelte sich die Rechtspraxis zu einem Hauptfaktor der römischen Privatrechtsgeschichte. Diese Erscheinung erklärt sich letztlich aus den ungeheuren wirtschaftlichen und sozialen Umwälzungen, die sich an die Begründung der römischen Weltmachtstellung knüpften. In kürzester Frist wurde Rom aus einem lokalen Mittelpunkt Italiens zum Zentrum des gesamten Weltverkehrs. Dieser Ausdehnung der wirtschaftlichen Maßstäbe konnten die starren Formen des altrömischen Rechts nicht mehr genügen. Die Gesetzgebung vermochte der stürmischen Entwicklung nicht zu folgen, ja sie begann eben im kritischen Moment ihre Fruchtbarkeit auf privatrechtlichem Gebiet zu verlieren. So war die Praxis auf sich selbst angewiesen. Dabei kam ihr der Umstand zustatten, daß die wichtigste Rolle im römischen Prozeßverfahren nicht ein Richter spielte, der bedingungslos an die Vollziehung des Gesetzes gebunden war, sondern ein Magistrat, der kraft der umfassenden Machtfülle seines Imperiums in der Lage war, im gegebenen Augenblick die Schranken der bisherigen Rechtsordnung zu überschreiten und den Boden der schöpferischen Rechtsfindung zu betreten.

2. Bei oberflächlicher Betrachtung erscheint freilich zunächst die Aufgabe des Magistrats im zivilen Rechtsstreit ziemlich bescheiden, jedenfalls viel weniger umfassend, als die des modernen Richters. Es oblag ihm nicht etwa die gesamte Durchführung des Prozesses bis zum Urteil, sondern lediglich eine prozeßleitende Tätigkeit. Er hatte die vertragliche Einsetzung eines Schiedsgerichts zwischen den streitenden Parteien zu bewirken und dadurch für eine Erledigung des Rechtsstreits in geordnetem Verfahren Sorge zu tragen. Die eigentliche Abwicklung des Prozesses lag in der Hand des privaten Schiedsrichters. Trotzdem war es der Magistrat, der die grundlegenden Entscheidungen zu treffen hatte. Von seinem Ermessen hing vor allem die Zulassung oder Nichtzulassung der Klage ab: verweigerte er nämlich seine Mitwirkung, so konnte ein Schiedsgericht nicht zustandekommen, und der Kläger blieb ohne Rechtsschutz; es half dem Kläger auch nichts, wenn das Gesetz ihm ausdrücklich die Klagmöglichkeit verhielt, denn gegen die Maßnahme des Magistrats gab es keine Instanz<sup>1</sup>. Umgekehrt stand es auch in der Macht des Magistrats, in solchen Fällen eine Klage zu gestatten, in denen es an einem gesetzlichen Klaggrunde fehlte; er konnte den Beklagten jederzeit mit den Machtmitteln seines Imperiums zwingen, sich auf ein Schiedsverfahren einzulassen. Aber nicht nur die Zulassung der Klage stand im Ermessen des Magistrats: der Magistrat bestimmte — wenigstens seit dem Aufkommen des sog. Formularprozesses<sup>2</sup> — in weitem Umfange auch den Verlauf des

<sup>14</sup> Dies geschah der Überlieferung nach bei der Zwölftafelgesetzgebung. Ob jedoch diese Überlieferung zutrifft, steht dahin.

<sup>1</sup> Der Kläger konnte lediglich versuchen, seinen Anspruch bei einem anderen zuständigen Magistrat anzubringen, insbesondere nach Ablauf des Amtsjahres beim Nachfolger dessen, der ihm die Klage verweigert hatte.

<sup>2</sup> Vgl. u. WENGER: §§ 6 u. 9. — Hier sei nur bemerkt, daß nach richtiger Auffassung der Formularprozeß nicht erst durch die *lex Aebutia* (149—125 v. Chr.) neugeschaffen worden ist, sondern bereits geraume Zeit vorher in Übung war, und zwar nicht nur im Fremdengericht, sondern auch unter Bürgern; die *lex Aebutia* wird ihm lediglich die Klagen aus Gesetz und altem Gewohnheitsrecht erschlossen haben, die bis dahin dem älteren Legisaktionsverfahren vorbehalten waren. Hierüber vgl. MITTEIS: Röm. Privatr. I 38ff. (dort 39, Anm. 2 weitere Lit.).

schiedsrichterlichen Verfahrens. Indem bei der Einsetzung des Schiedsgerichts der Gegenstand des Rechtsstreits schriftlich formuliert wurde und der Magistrat den Richter anwies, auf Grund dieser Formel zu urteilen, schrieb der Magistrat die Fragen vor, die der Richter zu entscheiden hatte; er vermochte ihm auf diese Weise die Beurteilung der Rechtslage ganz aus der Hand zu nehmen und ihn zum bloßen Werkzeug der Beweiserhebung zu machen<sup>3</sup>. — Schon aus diesen Andeutungen läßt sich ermessen, wie außerordentlich groß die Einwirkungsmöglichkeiten der magistratischen Jurisdiktion waren; daß sie nicht zu systemloser Willkür führten, war die Folge der strengen Bindung an die Tradition, die das römische Leben überhaupt und in besonderm Maße das Rechtsleben beherrschte. Es war selbstverständlich, daß die Entscheidungen des Magistrats stets ihren Ausgang vom geltenden Recht nahmen und nur da, wo dringende Bedürfnisse es forderten, den Weg der freien Rechtsgestaltung einschlugen<sup>4</sup>. Erst durch eine lange, organische Entwicklung ist die magistratische Rechtsschöpfung zu voller Entfaltung gekommen. Ihren Niederschlag fand diese Entwicklung in den Amtsprogrammen der Jurisdiktionsmagistrate: den Edikten.

§ 7. Die Edikte. 1. *Edicta* sind Kundgebungen der Magistrate an die Allgemeinheit; jeder Magistrat war zu solchen Kundgebungen befugt. Sie konnten mündlich in der Volksversammlung (*contio*) stattfinden — dies ist die ältere Form — oder schriftlich durch öffentlichen Aushang bzw. öffentliche Aufstellung des Edikttextes. Vielfach betrafen sie einmalige Maßnahmen der Tagespolitik oder der Verwaltung, dann erschöpfte sich ihre Geltung mit ihrer Aktualität. Sie konnten aber auch von grundsätzlicher und für die gesamte Amtstätigkeit des Magistrats maßgebender Bedeutung sein; dann galten sie, solange der Magistrat, der sie erlassen hatte, im Amte war (*edicta perpetua*)<sup>1</sup>. Zu den Edikten der letzten Art gehören die Jurisdiktionsedikte; sie enthielten die Grundsätze, nach denen der edizierende Magistrat bei der Ausübung der Gerichtsbarkeit zu verfahren gedachte<sup>2</sup>, und die Formeln, die er je nach den Voraussetzungen des Einzelfalles den Parteien zur Verfügung stellte. Derartige Edikte erließen vor allem die beiden Prätores, denen der Hauptanteil der stadtrömischen Gerichtsbarkeit zufiel: der *praetor urbanus* für die Rechtsstreitigkeiten unter Bürgern und der *praetor peregrinus* (seit der Mitte des dritten Jahrhunderts v. Chr., vgl. § 34, 2) für Prozesse zwischen römischen Bürgern und Ausländern und unter Ausländern; ferner die kurulischen Ädilen, denen als Trägern der Marktpolizei die Jurisdiktion über die Sklaven- und Viehkäufe auf dem römischen Markt zustand; in den Provinzen die Statthalter für den Jurisdiktionsbereich, der in Rom den Prätores oblag, und die Quästoren, deren Gerichtsbarkeit den gleichen Umfang hatte wie die der Ädilen in Rom<sup>3</sup>.

2. Da das Edikt die persönliche Äußerung des amtierenden Magistrats war, erschien beim Ablauf eines jeden Amtsjahres mit dem neuen Amtsträger auch ein neues Edikt. Indessen ergab sich schon aus dem Bedürfnis nach einer geordneten und stetigen Rechtspflege die Notwendigkeit, das neue Edikt soweit als möglich an

<sup>3</sup> Dies geschah bei den *actiones* mit *formula in factum concepta*; vgl. § 101, 3.

<sup>4</sup> Daß, namentlich in spätrepublikanischer Zeit, gelegentlich mit der Jurisdiktionsfreiheit Mißbrauch getrieben wurde (vgl. Cic. in Verr. 2, 1, 119, s. auch § 7, Anm. 2), schließt dieses Gesamturteil nicht aus.

<sup>1</sup> Dies ist der ursprüngliche Sinn der Bezeichnung *edictum perpetuum* für die „ewige“, weil nicht mehr veränderliche hadrianische Ediktsredaktion (s. Ziff. 2) verwenden es vermutlich erst die Kaiserkonstitutionen der Severenzeit: PRINGSHEIM: *Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel* I ff.

<sup>2</sup> Ursprünglich war der Magistrat an diese Grundsätze nicht gebunden. Erst eine im Jahre 67 v. Chr. ergangene *lex Cornelia de iurisdictione* änderte diesen Zustand; sie beruhte wohl auf Mißbräuchen, wie sie Cicero von Verres berichtet (§ 6, Anm 4).

<sup>3</sup> Die Jurisdiktionsedikte waren am Amtssitze des Magistrats auf geweißten Holztafeln (*album*) öffentlich ausgestellt.

das des Amtsvorgängers anzupassen. So bildete sich frühzeitig ein fester Bestand von Normen heraus, der von Edikt zu Edikt weiterwanderte (*edictum tralatitium*) und sich nur allmählich änderte und vermehrte. Man kann darum von dem Edikt eines bestimmten Jurisdiktionsbereichs als einer geschichtlichen Einheit sprechen, zu deren Entwicklung die einzelnen Jahresmagistrate mehr oder weniger, manche wohl auch gar nichts, beigetragen haben. Die Einzelheiten der Ediktsentwicklung sind uns freilich so gut wie völlig unbekannt. Genauer unterrichtet sind wir lediglich über die abschließende Redaktion, die das Edikt des *praetor urbanus*<sup>4</sup> und das ädilische Edikt um 130 n. Chr. auf Veranlassung Hadrians durch den Juristen Salvius Iulianus (§19, 3) erfahren hat. Diese Fassung liegt den Ediktskommentaren der Juristen aus dem zweiten und dem Beginn des dritten Jahrhunderts n. Chr. zugrunde; aus den Fragmenten dieser Kommentare, die uns hauptsächlich in der justinianischen Gesetzgebung erhalten sind, hat die rechtsgeschichtliche Forschung, vor allem die Forschung OTTO LENEL<sup>5</sup>, Inhalt und Aufbau, in erheblichem Umfang sogar den Wortlaut wiederhergestellt. Von den vorjulianischen Ediktsredaktionen kennen wir dagegen nur vereinzelte Sätze<sup>6</sup>. Auch der Zeitraum, in dem sich die entscheidenden Fortschritte in der Ausgestaltung der Edikte vollzogen haben, kann nur vermutungsweise und im wesentlichen mit Hilfe indirekter Schlüsse bestimmt werden. Sicher war es nicht die beginnende Kaiserzeit; denn die politische Übermacht des Kaisers mußte alsbald die freie Betätigung der Jurisdiktionsgewalt lahmlegen: der beste Beweis dafür ist die Tatsache, daß schon Hadrian sich veranlaßt sah, den Wortlaut der Edikte endgültig zu fixieren. Die Periode der stärksten Entwicklung ist somit in republikanischer Zeit zu suchen, und zwar wiederum nicht in den stürmischen letzten Jahrzehnten, sondern wahrscheinlich im Laufe des zweiten und zu Beginn des ersten Jahrhunderts, also gerade in dem Zeitraum, in dem die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse ein entscheidendes Hervortreten der magistratischen Jurisdiktion bewirkt haben muß (§6, 1). Zu dieser Annahme paßt auch die Tatsache, daß die älteren Ciceroreden (seit 81 v. Chr.) die Edikte als etwas seit längerer Zeit Vorhandenes voraussetzen und den Anschein erwecken, als sei die Hauptmasse des Ediktstoffs damals schon angesammelt gewesen<sup>7</sup>.

3. Die Edikte enthielten Ankündigungen, Gebote und Verbote des Magistrats und prozessuale Formeln. Die Behandlung der einzelnen Rechtsbehelfe war verschieden, je nachdem es sich um Tatbestände handelte, bei denen der Magistrat sich auf die Verwirklichung des Gesetzes- oder Gewohnheitsrechts beschränkte, oder um solche, die von der Jurisdiktion neugeschaffen oder neugeordnet waren. Im ersten Fall enthielt das Edikt lediglich die Klagformel, im zweiten ging der Formel regelmäßig<sup>8</sup> eine besondere Rechtsschutzverheißung voraus (z. B.: *Quae dolo malo facta esse*

<sup>4</sup> Daneben kennen die Quellen der nachhadrianischen Zeit noch ein *edictum provinciale* (vgl. BUCKLAND: R.H. 4. Ser., 13, 81ff.); der Jurist Gaius (§19, 4) hat es kommentiert, und aus den Fragmenten seines Kommentars ergibt sich eine weitreichende Übereinstimmung mit dem stadtrömischen Edikt. Möglicherweise hatte man die einzelnen Provinzialdelikte durch ein einheitliches *edictum provinciale* ersetzt. Fraglich ist auch das Schicksal des stadtrömischen Peregrinenedikts, vielleicht ist es mit dem Edikt des *praetor urbanus* verschmolzen worden. Seine Bedeutung muß ohnehin durch die Ausbreitung des Bürgerrechts in der Kaiserzeit erheblich zurückgegangen sein.

<sup>5</sup> LENEL, O.: Das *Edictum perpetuum*, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung<sup>3</sup>, 1927. Vgl. die Besprechungen der 2. Aufl. durch PARTSCH: ZSt. 30, 490ff.; 31, 407ff.; der 3. Aufl. durch PRINGSHEIM: ZSt. 48, 726ff. Die in zahllosen Monographien verstreuten Einzelbeiträge zur Rekonstruktion und zum Verständnis des Edikts können hier nicht aufgeführt werden.

<sup>6</sup> Vgl. z. B. Cic. pro Tull. 44, 45; in Verr. 2, 1, 45, 117; Fest. p. 233 (s. v. *possessio*); Gell. 11, 17, 2. — Lit.: FERRINI: Opere II 163ff.; GIRARD: Mélanges I 177ff.; WEISS: ZSt. 50, 249ff.

<sup>7</sup> Lehrreich ist in diesem Zusammenhang auch der Bericht, den Cicero ad Att. 6, 1, 15 über sein Statthalteredikt für die Provinz Kilikien gibt (51 v. Chr.).

<sup>8</sup> Nicht ausnahmslos. Über honorarrechtliche Formeln ohne Edikt vgl. WLASSAK: Edikt u. Klageform 124ff.; KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 41f.; LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 219, 493.

*dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, intra annum iudicium dabo*). Im Gegensatz zu den Klagformeln nannte man diese Rechtsschutzverheißungen und die anderen Ankündigungen und Anordnungen des Magistrats speziell *edicta* (*edictum de dolo malo* usw.). Die Anordnung des gesamten Ediktsstoffs läßt — wenigstens im hadrianischen Prätorenedikt — gewisse sachliche Prinzipien erkennen, die aber weniger aus dem Bestreben nach systematischer Erfassung als der praktischen Gestaltung der Jurisdiktionstätigkeit erwachsen sind. Eine Reihe von magistratischen Geboten und Verboten (die Interdikte; vgl. § 66 und WENGER: § 19,4), die Formulare für Einreden (*exceptiones*; WENGER: § 9,5) und gewisse Verpflichtungsformeln zum Zweck der Sicherheitsleistung (*stipulationes praetoriae*; vgl. § 56 und WENGER: § 19,1) waren in Anhängen des Edikts zusammengestellt.

§ 8. Zivilrecht und honorarisches Recht<sup>1</sup>. 1. Die aus der magistratischen Jurisdiktion erwachsenen Grundsätze erschienen dem römischen Betrachter ursprünglich nicht als echte Rechtsnormen. Noch in der Rechtsliteratur der Kaiserzeit bezeichnet das Wort *ius* in erster Linie nur die auf Gesetz oder alter Gewohnheit beruhenden Normen. Dementsprechend waren *iusta* oder *legitima* nur diejenigen Rechtsverhältnisse, die vom Gesetz oder vom Gewohnheitsrecht anerkannt waren. Recht und Rechtsverhältnisse in diesem strengen Sinn vermochte der Magistrat nicht zu schaffen. Ihm stand nur die Handhabung der Gerichtsbarkeit zu, durch die er zwar einer Norm des *ius* ihre praktische Bedeutung nehmen und das Schwergewicht des tatsächlichen Rechtslebens in andere Tatbestände verlegen, aber niemals in den Bestand der Rechtsordnung selber eingreifen konnte. So lag es zwar in seiner Macht, einen Nichteigentümer wie einen Eigentümer zu schützen und dafür den Eigentümer schutzlos zu lassen oder eine von Rechts wegen nicht zur Erbfolge berufene Person wie einen Erben zu behandeln; aber er vermochte nicht aus dem Nichteigentümer einen Eigentümer, aus dem Nichterben einen Erben zu machen<sup>2</sup>. Es handelt sich hierbei keineswegs um eine sinnlose Spitzfindigkeit, sondern um eine Unterscheidung, die aus der Wesensverschiedenheit zwischen der dem Gesamtvolk vorbehaltenen Normgebung durch Gesetz und Rechtsbrauch und der magistratischen Herrschaftsmacht hergeleitet ist, ihre Wurzel also in den Grundbegriffen des römischen Staatsrechts hat. Gerade eine urwüchsige Rechtsvorstellung kann derartige Strukturgegensätze nicht über der faktischen Gleichwertigkeit der Auswirkungen außer acht lassen.

2. Freilich konnte die Betrachtung nicht auf diesem Standpunkt verharren. Je mehr sich die magistratische Jurisdiktionsordnung zu einem umfassenden System von Normen zusammenschloß, die in langer Übung bewährt waren, desto mehr mußte sich die Anschauung geltendmachen, daß auch diese Normen den Charakter von Rechtssätzen trügen. Wir finden diesen Gedanken schon bei Cicero, der gelegentlich versucht, den Inhalt der Edikte unter den Gesichtspunkt des Gewohnheitsrechts zu bringen (de inv. 2, 22, 67), ein andermal aber davon spricht, daß man das Jurisdiktionsedikt als eine *lex annua* bezeichnen könne (in Verr. 2, 1, 49, 109). Mit Recht hat man diese Einordnungsversuche in der Folgezeit aufgegeben. Vom Gewohnheitsrecht unterscheidet sich die magistratische Jurisdiktionsordnung vor allem durch die Planmäßigkeit ihrer Fortbildung: nicht die irrationale Rechtsüberzeugung der Gesamtheit, sondern der bewußte Wille bestimmter Einzelpersonlichkeiten hat die Ediktstnormen geschaffen. Die Bezeichnung als *lex annua* aber hat lediglich den Wert eines Gleichnisses; sie läßt die Wesensverschiedenheit von Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit außer acht (Ziff. 1), die gerade für die Zeit Ciceros noch völlig unverfälscht war. Die Rechtstheorie der Kaiserzeit stellte deshalb das Gesetzes- und Gewohnheitsrecht (*ius civile*) und das „Amtsrecht“ der Magistrate (*ius honora-*

<sup>1</sup> Vgl. BIONDI: Prospettive romanistiche (Pubbl. Univ. catt. del Sacro Cuore 2, Ser., 37), 36ff.

<sup>2</sup> Vgl. Gai. 3, 32: *praetor heredes facere non potest*.

rium)<sup>3</sup> einander als gleichwertige und verschiedenartige Rechtsgebiete gegenüber. Damit erkannte man den Rechtscharakter der magistratischen Ordnung an, ohne ihre Eigenart aufzuheben. Man kam auf diese Weise zu einer Doppelung vieler Rechtsverhältnisse: dem zivilrechtlichen Eigentum und der zivilen Verbindlichkeit entsprach hiernach ein honorarrechtliches Eigentum und eine honorarische Verbindlichkeit. Die ursprünglich dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht vorbehaltenen Begriffe wie *dominium* und *obligatio* verwendete man jetzt in einem weiteren Sinn auch für die vom Magistrat geschaffenen Tatbestände<sup>4</sup>; eine gewisse Inkorrektheit mag man dabei freilich immer noch empfunden haben, und für manche Tatbestände enthielt man sich auch weiterhin einer solchen Erstreckung der zivilrechtlichen Terminologie. — Im Laufe des zweiten Jahrhunderts n. Chr. begann die Empfindung für den Strukturgegensatz beider Rechtsordnungen zu verblassen. Der Ediktstext war seit Hadrian endgültig festgelegt, der Kampf zwischen Recht und Rechtsanwendung beendet. Kaisergesetzgebung und Rechtswissenschaft, beide nach den Anschauungen der Zeit Quellen zivilrechtlicher Normen, übernahmen die Fortbildung auch der honorarischen Rechtssätze. So kündigte sich bereits der Verschmelzungsprozeß<sup>5</sup> an, der dann in nachdiokletianischer Zeit mit Entschiedenheit hervortrat, freilich ohne zu einem klaren Abschluß zu gelangen: Die Schöpferkraft der Spätzeit war viel zu gering, um den gesamten Rechtsstoff zu einer völligen Einheit umzuschaffen. Noch bei Justinian wirkt darum der Dualismus von Zivilrecht und honorarischem Recht an zahlreichen Punkten nach.

3. Auch in dem Zeitraum schärfster begrifflicher Scheidung waren beide Rechtssysteme in ihrer praktischen Gestaltung und Wirksamkeit aufs engste miteinander verflochten. Nicht nur, daß der Magistrat sich in vielen Einzelfragen auf die Vollziehung und Ergänzung der zivilen Ordnung beschränkte<sup>6</sup>. Auch wo er Neues schuf, suchte er begreiflicherweise soweit als möglich die Anlehnung an zivilrechtliche Vorstellungen<sup>7</sup>. Vor allem aber sind offenbar wiederholt wichtige Schöpfungen der prätorischen Jurisdiktion in das zivile Gewohnheitsrecht übergegangen<sup>8</sup>.

## VI. Senatsbeschlüsse.

§ 9. 1. Der römische Senat war von Hause aus kein gesetzgebendes, sondern ein beratendes Organ. Einen erheblichen Einfluß auf die Gesetzgebung hat er indessen immer ausgeübt. Nicht nur dadurch, daß die vom Volk beschlossenen Gesetze der Bekräftigung durch den patrizischen Senatsteil bedurften (§ 5, 2). Die „Gutachten“ des Gesamtensats (*senatus consulta*) werden von jeher vielfach den Anstoß zur Gesetzgebung gegeben und bei der Gestaltung der Gesetzesvorschläge entscheidende Bedeutung gehabt haben. Als dann etwa seit der Zeit der punischen Kriege die Jahresmagistratur den steigenden Anforderungen der Reichsverwaltung immer we-

<sup>3</sup> Oder, je nach dem Magistrat, der die betreffende Norm geschaffen hatte: *ius praetorium*, *aedilicium* usw.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu SEGRE: Studi Bonfante III 501ff., bes. 571ff.; ferner u. § 100, 3.

<sup>5</sup> Hierzu bes. RICCOBONO: Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos. 16, 503ff.; Mélanges Cornil II 237ff.; Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 9, 1ff.; CHIAZZESE: Confronti testuali (Ann. Palermo 16) 348ff.

<sup>6</sup> Darum sagt Papinian D. 1, 1, 7, 1: *ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*.

<sup>7</sup> So knüpft der Schutz des honorarischen Eigentums an den zivilrechtlichen Tatbestand des Ersitzungsbesitzes an (§ 80); die honorarrechtliche Behandlung der Personalverletzung (*iniuria*, § 159) und der Intestaterbfolge (§ 194, 5; § 197) sind Umgestaltungen zivilrechtlicher Normen usw.

<sup>8</sup> Dies gilt insbesondere von den sog. Konsensalkontrakten, die vermutlich einer alten Schicht des Honorarrechts entstammen, aber schon gegen Ende der Republik den Charakter von zivilrechtlichen Verträgen angenommen haben. Dagegen waren eine Reihe von Rechtsverhältnissen, die später unter die Realkontrakte gezogen wurden, nämlich Leihe, Verwahrung und Pfandvertrag noch zur Zeit des hadrianischen Edikts nicht völlig rezipiert: vgl. über sie § 117, 2c.



niger gewachsen war und dadurch der Einfluß des Senats sehr viel stärker in den Vordergrund trat, mögen gewisse Übergriffe auch in die Sphäre der Gesetzgebung vorgekommen sein<sup>1</sup>. Echte Gesetzgebungsmacht erlangte der Senat jedoch erst in der Kaiserzeit, und zwar, wie es scheint, nicht durch eine gesetzliche Verfassungsänderung<sup>2</sup>, sondern durch die Macht der Verhältnisse: Zwar hat noch Augustus für seine Reformen die Form der Volksgesetzgebung gewählt (§ 5, 1); als Begründer einer neuen Staatsform bedurfte er der Legitimierung durch den höchsten Souverän. Nachdem aber die neue Ordnung des Staats gefestigt war, konnte die Heranziehung des Volkes nicht mehr erwünscht erscheinen. Denn der Sinn der Volksgesetzgebung war längst verlorengegangen, da die gesündesten Elemente der römischen Bürgerschaft fern von Rom in Italien und in den Provinzen zerstreut waren und statt ihrer die besitzlose und unruhige hauptstädtische Masse die Volksversammlungen beherrschte. So kam, wenn die Kaiser die Formen eines republikanischen Regiments wahren wollten, allein der Senat als Gesetzgeber in Betracht. Freilich mußte das Übergewicht der kaiserlichen Macht den Senat von vornherein zu einem gefügigen Werkzeug machen: die Anträge, die der Kaiser im Senat vortrug oder, wie es später zur Regel wurde, durch einen seiner Quästoren verlesen ließ, fanden kaum je nennenswerten Widerstand. Bis in die Mitte des zweiten Jahrhunderts haben die Kaiser immer wieder versucht, den Senat zu selbständiger Meinungsäußerung und wirklicher Mitarbeit zu erziehen, zu meist offenbar mit sehr geringem Erfolg<sup>3</sup>. So kann es nicht überraschen, daß nach den Militärrevolutionen des ausgehenden zweiten Jahrhunderts der Senatsbeschluß zu einer leeren Formalität herabgesunken war und als das eigentlich Wesentliche der kaiserliche Antrag (*oratio*) erschien<sup>4</sup>; aus dem Senatsbeschluß wurde damit ein durch Verlesung im Senat publiziertes Kaisergesetz<sup>5</sup>.

2. Sieht man von diesen späteren Kaiserbotschaften ab, so erstreckt sich die Periode der Senatsgesetzgebung von den letzten Jahren des Augustus<sup>6</sup> bis zu Mark Aurel und Kommodus. Die Zahl der privatrechtlich bedeutsamen Senatsbeschlüsse ist recht erheblich; namentlich das Personenrecht und das Erbrecht sind durch sie wesentlich umgestaltet worden. Die einzelnen *senatus consulta* wurden — nicht offiziell, aber im Sprachgebrauch der Rechtsliteratur — vielfach durch Benennung nach dem Antragsteller oder demjenigen Magistrat unterschieden, der den Antrag zur Verhandlung gestellt hatte<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> So erklärt sich auch, daß schon gegen Ende der Republik das *senatus consultum* gelegentlich unter den Rechtsquellen aufgezählt wird: vgl. bes. Cic. top. 5, 28. — Über die gesetzgeberische Tätigkeit des Senats in republikanischer Zeit und ihren Charakter vgl. MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 1231, 1236f. und zuletzt mit eingehender Erörterung aller Quellenzeugnisse LORETI-LORETTI: Studi Bonfante IV 377 ff.

<sup>2</sup> Noch Gai. 1, 4 weiß von Zweifeln über die Gesetzeskraft der *senatus consulta* zu berichten, die freilich zu seiner Zeit offenbar schon überwunden waren vgl. auch Ulp. D. 1, 3, 9.

<sup>3</sup> Vgl. hierüber mit eingehenden Quellennachweisen STROUX: Eine Gerichtsreform des Kaisers Claudius (Sb. München 1929, 8) 70 ff.

<sup>4</sup> Während noch unter Hadrian der Senatsbeschluß gegenüber der kaiserlichen *oratio* eine selbständige Fassung hatte (D. 5, 3, 20; vgl. eod. 22 u. 40 pr.), werden für die Zeit der severischen Kaiser nur noch die *orationes* zitiert (D. 27, 9, 1, 1); an die beschließende Funktion des Senats erinnern nur noch verbindliche Wendungen in der *oratio*, wie etwa: *si censueritis patres conscripti* (fr. Vat. 158).

<sup>5</sup> Die Tätigkeit des Senats beschränkt sich immer mehr auf Beifallsrufe und Huldigungen. Ein anschauliches Bild davon gibt das Protokoll über die Senatssitzung, in der der *codex Theodosianus* publiziert wurde (*gesta senatus Romani de Theodosiano publicando*, 438 n. Chr., auf S. 1ff. der Mommsenschen Ausg.).

<sup>6</sup> Noch unter Augustus: das *senatus consultum Silanianum* (10 n. Chr., vgl. § 40, Anm. 3) und das *senatus consultum Aemilianum* (11 n. Chr.).

<sup>7</sup> Und zwar ist die Bezeichnung in der Regel nicht vom Gentilnamen abgeleitet (wie bei den *leges*), sondern vom *cognomen*: z. B. *senatus consultum Iuncianum* nach Aemilius Iuncus (D. 40, 5, 28, 4). — Vereinzelt ist die Benennung eines Senatsbeschlusses nach dem Verbrecher, dessen Tat den Anlaß zum Eingreifen des Gesetzgebers geboten hatte: *senatus consultum Macedonianum* (vgl. § 135, 4).

## VII. Die Kaisergesetzgebung.

### § 10. Rechtsgrundlage und allgemeine Entwicklung der Kaisergesetzgebung.

1. Die Neuordnung des römischen Staates durch Augustus trug nach außen hin den Charakter einer Reorganisation der republikanischen Verfassung. Volk und Senat blieben weiterhin die Träger der Souveränität. Nach wie vor amtierten die republikanischen Jahresbeamten. Die Anknüpfung an die Tradition der großen Zeit des hochrepublikanischen Staats wurde nachdrücklich betont. Der Kaiser selbst ordnete sich als *princeps civitatis*, als erster Bürger, der mehr durch seine persönliche Geltung (*auctoritas*) als durch Machtbefugnisse (*potestas*) die Politik beeinflussen wollte, in die wiederhergestellte republikanische Verfassung ein. Dieser Haltung entspricht es, daß Augustus die ihm wiederholt unter dem Titel einer *cura legum et morum* angetragene Befugnis zu eigenmächtiger Gesetzgebung stets abgelehnt hat (Mon. Ancyranum, Graec. 3, 11 ff.). Eine verfassungsmäßig begründete Gesetzgebungsmacht haben somit weder Augustus noch seine Nachfolger besessen<sup>1</sup>. Ihre rechtsschöpferische Tätigkeit vollzog sich vielmehr in Formen, die der Ausübung des magistratischen Imperiums entsprachen oder doch mindestens verwandt waren (vgl. § 6 ff.). Der ungeheure Umfang der kaiserlichen Amtsgewalt und die überragende politische Bedeutung des Kaisertums mußten indessen den Anordnungen (*constitutiones*) der Kaiser im Bewußtsein des Volkes und in der Rechtsanwendung bald gesetzgleiche Geltung verleihen. In der Tat erscheinen schon im hadrianischen Edikt die *edicta decreta*<sup>2</sup> *principum* als gleichwertige Rechtsquellen neben den *leges, plebiscita und senatus consulta*<sup>3</sup>. Auch die Theorie folgte dieser zwangsläufigen Entwicklung: Mindestens seit der Mitte des zweiten Jahrhunderts n. Chr. wurde den Kaiserkonstitutionen in der römischen Rechtsliteratur Gesetzeswirkung zuerkannt<sup>4</sup>.

2. Die Kaiser selbst haben sich bis ins dritte Jahrhundert hinein, man kann sogar sagen, bis auf Diokletian, im allgemeinen in den Grenzen gehalten, die ihnen die von Augustus geschaffene Staatsordnung auferlegte. Sie haben es grundsätzlich vermieden, durch eigenmächtige Rechtsverordnungen in den Bestand des geltenden Rechts einzugreifen, wiewohl ihnen im *ius edicendi* (§ 11, 1) eine Handhabe dafür gegeben war und ihre politische Allmacht Übergriffe jederzeit erlaubt hätte. Statt dessen bedienten sie sich zu gesetzgeberischen Maßnahmen, wie wir sahen, anfänglich des Volksgesetzes und später des Senatsbeschlusses, der freilich dem kaiserlichen Antrag gegenüber immer mehr zur bloßen Formalität wurde. Trotz dieser Zurückhaltung im Punkte der eigentlichen Gesetzgebung gewannen die Kaiserkonstitutionen frühzeitig

<sup>1</sup> Das Gegenteil darf nicht etwa aus dem Wortlaut des Bestallungsgesetzes für Vespasian (*lex de imp. Vesp.* 17 ff. bei BRUNS: *Fontes I*<sup>7</sup>, 202 f.) geschlossen werden, wonach diesem „das Recht und die Macht“ verliehen wurde, „in göttlichen und menschlichen, öffentlichen und privaten Angelegenheiten alles, was er dem Gemeinwesen für dienlich erachte, zu tun und vorzunehmen (*agere facere*), so wie dieses Recht dem Augustus, Tiberius und Claudius zugestanden hatte“. Es handelt sich hierbei um eine umfassende Regierungsvollmacht, aber nicht um die Verleihung der Befugnis zur Gesetzgebung.

<sup>2</sup> *Decretum* bedeutet hier nicht im technischen Sinn das Gerichtsurteil des Kaisers (§ 11, 2), sondern, wie öfters (*lex de imp. Vesp.* 30 Pap. D. 1, 1, 7: Ulp. Coll. 15, 2, 4), allgemein die kaiserliche Verfügung; nur die Edikte sind daneben besonders hervorgehoben; vgl. WLASSAK: *Krit. Studien* 135 ff.; KRÜGER: *Quellen*<sup>2</sup> 103, Anm. 12, KIPP: *Quellen*<sup>4</sup> 70, Anm. 25.

<sup>3</sup> D. 2, 14, 7, 7 3, 1, 1, 8; 4, 6, 1, 1; 43, 8, 2 pr.

<sup>4</sup> Gai. 1, 5: *nec umquam dubitatum est, quin id (scil. quod imperator constituit) legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat* vgl. auch 3, 32. Ulp. D. 1, 4, 1 pr.: *quod principii placuit, legis habet vigorem, utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat* vgl. auch eod. § 1. Pomp. D. 1, 2, 2, 12. — Der Versuch von KRELLER: *ZSSt.* 41, 262 ff., diese Zeugnisse sämtlich als verfälscht zu erweisen, ist nicht gelungen gegen ihn auch PEROZZI: *Ist.* I<sup>2</sup>, 57 ff. Auch die Quellenkritik SOLAZZIS: *Studi Riccobono* I 89 ff. vermag nicht zu überzeugen. — Die Berufung der römischen Juristen auf die *lex de imperio* entspricht zwar nicht deren ursprünglichem Sinn (vgl. Anm. 1), lag aber gerade in der Zeit des späteren Prinzipats außerordentlich nahe.

einen entscheidenden Einfluß auf die Rechtsentwicklung, und zwar vor allem im Rahmen der umfassenden Tätigkeit, die die Kaiser auf dem Gebiet der Rechtspflege durch Urteil und Rechtsbescheid entfalteten (§ 11, 2f.). Handelte es sich hierbei auch zunächst nur um die Anwendung des bestehenden Rechts, so mußte sich doch die Fülle der kaiserlichen Macht von vornherein in einer sehr freien Handhabung der Rechtsordnung auswirken, und da die vom Kaiser gefällte Entscheidung für die gesamte Gerichtspraxis maßgebend war, wiederholte sich, wenngleich in ganz anderem Zusammenhang und auf Grund anderer Voraussetzungen, der gleiche Vorgang, der zur Umbildung und Ergänzung des *ius civile* durch die magistratische Jurisdiktion geführt hatte<sup>5</sup>.

3. Mit der großen Umgestaltung der staatsrechtlichen Verhältnisse, die, durch die Wirren des dritten Jahrhunderts n. Chr. vorbereitet, unter Diokletian (284—305) begann und unter Konstantin (306—337) ihre charakteristische Ausprägung fand, änderte sich das Wesen der kaiserlichen Gesetzgebung von Grund auf. Die Schranken des augusteischen Prinzipats waren gefallen, die republikanische Verfassung endgültig zerstört. Der Kaiser stand nunmehr als das einzige, allgewaltige Organ des Staates da, dem Gesetzgebung, Rechtspflege und Verwaltung in gleicher Weise oblagen. Dem entspricht es, daß die Kaiser nunmehr wirkliche Gesetze (*leges generales*, vgl. § 12, 2) erließen, denen naturgemäß die führende Rolle in der Rechtsentwicklung zufiel. Die kaiserliche Rechtspraxis bestand zwar weiter fort (vgl. § 12, 2), verlor aber gegenüber der unmittelbaren Gesetzgebung ihre rechtsschöpferische Bedeutung. Schließlich wurde die allgemeinverbindliche Kraft der kaiserlichen Einzelentscheidung sogar ausdrücklich beseitigt (Arcadius u. Honorius C. Th. 1, 2, 11), eine Maßnahme, die freilich bald danach wieder eingeschränkt wurde<sup>6</sup>.

**§ 11. Erscheinungsformen der Kaisergesetzgebung bis auf Diokletian.** 1. Die Parallele zwischen der Kaisergewalt und dem magistratischen Imperium im Sinne des republikanischen Staatsrechts tritt besonders deutlich in der Tatsache hervor, daß die Kaiser ihre Kundgebungen an die Allgemeinheit nicht anders als die republikanischen Magistrate in die Form von Edikten kleideten. Die äußere Gestalt und die Art der Bekanntmachung durch öffentliche Ausstellung war dabei durchaus die gleiche wie bei den Edikten anderer Amtspersonen. Nur verlieh die Machtfülle des Kaisertums und die Lebenslänglichkeit der kaiserlichen Gewalt dem Kaiseredikt von vornherein eine ganz andere Tragweite. Dem entspricht es, daß die Geltungsbeschränkung auf die Amtsdauer des edizierenden Magistrats, wie es scheint, nicht einmal analog darauf angewendet wurde<sup>1</sup>. Zwar stand die weitere Geltung des Edikts nach dem Tode des Kaisers allezeit im Willen seines Nachfolgers. Es bedurfte aber keiner ausdrücklichen Erneuerung oder Bestätigung<sup>2</sup>, sondern das Edikt des Vorgängers blieb in Kraft, wenn es nicht besonders aufgehoben wurde<sup>3</sup>. — Kaiseredikte sind uns

<sup>5</sup> Vgl. hierzu BIONDI: *Prospettive romanistiche* (Pubbl. Univ. catt. del Sacro Cuore, 2, Ser., 37) 51ff.

<sup>6</sup> Eine Konstitution Valentinians III. (C. 1, 14, 3, 426 n. Chr.) besagt, daß Reskripte sich ausdrücklich allgemeine Geltung beilegen könnten und dann den *leges generales* gleichstehen sollten. Justinian (C. 1, 14, 12, 529 n. Chr.) verlieh der kaiserlichen Einzelentscheidung bindende Kraft in allen Fällen, in denen sie die Auslegung eines Rechtssatzes enthalte.

<sup>1</sup> So die heute herrschende Auffassung, vgl. namentlich WILCKEN: *ZSt. 42*, 133ff.; weitere Lit. bei KIPP: *Quellen* 4 68.

<sup>2</sup> Auch den Eid, den alljährlich die Magistrate auf die *acta* des gegenwärtigen und der früheren (nicht damnierten) Kaiser schworen, darf man schwerlich als Ersatz einer solchen Bestätigung ansehen. Er war, und dies ist hier entscheidend, für den regierenden Herrscher nicht Pflicht, und wenn dieser ihn freiwillig leistete, so tat er es nicht bei seinem Regierungsantritt, sondern zugleich mit den Jahresmagistraten am 1. Januar. Vgl. MOMMSEN: *Röm. Staatsr. I*<sup>3</sup> 621ff.; II<sup>3</sup> 909ff., 1129f.

<sup>3</sup> Selbst die mit der *damnatio memoriae* verbundene *rescissio actorum* bedeutete nicht schlechthin die Aufhebung aller Verfügungen des betreffenden Kaisers: s. MOMMSEN: *Röm. Staatsr. II*<sup>3</sup>, 1129ff. Bezeichnend ist auch der Bericht der *vita Severi* (17,5): *Iuliani decreta* (hier allgemein = *constitutiones*) *iusstiti abo eri: quod non optinuit*.

hauptsächlich inschriftlich erhalten. Insbesondere ist jüngst eine Gruppe von fünf Edikten des Augustus in Kyrene (Nordafrika) gefunden worden<sup>4</sup>.

2. Im Gegensatz zu den Edikten sind die *decreta* der römischen Kaiser, d. h. ihre richterlichen Entscheidungen<sup>5</sup>, eine Äußerung der kaiserlichen Gewalt, die in dem republikanischen Staatsrecht keine gleichwertige Parallele findet. Denn die kaiserliche Gerichtsbarkeit beruhte auf der Sonderstellung, die dem *princeps* vermöge seiner *autoritas* zukam und die ihn über alle Organe der Verwaltung und der Rechtspflege hinaushob. Der Kaiser konnte jeden Rechtsstreit zu eigener Untersuchung (*cognitio*) und Entscheidung an sich ziehen, wenn er von einer der Parteien angerufen wurde oder ein Magistrat ihm die Sache vorlegte<sup>6</sup>. Das Urteil pflegte er nach Anhörung seines Rates (*consilium*)<sup>7</sup> zu fällen; darin folgte er einem Brauche, den auch die Jurisdiktionsmagistrate und selbst die privaten Schiedsrichter übten. Da im kaiserlichen *consilium* die hervorragendsten Juristen der Zeit tätig waren, besaß die Rechtswissenschaft einen gewissen Einfluß auf die Praxis des Kaisergerichts. Die endgültige Entscheidung stand indessen allein beim Kaiser, und dieser hat, wie die Quellen zeigen, sehr häufig eine eigene und freiere Auffassung zur Geltung gebracht, wie denn überhaupt der höchstpersönliche Charakter des römischen Kaiserregiments allenthalben selbst in geringfügigen Einzelheiten hervortritt. — Eine Anschauung vom Verfahren vor dem Kaisergericht<sup>8</sup> vermitteln uns die Briefe des jüngeren Plinius (4, 22; 6, 22; 6, 31) und eine Anzahl von Berichten in der Rechtsliteratur des zweiten und dritten Jahrhunderts<sup>9</sup>. Von Interesse sind, trotz ihrer tendenziösen Ausschmückung, auch die literarischen Darstellungen von Verhandlungen vor dem Kaisergericht, die in ägyptischen Papyrustexten zutage getreten sind (sog. alexandrinische Märtyrerakten)<sup>10</sup>.

3. Der mündlichen Entscheidung des Kaisers tritt der schriftliche Bescheid auf Anfragen zur Seite, das *rescriptum*<sup>11</sup>. Es begegnet in zweierlei Gestalt<sup>12</sup>: Anfragen

<sup>4</sup> Vgl. dazu bes. v. PREMERSTEIN: ZSt. 48, 419ff.; STROUX u. WENGER: Abh. Akad. München 34, 2; ARANGIO-RUIZ: Riv. di filol. class. 6, 321ff.; weitere Lit. bei v. PREMERSTEIN: ZSt. 50, 431ff. — Andere Kaiseredikte bei BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 77—79 WILCKEN: Chrest. d. Papyrusk. I Nr. 462f. — Über ein in Nazareth gefundenes Edikt (?) über Grabschändung vgl. WENGER: ZSt. 51, 369ff. (dort weitere Literatur).

<sup>5</sup> Dies ist die technische Bedeutung von *decretum*; in einem weiteren Sinn bezeichnet das Wort alle kaiserlichen Konstitutionen; vgl. § 10, Anm. 2, auch oben Anm. 3.

<sup>6</sup> Die Anrufung durch eine Partei war die Regel vgl. z. B. Val. Max. 7, 7, 4: Plin. ep. 6, 22, 2 6, 31, 8 Paul. D. 28, 5, 93. Ersuchen durch einen kaiserlichen Statthalter: Plin. ep. 6, 31, 4. Über unmittelbares Eingreifen des Kaisers MOMMSEN: Röm. Staatsr. II<sup>3</sup> 978. HERZOG: Röm. Staatsverfassung II 725.

<sup>7</sup> Über das kaiserliche *consilium* vgl. CUQ: Mém. Acad. d'Inscr. 9, 441ff.; MOMMSEN: Röm. Staatsr. II<sup>3</sup>, 988ff.; HIRSCHFELD: D. kaiserl. Verwaltungsbeamten<sup>2</sup> 339ff.; SEECK: RE 4, 926ff.; HITZIG: Assessoren 29ff.

<sup>8</sup> Es gehörte in das Gebiet der sog. *extraordinaria cognitio*; vgl. hierüber u. WENGER: § 20 ff. — Der Kaiser pflegte gleich dem republikanischen Magistrat auf erhöhtem Amtssitz (*tribunal*) zu Gericht zu sitzen; notwendig war dies für die Geltung seines Spruchs indessen nicht; vgl. Ulp. D. 1, 4, 1, 1: *quod umque — imperator — cognoscens decrevit vel de plano interlocutus sit*. Über den Gegensatz von *pro tribunali* und *de plano* vgl. PERNICE: ZSt. 14, 138ff. — Die Protokolle der Verhandlungen wurden im kaiserlichen Archiv aufbewahrt, aus dem die Parteien Abschriften beziehen konnten; vgl. BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 84.

<sup>9</sup> Marcell. D. 28, 4, 3; Callistr. D. 4, 2, 13 = D. 48, 7, 7; ferner die Fragmente der *libri decretorum* und der *libri immerialium sententiarum* des Paulus (LENEL: Pal. I S. 959ff. u. 1111f.).

<sup>10</sup> Vgl. WILCKEN: Abh. Sächs. Ges. d. Wiss. 27, 781ff.; Grundzüge u. Chrest. d. Papyrusk. I 1, 44f., I 2 Nr. 14 u. 20. Hinzugekommen sind Pap. Oxy. X 1242 (dazu WEBER: Hermes 50, 47ff.) und die von BELL: Arch. f. Pap. 10, 5 ff. behandelten Fragmente.

<sup>11</sup> Hierzu viel neuere Lit. Vgl. bes. MOMMSEN: Jur. Schr. II 172ff.; MITTEIS: Ber. Sächs. Ges. d. Wiss. 62, 65ff.; PREISIGKE: D. Inschr. v. Skaptoparene (Schr. Wiss. Ges. Straßb. 30); WILCKEN: Hermes 55, 1ff., Arch. f. Pap. 9, 15ff.; DESSAU: Hermes 62, 205ff.

<sup>12</sup> Hier nur die regelmäßigen Formen, wie wir sie namentlich aus den Quellen des zweiten u. dritten Jahrhunderts kennen. Abweichungen konnten natürlich vom Kaiser nach Ermessen zugelassen oder herbeigeführt werden; so z. B. die Annahme und Beantwortung von *epistulae* seitens Privater. Näheres in der oben Anm. 11 genannten Lit. und bei KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 103ff.; KIPP: Quellen<sup>4</sup> 71ff.

und Berichte von Beamten, von Provinziallandtagen (*concordia, κοινά*), Gemeinden und anderen Körperschaften pflegte der Kaiser in Briefform zu beantworten (*epistula*). Für die Abfassung solcher Antwortschreiben bestand eine besondere Kanzlei *ab epistulis*<sup>13</sup>; der dort entworfene Brief wurde vom Kaiser mit der üblichen Grußformel (*vale, ἔρωσσο*) unterzeichnet und dann dem Empfänger zugestellt. Gesuche von Privaten (*libelli, βιβλίδια*) mußten dem Kaiser in der Regel vom Bittsteller persönlich oder durch Bevollmächtigte in einer Audienz überreicht werden. Die Antwort wurde in der Kanzlei *a libellis*<sup>13</sup> entworfen und unter die Eingabe gesetzt (*subscriptio, ὑπογραφή*); der Kaiser vollzog sie durch den Vermerk *scripsi* oder *rescripsi*. Der so erledigte Libell wurde dann mit der kaiserlichen Subskription in Rom an öffentlichem Orte ausgehängt (*proponere*), so daß der Gesuchsteller sich eine Abschrift nehmen konnte<sup>14</sup>. — Die kaiserlichen Reskripte konnten den mannigfaltigsten Inhalt haben. Häufig betrafen sie reine Verwaltungsangelegenheiten, Gesuche um Vergünstigungen, Gnadenakte u. a. dgl. Für die Entwicklung des Privatrechts gewannen sie eine besondere Bedeutung durch die im zweiten Jahrhundert aufkommende Sitte, dem Kaiser durch Libell die Bitte um einen Rechtsbescheid vorzulegen. Die Antwort des Kaisers auf ein solches Gesuch betraf lediglich die von dem Gesuchsteller vorgetragene Rechtsfrage. Die Tatsachenprüfung und das eigentliche Urteil waren Sache des zuständigen Richters; nur mußte dieser, wenn sich die im Reskript vorausgesetzte Sachlage bewahrheitete, die Rechtsauffassung des Kaisers seiner Entscheidung zugrundelegen. Das kaiserliche Reskript war somit kein Akt der unmittelbaren Rechtspflege, sondern eine autoritative Rechtsbelehrung, die den Gutachten der mit dem *ius respondendi* beliehenen Juristen ähnelte (vgl. § 15, 2), aber durch ihre schlechthin bindende Kraft einen besonderen Rang einnahm. — Eine Anzahl von kaiserlichen *epistulae* ist uns urkundlich überliefert<sup>15</sup>. Zahlreiche amtliche Schreiben des Trajan enthält der Briefwechsel dieses Kaisers mit dem jüngeren Plinius, der um das Jahr 112 kaiserlicher Statthalter in Bithynien war; sie unterscheiden sich übrigens formal durchaus nicht von den Privatbriefen des Kaisers<sup>16</sup>. Im Wege der *subscriptio* erteilte Rechtsbescheide besitzen wir zu Tausenden in den Konstitutionensammlungen und Juristenschriften; die zugrundeliegende Eingabe ist dabei stets weggelassen; erhalten ist sie dagegen bei einigen urkundlich überlieferten Reskripten<sup>17</sup>.

4. Eine letzte Gruppe von kaiserlichen Rechtsnormen bilden die Dienstanweisungen an Beamte (*mandata*)<sup>18</sup>. Schon den republikanischen Magistraten hatte in gewissem Umfang das Recht zugestanden, die Ausübung ihrer Amtsgewalt für bestimmte Geschäfte oder Bezirke auf Gehilfen zu übertragen (*mandare, delegare*). Die Kaiser haben dann mit Hilfe der gleichen Befugnis für die Verwaltung ihres ungeheuren Geschäftskreises eine umfassende Beamtenorganisation geschaffen. Dabei wurde die

<sup>13</sup> Über die kaiserlichen Kanzleien (*ab epistulis, a libellis*) s. HIRSCHFELD: Kaiserl. Verwaltungsbeamte<sup>3</sup> 318ff., 326ff.; ROSTOWZEW: RE 6, 210ff.

<sup>14</sup> Vgl. § 57, 4, Nachweis dort Anm. 9. — Über die Aufbewahrung der erledigten Libelle im kaiserlichen Archiv vgl. v. PRIMERSTEIN: RE 4, 739ff. Hier konnte der Gesuchsteller auch noch nach der Proposition Abschriften erhalten: BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 84.

<sup>15</sup> Vgl. BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 80—82, 196; ferner das Schreiben des Claudius an die Alexandriner: Pap. Lond. 1912, hg. von BELL: Jews and Christians in Egypt (1924).

<sup>16</sup> Vgl. zu den Pliniusbriefen MOMMSEN: Hist. Schr. I 388ff., 430ff.

<sup>17</sup> BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 84, 86, 90. Nur die Subskriptionen: BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 87, 88, 92, 93, 192 (A 1—9) und (z. T. die gleichen Texte); MITTEIS: Chrest. d. Papyrusk. Nr. 373 bis 376, 379, 380.

<sup>18</sup> Vgl. FINKELSTEIN: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 13, 150ff., der das Wesen der *mandata* in manchen Punkten näher aufgeklärt und insbesondere mit Recht darauf hingewiesen hat daß der Inhalt rechtssetzender Edikte und Reskripte vielfach in die Mandate übergegangen sein wird. Dies bestätigt auch der Gnomon des Idios Logos (vgl. unten Anm. 21), den Finkelstein übrigens gar nicht erwähnt. Sicher unrichtig ist Finkelsteins Behauptung, daß nur die Provinzialstatthalter als Empfänger von Mandaten in Betracht gekommen seien. — S. ferner KRELLER: RE 14, 1023ff.

Tätigkeit jedes einzelnen Amtsträgers durch Mandate geregelt<sup>19</sup>, die zunächst nur für die Person des betreffenden Beamten, also auch nur für seine Amtszeit und seinen Aufgabenbereich Geltung hatten. Mit der zunehmenden Befestigung der kaiserlichen Verwaltungsordnung ergab sich dann aber von selbst eine gewisse Gleichförmigkeit in der Ausgestaltung der Mandate: das Mandat des Vorgängers pflegte vielfach ohne wesentliche Änderungen auf den Nachfolger übertragen zu werden, und die Mandate von Beamten mit verwandtem Aufgabenkreis (etwa die verschiedener Provinzialstatthalter) erhielten in weitem Umfang den gleichen Inhalt. Den in den Mandaten enthaltenen Rechtsstoff behandelten die Juristen als geltendes Recht; auch Private konnten sich darauf berufen<sup>20</sup>. — Ein Auszug aus dem umfänglichen *liber mandatorum* eines Beamten der ägyptischen Finanzverwaltung, des *procurator ad idium logum* ist der sog. Gnomon des Idios Logos, der auf einem Papyrus der Berliner Sammlung erhalten ist<sup>21</sup>.

§ 12. Die Kaisergesetzgebung der Spätzeit. 1. Die aus dem Wesen und den Bedürfnissen des augusteischen Prinzipats entwickelten Formen der Kaisergesetzgebung sind niemals im Prinzip beseitigt und durch andere ersetzt worden. Aber die alten Unterscheidungen mußten in einer Zeit, in der sich die verschiedenartigen Wirkungsmöglichkeiten der Kaisergewalt zu absoluter Allmacht zusammenschlossen, ihren eigentlichen Sinn verlieren und den Charakter unwesentlicher Äußerlichkeiten annehmen. Nachdem auf der einen Seite der Antrag des Kaisers auf Erlaß eines Senatsbeschlusses (*oratio*, vgl. § 9, 1 a. E.) zu einem im Senat publizierten Gesetz geworden war und andererseits das kaiserliche Edikt nichts mehr mit der Eigenart und den Schranken des magistratischen *ius edicendi* zu tun hatte, unterschieden sich beide Gesetzgebungsformen nur eben durch die Art der Bekanntmachung. Auch die an einen oder mehrere Beamte gerichtete Anordnung des Kaisers, das alte *mandatum*, konnte durchaus den gleichen Inhalt aufnehmen wie eine Botschaft an Senat oder Volk; bezeichnenderweise wurden jetzt gerade auch solche Gesetze *edicta* oder *leges edictales* genannt, die erst von dem Beamten, an den sie adressiert waren, der Öffentlichkeit kundgegeben wurden<sup>1</sup>. An die Sonderstellung der alten *mandata* erinnerte lediglich noch die Tatsache, daß die für den Geschäftskreis der einzelnen Beamten geltenden Vorschriften in einem *liber mandatorum* gesammelt zu werden pflegten<sup>2</sup>.

2. Eine sachliche Bedeutung hatte nur noch die Unterscheidung zwischen allgemeinen Normen (*leges generales*) und Einzelentscheidungen des Kaisers. Auch hier konnte freilich der Gegensatz verwischt werden, da der Kaiser an die Entscheidung eines Einzelfalles jederzeit grundsätzliche Äußerungen anknüpfen mochte<sup>3</sup>. Die

<sup>19</sup> Der Kaiser konnte übrigens auch den nicht von ihm, sondern vom Senat (oder Volk) bestellten Magistraten Anweisungen erteilen. So beruhte z. B. die Gerichtsbarkeit der Konsuln und Praetoren in Fideikommissachen und die Ernennung von Vormündern durch den *praetor tutelarius* auf kaiserlichen Mandaten. In die Verwaltung der sog. prokonsularischen Provinzen, die vom Senat resortierten, hat der Kaiser von Anfang an in verschiedenster Form, auch durch Mandate, eingegriffen. Vgl. schon das erste der kyrenischen Edikte (o. Ziff. 1 a. E.), das materiell den Charakter eines Mandats trägt (s. WENGER Abh. Akad. München 34, 2, 69f.).

<sup>20</sup> Das bekannteste Beispiel der Entstehung von Privatrecht aus kaiserlichen Mandaten ist das Soldatentestament (§ 203).

<sup>21</sup> BGU. V 1210 = P. M. MEYER: Jur. Pap. Nr. 93. — Kommentar von Graf UXKULL-GYLLENBAND in BGU. V. 2 (1934; im Juristischen leider sehr unzulänglich); dazu aus der vorausgehenden Lit.: LENEL u. PARTSCH: Sb. Akad. Heidelberg 1920, 1; REINACH: NRRH. 43, 583ff.; 44, 5ff.; SECKEL-P. M. MEYER: Sb. Akad. Berlin 1928, 26 (hier 3 f. weitere Lit.); Graf UXKULL-GYLLENBAND: Arch. f. Pap. f. 9, 183ff.; WEISS: ZSSt. 53, 256ff. — Gegen die Deutung des Gnomon als *liber mandatorum*: SECKEL: 425 (ohne Angabe von Gründen).

<sup>1</sup> Belege bei KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 301, Anm. 8.

<sup>2</sup> Vgl. *notitia dignitatum* 51; Justinian (Nov. 17) hat die in der Zwischenzeit abgekommene Übung erneuert.

<sup>3</sup> Vgl. Theodos. u. Valentinian C. 1, 14, 3 pr. a. E. — Eine Zwischenstufe zwischen Reskript und *lex generalis* war die sog. *sanctio pragmatica*, eine Kategorie der Kaiserkonstitutionen, die im fünften Jahrhundert auftaucht und deren Anwendungsbereich kaum irgendwie grundsätzlich abgegrenzt werden kann; vgl. MOMMSEN: Jur. Schr. II 426ff.

Gliederung der Einzelentscheidungen in *decreta* und *rescripta* wiederum verlor ihre Geltung durch eine Umgestaltung des Verfahrens vor dem Kaisergericht: Kaiserliche Urteile ergingen jetzt in der Regel nur noch als Entscheidungen letzter Instanz und nahmen die Form eines auf Bericht des Unterrichters verfügten Reskriptes an (*appellatio more consultationis*)<sup>4</sup>. Sie unterschieden sich demgemäß nicht mehr von den Reskripten auf Parteigesuch, zumal auch diese nicht mehr an den Gesuchsteller selbst, sondern an den mit dem Prozeß befaßten Beamten gerichtet wurden<sup>5</sup>.

## Zweites Kapitel.

# Die Rechtswissenschaft.

## I. Die Jurisprudenz der republikanischen Zeit<sup>1</sup>.

§ 13. Die Rechtskunde der Pontifices. 1. Nach der Überlieferung, an der zu zweifeln wir keinen Anlaß haben, steht am Beginn der römischen Rechtswissenschaft die geheime Rechtskunde einer priesterlichen Behörde, des Kollegiums der *pontifices*. Das eigentliche Wirkungsgebiet dieses Kollegiums war zu allen Zeiten die Pflege und Auslegung der sakralrechtlichen Normen, die nach römischer Anschauung den Verkehr des Menschen und namentlich des menschlichen Gemeinwesens mit der Gottheit in peinlicher Genauigkeit regelten. Wenn die gleiche Behörde noch in einer Zeit, in der das Sakralrecht bereits zu einer gesonderten Disziplin entwickelt war<sup>2</sup>, auch das weltliche Recht durch ihre Kenntnis und Auslegungstätigkeit beherrschte, so erklärt sich diese Tatsache aus den mannigfachen Zusammenhängen, die auch damals noch zwischen der Sphäre des Magisch-Religiösen und der Rechtsordnung bestanden: nicht nur insofern, als sakralrechtliche Tatbestände an zahlreichen Punkten in das weltliche Recht hineinragten<sup>3</sup>. Der für das altrömische Recht charakteristische Formalismus der Rechtsgeschäfte sowohl wie der Rechtsverfolgung beruhte in seiner Gesamtheit auf Vorstellungen, die der religiösen Magie unverwandt waren. Wie Gebet und Opfer konnte auch die feierliche Rede und Widerrede im Rechtsverkehr nur dann

<sup>4</sup> Vgl. KIPP: RE 2, 206f. — Der Bericht des Unterrichters erfolgte, nachdem dieser das Urteil gesprochen und die Partei es angefochten hatte. Anders im Fall der sog. *consultatio ante sententiam*: hier wendet sich der Richter im schwebenden Verfahren an dem Kaiser um Rechtsbelehrung für sein Urteil. Diese Konsultationsform wurde von Justinian verboten (Nov. 124), weil sie zu einer Verschleppung des erstinstanzlichen Verfahrens führte.

<sup>5</sup> Reskripte auf Parteigesuch begegnen bis auf Justinian; Näheres bei MOMMSEN: Jur. Schr. II 351 ff.; PARTSCH: Nachr. Gött. Ges. d. Wiss. 1911, 201 ff. (=Nachgel. u. kl. Schr. 196 ff.); Arch. f. Pap. f. 5, 527 ff.

<sup>1</sup> Vgl. bes. JÖRS: Röm. Rechtswiss. z. Z. d. Republik I 1888. Eine Übersicht mit Verweisungen auf Einzeltit. bei BERGER: RE 10, 1159 ff. — Hauptquelle: Pomp. D. 1, 2, 2, 6—7; 35—46.

<sup>2</sup> Über das Verhältnis von sakraler und weltlicher Ordnung vgl. bes. MITTEIS: Röm. Privatr. I 22 ff. — Die in der modernen Rechtsliteratur übliche Gegenüberstellung von *ius* und *fas* im Sinne von weltlicher und religiöser Rechtsordnung entspricht nicht den römischen Begriffen. *Fas* bedeutet zunächst die von der Gottheit freie Sphäre; hierzu gehört im besonderen gerade der Lebensbereich, in dem sich das weltliche Recht auswirkt. Ein ethisch vertiefter Sprachgebrauch, der seit der ciceronianischen Zeit häufig ist, stellt dann *fas* in der Bedeutung des von der Gottheit Erlaubten neben das Gebot des *ius*; auch in diesem Sinn bezeichnet das Wort aber keineswegs eine religiös-moralische Weltordnung, der das *ius* als menschliche Ordnung entspräche; erst das Christentum kennt diese Vorstellung. Noch weniger bedeutet *fas* den Komplex der sakralrechtlichen Vorschriften; diese sind *ius* (*sacrum* oder *pontificium*), nicht anders als das weltliche Recht. Der Bedeutungsentwicklung von *fas* entspricht im wesentlichen die des griechischen Begriffs *δίκαιον*; vgl. dazu WILAMOWITZ: Platon I 61; LATTE: Heiliges Recht 55, Anm. 16.

<sup>3</sup> So ergab sich vor allem aus der sakralrechtlichen Gestaltung des Kalenders, an welchen Tagen Gerichtsverhandlungen stattfinden konnten (*dies fasti*), und an welchen nicht (*dies nefasti*). Die ältere Form der Adoption (*adrogatio*) und des Testaments (*testamentum calatis comitiis*) sind durch die Mitwirkung des *pontifex maximus* als sakralrechtlich orientierte Rechtshandlungen zu erkennen. Die Eheschließung durch *confarreatio* (§ 175, 1) war ein sakraler Akt. Im Deliktsrecht der Zwölftafeln finden sich zweifellos sakrale Elemente (lex XII tab. VIII 9, 21).

wirksam sein, wenn der Sprecher die rechten Worte fand und die rechten Handlungen dazu vornahm. Kenner aller Formulare (*carmina*), auch der privatrechtlichen, waren die *pontifices*. An sie wandte sich darum auch der Privatmann in seinen Rechtsangelegenheiten mit der Bitte um ein Gutachten (*responsum*).

2. Der Formelschatz und die Ritualvorschriften der *pontifices* waren von altersher in ihrem Archiv, den *libri pontificales*<sup>4</sup>, aufgezeichnet, ebenso die Gutachten in öffentlichen Angelegenheiten, die regelmäßig durch Beschluß des Gesamtkollegiums ergingen, schwerlich dagegen auch die Antworten auf private Anfragen, deren Behandlung dem einzelnen *pontifex* oblag<sup>5</sup>. Das Pontifikalarchiv war in älterer Zeit nur den Mitgliedern des Kollegiums zugänglich, und in die Methode des Respondierens durch Heranziehung von Präzedenzfällen wurden nur die neueintretenden Mitglieder eingeweiht. Auf diese Weise pflanzte sich im Pontifikalkollegium eine berufsmäßige Kenntnis des Rechts und der Rechtsordnung fort, die ihren Trägern einen außerordentlichen Einfluß auch auf die Weiterbildung der Rechtsordnung verleihen mußte.

3. Am nachhaltigsten muß dieser Einfluß in einer Zeit gewesen sein, die nur ungeschriebenes Gewohnheitsrecht kannte. Schon die Schaffung der Zwölftafeln bedeutete eine wesentliche Einschränkung, weil sie zwar nicht die Klag- und Geschäftsformulare, aber doch die materiellen Rechtsgrundsätze der Allgemeinheit kundgab. Die Folgezeit drängte dann immer stärker zur Beseitigung der pontifikalen Herrschaft im Privatrecht hin. Entscheidend wurde die Veröffentlichung der Prozeßformulare, auf deren Alleinbesitz die Macht der *pontifices* in erster Linie beruhte. Sie erfolgte um 300 v. Chr., der Überlieferung nach durch einen gewissen Cn. Flavius, den Schreiber des Appius Claudius Caecus (sog. *ius Flavianum*)<sup>6</sup>. Wenig später soll der erste plebeische *pontifex maximus*, Ti. Coruncanus (Konsul 280 v. Chr.) als erster seine Rechtsunterweisung öffentlich gegeben haben (Pomp. D. 1, 2, 2, 35: *primus publice profiteri coepit*). Von da an hatte jedermann die Möglichkeit, die in der Tradition des Pontifikalkollegiums erwachsene Methode der Rechtsanwendung zu erlernen; die Rechtskunde war aus einer Geheimlehre zur freien Wissenschaft geworden.

**§ 14. Die Jurisprudenz der späteren Republik.** 1. Die Beseitigung der pontifikalen Alleinherrschaft auf dem Gebiet der Rechtskunde änderte zunächst nichts an den Aufgaben und Methoden der Jurisprudenz. Nach wie vor galt es, Geschäfts- und Prozeßformulare zu entwerfen (*cavere*, daher Kautelarjurisprudenz) und Rechtsfragen zu begutachten (*respondere de iure*). Ob im gegebenen Falle eine Klagmöglichkeit bestehe, wie der Wortlaut eines Gesetzes, einer Klagformel oder eines Testaments zu deuten sei, das waren die typischen Fragen, die der Rechtskundige zu beantworten hatte<sup>1</sup>. Nur war es jetzt ein beliebiger Kreis von Persönlichkeiten, die sich aus Neigung oder um politische Karriere zu machen, in dieser Weise betätigten, und ihre Auskünfte erfolgten vor den Augen der Öffentlichkeit. Wer lernen wollte, mochte zuhören, und mitunter tat der respondierende Jurist ein übriges, indem er den *auditores* die Gründe seiner Entscheidung ausführlicher darlegte, ihre Fragen und Einwände beantwortete oder auch zu längeren theoretischen Darlegungen ausholte. So knüpften sich unmittelbar an die praktische Tätigkeit der Juristen die Anfänge des

<sup>4</sup> Hierüber vgl. v. PREMERSTEIN: RE 4, 729ff.

<sup>5</sup> Und zwar scheint alljährlich ein Mitglied des Kollegiums mit der Behandlung privater Anfragen betraut worden zu sein: Pomp. D. 1, 2, 2, 6.

<sup>6</sup> Nach dem Bericht des Pomponius (D. 1, 2, 2, 7) soll Appius Claudius die Formeln gesammelt, Cn. Flavius sie ihm entwendet und publiziert haben; auch die Veröffentlichung des pontifikalen Kalenders (vgl. o. Anm. 3) schrieb man dem Cn. Flavius zu. So wenig glaubhaft die Schilderung der Einzelheiten ist, an der Tatsache der Formelsammlung als solcher wird man nicht zweifeln dürfen, wenn es auch fraglich ist, ob wir etwa in den Notizen des Probus noch Reste von ihr besitzen (so MOMMSEN: Philolog. Schr. 213). — Vgl. im allgemeinen JÖRS: Röm. Rechtswiss. I 70ff.; KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 32f.; DANNEBERG: RE 10, 1215f.; ZOCCO-ROSA: Scr. Chironi III 375ff.

<sup>1</sup> Vgl. z. B. Cic. ad fam. 7, 22; Gell. 17, 7, 3 (P. Scaevola, Brutus u. Manilius); Q. Mucius Scaevola in D. 33, 9, 3 pr.; 6; 9; ferner Cic. de off. 3, 61ff.



Rechtsunterrichts. Die Äußerungen eines Rechtskundigen waren für den Prozeßrichter nicht verbindlich; sie wirkten durch ihre sachliche Durchschlagskraft und durch das Ansehen ihres Autors. Vielfach werden sich in derselben Sache einander widersprechende Gutachten verschiedener Juristen gegenübergestellt haben; denn je lebhafter die Beschäftigung mit Rechtsfragen wurde, um so mehr wuchs die Zahl der Kontroversen, die gelegentlich eines praktischen Falles in Gutachten und Gerichtsreden ausgetragen wurden (*disputatio fori*)<sup>2</sup>. Schon durch diese Gutachter-tätigkeit gewannen die Juristen einen starken Einfluß auf die große Umgestaltung, die das römische Privatrecht gerade damals unter den Händen der Prätores erfuhr. Manche von ihnen haben auch wohl selbst das Amt des *praetor urbanus* oder *peregrinus* bekleidet und dadurch unmittelbar in die Schaffung des Honorarrechts eingreifen können<sup>3</sup>. Von besonderer Bedeutung aber wird die Rolle der Juristen im *consilium* der Jurisdiktionsmagistrate gewesen sein. Die Prätores und Ädilen waren oft verhältnismäßig junge Leute, die nicht ihrer besonderen Sachkunde wegen, sondern aus allgemeinen politischen und persönlichen Gründen zu ihrem Amt kamen und die ihre kurze Amtszeit nur als Durchgangsstation auf dem Weg zu höheren Zielen betrachteten. Ohne die ständige Unterstützung durch die wirklichen Sachkenner hätten sie schwerlich den großartigen Neubau des honorarischen Rechts errichten können.

2. An die praktische Betätigung der republikanischen Juristen knüpften unmittelbar die Anfänge des juristischen Schrifttums an: Sammlungen von Prozeßformeln — wie das *ius Flavianum* (§ 13, 3) und das *ius Aelianum* des Sex. Aelius Paetus Catus (Konsul 198 v. Chr.)<sup>4</sup> —, Geschäftsformulare — wie die *venalium vendendorum leges* des M.' Manilius (Konsul 149 v. Chr.)<sup>5</sup> — und Responsensammlungen<sup>6</sup>. Auch als die Jurisprudenz bereits neue Aufgaben und Methoden gefunden hatte, lebten diese ältesten Literaturformen noch fort, die Responesen bis tief in die Kaiserzeit hinein. Seit dem zweiten Jahrhundert v. Chr. treten daneben Versuche einer zusammenfassenden Darstellung auf. In gewissem Sinn wird man hierzu bereits die *tripertita* des eben erwähnten Sex. Aelius rechnen dürfen; das Werk trug, wie uns Pomponius (D. 1, 2, 2, 38) berichtet, seinen Namen von seiner Dreiteilung: Zwölftafeltext, *interpretatio* (d. h. wohl die Auslegung, die das Gesetz in der Praxis der *pontifices* und Juristen erfahren hatte) und Klagformulare<sup>7</sup>. Offenbar handelt es sich um einen Zwölftafelkommentar; seine Methode dürfte noch durchaus von der Kasuistik der Frühzeit beherrscht gewesen sein.

3. Im Laufe des zweiten Jahrhunderts v. Chr. begann jedoch eine grundsätzlichere Betrachtung des Rechts in den Vordergrund zu treten. Nicht nur, daß man mehr oder weniger umfassende Rechtsregeln aufstellte, aus denen für einen bestimmten Kreis von Fragen die Entscheidung abgeleitet werden konnte; derartige *regulae* mögen schon verhältnismäßig frühzeitig entstanden sein: eine von ihnen (s. § 223, 2a) trägt den Namen *regula Catoniana*, vermutlich nach M. Porcius Cato (gestorben um 153 v. Chr.), dem Sohn des bekannten Zensors von 184. Man begann auch, die Masse

<sup>2</sup> Pomp. D. 1, 2, 2, 5; Cic. pro Mur. 28; de fin. 1, 12; Mod. D. 49, 15, 4.

<sup>3</sup> Sichere Beispiele sind nicht bekannt; Aquilius Gallus, der Schöpfer des Edikts de *dolo malo* (s. u. Ziff. 5), verwaltete als Praetor keine zivilrechtliche Jurisdiktion, sondern die *quaestio ambitus* (Cic. pro Cluent. 53, 147).

<sup>4</sup> Zu Sex. Aelius vgl. Jörs: Röm. Rechtswiss. z. Z. d. Republ. I 99ff.; zum *ius Aelianum* ferner DANNEBERG: RE 10, 1202 ff.

<sup>5</sup> Vgl. MÜNZER: RE 14, 1135 f.

<sup>6</sup> *Responsa* wurden schon von Coruncanianus (§ 13, 3) und dann von den meisten republikanischen Juristen überliefert; doch darf man daraus nicht ohne weiteres auf eigene Responsensammlungen der betreffenden Juristen schließen. Vgl. Jörs: (s. o. Anm. 4) I 90f.

<sup>7</sup> Wie die Anordnung war, ist fraglich; in sich und nach dem Wortlaut der Pomponiusstelle am wahrscheinlichsten ist, daß jede Einzelbestimmung der Zwölftafeln in der im Text geschilderten Dreigliederung behandelt war. Bestritten ist auch das Verhältnis der *tripertita* zum *ius Aelianum*. — Lit. bei KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 59, Anm. 17.

der Einzeltatbestände und -fragen begrifflich zu gliedern, das Gleichartige zusammenzuschließen und das Ungleichartige zu scheiden. Es ist zweifellos, daß bei dieser Bewegung griechischer Einfluß eine entscheidende Rolle gespielt hat. Zwar gab es keine griechische Rechtswissenschaft, deren Ergebnisse man einfach hätte übernehmen können. Aber die griechische Rhetorik bot mancherlei neue Gesichtspunkte und Fragestellungen<sup>8</sup>, und vor allem mußte die dialektische Methode, die der gesamten griechischen Wissenschaft zugrundelag, für die Entwicklung der römischen Jurisprudenz eine außerordentliche Bedeutung gewinnen. Seit Sokrates war der Gedanke, daß alles Erkennen auf der Bestimmung der Begriffe (*ῥῆσος, definitio*) beruhe, war die Zusammenfassung und die Zergliederung (*διαίρησις, divisio*) der Begriffe, die Scheidung in allgemeine Gattungen (*γέννη, genera*) und einzelne Erscheinungsformen (*εἶδη, species*) zum Gemeingut wissenschaftlichen Denkens geworden. Erst mit dieser Methode vermochte die Jurisprudenz die inneren Zusammenhänge zwischen den Einzelercheinungen eines rechtlichen Tatbestands zu erfassen und den Rechtsstoff in allen seinen Einzelheiten wirklich zu beherrschen und durchzubilden. Was aber der Übernahme griechischer Methoden in die römische Jurisprudenz das charakteristische Gepräge gibt, ist die Tatsache, daß die spekulative Richtung des griechischen Denkens in der neuen Umgebung keinen wesentlichen Einfluß gewinnen konnte. Eine Wissenschaft rein um der Erkenntnis willen ist die römische Jurisprudenz weder in der spätrepublikanischen noch in der sog. klassischen Zeit des frühen Kaisertums gewesen. Die dialektische Methode diente in der Hand der Römer dem Verständnis und der Fortbildung der Rechtspraxis; sie war hier also im wesentlichen das technische Hilfsmittel einer politischen Kunst, und in diesem Sinn wurde sie mit vollendeter Beherrschung und Freiheit gehandhabt. Wo der römische Jurist dagegen rein theoretische Fragen berührt, erweist er sich im allgemeinen als durchaus unfrei und unsicher; er beruhigt sich meist bei der Übernahme philosophischer Gemeinplätze, mögen sie auch noch so unklar und unbefriedigend sein.

4. Den Zeitpunkt, in dem die griechischen Einflüsse auf die römische Rechtswissenschaft wirksam wurden, vermögen wir bei der Dürftigkeit der Überlieferung nicht genauer zu bestimmen. Es mag eine bloße Äußerlichkeit gewesen sein, wenn schon etwa um die Mitte des zweiten Jahrhunderts ein M. Iunius Brutus die griechische Form des Dialogs für seine Darstellung des *ius civile* wählte. Von den Schriften des P. Mucius Scaevola, den Pomponius neben Brutus und Manilius (Ziff. 2) als einen der Begründer des Zivilrechts nennt, wissen wir so gut wie gar nichts. Auch die Juristen, die im Hause des jüngeren Scipio (gestorben 129 v. Chr.), dem Mittelpunkt der griechischen Bildung im damaligen Rom, verkehrten und dort von dem rhodischen Philosophen Panaitios für die Stoa gewonnen wurden, Q. Aelius Tubero (Volkstribun 129 v. Chr.)<sup>9</sup>, Q. Mucius Scaevola (der Augur, Konsul 117 v. Chr.)<sup>10</sup> und P. Rutilius Rufus (Konsul 105 v. Chr.)<sup>11</sup> können nicht mit irgendwelcher Sicherheit für die neue Richtung in Anspruch genommen werden; es scheint eher, daß bei ihnen die Beschäftigung mit der Philosophie und die Rechtsgelehrsamkeit noch ziemlich unvermittelt nebeneinander-

<sup>8</sup> Den Einfluß der Rhetorik betont mit Recht, m. E. aber zu ausschließlich STROUX: *Summum ius summa iniuria* 35ff. Stroux verkennt auch, daß dieser Einfluß in der Hauptsache nicht mehr als eine momentane Befruchtung war: die klassische Jurisprudenz der Kaiserzeit hat sich von den rhetorischen Denkkategorien, die ihr im Grunde wesensfremd waren, wieder befreit, und ist zu einer verfeinerten und vertieften Kasuistik zurückgelangt; erst in der nachklassischen Theorie treten wieder stärkere Einwirkungen der rhetorischen Begriffswelt hervor. Dies zeigt vortrefflich HIMMELSCHNEIN: *Symb. Friburgenses in hon. O. Lenel* 373ff. (hier auch eine gute Übersicht über die Entwicklung der antiken Rhetorik). — Vgl. auch § 49, 2. — Allgemein zur Frage der griechischen Einflüsse auf die spätrepublikanische Jurisprudenz jetzt STROUX: *Atti del Congr. intern. di dir. rom.* I 113ff.

<sup>9</sup> Vgl. FERRINI: *Opere* II 25ff.

<sup>10</sup> Er war ein Vetter des P. Mucius Scaevola; vgl. MÜNZER: *RE* 16, 430ff. (Nr. 21).

<sup>11</sup> MÜNZER: *RE* 1A, 1269ff.

standen. Erst der jüngere Q. Mucius Scaevola (Konsul 95 v. Chr., zum Unterschied von seinem älteren Verwandten pontifex genannt)<sup>12</sup> steht in seiner juristischen Arbeit sichtlich unter dem griechischen Einfluß. Von ihm berichtet Pomponius (D. 1, 2, 2, 41), er habe als erster das Recht nach Kategorien (*generatim*) dargestellt, und in der Tat finden sich in den Resten seiner Schriften, deren wichtigste, eine Gesamtdarstellung des *ius civile* in achtzehn Büchern, bis tief in die Kaiserzeit fortwirkte, Versuche, juristische *genera* und *species* zu unterscheiden<sup>13</sup>, und Definitionen rechtlicher Begriffe<sup>14</sup>. Den Aufbau seines Zivilrechtswerkes vermögen wir nicht mehr zu erkennen; von einer Systematik im modernen Sinne war er gewiß sehr weit entfernt, denn auch die jüngeren Zivilrechtsdarstellungen bieten nur eine ziemlich lockere Aneinanderreihung einzelner Materien.

5. Von den Schülern des Q. Mucius kennen wir C. Aquilius Gallus (Prätor 66 v. Chr.)<sup>15</sup> als den Verfasser mehrerer Formulare, die noch in der Kaiserzeit Bedeutung hatten, und als geistigen Urheber des honorarischen Rechtsschutzes gegen Arglist; die Kautelarjurisprudenz vereinigt sich in ihm mit den neuen Bestrebungen, die auf eine Auflockerung der alten Strenge des Rechts gerichtet waren. Als der bedeutendste Jurist am Ende der Republik erscheint indessen Ser. Sulpicius Rufus (Konsul 51 v. Chr.)<sup>16</sup>, dem Cicero, freilich sein persönlicher Freund und darum kein unbedingt glaubwürdiger Zeuge, erst die Begründung der wahren juristischen Dialektik zuschreibt (Brutus 152f.); von Servius stammt auch der erste, sehr knappe Kommentar zum prätorischen Edikt (Pomp. D. 1, 2, 2, 44). Ein großer Kreis von Serviuschülern wirkte in den letzten Jahrzehnten der Republik, zum Teil auch noch unter Augustus: so A. Ofilius, in nahen Beziehungen zu Cäsar stehend, und P. Alfenus Varus (Konsul 39 v. Chr.), der in seinen *digesta*, dem ersten Werk dieses Namens (vgl. § 16, 2), Responson namentlich des Servius zusammenstellte. Etwa gleichaltrig waren: Q. Aelius Tubero, unter Cäsar und den Triumvirn nachweisbar; A. Cascellius, zuerst 73 v. Chr. erwähnt; C. Trebatius Testa, bekannt seit 54 v. Chr., ein jüngerer Freund Ciceros; Aufidius Namusa, der in einem umfangreichen, vielbenutzten Werk die Schriften der Schüler des Servius sammelte<sup>17</sup>.

6. Die republikanische Rechtswissenschaft tritt in den Augen des modernen Betrachters gegenüber der sog. klassischen Periode der ersten beiden nachchristlichen Jahrhunderte stark in den Hintergrund. Dies liegt zweifellos in der Hauptsache an den Verhältnissen unserer Überlieferung. Während wir vom ersten Jahrhundert n. Chr. an ein Quellenmaterial besitzen, das, mag es im Verhältnis zum Verlorenen noch so bescheiden sein, doch immerhin hinreicht, um uns ein deutliches Bild von der Arbeitsweise der führenden Juristen zu vermitteln, sind wir bei den republikanischen Autoren seit Q. Mucius auf kümmerliche Trümmer, für die noch ältere Zeit fast ausschließlich auf wenig ergiebige Notizen Späterer angewiesen. Was uns dabei entgegentritt, sind vielfach gerade diejenigen Züge, die einer jüngeren Zeit altertümlich und primitiv erscheinen mußten. Und doch haben sich gerade in der Arbeit

<sup>12</sup> Sohn des P. Mucius Scaevola. Fragmente bei LENEL: Pal. I 758ff. (fr. 1—56); BREMER: Jur. antehadr. I 48ff. — Vgl. MÜNZER-KÜBLER: RE 16, 437ff. Wenig brauchbar ist LEPOINTE: Q. Muc. Scaev. I (Sa vie et son oeuvre juridique, ses doctrines sur le droit pontifical), 1926; zu den Schriften von ARNÖ: über Q. Mucius und die „scuola Muciana“ s. unten § 18, Anm. 8.

<sup>13</sup> Gai. I, 188; D. 41, 2, 3, 23; Aug. de civ. dei 4, 27.

<sup>14</sup> Cic top. 29, 37; Varro de ling. lat. 7, 105.

<sup>15</sup> Vgl. KÜBLER: ZSt. 14, 75ff.; KLEBS-JÖRS: RE 2, 327ff. (Nr. 23); BREMER: Jur. antehadr. I 111ff. (Nr. 14); WLASSAK: ZSt 42, 394f.

<sup>16</sup> VERNAY: Servius et son école, Thèse Lyon 1909 (dazu PETERS: ZSt. 32, 463ff.) und die u. § 18, Anm. 8 erwähnten Arbeiten von ARNÖ. Außerdem BREMER: Jur. antehadr. I 139ff.; MÜNZER-KÜBLER: RE 4A, 850ff. — Fragmente bei BREMER und LENEL: Pal. II 322ff.

<sup>17</sup> Fragmente dieser Juristen bei LENEL: Pal. unter den einzelnen Namen; ferner BREMER: Jur. antehadr. I 273ff. (Nr. 16), 280ff. (Nr. 1—5); zu Alfenus: KLEBS-JÖRS: RE. 1, 1472ff. (Nr. 8); zu Cascellius: JÖRS: RE. 3, 1634ff. (Nr. 4) und FERRINI: Opere II 53ff.; zu Namusa: JÖRS: RE 2, 2294ff. (Nr. 31).

eines Sex. Aelius, eines Q. Mucius und Servius die großen Durchbrüche vollzogen, mit denen die Grundlagen der kaiserzeitlichen Jurisprudenz gelegt wurden: die Befreiung von dem Formalismus des ältesten Rechts, das Hervortreten des Prinzips von Treu und Glauben, die Schaffung einer wissenschaftlichen Methode. Dergleichen umstürzende Vorgänge hat die klassische Periode kaum aufzuweisen. Zwar hat die moderne Forschung gezeigt, wieviel im einzelnen auch von den kaiserzeitlichen Juristen neugeschaffen worden ist, welche Feinheit und Freiheit ein Julian und ein Papinian in der Fortbildung des Rechts entwickelt haben, und wir werden die Höhepunkte juristischer Kunst immer im zweiten Jahrhundert n. Chr. suchen; aber die große Zeit des Werdens darf darum nicht hinter der Periode der Vollendung zurückgesetzt werden<sup>18</sup>.

## II. Die Rechtswissenschaft im Zeitalter des Prinzips (Die klassische Jurisprudenz).

§ 15. Äußere Bedingungen und Wirkungsbereich. 1. Die klassische Periode der römischen Rechtswissenschaft umfaßt in der Hauptsache die beiden ersten Jahrhunderte unserer Zeitrechnung. Es ist das Zeitalter des Prinzips, der von Augustus begründeten, republikanisch umkleideten Monarchie: eine Zeit politischer Festigung und wirtschaftlicher Blüte, vom Standpunkt der kulturellen Gesamtentwicklung aus gesehen jedoch bereits eine Periode später Zivilisation. Wenn diese Zeit, in der auf allen anderen Gebieten die geistige Schöpferkraft erlahmte, in der Jurisprudenz die höchsten Leistungen hervorgebracht hat, so beruht dies nicht zum wenigsten auf der zielbewußten Pflege dieser Wissenschaft durch das Kaisertum. Von Anfang an haben es die römischen Kaiser verstanden, die der Jurisprudenz innewohnenden Entwicklungsmöglichkeiten zu fördern und für die Zwecke ihrer Politik und ihrer Staatsverwaltung nutzbar zu machen.

2. Diesen Zielen diene zunächst die schon von Augustus geschaffene Einrichtung des *ius publice respondendi*<sup>1</sup>. Wer mit diesem Vorrecht ausgezeichnet war, durfte seine Rechtsgutachten im Namen des Kaisers (*ex auctoritate principis*) erteilen<sup>2</sup>. Seine juristische Praxis gewann damit die Autorität, die der Kaiser für sich selbst im ganzen Bereich des staatlichen Lebens beanspruchte, und wie die unmittelbare Äußerung der kaiserlichen Macht im Laufe der Zeit Gesetzesgeltung erlangte, so mußte auch das Gutachten eines vom Kaiser privilegierten Juristen schließlich für den Richter schlechthin verbindlich werden<sup>3</sup>. Es konnte ferner nicht ausbleiben, daß man sich im Rechtsstreit auf derartige Gutachten auch dann berief, wenn sie für einen anderen Fall ergangen waren<sup>4</sup>, und daß die Rechtsauffassung, die unter den Trägern des *ius*

<sup>18</sup> Vgl. zu dieser Würdigung die feinen Ausführungen von JÖRS: Röm. Rechtswiss. z. Z. d. Republ. 1ff.

<sup>1</sup> Brauchbare Materialsammlung ROSSI: Studi Senesi 3, 168ff.; dazu FERRINI: Opere II 510ff. Über die politische Tendenz des *ius respondendi* DE VISCHER: Conferenze p. il XIV. centenario delle Pand. 56ff. Vgl. jetzt auch die u. Anm. 5 zit. Abhandlung von WIEACKER. — Hauptquelle: Pomp. D. 1, 2, 2, 49.

<sup>2</sup> Diese Gutachten wurden der anfragenden Partei schriftlich und versiegelt zur Weitergabe an den Prozeßrichter überreicht: Pomp. (s. o. Anm. 1).

<sup>3</sup> JÖRS i. d. Vorauf. 20 ist der Meinung, das Gutachten eines privilegierten Juristen sei von Anfang an für den Richter verbindlich gewesen. Wie hier: KIPP: Quellen<sup>4</sup>, 108; BRUNS-LENEL: Gesch. u. Quellen d. röm. R. 360 u. a. Weitere Lit. zu der Frage bei WLAŠSAK: Klass. Prozeßformel (Sb. Akad. Wien 202, 3) 44, Anm. 14.

<sup>4</sup> In manchen Kaiserreskripten knüpft die Entscheidung an das Gutachten eines nicht mehr lebenden Juristen an. Dabei wird mitunter ausdrücklich gesagt, daß sich die Partei in ihrer Anfrage an den Kaiser darauf berufen habe (C. 6, 37, 12; C. 5, 71, 14); in anderen Fällen ist dies wenigstens wahrscheinlich (C. 5, 4, 6; C. 6, 42, 16; C. 7, 18, 1; C. 7, 32, 3; C. 9, 22, 11; C. 9, 23, 1). Auch das Responsum des Juristen Ulpianus Dionysodorus, das in einer Eingabe an den *praefectus Aegypti* vom Jahre 186 n. Chr. zitiert wird (Pap. Oxy. 237 VIII 1) kann nicht für den schwebenden Prozeß eingeholt sein, da es aus dem Jahre 138 stammt.

*respondendi* herrschte, geradezu als geltendes Recht behandelt wurde<sup>5</sup>. Auf diese Weise hob sich aus der Menge der kaiserzeitlichen Juristen eine Reihe von Persönlichkeiten heraus, denen es kraft kaiserlichen Willens vorbehalten war, in besonderem Maße schöpferisch in den Bestand der Rechtsordnung einzugreifen<sup>6</sup>.

3. Darüber hinaus zog das Kaisertum die Jurisprudenz allmählich unmittelbar in seine Dienste. Schon die ersten Kaiser ließen sich vielfach bei Gesetzgebung und Richtertätigkeit von führenden Juristen beraten<sup>7</sup>. Seit Hadrian erwuchs daraus die Übung, daß dem Rate des Kaisers (*consilium principis*, vgl. §11, 2) eine Reihe von Rechtsgelehrten als ständige Mitglieder angehörten<sup>8</sup>. Zugleich begannen die Juristen mehr und mehr eine Rolle in der kaiserlichen Verwaltung zu spielen. Während anfangs die zentralen Verwaltungsämter in den Händen von kaiserlichen Freigelassenen waren und die Laufbahn des vornehmen Römers vorwiegend militärischen Charakter trug, besetzten die Kaiser des zweiten Jahrhunderts die Zentralbehörden mit Angehörigen des Ritterstands und schufen neben der militärischen eine rein zivile Laufbahn, für die juristisches Wissen und Können eine besondere Empfehlung war. So finden wir namentlich seit Hadrian, auf den auch diese Neuerung vermutlich zurückgeht<sup>9</sup>, die bedeutenderen Juristen in zahlreichen Staatsstellen<sup>10</sup>, deren Praxis ihnen reiche Anregung und Schulung geben mußte.

4. Zentrum des juristischen Lebens war und blieb in der Periode des Prinzipats die Stadt Rom. Nur die führenden hauptstädtischen Juristen erhielten das *ius respondendi*, nur sie saßen im kaiserlichen Konsilium und in den großen Verwaltungsämtern. Sie allein haben auch die klassische Rechtsliteratur geschaffen<sup>11</sup>. Natürlich gab es aber auch in den italischen Landstädten und in den Provinzen Rechtskundige. Ihre Tätigkeit tritt uns gelegentlich in Inschriften und Papyrusurkunden

<sup>5</sup> Dies besagt die wenig klare (verfälschte oder verkürzte?) Äußerung des Gaius I 7. Gaius zitiert dabei ein Reskript des Hadrian, wonach der Prozeßrichter an die unstrittige Rechtsauffassung der privilegierten Juristen gebunden war, während er bei Kontroversen entscheiden durfte, welcher Meinung er folgen wollte. Es wird sich dabei nicht darum handeln, daß der Richter selbständige Nachforschungen über die verschiedenen Auffassungen anstellen sollte. Nach allgemein antikem Brauche pflegte dem Richter das Material für seine Entscheidung von den Parteien unterbreitet zu werden. Für die Kaiserkonstitutionen läßt sich dieses Verfahren schon im 2. Jahrhundert nachweisen (Belege bei WEISS: ZSSt. 33, 217ff., bes. 223f.), für Juristenschriften allerdings erst später (C. Th. 1, 4, 2, 3; C. 6, 61, 5 pr.; consultatio 4, 2 u. 5; const. Tanta 22); man kann aber unbedenklich annehmen, daß es auch hier schon älter ist. — Nach WIEACKER: Stud. z. hadrianischen Justizpolitik (Freib. rechtsgeschichtl. Abh. 5, 43ff.) gibt der überlieferte Text von Gai. 1, 7 nachklassische Anschauungen wieder; die Rezitation von Gesetzen und Juristenschriften sei bei den hadrianischen Gerichten in klassischer Zeit nicht üblich gewesen; das Reskript Hadrians habe lediglich die Bindung des Richters an das für den Einzelfall ergangene *responsum* zum Gegenstand gehabt.

<sup>6</sup> Über den Einfluß der klassischen Juristen auf Praxis und Rechtsfortbildung vgl. insbes. WLASSAK: Klass. Prozeßformel (s. o. Anm. 3) bes. 40ff.; LEVY-BRUHL: NRH 4. Ser., 5, 5ff.; ARANGIO-RUIZ: La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza rom. (Sonderabdr. aus Il foro italiano 59, 11, 1934) bes. 16ff.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. I. 2, 25 pr. (Augustus).

<sup>8</sup> Über bekannte Juristen im kaiserlichen Konsilium vgl. z. B. vita Hadr. 18, 1; Pap. D. 37, 12, 5; Paul. D. 4, 4, 38; D. 29, 2, 97. — Literatur über das Konsilium s. § 11, Anm. 7. — Über die Tätigkeit hervorragender Juristen in der Reskriptspraxis: KALB: Bekannte Federn i. Reskripten röm. Kaiser 1890.

<sup>9</sup> HIRSCHFELD: Kaiserl. Verwaltungsbeamte<sup>2</sup> 320f., 339ff., 426ff. — Ein Versuch, die Reformen Hadrians unter einheitlichen Gesichtspunkten zu sehen bei WIEACKER: (o. Anm. 5).

<sup>10</sup> Hierzu vgl. u. § 19, bes. Anm. 1.

<sup>11</sup> Über die Vermutung, daß Gaius ein Provinzialjurist gewesen sei, s. u. § 19, 4. — Mit der im Text behandelten Frage hat die Tatsache nichts zu tun, daß manche der großen Juristen des zweiten Jahrhunderts (z. B. Julian und Ulpian), wie übrigens auch eine Reihe von Kaisern, provinzialer Herkunft waren. Daß sie auch unrömischer Abstammung waren, ist damit nicht erwiesen, wie man denn auch nicht etwa semitische Einflüsse in der Jurisprudenz der spätklassischen Zeit suchen darf, weil Ulpian aus der Provinz Syrien stammte (gerade Ulpian hat übrigens zur Weiterbildung des römischen Rechts sehr wenig beigetragen, vgl. § 19, 3).

entgegen<sup>12</sup>: Sie erteilten Gutachten, berieten auch wohl die lokalen und provinziellen Rechtspflegeorgane und beschäftigten sich vor allem mit dem Abfassen von Vertragsformularen und Testamenten<sup>13</sup>. Die Kautelarpraxis, einst der Ausgangspunkt und Grundpfeiler der gesamten römischen Rechtswissenschaft, sank jetzt ganz in diese Sphäre der lokalen Rechtskunde herab; die führenden Juristen haben sich mit ihr kaum noch befaßt.

5. Der klassische Rechtsunterricht entsprach in seinem Wesen durchaus dem der republikanischen Zeit. Nach wie vor stand im Mittelpunkt die Teilnahme an der Praxis des reifen Juristen. Daneben trat allerdings der mehr schulmäßig organisierte Elementarunterricht mit seinem zusammenhängenden Lehrvortrag stärker in den Vordergrund<sup>14</sup>. Staatliche Rechtsschulen gab es nicht.

**§ 16. Die klassische Rechtsliteratur.** 1. Die Rechtsliteratur der klassischen Zeit ist ihrem Ursprunge und ihrem Zweck nach ganz überwiegend praktischer Natur. Im Vergleich zu modernen Rechtsdarstellungen ist sie ausgesprochen kasuistisch, d. h. es steht in aller Regel die Behandlung einzelner Rechtsfälle und Streitfragen im Vordergrund. Ein zusammenhängender Gedankengang ist, je nach der literarischen Gattung, überhaupt nicht oder nur in verhältnismäßig lockerer Weise angestrebt. Die Anordnung des Gesamtstoffes beruht oft nicht auf inneren Zusammenhängen und ist selten eine originelle Schöpfung des einzelnen Autors; meist folgt sie einem überkommenen Schema. Erst wenn man sich von diesen uns primitiv erscheinenden Zügen der Gesamtkomposition zu den Einzelheiten wendet, tritt die Größe der klassischen Juristen hervor. Jede einzelne Entscheidung ist sozusagen ein Kunstwerk, sowohl in ihrer juristischen Durchbildung wie in ihrer literarischen Formung. Die Sprache ist von einer Reinheit und Schlichtheit, wie wir sie in der sonstigen Literatur der Kaiserzeit kaum noch antreffen. Wiewohl der Stil der einzelnen Juristen charakteristische Unterschiede zeigt, läßt sich insgesamt eine Sprachtradition von höchster Einheitlichkeit feststellen, der es zu verdanken ist, daß die Vielfältigkeit der Stilmoden, die das literarische Gesicht der Kaiserzeit bestimmt, der Rechtsliteratur fast ganz ferngeblieben ist. Die strenge Beachtung einer teils durch Gesetze und Edikte bedingten, teils selbstgeschaffenen Terminologie verleiht der Juristensprache einen stark fachlichen Charakter, wenn auch viele Begriffe erst in der Hand der nachklassischen Bearbeiter oder der modernen Theorie zu Kunstausdrücken erstarrt sind.

2. Die Literaturgattungen entwickelten sich aus den Erscheinungsformen des republikanischen Schrifttums weiter, wie denn überhaupt die juristische Methode ihrem Wesen nach dieselbe blieb. Nur die Formelsammlungen verschwanden zugleich mit der Kautelarpraxis (§ 15, 4 a. E.) aus dem Arbeitsbereich der großen Juristen; sie werden in der Sphäre handwerklicher Rechtskunde ihr Dasein weitergefristet haben. Aus der Gutachtertätigkeit der klassischen Juristen erwuchsen Responsensammlungen von teilweise sehr erheblichem Umfange. Die Darstellungsweise schwankt in ihnen zwischen wortgetreuer Aufzeichnung und ausgesprochen literarischer Stilisierung, bei der der einzelne Rechtsfall zum Gegenstand einer mehr oder minder eingehenden Betrachtung gemacht wird und zwischen den einzelnen Entscheidungen auch Ausführungen erscheinen, die nicht erkennbar auf

<sup>12</sup> Vgl. das Responsum des Ulpus Dionysodorus in Pap. Oxy. 237 VIII (s. o. Anm. 4). — Juristen auf Inschriften: HIRTIG: Assessoren 203ff. (Ergänzungen bei KÜBLER: ZSt. 14, 289f.); MOMMSEN: Jur. Schr. I 432, Anm. 1. Über den νομικός der ägyptischen Papyri KOSCHAKER: ZSt. 29, 15ff., das seither erheblich vermehrte Material bei PREISIGKE: Wörterb. d. Papyrusurk.

<sup>13</sup> Daher hießen sie auch *tabelliones*.

<sup>14</sup> Die Anfänge des juristischen Elementarunterrichts lassen sich bis in die Republik zurückverfolgen; vgl. die Belege bei KRÜGER: Quellen<sup>2</sup>, 56. — Die Abneigung des Römers gegen den schulmäßigen Betrieb praktischer Wissenschaft kennzeichnet Tac. dial. 34 (freilich in erster Linie mit Bezug auf die Rhetorik).

der Behandlung eines konkreten Falles beruhen. Das praktische Vorbild für diese literarische Verarbeitung wird in den Erörterungen zu suchen sein, die der respondierende Jurist mit seinen Freunden und Schülern gelegentlich der ihm vorgelegten Fälle pflog. Überhaupt verbietet die enge Verflechtung von Praxis und Unterricht eine strenge Scheidung der Responsen von den aus dem Unterricht erwachsenen *quaestiones* und *disputationes*; auch diese Schriften enthalten vielfach Rechtsgutachten und unterscheiden sich oft kaum von den *responsa* betitelten Werken. Mit allen diesen Literaturgattungen nahe verwandt sind die umfangreichen Sammlungen vorwiegend kasuistischen Materials, die man heute meist zu Unrecht als Kommentarwerke anspricht und die den Namen *digesta*<sup>1</sup> (d. h. „geordneter“ Rechtstoff) tragen. Sie umfassen offenbar grundsätzlich das Gesamtwerk ihrer Autoren und zeigen seit der Mitte des zweiten Jahrhunderts eine feststehende Anordnung, die übrigens auch in den späteren Quaestionen- und Responsensammlungen befolgt ist. Diese Anordnung folgt zunächst dem Aufbau des hadrianischen Edikts und bringt dann die im Edikt nicht behandelten zivilrechtlichen Materien in einer Reihenfolge, die möglichst an bestimmte Einzelgesetze und Senatsbeschlüsse anknüpft. Offenbar diente dieses Verfahren, das jeder systematischen Bestrebungen bar ist, dem Bedürfnis einer möglichst bequemen Benutzung der Sammlung. Straffer zusammengefaßt ist die Menge der Kasuistik in den Kommentarwerken, die gegen Ende der klassischen Zeit einen ausgesprochen enzyklopädischen Charakter annehmen, indem sie nicht nur gelegentliche Zitate anderer Autoren bringen, sondern auf breiter Grundlage über den Stand der Meinungen Auskunft geben. Unter ihnen stehen die Kommentare zu den prätorischen Edikten und zum Zivilrecht an Bedeutung weit voran. Für das Zivilrecht wurde, mangels einer gesetzlichen Kodifikation die knappe Zusammenfassung zugrundegelegt, die Massurii Sabinus (§ 18, 4) um die Mitte des ersten Jahrhunderts n. Chr. in seinen *tres libri iuris civilis* gab. Kommentare zu einzelnen Gesetzen und Monographien über einzelne Rechtsmaterien und über die Dienstbereiche bestimmter Beamten stehen neben diesen umfassenden Werken. Gegen Ende des zweiten Jahrhunderts begegnet auch eine erste Sammlung von Kaiserkonstitutionen<sup>2</sup> als Vorläufer einer Literaturform, die in nachklassischer Zeit besonders bedeutungsvoll werden sollte. Den höchsten Grad systematischer Durchbildung hat die klassische Rechtswissenschaft bezeichnenderweise in den elementaren Lehrbüchern (*institutiones*) erreicht. Hier mußte das Orientierungsbedürfnis des Anfängers die Kasuistik zurückdrängen und den Versuch einer übersichtlichen und innerlich gerechtfertigten Anordnung zeitigen. Die Einteilung des gesamten Rechtstoffs in Personenrecht, Sachenrecht und Recht der Klagsmöglich-

<sup>1</sup> Der Bearbeiter folgt in der Beurteilung der Digestenwerke (wenn auch nicht ohne gewisse Abweichungen) der Ansicht von MOMMSEN: Jur. Schr. II 90ff. Anders die heute herrschende Auffassung, auch JÖRS: RE 5, 486 und in der Voraufll. Allein die Einwände von PERNICE: *Miscellanea z. Rechtsgesch. u. Textkritik I* ff. und KRÜGER: ZSSr. 17, 94ff. vermögen die Grundthese MOMMSENS nicht zu erschüttern und beruhen z. T. auf revisionsbedürftigen Annahmen über Chronologie und Echtheit der uns bekannten Juristenschriften; vgl. z. B. zu den Digesten Scaevolas (PERNICE: 63f.) u. § 20, 2. Eine kritische Auseinandersetzung mit der herrschenden Meinung ist hier nicht möglich; es sei nur folgendes bemerkt: Daß die Digestenwerke das gesamte Rechtsgebiet umfaßten, insbesondere Zivil- und Honorarrecht, versteht sich bei der Auffassung MOMMSENS von selbst. Hingegen vermag diese Auffassung allein zu erklären, weshalb statt einer wirklichen Zusammenfassung des ganzen Rechtsgebiets eine Aufreihung des Einzelmaterials nach ganz äußerlichen Gesichtspunkten gewählt wurde, während andererseits von einer eigentlichen Kommentierung des Edikts und der Gesetze keine Spur zu finden ist. Die Annahme von KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 185, daß die für einen Kommentar charakteristischen Abschnitte aus den Digesten (Julians) von den Kompilatoren Justinians ausgelassen worden seien, ist kaum glaublich: ein wirklicher Kommentar zeigt sein Gepräge nicht nur in einzelnen Abschnitten; so wenig wir von den Digesten Julians im Verhältnis zu dem Verlorenen besitzen, an einigen Stellen zum mindesten müßte der Kommentarcharakter noch erkennbar sein.

<sup>2</sup> PAPIRIUS IUSTUS: *de constitutionibus*, mindestens 8 Bücher.

keiten (*actiones*), wie sie dem Institutionenwerk des Gaius (§ 19, 4) zugrundeliegt<sup>3</sup>, ist denn auch erst von der Systematik der Naturrechtszeit überholt worden. Neben den eigentlichen Lehrbüchern finden sich elementare Werke anderer Art, die unter dem Titel *regulae*, *definitiones* oder *sententiae* in knapper, aber meist ziemlich lockerer Form anerkannte Rechtssätze zusammenfaßten. Ein Teil dieses Schrifttums ist freilich von der modernen Forschung als nachklassische Fälschung erwiesen worden (§ 21, 4).

3. Den Umfang der klassischen Rechtsliteratur kann man daraus ermessen, daß die von Justinian im Jahre 530 n. Chr. mit der Herstellung von Auszügen aus den Juristenschriften betraute Kommission gegen zweitausend „Bücher“ (im Sinne der antiken Bucheinteilung) mit mehr als drei Millionen Zeilen (*versus, σίχλοι*) unter den Händen gehabt hat; dabei war damals das Schrifttum des ersten Jahrhunderts bereits zum größten Teil verloren. Von dieser Literaturmasse ist nur ein kleiner Bruchteil auf uns gekommen, und davon in direkter Überlieferung wiederum nur ein einziges Werk, die Institutionen des Gaius (§ 19, 4), zudem in einer lückenhaften Handschrift und in offenbar nicht unverkürzter Fassung. Im übrigen besitzen wir lediglich nachklassische Überarbeitungen und Auszüge, unter denen die umfassende Sammlung in den Digesten Justinians (§ 27) weitaus an erster Stelle steht. Die Zerrissenheit, die Lücken und die Verfälschungen dieser Überlieferung erschweren nicht nur im einzelnen den Zugang zu den klassischen Gedankengängen, sondern auch die Gesamtwürdigung der Juristenpersönlichkeiten und der klassischen Rechtsliteratur überhaupt. Was von der ursprünglichen Ordnung der klassischen Werke noch zu ermitteln ist, hat in grundlegender Weise das Werk von OTTO LENEL: *Palingenesia iuris civilis* (2 Bde., 1889) dargetan, in dem die Fragmente der einzelnen Juristen soweit als möglich in der Reihenfolge der Originalschriften zusammengestellt sind.

§ 17. Die Überlieferung über Leben und Persönlichkeit der klassischen Juristen ist im ganzen genommen so dürftig, daß eine wirkliche Literaturgeschichte des klassischen Rechts nicht geschrieben werden kann. Die römischen Juristen selbst haben der Geschichte ihrer Wissenschaft, wie es scheint, geringe Beachtung geschenkt, wie denn überhaupt die geschichtliche Betrachtung ebensowenig ihre Stärke war wie die philosophische und systematische Verarbeitung des Rechtsstoffs. Wir besitzen lediglich ein Fragment aus einem elementaren Handbuch des Pomponius (§ 19, 4), das einen knappen Überblick über die Entwicklung der Rechtswissenschaft bis auf die Zeit des Verfassers, d. h. die Mitte des zweiten Jahrhunderts bietet (D. 1, 2, 2); aber gerade für die klassische Periode sind seine Angaben besonders dürftig. Die allgemeine Geschichtsschreibung der Kaiserzeit, im Grunde nicht viel mehr als eine Historie und Skandalchronik der einzelnen Kaiser, ergibt nur gelegentliche Notizen. So bleibt eine Anzahl urkundlicher Zeugnisse und schließlich das Material, das aus den Werken der Juristen selbst entnommen werden kann. Eine Auswertung dieses Materials, die über die bloße Sammlung von Daten hinausstrebt, ist indessen angesichts der trümmerhaften Überlieferung der Rechtsliteratur und der Gleichförmigkeit der literarischen Formen außerordentlich schwer und zur Zeit noch kaum in Angriff genommen<sup>1</sup>.

<sup>3</sup> Sie ist schwerlich eine Erfindung des Gaius; wahrscheinlich stammt sie aus der Praxis des Elementarunterrichts. Über Zusammenhänge mit den Einteilungsprinzipien der Grammatik vgl. STROUX: *Acti del Congr. intern. di dir. rom.* I 122f. Diese Zusammenhänge lassen zugleich erkennen, daß die Systematik des gajanischen Lehrbuchs für die Einführung des grammatisch bereits geschulten Anfängers besonders geeignet war.

<sup>1</sup> Die folgende Darstellung (§§ 18—20) erwähnt nur die bekanntesten Juristen und ihre wichtigsten Werke. Vollständige Angaben bei KARLOWA: *Röm. Rechtsgesch.* I 677ff.; KRÜGER: *Quellen*<sup>2</sup> 154ff.; KRPF: *Quellen*<sup>4</sup> 114ff. — Über die Entstehungszeit der einzelnen Werke handelt FRITZING: *Alter u. Folge d. Schriften röm. Juristen*<sup>3</sup> 1908; vgl. ferner H. KRÜGER: *Studi Bonfante* II 303ff.



§ 18. Die frühklassische Jurisprudenz und die beiden Rechtsschulen. 1. Als frühklassische Periode der römischen Rechtswissenschaft soll etwa das erste Jahrhundert n. Chr. bezeichnet werden. Die Abgrenzung dieses Zeitraums gegenüber der späteren Republik rechtfertigt sich vielleicht mehr aus der Veränderung der äußeren Umstände aus einem inneren Gegensatz der juristischen Arbeitsweise. Noch macht sich in einem gewissen Doktrinarismus die frische und nicht völlig verarbeitete Einwirkung griechischer Spekulation geltend; es fehlt noch die letzte Freiheit der Gestaltung, die die Methode der Hochklassiker auszeichnet. Die Praxis der frühklassischen Juristen beschränkt sich im wesentlichen auf die Gutachtertätigkeit; eine Eingliederung in die Aufgaben des neuen Staats wird lediglich durch das *ius respondendi* vermittelt. Der Höhepunkt der frühklassischen Periode muß in ihrem Anfang, in der Person des Labeo, gesucht werden.

2. Neben den Juristen, deren Wirksamkeit schon im spätrepublikanischen Zeitalter begonnen hatte — der angesehenste unter ihnen war, wie es scheint, C. Trebatius Testa — treten unter Augustus zwei Persönlichkeiten in besonderem Maße hervor, die von der Überlieferung in einen wissenschaftlichen und charakterlichen Gegensatz gebracht werden: M. Antistius Labeo<sup>1</sup> (geboren vor 42 v. Chr., gestorben nach 22 n. Chr.) wird uns als bahnbrechender Neuerer auf dem Gebiet der Jurisprudenz und als Anhänger des republikanischen Freiheitsideals geschildert; C. Ateius Capito<sup>2</sup> (zuerst erwähnt im Jahre 17 v. Chr., Konsul 5 n. Chr., gestorben im Jahre 22) dagegen soll in seiner wissenschaftlichen Arbeit mehr in den herkömmlichen Vorstellungen befangen und ein fügsamer, dem neuen Regiment bequemer Mann gewesen sein. Hinsichtlich ihrer wissenschaftlichen Bedeutung entspricht dieses Urteil durchaus dem, was wir aus der späteren Rechtsliteratur über die Nachwirkungen ihrer Tätigkeit feststellen können. Während von den privatrechtlichen Schriften Capitos fast keine Spur geblieben ist, wird Labeo noch in der spätclassischen Literatur außerordentlich oft zitiert, und wir dürfen annehmen, daß in unserer Überlieferung darüber hinaus noch vieles von seinem Gedankengut anonym enthalten ist. Von seinen zahlreichen Schriften — nach Pomponius hinterließ er vierhundert *volumina* — haben den stärksten Einfluß wohl die Kommentare ausgeübt, die er zu den Edikten des *praetor urbanus* und des *praetor peregrinus* schrieb. Namentlich die von ihm gegebene Interpretation der ediktalen Begriffe ist für die Späteren vielfach maßgebend geblieben. Originalfragmente dieser Werke besitzen wir nicht. Dagegen haben wir Ausschnitte aus einer Sammlung knappgefaßter Kasustik, die den Titel *πυρά* trägt („Einleuchtendes“, sachlich etwa gleichbedeutend mit *definitiones* oder *regulae*) und aus einem umfangreichen Corpus nachgelassener Schriften (*libri posteriores*); beide Werke lagen allerdings den Verfassern der justinianischen Digesten nur in Auszügen jüngerer Juristen vor. Labeos schöpferische Qualitäten wird man mehr in der Originalität seiner Gedanken und dem Scharfsinn seiner Entscheidungen als in der Einführung einer neuen Betrachtungsweise erblicken müssen. Als ein Mann von umfassender antiquarischer und grammatischer Bildung<sup>3</sup> (Gell. 13, 10, 1) war er gerade mit der juristischen Arbeit der Vergangenheit besonders vertraut. Er schrieb einen Kommentar zu den Zwölf Tafeln und ein größeres Werk über das Sakralrecht (*ius pontificium*) und griff vielfach in die spätrepublikanische Diskussion über die *genera* und *species* der juristischen Erscheinungen ein; hierin und in seiner Neigung zum Definieren zeigt sich zugleich die dialektische Schulung, die ihm nach-

<sup>1</sup> Vgl. PERNICE: M. Antistius Labeo I 1—92; JÖRS: RE 1, 2548ff.

<sup>2</sup> JÖRS: RE 2, 1904ff.

<sup>3</sup> Proben von Labeos grammatischer Bildung sind seine für moderne Begriffe teilweise recht wunderlichen Etymologien (vgl. LENEL: Pal. fr. 7, 124, 340, 374); sie folgen dem etymologischen System der Stoa: Ausgangspunkt der Wortdeutung ist die äußere Ähnlichkeit der Wortbilder, wobei gegebenenfalls auch Wortverbindungen herangezogen werden, so z. B. *suppelles* von *sub pellibus usui esse*. — Vgl. hierzu jetzt STROUX: Atti del Congr. intern. di dir. rom. I 116ff.

gerühmt wird und die seine Arbeitsweise unmittelbar mit der Methode der republikanischen Juristen verbindet.

3. Die Folgezeit bis zur Mitte des zweiten Jahrhunderts stand im Zeichen des Gegensatzes zweier sog. Rechtsschulen (*scholae*), der Sabinianer und der Prokulianer<sup>4</sup>. Es handelt sich dabei nicht um Schulen im Sinne von Unterrichtsanstalten, sondern um Erscheinungen, die etwa den griechischen Philosophenschulen entsprachen, vielleicht auch dorthier beeinflusst waren: um Gemeinschaften von reifen Juristen und Anfängern, die in Praxis und Unterricht verbunden waren und eine bestimmte Tradition juristischer Lehrmeinungen pflegten. Wie die griechischen Philosophenschulen besaßen sie eine gewisse Organisation, jedenfalls eine förmliche Vorstandschaft<sup>5</sup>. Während aber die Gegensätze zwischen den Philosophenschulen auf tiefliegenden Unterschieden der wissenschaftlichen Systeme beruhten, scheint der Streit der beiden römischen Juristenschulen der prinzipiellen Grundlagen durchaus entbehrt zu haben. Wenigstens sind bisher alle Versuche gescheitert, in den uns bekannten Schulkontroversen innere Zusammenhänge zu entdecken<sup>6</sup>. Die Rivalität der Schulhäupter und das dem Römertum tief im Blut sitzende Gefolgschaftswesen<sup>7</sup> scheinen die Haupttriebkkräfte der Schulenbildung gewesen zu sein.

4. Als die eigentlichen Begründer der Rechtsschulen nennt uns Pomponius die beiden führenden Juristen der augusteischen Zeit, Labeo und Capito<sup>8</sup>. Tatsächlich dürften sich indessen die Schulen erst in der nächsten und übernächsten Juristengeneration gebildet haben. Dafür spricht vor allem die Nennung<sup>9</sup>. Die von Pomponius auf Capito zurückgeführte Schule der Sabinianer oder Cassianer heißt nach Massurius Sabinus<sup>10</sup>, dessen Tätigkeit von Tiberius bis Nero nachweisbar ist, und C. Cassius Longinus<sup>11</sup>, Konsul im Jahre 50 n. Chr. und gestorben unter Vespasian; die Prokulianer, die angeblich an Labeo anknüpfen sollen, tragen den Namen des Proculus dessen Wirksamkeit etwa gleichzeitig mit Cassius um die Mitte des Jahrhunderts angesetzt werden muß. Von diesen Juristen hat Sabinus für die Folgezeit als Verfasser der *tres libri iuris civilis* eine besondere Bedeutung gewonnen. Das Werk gab in gedrängtester Form einen Überblick über den Gesamtbestand des *ius civile* und erwies sich darum als geeignete Grundlage für die großen Zivilrechtskommentare der Späteren. Aus ihnen kennen wir die von Sabinus befolgte Stoff-

<sup>4</sup> Vgl. außer der im folgenden genannten Lit. Jörs: RE 3, 1655f.; Kübler: RE 1 A 380ff., 394ff.

<sup>5</sup> Liste der Schulhäupter nach Pomponius: Prokulianer: Nerva pater; Proculus; Nerva filius (vgl. Anm. 14) und Longinus (sonst nicht bekannt); Pegasus (Stadtpräfekt unter Vespasian); Celsus pater (§ 19, Anm. 4); Celsus filius (§ 19, 3) und Neratius (§ 19, 2). Sabinianer: Massurius Sabinus; Cassius; Caelius Sabinus (Konsul 69 n. Chr.; vgl. Jörs: RE 3, 1272f.); Javolenus (§ 19, 2); Alburnius Valens, Tuscianus (der erste wenig, der zweite kaum bekannt) und Julian (§ 19, 3).

<sup>6</sup> Dabei sind folgende Meinungen zutage getreten: Der Streit der Rechtsschulen beruhe auf dem Gegensatz zwischen Idealismus und Naturalismus (Kuntze: Exkurse 318ff.); es handle sich um eine altrömisch-nationale und eine peregrinisch-naturale Richtung der Jurisprudenz (Karlowa: Röm. Rechtsgesch. I 662f.); der Streit sei, wie bei den Grammatikern, um Analogie und Anomalie, d. h. regelmäßige und regelwidrige Entwicklung, gegangen (Schanz: Philologus 42, 314ff.); die Prokulianer seien Peripatetiker, die Sabinianer Stoiker gewesen (Sokolowski: Philos. i. Privatrecht, 1902).

<sup>7</sup> Vgl. etwa Gelzer: Nobilität d. röm. Republik 49ff.

<sup>8</sup> Unter den Modernen sucht Arnò den Schulengegensatz sogar bis auf die republikanischen Juristen Q. Mucius Scaevola (§ 14, 4) und Ser. Sulpicius Rufus (§ 14, 5) hinaufzuführen. Schlüssige Anhaltspunkte dafür fehlen. Nachweise über die verschiedenen Schriften von Arnò in der zusammenfassenden Besprechung von H. Krüger: ZSt. 46, 392ff.

<sup>9</sup> Über die Frage, wann die Schulnamen gebräuchlich wurden, Baviera, zuletzt Scr. giur. I 110ff.; gegen ihn mit Recht Kipp: Quellen 4 114, Anm. 9.

<sup>10</sup> Steinwenter: RE 1 A, 1600. S. auch die Literaturangaben o. Anm. 4.

<sup>11</sup> Jörs: RE 3, 1736ff. (Nr. 60).

anordnung<sup>12</sup>, eine lockere Reihenfolge von Einzelmaterien, die von organischem Aufbau ziemlich weit entfernt ist; den Anfang bildete das Erbrecht<sup>13</sup>. Cassius verfaßte ein einflußreiches größeres Zivilrechtswerk, sein Gegenspieler Proculus eine Sammlung von Rechtsgutachten unter dem Titel *epistulae*; minder bedeutend war anscheinend der Vorgänger des Proculus in der Vorstandschafft der sog. prokulianischen Rechtsschule, M. Cocceius Nerva<sup>14</sup>), ein Freund des Kaisers Tiberius; wir kennen ihn nur aus gelegentlichen Anführungen in der späteren Literatur.

§ 19. Die hochklassische Jurisprudenz. 1. Von der Wende zum zweiten Jahrhundert an trat die römische Rechtswissenschaft in das Stadium ihrer reichsten Entfaltung. Es war das Zeitalter Trajans, Hadrians und der Antonine, nahezu ein Jahrhundert inneren Friedens unter der Regierung hervorragender Herrscherpersönlichkeiten. Erst in dieser Periode hat das Kaisertum die vollen Konsequenzen gezogen, die sich aus der Entwicklung Roms von einer nationalen Großmacht zum Weltreich ergaben. In der nunmehr ganz großzügig organisierten Reichsverwaltung spielten die Juristen eine besondere Rolle. Wir kennen die Ämterlaufbahn einer Anzahl der bekanntesten unter ihnen; je nach ihrer Herkunft aus dem Senatoren- oder Ritterstande gelangten sie durch republikanische Magistraturen oder kaiserliche Verwaltungssämer zu den höchsten Reichsstellen und zu Statthalterschaften, mitunter nacheinander in den verschiedensten Weltgegenden<sup>1</sup>. Es ist gewiß kein Zufall, daß die schöpferische Gestaltung des einzelnen Rechtsfalles gerade dieser Periode der Jurisprudenz die besondere Signatur gibt. Indem so die stärkste Seite des römischen Rechtsdenkens zur Vollendung entwickelt wurde, verschwanden die altertümlichen Züge und die Unfreiheit gegenüber dem griechischen Schulwissen, die noch der Arbeit eines Labeo gelegentlich eigen sind. Auch die Schulengegensätze verblaßten vor dem Reichtum der Praxis. Zwar wurden die alten Kontroversen auch späterhin noch weiter notiert, aber der Schulenstreit war nicht mehr produktiv, und jenseits von Julian (s. Ziff. 3) finden sich nur noch spärliche und unsichere Spuren seiner Existenz.

2. Den Übergang zur hochklassischen Zeit bilden eine Anzahl bedeutender Juristen, deren Tätigkeit um die Jahrhundertwende liegt: C. Octavius Iavolenus Priscus<sup>2</sup> (Konsul vor 90, gestorben nach 106 n. Chr.), der Lehrer Julians (Ziff. 3), ist

<sup>12</sup> LENEL: D. Sabinussystem (1892, Übersicht der Materien auch in Pal. II, 1258f.); FREZZA: Riv. ital. sc. giur. NS 8, 412ff. (nicht sehr förderlich).

<sup>13</sup> Der Kommentar des Ulpian enthält eine größere Zahl von Fragmenten des Sabinustextes. Da diese jedoch in der justinianischen Überlieferung nicht mehr äußerlich kenntlich sind, bleibt die Zuschreibung oft zweifelhaft. Vgl. SCHULZ: Sabinusfragm. in Ulpian's Sabinuskomm. 1906.

<sup>14</sup> JÖRS: RE 4, 131f. (Nr. 14). — Über Nervas gleichnamigen Sohn (s. o. Anm. 5) vgl. JÖRS: RE 4, 132f. (Nr. 15).

<sup>1</sup> Beispiele: IAVOLENUS (Ziff. 2), mit vollem Namen C. Octavius Tidianus Tossianus Iavolenus Priscus, war Kommandant zweier Legionen, Jurisdiktionslegat (hierüber MOMMSEN: Röm. Staatsr. I<sup>3</sup> 231f.) in Britannien, kaiserlicher Statthalter in Obergermanien, Syrien und Senatsstatthalter (*proconsul*) in Afrika (seine stadtrömische Ämterlaufbahn ist dabei nicht mitgezählt): CIL III 2864 = Dessau, Inscr. Lat. sel. I 1015. — IULIAN: (Ziff. 3), L. Octavius Cornelius Salvius Iulianus Aemilianus, in Hadrumetum (Nordafrika) geboren, war *decemvir litibus iudicandis*, *quaestor* des Hadrian, der ihm wegen seiner hervorragenden Gelehrsamkeit das doppelte Gehalt gewährte, Volkstribun, Vorsteher der dem Senat unterstehenden Reichskasse (*aerarium Saturni*) und der Reichskriegskasse (*aerarium militare*), Pontifex, Mitglied anderer Priesterschaften, Aufseher über die Tempelbauten, kaiserlicher Statthalter in Untergermanien und Spanien, Prokonsul von Afrika: MOMMSEN: Jur. Schr. II 1ff. — MAECIANUS (Ziff. 5), der dem Ritterstande angehörte, durchlief folgende Ämter: *praefectus fabrum* (im Stabe eines Oberbeamten, vielleicht nur titular), Kommandant einer Kohorte (vielleicht in Britannien), Hilfsbeamter im Bauwesen (*adiutor operum publicorum*), Vorstand der Kanzlei *a libellis* (§ 11, 3) des Thronfolgers Antonius Pius, Leiter des Reichspostwesens (*praefectus vehicularum*), dann der kaiserlichen Bibliotheken, wiederum Vorstand der Kanzlei *a libellis* des inzwischen Kaiser gewordenen Antoninus, Pontifex, Leiter der Getreideversorgung (*praefectus annonae*) und schließlich Statthalter von Ägypten, der größten ritterlichen Statthalterschaft: LEVY: ZSSt. 52, 352ff.

<sup>2</sup> Seine Laufbahn s. o. Anm. 1.

uns namentlich als Bearbeiter älterer Literatur bekannt: er verfertigte Auszüge aus den *libri posteriores* des Labeo, dem Zivilrechtswerk des Cassius und einem Werk des Plautius<sup>3</sup>, der der unmittelbar vorangehenden Generation angehören muß und auch von Späteren bearbeitet wurde. Verwandter Natur war die Schriftstellerei des Titius Aristo, eines Freundes des jüngeren Plinius und Konsiliars des Trajan. Neratius Priscus, im *consilium* des Trajan und des Hadrian, schrieb vorwiegend kasuistische Werke.

3. Die bedeutendsten Erscheinungen der Periode sind P. Iuventius Celsus<sup>4</sup>, Konsul 129 n. Chr., und L. Salvius Iulianus<sup>5</sup>, der Redaktor des hadrianischen Edikts, Konsul 148 n. Chr. und gestorben wahrscheinlich unter Mark Aurel und Verus. Beide hinterließen umfangreiche Digestenwerke, von denen die spätere Literatur in hohem Maße beeinflußt worden ist. Bedeutender und wirksamer war jedoch das Werk des Julian. Celsus erscheint uns als ein klarer Kopf von seltener Schärfe, mit heftigem Temperament und in der Kritik mitunter von massiver Grobheit<sup>6</sup>; Julian sehr viel mehr abgeklärt, von unerschöpflichem Reichtum an fruchtbaren Gedanken und einzigartiger Leichtigkeit und Durchsichtigkeit der Darstellung. Sein Stil und sein juristisches Denken sind wahrhaft klassisch im Sinne eines vollkommenen Gleichgewichts zwischen Form und Inhalt, Problem und Lösung. Für eine große Zahl von Einzelfragen hat Julian das abschließende Wort im Meinungsstreit gesprochen, oft mit einer Antwort, die unmittelbar überzeugt und in ihrer Einfachheit die Schwierigkeiten verschwinden läßt, mit denen die Früheren zu kämpfen hatten. Nicht minder weisen seine Gedanken vielfach einer späteren Entwicklung die Richtung. Außer einer beträchtlichen Zahl von Fragmenten und Zitaten aus Julians eigenen Schriften<sup>7</sup> besitzen wir auch in den *quaestiones* seines Schülers Sex. Caecilius Africanus<sup>8</sup> eine nicht unerhebliche Menge julianischen Gedankenguts; wie es scheint, hat Afrikan in diesem Werk fast ausschließlich Entscheidungen seines Lehrers zusammengestellt.

4. Gleichzeitig mit Celsus und Julian, deren Originalität die klassische Jurisprudenz auf ihren Gipfelpunkt führte, wirkte in Sex. Pomponius ein Jurist, dessen enzyklopädische Arbeitsweise bereits die Haltung der spätesten Klassiker vorwegnahm. Im Laufe eines sehr langen Lebens (vgl. D. 40, 5, 20) entwickelte er eine unheimlich furchtbare schriftstellerische Tätigkeit, die den Zeitraum von Hadrian bis auf Mark Aurel ausfüllt. Unter seinen Werken befinden sich drei große Kommentare: *ad Q. Mucium*, *ad Sabinum* und *ad edictum*; der bereits mehrfach zitierte Abriss der römischen Rechtsgeschichte (§ 17) gehörte, offenbar als einleitendes Kapitel, einem *enchiridium* (*ἐγγχειρίδιον*, Handbuch) betitelten Elementarwerk an<sup>9</sup>. Mit der Schrift-

<sup>3</sup> FERRINI: Opere II 19ff.

<sup>4</sup> GIANTURCO: Studi Fadda V 23ff.; STELLA-MARANCA: Intorno ai frammenti di Celso (1915), dazu MITTEIS: ZSt. 36, 430f. — Auch der Vater des Celsus war Jurist und, wie Celsus selbst, Schulhaupt der Prokulianer (vgl. § 18, Anm. 5).

<sup>5</sup> BUHL: Salvius Iulianus I (1886, unvollendet); MOMMSEN: Jur. Schr. II 1ff., 7ff.; FITTING: Alter u. Folge d. Schriften d. röm. Juristen<sup>2</sup> 21ff.; APPLETON: NRH 34, 731ff.; 35. 593ff.; GIRARD: Mélanges I 214ff. Über die Schrift von RECHNITZ: Stud. z. Salvius Iulianus 1925 vgl. Ed. FRAENKEL: ZSt. 47, 397ff. — Die Ämterlaufbahn Iulians s. o. Anm. 1.

<sup>6</sup> Vgl. D. 28, 1, 27 (fr. 113 LENEL) und den von Plinius ep. 6, 5 geschilderten Auftritt im Senat.

<sup>7</sup> LENEL: Pal. I 317ff. zählt über 900 Fragmente und Zitate auf 40 Foliendruckseiten. Die auf uns gekommenen Fragmente des Celsus machen davon nicht die Hälfte aus.

<sup>8</sup> BUHL: ZSt. 2, 180ff.; Iulianus I 67ff.; JÖRS: RE 3, 1192ff., Nr. 29.

<sup>9</sup> In den Digesten Justinians sind zwei Werke dieses Titels unter dem Namen des Pomponius ausgezogen; das eine, zwei Bücher umfassend, hat drei kurze Fragmente geliefert, aus dem anderen, einem *liber singularis*, stammt das große rechtsgeschichtliche Fragment und eine Anzahl von Wortdefinitionen (D. 50, 16, 239). Vielleicht ist dieses zweite, kürzere Werk ein nachklassischer Auszug aus dem ersten; hieraus ließe sich dann auch die schlechte Fassung erklären, in der das rechtsgeschichtliche Fragment auf uns gekommen ist. Die Annahme, daß es überhaupt nicht aus einem Originalwerk des Pomponius stamme, sondern eine nachklassische Kompilation aus den verschiedensten Quellen sei (so EBRARD: ZSt. 45, 117ff.), ist kaum haltbar.

stellerei des Pomponius nahe verwandt ist die des Gaius<sup>10</sup>. Wir kennen diesen Juristen, der gleichfalls von Hadrian bis Mark Aurel tätig war, nur unter diesem Vornamen (?), wie überhaupt seine Person uns manche Rätsel aufgibt. Während er in nachklassischer Zeit wegen seiner durchsichtigen, von Problemen nicht beschwerten Darstellungsweise besonders geschätzt wurde, bleibt er bei den späteren Klassikern völlig unerwähnt. Aus diesem Grunde und weil er einen Kommentar zum Provinzialedikt geschrieben hat, auch gelegentlich auf die Verhältnisse in Kleinasien eingeht, hat man ihn für einen Provinzialjuristen erklärt<sup>11</sup>; ein sicherer Beweis dafür ist nicht zu erbringen. Gaius kommentierte neben dem Provinzialedikt auch das stadtrömische Edikt und die Zwölftafeln. Eine unter seinem Namen verbreitete, *res cottidianae* („Jurisprudenz des täglichen Lebens“) oder *aurea* („goldene Worte“) genannte Elementarschrift ist vermutlich nachklassischer Herkunft; zum mindesten sind die in den justinianischen Digesten enthaltenen Fragmente weitgehend von nachklassischer Hand überarbeitet<sup>12</sup>. Das für uns weitaus bedeutsamste Werk des Gaius sind jedoch seine um 161 n. Chr. entstandenen *institutiones* (4 Bücher)<sup>13</sup>. Dieses auf einer älteren Grundlage beruhende, elementar gehaltene Lehrbuch ist die einzige Schrift der klassischen Zeit, die in unmittelbarer Überlieferung und einigermaßen unverfälscht<sup>14</sup> auf uns gekommen ist. Auch sie war bis zum Jahre 1816 nur in einem dürftigen Auszug des westgotischen Römerrechts bekannt<sup>15</sup>; die Wiederaufindung des Originals durch Barthold Georg NIEBUHR auf einem Palimpsest der Stiftsbibliothek von Verona brachte eine ungeahnte Bereicherung des Wissens vom klassischen und vorklassischen Recht; insbesondere beruht unsere Kenntnis des klassischen Prozesses fast ausschließlich auf der Darstellung des Gaius. Das Werk selbst kann nach seinen Zwecken nicht wohl mit den Schriften der großen Juristen des Zeitalters verglichen werden; als Lehrbuch betrachtet, stellt es eine ausgezeichnete Leistung dar. Daß seine Systematik von keiner anderen uns bekannten Gesamtdarstellung des Altertums erreicht wird, wurde schon hervorgehoben (§ 16, 2). Seine stilistische Qualität aber bleibt hinter den Arbeiten der bedeutenderen Zeit-

<sup>10</sup> MOMMSEN: Jur. Schr. II 26ff.; DERNBURG: D. Institutionen d. Gaius, ein Kollegienheft aus d. Jahre 161 n. Chr. Geb. (1869); KNIEP: D. Rechtsgelehrte Gaius (1910); NORDEBLAD: Gaiusstudien, Sprachl. Bem. z. d. Inst. u. d. Digestenfragm. d. Gaius (Diss. phil. Lund 1932; nicht sehr ergiebig); KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 201ff.; KIPP: Quellen<sup>4</sup> 126ff. Vgl. auch SIBER: Atti del Congr. intern. di dir. rom. I 424ff.

<sup>11</sup> Zuerst MOMMSEN: (s. o. Anm. 10).

<sup>12</sup> Hierzu und zur Frage des Verhältnisses zu den Institutionen zuletzt ARANGIO-RUIZ: Studi Bonfante I 493ff.

<sup>13</sup> Ausg. u. a. von KRÜGER u. STUEMUND (in Collectio I) und von SECKEL u. KÜBLER (in Jurisprudentia antejustiniana I 107ff.). — Lichtbild der Handschrift: Gai codex rescriptus phototypice (Lipsiae 1909). — Kommentar: KNIEP: Gai institutionum commentarii I—III 1911—17. — Erschöpfendes Wortverzeichnis: ZANZUCCHI: Vocabolario delle istituzioni di Gaio. — Die Publikationen der neugefundenen Papyrusfragmente s. u. Anm. 16.

<sup>14</sup> Die moderne Forschung hat zahlreiche nachklassische Zusätze im veroneser Gaiustext nachweisen wollen, vgl. zuletzt und besonders SOLAZZI: Glosse a Gaio (Studi Riccobono I 73ff.; Per il XIV centenario delle Pand. e del Cod. di Giust., Studi public. dalla Fac. di giurispr. di Pavia, 1932, 295ff.); ältere Lit. bei LEVY: ZSt. 48, 543, Anm. 1; s. ferner SIBER: (s. o. Anm. 10). Zum größten Teile handelt es sich dabei um Übertreibungen der textkritischen Methode. Gerade die neuen Papyrusfragmente, die z. T. ganz nahe an die Zeit des Gaius heranreichen, beweisen durch ihre Übereinstimmung mit dem veroneser Text dessen weitgehende Zuverlässigkeit. Gelegentliche Verfälschungen werden sich indessen kaum bestreiten lassen. Ganz indiskutabel ist die Behauptung von EBBARD: ZSt. 45, 144, der Gaiustext von Verona sei „hauptsächlich Zeugnis für den Stand der römischen Rechtskultur in italienischen Städten des 4.—5. Jahrhunderts, errichtet vermutlich über Präjudizienrückständen von der ursprünglichen Entwicklungsreife etwa des Gnomon des Idioslogos“ (über diesen s. o. § 11, 4). Diese Ansicht brauchte nicht erst durch die neuen Papyrusfunde widerlegt zu werden.

<sup>15</sup> S. u. § 24, 1. Vgl. dazu CONRAT (COHN): Entstehung d. westgot. Gaius (Verh. Akad. Amsterdam, Letterkunde 6 Nr. 4, 1905); KÜBLER: RE 7, 504ff. — Aus der Spätzeit (wahrscheinlich aus dem 5. Jahrhundert) stammen auch die Bruchstücke des sog. Gaius von Autun, die wenig mehr als wortreiche Umschreibungen des echten Textes enthalten; s. KÜBLER: RE 7, 503.

genossen kaum wesentlich zurück. Wie beliebt das Werk in der Spätzeit war, beweist namentlich die Tatsache, daß es sowohl in der westgotischen wie in der justinianischen Gesetzgebung (§ 28, 1) ausgiebig verarbeitet worden ist. Seiner großen Verbreitung in nachklassischer Zeit ist auch die Tatsache zuzuschreiben, daß neuerdings wiederholt Bruchstücke davon auf ägyptischen Papyrusblättern und Pergamenten zutagegetreten sind; sie haben uns wichtiges neues Material und zugleich die Erkenntnis gebracht, daß die veroneser Handschrift einen teilweise verkürzten Text bietet<sup>16</sup>.

5. Von den übrigen Juristen der hochklassischen Zeit verdient Ulpius Marcellus, im *consilium* des Antoninus Pius und des Mark Aurel, besondere Hervorhebung. Gleich Celsus und Julian verfaßte er ein Digestenwerk, das später von Scaevola (§ 20, 2) und Ulpian mit Anmerkungen versehen wurde; Marcellus selbst schrieb solche Anmerkungen (*notae*) zu Julian. An Scharfsinn und Klarheit steht er seinen großen Vorgängern kaum nach; von den Späteren, namentlich von Ulpian, ist er viel benutzt worden. Wertvolle monographische Arbeiten schrieben etwa um dieselbe Zeit L. Volusius Maecianus<sup>17</sup> (Antoninus bis Mark Aurel) über Fideikommissionen und Venuleius Saturninus (nach Hadrian) über Interdikte und Stipulationen.

§ 20. Die spätklassische Jurisprudenz. 1. Den Abschluß der klassischen Jurisprudenz bildet die Periode der severischen Kaiser (193—235 n. Chr.). Unter den Juristen dieses Zeitraums verkörpert Papinian (Ziff. 2) noch einmal die volle Größe des römischen Rechtsdenkens. Nach ihm aber tritt die Arbeit des bloßen Sichtens und Sammelns in den Vordergrund. Damit kündigt sich der Verfall der produktiven Kräfte an, der sich schließlich in einem immer stärker werdenden Bedürfnis nach elementarer Übersicht über den gewaltigen Rechtsstoff geltend macht. Dabei waren die strukturellen Grundlagen des klassischen Rechts, die Scheidung von Zivil- und Honorarrecht, das ordentliche Gerichtsverfahren und das darauf aufgebaute Aktionensystem bereits weitgehend von der geschichtlichen Entwicklung überholt, ohne daß diese Spätzeit die Kraft besaß, sich von den überkommenen Denkformen zu lösen.

2. (Q. ?) Cervidius Scaevola<sup>1</sup> steht an der Schwelle der spätklassischen Periode. Seine Tätigkeit fällt z. T. jedenfalls noch in die Zeit des Mark Aurel und des Commodus (bis 193 n. Chr.), reicht aber vermutlich schon in die Regierung des Septimius Severus hinüber. Wir kennen ihn vorzugsweise als vielbeschäftigten Respondenten, der auch aus der griechischen Reichshälfte oft befragt wurde. Die beiden, *digesta* und *responsa* betitelten Sammlungen seiner Gutachten, von denen wir Fragmente in den justinianischen Digesten besitzen, sind wahrscheinlich nachklassische Auszüge aus einer posthumen Veröffentlichung<sup>2</sup>, die frühestens gegen die Mitte des dritten Jahrhunderts erfolgt sein dürfte und in der die von Scaevola hinterlassenen

<sup>16</sup> Ein Fragment aus dem vierten Buch (4, 68ff.; 3. Jh.) enthält nur Bekanntes; sein Wert liegt in der Kontrolle der veroneser Handschrift. Erstedition: Pap. Oxy. XVII 2103; neu bearbeitet von LEVY: ZSt. 48, 532ff. S. ferner LEVY: Studi Bonfante II 277ff.; DE ZULUETA: LQR 44, 198ff. — Eine Anzahl weiterer Fragmente aus dem dritten und vierten Buch (3, 153ff.; 167ff.; 4, 16ff.; Pergamenthandschrift des 5. 6. Jhs) bringen wichtige neue Aufschlüsse über die alt-römische Erbgemeinschaft (vgl. § 151, 1) und die *legis actiones per iudicis postulationem* und *per conditionem* (s. u. WENGER: § 8). Ausg. von ARANGIO-RUIZ: Pap. Soc. It. XI 1182; LEVY: ZSt. 54, 258ff. DE ZULUETA: Journ. of Rom. Studies 24, 163 ff. Dort weitere Lit. Vgl. insbes. ALBERTARIO: Per il XIV centenario delle Pand. e del Cod. di Giust. (Studi pubbl. della Fac. di giurispr. di Pavia 1934, 507ff.); KOROŠEC: Novi odlomki Gajevih institucij (De novis Gai Institutionum fragmentis), Ljubljana 1934 (mit lat. Summarium); VAN OVEN: Tijdschr. v. Rechts-geschiedenis 13, 248ff.

<sup>17</sup> Die Laufbahn dieses Juristen s. o. Anm. 1.

<sup>1</sup> JÖRS: RE 3, 1988ff.; SCHULZ: Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel 143ff. (hier 144f. weitere Lit. über die mit den Digesten und Responsen des Scaevola zusammenhängenden Fragen). Über eine Inschrift, nach der Scaevola im Jahre 175 n. Chr. *praefectus vigillum* war, vgl. P. M. MEYER: ZSt. 48, 586.

<sup>2</sup> So jetzt SCHULZ (s. o. Anm. 1) mit eingehender Beweisführung.

Notizen fast ohne literarische Verarbeitung wiedergegeben waren; daher geben uns die Fragmente namentlich der *digesta* ein besonders treues Bild der klassischen Gutachterpraxis. Dagegen enthalten die von Scaevola selbst publizierten *quaestiones* kasuistisches Material in ausgesprochen literarischer Form. Quaestionen- und Responsensammlungen verfaßte auch Aemilius Papinianus<sup>3</sup>. Seine Wirksamkeit gehört in der Hauptsache der Zeit des Septimius Severus an, dem er persönlich nahestand. Unter ihm war er Vorsteher der Kanzlei *a libellis* (D. 20, 5, 12 pr.) und zuletzt seit 203—5 n. Chr. *praefectus praetorio* und damit Träger des höchsten ritterlichen Reichsamtes, das seit Hadrian immer mehr den Charakter einer Zivilbehörde mit zentraler Bedeutung für die Rechtspflege angenommen hatte. Der Nachfolger des Septimius Severus, Antoninus Caracalla, ließ Papinian im Zusammenhang mit der Ermordung seines Mitkaisers Geta hinrichten (211 n. Chr.), der Überlieferung nach, weil Papinian diesen Mord verurteilt hatte. Papinian galt bei den Späteren und gilt noch heute bei vielen als der größte der römischen Juristen. In der Tat hat wohl kein anderer die gleiche Virtuosität in der kunstvollen Gestaltung des praktischen Einzelfalles erreicht. Seine Darstellung verbindet gedrängteste Fülle mit schärfster Präzision: Oft bringt er in einem einzigen Satze einen verwickelten Tatbestand, seine Entscheidung und die dafür maßgebenden Gründe. An Tiefe der Betrachtung gleichen ihm wenige, und nie mangelt seinen Lösungen das Verständnis für die Bedürfnisse des praktischen Lebens. Trotz alledem aber empfindet man in seinen Entscheidungen nicht mehr das volle Maß unbefangener Schöpferkraft, das einem Labeo oder Julian eigen war. In diesem Punkte zeigt es sich, daß Papinian bei aller persönlichen Größe doch bereits ein Vertreter der Spätzeit ist, die lediglich vollendet und verfeinert, was Frühere geplant und geschaffen haben. Der Schriftstellerei des Papinian verwandt ist die des Claudius Tryphoninus, der mit ihm im *consilium* des Septimius Severus zusammenwirkte und ein kasuistisches Werk unter dem Titel *disputationes* verfaßt hat<sup>4</sup>. Etwa gleichzeitig mit Papinian und Tryphonin schrieb auch der Grieche Callistratus eine Anzahl kleinerer Werke mit besonderer Bezugnahme auf die Verhältnisse im griechischen Osten.

3. Jüngere Zeitgenossen des Papinian sind auch die beiden Juristen, deren literarische Tätigkeit trotz imponierender Ausmaße den Niedergang der produktiven Kraft schon deutlich erkennen läßt: Iulius Paulus<sup>5</sup> und Domitius Ulpianus<sup>6</sup> (aus Tyros in Syrien). Paulus war Schüler des Scaevola, Ulpian Schüler Papinians. Als Papinian die Prätorianerpräfektur innehatte, gehörten sie beide seinem *consilium* als besoldete Beisitzer (*adsores*) an<sup>7</sup>. Beide gelangten dann unter Alexander Severus (seit 222 n. Chr.) selbst zum Amte des *praefectus praetorio*; wahrscheinlich haben sie es gemeinschaftlich bekleidet<sup>8</sup>. Ihre Schriftstellerei zeigt sowohl dem Gegenstande wie dem Wesen nach große Ähnlichkeit. Beide verfaßten großangelegte Kommentarwerke *ad edictum* und *ad Sabinum*, sowie zahlreiche Monographien<sup>9</sup> und entwickelten in diesen Werken in breiter Darstellung

<sup>3</sup> JÖRS: RE 1, 572ff. (Nr. 105); LEIPOLD: Üb. d. Sprache d. Jur. Aem. Papinianus, 1891; LUNDSTRÖM: Quaestiones Papinianae, 1893; COSTA: Papiniano, 4 Bde, 1894—99; FITTING: Alter u. Folge<sup>2</sup> 71ff.

<sup>4</sup> Die unter dem Namen des Tryphonin überlieferten Noten zu Scaevolae Digesten und Responsen sind nachklassischer Herkunft: SCHULZ: (s. o. Anm. 1) 178ff.

<sup>5</sup> BERGER: RE 10, 690ff. (Nr. 382).

<sup>6</sup> PERNICE: Ulpian als Schriftsteller (Sb. Akad. Berlin 1885, 443ff.); JÖRS: RE 5, 1435ff. (Nr. 88); FITTING: Alter u. Folge<sup>2</sup> 99ff.; zur literarischen Würdigung Ulpians auch noch RABEL: Gruchots Beitr. 91, 92ff.; KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 241, Anm. 160.

<sup>7</sup> Über dieses Amt vgl. HITZIG: Assessoren (1893); SEECK: RE 1, 423ff. — Paulus war auch neben Papinian und Tryphonin im *consilium* des Septimius Severus: D. 4, 4, 38 pr.; D. 29, 2, 97; D. 36, 1, 76, 1.

<sup>8</sup> Ulpian wurde 228 n. Chr. bei einer Meuterei der Prätorianer ermordet: Dio Cass. 80, 2, 2.

<sup>9</sup> Außerdem Elementarschriften; doch sind manche der ihnen zugeschriebenen Werke dieser Art nachklassischer Herkunft, so die angeblich von Paulus stammenden *sententiae* und die

den gesamten Stoff des klassischen Rechts. Dabei tritt der enzyklopädische Zug in den Schriften des Ulpian noch stärker hervor als in denen des Paulus, wie denn überhaupt Paulus der selbständigere und schärfere Kopf von ihnen war. Dem entspricht es auch, daß unter seinen Werken die auf eigener Praxis beruhende Respon- und Quaestionenliteratur eine größere Rolle spielt als bei Ulpian<sup>10</sup>, und daß Paulus allein kritische Bearbeitungen älterer Autoren geschrieben hat<sup>11</sup>. Grundlegend Neues hat weder Ulpian noch Paulus geschaffen. Sie lebten beide von den Leistungen ihrer großen Vorgänger; indem sie mit umfassender Gelehrsamkeit und großem Fleiß die Ergebnisse der klassischen Rechtsentwicklung zusammenstellten, waren sie die Schrittmacher des nachklassischen Wissenschaftsbetriebs und letztlich auch der justinianischen Gesetzgebung, die den weitaus größten Teil ihres Juristenrechts aus Ulpian und Paulus geschöpft hat. An das nachklassische Denken erinnert auch die namentlich bei Paulus mitunter hervortretende dogmatisierende Neigung, die wichtige Ansatzpunkte für die künftige Rechtsentwicklung gegeben hat: Bei alledem handelt es sich um nichts anderes als die ersten Anzeichen des Erstarungsprozesses, der in nachklassischer Zeit aus der flüssigen und bewegten Masse des klassischen Rechts eine Menge von festen und unlebendigen Dogmen werden ließ.

4. Mit Paulus und Ulpian war denn auch die Kraft der klassischen Jurisprudenz so gut wie erschöpft. Wir kennen noch eine Reihe von Zeitgenossen<sup>12</sup> und Schülern dieser beiden Juristen, von denen Herennius Modestinus<sup>13</sup> zuletzt im Jahre 244 n. Chr. als *praefectus vigilum* (Polizeichef) in Rom erwähnt wird. Er verfaßte Respon- und Monographien und namentlich eine größere Zahl von Elementarschriften; die Rolle, die die letztgenannte Gattung in seiner literarischen Produktion spielt, zeigt, in welchem Maße damals schon die Fähigkeit zurückgegangen war, Werke von größerem Umfang und Problemreichtum zu bewältigen. Die wenigen Juristennamen, die wir aus der Zeit nach Modestinus kennen, gehören bereits in den Bereich der nachklassischen Rechtswissenschaft.

### III. Die nachklassische Rechtswissenschaft.

§ 21. 1. Um die Mitte des dritten Jahrhunderts n. Chr. war der Zerfall der klassischen Jurisprudenz bereits im wesentlichen vollendet. Statt der Kunst praktischer Rechtsgestaltung begann eine unlebendige Theorie das juristische Denken zu beherrschen; die Originalität wich der Abhängigkeit von den Werken älterer Autoren; die Beherrschung des verzweigten Rechtsstoffes ging verloren, und das Bedürfnis nach Vereinfachung und elementarer Zusammenfassung trat immer stärker hervor. Obwohl alle diese Erscheinungen schon im spätklassischen Schrifttum fühlbar sind, bleibt es eine erstaunliche Tatsache, daß sich der Abstieg von den Leistungen eines Papinian so rasch und widerstandslos vollzogen hat. Erklärlich ist das nur im Rahmen des allgemeinen kulturellen und staatlichen Zusammenbruchs, der das dritte Jahrhundert mit seinen fortwährenden Militärrevolten und seinen außenpolitischen

pseudoulpianischen *regulae* und *opiniones*. Über diese Schriften s. u. § 21, 4. — Einige z. T. sonst nicht bekannte Stücke aus den Institutionen Ulpian sind auf ein paar in Wien befindlichen Papyrusstreifen erhalten (fr. Vindobonensia: LENEL: Pal. Ulp. fr. 1913f.; 1930—32; KRÜGER: Coll. II 157ff.; SECKEL-KÜBLER: Jurispr. anteist. I 492ff.).

<sup>10</sup> Von den *disputationes* des Ulpian besitzen wir, außer den Fragmenten in den Digesten Justinians, ein paar beschädigte Pergamentblätter aus Ägypten; s. LENEL: Sb. Akad. Berlin 1903, 922ff. (die Texte auch bei SECKEL-KÜBLER: Jurispr. anteist. I 496ff.).

<sup>11</sup> Unecht sind die unter dem Namen des Paulus überlieferten Noten zu Scaevola; vgl. SCHULZ: (s. o. Anm. 1) 173ff. Über die Noten des Ulpian und des Paulus zu Papinian vgl. H. KRÜGER: Studi Bonfante II 303ff.

<sup>12</sup> Unter ihnen verdient vielleicht noch Aelius Marcianus eine Erwähnung (nachweisbar erst nach dem Tode Caracallas, 217 n. Chr.); er ist der Verfasser eines breitangelegten Institutionenwerks (16 Bücher); vgl. über ihn Jörs: RE I, 523ff.

<sup>13</sup> BRASSLOFF: RE 8, 668ff.; PETERS: ZSSSt. 33, 511ff.



und wirtschaftlichen Katastrophen als das eigentliche Ende des Altertums erscheinen läßt. Das Schwergewicht des politischen Lebens verlegte sich von Rom und Italien hinweg in die Provinzen und schließlich in den griechischen Osten des Reiches. Damit verlor das Römertum, bisher der Grundpfeiler des Reichs und aller politischen und kulturellen Tradition, seine führende Rolle. Der Staat, der schließlich unter den Händen Diokletians (285—305 n. Chr.) aus dem Chaos des dritten Jahrhunderts hervorging, war trotz aller Anknüpfungsversuche<sup>1</sup> etwas völlig anderes als der der älteren Kaiserzeit. Seine tragende Kraft war allein der unumschränkte Wille des Monarchen. Für eine freie und selbstverantwortliche Tätigkeit der Juristen war in ihm kein Raum mehr, und darum entsprach es der inneren Logik der neuen Verhältnisse, daß das *ius respondendi*, die Grundlage der klassischen Jurisprudenz, nun endgültig verschwand und allein die kaiserliche Reskriptpraxis das Feld behauptete. Mochte diese auch unter Diokletian noch die Linie des klassischen Rechts weiter verfolgen<sup>2</sup>, eine Belebung der produktiven Jurisprudenz im klassischen Sinn konnte von hier aus nicht kommen.

2. Nun ist es freilich nicht richtig, wenn man lange Zeit angenommen hat, daß die nachklassische Periode der römischen Rechtswissenschaft schlechthin unfruchtbar gewesen sei und nichts weiter geleistet habe als die Bewahrung einer erstarrten Masse von klassischem Rechtsgut. Eine Produktivität im höheren Sinn darf man in ihr allerdings nicht suchen. Aber aus der Veränderung der gesamten Umwelt mußte sich ergeben, daß die nachklassischen Bearbeiter und Sammler die Gedanken der klassischen Autoren in anderem Lichte sahen. Die geschichtlich gewordenen Grundlagen des klassischen Rechts waren für sie keine Realitäten mehr. Ihr Bedürfnis nach Orientierung und Abrundung mußte über Grenzlinien hinwegsehen, die für das klassische Zeitalter unüberschreitbar waren, weil sie lebendig gefühlt wurden. So hat die nachklassische Jurisprudenz mehr deutend und mißverstehend, als bewußt gestaltend das klassische Recht umgeprägt. Die klassischen Gesichtspunkte und Fragestellungen sind dabei keineswegs völlig ausgerottet worden. Dazu war die Denkweise der Spätzeit viel zu unselbständig. Aber oft sind durch kleine Akzentverschiebungen und Zusätze die Untertöne der klassischen Entscheidungen zum führenden Prinzip geworden oder auch ganz neue Vorstellungen eingedrungen. Es ist zweifellos, daß durch diesen Gärungsprozeß mancherlei fruchtbare Elemente in die Hinterlassenschaft der Klassiker gelangt sind und manches ausgeschieden wurde, was der historischen Mission des römischen Rechtsdenkens im Wege gestanden hätte. Aber im ganzen gesehen überwiegt doch durchaus der Eindruck des Verfalls und der Zersetzung. Zu einer wirklichen Neugestaltung des Rechts war das nachklassische Zeitalter nicht imstande.

3. Die Entwicklung der nachklassischen Jurisprudenz hat man sich bisher so vorgestellt, daß mit dem Ende der klassischen Periode ein völliger Zusammenbruch des juristischen Wissens und der literarischen Produktivität eingetreten sei und erst die Tätigkeit der östlichen Rechtsschulen im fünften und sechsten Jahrhundert die Kenntnis des klassischen Schrifttums wieder erarbeitet und damit einen gewissen Aufschwung herbeigeführt habe. Als die Einwirkungen der Nachklassiker auf den Bestand des klassischen Rechts erkannt wurden, suchte man deren Ursprung zunächst gleichfalls mehr oder weniger ausschließlich in der Sphäre der östlichen Rechtsschulen (vgl. § 31, 3). Die jüngste Forschung hat indessen auch diese Vorstellungen nicht unerheblich korrigiert. Wir vermögen heute eine größere Anzahl anonymen und pseudonymen Arbeiten mit ziemlicher Sicherheit dem Zeitalter Diokletians und Konstantins zuzuweisen und damit die Lücke zwischen den letzten

<sup>1</sup> Über die Restaurationspolitik Diokletians vgl. STADE: D. Politiker Diokletian u. d. letzte große Christenverfolgung, Diss. phil. Frankfurt 66ff., 1926.

<sup>2</sup> Hierzu TAUBENSCHLAG: D. röm. Privatr. z.Z. Diokletians (Bull. Accad. Cracovie 1923); STADE: (s. o. Anm. 1) 68ff.

Klassikern und jener frühbyzantinischen Epoche einigermaßen auszufüllen. Dabei zeigt sich zugleich, daß dieses Schrifttum bereits weitgehend die Züge der nachklassischen Betrachtungsweise trägt, daß also die Umformung des klassischen Rechts schon im dritten und vierten Jahrhundert in vollem Gange war.

4. Wir kennen aus der diokletianisch-konstantinischen Epoche nur sehr wenige Juristennamen. Das meiste vom Schrifttum dieser Zeit verbirgt sich unter dem Namen klassischer Autoren oder bleibt namenlos. Für die nachklassische Geisteshaltung ist dies höchst charakteristisch. Die Autorität der Klassiker ist alles, und was von ihrem Namen gedeckt wird, kann auf Beachtung in Lehre und Praxis rechnen. Die Individualität des nachklassischen Verfassers dagegen findet kein Interesse. Eine Ausnahme machen nur vereinzelte Persönlichkeiten, die vielleicht durch ihre Tätigkeit an sichtbarer Stelle hervorgehoben wurden. Von Aurelius Arcadius Charisius<sup>3</sup> wissen wir, daß er Vorsteher der Kanzlei *a libellis* (*magister libellorum*) war; Justinian benutzte von ihm ein paar kleine Monographien über öffentlichrechtliche Gegenstände; der Sprache nach gehört er offenbar schon dem vierten Jahrhundert an. In der Sphäre der kaiserlichen Zentralverwaltung würden wir auch den von Justinian gleichfalls benutzten Hermogenianus<sup>4</sup> suchen, wenn dieser Jurist mit dem Verfasser des *codex Hermogenianus*, einer vermutlich unter Diokletian entstandenen Konstitutionensammlung (§22, 1), identisch sein sollte, was freilich zweifelhaft bleibt<sup>5</sup>. Hermogenian schrieb ein *iuris epitomae* benanntes Elementarwerk, Auszüge aus der klassischen Rechtsliteratur in freier Verarbeitung und ohne Zitate. Der gleichen Literaturgattung gehören zwei Schriften an, die uns außerhalb der justinianischen Gesetzgebung einigermaßen vollständig erhalten geblieben sind und die, wie wir heute annehmen dürfen, zu Unrecht die Namen spätklassischer Juristen tragen: die sog. Paulussentenzen<sup>6</sup> und die Ulpianepitome<sup>7</sup>. Die Paulussentenzen besitzen wir in der Hauptsache in der verkürzten Gestalt, in der sie in das westgotische Römerrecht (§24, 1) Aufnahme gefunden haben; sie sind eine im dritten Jahrhundert entstandene Bearbeitung klassischer Juristen, wohl nicht nur des Paulus; frühzeitig, wenn nicht von vornherein, als Werk des Paulus verbreitet, haben sie rasch großes Ansehen gewonnen; schon Konstantin bestätigte ausdrücklich ihre Geltung vor den Gerichten (C. Th. 1, 4, 2; 327 n. Chr.?). Als *epitome* aus den Werken des Ulpian gibt sich eine kleine Schrift, die zusammen mit dem westgotischen Römerrecht und einigen anderen juristischen Texten, in einer Handschrift der vatikanischen Bibliothek erhalten ist. Sie ist im vierten Jahrhundert

<sup>3</sup> JÖRS: RE 3, 2146f. (Nr. 7).

<sup>4</sup> BRASSLOFF: RE 8, 881f.

<sup>5</sup> Während es heute wohl feststeht, daß der *codex Hermog.* unter Diokletian entstanden ist (s. u. Anm. 10), setzt man die Tätigkeit des Digestenjuristen Hermogenian bald im 3. Jahrhundert an (so KIPP: Quellen<sup>4</sup> 141), bald, weil er ein in C. Th. 11, 30, 16 erhaltenes Gesetz Konstantins gekannt habe (D. 4, 4, 17), nach 331 n. Chr. (so LEVEL: Pal. I 265, Anm. 1; BRASSLOFF: RE 8, 881f.). Der für die letztgenannte Meinung angeführte Grund ist indessen fragwürdig (vgl. KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 254, Anm. 31; obendrein könnte in D. 4, 4, 17 *quamvis* ff. spätere Zutat sein; *haec idcirco* ff. hat schon BESELER: ZSSt. 45, 436 mit Grund angezweifelt), und der Stil spricht mehr für den Ansatz gegen Ende des dritten Jahrhunderts; dann würde der Identität mit dem Verfasser des *codex Hermog.* nichts im Wege stehen.

<sup>6</sup> Ausgaben von KRÜGER in *Collectio II* und SECKEL-KÜBLER in *Iurispr. anteiust. II*. — Nachklassischer Ursprung wurde zuerst behauptet von BESELER: Beitr. I 99, 1910. Seither haben sich viele angeschlossen. Genauere Untersuchungen: LEVY: ZSSt. 50, 272ff. (Entstehung im dritten Jahrhundert); LAURIA: Ann. Macerata 6, 33ff. (eingehender Analysierungsversuch; Ergebnis: Auszüge aus Paulus, Ulpian, Papinian, vielleicht auch Modestin und anderen, sowie aus Konstitutionen des dritten Jahrhunderts, zusammengestellt unter Diokletian im Westen, vielleicht in Afrika). — Über die stoffliche Anordnung der Sentenzen SCHERILLO: Studi Riccobono I 41ff.; vgl. auch v. SCHWERIN: Atti del Congr. intern. di dir. rom. I 169ff.

<sup>7</sup> Ausgaben von KRÜGER: *Collectio II*; SECKEL-KÜBLER: *Iurispr. anteiust. II* und SCHULZ: *Epitome Ulpiani d. Cod. Vat. Reg. 1128* (Jur. Texte f. Vorles. u. Üb. 3). — Der Text folgt in der Beurteilung der Schrift den Ausführungen von SCHULZ: 8f. Für einen Auszug aus einer zweiten verbesserten Auflage der Gaiusinstitutionen hält das Werk ARANGIO-RUIZ: Bull. 30, 178ff.; 35, 191ff.; gegen ihn bes. ALBERTARIO: Bull. 32, 73ff.

entstanden und schöpft, vermutlich durch Vermittlung einer älteren nachklassischen Zwischenquelle, ihren Stoff hauptsächlich aus den Institutionen des Gaius, daneben vielleicht aus Ulpian und Modestin. Zu diesen pseudonymen Arbeiten der nachklassischen Zeit treten andere, die wir nur durch Vermittlung der justinianischen Gesetzgebung kennen. So sicherlich die dem Ulpian zugeschriebenen *opiniones*<sup>8</sup>, deren Stil sich so weit von dem der echten Ulpianschriften entfernt, daß ein klassischer Ursprung kaum in Frage kommen kann; vielleicht auch die unter dem Namen des Gaius laufenden *res cottidianae* oder *aurea* (vgl. § 19, 4) und anderes<sup>9</sup>. Neben solchen knapp gefaßten Elementarwerken entstanden in diokletianisch-konstantinischer Zeit eine Reihe von Sammlungen von Kaiserkonstitutionen und Juristenzitataten. Kaisergesetze seit Hadrian stellte unter Diokletian ein gewisser Gregorius oder Gregorianus im *codex Gregorianus*<sup>10</sup> zusammen, von dem wir einige Stücke in späteren Sammlungen und Kodifikationen besitzen, und der namentlich auch die älteren Bestandteile des *codex Iustinianus* (§ 26, 1, § 28, 2) geliefert hat. Seine Fortsetzung war der bereits erwähnte *codex Hermogenianus*, wohl gleichfalls unter Diokletian und nur wenige Jahre später entstanden, aber, wie auch der *codex Gregorianus*, in der Folgezeit durch Einfügung jüngerer Konstitutionen ergänzt. Aus der Zeit des Konstantin stammt vermutlich der Grundstock einer großen Sammlung von Kaisergesetzen und Juristenzitataten, von der uns Bruchstücke auf einem 1821 im Vatikan entdeckten Palimpsest erhalten sind (sog. *fragmenta Vaticana*)<sup>11</sup>. Sie umfaßte Stücke aus den Werken spätklassischer Juristen (Papinian, Paulus und Ulpian) und Kaiserkonstitutionen, die größtenteils aus den *codices Gregorianus* und *Hermogenianus* entnommen waren. Eine Anzahl nachkonstantinischer Konstitutionen sind wohl spätere Zutat. Die einzelnen Bestandteile waren in einer uns sonst nicht bekannten Folge nach Materien geordnet. Alle diese Sammlungen dienten sichtlich den Bedürfnissen der Praxis, die sich in der Masse des überlieferten Juristen- und Kaiserrechts immer schwerer zurecht fand (vgl. § 22, 1). Andere Ziele verfolgte dagegen eine heute gewöhnlich als *collatio legum Mosaicarum et Romanarum*<sup>12</sup> bezeichnete Arbeit, die sich selbst *lex Dei quam praecipit dominus ad Moysen* benennt. Sie bringt eine Gegenüberstellung von Bibelstellen (in einer vorhieronymianischen lateinischen Übersetzung aus der Septuaginta) mit Auszügen aus Papinian, Ulpian, Modestin und Gaius und aus den *codices Gregorianus* und *Hermogenianus*. Angestrebt ist der Nachweis, daß die Grundgedanken des römischen Rechts bereits in der mosaischen Gesetzgebung, der nach jüdischer Auffassung ältesten aller Rechtsordnungen, enthalten seien. Wahrscheinlich ist die Schrift zu Beginn des vierten

<sup>8</sup> Vgl. LENEL: Pal. II 1001, Anm. 2; ROTONDI: Scr. giur. I 453 ff.; ARANGIO-RUIZ: Di alcune fonti postclassiche del digesto (Mem. Accad. Soc. R. di Napoli 1931) 11 ff.

<sup>9</sup> Eine umfangreiche Liste der bisher angezweifelt Juristenschriften gibt FELGENTRAEGER: Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel 364 ff. Es handelt sich dabei jedoch vielfach um unsichere Vermutungen, und einige von den bei F. zitierten Äußerungen der modernen Kritik beziehen sich doch wohl nur auf die Echtheit einzelner Quellenstellen.

<sup>10</sup> Zu den *codices Gregorianus* und *Hermogenianus* vgl. JÖRS: RE 4, 164 ff.; ROTONDI: Scr. giur. I 110 ff.; SCHERILLO: Studi Ratti 249 ff. — Als Entstehungszeit nimmt ROTONDI für den *codex Gregorianus* das Jahr 291, für den *codex Hermogenianus* das Jahr 295 an. Die jüngeren Konstitutionen in beiden Sammlungen sind spätere Zutaten.

<sup>11</sup> Ausgabe von MOMMSEN in Collectio II und KÜBLER in Iurispr. anteiust. II. — Vgl. BRASSLOFF: RE 4, 76 ff. Die im Text angenommene Datierung stammt von MOMMSEN (vgl. dessen Ausgabe 11 ff.: um 320 n. Chr.); die späteren Konstitutionen sind, wie MOMMSEN gezeigt hat, nachträglich eingefügt.

<sup>12</sup> Ausgaben von MOMMSEN: Collectio III; KÜBLER: Iurispr. anteiust. II und HYAMSON: Mos. et Rom. leg. coll. (mit vollständigem Faksimile der Berliner Handschrift, Oxford 1913). — Vgl. JÖRS: RE 7, 367 ff.; TRIEB: Studien z. Lex Dei 1905—7; VOLTERRA: Mem. Accad. dei Lincei, sc. mor. 6, 3, 1; 1930; dazu LEVY: ZSSr. 50, 698 ff. Der Text folgt in der Beurteilung und Datierung den Ergebnissen von VOLTERRA und LEVY. Jener setzt die Entstehung der Schrift nach 324, dieser vor 313 n. Chr. an; vgl. auch NIEDEMEYER: Atti del Congr. intern. di dir. rom. I 369 (vor 323 n. Chr.). Unrichtig bezüglich des Entstehungsortes KUNDEL: ZSSr. 49, 170, Anm. 1.

Jahrhunderts in jüdischen Kreisen des römischen Westens entstanden. Für uns hat sie besondere Bedeutung, weil sie erkennen läßt, in welchem Maße das klassische Schrifttum, vor allem die spätclassischen Kommentarwerke, schon damals durch nachklassische Veränderungen entstellt waren<sup>13</sup>. Offenbar hat der ständige Gebrauch in Unterricht und Praxis bereits im Laufe des dritten Jahrhunderts zu einer starken Verwilderung der klassischen Überlieferung geführt. Die Ausstattung der klassischen Texte mit Inhaltsangaben (Paraphrasen) und erklärenden und ergänzenden Zusätzen, die oft den originalen Wortlaut ganz überwuchert haben, stellt somit eine weitere Form literarischer Betätigung schon dieses Zeitalters dar.

5. Noch im vierten Jahrhundert spielte offenbar der Westen des Reichs die führende Rolle in der Entwicklung der nachklassischen Jurisprudenz; vom fünften Jahrhundert an trat der Osten mehr und mehr in den Vordergrund. Hier waren es die Rechtsschulen von Berytos und Konstantinopel, die eine deutliche Rückwendung zum klassischen Recht einleiteten. Im Gegensatz zu den sog. Juristenschulen der klassischen Zeit waren sie wirkliche Unterrichtsanstalten mit staatlich angestellten Rechtslehrern (*antecessores*) und fester Studienordnung. Der Unterricht bestand in der Auslegung klassischer Juristentexte. Die Schriften des Gaius und der spätclassischen Autoren (Papinian, Ulpian, Paulus) wurden in Jahreskursen erläutert<sup>14</sup>, und zwar schon seit Beginn des fünften Jahrhunderts in griechischer Sprache. Dieser Unterrichtsmethode entsprach auch die Schriftstellerei der östlichen Rechtsschulen, die sich seit dem Ende des fünften Jahrhunderts verfolgen läßt: Man verfertigte Auszüge (*indices, ἰνδίκες*) und kurze Erläuterungen (*scholia*) zu den Klassikertexten und trug Parallelstellen zusammen (*παράτυλα*)<sup>15</sup>. Ein Beispiel dafür besitzen wir in den sog. Sinaischolien zum Sabinuskommentar Ulpian's<sup>16</sup>. Besonderes Ansehen genoß im fünften Jahrhundert die bereits im dritten Jahrhundert entstandene Schule von Berytos<sup>17</sup>; ihre Lehrer, die wir zum Teil auch mit Namen kennen, werden in den Quellen der justinianischen und nachjustinianischen Zeit als *διδάσκαλοι τῆς οἰκουμένης* und *ἥρωες* gepriesen. Unter Justinian übernahm dann die Rechtsschule der Reichshauptstadt Konstantinopel die Führung.

6. Während die rückschauende und stark theoretische Arbeit der östlichen Jurisprudenz den Weg zu den klassischen Quellen wieder erschloß und damit den Grund

<sup>13</sup> Vgl. KUNKEL: ZSt. 49, 168f., bes. 169, Anm. 3 (mit weiteren Hinweisen); LEVY: ZSt. 49, 234, Anm. 3; NIEDERMEYER: (s. o. Anm. 12) 369ff.

<sup>14</sup> Über diese ältere und die jüngere, von Justinian eingeführte Studienordnung, der die justinianischen Rechtsbücher zugrundelagen, berichtet die im Jahre 533 erlassene *constitutio Omnem*; sie steht unter den Einleitungskonstitutionen der Digesten (vgl. § 25, 4) an zweiter Stelle. Zu den zahlreichen Streitfragen, die sich an sie anknüpften, vgl. KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. I 1024ff.; KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 395f.; PETERS: Oström. Digestenkommentare (Sb. Akad. Leipzig 65, 1) 49ff.; COLLINET: (s. u. Anm. 17) 243ff.; ARANGIO-RUIZ: Conferenze per il XIV centenario delle Pand. 291ff.

<sup>15</sup> Zur Methode des Unterrichts und der literarischen Produktion vgl. vor allem PRINGSHEIM: Freiburger Festschr. f. O. Lenel 204ff. (Im Mittelpunkt dieser Studie steht das Problem der Verwandtschaft und des etwaigen [mittelbaren] Zusammenhangs mit der Methode der mittelalterlichen Glossatoren; daher der Titel „Beryt und Bologna“; vgl. hierzu zuletzt GENZMER: Atti del Congr. intern. di dir. rom. I, bes. 392, Anm. 212). Über die Frage vorjustinianischer Anthologien s. u. § 27, Anm. 10.

<sup>16</sup> Ausgaben von KRÜGER in Collectio III und KÜBLER in Iurispr. anteiust. II (hier die neuen Lesungen von WINSTEDT: Class. Philol. 2, 210ff.). Über die Entstehungszeit vgl. KÜBLER: Iurispr. anteiust. II 463ff. (mit weiterer Lit.). — Bruchstücke eines anderen Werks aus den vorjustinianischen Schulen des Ostens veröffentlicht und bespricht SCHÖNBAUER: Aegyptus 13, 621ff. und ZSt. 53, 451ff. (anscheinend aus einem Frage-Antwortkommentar vielleicht des Anatolius, der bei der justinianischen Gesetzgebung mitwirkte). Über das sog. Syrisch-römische Rechtsbuch, das gleichfalls der oströmischen Literatur angehört und aus dem ausgehenden fünften Jahrhundert stammen dürfte, vgl. § 33, Anm. 11.

<sup>17</sup> Umfassende Monographie: COLLINET: Hist. de l'école de Beyrouth, 1925 (Études hist. s. 1. droit de Justinien II), dazu PRINGSHEIM: ZSt. 47, 463ff.

für die großzügige Rechtssammlung Justinians legte, bewegte sich die Jurisprudenz des Westens ungehemmt in der Richtung der nachklassischen Verflachung und Vereinfachung vorwärts<sup>18</sup>. Die großen klassischen Werke waren und blieben hier verschollen; es herrschten die Elementarbücher und die nachklassischen Auszüge, die auf die einfachsten Bedürfnisse des Unterrichts und den Gebrauch in der Praxis zugeschnitten waren. Namen kennen wir nicht. Vom Schrifttum besitzen wir eine Reihe von Proben: die Gaiusparaphrase von Autun (§19, Anm.15), die westgotische Gaiusepitome (§19, bes. Anm.15; §24, 1), die Interpretationen zu den Paulussentenzen und den Konstitutionensammlungen, die in das westgotische Römerrecht aufgenommen sind (§24, 1), endlich die sog. *consultatio veteris cuiusdam iuris consulti*<sup>19</sup>, eine um die Wende vom fünften zum sechsten Jahrhundert in Gallien entstandene Schrift, in der der Verfasser einen (ungenannten) Juristen Gutachten erteilen und mit Stellen aus den Paulussentenzen und den Konstitutionensammlungen belegen läßt.

### Drittes Kapitel.

## Die Kodifikationen der Spätzeit.

### I. Voraussetzungen.

§ 22. 1. Das Recht der römischen Spätzeit beruhte im wesentlichen auf der klassischen Rechtsliteratur und auf der Kaisergesetzgebung. Beides waren Quellen, die durch ihre gewaltige Fülle und durch die technischen Schwierigkeiten des Zugangs auch für eine geistig kräftigere Rechtspraxis schwer zu handhaben gewesen wären. Das ausgedehnte Schrifttum der klassischen Jurisprudenz vermochte niemand mehr in seinem ganzen Umfange zu überblicken, und selbst die Kommentare der spät-klassischen Juristen, die einen einigermaßen erschöpfenden Überblick über das gesamte Privatrecht vermittelten, werden dem Richter oder den Anwälten, von den höchsten Gerichten des Reiches abgesehen, nur selten vollständig zur Verfügung gestanden haben. Die zahllosen Kaisergesetze entbehrten einer übersichtlichen Publikation und waren in ihrer Gesamtheit nur in den kaiserlichen Archiven zugänglich, im übrigen nur, soweit sie im privaten Schrifttum verarbeitet waren. Für eine Zeit, die sich derart von der Autorität des Kaisers und der Klassiker abhängig fühlte und ein so geringes Vermögen zur Stoffbeherrschung besaß wie die nachklassische Periode, mußten sich aus alledem die schwersten Mißstände ergeben. Ob sich für die Entscheidung eines Prozesses brauchbare Gesichtspunkte fanden, hing mehr oder minder von Zufällen ab. Die Echtheit und Zuverlässigkeit der dem Richter vorgelegten Juristenzitate und Kaiserkonstitutionen ließ sich vielfach nur schwer oder überhaupt nicht mehr nachprüfen. Wenn sich die Parteien auf einander widersprechende Autoritäten beriefen, so war der unselbständige Geist des nachklassischen Richters in Verlegenheit, wem er folgen sollte. Das Bestreben, dieser Schwierigkeiten Herr zu werden, tritt in dem Schrifttum der nachklassischen Zeit deutlich hervor. Die elementaren Abrisse des gesamten Rechts, die Sammlungen von Exzerpten aus der Rechtsliteratur und den Kaisergesetzen, wie sie für uns durch die *fragmenta Vaticana* repräsentiert werden, und die Zusammenstellungen von Konstitutionen in den *codices Gregorianus* und *Hermogenianus* stehen alle mehr oder weniger unter diesem Zeichen. Es konnte nicht ausbleiben, daß sich auch der Gesetzgeber mit dem gleichen Problem beschäftigte.

2. Er tat dies zunächst in der Form der sog. Zitiergesetze, deren erstes unter

<sup>18</sup> Vgl. LEVY: ZSt. 49, 230ff. (Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts).

<sup>19</sup> Jörs: RE 4, 1143ff.

Konstantin (231 n. Chr.) erging<sup>1</sup>. Sie regelten die Geltung des klassischen Schrifttums vor Gericht. Das bekannteste unter ihnen, erlassen von Valentinian III. und Theodosius II. (426 n. Chr.)<sup>2</sup>, enthält eine förmliche „Abstimmungsordnung“ der klassischen Autoritäten: Die Meinungen sollten gezählt werden und die Mehrheit den Ausschlag geben. Bei Stimmgleichheit aber sollte Papinian den Ausschlag geben, und nur wenn eine Äußerung Papinians nicht vorlag, hatte der Richter in einem solchen Falle freie Hand. Als Autoritäten wurden in erster Linie die spät-klassischen Juristen anerkannt: Papinian, Paulus, Ulpian und Modestin; daneben auch Gaius, dessen Schriften in nachklassischer Zeit besonders verbreitet waren. Die Meinungen der von diesen Autoren zitierten älteren Juristen sollten lediglich dann berücksichtigt werden, wenn sie durch Vergleichung mehrerer Handschriften gesichert werden konnten<sup>3</sup>. Es liegt auf der Hand, daß solche Vorschriften, ganz abgesehen von ihrer Beschränkung auf das Juristenrecht, keine wirklich befriedigende Lösung darstellen konnten. Hierzu bedurfte es vielmehr einer autoritativen Zusammenfassung aller Sätze aus Kaisergesetzgebung und Juristenschriften, die vor den Gerichten Geltung haben sollten, mit andern Worten: einer umfassenden Sammlung des geltenden Rechts (Kodifikation). Wenig mehr als zwei Jahre nach dem Erlaß des Zitiergesetzes von 426 unternahm Theodosius II. die Bewältigung dieser Aufgabe.

## II. Der Codex Theodosianus und die posttheodosianischen Novellen.

§ 23. 1. Theodosius II. plante zunächst eine Kodifikation des gesamten Rechts. Sie sollte mit einer Sammlung der Kaisergesetze seit Konstantin beginnen. Danach sollten aus dieser Sammlung, aus den *codices Gregorianus* und *Hermogenianus* und aus der klassischen Rechtsliteratur diejenigen Normen zusammengestellt werden, die noch praktische Geltung beanspruchen durften (C. Th. I, 1, 5; 429 n. Chr.). Indessen scheiterte dieses Unternehmen; wir wissen nicht, ob die dazu berufene Kommission überhaupt ihre Arbeit in Angriff genommen hat, und wie weit sie etwa damit gekommen ist.

2. Als Theodosius dann im Jahre 435 eine zweite Kommission einsetzte (C. Th. I, 1, 6), beschränkte er deren Aufgabe auf die Sammlung der Konstitutionen seit Konstantin. Dieses Werk gelangte zur Ausführung und wurde am 15. Februar 438 als *codex Theodosianus* publiziert; nachdem es von Valentinian III. auch für die westliche Reichshälfte übernommen worden war<sup>1</sup>, trat es am 1. Januar 439 für das ganze Reich in Kraft. Es zerfiel in sechzehn Bücher; diese waren wiederum in Titel gegliedert, innerhalb deren die sachlich zusammengehörenden Konstitutionen in chronologischer Reihenfolge geordnet waren. Ein großer Teil davon ist uns teils in unmittelbarer Überlieferung, teils durch Vermittlung der späteren Sammelwerke, vor allem durch das westgotische Römerrecht (§ 24, 1), erhalten geblieben<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Es verbot die Berufung auf Noten des Paulus und des Ulpian zu den Schriften Papinians. Ein Gesetz von 328 bestätigte die Geltung der (übrigen) Schriften des Paulus und im besonderen der angebliehen Paulussentenzen (§ 21, 4).

<sup>2</sup> C. Th. I, 4, 3; vgl. JÖRS: RE 3, 2603ff.; CONRAT: Mélanges Fitting I 289ff.; GRADENWITZ: ZSt. 34, 275ff. (s. u. Anm. 3).

<sup>3</sup> Diese letzte Bestimmung, ebenso wie die Wiederholung des Verbots der Noten von Paulus und Ulpian zu Papinian und die erneute Bestätigung der Paulussentenzen, hält GRADENWITZ: (s. o. Anm. 2) für spätere Einschaltungen in den Wortlaut des Zitiergesetzes. Die Frage ist sehr zweifelhaft.

<sup>1</sup> Die Akten über die Publikation des Gesetzes im Senat von Rom sind erhalten und dem *codex* vorangeschickt (Ausg. von MOMMSEN: Iff.).

<sup>2</sup> Ausgaben: IACOBUS GOTHOFREDUS (mit einem heute noch unentbehrlichen Kommentar, 1665); MOMMSEN: *Theodosiani libri XVI*, vol. I, 1905; KRÜGER, P.: *Cod. Theod.* (I 1, 2 1923, 1926), diese beiden heute grundlegend für die Textgestaltung. — Lit.: MOMMSEN: *Jur. Schr.* II 371ff.;

3. Die nach dem *codex Theodosianus* ergangenen Kaisergesetze (die sog. post-theodosianischen Novellen) sind sowohl in der östlichen wie in der westlichen Reichshälfte mehrfach gesammelt worden. Erhalten sind uns solche Novellensammlungen im wesentlichen nur aus dem Westreich<sup>3</sup>. Sie umfassen Konstitutionen aus den Jahren 438—468<sup>4</sup>.

### III. Kodifikation des römischen Rechts in den Germanenreichen des Westens.

§ 24. Die Vereinigung von Kaiserrecht und Juristenrecht in einer den praktischen Bedürfnissen der Zeit entsprechenden Kodifikation, wie sie Theodosius II. geplant, aber nicht ausgeführt hatte, wurde schließlich zu Beginn des sechsten Jahrhunderts verwirklicht. Da indessen die westliche Reichshälfte um diese Zeit endgültig in eine Anzahl germanischer Heerkönigtümer zerfallen war, entstanden dort ungefähr gleichzeitig drei Kodifikationen des römischen Rechts als Werke germanischer Herrscher. Ein knappes Menschenalter später folgte ihnen in Ostrom das Gesetzgebungswerk Justinians.

1. Das umfangreichste und für die Erforschung des römischen Rechts wichtigste der westlichen Römerrechte ist die *lex Romana Visigothorum*<sup>1</sup> des Westgotenkönigs Alarich II., nach ihm seit dem Mittelalter auch *brevarium Alarici* genannt (publiziert 506 n. Chr.). Sie enthält ohne weitere sachliche Zusammenfassung nebeneinander den *codex Theodosianus* in starker Verkürzung, posttheodosianische Novellen, einen vom Originaltext vielfach abweichenden Auszug aus den Gaiusinstitutionen<sup>2</sup>, einen Auszug der Paulussentenzen, einige Stücke aus den *codices Gregorianus* und *Hermogenianus* und schließlich eine ganz kurze Stelle aus den Responsen Papinians<sup>3</sup>. Mit Ausnahme des Gaius ist der Text von einer sog. *interpretatio* begleitet, die teils kurze Inhaltsangaben, teils ausführlichere Umschreibungen, mitunter aber auch aus anderen Quellen geschöpfte Ergänzungen bringt. Vermutlich ist sie aus älteren Privatarbeiten zusammengestellt<sup>4</sup> und insofern ein Zeugnis für die Tätigkeit der westlichen Jurisprudenz im fünften Jahrhundert.

2. Der *lex Romana Burgundionum*<sup>5</sup>, erlassen wahrscheinlich von König Gundobad (gest. 506)<sup>6</sup>, liegt im wesentlichen der gleiche Stoffkreis zugrunde: die *codices*

KRÜGER: ZSSSt. 34, 1 ff.; 37, 88 ff.; 38, 20 ff.; 40, 98 ff.; 41, 1 ff.; 42, 58 ff.; JÖRS: RE 4, 170 ff.; FERRARI: Osservaz. sulla trasm. diplom. d. codice Th. e sulla interpr. visigothica (Padova 1915); WIEACKER: Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel 259 ff., bes. 269 ff. SCHERILLO: Studi Albertoni I 515 ff. Studi Ratti 249 ff. Über Interpolationen im C. Th.: GRADENWITZ: ZSSSt. 34, 274 ff. 38, 35 ff. Erschöpfendes Wortverzeichnis: GRADENWITZ: Heidelb. Index z. Theodosianus (1925, Ergänzungsband 1929).

<sup>3</sup> Fünf Konstitutionen des Kaisers Marcian (450—57) hat der westgotische Gesetzgeber aus einer östlichen Sammlung übernommen, vgl. P. M. MEYER: Ausg. (s. u. Anm. 4) S. XVII.

<sup>4</sup> Ausgabe von P. M. MEYER: Theodosiani libri XVI, vol. II, 1905. Dort in der Vorrede (S. XI ff.) auch das Nähere über die verschiedenen Sammlungen.

<sup>1</sup> Ausgabe von HÄNEL: Lex Rom. Vis. 1849. — Lit.: BRUNNER: Dtsche. Rechtsgesch. I<sup>2</sup> 510 ff. (hier weitere Angaben); CONRAT: Breviarum Alaricianum 1903. — Über die Bedeutung der *lex Vis.* im Zusammenhang der nachklassischen Rechtsentwicklung: LEVY: ZSSSt. 47, 230 ff.

<sup>2</sup> Literaturhinweise s. o. § 19, Anm. 15.

<sup>3</sup> Nicht ganz ausgeschlossen ist, daß weitere Papinianzitate aufgenommen waren und früh verloren gegangen sind.

<sup>4</sup> So die herrschende Meinung; Näheres über die Frage und Lit. bei KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 353. Über die *interpretatio* zum westgotischen Theodosianustext vgl. jetzt auch die eindringende Untersuchung von WIEACKER: Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel. 259 ff.

<sup>5</sup> Ausgaben von BLUHME: Mon. Germ. Leges III und v. SALIS: ebd. in der Quartausg. sect. I, tom. II, pars I 123 ff. — Vgl. BRUNNER: Dtsche. Rechtsgesch. I<sup>2</sup> 506 ff.

<sup>6</sup> Dieser hatte schon bei dem Erlaß seines Rechtsbuchs für die germanischen Untertanen (Ausgang des 5. Jh.) eine Kodifikation auch des Römerrechts in Aussicht gestellt. — Der absolute terminus ante quem für die *lex Romana* ist die Eroberung des Burgunderreichs durch die Franken im Jahre 534.

*Gregorianus*, *Hermogenianus* und *Theodosianus*, posttheodosianische Novellen, Paulussentenzen und Gaiusinstitutionen. Nur ist hier statt des wörtlichen Textes eine freie Bearbeitung dieser Quellen gegeben.

3. Anders als die westgotische und die burgundische Kodifikation, die nur für den römischen Bevölkerungsteil galten und denen darum Aufzeichnungen des germanischen Rechts zur Seite standen, sollte das *edictum Theoderici*<sup>7</sup> (wahrscheinlich vor 508 entstanden), entsprechend der Verschmelzungspolitik Theoderichs des Großen, nicht nur für die Römer des ostgotischen Reichs, sondern auch für die Goten verbindlich sein. Es enthielt in 155 kurzen Kapiteln ausschließlich römisches Recht, das aus den drei großen Konstitutionensammlungen, den posttheodosianischen Novellen, den Paulussentenzen und vielleicht auch aus Gaius geschöpft ist, also wiederum aus dem gleichen Stoffkreis wie die beiden anderen Römerrechte.

#### IV. Die justinianische Gesetzgebung.

§ 25. **Geschichtliche Hintergründe und Gesamtcharakter.** 1. Für das oströmische Reich brachte die Regierung Justinians<sup>1</sup> (geb. 482, Kaiser vom 1. April 527 bis zum 14. November 565) nach einer Periode innerer Schwäche einen neuen Aufschwung. Noch einmal griff jetzt das römische Kaisertum erfolgreich nach dem Westen hinüber: Nordafrika, Italien und Südspanien wurden der Germanenherrschaft wieder entrissen, und es konnte scheinen, als ob Einheit und Größe des alten *imperium Romanum* wiederkehren wollten. Ihre Wiederherstellung war das höchste Ziel der gesamten Politik Justinians<sup>2</sup>. Seine Kriege, seine Kirchenpolitik, seine Bautätigkeit dienten diesem Ziele; nicht minder das große Gesetzgebungswerk, das er alsbald nach seinem Regierungsantritt zu schaffen begann.

2. Die Aufgabe, die er sich dabei stellte, war die gleiche, an der sich schon Theodosius II. versucht hatte und die im Westen kurz zuvor durch die Kodifikationen der Germanenstaaten gelöst worden war: die Schaffung einer für die Gegenwart brauchbaren, autoritativen Zusammenstellung von Kaisergesetzen und Auszügen aus der Rechtsliteratur. Die justinianische Gesetzgebung ist also in ihrer Anlage durchaus gleichartig mit den älteren privaten und staatlichen Sammlungen der nachklassischen Periode. Nur sind die Maßstäbe sehr viel großartiger, nach denen sie geplant und ausgeführt wurde. Daß man diese Maßstäbe wählen konnte, war im wesentlichen das Verdienst der östlichen Rechtsschulen, deren Arbeit den Weg zu dem klassischen Schrifttum offengehalten hatte. Während den Gesetzgebern des Westens kaum mehr als die Konstitutionensammlungen und ein paar nachklassische Elementarwerke zur Verfügung standen, beherrschte man im Osten die großen spätclassischen Kommentare und Responsenwerke und vermochte darüber hinaus sogar auf die Literatur der hoch- und frühclassischen Zeit zurückzugreifen. Auch gab die Schulung an den Klassikerschriften den justinianischen Gesetzgebern wenigstens in gewissen Grenzen die Befähigung zu wirklicher Reformarbeit. Auf solchen Grundlagen konnte Justinian eine Kodifikation schaffen, die sowohl durch ihren stofflichen Reichtum wie durch das achtbare Maß juristischer Verarbeitung einen würdigen Abschluß der römischen Rechtsentwicklung bildet.

3. In seinem Wesen zeigt das Gesetzgebungswerk Justinians eine eigentümliche Zwiespältigkeit, die für seine Urheber und für die ganze Zeit sehr charakteristisch ist. Auf der einen Seite läßt sich das deutliche Bestreben erkennen, ein zeitgemäßes und widerspruchsfreies Recht aufzuzeichnen. Überlebte Unterscheidungen und Rechts-

<sup>7</sup> Ausg. von BLUHME: Mon. Germ. Leg. V 145ff. — Vgl. BRUNNER: Dtsche. Rechtsgesch. I<sup>2</sup> 525ff.

<sup>1</sup> DIEHL: Justinien et la civilisation byzantine 1901; KRUMBACHER: Populäre Aufsätze III 12 (Kaiser Justinian); GRUPP: Kaiser Justinian 1923; SCHUBART: Arch. f. Pap. 11, 94 ff.

<sup>2</sup> JÖRS: D. Reichspolitik Kaiser Justinians (Vortrag, 1893).



institute wurden beseitigt<sup>3</sup>, klassische und nachklassische Streitfragen durch den Machtspruch des Gesetzgebers erledigt<sup>4</sup> und Entscheidungen, die man als unbillig empfand, abgemildert<sup>5</sup>. Andererseits waren die Gesetzgeber jedoch in starkem Maße von der Autorität ihrer klassischen Vorlagen abhängig. Sie haben deshalb vieles übernommen und künstlich wieder zu beleben versucht, was in Wahrheit nicht mehr den veränderten Zeitverhältnissen entsprach. In besonderem Maße gilt das von den prozessualen Grundbegriffen des klassischen Rechts, deren das ganze Rechtsgebiet durchziehende Spuren man nicht auszutilgen vermochte und die man nur sehr unvollkommen mit dem geltenden Prozeßrecht in Beziehung zu setzen verstand. Über solche Erscheinungen hinaus, die sich aus mangelnder Kraft zur Neugestaltung erklären lassen, zeigen sich aber auch ausgesprochen rückläufige Tendenzen: die voraufgehende Rechtsentwicklung der nachklassischen Zeit wurde mitunter verleugnet und das klassische Recht mehr oder weniger wieder zur Geltung gebracht<sup>6</sup>. Hie und da griff man sogar über das hoch- und spätklassische Recht hinaus auf noch ältere Prinzipien zurück<sup>7</sup>. Diese Züge, die man als archaisch bezeichnen mag<sup>8</sup>, beruhen sowohl auf der Arbeitsweise der Schulwissenschaft, wie auf der romantischen Haltung des kaiserlichen Gesetzgebers selbst und seiner ganzen Zeit. Nur von hier aus lassen sich auch gewisse äußere Merkmale des Gesetzgebungswerks in vollem Umfange würdigen: die Beibehaltung der lateinischen Sprache in einer Zeit, in der Lateinkenntnisse selbst bei den Beamten der Zentralverwaltung selten zu werden anfangen<sup>9</sup>; die Masse des aus der Rechtsliteratur aufgenommenen Materials, die zwar für uns von höchstem Wert und für den geistigen Reichtum der Kodifikation entscheidend ist, aber die praktische Benutzung als Gesetzbuch außerordentlich erschweren mußte; die Tatsache endlich, daß die Neuerungen Justinians diesen ihren Charakter vielfach verbergen und unter dem Namen und damit unter der Autorität der klassischen Juristen und der älteren Kaiser auftreten.

4. Die führende Persönlichkeit des Gesetzgebungswerks war, nächst dem Kaiser selbst, sein *magister officiorum* und *quaestor sacri palatii*<sup>10</sup> Tribonianus. Unter den übrigen Mitgliedern der verschiedenen Kommissionen spielten eine Reihe von Rechtslehrern der Schulen von Konstantinopel und Berytos eine besonders bedeutsame Rolle. Die Entwicklung der Arbeiten vermögen wir anhand der verschiedenen Richtlinien und Einführungsgesetze zu verfolgen, die den einzelnen Teilen der Kodifikation vorangehen und heute gewöhnlich nach ihren Anfangsworten zitiert zu werden pflegen. Das Gesamtwerk (mit Ausnahme der Novellen) bildete im Sinne des Gesetzgebers eine Einheit, hat aber erst im Mittelalter die Bezeichnung *corpus iuris civilis* erhalten. Maßgebend sind heute die Ausgaben von MOMMSEN

<sup>3</sup> So verschwand die Unterscheidung von Zivil- und Honorarrecht (wenigstens im Prinzip; vgl. § 8, 2a. E.), von Bürgern und Peregrinen (§ 33), die verschiedene Rechtsstellung Italiens und der Provinzen (§ 46, 3), das Rechtsinstitut der *mancipatio* (§ 54, 5), das der *in iure cessio* (§ 55, 4), die *fiducia* (§ 54, 4b) und die *cretio* (§ 212, 1a).

<sup>4</sup> Über die Entscheidung nachklassischer Streitfragen durch Justinian vgl. SCHULZ: ZSSt. 50, 212ff.

<sup>5</sup> Der justinianischen Zeit erschien insbesondere die Formstrenge des klassischen Rechts vielfach als „gefährlich“ für das Rechtsleben; Beispiele bei RICCOBONO: ZSSt. 43, 379ff. Vgl. über die Humanitäts- und Billigkeitsentscheidungen Justinians ferner u. § 31, Anm. 11.

<sup>6</sup> Beispiele bei PRINGSHEIM: Studi Bonfante I 559ff.

<sup>7</sup> PRINGSHEIM: Studi Bonfante I 566ff. Dagegen BERGER: Studi Riccobono I 587ff.

<sup>8</sup> Vgl. den Aufsatz PRINGSHEIMS: Studi Bonfante I 551ff. Seine These wird nicht widerlegt, wohl aber durch großzügige Perspektiven ergänzt von RICCOBONO: Conferenze p. il XIV centenario delle Pand. 237ff.

<sup>9</sup> Vgl. über die Lateinkenntnisse des Johannes Lydus (der ihretwegen ein Lehramt an der Hochschule in Konstantinopel erhielt: de mag. 3, 29) I. F. SCHULTZE: Quaestiones Lydianae, Diss. phil. Greifswald 6ff., 1862.

<sup>10</sup> Über die Ämter des *magister officiorum* (Vorsteher der kaiserlichen Kanzleien) und des *quaestor sacri palatii* (eine Art Justizminister) vgl. KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. I 830ff.

(Digesta), P. KRÜGER (Institutionen und Codex) und SCHÖLL und KROLL (Novellen)<sup>11</sup>.

§ 26. Der erste Codex und die *Quinquaginta Decisiones*. 1. Am 13. Februar 528 berief Justinian durch die *constitutio Haec* eine Kommission, die aus den *codices Gregorianus, Hermogenianus und Theodosianus*, aus den posttheodosianischen Novellen und den seitdem ergangenen Kaisergesetzen das Brauchbare auswählen und zu einer neuen Konstitutionensammlung zusammenstellen sollte. Das fertige Werk wurde am 7. April 529 durch die *constitutio Summa* als *codex Iustinianus*<sup>1</sup> mit Gesetzeskraft vom 16. April ab veröffentlicht. Mit diesem Datum verloren die älteren *codices* und überhaupt alle nicht in die neue Sammlung aufgenommenen Kaisergesetze, soweit sie nicht Privilegien betrafen, ihre Geltung. Da der *codex Iustinianus* von 529 bald darauf eine Umarbeitung erfuhr (s. § 28, 2), ist er früh verlorengegangen<sup>2</sup>.

2. Nach der Fertigstellung des *codex* erließ Justinian eine Anzahl von Konstitutionen, die den Zweck hatten, durch Erledigung von Streitfragen und Beseitigung oder Abänderung veralteter Rechtsnormen das Juristenrecht zeitgemäß umzugestalten. Ein Teil davon, vermutlich die in der zweiten Hälfte des Jahres 530 erlassenen Konstitutionen, wurde anscheinend Ende Dezember 530 oder zu Beginn des Jahres 531 unter dem Namen *quinquaginta decisiones*<sup>3</sup> zu einer selbständigen Sammlung vereinigt. Sie ist uns als solche nicht erhalten; doch muß zum mindesten ein Teil dieser Gesetze später in die Neuredaktion des *codex* aufgenommen worden sein.

§ 27. Die Digesten<sup>1</sup>. 1. Die Reformgesetzgebung der *quinquaginta decisiones* bildete nur den Auftakt zu einem großangelegten Sammelwerk des Juristenrechts. Am 15. Dezember 530 berief Justinian auf Vorschlag Tribonians durch die *constitutio Deo auctore* eine neue Kommission von Rechtslehrern und Praktikern, die unter der Leitung Tribonians aus der gesamten Rechtsliteratur ein Gesetzbuch zusammenstellen sollte. Die Abfassungszeit war zunächst auf zehn Jahre veranschlagt; auf Drängen des Kaisers wurde das Werk indessen schon in drei Jahren vollendet und am 16. Dezember 533 durch die *constitutio Δέδοικεν* (lateinische Fassung: *constitutio Tanta*<sup>2</sup>) unter dem Titel *Digesta* oder *Πανδέκται* publiziert<sup>3</sup>; am 30. Dezember desselben Jahres trat es in Kraft. Von diesem Tag an verlor der gesamte Inhalt der Rechtsliteratur, der nicht in die Sammlung aufgenommen war, seine Geltung vor den Gerichten und seine Bedeutung im Rechtsunterricht; was hingegen Aufnahme gefunden hatte, besaß ohne Rücksicht auf seine Herkunft gleiche Kraft. Damit entfielen die Grundsätze der Zitiergesetze (§ 22, 2), die die Gesetzeskraft des Juristen-

<sup>11</sup> Näheres bei P. KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 434ff.; KIPP: Quellen<sup>4</sup> 168ff. Für die Digesten kommt daneben die handliche Taschenausgabe italienischer Gelehrter (BONFANTE, FADDA u. a.) in Betracht: 2 Bde, Mailand 1908 u. 1931.

<sup>1</sup> Lit. in § 28, Anm. 3.

<sup>2</sup> Ein Bruchstück eines Inhaltsverzeichnisses zum ersten *codex Iustinianus* ist auf einem ägyptischen Papyrus ans Licht gekommen: Pap. Oxy. XV 1814; Text auch bei P. KRÜGER: ZSSt. 48, 561ff.; dazu DE FRANCISCI: Aegyptus 3, 68ff.; NIEDERMEYER: ZSSt. 46, 492f. Ob auch das in Studi Bonfante III 429ff. publizierte Papyrusfragment einer Kodexhandschrift dem ersten Kodex angehört (wie die Herausgeber annehmen), ist zweifelhaft; vgl. SCHULZ: ZSSt. 51, 417ff. (mit Wiedergabe des Textes).

<sup>3</sup> DI MARZO: Le *quinquaginta decisiones* (Palermo 1899—1900); JÖRS: RE 4, 2275ff.; KRÜGER, P.: Aus röm. u. bürgerl. Recht (Festg. f. Bekker 1907) 3ff.; ROTONDI: Scr. giur. I 227ff. Der Text gibt die Resultate ROTONDIS wieder.

<sup>1</sup> JÖRS: RE 5, 488ff.; SCHULZ: Einführung i. d. Studium d. Digesten 1916. — Übersicht über die handschriftliche Überlieferung: KRÜGER: Quellen<sup>2</sup> 428ff.; SCHULZ: Einf. 1ff. — S. auch die Angaben in den folgenden Anm.

<sup>2</sup> Über das Verhältnis der griechischen und lateinischen Fassung: EBRARD: ZSSt. 50, 113ff.

<sup>3</sup> Begründung dieser Namen in *constitutio Δέδοικεν* = *Tanta* § 1a. E.: *quia omnes disputationes et decisiones in se habent et quod undique fuit collectum, hoc in sinus suos receperunt*; hierin liegt ebenso sehr eine Rechtfertigung der Bezeichnung als *πανδ και* (von *πάν δεχασθαι*) wie eine Bezugnahme auf die Verwendung des Titels *digesta* für die großen kasuistischen Sammlungen der Hochklassiker (§ 16, 2).

rechts auf bestimmte Autoren beschränkt und besondere Regeln für den Fall eines Meinungsgegensatzes der Autoritäten aufgestellt hatten<sup>4</sup>.

2. Die Digesten zerfallen in 50 Bücher, diese wiederum in Titel, deren jeder eine bestimmte Rechtsmaterie zum Gegenstand hat und aus Exzerpten verschiedener Juristschriften zusammengesetzt ist. Jedes dieser Exzerpte (*leges, fragmenta*) trägt den Namen des Juristen und der Schrift, der es entnommen ist (sog. *inscriptio*). Verarbeitet sind Werke von nicht weniger als vierzig Juristen<sup>5</sup>, von denen manche in der Praxis längst verschollen waren; der älteste Autor, von dem Fragmente aufgenommen wurden, ist Q. Mucius Scaevola (Konsul 95 v. Chr., vgl. §14, 4), die jüngsten sind Hermogenian und Arcadius Charisius, die bereits der nachklassischen Zeit angehören (§21, 4). Am stärksten benutzt ist die enzyklopädische Periode: Ulpian allein stellt etwa ein Drittel des gesamten Inhalts der Digesten, Paulus etwa ein Sechstel.

3. Über die bei der Herstellung der Digesten befolgte Technik des Exzerpieren und Zusammenstellens schweigen die Quellen. Den andauernden Bemühungen der modernen Forschung ist es indessen gelungen, die Vorgänge wenigstens in einigen Punkten klarzustellen<sup>6</sup>; freilich bleiben die wichtigsten Fragen noch immer ohne sichere Antwort. Grundlegend war die Erkenntnis Friedrich BLUHME (1820)<sup>7</sup>, daß die Fragmente aus bestimmten Schriften innerhalb der einzelnen Titel in aller Regel gruppenweise beieinanderstehen. Bluhme schloß daraus, daß die Gesetzgebungskommission ihren Stoff in drei Hauptmassen eingeteilt hat, die man nach den jeweils an der Spitze stehenden Werken, den *libri ad Sabinum*, den Edikt-kommentaren und den Responsen und Quaestionen Papinians, als Sabinusmasse, Ediktmasse und Papiniansmasse bezeichnet. Eine vierte, wesentlich kleinere Gruppe von Werken, die sog. Appendixmasse, scheint erst im Laufe der Arbeit hinzugekommen zu sein. Man nimmt an, daß diese Massen durch verschiedene Unterkommissionen und Einzelmitglieder bearbeitet und sodann zu dem Gesamtwerk zusammengefügt worden sind. Über die Ergebnisse von Bluhme hinaus haben neuerdings vor allem italienische Forscher<sup>8</sup> versucht, den allmählichen Fortschritt der Gesetzgebungsarbeit anhand der zur Entscheidung auftretenden Zweifelsfragen erlassenen Konstitutionen Justinians zu verfolgen. Vor allem aber ist in den letzten dreißig Jahren immer wieder die Frage zur Diskussion gestellt worden, ob die justinianische Kommission ihr Werk wirklich ausschließlich auf der selbständigen Durcharbeitung und Exzerpierung des klassischen Schrifttums aufgebaut hat, oder ob sie nicht etwa private Sammelwerke der vorausgehenden Zeit zur Grundlage nahm<sup>9</sup>. Derartige

<sup>4</sup> Das Zitiergesetz war, wie die Nennung seiner Inskription in Pap. Oxy. XV 1814, Verso Z. 14f. (vgl. § 26, Anm. 2) beweist, in dem ersten *codex Iustinianus* enthalten in der nach Herstellung der Digesten erfolgten Neuredaktion wurde es gestrichen.

<sup>5</sup> Über den sog. *index Florentinus*, ein Verzeichnis der von den Kompilatoren benutzten Werke, das mit dem Befund der Digesten selbst nicht in allem übereinstimmt, vgl. zuletzt ROTONDI: *Scr. giur.* I 298ff.; KRÜGER, H.: *Herstellung d. Digesten* (s. u. Anm. 6) 8ff.

<sup>6</sup> Letzte zusammenfassende Behandlung der Fragen: KRÜGER, H.: *D. Herstellung d. Digesten Justinians* 1922; dazu KADEN: *ZSt.* 44, 573ff.

<sup>7</sup> BLUHME: *Z. f. geschichtl. Rechtswiss.* 4, 257ff. Gegen seine bis dahin allgemein anerkannten Feststellungen wandte sich die nachgelassene Schrift von F. HOFMANN: *D. Komposition d. Digesten* (hg. v. J. PFAFF, 1900). Der Angriff führte zur Nachprüfung und erneuten Befestigung der Ergebnisse BLUHME'S: MOMMSEN: *Jur. Schr.* II 97ff.; KRÜGER, P.: *ZSt.* 22, 12ff.; JÖRS, RE 5, 494ff.; LONGO: *Bull.* 19, 132ff.; KRÜGER, H.: *Studi Bonfante* II 317ff.

<sup>8</sup> LONGO: *Bull.* 19, 132ff.; DE FRANCISCI: *Bull.* 22, 23ff., 27, 5ff.; ROTONDI: *Scr. giur.* I 298ff. 486ff.; ferner KRÜGER, H.: *Herstellung d. Digesten*.

<sup>9</sup> Erster Vorläufer: REIMARUS: *Bemerkungen u. Hypothesen üb. d. Inskriptionenreihen d. Pandektenfragen* 31 ff. 1830. Dann HOFMANN: (s. o. Anm. 7), der einen glossierten Ulpianext als Grundlage der justinianischen Sammlung annimmt; EHRENZWEIG: *Z. Grünhut* 38, 317ff. und, mit sehr viel besserer Begründung, PETERS: *D. oström. Digestenkommentare u. d. Entstehung d. Digesten* (Sb. Akad. Leipzig 65, 1); die beiden letzten sehen die Hauptquelle Justinians in einer älteren privaten Sammlung (sog. Prädigesten, predigesto). Gegen PETERS:

Sammelwerke, die im Betrieb der östlichen Rechtsschulen entstanden sein könnten, sind möglich, aber nirgends unmittelbar bezeugt; ihr Nachweis aus den Digesten selbst ist bisher teils mißlungen, teils im Bereich der Hypothese steckengeblieben<sup>10</sup>. Daß in den Glossen und *παράτυλα* (§21, 5), mit denen die vorjustinianische Schulwissenschaft die spätklassischen Schriften versehen haben wird, ein verhältnismäßig reichhaltiges Material an Parallelstellen zusammengetragen war, wird man immerhin als sehr wahrscheinlich annehmen dürfen. In jedem Fall aber muß die Stoffbeherrschung, die die Rechtslehrer von Beryt und Konstantinopel aus ihrem Unterrichtsgebiet mitbrachten, der Arbeit der Gesetzgebungskommission in hohem Maße förderlich gewesen sein.

4. Die Kommission hatte volle Freiheit, ihre Vorlagen zu kürzen, zu ergänzen oder in anderer Weise zu ändern; daß sie von dieser Befugnis in großem Umfange Gebrauch gemacht hat, wird von Justinian selbst ausdrücklich gesagt (*constitutio Δέδωκεν* = *Tanta* 10) und durch die Ergebnisse der modernen Forschung bestätigt (§31).

§ 28. Die Institutionen und der zweite Codex. 1. Noch vor der Publikation der Digesten, am 21. November 533, wurde durch die *constitutio Imperatoriam* ein Einführungswerk für Anfänger bekanntgegeben, das gleich den Elementarlehrbüchern der klassischen Zeit den Titel *institutiones* erhielt; als Bestandteil der justinianischen Gesamtkodifikation hatte es zugleich die Geltung eines Gesetzbuchs, und zwar trat es als solches zugleich mit den Digesten am 30. Dezember 533 in Kraft. Die Ausarbeitung der Institutionen war unter der Leitung Tribonians durch zwei Rechtslehrer der Schulen von Konstantinopel und Berytos, Theophilus und Dorotheus, erfolgt<sup>1</sup>. Die Grundlage bildeten dabei klassische und nachklassische Elementarschriften, vor allem die Institutionen des Gaius und die unter dem Namen des Gaius überlieferten *res cottidianae*, ferner die Institutionenwerke von Ulpian, Florentinus und Marcianus und die dem Ulpian zugeschriebenen *regulae*. Anders als in den Digesten sind in den Institutionen die Auszüge aus den klassischen Vorlagen ohne Quellenangabe zu einem fortlaufenden Texte zusammengearbeitet; an den geeigneten Stellen ist das Recht der jüngeren Kaisergesetzgebung, insbesondere der justinianischen Reformkonstitutionen eingefügt<sup>2</sup>.

LENEL: ZSt. 34, 373ff.; MITTEIS: ebd. 402ff.; ROTONDI: Scr. giur. I 87ff. ROTONDI lehnte jedoch die Grundidee von PETERS nicht schlechthin ab (s. bes. 106ff.) und verfolgte die Frage später weiter: Scr. giur. I 437ff. An kommentierte Neuausgaben und Kettenauszüge klassischer Werke denkt H. KRÜGER: Herst. d. Dig. 190ff. In ganz neue Zusammenhänge hat schließlich ARANGIO-RUIZ das Problem gestellt; vgl. die folgende Anm.

<sup>10</sup> Am eindrucksvollsten sind die jüngsten Hypothesen von ARANGIO-RUIZ. Er hat einmal, von gewissen Unregelmäßigkeiten in den Inskriptionen von D. 50, 6—8 ausgehend, den Nachweis einer vorjustinianischen Chrestomathie über verwaltungsrechtliche Gegenstände unternommen (Di alcune fonti postclassiche del Digesto, Mem. Accad. di sc. mor. e pol. Napoli 1931); sodann versuchte er zu zeigen, daß die verschiedenen *partes* der vorjustinianischen Studienordnung (*constitutio Omnem* 1) private Sammelwerke für den Unterricht gewesen seien, die dem justinianischen Gesetzgeber einen erheblichen Teil seines Stoffes geliefert hätten; mit der BLUMENESchen Massetheorie verbindet er diese Deutung, indem er annimmt, daß die Bearbeiter der Sabinusmasse und der Ediktsmasse in Wahrheit die Aufgabe hatten, diese verschiedenen *partes* (die bald vorwiegend auf den Ediktskommentaren, bald auf den Sabinuswerken aufgebaut waren) nebst der ihnen inhaltlich am meisten verwandten Literatur zu bearbeiten (Conferenza p. il XIV centenario delle Pand. 287ff.). Der Ausgangspunkt dieser mit großem Scharfsinn und starker Suggestionskraft entwickelten Lehre, die Auslegung der *constitutio Omnem*, ist jedoch einigermaßen zweifelhaft. Vgl. auch (zu ARANGIO-RUIZ: Di alcune fonti) NIEDERMEYER: Studi Riccobono I 197 Anm. 5. — Kleinere nachklassische Chrestomathien als Quellen einzelner Digestentitel sind auch sonst mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit behauptet worden. Nachweise bei ARANGIO-RUIZ: Conferenza 318f.

<sup>1</sup> Vermutlich hat der eine von ihnen die beiden ersten, der andere die beiden letzten Bücher verfaßt: GRUPE: De Iustiniani institutionum compositione, Diss. phil. Strassburg 1884.

<sup>2</sup> Grundlegend für die Quellenanalyse ist FERRINI: Opere II 307ff.; vgl. ferner ZOCCO-ROSA: Imperatoris Iustiniani institutionum palingenesia 1908—21; weitere Nachweise bei KRÜGER: Quellen<sup>3</sup> 386f.; KIPP: Quellen<sup>4</sup> 156f.; v. KOTZ-DOBŘŮ: RE 9, 1573f.

2. Den Abschluß des großen Kodifikationswerks bildete eine Neuredaktion des *codex Iustinianus*, die der Anpassung an die jüngeren Teile des Gesamtwerks und der Ergänzung durch die seit 529 erlassenen Kaisergesetze diente. Am 16. November 534 wurde diese wiederum unter Tribonians Leitung fertiggestellte Arbeit als *codex Iustinianus repetitae praelectionis* mit gesetzlicher Wirkung vom 29. Dezember ab veröffentlicht (Einführungsgesetz: *constitutio Cordi*). Der uns in dieser Fassung erhaltene *codex*<sup>3</sup> zählt zwölf Bücher, in denen die einzelnen Materien nach Titeln geordnet sind. Jeder Titel enthält die zum Gegenstand gehörenden Konstitutionen in zeitlicher Reihenfolge unter Angabe der Kaiser und Adressaten (*inscriptio*) und des Datums (*subscriptio*)<sup>4</sup>. Das verarbeitete Material reicht von Hadrian bis auf Justinian selbst; am zahlreichsten sind die Konstitutionen Diokletians und Maximians. Auch an den Quellen des *codex* haben die justinianischen Gesetzgeber zahlreiche Änderungen angebracht<sup>5</sup>; vor allem sind nicht selten getrennte, aber inhaltlich zusammengehörige Konstitutionen vereinigt und andere, in denen verschiedenartige Gegenstände behandelt waren, zerlegt und auf verschiedene Titel der Sammlung verteilt worden.

§ 29. Die Novellen. Beim Erlaß des *codex repetitae praelectionis* behielt sich Justinian für die Zukunft weitere Reformen und Ergänzungen seines Gesetzgebungswerks vor und stellte die Sammlung solcher Nachtragsgesetze (*leges novellae*) in einer weiteren Kodifikation in Aussicht (*constitutio Cordi* 4 a. E.). Tatsächlich sind vom Jahre 535 an zahlreiche Novellen ergangen, in denen wichtige Neuerungen, besonders auf dem Gebiet des Familien- und Erbrechts, enthalten sind. Während noch der größte Teil der im *codex* aufgenommenen Gesetze Justinians lateinisch abgefaßt war, ist der Urtext der Novellen meist griechisch; nur wenige sind in lateinischer Sprache oder sowohl griechisch wie lateinisch publiziert worden. Eine offizielle Sammlung kam nicht zustande; dagegen besitzen wir eine Reihe privater Sammlungen<sup>1</sup>.

a) Die *epitome Iuliani*, 124 Novellen aus den Jahren 535—55 in lateinischer Sprache (die ursprünglich griechischen in lateinischer Übersetzung), ein Werk des Rechtslehrers Iulianus in Konstantinopel, das wahrscheinlich noch unter Justinian entstanden ist und für das wiedereroberte Italien bestimmt war.

b) Das seit dem zwölften Jahrhundert wieder bekannte *authenticum*, so benannt, weil das Mittelalter diese Sammlung im Gegensatz zur *epitome Iuliani* für den offiziellen Text hielt. Das *authenticum* enthält 134 Novellen aus den Jahren 535—56, die lateinischen im Urtext, die griechischen in einer oft fehlerhaften lateinischen Übersetzung.

c) Eine Sammlung von 168 Novellen im Urtext, also größtenteils in griechischer Sprache, seit der Humanistenzeit bekannt (sog. griechische Novellensammlung). Ihr Hauptbestandteil sind die justinianischen Gesetze seit 535; daneben enthält sie einige ältere Konstitutionen (512—34), vier Erlasse von *praefecti praetorio*, vier Gesetze des Kaisers Justin II. (565—78) und drei des Kaisers Tiberius II. (578

<sup>3</sup> JÖRS: RE 4, 167 ff. Über die handschriftliche Überlieferung vgl. KRÜGER: Quellen<sup>2</sup>, 425 ff.; eindringende Studien über die Quellen des *codex*: ROTONDI: Scr. giur. I 110 ff.; den Wortschatz erschließt v. MAYR-SAN NICOLÒ: Vocabularium Codicis Iustiniani, 2 Bde, 1923, 1925; für die justinianischen Konstitutionen s. außerdem LONGO: Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano (Bull. 10).

<sup>4</sup> Das Datum fehlte jedoch mitunter bereits in den Vorlagen der justinianischen Kommission; vgl. *constitutio Haec* 2.

<sup>5</sup> Auch die eigenen Gesetze Justinians, die bei der Neuredaktion des *codex* aufgenommen wurden, sind dabei interpoliert worden; vgl. SCHULZ: Studi Bonfante I 335 ff.; GRADENWITZ: Bull. 41, 1 ff.; ZSSt. 54, 147 ff.

<sup>1</sup> NOAILLES: Les collections de nouvelles 1912. — Ein Wortindex zu den griechischen Novellen ist unter der Leitung von WENGER in Arbeit und wird in absehbarer Zeit im Druck erscheinen können; vgl. WENGER: Sb. Akad. München 1914, 5, 22 ff.; 1928, 4, 3 ff.

bis 582). Unter der Regierung dieses letzten Kaisers ist die Sammlung vermutlich abgeschlossen worden.

d) Schließlich 13 griechische Novellen unter dem Namen *edicta Iustiniani*; sie sind als Anhang der unter c genannten Sammlung in einer venezianischen Handschrift erhalten.

**§ 30. Die Nachwirkungen der justinianischen Gesetzgebung.** 1. Das Gesetzgebungswerk Justinians wirkte zerstörend und erhaltend zugleich: zerstörend, weil es die unmittelbare Überlieferung der klassischen Rechtsliteratur und der vorjustinianischen Konstitutionensammlungen nahezu vollständig ausrottete. Erhaltend, weil es der Nachwelt trotz aller Entstellung der darin aufgenommenen Quellen eine lebendige und umfassende Anschauung des klassischen Rechts und seiner Bedeutung vermittelte. Für fast anderthalb Jahrtausende wurde es darum zum Mittelpunkt juristischer Schulung und Gelehrsamkeit, bald als Wegweiser für die praktische Rechtsanwendung und als Ausgangspunkt fruchtbarer neuer Ideen, bald als Gegenstand antiquarischer und historischer Studien. Wie alle großen Denkmäler der Geistesgeschichte bewies es erst im Wandel der Zeiten und Weltanschauungen den ganzen Reichtum seines Inhalts.

2. In den ersten fünfhundert Jahren lag der Schwerpunkt dieser wissenschaftlichen Tradition im oströmischen Reich<sup>1</sup>. Alsbald nach der Schaffung der justinianischen Rechtsbücher begann hier eine umfangreiche literarische Bearbeitung in den Formen, die schon vor Justinian von den Rechtsschulen des Ostens ausgebildet worden waren. Vor allem drängten die praktischen Bedürfnisse des Unterrichts und der Rechtsanwendung zur Anfertigung griechischer Übersetzungen; daneben wurden, gleichfalls in griechischer Sprache, kurze Inhaltsangaben (*ἰνδικες*), Sammlungen von Parallelstellen (*παράτιλα*) und, trotz des Justinian erlassenen Verbots<sup>2</sup>, auch kommentierende Anmerkungen (*παραραφαί*) verfaßt; im siebten Jahrhundert begegnen daneben auch monographische Behandlungen einzelner Fragen und Materien. Die Kenntnis dieser Literatur vermittelt uns in der Hauptsache<sup>3</sup> ein zu Beginn des siebten Jahrhunderts entstandenes anonymes Sammelwerk, eine knappgefaßte griechische Paraphrase der Digesten, verbunden mit einem umfangreichen Kettenkommentar (*κατήγη, catena*)<sup>4</sup> von Exzerpten aus dem Schrifttum der justinianischen und unmittelbar nachjustinianischen Zeit nebst einigen Anmerkungen von der Hand des Anonymus selbst. Auch dieses Sammelwerk des siebten Jahrhunderts ist uns freilich nicht unmittelbar erhalten. Vielmehr ging die Digestenparaphrase des Anonymus in ein Gesetzgebungswerk des zehnten Jahrhunderts über, in die Basiliken (*βασιλικά*, „Kaiserrecht“) des Kaisers Leo des Weisen (886—911 n. Chr.), die das justinianische Recht, soweit es damals noch galt, in sechzig Büchern zusammenfaßten<sup>5</sup>. Der Text dieses Gesetzbuchs wurde dann später wieder mit dem

<sup>1</sup> ZACHARIAE V. LINGENTHAL: *Historiae iuris Graeco-Romani delineatio* 1839; *Gesch. d. griech.-röm. R.* 3 1892; MORTREUIL: *Histoire du droit byzantin* 1843—7; HEIMBACH: *Praefatio d. Basilikenausg.* (s. u. Anm. 5); PETERS: *D. oström. Digestenkommentare u. d. Entstehung d. Digesten* (Sb. Akad. Leipzig 65, 1); ALBERTONI: *Per una esposizione del dir. bizantino con riguardo all'Italia* 1927; dazu MARIADAKIS: *ZStSt.* 49, 518ff.; LAWSON: *LQR* 46, 486ff.; 47, 536ff. — Übersicht auch bei KRÜGER: *Quellen* 2 405ff.

<sup>2</sup> *Constitutio Deo auctore* 12; *Tanta = Δέδωκεν* 21; dazu PETERS: (s. o. Anm. 1) 44ff.

<sup>3</sup> Selbständig erhalten ist eine griechische Bearbeitung der justinianischen Institutionen; der Überlieferung nach stammt sie von Theophilus, einem Lehrer der Rechtsschule in Konstantinopel unter Justinian und Mitarbeiter bei der Kodifikation, insbesondere Mitverfasser der Institutionen; doch ist diese Zuschreibung nicht unbestritten; vgl. KRÜGER: *Quellen* 2 409f. (mit weiteren Hinweisen). Ausgaben von REITZ 1751 und FERRINI (*Instit. graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*; 1883—97).

<sup>4</sup> Zu jeder Stelle der Digestenparaphrase waren die entsprechenden Stücke aus der älteren Kommentarliteratur kettenweise aneinandergereiht; über diese auch der byzantinischen Theologie eigene Literaturform vgl. PETERS: (s. o. Anm. 1) 3 ff.

<sup>5</sup> Ausgabe der Basiliken mit ihren Kommentaren: HEIMBACH: *Basilicorum libri LX* 1833 bis 70; dazu Supplemente von ZACHARIAE V. LINGENTHAL (Buch 15—19, 1846) und FERRINI u.

Kommentar des Anonymus verbunden (sog. alte Basilikenscholien) und schließlich durch jüngere Randnoten ergänzt, die bis ins dreizehnte Jahrhundert herabreichen (sog. späte Basilikenscholien). Die Basiliken ihrerseits sind im weiteren Verlaufe der spätbyzantinischen Rechtsentwicklung wiederholt ausgezogen worden: das letzte Produkt dieser Vereinfachungsarbeit ist der im Jahre 1345 entstandene *ἑξάβιβλος* des Harmenopulos, eine Privatarbeit, deren praktische Geltung sich durch die Türkenzeit hindurch behauptet hat und die somit die Brücke von dem römisch-byzantinischen zum heutigen griechischen Rechte bildet.

3. Im Westen<sup>6</sup> herrschte im frühen Mittelalter als Quelle des römischen Rechts weithin das westgotische *breuiarium Alarici*. Nur Italien gehörte seit der Vernichtung des ostgotischen Reiches zum Geltungsgebiet der justinianischen Gesetzgebung<sup>7</sup>. Hier ist deren Kenntnis auch niemals völlig verschwunden; aber sie blieb zunächst auf Institutionen, Kodex und Novellen beschränkt; der für eine tiefere Erfassung des römischen Rechts wesentlichste Teil des Gesamtwerks, die Digesten, blieb bis um die Mitte des elften Jahrhunderts gänzlich verschollen. Erst um diese Zeit tauchte in Pisa die später sog. florentinische Digestenhandschrift auf, und dieser Fund wurde unter den günstigen Umständen eines allgemeinen kulturellen und wissenschaftlichen Aufschwungs zum Ausgangspunkt des schnell aufblühenden Rechtsstudiums in den oberitalienischen Städten, vor allem in Bologna, der ältesten abendländischen Universität neben der theologischen Hochschule von Paris. In exegetischen Studien, die dem Geiste der Scholastik verwandt waren, in erster Linie aber ihr Gesetz aus dem Wesen und Inhalt der Rechtsquellen selber empfangen, bewältigte hier die Arbeit der sog. Glossatoren<sup>8</sup> (elftes bis dreizehntes Jahrhundert) den Reichtum des römischen Rechtsdenkens und legte damit die Grundlage für eine praktische Anwendung des römischen Rechts. Diese setzte sich zuerst in Italien selbst durch, griff aber bald nach Frankreich und Spanien, seit dem vierzehnten Jahrhundert auch nach Deutschland hinüber; selbst England blieb von dem Einfluß des römischen Rechts nicht ganz unberührt. Gefördert wurde die Aufnahme des römischen Rechts unter anderem durch die Tatsache, daß die Kirche seit alters nach römischem Recht lebte, durch das Fortwirken der Idee des *imperium Romanum* im politischen Leben des Mittelalters<sup>9</sup> und — speziell in Deutschland — durch die Zerrissenheit und die ungleichmäßige Entwicklung des bodenständigen Rechts; ge-

MERCATI 1897. Zur Kritik der vielfach mangelhaften Ausgabe: PETERS: (s. o. Anm. 1) 26ff.; LAWSON: ZSSst. 49, 202ff.; LQR 46, 486ff.; 47, 536ff. (ausgezeichnete Zusammenfassung des heutigen Forschungsstandes). — Über die Bedeutung der Basiliken für die geschichtliche Erforschung des vorjustinianischen Rechts s. § 31, Anm. 5.

<sup>6</sup> Für die mittelalterliche Entwicklung des römischen Rechts grundlegend: SAVIGNY: Gesch. d. röm. R. i. Mittelalter<sup>2</sup> (7 Bde, 1850—1). Moderne Zusammenfassungen: VINOGRADOFF: Roman law in mediaeval Europe<sup>3</sup> (hg. von DE ZULUETA 1929); GENZMER: D. justinianische Kodifikation u. d. Glossatoren (Atti del Congr. intern. di dir. rom. I 347ff., Bologna 1934).

<sup>7</sup> Sie wurde hier durch die *sanctio pragmatica* (vgl. § 12, Anm. 3) *Pro petitione Vigiliis* eingeführt (13. August 554; c. 11); diese ist abgedruckt in der Novellenausg. von SCHÖLL u. KROLL: 799ff.

<sup>8</sup> So genannt nach ihrer charakteristischen Literaturform, der Glosse, die, ähnlich dem byzantinischen Scholion, den Quellentext durch knappe Erläuterungen klarstellt. Sie knüpft dabei stets an einzelne Worte der Quelle an und gibt bald nur sprachliche, bald auch sachliche Deutungen und Zitate von Parallelstellen. Die am Ende des 11. Jahrhunderts mit IRNERIUS beginnende Arbeit der Glossatorenschule wurde um die Mitte des 13. Jahrhunderts von ACCURSIVS in der sog. *glossa ordinaria* zusammengefaßt. Dieser Glossenapparat zum gesamten *corpus iuris*, der in der Folgezeit alsbald kanonisches Ansehen erlangte und selbst wieder zum Gegenstand der Auslegung wurde, hat die älteren Glossen ganz in den Hintergrund gedrängt. Alle glossierten Handschriften und Drucke des *corpus iuris* aus dem 14.—16. Jahrhundert geben die akkursische Glosse wieder. — Über Methode und Literatur der Glossatoren handelt vorzüglich GENZMER in der o. Anm. 6 zitierten Schrift (G. betont besonders die methodischen Einflüsse der Früh-scholastik).

<sup>9</sup> Hierüber SCHRAMM: Kaiser, Rom und renovatio imperii (Stud. d. Bibl. Warburg 17, 1929) I 275ff.

rade in Deutschland mußte unter diesen Umständen die Aufnahme des fremden Rechts (Rezeption<sup>10</sup>) besonders nachhaltig wirken. Freilich war das Recht der justinianischen Gesetzgebung, als es sich hier im fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert durchsetzte, bereits durch die italienische Praxis und Wissenschaft der Nachglossatorenzeit (sog. Postglossatoren oder Kommentatoren, seit dem vierzehnten Jahrhundert) erheblich umgestaltet worden und nahm weiterhin auf deutschem Boden zahlreiche Bestandteile des einheimischen Rechtslebens in sich auf. So entstand das gemeine Recht, das sich bis zu den Kodifikationen der Naturrechtszeit, in manchen Teilen Deutschlands bis zur Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, als geltendes Recht behauptete und weithin auch heute noch die Grundlage unserer privaten Rechtsordnung bildet. — Neben die praktische Anwendung und Fortbildung des justinianischen Rechts trat seit dem Zeitalter des Humanismus seine Betrachtung und Erforschung als Bestandteil antiker Kultur und Geschichte (sog. elegante Jurisprudenz). Sie wurde zuerst besonders in Frankreich gepflegt, wo sie in Iacobus CUIACIUS (1522—90) einen überragenden Analytiker, in Hugo DONELLUS (gest. 1591 in Altdorf bei Nürnberg) einen ersten großen Systematiker des Privatrechts hervorbrachte; dann verpflanzte sie sich hauptsächlich an die Hochschulen der Niederlande, um schließlich in die Arbeit der historischen Rechtsschule einzumünden, die, gefördert vom deutschen Klassizismus und von der Romantik, eine Erneuerung des römischen Rechts durch geschichtliche Erforschung und dogmatische Erfassung (hierin ein Erbe des Naturrechts) anstrebte. An ihrem Anfang steht Friedrich Karl v. SAVIGNY (1779—1861), gleich groß als Historiker und als Systematiker, der Begründer der Weltgeltung deutscher Jurisprudenz. Auf ihrem Boden erwuchs in Theodor MOMMSEN der große Historiker, dessen Arbeit der gesamten Forschung am römischen Altertum neue Bahnen wies. Die von der historischen Rechtsschule begründete Systematik des deutschen gemeinen Rechts hat die Rechtswissenschaft des Auslands vielfach tiefgreifend beeinflusst. Seit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs sieht die deutsche Jurisprudenz in der Behandlung der römischen Rechtsquellen eine vorwiegend historische Aufgabe; sie teilt sich in deren Bewältigung mit der Wissenschaft fast aller Kulturländer<sup>11</sup>, vor allem aber mit der italienischen Forschung, die im letzten Menschenalter besondere Bedeutung gewonnen hat.

**§ 31. Die Interpolationenforschung<sup>1</sup>.** 1. Die Gesetzgebung Justinians umschließt in ihren Sammlungen ein Quellenmaterial, das sich über mehr als ein halbes Jahrtausend erstreckt und für die geschichtliche Erforschung des römischen Rechts von entscheidender Bedeutung ist. Denn nur in ihm läßt sich die Gedankenwelt des klassischen Rechts und die nachklassische Entwicklung der Kaisergesetzgebung erfassen. Da jedoch die justinianischen Rechtsbücher fast überall nicht den unverfälschten Wortlaut ihrer Vorlagen, sondern nur gekürzte und durch Zusätze und sonstige Überarbeitung entstellte Texte bieten, so ist ein Verständnis vor allem des klassischen Rechts ohne eine Reinigung der Überlieferung von den späteren Veränderungen nicht erreichbar. Nachdem schon zur Zeit der humanistischen Jurisprudenz vereinzelt auf die unechten Bestandteile der justinianischen Quellen ge-

<sup>10</sup> Aus der Lit. sei hervorgehoben: v. BELOW: *Üb. d. Ursachen d. Rezeption d. röm. R. i. Deutschland* 1905. Weitere Angaben und eine ziemlich ausführliche Darstellung bei SCHRÖDER v. KÜNSSBERG: *Dtsche. Rechtsgesch.* 6 864ff.

<sup>11</sup> Selbst in Japan hat das Studium des römischen Rechts kräftig Wurzel gefaßt. Einen interessanten Bericht hierüber gibt TOSHIO MUTO: *Arch. giur.* 111, 3ff.

<sup>1</sup> Eine noch heute wertvolle Übersicht über Probleme und Methoden der Interpolationenforschung: JÖRS: *RE* 5, 520ff. 1902; neuer, ausführlicher und durch zahlreiche Beispiele erläutert: SCHULZ: *Einf. i. d. Studium d. Digesten* 1916. Vgl. auch PACCHIONI: *Corso dir. rom. I*<sup>2</sup> Appendix IX; BONFANTE: *Storia del dir. rom. II* 126ff.; WENGER: *D. heutige Stand d. röm. Rechtswiss.* 23, 1927; endlich die Literaturangaben in den folgenden Anm., insbes. die in Anm. 5 zit. Arbeit von CHIAZZESE.



achtet worden war<sup>2</sup>, hat sich die moderne Forschung seit dem Ausgang des neunzehnten Jahrhunderts (die sog. Interpolationenforschung) der echtkeitskritischen Betrachtungsweise mit Entschiedenheit zugewandt<sup>3</sup>.

2. Die Interpolationenforschung arbeitet mit sprachlichen und sachlichen Mitteln. Sie erforscht den Sprachschatz des späten Juristenlateins und sucht an seinem Gegensatz zum Latein der klassischen Juristen die unechten Stellen zu erkennen<sup>4</sup>. Sie deckt Unklarheiten, Widersprüche und dem klassischen Rechtsdenken fremdartige Gedankengänge in den Quellen auf und schließt von hier aus auf nachklassische Änderungen. Nur in besonders günstigen Fällen läßt sich der Beweis der Verfälschung schlechthin zwingend führen<sup>5</sup>; meist bleibt das Ergebnis der Kritik streng genommen mehr oder minder hypothetisch. Immerhin ist ein Teil der interpolationenkritischen Hypothesen heute bereits zum festen Bestandteil einer modernen Betrachtung des römischen Rechts geworden. Daß sowohl die sprachliche wie die sachliche Kritik ihre eigentümlichen Gefahren hat und leicht mißbraucht werden kann, liegt auf der Hand. Sollen Mißgriffe vermieden werden, so bedarf es bei der sprachlichen Untersuchung einer sehr gewissenhaften und individuellen Würdigung der stilistischen Merkmale sowohl des klassischen wie des nachklassischen Sprachgebrauchs, bei der sachlichen Kritik besonderer Vorsicht gegenüber Schlüssen *ex silentio* und der Vermeidung einer gewaltsamen Durchführung einheitlicher Gesichtspunkte und Lösungen.

3. Im Laufe der Zeit hat die Interpolationenforschung Ausmaße angenommen, die man in ihren Anfängen nicht entfernt ahnen konnte. Die Zahl der nachgewiesenen oder behaupteten Verfälschungen ist unabsehbar geworden<sup>6</sup>, und das Bild des klassischen Rechts hat ganz neue Züge erhalten. Zugleich hat sich der Gesichtskreis der Forschung seit etwa zwei Jahrzehnten erheblich verändert. Während man bis dahin zumeist nur mit einer Verfälschung der Quellen durch die Hand der justinianischen Kompilatoren, also mit zielbewußten gesetzgeberischen Eingriffen (Inter-

<sup>2</sup> Vor allem von CUIACIUS und ANTON FABER. Nähere Angaben bei KIPP: Quellen<sup>4</sup> 161, Anm. 17; hierzu noch ALBERTARIO: Contributi alla storia della ricerca delle interpolazioni 1913.

<sup>3</sup> In Deutschland wurde die neue Richtung eingeleitet vor allem von EISELE: ZSSSt. 7, 1, 15ff.; 11, 1ff. usw.; GRADENWITZ: Interpolationen i. d. Pandekten 1887; LENEL: Palingenesia iuris civilis (Noten); noch früher in Italien von ALIBRANDI (s. dessen Opere I, 1896), dessen Arbeit freilich zunächst unbeachtet blieb.

<sup>4</sup> Hilfsmittel der sprachlichen Kritik sind vor allem die Wörterbücher und Indices, die den Sprachschatz der gesamten Rechtsquellen erschöpfend darzustellen streben: Vocabularium iuris prudentiae Romanae (z. Z. noch unvollständig, für die gesamten Klassikertexte); Vocabularium codicis Iustiniani; Heidelberger Index z. Theodosianus; Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano (Bull. 10); LEVY: Ergänzungsindex z. ius u. leges (für die von den anderen Wörterbüchern nicht erfaßten literarischen Quellen der nachklassischen Zeit, 1930); endlich der künftige Novellenindex (vgl. § 29, Anm. 1). — Die von der Interpolationenforschung verdächtigten Worte und Wendungen verzeichnet GUARNERI CITTATI: Indice de le parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione<sup>2</sup> (Fondazione Catelli 4, 1927), dazu Supplement in Studi Riccobono I 701ff. — Weitere Hilfsmittel verzeichnet SCHULZ: Einf. 58ff. (z. T. inzwischen überholt).

<sup>5</sup> Z. B. in Fällen mehrfacher Überlieferung; SCHULZ: Einf. 45ff.; CHIAZZESE: Confronti testuali, parte generale (Estr. Ann. Palermo 16), eine umfassende Studie, die aus der Untersuchung der Doppelüberlieferung Anhaltspunkte für das Ausmaß und die Motive der nachklassischen Verfälschungen überhaupt zu gewinnen sucht; der besondere Teil steht noch aus. — Über Spuren der von Justinian beseitigten oder abgeänderten klassischen Rechtssätze in der byzantinischen Jurisprudenz der justinianischen und nachjustinianischen Zeit vgl. bes. RICCOBONO: Miscellanea di archeol., di storia e di filol. ded. al Prof. Salinas 153ff., 1907; Mélanges Fitting II 463ff., 1907; LONGO: Bull. 17, 34ff.; KRÜGER, P.: ZSSSt. 36, 82ff. Die hier bestehenden Möglichkeiten sind mitunter überschätzt worden. Man wird den Hauptwert der byzantinischen Quellen eher in der Verdeutlichung der nachklassisch-justinianischen Entwicklungstendenzen zu sehen haben; vgl. auch LAWSON: LQR 47, 552ff.

<sup>6</sup> Ein vollständiges Verzeichnis der in den Digesten bisher behaupteten Verfälschungen gibt der von MITTEIS begonnene, von PARTSCH weitergeführte und nun unter der Leitung von LEVY und RABEL erscheinende Index interpolationum (bisher erschienen: I Dig. I—XX, II Dig. XXI—XXXV, Suppl. I Dig. I—XII). — Eine kritische Palingenesie der Quaestiones Afrikans hat LENEL: ZSSSt. 51, 1ff. veröffentlicht.

polationen im engeren Sinn, *emblemata Triboniani*) gerechnet hatte, achtet man nun in steigendem Maße auch auf die Möglichkeit vorjustinianischer Veränderungen durch erklärende und ergänzende Zusätze (Glossen) und Umschreibungen klassischer Gedankengänge (Paraphrasen)<sup>7</sup>. Der Anteil dieser vorjustinianischen Verfälschungen an der Gestaltung unserer Überlieferung ist freilich ebenso bestritten, wie ihre zeitliche und örtliche Festlegung. In manchen neueren Untersuchungen werden die vorjustinianischen Bearbeiter des klassischen Rechts schlechthin als Byzantiner bezeichnet, und man denkt dabei so gut wie ausschließlich an den Schulbetrieb des Ostens, wie er sich namentlich im fünften und sechsten Jahrhundert in Berytos entwickelte; hier sollen nach einer von verschiedenen Seiten vertretenen Ansicht in weitem Umfange hellenistische oder auch orientalische Ideen in das römische Recht Eingang gefunden haben, nicht nur aus dem Rechtsleben des Ostens, sondern auch aus der philosophischen und theologischen Umwelt der östlichen Jurisprudenz<sup>8</sup>. Hiergegen ist heftiger Widerspruch erhoben und die Behauptung aufgestellt worden, daß sich die nachklassische Entwicklung des römischen Rechts bis zur justinianischen Gesetzgebung und mit deren Einschluß in der Hauptsache ohne äußere Einflüsse lediglich von innen heraus vollzogen habe<sup>9</sup>. Beide Meinungen sind offenbar nicht frei von Einseitigkeiten und Übertreibungen. Die erste schenkt den klassischen Ansatzpunkten der nachklassischen Entwicklung zu wenig Beachtung und sucht die Tätigkeit der nachklassischen Bearbeiter zu ausschließlich in der Spätzeit des fünften und sechsten Jahrhunderts und im Osten; auch sind die Einflußquellen, mit denen sie rechnet, zum großen Teile noch nicht wirklich erwiesen und noch ungenügend erforscht<sup>10</sup>. Die andere neigt dazu, die bei aller Abhängigkeit von den klassischen Autoritäten eigenartige und neue Denkart der nachklassischen Juristen zu verkennen und die gesamte Entwicklung dieses neuen Geistes in die Linie des klassischen Rechts zurückzuverlegen. In Wahrheit kann ein Zeitraum von zwei und einhalb Jahrhunderten, in dem das Studium der klassischen Rechtsliteratur und die Anwendung des klassischen Rechts mehr oder weniger lebendig blieben, unmöglich spurlos an der Gedankenwelt der Klassiker vorübergegangen sein, ganz gleich, wie gering man über die schöpferischen Kräfte der Nachklassiker denkt. Überhaupt aber wird man die Rechtsgeschichte einer so langen Periode schwerlich auf eine ganz einheitliche Formel bringen können<sup>11</sup>. Gerade neuerdings beginnt man mit Recht darauf hinzu-

<sup>7</sup> Vgl. z. B. PETERS: D. oström. Digestenkomm. u. d. Entstehung d. Dig. 88ff.; ROTONDI: Scr. giur. I 108, 437ff.; RICCOBONO: ZSSt. 35, 293ff.; SCHULZ: Einf. 38ff. Prinzipielle Äußerungen über die Frage der vorjustinianischen Textveränderungen: NIEDERMEYER: Atti del Congr. intern. di dir. rom. I 353ff.; SIBER: ebd. I 415ff. S. schließlich auch die Lit. u. Anm. 8.

<sup>8</sup> Z. B. ROTONDI: Scr. giur. I 437ff.; DE FRANCISCI *Συνάλλαγμα* I. II (bes. 498ff.); PARTSCH: ZSSt. 42, 227ff., bes. 241 (vgl. ZSSt. 45, XII); PRINGSHEIM: ZSSt. 42, 273ff.; Freiburger Festschr. f. Lenel 204ff.; LQR 49, 43ff., 379ff.; KUNKEL: ZSSt. 45, 266ff., bes. 347ff.; ARANGIO-RUIZ: Responsabilità contrattuale<sup>2</sup> bes. 250, 1933.

<sup>9</sup> RICCOBONO in zahlreichen Schriften: z. B. Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos. 16, 503ff.; Mélanges Cornil II 235ff.; Ann. Palermo 12, 500ff., 639ff.; Gnomon 5, 503ff. R. hat vielfach Beifall gefunden: vgl. u. a. KOSCHAKER: Dtsch. Literaturz. 1929, 488; CHIAZZESE: (o. Anm. 5) bes. 544ff.; zurückhaltender RABEL: ZSSt. 47, 482f. — Gegen R. vor allem ALBERTARIO: Studi Bonfante I 609ff.; ARANGIO-RUIZ: Studi Bonfante I 497; mit gewissen Vorbehalten, die den im Text folgenden Bemerkungen nahestehen, LEVY: ZSSt. 51, 546ff.; ferner DE FRANCISCI: Conferenze per il XIV centenario delle Pand. 1ff.; JOLOWICZ: LQR 48, 171ff., bes. 180ff.

<sup>10</sup> Z. T. sind sie beim heutigen Quellenstand wohl überhaupt nicht erfassbar. Die Tatsache, daß auch das ägyptische Urkundenmaterial nicht soviel für das Verständnis des spätrömischen Reichsrechts gebracht hat, wie man ursprünglich erwarten mochte, spiegelt sich in dem Vortrag von MITTEIS: Antike Rechtsgesch. u. röm. Rechtsstudium (Mitt. Verein d. Freunde d. Humanist. Gymn. Wien 1918, 56ff.; ital.: Ann. Palermo 12, 477ff.). Über das von WENGER aufgestellte Programm der Einfügung des römischen Rechts in den größeren Rahmen einer „antiken Rechtsgeschichte“ vgl. zuletzt WENGER: D. heutige Stand d. röm. Rechtswiss., dazu KÜBLER: ZSSt. 48, 659ff.; DE ZULUETA: Mélanges Fournier 787ff.; SAN NICOLÒ: Röm. u. antike Rechtsgesch. (Prager Rektoratsrede 1931) bes. 12ff.

<sup>11</sup> Die Frage, inwieweit spezifisch christliche Einflüsse im nachklassischen Recht und insbes. in der justinianischen Gesetzgebung bemerkbar sind, ist oft gestellt worden. Vgl. bes. RICCOBONO:

weisen, daß auch die westliche Jurisprudenz ihre Rolle in der Geschichte des nachklassischen Rechts beansprucht, und daß namentlich die westlichen Quellen der früh-nachklassischen Periode bereits sehr wesentliche Veränderungen gegenüber dem klassischen Recht aufweisen<sup>12</sup>.

## Zweiter Teil.

# Allgemeine Lehren des Privatrechts.

## Erstes Kapitel.

### Recht und Privatrecht.

#### I. Römisches Privatrecht im objektiven Sinne.

§ 32. Begriff des Rechts und Privatrechts im objektiven Sinne. 1. Sowohl das deutsche Wort *Recht* wie das lateinische *ius* werden in doppelter Bedeutung gebraucht. Die eine entspricht dem englischen *law* und kennzeichnet eine Gesamtheit rechtlicher Normen. In diesem Sinne spricht man z. B. vom deutschen und vom römischen Recht (*ius Romanum*), vom Handelsrecht oder vom öffentlichen Recht. Da der Begriff des Rechts in dieser Verwendung nicht auf eine bestimmte Person und ihre Verhältnisse bezogen, sondern sozusagen vom Standpunkt eines bloßen Betrachters aus gesehen ist, spricht man hier von Recht in objektivem Sinne. Die andere Bedeutung von *Recht* und *ius* entspricht dem englischen *right*. Sie bezeichnet eine rechtliche Befugnis, die bestimmten Personen von der Rechtsordnung (also dem Recht im objektiven Sinne) verliehen ist; dieser Begriff des Rechts im subjektiven Sinne steht z. B. in Frage, wenn man von einem Recht des Eigentümers zum Besitz der Sache oder von einem Verkaufsrecht (*ius distrahendi*) des Pfandgläubigers spricht. Im folgenden ist zunächst nur vom Recht im objektiven Sinne die Rede.

2. Die vom römischen Recht beeinflusste Rechtsbetrachtung der Gegenwart scheidet das gesamte Recht in zwei große Teilgebiete: das Privatrecht und das öffentliche Recht. Zum öffentlichen Recht gehören diejenigen Rechtsmaterien, in denen das Gemeinwesen dem einzelnen Glied mit dem Anspruch auf Unterordnung gegenübertritt. Öffentliches Recht sind darum die Normen des Staats- und Verwaltungsrechts, des Kirchenrechts und des Straf- und Prozeßrechts. Wo es sich dagegen in erster Linie um die privaten Verhältnisse des Einzelnen handelt, um sein Vermögen, seine ideellen Interessen, sein Verhältnis zu seinen Angehörigen, da gelten die Normen des Privatrechts. In ungefähr dem gleichen Sinne unterscheidet schon Ulpian (D. 1, 1, 1, 2) zwischen dem *ius publicum, quod ad statum rei Romanae spectat* und dem *ius privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat*. Als Gegenstände des *ius publicum* nennt er das Sakralrecht, die für die Priestertümer geltenden Vorschriften und das Recht der Magistrate, lauter Rechtsgebiete, die auch nach moderner

Riv. dir. civ. 3, 37ff.; BAVIERA: Mélanges Girard I 67ff.; CHIAZZESE: (o. Anm. 5) 399ff.; ROBERTI u. a.: Cristianesimo e dir. rom. (Pubbl. Univ. catt. del Sacro Cuore 2. Ser., 43, 1935). weitere Lit. in der (nicht sehr ergiebigen) Arbeit von MARCHI: Studi Senesi 38, 61ff., bes. 62, Anm. 1. Tiefergehende Einwirkungen dürften auf dem Gebiete des Privatrechts wohl nur im Familienrecht nachweisbar sein (vgl. hierzu bes. die wichtigen Unters. von LEVY: Gedächtnisschr. f. Seckel 168ff. und VOLTERRA: Riv. it. sc. giur. NS 2, 581ff.; 4, 3ff.; 5, 155ff. — S. auch u. §§ 158, 1; 159a 1; 160, 2; 161, 3; 163, 1; 164). Die oft beobachtete Neigung der justinianischen Gesetzgeber zur Betonung der *humanitas* und *pietas* darf jedenfalls nicht ausschließlich auf christliche Gedanken zurückgeführt werden (s. auch BRUNS-LENEL: Gesch. d. Quellen d. röm. R. 375). — Berechtigte Vorbehalte gegen eine zu einseitige Zurückführung der Erörterung von Humanitätspflichten auf das nachklassisch-justinianische Recht bei WOLFF: ZSSt. 53, 328, Anm. 1.

<sup>12</sup> Vgl. o. § 20, 3 u. 4 und bes. die Ausführungen von LEVY: ZSSt. 49, 230ff.

Auffassung dem öffentlichen Rechte angehören. Indessen ergibt sich aus anderen Quellenstellen<sup>1</sup>, daß die römische Jurisprudenz als *ius publicum* auch gewisse Rechtsnormen bezeichnete, die nach modernen Begriffen privatrechtlicher Natur sind, nämlich die sog. zwingenden Vorschriften des Privatrechts. Zwingend (*\*ius cogens*) ist eine Rechtsnorm, wenn ihre Geltung nicht durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden kann. Es handelt sich dabei regelmäßig um Normen, die zum Schutze von Gemeinschaftsinteressen die privatrechtliche Bewegungsfreiheit des einzelnen beschränken; die vom modernen Sprachgebrauch abweichende Terminologie der römischen Quellen hat darum ihre volle Berechtigung. Sie entspricht der heute wieder stark betonten Tatsache, daß die Gebiete des Privatrechts und des öffentlichen Rechts einander nicht isoliert gegenüberstehen, daß vielmehr auch das Privatrecht auf den Grundlagen der staatlichen Ordnung und damit öffentlichrechtlicher Prinzipien ruht<sup>2</sup>.

§ 33. Der Geltungsbereich des römischen Rechts<sup>1</sup>. 1. Wie überhaupt in der Antike und im früheren Mittelalter, herrschte in Rom das Prinzip der Personalität der Rechte. Römisches Recht und insbesondere auch römisches Privatrecht galt danach nicht etwa ohne weiteres für alle Bewohner des römischen Reichs, sondern grundsätzlich nur für die römischen Bürger (vgl. auch §36, 1). Diese aber lebten nach ihrem nationalen Recht, einerlei, ob sie in Rom selbst, in den italischen und provinziellen Bürgergemeinden oder zerstreut in der Provinz wohnten<sup>2</sup>. Umgekehrt stand der Nichtbürger (*peregrinus*) zu Hause wie auf römischem Boden grundsätzlich unter dem Rechte seiner Heimat. Die Peregrinengemeinden, die als „Bundesgenossen“ (*socii*) in den Verband des römischen Reichs eintraten, behielten dementsprechend ihr eigenes Privatrecht und blieben zu selbständiger Gesetzgebung und Rechtspflege befugt (*suis legibus uti, αυτονομία*). Aber auch diejenigen Gemeinden und Völker, die durch bedingungslose Unterwerfung (*deditio*) als Untertanen in den Herrschaftsbereich Roms gelangten (*dediticii*), durften grundsätzlich nach ihrem bisherigen Recht weiterleben<sup>3</sup>; nur beruhte in diesen Fällen die Geltung des lokalen Rechts nicht wie bei den Bundesgenossen auf Vertrag, sondern auf einseitiger, jederzeit widerruflicher und einschränkbarer Gestattung seitens der römischen Regierung<sup>4</sup>. Auch unterstanden die Untertanen der Aufsicht der römischen Statthalter, die durch ihre Edikte und ihre Rechtsprechung vielfach in die Rechtsverhältnisse ihres Verwaltungsgebiets eingriffen<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Pap. D. 2, 14, 38; D. 35, 2, 15, 1; D. 38, 1, 42; Ulp. D. 11, 7, 20 pr.; D. 27, 8, 1, 9; D. 50, 17, 45, 1.

<sup>2</sup> In manchen jungen Teilen unseres geltenden Rechts, z. B. im Arbeitsrecht, treten die öffentlichrechtlichen Gesichtspunkte neben dem Privatrecht so stark hervor, daß diese Materien eine Zwischenstellung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht einnehmen. Entsprechendes läßt sich in Rom etwa von der Sozialgesetzgebung des Augustus (Freilassung, Eherecht u. a.) behaupten. Die begriffliche Polarität beider Rechtsbereiche wird durch solche Erscheinungen natürlich nicht aufgehoben.

<sup>1</sup> MITTEIS: Röm. Privatr. I 62ff.; WENGER: Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos. 14, 1ff., 106ff.; SCHÖNBAUER: ZSSr. 49, 378ff.

<sup>2</sup> Belege für die Anwendung des römischen Rechts auf die in den Provinzen lebenden Bürger liefern namentlich die ägyptischen Papyrusurkunden. Übersicht mit reichen Quellen- und Literaturangaben bei TAUBENSCHLAG: Studi Bonfante I 367ff.

<sup>3</sup> So galt im Osten des Reichs griechisches Recht in der Gestalt, die es in hellenistischer Zeit angenommen hatte; wir kennen es hauptsächlich aus den ägyptischen Papyrusurkunden und aus Inschriften. Im Westen erfahren wir z. B. von einem metrisch in 6000 Worten abgefaßten Rechtsbuch der Turdetaner (Strabo 3, 1, 6, pag. 139).

<sup>4</sup> Die Rechtsverhältnisse der Provinzen wurden vielfach durch eine alsbald nach der Unterwerfung vom römischen Feldherrn und einer ihm beigegebenen Senatskommission geschaffenen sog. *lex provinciae* geregelt; so bildete in Sizilien die *lex Rupilia* (Cic. in Verr. 2, 2, 39), in Bithynien die *lex Pompeia* (Plin. ad Trai. 79f.; auch bei Gai. 1, 193 gemeint?) die Grundlage des vom Statthalter anzuwendenden Rechts.

<sup>5</sup> Bezüglich der Edikte vgl. z. B. Cic. ad Att. 6, 1, 15; für die Rechtsprechung Pap. Oxy. 237 VII 34f.

2. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich bereits, daß die Verbreitung des römischen Rechts mit der allmählichen Ausdehnung des römischen Bürgerrechts Hand in Hand ging. Ursprünglich auf Rom selbst und seine nächste Umgebung beschränkt, erstreckte sich der Geltungsbereich des römischen Rechts durch die Gründung von Bürgerkolonien (*coloniae civium Romanorum*) und durch die Einbeziehung zahlreicher italischer Gemeinden in das römische Bürgerrecht (*municipia*) im Laufe der hochrepublikanischen Zeit auf große Teile Italiens bis zum Po hin. Auch diejenigen Koloniegründungen, die statt des römischen Bürgerrechts die Stellung der lateinischen Bundesgenossen Roms erhielten (*coloniae Latinae, Latini coloniarii*), müssen zum Verbreitungsgebiet des römischen Rechts gerechnet werden. Denn abgesehen davon, daß ihre Bürger in weitem Umfange die Rechtsgemeinschaft (*commercium*, § 34, 1) mit Rom besaßen, unterschied sich das stammverwandte lateinische Recht wohl von vornherein nur wenig von dem römischen und ging im Laufe der Zeit mehr und mehr darin auf<sup>6</sup>. Nachdem schließlich am Ausgang der Republik (90/89 v. Chr.) alle Italiker in den römischen Bürgerverband aufgenommen worden waren, lebte fortan ganz Italien nach römischem Recht. In den Provinzen war das römische Recht schon seit den punischen Kriegen mit dem römischen Militär und den römischen Kaufleuten eingedrungen. Doch blieb es bei sporadischer Verbreitung, bis gegen Ende der Republik und in verstärktem Maße zu Beginn der Kaiserzeit die Gründung außeritalischer Bürgerkolonien<sup>7</sup> und die Verleihung von Latinität und Bürgerrecht an ganze Gemeinden und Provinzen einsetzte. Auch die Aufnahme einzelner Provinzialen in das Bürgerrecht griff nun mehr und mehr um sich<sup>8</sup>. So war bereits gegen Ende des zweiten Jahrhunderts ziemlich der ganze Westen des Reichs für das römische Recht in gleichem Maße gewonnen wie für römische Sprache und Gesittung. Nur im Osten blieb damals die Geltung des römischen Rechts im wesentlichen noch auf die freilich auch hier immer zahlreicher werdenden Einzelträger des Bürgerrechts beschränkt<sup>9</sup>. Theoretisch wurde dies anders durch die *constitutio Antoniniana*<sup>10</sup> des Kaisers Caracalla (212 n. Chr.), die das römische Bürgerrecht ganz all-

<sup>6</sup> Wir kennen die Rechtsordnung lateinischer Gemeinden vor allem aus den inschriftlich erhaltenen Teilen der Stadtrechte von Salpensa und Malaca in Spanien, die freilich schon dem ersten Jahrhundert n. Chr. angehören (80—84 n. Chr.): BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 142f. Literatur zum lateinischen Recht: MITTEIS: Röm. Privatr. I 3ff.; WEISS: Studien z. d. röm. Rechtsquellen 46f.

<sup>7</sup> Vgl. das uns erhaltene Bruchstück der *lex coloniae Genetivae Iuliae* (Urso in Südspanien): BRUNS: Fontes I<sup>7</sup>, 122ff.

<sup>8</sup> Eine besondere Rolle spielte die Verleihung des Bürgerrechts an Veteranen und ihre Abkömmlinge; vgl. die Urkunden in CIL III S. 843ff.

<sup>9</sup> Auch im Osten gab es einzelne römische Bürgerkolonien, so Berytos, seit etwa 200 n. Chr. Sitz der berühmten Schule des römischen Rechts (§ 21, 5).

<sup>10</sup> Wortlaut, leider sehr verstümmelt, in Pap. Giss. 40 (= MITTEIS: Chrest. 277). Die umfangreiche Lit. der letzten Jahre bei P. M. MEYER: ZSt. 46, 264ff.; 48, 595ff.; 50, 512f. Dazu SCHÖNBAUER: ZSt. 51, 286ff. (besonders wertvoll die Ausführungen über die geschichtlichen Zusammenhänge) und die grundlegende Neubehandlung von STROUX: Philologus 88, 272ff., STROUX hat seit dem Erstherausgeber (P. M. MEYER) zweifellos am meisten zum Verständnis des Textes beigetragen. In großenteils wohl abschließender Exegese klärt er den Sinn der das Gesetz einleitenden Motivierung auf, erweist die von BICKERMANN und LAQUEUR bestrittene Identität des Pap. Giss. 40 mit der *constitutio Antoniniana* und die Richtigkeit der schon vom Erstherausgeber vertretenen Ansicht, daß die *peregrini dediticii* schlechthin vom Bürgerrecht ausgeschlossen waren. Allerdings dürfte die Kategorie der *dediticii* zur Zeit der *const. Ant.* praktisch nur noch diejenigen Freigelassenen umfaßt haben, die nach der *lex Aelia Sentia dediticiorum numero erant* (vgl. § 41, Anm. 21); *dediticii* im eigentlichen Sinne, d. h. mit Waffengewalt unterworfenen Feinde des römischen Staats, denen jede bessere Rechtsstellung verweigert wurde, gab es im dritten Jahrhundert schwerlich noch. Z. 8f. ergänze ich abweichend von STROUX: [μ]ένορος [οδένος τῶν ἄλλων πολίτευμα]των χωρ[ις] τῶν [δε]δευμένων. Die *dediticii* sind keine „Gemeinde“, die „fremd“ bleiben konnte, sondern eine Klasse von Reichsbewohnern (*status, condicio*), die bestehen blieb, während alle anderen, außer der der *cives Romani*, aufgehoben wurden. Setzt man dementsprechend *πολιτευμα* gleich *status* (was möglich ist und naheliegt, wengleich es wohl nicht belegt werden kann) und ergänzt man wie oben vorgeschlagen, so ergibt sich ein schärferer und sprachlich klarerer Sinn als bei der Ergänzung von

gemein auf die gesamte Provinzialbevölkerung ausdehnte und damit das römische Recht zur alleinigen Rechtsordnung des Reichs erhob. In der Praxis freilich behauptete sich das hellenistische Recht des Ostens mit großer Hartnäckigkeit<sup>11</sup>. Seitdem Konstantin den Schwerpunkt des Reichs nach dem Osten verlegt hatte, gewann es sogar Einfluß auf die Kaisergesetzgebung. Eine letzte Veränderung erlitt der Geltungsbereich des römischen Rechts durch den Einbruch fremder Völkerschaften in das Reich, vor allem durch die germanischen Staatengründungen im Westen. Wiederum gewann das Personalitätsprinzip Bedeutung: die Einwanderer lebten nach ihren Stammesrechten, die zum Teil auch auf römischem Boden aufgezeichnet wurden<sup>12</sup>, die römische Bevölkerung nach römischem Recht<sup>13</sup>. In diesem Rahmen rettete sich das römische Recht ins Mittelalter hinüber, um späterhin aufs neue vorzustoßen und fast den gesamten abendländischen Kulturkreis zu erobern (vgl. § 30, 2).

**§ 34. Das ius gentium.** 1. Der Nicht Römer war in Rom ursprünglich recht- und schutzlos, wenn ihm nicht das Gastrecht (*hospitium*) zur Seite stand<sup>1</sup>. Gastrechtliche Beziehungen konnten zwischen dem einzelnen Fremden und dem einzelnen Bürger oder von Gemeinde zu Gemeinde bestehen. Die Entwicklung des internationalen Rechtsverkehrs in Rom knüpft vornehmlich an die zweite Form des Gastrechts an: durch Handels- und Freundschaftsverträge wurde den Bürgern einer fremden Gemeinde die Fähigkeit, in Rom gültige Rechtsgeschäfte vorzunehmen, und der Rechtsschutz vor römischen Gerichten verliehen. Mitunter stellte man dabei den Fremden dem römischen Bürger im vermögensrechtlichen Verkehr völlig gleich (*ius commercii, commercium*), gestattete ihm wohl sogar die Ehegemeinschaft mit Römern (*ius conubii, conubium*). In anderen Fällen unterblieb diese Gleichstellung und unter-

STROUX. — Vgl. neuestens noch WILHELM: American Journal of archaeology 38, 178ff. und SCHÖNBAUER: ZSSSt. 54, 337ff. WILHELM bringt beachtenswerte Verbesserungsvorschläge zu den Ergänzungen von STROUX; seine von SCHÖNBAUER gebilligte Ergänzung des μένοντος-Satzes [μείνοντος [οὐδενός ἐπίδος τῶν πολιτευμάτων] ἄτων χωρ[ί]ς τῶν [δ]εικτικῶν scheidet m. E. an dem Plural πολιτευμάτων.

<sup>11</sup> Dies ist das wichtigste Ergebnis der bekannten Schrift von MITTEIS: Reichsr. u. Volksr. i. d. östl. Provinzen d. röm. Kaiserreichs (1891). Neue Überprüfung und Bestätigung dieses Ergebnisses bei TAUBENSCHLAG: Mélanges Cornil II 497ff.; vgl. auch Atti del Congr. intern. di dir. rom. I 283ff. S. ferner FELGENTRAEGER: Antikes Lösungsgr. (Romanist. Beitr. 6, 1933) mit wichtigen methodologischen Bemerkungen über die Verwertung der Kaiserkonstitutionen für die Erforschung provinzieller Rechtsgewohnheiten (3ff.). Die Polemik SCHÖNBAUERS: ZSSSt. 51, 277 gegen Mitteis richtet sich zunächst nur gegen dessen Auffassung von der Bedeutung der *const. Ant.* (nicht ohne Berechtigung). — Über das römische Recht in Ägypten nach der *const. Ant.* vgl. TAUBENSCHLAG: Studi Bonfante I 402ff. Ein Zeugnis für die Vermischung des römischen Rechts mit griechischen und orientalischen (syrischen) Rechtsgedanken glaubte man bisher in dem sog. Syrisch-römischen Rechtsbuch zu besitzen, das in verschiedenen orientalischen Redaktionen auf uns gekommen ist (Ausgabe mit deutschen Übersetzungen: BRUNS u. SACHAU: Syr.-röm. Rechtsbuch, 1880; dazu SACHAU: Syr. Rechtsbücher I, 1907. Ältere Lit.: MITTEIS: Reichsr. u. Volksr. 30ff.; Abh. Akad. Berlin 1905, 2; FERRINI: Opere I 397ff.). Neuere Forschungen von NALLINO: (Studi Bonfante I 201ff.) haben jedoch dargetan, daß das Werk nur römisches Recht und dieses nicht für die Praxis, sondern für den Unterricht darstellen wollte, daß es zu dem Volksrecht Syriens keine näheren Beziehungen hat, und daß der griechische Originaltext nicht notwendig in Syrien entstanden sein muß. Die älteste (griechische) Fassung datiert NALLINO nicht, wie SACHAU und MITTEIS, ins vierte, sondern ins ausgehende fünfte Jahrhundert (476—80), die aramäische Übersetzung in die Mitte des achten Jahrhunderts.

<sup>12</sup> In den sog. *leges barbarorum*, die übrigens ihrerseits nicht unberührt vom römischen Recht blieben; über sie vgl. BRUNNER: Dtsche Rechtsgesch. I<sup>2</sup>, 417ff.

<sup>13</sup> Nur Theoderich der Große stellte Römer und Goten unter das gleiche Gesetz; vgl. § 24, 3.

<sup>1</sup> Folgende sprachliche Tatsachen beleuchten die Stellung des Fremden im primitiven Gemeinwesen: lat. *hostis*, urverwandt und gleichbedeutend mit dtsh. *Gast*, bezeichnet von Haus aus schlechthin den Fremden. Mit *hostis* ist wiederum *hospes* verwandt. Auch im Griech. heißt ξ. *voς* zugleich der Fremde und der Gastfreund (und außerdem noch der Söldner!). Hingegen bezeichnet lat. *peregrinus* den, der über Land (*per agros*) kommt; eine deutsche Parallele zu dieser Wortbildung ist *überseeisch*. Von fern her bedeutet auch das deutsche *fremd* (verwandt mit engl. *from*). — Über das römische Gastrecht vgl. MOMMSEN: Röm. Forschungen I 326ff.; Röm. Staatsr. III 600ff.; TÄUBLER: Imperium Romanum I 402ff.

lag der Rechtsverkehr mit dem Ausländer besonderer vertraglicher Regelung oder aber der Behandlung nach gewohnheitsrechtlichen Normen, die sich allmählich aus der Praxis des internationalen Handels und des Fremdenschutzes entwickelten.

2. Dieses Fremdenrecht, das seit der Mitte des dritten Jahrhunderts v. Chr.<sup>2</sup> von einem besonderen Gerichtsmagistrat, dem *praetor peregrinus*, gehandhabt wurde, war in seinem Kern aus dem römischen Rechtsdenken heraus geschaffen, nicht anders als das unter Bürgern geltende Recht; nur entbehrte es in weitem Umfange der Förmlichkeit, die unter Bürgern üblich war. Das formlose Darlehen herrschte hier statt des formalen Darlehens *per aes et libram*, der einfache Austausch von Ware und Preis statt des Manzipationskaufs, das Faustpfand (*pignus*) statt der formgebundenen Sicherungsübereignung. Stipulation und Bürgschaft wurden dem Verkehr mit Nichtrömern dadurch zugänglich gemacht, daß die Bürgern vorbehaltenen Formulare durch andere ersetzt wurden, die auch der Fremde wirksam gebrauchen konnte<sup>3</sup>. Indem der Ausbau des Fremdenrechts mit Notwendigkeit zu solch radikaler Befreiung vom altrömischen Formalismus führte, wurde er zu einem wesentlichen Faktor für die Fortentwicklung des gesamten römischen Privatrechts. Zugleich bildete der Rechtsverkehr mit Fremden das Eingangstor für ausländische Geschäftssitten und Rechtsinstitute<sup>4</sup>. Vor allem ist die Schriftlichkeit der Verträge von hier aus in das römische Rechtsleben eingedrungen, dem sie von Hause aus fremd war; desgleichen die Sitte, beim Vertragsabschluß ein Angeld (*arra*) zu zahlen; auch der römische Litteralkontrakt stammt vermutlich wenigstens in seinen tatsächlichen Voraussetzungen aus dem hellenistischen Bank- und Rechnungswesen, das die Römer im Verkehr mit dem Auslande kennenlernten<sup>5</sup>. Es ist jedoch bezeichnend für die Lebenskraft des älteren römischen Rechts, daß alle ausländischen Bräuche und Rechtsbildungen die Grundprinzipien des römischen Rechts kaum berühren konnten; sie wurden zwar vielfach in der Praxis des Geschäftslebens rezipiert, gewannen aber nur ausnahmsweise einen Einfluß auf die rechtliche Beurteilung der Tatbestände und spielen darum im Gesamtbild des römischen Rechts eine verhältnismäßig untergeordnete Rolle.

3. Wo der Römer seinerseits in der Fremde Handel trieb, mußte er sich natürlich weitgehend dem lokalen Rechtsleben anpassen. Wir erfahren durch Polybios (3, 22) von einem alten Handelsvertrag zwischen Rom und Karthago<sup>6</sup>, der den römischen Kaufleuten in Sardinien und Afrika vorschrieb, ihre Verträge unter Mitwirkung eines Herolds oder eines (wohl beamteten) Schreibers abzuschließen, zu einer Zeit, in der vielleicht die Schriftlichkeit in Rom selbst noch durchaus nicht eingebürgert war. Auch späterhin, als bereits der gesamte Bereich des Mittelmeerhandels unter römischer Herrschaft stand, wurde dies nicht schlechthin anders, obwohl nunmehr die Gerichtsbarkeit der römischen Statthalter die Rechtsverhältnisse zwischen Römern und Provinzialen in erster Linie vom Standpunkt des römischen Rechts aus behandelte. So sehen wir römische Geldgeber ihre Forderungen aus hellenistischen Schuldurkunden eintreiben<sup>7</sup> und römische Bürger in Ägypten nach den Grundsätzen des lokalen Liegenschafts- und Vollstreckungsrechts verfahren<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Nach MOMMSEN: Röm. Staatsr. II<sup>3</sup> 195, Anm. 1, 196 seit dem Jahre 242 v. Chr.; nach NAP: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 13, 170ff. seit dem Jahre 248; Lyd. de mag. 1, 38 (von NAP nicht berücksichtigt) gibt das Jahr 247.

<sup>3</sup> Vgl. zum Vorstehenden: § 135 (Darlehen); § 140 (Kauf); §§ 91ff. (Sicherungsübereignung u. Pfand); § 56 (Stipulation); § 132 (Bürgschaft).

<sup>4</sup> Einen Überblick über die bisher behaupteten fremdrechtlichen Einflüsse auf das römische Recht gibt TAUBENSCHLAG: Atti del Congr. intern. di dir. rom. I 283ff.

<sup>5</sup> Über die Schriftform s. § 57; über die Arrha § 117, 4; zum Litteralkontrakt § 117, 2 b.

<sup>6</sup> Nach Polybios stammt er aus dem ersten Jahr der Republik (509 v. Chr.). In der modernen Forschung ist die Datierung sehr umstritten; zumeist setzt man ihn ins Jahr 348 v. Chr. Vgl. zuletzt TAUBLER: Imperium Romanum I 254ff. (mit Angabe der älteren Lit.).

<sup>7</sup> Belege bei KUNKEL: RE 4 A, 1384.

<sup>8</sup> Vgl. TAUBENSCHLAG: Studi Bonfante I 377ff.

4. Das formfreie Recht des wirtschaftlichen Verkehrs, das sowohl unter römischen Bürgern wie dem Ausländer gegenüber Anwendung fand, bezeichneten die Römer als *ius gentium*; sie stellten ihm das ausschließlich unter Bürgern geltende Recht als *ius proprium civium Romanorum* oder *ius civile* gegenüber<sup>9</sup>. Dieser Sprachgebrauch ist für den modernen Betrachter mißverständlich. Das *ius gentium* war nicht, wie man zunächst denken möchte, ein übernationales Weltrecht, sondern nationalrömisches Recht, und nicht einmal römisches Recht, das nur für den Verkehr mit Nichtrömern bestimmt war, sondern römisches Recht, das in erster Linie unter Bürgern galt und nur daneben auch dem Ausländer ohne *commercium* zugänglich war. Daß man diese Rechtsnormen schlechthin als das „Recht der Völker“ bezeichnete, ist nur begreiflich, wenn man sich klarmacht, daß die Römer mindestens der älteren Zeit sich in die Eigenart eines fremden Rechts überhaupt nicht hineinversetzen konnten. Wie sie die Götter der Germanen mit ihren eigenen Göttern gleichsetzten, ohne den Abstand der religiösen Grundhaltung zu empfinden (sog. *interpretatio Romana*), so betrachteten sie auch das Recht anderer Völker durchaus unter römischen Gesichtspunkten. So konnten sie z. B. den römischen Konsensalkauf, der zur Gültigkeit keiner Form bedurfte, im Kaufgeschäft eines jeden fremden Rechts wiederfinden und trotz seiner charakteristischen Eigenart als „*ius gentium*“ ansehen<sup>10</sup>. — In einem anderen Sinne verwendete dann die griechisch beeinflusste Spekulation der ciceronianischen Zeit den Begriff des *ius gentium*; sie löste ihn ganz vom positiven Recht und bezeichnete damit das Naturrecht, die von der Natur allen Menschen und Völkern diktierte rechtliche und sittliche Grundordnung<sup>11</sup>. Erst in dieser Verwendung bedeutet *ius gentium* wirklich ein übernationales Welt- und Menschheitsrecht, ein Recht freilich, das, anders als das positive römische *ius gentium*, sein Dasein nur in der Sphäre philosophischer Abstraktion führte.

## II. Das subjektive Recht.

§ 35. 1. Recht im subjektiven Sinne oder subjektives Recht nennt man, wie wir sahen (§ 32, 1), eine von der Rechtsordnung dem einzelnen Rechtsgenossen verliehene Befugnis. Eine solche Befugnis kann verschiedenartiger Natur sein. Insbesondere unterscheidet man zwei Hauptgruppen von subjektiven Rechten: Herrschaftsrechte und Forderungsrechte. Das Herrschaftsrecht verleiht seinem Träger eine Gewalt, und zwar grundsätzlich eine ausschließliche Gewalt. Der Herrschaftsberechtigte kann befehlen, er kann innerhalb der ihm von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen nach Gutdünken mit dem Gegenstand seines Rechts verfahren. Fremde Einwirkungen kann er verbieten: sein Recht wirkt also grundsätzlich gegen jedermann; es ist ein „absolutes Recht“. Das Forderungsrecht dagegen ist ein „relatives Recht“; es wirkt stets nur gegen eine bestimmte Person (den Schuldner), und diese Person ist dem Forderungsberechtigten (dem Gläubiger) nicht unter-

<sup>9</sup> Der Begriff des *ius civile* hat hier einen anderen Sinn als in der Gegenüberstellung mit dem *ius honorarium* (§ 8). Beide Verwendungen liegen auf ganz verschiedener Ebene. Dort handelt es sich um die Entstehungsquelle, hier um den Geltungsbereich römischer Rechtsnormen. Da jedoch das *ius gentium* sich in weitem Umfang im Rahmen der magistratischen Jurisdiktion durchgesetzt hat, das *ius proprium civium Romanorum* dagegen in der Hauptsache auf alter Gewohnheit oder Gesetz beruht, decken sich die beiden Begriffspaare *ius gentium* — *ius civile* und *ius honorarium* — *ius civile* stofflich bis zu einem gewissen Grade.

<sup>10</sup> SCHÖNBAUER: ZSSt. 49, 383ff. erklärt das *ius gentium* als das „neue freiere ungesetzte Volksrecht, das in der Gemeinschaft des *populus Romanus* entstand, als sie den Mittelpunkt der ‚Welt‘ zu bilden begann (S. 394).“ Diese Deutung trifft materiell durchaus zu, bietet aber keine haltbare Erklärung der römischen Terminologie.

<sup>11</sup> Cic. de off. 3, 69; Gai. 1, 1; D. 41, 1, 1. — Die bei Ulp. D. 1, 1, 2ff. erscheinende Dreiteilung in *ius civile*, *ius gentium* (die allgemeine menschliche Rechtsordnung) und *ius naturale* (die allen Lebewesen, Tieren wie Menschen, gemeinsamen Instinkte) hat PEROZZI: Ist. I<sup>2</sup>, 91 (bes. Anm. 2) mit guten Gründen als nachklassisch angesprochen.



worfen, sondern gleichgeordnet: Der Gläubiger kann dem Schuldner nicht nach Belieben befehlen, er darf von ihm lediglich eine bestimmte Leistung verlangen. Mit der Erbringung dieser Leistung ist der Inhalt des Forderungsrechts erschöpft und die rechtliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner aufgehoben. — Der Gegensatz zwischen Herrschaftsrechten und Forderungsrechten durchzieht unser ganzes Privatrechtssystem, er beherrscht auch den systematischen Aufbau der Privatrechtsordnung: Familienrecht und Sachenrecht sind Gebiete, in denen Herrschaftsrechte über Personen und Sachen im Vordergrund stehen; so sind das Eigentum und die Rechte an fremden Sachen Herrschaftsrechte an Sachen (dingliche Rechte), die elterliche Gewalt und das Recht des Vormunds an der Person des Mündels Herrschaftsrechte an Personen. Das Gebiet der Forderungsrechte aber ist das Schuldrecht.

2. Die scharfe Scheidung zwischen Herrschafts- und Forderungsrechten ist eine der wichtigsten Errungenschaften des römischen Rechts. Sie ergab sich aus der doppelten Tatsache, daß in Rom von jeher die für das Herrschaftsrecht charakteristischen Gewaltverhältnisse besonders sinnfällig ausgebildet waren<sup>1</sup>, und daß das römische Recht eine reichere und konsequentere Gestaltung der schuldrechtlichen Beziehungen hervorbrachte als andere Rechtsordnungen. Aber auch in Rom ist dieser Zustand nicht ursprünglich. Auch hier hat sich vielmehr das Forderungsrecht erst im Laufe der Entwicklung als etwas Besonderes neben das Herrschaftsrecht gestellt. Am Anfang dieser Entwicklung steht allein das Prinzip der Herrschaftsmacht. Auch die schuldrechtliche Beziehung erschien als ein Gewaltverhältnis: der Schuldner war dem Gläubiger gegenüber gebunden (*obligare*); er war der Gewalt des Gläubigers verfallen, wenn er sich nicht durch Erbringung einer Leistung auslöste (*solvere*). Mit anderen Worten: das schuldrechtliche Verhältnis wurde nicht von der Seite des Leistensollens, der Verpflichtung, sondern, wie in allen primitiven Rechten, von der Seite der Haftung aus gesehen<sup>2</sup>. Erst allmählich trat statt der Haftung der Gedanke der Schuld, des Verpflichtetseins, in den Vordergrund<sup>3</sup>; die Haftung wurde zur bloßen Sanktion des Schuldrechtsverhältnisses, zum Mittel der

<sup>1</sup> Vgl. WENGER: Hausgewalt u. Staatsgewalt (Miscellanea Ehrle, 1925).

<sup>2</sup> Den begrifflichen Gegensatz von Schuld und Haftung entwickelte zuerst BRINZ: Pand. II<sup>2</sup> 1ff. Er ist dann zur Grundlage für zahlreiche Untersuchungen über das germanische Schuldrecht geworden; vgl. statt aller GIERKE: Schuld u. Haftung (1910). Für das griechische Recht wurde er von PARTSCH: Griech. Bürgschafts. I (1909), für die orientalischen Rechte von KOSCHAKER: Babylon.-assyrr. Bürgschafts., ein Beitr. z. Lehre v. Schuld u. Haftung (1911) verwertet. Zum römischen Recht vgl. außer BRINZ: KRETSCHMAR: Erfüllung I 21ff; CORNIL: Mél. Girard I 199ff.; RABEL: Grundz. d. röm. Privatr. 453f.; STEINER: Datio in solutum (1914); KOSCHAKER: ZSt. 37, 348ff.; BESELER: Beitr. IV 92ff.; ZSt. 45, 396ff.; 49, 404ff.; 53, 398ff.; Opora (1930) 17ff.; SIBER: Röm. Privatr. 164ff. Die reiche italienische Lit. über den Obligationsbegriff (für die jedoch das Problem Schuld und Haftung zumeist stark hinter anderen Fragen zurücktritt) findet man bei SEGRÈ: Studi Bonfante II 502ff.; hinzugekommen ist neuerdings das gelehrte Werk von LUZZATO: Per una ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni rom. (Fondazione Castelli 8, 1934. L. sieht die Wurzel der römischen Obligation ausschließlich in der deliktischen Haftung). Über HÄGERSTRÖM: D. röm. Obligationsbegriff i. Lichte d. allg. röm. Rechtsanschauung vgl. KUNKEL: ZSt. 49, 479ff.; BRINZ: Krit. Vjschr. 24, 269ff. — Namentlich in der germanistischen Lit. werden Schuld und Haftung als nebeneinander existierende, verschiedenartige Wurzeln des Obligationsbegriffes aufgefaßt (so auch JÖRS in der Voraufg.), in Wahrheit handelt es sich aber in der Hauptsache um ein geschichtliches Nacheinander. Dogmatisch gesehen bilden Schuld und Haftung eine organische Einheit: die nicht erfüllte Schuld entwickelt sich zur Haftung. Bei der Betrachtung dieser Einheit sieht eine primitivere Zeit, die das Recht in Machtverhältnissen denkt, vorwiegend das Moment der Haftung; eine Zeit dagegen, die in der Rechtsordnung ein System von Rechten und Pflichten erblickt, wird den Nachdruck auf das Forderndürfen und das Leistensollen, d. h. auf die Schuld, legen.

<sup>3</sup> Daß der Begriff der Schuld in Rom immerhin verhältnismäßig früh hervorgetreten ist, lehrt jetzt die auf *dare oportere* gestellte Spruchformel der *legis actio per iudicis postulationem*, die im Gaiusfragment PSI XI, 1182, 185ff. überliefert ist und von Gaius (ebd. 181ff.) ausdrücklich auf die Zwölf Tafelgesetzgebung zurückgeführt wird; vgl. LEVY: ZSt. 54, 300f.

Gläubigerbefriedigung bei Ausbleiben der Erfüllung. Zugleich trat die Haftung mit Leib und Leben, die für das ältere Stadium der Entwicklung wesentlich war, mehr und mehr hinter der Vollstreckung in das Vermögen zurück. In spätrepublikanisch-klassischer Zeit war dieser Umbildungsprozeß bereits vollendet; nur in Einzelheiten, vor allem in der Terminologie, wirkte die ursprüngliche Auffassung noch nach (§ 100, 2).

## Zweites Kapitel.

### Personen.

#### I. Natürliche Personen.

§ 36. Grundsätzliches. 1. Person oder Rechtssubjekt, d. h. Träger von Rechten und Rechtspflichten, ist in erster Linie der Mensch, und zwar der freie Mensch. Daß alle Menschen frei und darum Rechtssubjekte seien, ist ein Postulat des Naturrechts, das erst in der Neuzeit volle rechtliche Anerkennung gefunden hat. Das römische Recht des Altertums unterschied Freie (*homines liberi*) und Sklaven (*servi*).

2. Auch der freie Mensch war nach der Grundauffassung des Altertums nicht allein kraft seiner Freiheit Träger von Rechten und Pflichten, sondern nur als Glied einer Gemeinschaft. Dies tritt namentlich in der Gestaltung des älteren römischen Rechts scharf hervor: Nur das voll berechnete Mitglied der römischen Bürgergemeinde hatte am Recht der römischen Bürger (*ius Quiritium, ius civile*) teil. Erst allmählich entwickelte sich daneben eine Rechtsgemeinschaft mit den freien Angehörigen anderer Staatswesen (§§ 33f.). Auch innerhalb der römischen Bürgergemeinde war die privatrechtliche Stellung des einzelnen, je früher, desto stärker, von der Zugehörigkeit zu engeren Verbänden abhängig, deren Kreise durch Abstammung und Ehe bestimmt waren. Der engste dieser Verbände war die Familie, ein „herrschaftlicher Verband“, der dem absoluten Regiment des Hausvaters (*pater familias*) unterstand; sie blieb im ganzen Verlauf der römischen Rechtsgeschichte von wesentlicher Bedeutung für die privatrechtliche Stellung des Einzelnen. Früh verblaßt ist dagegen die Rolle, die in der Urzeit einmal das Geschlecht (*gens*) gespielt haben muß, und auch die privatrechtlichen Unterschiede der Stände (Patrizier und Plebejer) reichen kaum in die historische Zeit hinein.

§ 37. Familie. 1. Das Wort *familia* hat eine eigenartige Begriffsentwicklung durchgemacht<sup>1</sup>. Unmittelbar verwandt mit *famulus*, bedeutete es zunächst wohl das Gesinde, das der Herrschaft des Hausvaters unterstand und sowohl die freien Hausgenossen (*liberi*, die „Freien“ = die Kinder) wie die Knechte (*servi*) umschloß<sup>2</sup>. Dann differenzierte sich die Verwendung von *familia* in derselben Weise, wie sich auch das Gewaltrecht des *pater familias* in die Hausgewalt über die freien Angehörigen und das Eigentum an den Sklaven spaltete. Einerseits bedeutete *familia* nunmehr die Sklavenschaft und dann weiter, zusammen mit der Bezeichnung für

<sup>1</sup> Die folgenden Bemerkungen über den Begriff der *familia* weichen von der Ansicht MOMMSENS: (Röm. Staatsr. III 10, Anm. 2) insofern ab, als sie davon ausgehen, daß auch die freien Hausgenossen von Anfang an von dem Begriff der *familia* erfaßt wurden: dies entspricht sowohl der späteren Wortbedeutung, wie der ursprünglichen Einheit der Hausgewalt. Die Bezeichnung der gewaltunterworfenen Kinder und der *uxor in manu* als *sui* ist sicherlich verhältnismäßig jung: sie gehört dem Recht der Erbfolge an und steht im Gegensatz zum Begriff der Außenerben (*extranei*). — Den Hinweis auf die Herkunft des Wortes *liberi*, der die hier entwickelte Auffassung stützt und erläutert, verdanke ich Herm. FRÄNKEL. — Im wesentlichen wie Mommsen: WLASSAK: Studien z. altröm. Erb- und Vermächtnisr. I (Sb. Akad. Wien 215, 2) 31. Vgl. ferner A. SEGRÈ: Ricerche di dir. ered. rom. 73f., 1930.

<sup>2</sup> Hiermit wird der Annahme von MITTEIS: (Röm. Privatr. I 73ff., bes. 79ff.), daß die Beziehung von *familia* auf das Vermögen älter sei, als die auf den Personenkreis der Hausgenossen, entschieden widersprochen als in der Vorauf.

den Viehbesitz, *pecunia*<sup>3</sup>, oder auch allein<sup>4</sup>, das Vermögen schlechthin. Andererseits hieß auch die Gemeinschaft der dem *pater familias* unterworfenen Freien *familia*. Nur mit dieser letzten Bedeutung haben wir es im folgenden zu tun.

2. Zur *familia* gehörten diejenigen Personen, die der Hausgewalt des *pater familias* unterstanden (Ulp. D. 50, 16, 195, 2):

a) die Ehefrau, sofern sie nicht in gewaltfreier Ehe lebte, wie dies schon in spätrepublikanischer Zeit die Regel war (vgl. § 176, 1). Die gewaltunterworfenene Ehefrau, und zwar ursprünglich nur sie, hieß *mater familias*.

b) die Kinder und Kindeskinde des *pater familias*, vorausgesetzt, daß sie in vollgiltiger Ehe (*iustum matrimonium*) erzeugt waren; ferner deren Frauen, soweit sie nicht in gewaltfreier Ehe lebten.

c) an Kindesstatt angenommene Personen (§ 186, 3), später auch legitimierte uneheliche Kinder (§ 178).

d) Freie, die sich dem *pater familias* gegenüber *in causa mancipii* befanden, d. h. Kinder aus fremdem Hause, die von ihrem Gewalthaber an ihn veräußert waren (§ 184, 4).

3. Die Hausgewalt des *pater familias*<sup>5</sup> hieß ursprünglich wohl in allen ihren Anwendungsfällen *manus*. In der Zeit, aus der unsere Überlieferung stammt, verstand man jedoch unter *manus* nur noch die Gewalt über die Ehefrau. Hinsichtlich der Kinder und Enkelkinder sprach man von *patria potestas*. Wir beobachten hier wiederum den gleichen Differenzierungsprozeß, der auch die Herrschaft über Sklaven und Freie im Bewußtsein der Rechtsgenossen zu verschiedenen Tatbeständen werden ließ. Aber trotz der Differenzierung in der Terminologie und auch in der Einzelausgestaltung trat noch im Rechte der historischen Zeit die Einheit der Hausgewalt klar hervor. Folgendes sind ihre Grundelemente:

<sup>3</sup> So in der Formel des *testamentum per aes et libram* (Gai. 2, 104). Vgl. ferner Rhet. ad Her. 1, 23; Cic. de inv. 2, 148 (beide Stellen geben indessen vermutlich den Wortlaut der Zwölf Tafeln nicht richtig wieder); Cic. de leg. 3, 7; Fest. p. 318 s. v. *sacraetae*; Tac. hist. 4, 2; Gell. 1, 9, 12 u. 2, 24, 11. S. auch die *lex Osca tab. Bantinae* 22: *famelo in(im) ei(tuo) = familia et pecunia* (BRUNS: Fontes I<sup>7</sup>, 52).

<sup>4</sup> Der unterschiedslose Gebrauch von *familia* und *pecunia* für das Gesamtvermögen steht fest für die Kaiserzeit: vgl. Ulp. D. 50, 16, 195; D. 36, 1, 15, 8 (*familia*); Gai. 3, 124; Cels. D. 50, 16, 97; Ulp. D. 50, 16, 178; Herm. D. 50, 16, 222 u. a. (*pecunia*). Er darf wohl ohne Bedenken auch schon für die jüngere Republik vermutet werden. Einen Beleg dafür bietet vielleicht die *lex Osca tab. Bantinae* (vor 118 v. Chr.), die zweifelslos vom römischen Gesetzesstil maßgebend beeinflusst, wenn nicht gar aus dem Lateinischen überetzt ist. Hier wird die in lateinischen Gesetzen dieser Zeit übliche Formel *si quis magistratus multam inrogare volet, dum minoris partis familias taxat, liceto* (vgl. BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 9, 12; Nr. 3 a. E.) unter Verwendung von *eituo* wiedergegeben (Z. 13, 18, 27), während andererseits *eituo* in der Übersetzung des lateinischen *familia pecuniaque* nicht für *familia*, sondern für *pecunia* eingesetzt ist (Z. 22; vgl. o. Anm. 3). Ob etwa die Zwölf Tafeln (und überhaupt die altrepublikanische Gesetzgebung, vgl. die *lex Valeria Horatia*, 449 v. Chr., bei Liv. 3, 55) einen Unterschied zwischen *familia* und *pecunia* gemacht haben und welchen, muß dahinstehen. Die vielfach vertretene Meinung (IHERING, KARLOWA, BONFANTE, MITTEIS, SIBER u. a.; Nachweise s. b. WLASSAK: Stud. z. altröm. Erb- u. Vermächtnisr. I 7, Anm. 14, vgl. ferner dort 35ff.), *familia* habe die *res mancipi*, *pecunia* die *res nec mancipi* bezeichnet, ist eine Hypothese, die den in Frage stehenden Zwölf Tafelsätzen (tab. V 3, 4, 5, 7) einen sehr verwickelten Inhalt gibt und nirgends einen sicheren Anhaltspunkt in den Quellen hat — ganz abgesehen von der unsicheren Überlieferung des Gesetzeswortlauts (s. u. Anm. 7). Auch der neuerdings von WLASSAK unternommene Versuch, *familia* als gebundenes, der Gesamtheit der freien Hausgenossen gehörendes Familiengut, *pecunia* als Alleineigentum des *pater familias* zu erweisen (ähnlich schon SIBER: Röm. R. II 328f.; s. auch ZSSt. 54, 410ff.), kann m. E. nicht anders beurteilt werden; vgl. dazu u. Anm. 7. JÖRS: i. d. Vorauf. 43, Anm. 3, 225 nimmt an, daß die Zwölf Tafeln *familia* im Sinne des Gesamtvermögens und *pecunia* als Bezeichnung der einzelnen Vermögensgegenstände gebraucht hätten. Vgl. ferner noch SOLAZZI: Dir. ered. rom. I 34ff., mit dem der Bearbeiter in der Ablehnung der Gleichsetzung von *familia* und *res mancipi* (41 u. a.) einig ist, dessen Rekonstruktionsversuche an den Zwölf Tafelsätzen jedoch ohne tragfähige Grundlage bleiben; schließlich BESELER: ZSSt. 54, 322f., dessen Urteil mit dem o. Ausgeführten weitgehend übereinstimmt.

<sup>5</sup> Vgl. WENGER: Miscellanea Fr. Ehrle (Studi e testi 38, 1924) 1ff. Weitere Lit. bei § 184 u. 194.

a) Die prinzipielle unumschränkte Herrschaft des *pater familias* über die Gewaltunterworfenen. Sie reichte bis zur freien Entscheidung über Leben und Tod (*ius vitae necisque*). Der *pater familias* konnte nach Ermessen strafen, veräußern, töten. Die Gewaltunterworfenen hatten gegen ihn keinerlei Rechtsanspruch (vgl. § 184).

b) Die unbeschränkte Herrschaft des *pater familias* über das gesamte Hausvermögen, im klassischen Recht geradezu im Sinne eines Alleineigentums verstanden, ursprünglich jedoch, wie einzelne Zeugnisse noch aus klassischer Zeit beweisen<sup>6</sup>, nur ein ausschließliches Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gewalthabers über das gemeinsame Eigentum der freien Hausgenossen<sup>7</sup>. Beispruchsrechte der Kinder, wie sie das griechische und das germanische Recht kannte, hat es in Rom, soweit wir in die Vergangenheit zurückblicken können, niemals gegeben. Die Mitberechtigung der Hausgenossen realisierte sich vielmehr erst beim Tode des *pater familias*. Erst in diesem Augenblick erlangten die gewaltfrei werdenden Hauskinder ihrerseits die freie Verfügungsmacht über ihren Anteil. Blieb dann das Familiengut ungeteilt, so entstand eine eigentümliche Vervielfältigung der vermögensrechtlichen Hausgewalt, indem nun jeder der Mitberechtigten für sich allein die volle Verfügungsmacht über das Gemeinschaftsgut erlangte (Gai. in PSI XI 1182, 9ff.; vgl. u. § 151, 1), ein Rechtszustand, dem auf staatsrechtlichem Gebiete die Konkurrenz der Amtskollegen in der Ausübung der magistratischen Gewalt genau entspricht<sup>8</sup>. — Solange der Hausgenosse der Gewalt eines *pater familias* unterstand, konnte er zwar Rechtsgeschäfte vornehmen (er war also, wenn erwachsen und geistig gesund, voll geschäftsfähig; vgl. § 51); aber alles, was er dabei erwarb, fiel ohne weiteres der ausschließlichen Verfügungsmacht bzw., im Sinne der jüngeren Vorstellung, dem Eigentum des *pater familias* anheim (Gai. 2, 86; Ulp. 19, 18). Hiervon bildete auch der häufige Fall keine Ausnahme, daß der *pater familias* seinem Gewaltunterworfenen ein Sondergut (*peculium*)<sup>9</sup> zu eigener Verwaltung und Bewirtschaftung übertrug, ihn etwa mit dem Betrieb eines Gewerbes betraute oder ihm gar ein Kapital zu beliebigen Unternehmungen überließ. Über ein solches Sondergut konnte der Gewaltunterworfenene wohl frei verfügen<sup>10</sup>; aber seine Verfügungsmacht war nur eine

<sup>6</sup> Vgl. Gai. 2, 157; Paul. D. 28, 2, 11; dazu bes. RABEL: ZSSSt. 50, 326ff.

<sup>7</sup> Daß es zur Zwölftafelzeit daneben auch noch freies Eigentum des *pater familias* gegeben habe, behauptet WŁASSAK: Studien z. altröm. Erb- u. Vermächtnisrecht I: Das gebundene Hausvermögen sei die *familia*, das Alleineigentum des *pater familias* die *pecunia*; mit dem Unterschied von *res Mancipi* und *res nec Mancipi* sei der Gegensatz dieser beiden Gütermassen nicht schlechthin identisch. Dies alles ist indessen durchaus problematisch: 1. Die Quellengrundlage ist sehr unsicher. Nach Wl. ist *pecunia* in tab. II 3 spätere, wenngleich sinngemäße Zutat (S. 4, 19), in tab. X 7 untechnisch gebraucht (S. 5, Anm. 10), echt und technisch im Sinn von Eigengut also nur in tab. V 7; diese Stelle ist aber nur bei Cic. und dem Auct. ad Her. überliefert, zusammen mit einer Version von tab. V 4 u. 5, die von Wl. und anderen mit Recht als ungenau abgelehnt wird. Hätten wir auch für tab. V 7 eine von Gaius oder Ulpian überlieferte, anders lautende Variante, so wäre vielleicht der Theorie Wl. von vornherein der Boden entzogen. — 2. Gerade tab. V 7 erhält durch Wl. Deutung der *pecunia* einen sehr merkwürdigen Inhalt: Der *curator furiosi* soll nur die Person und das Eigenvermögen des Geisteskranken in seiner Gewalt gehabt haben, nicht auch die *familia*; damit wird die *cura furiosi* schließlich zu einem durchaus altruistischen Gebilde (vgl. S. 13), was in dieser alten Zeit kaum glaubhaft ist. Bezüglich des Schicksals der *familia* des Geisteskranken sieht sich Wl. zur Vermutung einer vorweggenommenen Erbfolge gezwungen, für die es gänzlich an Anhaltspunkten gebricht (Wl. selbst S. 10: „ungenügend gestützte Vermutungen“). — Noch eigenartiger ist das Ergebnis, daß eine gesetzliche Erbfolge in die *pecunia* überhaupt gefehlt habe, diese vielmehr, wenn nicht durch Vermächtnisse vergeben, *res nullius* geworden sei (S. 16); wie unwahrscheinlich das ist, bedarf keiner Ausführung. — 4. Auch die Auslegung der auf das Testament bezüglichen Zwölftafelnormen (V 3, 4) halte ich nicht für unbedenklich; hierüber s. u. § 200, Anm. 6.

<sup>8</sup> Eine gesamthänderische Verfügungsmacht der Mitberechtigten wäre mit dem Absolutismus der römischen Hausgewalt ebenso unvereinbar gewesen wie ein Beispruchsrecht der Hauskinder (s. o.).

<sup>9</sup> MICOLIER: Pécule et capacité patrimoniale 1932; hierüber Bericht von KASER: ZSSSt. 54, 392ff.

<sup>10</sup> Hierzu vgl. LONGO: Arch. giur. 4, Ser., 16, 184ff.; Bull. 38, 29ff.; ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 139ff.

abgeleitete Verfügungsmacht, und sie war jederzeit widerruflich: Das Sondergut blieb also, vom Standpunkt der klassischen Betrachtungsweise, Vermögen des Gewalthabers und konnte von ihm jederzeit eingezogen werden (*ademptio peculii*).

c) Die grundsätzliche Unverantwortlichkeit des *pater familias* für Verbindlichkeiten seiner Gewaltunterworfenen. Sie entspricht dem reinen Machtcharakter der römischen Hausgewalt und hat sich nur teilweise unter dem Druck jüngerer Anschauungen und Bedürfnisse einschränken lassen. Für Geschäftsschulden der Gewaltunterworfenen haftete der *pater familias* nach altem Zivilrecht überhaupt nicht (Gai. D. 50, 17, 133), nach jüngerem honorarischem Recht nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen (§ 164ff.). Delikte der Gewaltunterworfenen fielen ihm nur dann zur Last, wenn er sich der Verfolgung des Täters in den Weg stellte; darum konnte er sich stets durch Auslieferung des Täters von der eigenen Haftung befreien (§ 170).

4. Von den Sklaven unterschieden sich die freien Hausgenossen des *pater familias* allezeit durch ihr Bürgerrecht und durch ihr Anrecht auf das Hausvermögen und auf künftige Selbständigkeit. Sie waren die geborenen Herren, so wie jene die geborenen Knechte waren. Solange aber der *pater familias* lebte, waren die freien Gewaltunterworfenen zivilrechtlich kaum besser gestellt als die Sklaven. Persönlich waren sie lediglich Objekte seiner Herrschaftsmacht und in vermögensrechtlicher Hinsicht vollkommen von ihm abhängig, nach klassischer Auffassung sogar grundsätzlich eigenen Vermögens nicht fähig. Hierbei blieb es, bis in der späten Kaiserzeit die alte Familiengewalt unter der Einwirkung hellenistischer und christlicher Vorstellungen verblaßte. Erst in diesem Zeitpunkt verlor der Grundsatz seine Gültigkeit, daß nur der Gewaltfreie (*homo sui iuris*), nicht auch der Gewaltunterworfenen (*homo alieni iuris*) in vollem Sinne Träger von Rechten und Pflichten sein könne.

§ 38. Agnation und Geschlecht. 1. Die Gestaltung der römischen Familie war zugleich der Ausgangspunkt für das Verwandtschaftssystem des älteren römischen Rechts. Sein Grundbegriff war die Agnation. Agnatisch verwandt waren diejenigen Personen, die unter der gleichen Hausgewalt standen oder gestanden hätten, wenn der gemeinsame *pater familias* noch lebte. In diesem Sinne waren *agnati*: Geschwister; Neffe und Vatersbruder; Vettern, die im Mannesstamme verwandt waren usw.; auch die in der Hausgewalt ihres Gatten stehende Frau war Agnatin ihrer Kinder und Enkel<sup>1</sup>.

2. Die Gesamtheit aller agnatisch verwandten Personen bildete das Geschlecht (*gens*)<sup>2</sup>. Zwischen Agnaten und Geschlechtsgenossen (*gentiles*) bestand sonach kein innerer Unterschied. Da man aber nur solche Angehörige eines Geschlechts als Agnaten bezeichnete, deren Verwandtschaft noch als eine lebendige Familienzugehörigkeit empfunden wurde, stand der weitere Kreis derjenigen Geschlechtsgenossen, die lediglich durch die Gemeinsamkeit des Namens und durch entfernte Erinnerung miteinander verbunden waren, in einem mehr tatsächlichen als begrifflichen Gegensatz zu dem engeren Kreise der Agnaten. In historischer Zeit hatte der gentilizische Verband nur mehr sakrale und politische Bedeutung; die spärlichen privatrechtlichen Wirkungen gentilizischer Verwandtschaft, die noch im Rechte der Zwölftafelzeit bestanden<sup>3</sup>, sind frühzeitig verschwunden. In vorgeschichtlicher Zeit mag die privatrechtliche Rolle der *gens* sehr viel größer gewesen sein: Nament-

<sup>1</sup> Ausscheiden aus dem Familienverband durch Emanzipation (§ 186, 4), Adoption und Arro-gation (§ 186, 3) und durch *conventio in manum* der Tochter (§ 176) vernichtete auch die agnatistische Verwandtschaft.

<sup>2</sup> Vgl. BONFANTE: *Scr. giur. varii* I 1ff., 18ff.; II 260ff.; *Storia del dir. rom.* I 60ff. u. anderwärts; ARANGIO-RUIZ: *Le genti e la città* (Annuario della R. Univ. di Messina 1913—14) 9ff.; KÜBLER: *RE* 6, 1176ff.; LUZZATTO: *Per una ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane* (Fondazione Castelli 8, 1934) 27ff. mit ausführlicher Bibliographie.

<sup>3</sup> Nämlich das Erbrecht der Gentilen (§ 196, 1c) und ihr Recht zur Vormundschaft (§ 188, 1) und Pflegschaft (§ 193, 2).

lich hat man mit der Möglichkeit zu rechnen, daß ursprünglich das Grundeigentum der *gens* und nicht dem einzelnen *pater familias* zustand (vgl. § 67, 3).

**§ 39. Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft.** 1. Im Laufe der römischen Rechtsentwicklung und in engem Zusammenhang mit dem Zerfall der gentilizischen Verbände und mit der Auflockerung der Familie trat das altrömische Verwandtschaftssystem der Agnation mehr und mehr hinter dem System der Blutsverwandtschaft (*cognatio*) zurück. Kognaten waren alle diejenigen Personen, die durch Geburt und Zeugung verbunden waren. Der in der Hausgewalt des Vaters stehende Sohn war sonach mit den Angehörigen seiner Mutter zwar nicht agnatisch, wohl aber kognatisch verwandt. Die kognatische Verwandtschaft war entweder gradlinig in auf- oder absteigender Linie (Vorfahren: *ascendentes*, und Nachkommen: *descendentes*); oder sie war eine Verwandtschaft in der Seitenlinie, dies letzte dann, wenn es sich um zwei Personen handelte, die beide von einer dritten abstammten (Geschwister; Onkel bzw. Tante und Nefte bzw. Nichte; Vettern und Basen usw.). Die Nähe der Verwandtschaft bestimmte sich nach der Zahl der sie vermittelnden Erzeugungen oder Geburten (\* *tot gradus quot generationes*).

2. Nicht verwandt, sondern verschwägert (*adfines*) waren Ehegatten untereinander und mit den Kognaten des anderen Teils.

**§ 40. Sklaverei<sup>1</sup>.** 1. Die soziale und rechtliche Stellung des Sklaven ist nicht zu allen Zeiten der römischen Rechtsentwicklung die gleiche gewesen. Auf dem altrömischen Bauerngut lebte der unfreie Knecht in enger Gemeinschaft mit den freien Hausgenossen; er teilte mit ihnen die Arbeit und aß mit ihnen das gleiche Brot<sup>2</sup>. Erst die Entstehung von großen Plantagen, Manufakturen und Bergwerken seit der hochrepublikanischen Zeit ließ für die Masse der Sklaven jedes persönliche Verhältnis zum Herrn verschwinden und machte den unfreien Arbeiter zu einer bloßen Recheneinheit im wirtschaftlichen Großbetrieb. Dieser sozialen Entwicklungsstufe gehören die großen Sklavenaufstände an und die Berichte über sinnlose Mißhandlungen von Sklaven, die freilich nicht unbesehen als ein Bild der normalen Zustände genommen werden dürfen<sup>3</sup>. Ihr entspricht auch die rechtliche Behandlung des Sklaven als Sache, deren brutale Durchführung uns als ein charakteristischer und wenig sympathischer Zug des römischen Rechts erscheint<sup>4</sup>. Die sozialen Bestrebungen des Kaisertums haben mancherlei gemildert, ohne den Grundcharakter der Sklaverei zu verändern. In der Spätzeit trat neben die eigentliche Sklaverei die kaum minder

<sup>1</sup> Umfassende juristische Monographie (auf die für das Folgende ein für allemal verwiesen wird): BUCKLAND: The Roman law of slavery (1908). Zu den Papyri: TAUBENSCHLAG: ZSSSt. 50, 140ff. Über die wirtschaftliche und soziale Bedeutung der Sklaverei: JHERING: Geist. d. röm. R. II (1)<sup>4</sup>, 166ff.; MARQUARDT: Privatleben d. Römer I<sup>2</sup>, 135ff.; FRIEDLÄNDER: Sittengesch. II<sup>9</sup>, 266ff.; WEBER, M.: Röm. Agrargesch. 236ff.; MEYER, Ed.: Kl. Schr. 79ff., bes. 169ff.; SEECK: Untergang d. alten Welt I 308ff.; WILCKEN: Ostraka I 681ff. (Ägypten); GSELL: Mélanges Glotz I 397ff. (Provinz Afrika). — Sehr problematisch sind die Ausführungen von LÉVY-BRUHL: Rev. gén. du droit 55, 1ff. über das ursprüngliche Wesen der Sklaverei.

<sup>2</sup> Dem entspricht es auch, daß die an einem Sklaven verübte Körperverletzung in den Zwölf-tafeln (tab. II—IV) nur hinsichtlich der Bemessung der Buße anders behandelt wurde als die Verletzung eines Freien. Zwei Jahrhunderte später hat sich die Anschauung grundlegend verändert: die *lex Aquilia* (§ 158) behandelt die Verletzung eines Sklaven als Sachbeschädigung.

<sup>3</sup> In aller Regel gebot schon das eigene Interesse des Herrn, sich die Arbeitskraft des Sklaven zu erhalten. Zu welchen Härten jedoch die Furcht vor den Sklaven führen konnte, zeigt das *senatus consultum Silanianum* (10 n. Chr.), das für den Fall eines gewaltsamen Todes des Herrn allen Sklaven, die sich zur Zeit des Mords unter demselben Dach befunden hatten, mochten sie schuldig oder unschuldig sein, die Todesstrafe androhte, wenn die Untersuchung nicht ergab, daß sie dem Herrn unter Einsetzung ihres eigenen Lebens nach besten Kräften Hilfe geleistet hatten (vgl. Tac. Ann. 14, 42—45). Zum *Silanianum* vgl. auch LUZZATTO: Studi Ratti 545ff.

<sup>4</sup> Die grundsätzlich schrankenlose Willkür des Herrn findet ihren Ausdruck in dem bekannten Wort des Iuvenal (6, 223): *hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas*.

drückende Hörigkeit des an die Scholle gebundenen Kleinpächters (*colonus*)<sup>5</sup>. Das Sklavenrecht der klassischen und nachklassischen Zeit ist im folgenden in seinen Grundzügen darzustellen.

2. Der Sklave war rechtsunfähig. Er stand als Sache im Eigentum seines Herrn; alle Grundsätze des Sachenrechts fanden auf ihn Anwendung. Freilich waren in der Kaiserzeit der willkürlichen Ausübung des Eigentums am Sklaven gewisse Schranken gesetzt<sup>6</sup>: grundlose Tötung wurde bestraft, und in Fällen schwerer Mißhandlung des Sklaven wurde der Herr zur Veräußerung gezwungen. Gleich den freien Gewaltunterworfenen konnte der Sklave Rechtsgeschäfte vornehmen; was er dabei erwarb, fiel ins Vermögen des Herrn; eine zivilrechtliche Haftung erwuchs dem Herrn nur aus den Delikten des Sklaven, und von ihr konnte der Herr sich stets durch Preisgabe des Sklaven befreien; aus Rechtsgeschäften des Sklaven haftete der Herr nur im Rahmen gewisser prätorischer Rechtsnormen (vgl. § 58, 3 und die dort gegebenen Verweisungen).

3. Die wichtigsten Entstehungsgründe der Sklaverei waren:

a) Geburt von einer Sklavin. Im klassischen Recht wurde indessen die Freiheit des Kindes schon dann anerkannt, wenn die Mutter zur Zeit der Empfängnis oder während der Schwangerschaft, sei es auch nur vorübergehend, frei gewesen war (Paul. sent. 2, 24, 2, 3; Marcian D. 1, 5, 5, 2—3).

b) Kriegsgefangenschaft. Die Gefangenen fielen, wie alle Kriegsbeute<sup>7</sup>, ohne Rücksicht darauf, wer sich ihrer bemächtigt hatte, dem Staat zu, der sie entweder im eigenen Dienst verwandte (*servi publici*), verkaufte (*sub corona vendere*) oder auch den siegreichen Soldaten zu Eigentum zuteilte. Doch geschah dies letzte bei Gefangenen seltener als bei anderen Beutestücken.

c) Entziehung der Freiheit zur Strafe. Sie war schon in der Republik dem öffentlichen wie dem Privatrecht bekannt. So wurde z. B. seit alters der Bürger, der sich der Schatzung oder der Aushebung entzog, vom Magistrat in die Sklaverei verkauft. Ebenso konnte nach dem Zwölftafelgesetz der auf handfester Tat ergriffene Dieb verknechtet (tab. VIII 14) und der verurteilte Schuldner, der seinen Gläubiger nicht befriedigte, von ihm ins Ausland (*trans Tiberim*) verkauft werden (tab. III 5)<sup>8</sup>. — In der Kaiserzeit waren diese Fälle ohne praktische Bedeutung. Aber auch das jüngere Recht kannte den Freiheitsverlust teils als selbständige, teils als Begleitstrafe:

α) Wenn ein Bürger sich als Sklave hatte verkaufen lassen, um nach Wiedererlangung der Freiheit den Kaufpreis mit dem Veräußerer zu teilen (*ad pretium participandum*), sollte der Magistrat den Freiheitsprozeß (*vindicatio in libertatem*) nicht zulassen. Der Verkaufte blieb also Sklave (Ulp. D. 40, 12, 7 pr.; Marcian D. 1, 5, 5, 1).

β) Nach einem *senatus consultum Claudianum* (52 n. Chr.) wurde eine Freie, die in Geschlechtsgemeinschaft (*contubernium*) mit einem Sklaven lebte und dieses Verhältnis trotz des Einspruchs seines Herrn fortsetzte, zur Strafe dessen Sklavin; auch

<sup>5</sup> Aus der neueren Lit.: SEECK: Art. *colonus* RE 4, 483ff.; GELZER: Stud. z. byz. Verwaltung Ägyptens 69ff., 1909; ROSTOWZEW: Stud. z. Gesch. d. röm. Kolonats (Arch. f. Pap.f., Beiheft 1, 1910) bes. 396ff.; KÜBLER: Röm. Rechtsgesch. 347ff. (mit weiterer Lit. und Quellen); CLAUSING: The Roman colonate (Diss. rer. pol. Columbia Univ., New York 1925; umfassende kritische Darstellung der Lehrmeinungen).

<sup>6</sup> Suet. Claud. 25; Gai. 1, 53; Ulp. Coll. 3, 3 (D. 1, 6, 2); Ulp. D. 1, 12, 1, 1 u. 8; Mod. D. 48, 8, 11, 2.

<sup>7</sup> Näheres gehört in die Lehre von der Kriegsbeute: s. darüber MOMMSEN: Röm. Forschungen II 437ff.; CZYHLARZ b. GLÜCK: Komm. z. d. Pand. 41—42 I 164ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 5ff.

<sup>8</sup> Vgl. zum vorstehenden MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 44f.; Röm. Strafr. 43ff.; Jur. Schr. III 3f.; WLAŠAK: ZSt. 25, 98ff.

ihr Vermögen verfiel dem Herrn des Sklaven. Diese Vorschrift wurde von Justinian beseitigt<sup>9</sup>.

γ) Die Verurteilung zu den schwersten Strafen, insbesondere zur Zwangsarbeit in den Bergwerken (*ad metalla, ad opus metalli*), zum Tierkampf (*ad bestias*) und vor allem zur Hinrichtung (*ad ferrum, ad gladium*), hatte von Rechts wegen die Folge, daß der Betroffene mit der Rechtskraft des Urteils Strafsklave (*servus poenae*) des Staats wurde, dem damit auch sein Vermögen verfiel (Gai. D. 28, 1, 8, 4; D. 48, 19, 29; Ulp. D. 48, 19, 8, 4 u. 6).

4. Die Sklaverei endete<sup>10</sup>:

a) durch Freilassung seitens des Herrn: s. § 41.

b) durch staatliche Verleihung der Freiheit. Sie erfolgte nicht selten als Belohnung für aufopferndes Verhalten oder wegen besonderer Verdienste um das öffentliche Wohl, insbesondere auch für die Anzeige von Verbrechen oder die Aufdeckung von Verschwörungen (Cic. pro Balbo 24). Soweit die Quellen ein Urteil gestatten, wurde die Freiheit in solchen Fällen stets durch Verleihung von seiten des mit der Angelegenheit befaßten Magistrats erworben<sup>11</sup>.

c) In der Kaiserzeit wurde anerkannt, daß ein Sklave, wenn gewisse zu seinem Vorteil festgesetzte Veräußerungsbedingungen nicht eingehalten wurden, von Rechts wegen frei sein solle: so z. B. wenn eine Sklavin unter der Bedingung veräußert wurde, daß sie nicht der Unzucht preisgegeben werden dürfe (*ne prostituatur*, vgl. Ulp. D. 2, 4, 10, 1; Mod. D. 37, 14, 7 pr.)<sup>12</sup>; ferner — auf Grund einer Konstitution der Kaiser Markus und Kommodus — wenn ein Sklave unter der Vereinbarung veräußert wurde, daß er binnen einer bestimmten Frist freigelassen werden solle (*ut manumittatur*; vgl. z. B. Paul. D. 40, 8, 1; Call. eod. 3)<sup>13</sup>.

§ 41. Freilassung<sup>1</sup>. 1. Die Möglichkeit, einen Sklaven durch Freilassung (*manumissio* = Entlassung aus der *manus*, vgl. § 37, 3) zum *homo liber* und *civis Romanus* zu machen, gehört gewiß nicht zu den ältesten Schichten der römischen Rechtsentwicklung. Dies zeigt schon die Gestaltung der altzivilen Freilassungsformen (Ziff. 2): es sind<sup>2</sup> komplizierte Schöpfungen einer entwickelten Rechtstechnik, offensichtlich darauf angelegt, einen bisher nicht anerkannten Rechtszweck zu verwirklichen. Für das relativ junge Alter der *manumissio* als Rechtsinstitut spricht aber auch das, was wir über die ursprüngliche Wirkung der Freilassung wissen oder erschließen können. Wir wissen, daß der Freigelassene (*libertinus*)<sup>3</sup> bis zum zweiten Jahrhundert v. Chr. als *servus* bezeichnet wurde<sup>4</sup>. Wir dürfen ferner annehmen, daß den Freigelassenen ursprünglich die für den Bürger charakteristischen politischen Rechte gefehlt haben, und daß die dem Freilasser (*patronus*) auch späterhin noch

<sup>9</sup> Tac. Ann. 12, 53; Gai. 1, 84; Paul. sent. 2, 21a; Iust. I. 7, 24pr. Näheres bei MITTEIS: Reichsr. z. Volksr. 364ff.; MOMMSEN: Strafr. 854f. Vgl. auch ZITELMANN: Recht v. Gortyn 66f. (Erg. heft z. Rhein. Mus. 40).

<sup>10</sup> Vgl. außerdem über die *longi temporis praescriptio libertatis* PARTSCH: Longi temporis praescriptio 90ff.

<sup>11</sup> Ulp. D. 29, 5, 3, 13; Paul. D. 35, 2, 39; D. 38, 2, 4pr.; Tryph. D. 28, 5, 91; Diocl. C. 7, 13, 1. Vgl. LEIST b. GLÜCK: Komm. z. d. Pand. 37—38 IV 445f.; WŁASSAK: ZSSSt. 28, 15, Anm. 1.

<sup>12</sup> LEIST: (s. o. Anm. 11) IV 407ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 181f.

<sup>13</sup> Vgl. PERNICE: Labeo III 131ff.; HAYMANN: Freilassungspflicht u. Reurecht 1905; LOTMAR: ZSSSt. 33, 304ff.

<sup>1</sup> Übersicht bei WEISS: RE 14, 1366ff. — Über die soziale Bedeutung der Freigelassenen s. zuletzt DUFF: Freedmen in the early Roman empire 1928; dazu KÜBLER: ZSSSt. 52, 457ff.

<sup>2</sup> Mit Ausnahme der *manumissio testamento*.

<sup>3</sup> Der Freigelassene heißt allgemein *libertinus*, speziell mit Hinsicht auf den Freilassungsakt und auf sein Rechtsverhältnis zum Freilasser *libertus*. Da dieses Rechtsverhältnis, vom Standpunkt des Zivilrechts aus gesehen, nur die zum Bürgerrecht gelangten Freigelassenen betraf, auch die Freilassung zu schlechterem Recht erst verhältnismäßig spät eine klare Ordnung erfuhr (vgl. Ziff. 3), sprechen die Quellen von *liberti* im allgemeinen nur bei den *libertini cives Romani*; vgl. auch BUCKLAND: RH 4. Ser., 2, 293ff.

<sup>4</sup> Vgl. MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 427ff.



zustehenden Rechte am Freigelassenen einstmals einen sehr viel weiteren Umfang gehabt haben (vgl. Ziff. 6). Der Freigelassene wurde also vermutlich in alter Zeit nicht Bürger und auch nicht endgiltig frei, sondern zählte zu der großen Klasse der Halbfreien, die damals als „Hörige“ (*clientes*) unter der Herrschaft und dem Schutz eines Vollbürgers standen<sup>5</sup>. Als römische Bürger haben die Freigelassenen erst gegolten, seitdem sie zu den Zenturiatkomitien zugelassen worden waren; auch damals haben ihnen aber noch wichtige politische und private Rechte gefehlt.

2. Das altzivile Recht kannte drei Formen der Freilassung zum Bürgerrecht (*ius ac legitima manumissio*: Gai. 1, 17; fr. Dosith. 5):

a) Die *manumissio vindicta*<sup>6</sup> war eine Nachbildung des Freiheitsprozesses (*vindicatio in libertatem*) in der Form des alten Legisaktionsverfahrens (vgl. WENGER: § 8). Vor dem Gerichtsmagistrat (Konsul, Prätor oder Statthalter) trat, wie bei dem Freiheitsprozeß, ein Bürger auf (der *adsertor libertatis*), der in förmlicher Rede die Freiheit des Sklaven behauptete (etwa: *hunc ego hominem liberum esse aio*), indem er ihn zugleich mit einem Stabe (*festuca*) berührte<sup>7</sup>. Der Herr des Sklaven schwieg dazu und erkannte damit die Behauptung des *adsertor* an<sup>8</sup>; schließlich bestätigte der Magistrat die Freiheit des bisherigen Sklaven durch seinen Zuspruch (*addictio*). — In der Kaiserzeit ließ die Förmlichkeit dieses Verfahrens nach: die *manumissio* brauchte nicht mehr in formeller Gerichtstagung (*pro tribunali*), sondern konnte überall vorgenommen werden, wo sich der Magistrat dazu bereitfand (*de plano*). Späterhin verschwanden auch die alten Spruchformeln; es genügte, daß der *adsertor* die Freiheit des Sklaven irgendwie behauptete.

b) Benutzte man bei der *manumissio vindicta* die Form des Freiheitsprozesses, so diente bei der zweiten Freilassungsform des Zivilrechts, der *manumissio censu*, die öffentlichrechtliche Einrichtung der Bürgerschaftung (*census*) zur Erreichung des Freilassungszweckes: Mit Ermächtigung seines Herrn meldete sich der Sklave bei der Schätzung als Freier zur Eintragung in die Bürgerliste (Ulp. 1, 8; fr. Dosith. 7; Boeth. z. Cic. top. 10 in BRUNS Fontes II<sup>7</sup> 73)<sup>9</sup>. — Diese Freilassungsform verschwand indessen in der Kaiserzeit zusammen mit dem Bürgerzensus aus dem praktischen Rechtsleben; ihre Erwähnung bei den kaiserzeitlichen Juristen hat nur noch theoretische Bedeutung.

c) Neben diesen beiden Formen der Freilassung unter Lebenden stand als Freilassung von Todes wegen die *manumissio testamento*. Sie ähnelte in Form und Wirkung dem sog. Vindikationsvermächtnis (§ 231, 3a): der Freilasser mußte in seinem Testament in förmlicher Weise seinen Willen kundgeben, daß der Sklave frei sein solle (*Stichus servus meus liber esto*); dies hatte die Folge, daß der Sklave unmittelbar mit dem Erbfall frei wurde und als Freigelassener des Verstorbenen, nicht seines Erben galt (*libertus orcinus*). Von dieser *manumissio testamento* ist die kaiserzeitliche *manumissio fideicommissaria* zu unterscheiden, bei der der Erfolg der letztwilligen Freilassung nur mittelbar erreicht wurde. Sie erfolgte durch eine formlose

<sup>5</sup> Von der Frage nach dem Verhältnis der Klientel zur Plebs wird hier abgesehen.

<sup>6</sup> Dazu WLASSAK: ZSSt. 28, 1ff.; APPLETON: Mélanges Fournier 1ff. (dagegen LEVY: ZSSt. 50, 651); LEVY-BRUHL: Studi Riccobono III 3ff. (mit völlig anderer Auffassung der *man. vind.*).

<sup>7</sup> Fest. p. 340 (v. *sertorem*); Persius 5, 175; Herm. D. 40, 2, 23; Boeth. z. Cic. top. 10 (BRUNS: Fontes II<sup>7</sup> 73). Wie die letztgenannten Stellen zeigen, trat in der Kaiserzeit häufig einer der Liktores des Magistrats als *adsertor* auf.

<sup>8</sup> Überliefert ist, daß auch der Herr den Sklaven mit einem Stab berührte: Tryph. D. 49, 17, 19, 4; Ulp. D. 40, 12, 12, 2 (vgl. auch Paul. D. 40, 1, 14, 1). Im übrigen vgl. WLASSAK: (s. o. Anm. 6) 8ff., auch 6ff. — Die sonst erwähnten symbolischen Handlungen des Freilassers, das Umdrehen des Sklaven, die Ohrfeige, sowie die Freiheitsmütze hatten, so üblich sie sein mochten, kaum eine andere Bedeutung als die Hochzeitsfeierlichkeiten gegenüber dem eheschließenden Akt der *confarreatio* oder *coemptio*. Vgl. KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 133; WLASSAK: 2 f.

<sup>9</sup> DEGENKOLB: Tübinger Festschr. f. Jhering 123ff.

Bitte des Erblassers an den Erben oder an einen anderen letztwillig Bedachten und führte zunächst nur zu einer Verpflichtung des Bedachten, die Freilassung unter Lebenden zu vollziehen. Geschah dies, so erwarb nicht der Verstorbene, sondern der Bedachte die Rechte eines Freilassers (Ulp. 2, 7—12).

3. Hatte der Herr seinen Sklaven freigegeben, ohne eine der rechtlich anerkannten Freilassungsformen zu wahren, so blieb der Freigegebene von Rechts wegen Sklave, mochte er auch tatsächlich in Freiheit leben (*in libertate esse, morari*). Der Herr konnte ihn also, vom Standpunkt des Zivilrechts aus gesehen, jederzeit wieder als seinen Sklaven in Anspruch nehmen (*in servitutem vindicare*). Zugunsten dieser tatsächlich, aber nicht rechtlich Freigelassenen griff aber schließlich der Prätor ein. War nämlich die Freilassung in einer Form erfolgt, die keine Zweifel an der Ernstlichkeit des Freilassungswillens aufkommen ließ, so verweigerte der Prätor dem Herrn die gerichtliche Geltendmachung seines Rechts<sup>10</sup>. Die prätorische Praxis entwickelte auf diese Weise eine Reihe von minderen Freilassungsformen, die dem Freigelassenen zwar nicht das Bürgerrecht und auch nicht die *libertas* im Sinne des Zivilrechts, wohl aber einen honorarrechtlichen Schutz verschafften (sog. prätorische Freilassungen: Gai. 3, 56; Ulp. 1, 10; fr. Dosith. 1, 4 pr.; Iust. C. 7, 6)<sup>11</sup>. Zu diesen Formen gehörte z. B.<sup>12</sup> die Freilassung vor Zeugen (*inter amicos*)<sup>13</sup> und durch einen „Freibrief“ des Herrn an den Sklaven (*per epistulam*)<sup>14</sup>. Eine feste Rechtsstellung erhielten derart Freigelassene jedoch wahrscheinlich erst zu Beginn der Kaiserzeit: Eine *lex Iunia (Norbana ?)*, 19 n. Chr.)<sup>15</sup> stellte sie den Bürgern der latinischen Kolonien (*Latini coloniarum*) gleich. Damit war ihre Freiheit gesetzlich sichergestellt, wenn ihnen auch das römische Bürgerrecht versagt blieb.

4. Im Recht der christlichen Kaiserzeit trat zu den älteren Freilassungsformen noch die kirchliche Freilassung vor der versammelten Gemeinde und den Priestern (*manumissio in ecclesia*)<sup>16</sup>, Constantin C. 1, 13, 1f.); sie hatte die gleiche Wirkung

<sup>10</sup> Vgl. WLASSAK: ZSSt. 28, 57; LENEL: Ed. perp. 3, 377f.

<sup>11</sup> WLASSAK: ZSSt. 26, 367ff. (vgl. Anm. 12); EISELE: Studien z. röm. Rechtsgesch. 64ff.

<sup>12</sup> Die hier erwähnten Formen waren nicht die einzigen. Anders WLASSAK: (s. o. Anm. 11), dessen Forschungen im übrigen dem Text zugrundeliegen. Richtig ist, daß in C. 7, 6 (vgl. I. 1, 5, 1 u. 3) Fälle zusammengefaßt sind, in denen nach klassischem Recht Sklaven teils durch Freilassung, teils ohne solche von Rechts wegen die Latinität erlangten. Richtig auch, daß in C. 7, 6, 3, 3a, 4 Fälle aufgeführt werden, bei denen die Erklärung als Freilassung ausgeschlossen ist. Auch mag die Schwierigkeit, daß man auf dem von WLASSAK gewiesenen Weg zu einem Patronat ohne Freilassung kommt (vgl. C. 7, 6, 11a), nicht unüberwindlich sein. Nicht anerkannt werden kann aber die Ansicht (372 u. öfter), daß von allen den in C. 7, 6 aufgeführten Gründen der Latinität nur die *manumissio inter amicos* und *per epistulam* als Freilassungen anzusehen sind. Auch die im § 6 (*manumissio* zur Latinität), § 7 (*libertatem pendente condicione relinquere, imponere*) und m. E. auch im § 11 (Auslieferung oder Vernichtung der Urkunden, aus denen sich die Knechtschaft ergibt, um dem Sklaven die Freiheit zu verschaffen) angeführten „*modi*“ können nur als Verleihungen der Freiheit durch den Herrn aufgefaßt werden. Darum braucht keineswegs die von WLASSAK bekämpfte Lehre von der Erlangung der Freiheit durch „stillschweigende“ Willenserklärung des Herrn verteidigt zu werden. In den hier genannten Fällen haben wir formelle Rechtshandlungen vor uns, die den Willen, einen Sklaven freizulassen, kundbar machen sollen und denen die Praxis eine solche Wirkung beilegte. Das war für die „prätorische“ Freilassung entscheidend (JÖRS).

<sup>13</sup> Urkundliche Beispiele: MRR: Chrest. Nr. 362 (211 n. Chr.); Pap. Oxy. 1205 (291 n. Chr.).

<sup>14</sup> Die Zusendung des Briefs an den Sklaven tritt in den Quellen deutlich hervor (Iul. D. 41, 2, 38 pr.; fr. Dosith. 15; Theop. zu I. 1, 5, 4); dadurch kennzeichnet sich die *manumissio per epistulam* als eine vorzugsweise für die Freilassung von Abwesenden berechnete Form.

<sup>15</sup> Vgl. über dieses Gesetz und die *Latini Iuniani* STEINWENTER: RE 12, 9ff. (dort weitere Lit.; dazu DUFF: Freedmen in the early Roman empire 75ff.). — Übrigens waren diese personalen Latiner in einigen Beziehungen (Testierfähigkeit, Erwerb von Hinterlassenschaften) noch ungünstiger gestellt als die Gemeindelatinen.

<sup>16</sup> Die kirchliche Freilassung stammt zweifellos aus dem hellenistischen Rechtsleben, aber wohl nicht aus dem griechischen Hierodulismus (so z. B. MITTEIS: Reichsrecht u. Volksrecht 375ff.), sondern aus der (sakralen) Freilassung vor versammelter Volksgemeinde, wie sie uns inschriftlich und auf Papyrus bezeugt ist. Näheres bei DE FRANCISCO: Rend. Ist. lomb. 1911, 619ff.; PARTSCH: Mitt. a. d. Freib. Papyrussammlung II 44f.; WILCKEN: ebd. III 106; WEISS: RE 14,

wie die altzivilen Freilassungsformen: der Freigelassene wurde also römischer Bürger. Auch die Zahl der minderen Freilassungsformen, die lediglich zum lateinischen Rechte führten (Ziff. 3), hat sich vielleicht erst in nachklassischer Zeit noch um einen weiteren Tatbestand vermehrt: um die Freilassung durch Zuziehung des Sklaven an den Tisch seines Herrn (*manumissio per mensam* oder *convivii adhibitio*)<sup>17</sup>.

5. Das justinianische Recht beseitigte den Unterschied zwischen Freilassung zum Bürgerrecht und Freilassung zur Latinität: Die Latinität wurde schlechthin aufgehoben; jede wirksame Freilassung führte jetzt zum Erwerb des Bürgerrechts. Von den verschiedenen Freilassungsformen blieben die *manumissio vindicta*, die *manumissio testamento* und die *manumissio in ecclesia* bestehen, daneben aber auch eine Anzahl von Tatbeständen, die bisher nur den Erwerb der Latinität zur Folge gehabt hatten, darunter die *manumissio per epistulam* und die *manumissio inter amicos* (C. 7, 6, 1).

6. Zu allen Zeiten blieb der Freigelassene in einer gewissen Abhängigkeit von seinem Freilasser (dem *patronus*, s. o. Ziff. 1).

a) Ursprünglich stand dem Patron eine bis zum Rechte der Tötung (*ius vitae necisque*, vgl. § 37, 3a) reichende Strafgewalt über den Freigelassenen zu; doch forderte von jeher die Sitte, daß er sie nicht nach Willkür, sondern, ebenso wie gegenüber seinen Kindern, nur als gerechter Richter ausüben dürfe. Die Verhängung von Todesstrafen durch den Patron ist bis ans Ende der Republik nachweisbar. In der Kaiserzeit verblieb dem Patron nur noch ein Züchtigungsrecht.

b) In vermögensrechtlicher Hinsicht war der Freigelassene grundsätzlich unabhängig. Der Patron konnte ihn jedoch durch eidliches Versprechen (vgl. § 117, 2a) oder durch Stipulation zur Leistung von Diensten verpflichten.

c) Der Patron war der geborene Vormund (*tutor legitimus*, § 118, 1) des Freigelassenen und, wenn der Freigelassene ohne Leibserben starb, sein gesetzlicher Erbe (§ 196, 1).

d) Dem Freigelassenen gegenüber war der Patron rechtlich in keiner Weise gebunden. Aber die Sitte verlangte, daß er ihm seinen Schutz und seine Unterstützung nicht versagen dürfe, und dieses Gebot der Sitte war gerade in alter Zeit außerordentlich streng: Die Zwölftafeln (tab. VIII 21) bedrohen den treubruchigen Patron mit dem Tode. Privatklagen des Freigelassenen gegen den Patron scheinen ursprünglich überhaupt nicht zulässig gewesen zu sein; auch später konnte er ihn nur mit besonderer Ermächtigung des Magistrats vor Gericht laden.

7. Mindestens seit der späteren Republik spielte die zahlreiche Menge der Freigelassenen eine erhebliche Rolle im sozialen Leben Roms. Sie stellten ein Hauptkontingent der Handwerker und kleinen Geschäftsleute, waren Lehrer, Ärzte, sogar Staatsbeamte, und zwar in der frühen Kaiserzeit bis in die führenden Ämter der Zentralverwaltung hinauf, die die Kaiser der julisch-klaudischen Dynastie lieber ihren vertrauten und erprobten Privatsekretären als Angehörigen der römischen Aristokratie in die Hand gaben; erst Hadrian behielt diese Ämter dem Ritterstande vor (vgl. § 15, 3), und Diokletian schloß, wie es scheint, die Freigelassenen überhaupt vom Staatsdienste aus. Vom Standpunkte des Herrn bedeutete die Freilassung keineswegs immer nur eine großmütige Belohnung treuer Dienste, sondern meist auch ein gutes Geschäft, da sich der Sklave die Freiheit vielfach durch Erlegung einer durch seine Arbeit verdienten Geldsumme erkaufen mußte. Oft war auch das Bedürfnis des Herrn im Spiele, durch großzügige Freilassungen Aufsehen zu erregen; in solchem Falle werden es nicht immer seine besten Sklaven gewesen sein, die er aus seinen Diensten entließ. Gegen Ende der Republik hatten die Freilassungen einen so bedenklichen Umfang angenommen, daß, zumal bei dem Rückgang der frei-

1373. Ausführlich über die *manumissio in ecclesia* und ihre späteren Schicksale: MOR: Riv. di storia del dir. rom. it. 1, 80ff.

<sup>17</sup> Vgl. WLASSAK: ZSSSt. 26, 401ff.

geborenen Bevölkerung, Gefahr bestand, es möchte die römisch-italische Nationalität durch die ausländischen Elemente, die ihr immer stärker aus dem Sklavenstand zuströmten, zersetzt und überwuchert werden. Unter Augustus suchte man darum die Freilassungen durch Gesetze einzuschränken, die zwar von Konsuln eingebracht waren, aber ohne Frage auf Anregungen des Kaisers selbst zurückgingen und mit dessen Plänen über die Erneuerung von Staat und Gesellschaft (§ 173, 1) in unmittelbarer Verbindung standen.

a) Die *lex Fufia Caninia* (2 v. Chr.) verbot testamentarische Freilassungen<sup>18</sup> über bestimmte Grenzen hinaus. So konnte, wer drei bis zehn Sklaven hatte, nicht mehr als die Hälfte, wer elf bis dreißig Sklaven hatte, nicht mehr als ein Drittel freilassen usw. (Gai. I, 42ff., vgl. Gai. epit. I, 2; Paul. sent. 4, 14; Ulp. I, 24f.). Justinian hob das Gesetz auf (C. 7, 3).

b) Weiter griff die *lex Aelia Sentia* (4 n. Chr.). Sie verbot grundsätzlich Freilassungen aller Art, wenn der Herr nicht mindestens zwanzig, der Sklave nicht mindestens dreißig Jahre alt waren<sup>19</sup>. Jüngere Personen konnten nur ausnahmsweise durch *manumissio vindicta* freilassen oder freigelassen werden, wenn vor dem Konsilium des Magistrats der Nachweis erbracht war, daß ein gerechter Grund für die Freilassung vorlag; als solcher galt z. B. nahe Blutsverwandtschaft oder die Absicht der Eheschließung mit dem Freizulassenden (sog. *causae probatio*: Gai. I, 18ff., 38ff.; Ulp. I, 12ff.<sup>20</sup>). Hatte der Herr nicht das vorgeschriebene Alter, so war die ohne Gutheißung des Konsiliums vorgenommene Freilassung nichtig. Fehlte das gesetzliche Alter auf Seiten des Sklaven, so wurde dieser nach der *lex Aelia Sentia* nicht römischer Bürger; durch die *lex Iunia* erhielt er das latinische Recht<sup>21</sup>. — Freilassungen zum Zweck der Benachteiligung der Gläubiger des Patrons erklärte die *lex Aelia Sentia* für nichtig (Gai. I, 37; Ulp. I, 15)<sup>22</sup>.

§ 42. *Capitis deminutio*. Wir sahen, daß das römische Recht im Punkte der Rechtspersönlichkeit nicht nur zwischen Freien und Sklaven, sondern innerhalb der Freien wiederum zwischen Bürgern und Nichtbürgern, innerhalb der Bürger zwischen dem gewaltfreien *homo sui iuris* und dem gewaltunterworfenen Familienangehörigen unterschied. Das römische Personenrecht kannte also drei Stufen der Rechtspersönlichkeit (*status*): Freiheit (*status libertatis*), Bürgerrecht (*status civitatis*) und Familienzugehörigkeit (*status familiae*). Dem entsprach eine Dreigliederung der Tatbestände, die den Verlust der Rechtspersönlichkeit zur Folge hatten. Indem man den Verlust bzw. die Beschränkung der Rechtspersönlichkeit als *capitis deminutio*<sup>1</sup> bezeich-

<sup>18</sup> Sie berührten den Erblasser nicht mehr und wurden darum häufig zum Prunk vorgenommen (Dionys. 4, 24, vgl. C. 7, 6, 5).

<sup>19</sup> Darum wird häufig bei Freilassungen das Alter des Sklaven angegeben: so Pap. BGU 326; MITTEIS: Chrest. Nr. 362; Pap. Oxy. 1205; DESSAU: Inscr. Lat. sel. 1985.

<sup>20</sup> Vgl. WLAŠAK: ZSt. 28, 64ff.

<sup>21</sup> Nach Gaius (I, 17, 29, 31) wurden die Freigelassenen bei allen Verstößen gegen die Altersvorschriften Latiner. Anders allerdings Ulp. I, 12; doch ist diese Stelle vielleicht durch Glossenstellung, jedenfalls fehlerhaft überliefert und als nachklassische Quelle (§ 21,4) gegenüber Gaius ohne Beweiskraft (vgl. zuletzt SCHULZ: Epitome Ulpiani 23 f.). — Weder römische Bürger noch Latiner wurden solche Freigelassene, die als Sklaven mit einer schimpflichen Strafe belegt, gefoltert oder zu öffentlichen Gladiatorenspielen oder Tierkämpfen verwendet worden waren; sie erhielten durch die *lex Aelia Sentia* die Rechtsstellung von *peregrini dediticii*; vgl. Gai. I, 13ff.; o. § 33, Anm. 10.

<sup>22</sup> Vgl. dazu GUARNERI CITATI: Mélanges Cornil 427ff.; SCHULZ: ZSt. 48, 197ff.; BESELER: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 10, 199ff.; ZSt. 50, 18f.

<sup>1</sup> Ältere Lit. bei KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 249, dazu EISELE: Beitr. z. röm. Rechtsgesch. 160ff., 1896; DESSERTAUX: Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio I—III 1909—28; COLI: Saggi critici I, 1922; BONFANTE: Corso dir. rom. 123ff.; RADEN: Mélanges Fournier 651ff. — Deutung des Ausdrucks und Vorgeschichte der klassischen Theorie sind umstritten. Immerhin darf als wahrscheinlich gelten, daß *caput* hier nicht Rechtspersönlichkeit, *capitis deminutio* dementsprechend nicht Minderung der Rechtsfähigkeit heißt, daß es vielmehr der Kreis der Rechtsgenossen (Bürgerschaft, Familie) ist, der sich um ein „Haupt“, den Ausscheidenden, mindert (BESELER: Beitr. IV 92); gestützt wird diese Auffassung auch durch

nete, sprach man von *capitis deminutio maxima, media und minima* (Gai, I, 159ff.; Ulp. 11, 10ff.).

1. *Capitis deminutio maxima* nannte man den Verlust der Freiheit (vgl. § 40, 3c); er bedeutete zugleich auch den Verlust des Bürgerrechts und der Familienzugehörigkeit, m.a.W. den vollständigen Untergang der Rechtspersönlichkeit<sup>2</sup>.

2. Wenn der Römer zwar das Bürgerrecht und damit notwendig auch die Familienzugehörigkeit verlor, nicht aber auch die Freiheit, sprach man von *capitis deminutio media*<sup>3</sup>.

3. Als *capitis deminutio minima* schließlich bezeichnete man den Fall, daß ein römischer Bürger lediglich seine familienrechtliche Stellung verlor, sei es durch einfache Entlassung aus dem bisherigen Familienverband, sei es durch den Übertritt in eine andere Familie<sup>4</sup>. Da der Ausscheidende dabei stets das Glied einer neu entstehenden oder einer bereits vorhandenen Familie wurde, bedeutete indessen die *capitis deminutio minima* nicht so sehr einen Verlust, als eine bloße Änderung (*permutatio*) des *status familiae*.

## II. Juristische Personen<sup>1</sup>.

§ 43. Begriffliche Voraussetzungen. 1. Nicht nur der einzelne Mensch, sondern auch politische und gesellschaftliche Organismen können Träger von Rechten und Pflichten sein. Im Gegensatz zur „natürlichen“ Person, dem Einzelmenschen, bezeichnet man diese Gebilde heute als „juristische“ Personen; dabei liegt die (anfechtbare) Vorstellung zugrunde, ihre Personenqualität sei eine künstliche Schöpfung der Rechtsordnung, während der Mensch von Natur aus zum Subjekt von Rechten und Pflichten bestimmt sei. Die juristischen Personen scheidet man in Körperschaften und Anstalten. Jenes sind Personenverbände: Träger der Rechtspersönlichkeit ist hier die aus einer Anzahl von Einzelpersönlichkeiten gebildete höhere Einheit. Bei den Anstalten fehlt das personale Substrat; sie sind Organisationen zur Verfolgung bestimmter Zwecke, denen die Rechtsfähigkeit lediglich um dieser Zwecke willen zuerkannt wird. Sowohl die Körperschaften wie die Anstalten können entweder öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sein: die öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten gehören ihrer Entstehung, ihren Aufgaben und ihrem

LEVYS Untersuchungen über die Kapitalstrafe (Sb. Akad. Heidelberg 1930, 5; Literaturbelege 8, Anm. 6). Dagegen ist die Frage, ob die sog. *capitis deminutio minima* oder *maxima* den Ausgangspunkt für die Entwicklung der klassischen Theorie bildete, z. Z. noch offen; das älteste Zeugnis (Cic. top. 18) bezieht sich allerdings auf den Fall der *capitis deminutio minima*.

<sup>2</sup> Auch der in Kriegsgefangenschaft geratene römische Bürger wurde Sklave.kehrte er jedoch zurück, so lebten seine alten Rechtsbeziehungen wieder auf (*ius postliminii*, Gai. I, 129); starb er in der Gefangenschaft, so wurde er wie ein Freier beerbt ( *fictio legis Corneliae*, Ulp. 23, 5; Paul. 3, 4a, 8). — Lit.: BECHMANN: *Ius postl.*, 1872; MOMMSEN: *Röm. Staatsr.* III (vgl. Index); MITTEIS: *Röm. Privatr.* I 126ff. (hier weitere Lit.); SOLAZZI: *Rend. Ist. lomb.* 1916, 638ff.; BESELER: *ZSSt.* 45, 192ff.; LEVY: *Gedächtnisschr. f. Seckel* 149f., 165ff.; RATTI: *Studi sulla captivitas I* (Riv. ital. p. l. scienze giur. NS 2, 5ff.); II (Bull. 35, 105ff.); *Studi Rossi* 287ff., 1932; ROMANO: *Riv. ital. p. l. scienze giur.* NS 5, 3ff.; KRÜGER, H.: *ZSSt.* 51, 203ff.; 52, 351f.; FELGEN-TRAEGGER: *Antikes Lösungsrecht* (Romanist. Beitr. 6, 1933) 95ff. (die letzten drei Abhandlungen betreffen die Stellung des *redemptus ab hostibus*).

<sup>3</sup> Hierher gehört der Übertritt in eine peregrinische Gemeinde, vor allem bei der Gründung latinischer Kolonien; vgl. z. B. BELOCH: *D. ital. Bund* 135ff., 1880 und insgesamt zum Verlust des Bürgerrechts MOMMSEN: *Röm. Staatsr.* III 42ff.

<sup>4</sup> So bei der *adrogatio* (§ 186, 3a), in *manum conventio* (§ 176), Veräußerung in das *mancipium* (§ 184, 4) und Freilassung aus dem *mancipium* (einschl. der hierdurch vermittelten Adoption und Emanzipation; § 186, 3b u. 4). Entscheidend war stets, daß die Agnation aufgehoben wurde, die den *capite minutus* mit den Angehörigen seiner bisherigen Familie verband. Darum erlitten die Gewaltunterworfenen, die durch den Tod ihres Gewalthabers gewaltfrei wurden, keine *capitis deminutio*; das agnatische Band blieb in diesem Falle erhalten.

<sup>1</sup> Grundlegend MITTEIS: *Röm. Privatr.* I 339ff.; vgl. ferner RABEL: *Grundzüge d. röm. Privatr.* 426ff., SCHNORR v. CAROLSFELD: *Gesch. d. jur. Pers.* I, 1933.

primären Wirkungskreise nach dem öffentlichen Recht an; ihre Wirksamkeit im Bereich des Privatrechts ist lediglich Mittel zum Zweck. Dagegen spielt sich das Leben der privatrechtlichen Körperschaften (Vereine) und Anstalten (Stiftungen) im wesentlichen innerhalb der Grenzen des Privatrechts ab.

2. Die moderne Lehre von der juristischen Person wurzelt in der Fortbildung des römischen Rechts durch die romanistische und kanonistische Wissenschaft des Mittelalters und der Neuzeit<sup>2</sup>. Das antike römische Recht kannte zwar Körperschaften und (in der Spätzeit) auch Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit, entbehrte aber einer allgemeinen Theorie über das Wesen dieser Gebilde<sup>3</sup>. Überhaupt enthalten die literarischen Rechtsquellen verhältnismäßig wenige Äußerungen über die juristischen Personen; nur an einzelnen Stellen namentlich der Ediktskommentare werden die Rechtsverhältnisse der Körperschaften berührt<sup>4</sup>, und zwar ganz überwiegend die der politischen Verbände (Staat und Gemeinden), also nach heutigem Sprachgebrauch der Körperschaften des öffentlichen Rechts. Erst das in reicher Fülle vorhandene, aber juristisch nicht sehr ergiebige Inschriftenmaterial<sup>5</sup> zeigt, welche bedeutende Rolle auch die privaten Vereinigungen<sup>6</sup> im Leben des römischen Reichs gespielt haben.

§ 44. Körperschaften<sup>1</sup>. 1. Zu den Körperschaften (*universitates*)<sup>2</sup>, denen im soeben gekennzeichneten Sinne (§ 43) eine besondere Rechtspersönlichkeit zukam, gehörte in erster Linie der römische Staat<sup>3</sup>. Neben ihm traten die Gemeinden in Italien und in den Provinzen, vor allem natürlich die nach römischem Recht leben-

<sup>2</sup> Hierüber vor allem O. v. GIERKE: Deutsch. Genossenschaftsr. II—IV, 1873—1913.

<sup>3</sup> Die dem römischen Recht zugeschriebene sog. Fiktionstheorie ist unrömisch und aus den Quellen nicht zu belegen, so vor allem nicht aus Flor. D. 46, 1, 22 (vgl. auch D. 30, 116, 3): *fungitur* ist nicht *fungitur*. Übrigens wird D. 46, 1, 22 vielfach für itp. gehalten (Lit. bei SCHNORR v. CAROLSFELD 52ff.); in der Tat dürfte *sicuti*ff. eine Glosse sein. — Über das genossenschaftliche Element im römischen Körperschaftsrecht vgl. MITTEIS: Röm. Privatr. I 341ff.; BESELER: ZSt. 45, 188f., 46, 83ff., Jur. Miniaturen 132ff., 1929; SCHNORR v. CAROLSFELD: bes. 402ff.

<sup>4</sup> Das meiste in D. 3, 4.

<sup>5</sup> Gesammelt und behandelt bei WALTZING: Etude sur les corporations professionnelles chez les romains (4 Bde, 1895—1900); vgl. ferner SCHNORR v. CAROLSFELD: 266ff.

<sup>6</sup> Hierzu muß jedoch bemerkt werden, daß die Antike überhaupt und insbesondere auch das römische Recht nicht scharf zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Verbänden scheidet; vgl. zuletzt SAN NICOLÒ: Ägypt. Vereinswesen I 2ff. A. A. SCHNORR v. CAROLSFELD: 1ff.

<sup>1</sup> Vgl. außer der in § 43, Anm. 1 genannten Lit.: KORNEMANN: RE 4, 380ff. (mit weiteren Angaben); TRUMPLER: Gesch. d. Gesellschaftsformen 37ff., 1906; COLI: Collegia e sodalitates (Pubbl. Sem. giur. Bologna 1, 1913); SAN NICOLÒ: Ägypt. Vereinswesen z. Z. d. Ptolemäer u. Römer, 2 Bde, 1913—15.

<sup>2</sup> Daß *universitas* in der Bedeutung Körperschaft stets itp. sei (vgl. zuletzt LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup>, 100, Anm. 5; SCHNORR v. CAROLSFELD: Gesch. d. jur. Pers. I 136ff.), trifft schwerlich zu. Zwar war der Ausdruck dem prätorischen Edikt fremd und als bequeme Verallgemeinerung bei den Nachklassikern beliebt (darum itp. in D. 3, 4, 2). Aber auch die Klassiker gebrauchten ihn als zusammenfassende Bezeichnung für Staat, Gemeinden und alle anderen Verbände; so in D. 3, 4, 7, 1; vgl. auch Gai. 2, 11. (Die Interpolationsbehauptung von SCHNORR v. CAROLSFELD: 91f., 101f. zerstört den charakteristischen Gegensatz von *universitas* und *singuli*; das außerjuristische Quellenmaterial erbringt keinen Beweis.)

<sup>3</sup> In republikanischer und frühkaiserlicher Zeit galt als Rechtssubjekt des staatlichen Vermögens, insbes. der Staatskasse (*aerarium populi Romani*) die Gesamtgemeinde der römischen Bürger. Unter dem Prinzipat waren jedoch diejenigen Teile des Staatsvermögens ausgenommen, die in der Verwaltung des Kaisers standen; sie wurden als Eigentum des Kaisers angesehen. Mit fortschreitender Festigung des kaiserlichen Verwaltungsapparats schied man wiederum zwischen der Privatschatulle des Kaisers (*res privata*), der Krondomäne (*patrimonium Caesaris*) und der vom Kaiser verwalteten Staatskasse (*fiscus Caesaris*). Diese Staatskasse war somit ein dem Kaiser als solchem zustehendes, von seinem übrigen Vermögen getrennt verwaltetes Zweckvermögen. Je mehr die republikanischen Staatsorgane an Bedeutung verloren, um so mehr gewann der Fiskus den Charakter der zentralen Staatskasse, bis schließlich das *aerarium* völlig verschwand (wahrscheinlich unter Diokletian). — Quellen u. Lit. bei KUBITSCHKE und ROSTOWZEW: RE I, 667ff.; 6, 2335ff. Besonders wichtig sind: MOMMSEN: Staatsr. II<sup>3</sup> 998ff.; HIRSCHFELD: Kaiserl. Verwaltungsbeamte bis auf Diokletian<sup>2</sup> 1ff., 1905; MITTEIS: Röm. Privatr. I 347ff. Über VASSALLI: Concetto e natura del fisco 1908, vgl. KOSCHAKER: ZSt. 32, 407ff.

den Bürgergemeinden (*municipia, coloniae*) und Latinergemeinden; sodann mannigfache Vereine (*collegia, sodalitates*) mit mehr oder weniger öffentlichem Charakter, wie z. B. die uralten Verbände der einzelnen Stadtquartiere und Flurbezirke in Rom und in anderen Gemeinden (*montani, vicani, pagani*), die Vereine der niederen Staatsbediensteten (*decuriae apparitorum*), die Gesellschaften der Steuerpächter und Pächter von öffentlichen Arbeiten (*societates publicanorum*); endlich eine große Zahl von Zünften, Handwerker-gilden, geselligen und kultischen Vereinigungen, Begräbnisvereinen u. dgl.<sup>4</sup> Sie alle konnten unabhängig von der Rechtspersönlichkeit der einzelnen Mitglieder Eigentum haben und Gläubiger und Schuldner sein; vgl. Ulp. D. 3, 4, 7, 1: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent*.

2. Hinsichtlich ihrer Entstehung bedürfen Staat und Gemeinden keiner Erörterung: Der Staat ist für das Privatrecht eine gegebene Größe, die Entstehung neuer Gemeinden war in Rom wie heute eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts; das Privatrecht hatte sich auch mit ihnen erst zu befassen, wenn sie ins Leben getreten waren. Nicht anders stand es mit vielen der altüberkommenen Vereinigungen öffentlicher oder sakraler Natur. Im übrigen scheint in republikanischer Zeit grundsätzlich Freiheit der Vereinsbildung bestanden zu haben. Allerdings führte der Senat die Aufsicht über das Vereinswesen und konnte die Bildung von Vereinen bestimmter Art verbieten, ebenso wie er vorhandene Vereine auflösen konnte (vgl. das *senatus consultum de Bacchanalibus* von 186 v. Chr., BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> S. 164ff.). Caesar und Augustus haben zahlreiche Vereinigungen aufgehoben, die in der letzten Zeit der Republik entstanden waren und Mittelpunkte politischer und sozialer Korruption bildeten (Suet. Caes. 42; Aug. 32). Von Augustus dürfte auch die *lex Iulia*<sup>5</sup> herrühren, die anscheinend die Behandlung des Vereinswesens in der Folgezeit beherrschte. Danach war die freie Vereinsbildung untersagt. Zur legalen Bildung eines Vereins bedurfte es nunmehr einer Erlaubnis des Senats<sup>6</sup>. Mit ihr war lediglich die Zulässigkeit des Zusammenschlusses ausgesprochen, nicht dagegen auch die Rechtsfähigkeit des Vereins begründet. Ob der Verein als solcher Rechte und Pflichten haben wollte, lag vielmehr durchaus in seiner eigenen Entscheidung; die Vorstellung einer besonderen Verleihung der Rechtsfähigkeit war dem römischen Recht ganz fremd<sup>7</sup>.

3. Die Organisation, deren jede juristische Person zu ihrer Betätigung im öffentlichen Leben und im privaten Rechtsverkehr bedarf, war für den Staat und

<sup>4</sup> Zusammenstellungen bei KORNEMANN: RE 4, 381ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 390ff. — Die Scheidung von Vereinigungen mit öffentlichem Charakter und rein privaten Verbänden ist nicht so einfach zu vollziehen, wie es nach der Fassung des Textes in der Voraufkl. den Anschein hat; auch Zünfte und Handwerker-gilden waren z. T. mit öffentlichen Aufgaben belastet, so die *collegia* der Schiffer und Bäcker im Dienste der stadtrömischen Getreideversorgung, vgl. HIRSCHFELD: Kaiserl. Verwaltungsbeamte<sup>2</sup> 242f.

<sup>5</sup> Wir kennen sie nur aus der Inschrift CIL VI 4416 (BRUNS: Fontes I 7, 388, Nr. 174); dazu MOMMSEN: Ges. Schr. III 113ff. — Ihr Geltungsbereich ist nicht bekannt. In den Provinzen besaßen offenbar die Statthalter weitgehende Vollmachten zur Überwachung des Vereinswesens; vgl. Marcian D. 47, 22, 1, 3. In den Kaiserprovinzen war überhaupt wohl die Mitwirkung des Senats ausgeschlossen.

<sup>6</sup> Den Besitz dieser Erlaubnis pflegen die Vereine auf den Inschriften vielfach durch den Zusatz *quibus senatus (co)ire (convocari) (co)gi permisit* zum Vereinsnamen kenntlich zu machen; in CIL VI 4416 (s. o. Anm. 5) tritt dazu noch: *e lege Iulia ex auctoritate Aug(usti)*.

<sup>7</sup> So schon JÖRS: Birkmeyers Enzykl. 1 97 und heute die herrschende Meinung. Anders nur MITTEIS: Röm. Privatr. 400f., dessen Auslegung von Gai. D. 3, 4, 1pr. jedoch von JÖRS i. d. Voraufkl. mit Recht zurückgewiesen wird. *Corpus habere* in dieser Stelle hat den ganz allgemeinen Sinn von „einen Verein bilden“; die von JÖRS vorgeschlagene Deutung „einen Verein, d. h. eine Vereinsversammlung abhalten“, ist nicht unmöglich, aber unwahrscheinlich; von dem dafür angeführten Beweismaterial hält nur die Analogie von *senatum, comitia, contionem habere* stand; *Bacanal habere* im *senatus consultum de Bacchanalibus* 3f. ist vielleicht anders, nämlich auf den Besitz einer Kultstätte zu deuten, vgl. FRAENKEL: Hermes 67, 369. — Zum Voraufgehenden SCHNORR v. CAROLSFELD: Gesch. d. jur. Pers. I 356f.

die Gemeinden durch das Verfassungs- und Verwaltungsrecht gegeben. Den Vereinen war es durch die Zwölftafeln (tab. VIII 27) gestattet, sich ihre Verfassung selbständig zu gestalten, sofern sie nur keine dem öffentlichen Recht zuwiderlaufenden Bestimmungen enthielt. Im allgemeinen scheinen sie dieses Recht auch in der Kaiserzeit gehabt zu haben, nur daß mißliebige Zwecksetzungen von vornherein durch Versagung der Erlaubnis zur Vereinsbildung vereitelt werden konnten.

4. Was das Maß der Rechtsfähigkeit anlangt, so stand die juristische Person der natürlichen keineswegs in jeder Hinsicht gleich. Allerdings konnte sie von jeher Eigentum, Forderungen und Schulden haben. Aber die Fähigkeit zum Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen, sowie zu Freilassungen ist ihr erst in allmählich fortschreitender Entwicklung zuerkannt und bei den einzelnen Arten verschieden behandelt worden<sup>8</sup>.

5. Ein unfertiges Bild weist das römische Recht hinsichtlich der Frage auf, in welcher Weise der Staat, die Gemeinden und Vereine rechtlich handelnd auftreten konnten. Daß es einen unmittelbaren Gesamtwillen aller Bürger oder Mitglieder nicht gebe, war den Juristen klar: *universi consentire non possunt*. Andererseits ist nie bezweifelt worden, daß ordnungsgemäße Beschlüsse des Volkes oder Senats (bzw. der Dekurionen) als Willenserklärungen des Staates oder der Gemeinde anzusehen seien. Auch für die Akte der Magistrate begegnen wir der gleichen Auffassung, und zwar nicht nur, wenn sie rein politischer Natur waren, sondern auch, wenn es sich um die zur regelrechten Verwaltung des Gemeindevermögens gehörigen Rechtsgeschäfte handelte. So bei der Veräußerung von Gemeindeländereien, bei der Verpachtung von öffentlichen Gefällen u. dgl. Hier waren die Beamten lediglich Organe des Staates oder Munizipiums, das durch sie diese Geschäfte abschloß. Darüber hinaus sehen wir sie aber auch im eigenen Namen, als mittelbare Vertreter der Gemeinde handeln. So nimmt der Magistrat ein Darlehen für die Gemeinde auf, die dann aber nicht aus diesem Geschäft als solchem haftet, sondern nur insoweit und weil sie dadurch bereichert ist (Ulp. D. 12, 1, 27). Im einzelnen bleibt vieles unsicher. Es ist kaum anzunehmen, daß die Frage überall einheitlich behandelt wurde; offenbar haben die Auffassungen auch zeitlich gewechselt. — Für die Vereine ist die Sachlage bei der Dürftigkeit des dafür zur Verfügung stehenden Quellenmaterials noch weniger durchsichtig. Es scheint, daß ein rechtsgeschäftlicher Erwerb ins Vereinsvermögen durch genossenschaftliches Zusammenhandeln der Mitglieder bewirkt werden konnte<sup>9</sup>. Daneben kam zweifellos auch die mittelbare Vertretung in Betracht.

6. Was schließlich die Delikte der Beamten und Organe von Staat, Gemeinden und Vereinen anlangt, so wird zwar mehrfach der Satz ausgesprochen, daß nur sie persönlich, nicht die Körperschaft dafür verantwortlich gemacht werden könnten (Ulp. D. 4, 3, 15, 1: *quid enim municipes dolo facere possunt?*). Aber in der Praxis scheint das doch nicht schlechthin anerkannt gewesen zu sein. Ulpian berichtet aus seiner eigenen Erinnerung über eine *actio quod metus causa* (§161) gegen die Gemeinde Capua (D. 4, 2, 9, 3)<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Hierüber SCHNORR v. CAROLSFELD: Gesch. d. jur. Pers. I 220ff., 313ff.

<sup>9</sup> Vgl. SCHNORR v. CAROLSFELD: Gesch. d. jur. Pers. I 315ff.

<sup>10</sup> MITTEIS: Röm. Privatr. I 341, Anm. 6 meint, daß die *actio quod metus causa*, von der in dieser Stelle die Rede ist, gegen die Gemeinde ebenso wirksam sei wie gegen jeden beliebigen Dritten, der etwas durch den Erpressungsversuch der „zusammengerotteten Bewohnerschaft“ erlangt hat. Demgegenüber sucht JÖRS i. d. Vorauf. zu beweisen, daß *Campani* sowohl im Vorder- wie im Nachsatz die Gemeinde als solche bedeuten müsse, daß die Erpressung also von den Organen der Gemeinde ausgegangen sei. Die eine wie die andere Auslegung tut offenbar der Stelle Gewalt an. In den Augen auch des klassischen Juristen war die Gesamtheit der Bürger nicht reinlich von der Gemeinde als Rechtssubjekt zu unterscheiden, vgl. BESELER: ZSt. 45, 188ff.; SCHNORR v. CAROLSFELD: Gesch. d. jur. Pers. I 402ff. — Zu D. 4, 2, 9, 3 und überhaupt zur Frage der Delikthaftung juristischer Personen vgl. auch SCHNORR v. CAROLSFELD: 338ff., bes. 342f.



§ 45. 1. Stiftungen kannte das Recht der klassischen Zeit<sup>1</sup> nur in der Weise, daß man einer Gemeinde oder einem Verein Geldbeträge oder andere Vermögenswerte mit der Bestimmung überwies, sie zu einem vorgeschriebenen Zweck zu verwenden. Hier war Rechtssubjekt lediglich die Gemeinde oder der Verein, die Stiftung bedeutete nur eine Zuwendung an sie unter Zwecksatzung (sog. unselbständige Stiftung). — Eine ähnliche (vgl. Anm. 4) Gestalt weisen im zweiten und dritten Jahrhundert die Alimentationsstiftungen<sup>2</sup> in Italien (seltener in den Provinzen) auf, die, von Kaiser Nerva begründet und von seinem Nachfolger Trajan durchgeführt, eine weitgehende Maßregel sozialer Fürsorge darstellen. Der Kaiser, gelegentlich auch Privatpersonen<sup>3</sup>, gaben Grundeigentümern<sup>4</sup> pfandrechtlich sichergestellte Darlehen, aus deren Zinsen Unterhaltsbeiträge für unbemittelte Knaben und Mädchen (*pueri alimentarii* bzw. *puellae alimentariae*) aufgebracht wurden.

2. Auch die zahlreichen mildtätigen Stiftungen der christlichen Kaiserzeit waren zunächst unselbständige Stiftungen in dem oben dargelegten Sinne. Der Stifter wendete das Stiftungskapital der Kirche zu, mit der Auflage, es für mildtätige Zwecke schlechthin oder für bestimmte Zwecke (z. B. die Unterhaltung eines Krankenhauses, eines Armen- oder Waisenhauses) zu verwenden. Zum mindesten im justinianischen Recht aber taucht neben dieser älteren Vorstellung auch der Begriff der selbständigen Stiftung auf, d. h. der Gedanke, daß es kirchliche Anstalten gebe, deren unmittelbarer Träger nicht die Kirche oder eine andere Korporation sei, die vielmehr selbständig und nur unter der Aufsicht der kirchlichen Organe verwaltet würden. Das Wesen dieser Anstalten (*piae causae*, *pia corpora*) blieb freilich ungeklärt. Schwerlich hatte man die Vorstellung, daß das Zweckvermögen als solches das Rechtssubjekt sei; eher wird man den Vorsteher der Anstalt als den Rechts-träger angesehen haben<sup>5</sup>.

### Drittes Kapitel.

## Sachen.

§ 46. Einteilungen und Arten der Sachen. 1. Die heutige Zivilrechtslehre kennt als obersten Begriff des Vermögensrechts den des Gegenstands. Gegenstand ist alles, was Objekt und zwar lediglich Objekt rechtlicher Beziehungen sein kann; der Kreis der Gegenstände zerfällt wiederum in Sachen und Rechte. Der Römer bezeichnet als *res* sowohl den Gegenstand schlechthin wie in einem engeren, eigentlichen Sinne die Sache. Dementsprechend unterscheidet die Systematik des klassischen Lehrbuchs (vgl. Gai. 2, 13) zwischen den *res corporales* (*veluti fundus homo*

<sup>1</sup> PERNICE: Labeo III 56ff., 150ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 414ff. (hier ist auch die Errichtung der Stiftung nach klassischem Recht behandelt, von der oben abgesehen ist); LAUM: Stiftungen i. d. griech. u. röm. Antike, 2 Bde 1914 (als Materialsammlung wertvoll); SCHNORR v. CAROLSFELD: Gesch. d. jur. Pers. I 26ff. Über das Recht der Spätzeit vgl. u. Anm. 5.

<sup>2</sup> Wir kennen die Alimentationsstiftungen vorzugsweise aus Inschriften, namentlich aus den beiden großen Tafeln CIL XI 1147 (Velleia) und IX 1455 (Ligures Baebiani), aus denen Proben (nebst anderen Belegen) in BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 346ff. mitgeteilt sind. Über die Einzelheiten, namentlich auch über die Verwaltung: MATTHIAS: Jb. f. Nationalök. 1885, 603ff.; BRINZ: Sb. Bayr. Akad., phil.-hist. Kl. 1887, II 209ff.; PERNICE: Labeo III 164ff.; KUBITSCHKE: RE I, 1484ff.; HIRSCHFELD: Kaiserl. Verwaltungsbeamte<sup>2</sup> 212ff.

<sup>3</sup> CIL X 5056 (BRUNS: Fontes I<sup>7</sup>, 349, Nr. 147); Plin. Ep. 7, 18 (weitere Beispiele s. b. BRUNS und LAUM: (s. o. Anm. 1). Da die an erster Stelle genannte Inschrift schon der Zeit des Augustus angehört, scheint private Wohltätigkeit das Vorbild geliefert zu haben.

<sup>4</sup> Die Gelder wurden nicht den Gemeinden übergeben, die nur an der Verwaltung beteiligt waren.

<sup>5</sup> Vgl. SCHNORR v. CAROLSFELD: Gesch. d. jur. Pers. I 14ff., 394ff., dort die weitere Lit., aus der hervorzuheben sind: DUFF: Cambridge Legal Essays 83ff., 1926; STEINWENTER: ZSt. 50, kanon. Abt., 1ff. (über die Rechtsstellung der byzantinischen Klöster). Zu DUFF vgl. LEVY: ZSt. 48, 687f.

(d. h. Sklave) *vestis aurum argentum et denique aliae res innummerabiles*) und den *res incorporales* (*qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicuti hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae*)<sup>1</sup>. Im folgenden ist grundsätzlich nur von den *res corporales* die Rede.

2. Anders als das deutsche Recht der Vergangenheit wie der Gegenwart behandelt das römische Recht Liegenschaften (*res immobiles*) und Fahrnis (*res mobiles*) grundsätzlich möglichst gleichmäßig. Immerhin bedingen es die tatsächlichen Verhältnisse, daß der Gegensatz zwischen Mobilien und Immobilien auch in Rom nicht ohne wesentliche Bedeutung war. So galten lediglich für *res immobiles* die Normen des Nachbarrechts (§69) und das Recht der Grunddienstbarkeiten (§81f.). Ferner waren die Ersatzungsfristen (§74ff.) und der Besitzschutz (§66) bei Mobilien und Immobilien verschieden ausgestaltet u. a. m. *Res immobiles* waren nur die Grundstücke (*praedia, fundi*)<sup>2</sup>: die im deutschen und auch im griechischen Recht<sup>3</sup> vorkommende Gleichstellung gewisser Mobilien mit dem Grundbesitz fehlt im römischen Recht eben wegen der grundsätzlichen Einheitlichkeit der sachenrechtlichen Verhältnisse. Zum Grundstück gehörte nicht nur die Bodenfläche, sondern auch der Luftraum darüber und der Erdkörper darunter<sup>4</sup>. Nach ihrer wirtschaftlichen Bestimmung, für die die örtliche Lage wohl in Betracht kam, aber nicht ausschlaggebend war, unterschied man *praedia urbana* (die der bürgerlichen Wohnung, dem städtischen Geschäft und Gewerbe dienten) und *praedia rustica* (landwirtschaftliche Grundstücke: Feld, Wald, Wiese, ländliche Wohn- und Vorrathshäuser).

3. An die Stelle der prinzipiellen Unterscheidung von Liegenschaften und Fahrnis tritt im römischen Recht bis zu einem gewissen Grade der uralte Gegensatz von *res Mancipi* (Grundstücke, Sklaven, Zug- und Lasttiere) und *res nec Mancipi*, für die noch im klassischen Recht verschiedene Übereignungsformen galten (u. § 71).

4. Gewisse Sachen waren dem Rechtsverkehr entzogen (*res extra commercium; res, quae extra nostrum patrimonium habentur*, Gai. 2, 1), nämlich den Göttern geweihte Sachen (*res divini iuris*, Gai. 2, 3ff.)<sup>5</sup> und Sachen im Gemeingebrauch (*res publicae*, Gai. 2, 11)<sup>6</sup>. Jene erscheinen bei Gaius wiederum in drei Untergruppen zerlegt: die *res sacrae*, d. h. die den Göttern der Oberwelt (*di superi*) durch sakrale Rechtshandlung zugeeigneten und geweihten<sup>7</sup> Kultgegenstände (Tempel, Tempelgerät, Altäre); die *res religiosae*, Grabstätten<sup>8</sup>, die den Totengeistern des Verstorbenen

<sup>1</sup> Herkunft der Unterscheidung zwischen *res corporales* und *incorporales* aus der Systematik der griechischen Grammatik: STROUX: Atti del Congr. intern. di dir. rom. I 122f.

<sup>2</sup> Der dem deutschen Begriff Grundstück entsprechende Ausdruck ist *praedium*. *Fundus* bedeutet Landgut als geschlossene Einheit, insbesondere einschließlich des Gutshofs (*villa*), vgl. Ulp. D. 50, 16, 60; Flor. D. 50, 16, 211 und aus der Literatur M. WEBER: Röm. Agrargesch. 82ff., 1891; OPIKOFER: D. Unternehmensr. 30ff., 1927.

<sup>3</sup> Vgl. z. B. SCHÖNBAUER: Beitr. z. Gesch. d. Liegenschaftsr. i. Altert. 44f.

<sup>4</sup> Der Luftraum, soweit es die wirtschaftliche Beherrschung des Grundstücks erforderte (letzte ausführliche Behandlung mit Lit.: BONFANTE: Corso dir. rom. II 1, 219ff.). — Das Recht am Erdkörper erstreckte sich auch auf die darin vorhandenen Erze, Mineralien usw.; ein vom Eigentum geschiedenes Bergrecht war dem römischen Recht unbekannt; vgl. SCHÖNBAUER: Beitr. z. Gesch. d. Bergbaurechts (Münchener Beitr. z. Papyrusf. 12) bes. 131ff. (s. auch § 69, Anm. 2). — Über die Rechtsverhältnisse an Grundstücksgrenzen s. § 156, 2.

<sup>5</sup> Die Speziallit. betrifft hauptsächlich die Untergruppe der *res religiosae*; hier seien hervor gehoben nur MOMMSEN: Jur. Schr. III 198ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. I 13ff.; weitere Lit. bei BONFANTE und bei TAUBENSCHLAG: ZSt. 38, 244.

<sup>6</sup> PERNICE: Festg. f. Dernburg 125ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. I 42ff. Über die Interdikte zum Schutz des Gemeingebrauchs ÜBBELOHDE b. GLÜCK: Komm. z. d. Pand. 43—44 IV; BERGER: RE 9, 1630ff. Lit. zur Rechtsnatur des Meeres, der Meeresküste und der Wasserläufe s. u. Anm. 9.

<sup>7</sup> Über die Begriffe der sakralen Zueignung (*dedicatio*) und Weihung (*consecratio*) vgl. MOMMSEN: Staatsr. II 3 618ff.; MARQUARDT: Röm. Staatsverwaltung III 259ff.; WISSOWA: Religion u. Kultus d. Römer 2 385, 394; RE 4, 896ff., 2356ff.; BRASSLOFF: Studien z. röm. Rechtsgesch. I 1ff., 1925.

<sup>8</sup> Vgl. Cels. in D. 11, 7, 2, 5; Gai. 2, 6f.; Marcian D. 1, 8, 6, 4. — Zahllose Grabsteine tragen die Widmung „*Dis Manibus*“; einer sagt ausdrücklich: *hunc locum monumentumque Diis Manibus*

(*Di Manes*) vom Augenblick der Bestattung an anheimfielen; und endlich die *res sanctae*, Mauern und Tore der Stadt, zwar nicht eigentlich den Göttern zugeeignet und deshalb nur *quodammodo divini iuris*, aber doch durch den besonderen Schutz der Gottheit aus der Sphäre menschlichen Rechts herausgehoben. Die *res publicae* waren Staats- oder Gemeindeeigentum, aber dem Rechtsverkehr entzogen, solange der Gemeingebrauch daran bestand. Zu ihnen gehörten die öffentlichen Wege und Straßen, z. B. die Heerstraßen (*viae militares, consulares*), die öffentlichen Plätze (*campus Martius*), Rennbahnen, Theater, die dauernd wasserhaltigen Flüsse (*flumina perennia*), deren Ufer und endlich auch, wenngleich nicht unbestritten<sup>9</sup>, das Meeresgestade, soweit die Flut zu steigen pflegte<sup>10</sup>.

5. In einem anderen Sinn war der provinziale Boden des Privateigentums nicht fähig. Er galt in der klassischen Theorie als Staatseigentum<sup>11</sup>; den privaten Grundbesitzern maß man nur ein eigentumsähnliches Besitz- und Nutzungsrecht zu (Gai. 2, 7 u. 21). Dieses Quasieigentum war seinerseits natürlich frei veräußerlich.

6. Sind die bisher erörterten Einteilungen und Gruppen in ihrer Existenz oder doch in ihrer Bedeutung historisch bedingt, so spielen die vertretbaren und die verbrauchbaren Sachen heute wie im römischen Recht die gleiche Rolle. Vertretbar (*quae pondere numero mensura consistunt*) sind Sachen, die im Verkehr regelmäßig nur gattungsmäßig bestimmt und darum nach Maß, Zahl oder Gewicht bezeichnet werden. Verbrauchbare Sachen (*res quae usus consumuntur, quae in abusu continentur*) kennzeichnen sich dadurch, daß ihr normaler Gebrauch in einem natürlichen (Speisen) oder auch wirtschaftlichen (Geld) Aufbrauchen oder im Verbrauch durch Abnutzung (Kleider) besteht.

§ 47. Teil und Frucht 1. Teil (*pars*) hat im Sprachgebrauch des römischen Rechts eine doppelte Bedeutung:

a) Man verstand darunter einerseits den realen Teil (Bestandteil) eines Ganzen, sei es, daß dieses Ganze eine einheitliche, sei es, daß es eine zusammengesetzte Sache ausmachte. In diesem Sinn ist der Ast Teil des Baumes, das Fell Teil des Tieres, sind die Steine, die Balken, das Dach, ein Stockwerk Teile des Hauses und damit auch des Grundstücks.

*do legoque* (vgl. § 221, 3a). — Provinzialboden konnte, wie Gai. 2, 7 berichtet, nach der herrschenden Auffassung weder *sacer* noch *religiosus* werden; er wurde jedoch *pro sacro* bzw. *pro religioso* behandelt. Angesichts dieser Nachricht ergeben sich Schwierigkeiten bei der Auslegung einer Bestimmung im Gnomon des Idios Logos (vgl. § 11, 4a. E.), wonach die Römer (und nur sie) befügt waren, Gräber in Ägypten zu veräußern. Vgl. dazu PARTSCH-LENEL: Sb. Akad. Heidelberg 1920, 1, 10f.; REINACH: NRH. 44, 43f.; Graf UXXULL-GYLLENBAND: Arch. f. Pap. 9, 193; BGU V, 2, 11ff.

<sup>9</sup> Der Meeresstrand ist *res publica* nach Aquilius Gallus bei Cic. top. 32, Cels. D. 43, 8, 3 und auch nach Nerat. D. 41, 1, 14. Während aber Celsus ihn ausdrücklich als Staatseigentum anspricht, deutet Neratius die Öffentlichkeit anders, im Sinn von Herrenlosigkeit. Bei Marcian D. 1, 8, 2 u. 4 schließlich erscheint der Strand neben dem Meere selbst, der freien Luft und dem fließenden Wasser als Glied einer nur hier bezeugten (von Iust. I. 2, 1 pr., 1 übernommenen) Kategorie der *res communes omnium*. Diese Begriffsbildung, deren klassischer Ursprung nicht völlig zweifelsfrei ist, darf jedenfalls nicht als von den Klassikern allgemein anerkannt gelten. Es handelt sich um eine wenig glückliche Entlehnung aus der griechischen Spekulation, vgl. hierzu BONFANTE: Corso dir. rom. I 42ff.; ARANGIO-RUIZ: Ist<sup>3</sup>, 165f. — Die Rechtsnatur der Meeresküste und überhaupt das römische Wasserrecht sind Gegenstand mehrerer italienischer Monographien; zuletzt COSTA: Riv. dir. internaz. 10, 337ff.; Le acque nel dir. rom., 1919; BIONDI: Studi Perozzi 269ff. Bei ihnen weitere Lit.

<sup>10</sup> Die Begrenzung ergibt Cic. top. 32.

<sup>11</sup> MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 731ff.; KLINGMÜLLER: Philologus 69, 71ff. — Man unterscheidet nach der Art des Bodenzinses die *praedia stipendiaria* der vom Senat und die *praedia tributaria* der vom Kaiser verwalteten Provinzen. Jene galten nach Gaius als Eigentum des *populus Romanus*, diese als Eigentum des Kaisers. Durch Verleihung des *ius Italicum* konnte auch dem Provinzialboden die volle Eigentumsfähigkeit gegeben werden. Die Unterscheidung von Provinzialboden und italischem Boden wurde, nachdem sie längst durch die Entwicklung überholt war, von Justinian aufgehoben: C. 7, 31, 1, vgl. I, 2, 1, 40.

b) Andererseits bedeutete *pars* den Bruchteil (Rechnungsteil), das Maß der Mitberechtigung (den Anteil) an einer ganzen Sache (z. B. Miteigentum zweier Personen an einem Hause, je zur Hälfte). Das Teilverhältnis nahm hier keine äußere Gestalt an (darum *pars pro indiviso*), es war nur ein gedachtes (ein ideeller, intellektueller Teil). Geteilt war also nicht die Sache, sondern das Maß der Berechtigung<sup>1</sup>.

2. Als Früchte (*fructus*) galten zunächst die natürlichen Erträge (*fructus naturales*), die eine Sache unbeschadet ihres Wesens gewährte, gleichviel, ob die Sache sie selbst hervorbrachte (Erzeugnisse, z. B. Getreide, Obst, Wein, Tierjunge, Wolle) oder nur die Möglichkeit ihrer Gewinnung darbot (Sand, Kreide, Steine). Im weiteren Sinne (*fructus civiles*, juristische Früchte) wurden aber auch die Erträge, die kraft eines Rechtsverhältnisses aus einer Sache gewonnen wurden (Miet- und Pachtgelder), zu den Früchten gezählt und ihnen sogar die Erträge eines Rechtes (Zinsen der Forderung), wenn auch nicht gleich-, so doch zur Seite gestellt. Der engere Begriff der Frucht als Erzeugnis ging also in den weiteren des wirtschaftlichen Ertrags (*reditus*) über. Die natürlichen Früchte waren bis zu ihrer Trennung Bestandteile der Muttersache. Mit der natürlichen oder künstlichen Trennung wurden sie selbständige Sachen.

#### Viertes Kapitel.

### Rechtsgeschäfte.

#### I. Im allgemeinen.

§ 48. **Rechtsgeschäft und Anspruch**<sup>1</sup>. 1. Das heutige Recht unterscheidet zwischen Rechtsgeschäften und Prozeßhandlungen, je nachdem die von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen die Begründung, Aufhebung, Veränderung von Rechten oder deren (gerichtliche) Geltendmachung zum Ziele haben. Für das römische Recht der älteren und der klassischen Zeit bestand diese Unterscheidung nicht in der gleichen Schärfe. Auch der prozeßbegründende Akt, die *litis contestatio*, galt als ein Rechtsgeschäft (ein Vertrag) unter den Parteien. Dem entspricht es, daß sowohl dieses „Prozeßgeschäft“, wie das Rechtsgeschäft im engeren, modernen Sinn ursprünglich mit den gleichen Ausdrücken *agere*, *actus*, *actio* bezeichnet wurden<sup>2</sup>. Allerdings hat dann der Sprachgebrauch des klassischen Rechts *agere* und *actio* in der Regel auf das Prozeßgeschäft beschränkt, dessen rechtsgeschäftlicher Charakter auch weiterhin deutlich in der üblichen Wendung *agere cum aliquo* hervortrat (wir sagen: gegen jemanden klagen). Einen scharfgeprägten Kunstausdruck für das Rechtsgeschäft im engeren Sinn hat das klassische Recht nicht besessen. *Negotium* (= Unmuße), das insbesondere für den Vertrag vielfach verwendet wurde, bezeichnet über den Bereich des Privatrechts hinaus eine jede Beschäftigung (daher z. B. auch die öffentlichrechtliche Tätigkeit eines Beamten) und hat niemals eine derart technische Bedeutung erlangt, wie auf dem Gebiet des Prozeßrechts der von Hause aus nicht minder allgemeine Terminus *actio*<sup>3</sup>. Der Begriff des „Rechtsgeschäfts“ ist den Römern trotz dieser terminologischen Unschärfe natürlich nicht fremd gewesen. Aber er wurde mehr empfunden als durchdacht und war längst nicht in der gleichen

<sup>1</sup> Über das sog. Stockwerkseigentum vgl. PINELES: Grünhuts Z. 29, 707ff., 30, 767ff.; WEISS: Arch. f. Pap. f. 4, 337f.; WENGER: Aus röm. u. bürgerl. R., (Festg. f. Bekker) 73ff.; Pap. München 94f., 112f. Das syr.-röm. Rechtsbuch sowie die ägyptischen Urkunden zeigen, daß das Stockwerkseigentum im Osten des Reichs weitverbreitet war.

<sup>2</sup> MITTEIS: Röm. Privatr. I 136ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 403ff., 409f. Über den Begriff der *actio* ist im Zivilprozeß zu handeln, hier genügt ein Hinweis auf WLAŠAK: RE 1, 303ff.

<sup>3</sup> Grundlegend für die heutige Auffassung über den Prozeßvertrag ist die Schrift von WLAŠAK: D. Litiskontestation i. Formularprozeß, 1889. Im übrigen s. o. Anm. 1.

<sup>3</sup> Vgl. auch PRINGSHEIM: ZSt. 42, 278ff.

Weise Angelpunkt des privatrechtlichen Denkens wie heute. Überhaupt fehlte dem römischen Recht auch der klassischen Zeit eine zusammenfassende Lehre von den Grundlagen des Privatrechtssystems. Die Einzelercheinungen des Rechtslebens standen durchaus im Vordergrund der klassischen Rechtsbetrachtung. Auch die stärkere Systematik des nachklassisch-justinianischen Rechts ist über eine solche Betrachtungsweise nur sehr bedingt hinausgelangt. Den entscheidenden Schritt zur privatrechtlichen Systembildung hat vielmehr erst die Pandektenwissenschaft des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts getan. Für die moderne Darstellung des römischen Rechts ist indessen der Begriff des Rechtsgeschäfts und die Entwicklung allgemeiner Lehren aus den Einzeläußerungen der Quellen nicht zu entbehren.

2. Mit der Bedeutung von *actio*<sup>4</sup> als Prozeßgeschäft (s.o.) hängt der materielle Begriff dieses Wortes zusammen. Das vom Zivilrecht anerkannte subjektive Recht schloß die Befugnis in sich, den Gegner in Verfolgung dieses Rechts vor Gericht „anzusprechen“<sup>5</sup>. Die dabei für Angriff und Verteidigung erforderlichen Formeln (ursprünglich Spruch-, später Schriftformeln) und die damit verbundenen rituellen Handlungen bezeichneten die Römer in älterer Zeit, wenn es sich um die Geltendmachung von Herrschaftsrechten handelte, als *vindicaciones*, im Falle der Geltendmachung von Forderungsrechten als *actiones*. Frühzeitig aber wurde der Ausdruck *actio* in beiderlei Hinsicht verwendet. Gaius z. B. war die Unterscheidung zwischen *actio in rem* und *actio in personam* schon ganz geläufig (4, 1 ff.), offenbar galt sie ihm als etwas längst Bekanntes. Im Sinne dieses Sprachgebrauchs bedeutete *actio competit*: das Zivilrecht stelle dem Kläger eine Formel zur Verfolgung seines Rechts zur Verfügung; *actio tenetur*: der Beklagte unterliege dieser Formel<sup>6</sup>. Von da aus war es ein kleiner Schritt, daß man auch das Recht, das der Kläger auf diese Weise gegen den Beklagten geltend machte, als *actio* bezeichnete, darunter also auch den „Anspruch“<sup>7</sup> verstand, für den das Recht dem Kläger eine Formel gegen den Beklagten zu Gebote stellte. Schließlich ist es auch begreiflich, daß man den Begriff *actio* im materiellen Sinn als prozessual verfolgbares Recht auch dann noch festhielt, als man im nachklassischen Recht keine Klagformeln mehr kannte.

3. Wie man schon aus dem Vorhergehenden entnehmen kann, bildete sich der materielle Begriff der *actio* zuerst bei der *actio in personam* aus. Hier war er regelmäßig mit der Entstehung des Forderungsrechts gegeben: *obligatio* und *actio* (Forderung und Anspruch) deckten sich (Cels. D. 44, 7, 51: *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*). Das Herrschaftsrecht dagegen, insbesondere das dingliche Recht, rief durch seine Entstehung noch keinen Anspruch ins Leben. Erst dadurch entstand bei ihm eine Verpflichtung, daß der Beklagte mit dem Kläger die *litis contestatio* vollzog (Ziff. 1) und sich durch diese dem über die streitige Sache vom Richter zu fällenden Urteil unterwarf. Ein wirklicher dinglicher Anspruch

<sup>4</sup> Vgl. zum folgenden WLASSAK: RE I, 303ff., 314f.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 87ff.

<sup>5</sup> Vgl. lex XII tab. VIII 16: *si adorat furto*.

<sup>6</sup> Die honorarrechtlichen Ansprüche, deren Grundlage nicht das Gesetz oder Gewohnheitsrecht, sondern das Edikt und die Amtsgewalt des Magistrats bildeten, scheinen ursprünglich nicht als *actiones* bezeichnet worden zu sein; bald aber wurde auch bei ihnen dieser Ausdruck üblich: *actio Publiciana* u. a. m.

<sup>7</sup> Diesen Begriff hat WINDSCHEID (D. Actio d. röm. Zivilr., 1856) in die Wissenschaft des Privatrechts eingeführt. Auf die damit verbundenen dogmatischen Fragen kann hier nicht eingegangen werden (Lit. b. WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>9</sup>, 182ff., § 43—45). Im übrigen ist zuzugeben, daß der Begriff des Anspruchs, wie er in der modernen Rechtssprache und auch im deutschen BGB verwendet wird, sich in mancher Hinsicht nicht mit dem der römischen *actio* deckt (vgl. MITTEIS: Röm. Privatr. I 91f.). Trotzdem wird eine Darstellung des römischen Rechts, wenn sie den materiellen Inhalt von *actio* treffen will, nicht ohne ihn auskommen können. Die Bezeichnung „Klage“ läßt zwar den engen Zusammenhang des materiellen Rechts mit seiner prozessualen Verwirklichung deutlicher hervortreten, als das durch seine moderne Verwendung verfälschte Wort „Anspruch“, unterliegt aber ihrerseits anderen Bedenken. Wie WLASSAK mehrfach mit Recht betont hat (zuletzt ZSt. 42, 400), kennt weder das alte noch das klassische Recht einen Prozeßakt, den man mit „Klage“ bezeichnen könnte.

wurde erst im spätrömischen Recht anerkannt, als Honorius und Theodosius II., wie alle Aktionen, so auch die *actiones in rem* der Verjährung unterwarfen (C. Th. 4, 14 = C. I. 7, 39, 3 vom Jahr 424). In diesem jüngeren Sinn entstand der Anspruch mit der Verletzung des dinglichen Rechts (z. B. mit der Entziehung der Sache).

§ 49. Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1. Das Rechtsgeschäft ist die Verkörperung des auf einen rechtlichen Erfolg gerichteten Parteiwillens. Nicht immer kommt dieser Wille in dem äußeren Tatbestande des rechtsgeschichtlichen Handelns zu einem vollkommenen und unmißverständlichen Ausdruck. Darum bedarf das Rechtsgeschäft, nicht anders als ein Gesetz, der Klarstellung durch Auslegung. Je nachdem die Auslegung das Schwergewicht auf den äußeren Erklärungsgehalt des Rechtsgeschäfts oder auf den dahinterstehenden, mehr oder weniger unvollkommen zum Ausdruck gelangten Willen legt, spricht man von typischer (objektiver) oder von individueller (subjektiver) Auslegung. Die Entwicklung der Auslegungsmethode pflegt, im Großen gesehen, von der typischen zur individuellen Auslegung hin zu verlaufen; so auch in Rom.

2. Im älteren römischen Recht herrschte die typische Auslegung. Die Rechtsgeschäfte waren grundsätzlich Formalakte (vgl. § 52, 2), denen jeweils ein ganz bestimmter, herkömmlicher Erklärungsgehalt innewohnte. Erst gegen Ausgang der Republik griff eine individuellere Auslegung Platz. Zum Teil beruhte dies auf dem Rückgang des alten Geschäftsformalismus; der Verkehr mit dem Auslande und das aus ihm erwachsene *ius gentium* (§34) hatte auf wichtigen Gebieten des Rechtslebens neue, formfreie Geschäftstypen hervorgebracht, die eine stärkere Berücksichtigung des Parteiwillens forderten. Zu diesem Momente der inneren Entwicklung kam der Einfluß der griechischen Rhetorik<sup>1</sup>. In der bis ins kleinste ausgebildeten Technik der griechischen Redekunst nahm bei der Feststellung des Streitpunktes (*σάδης*; *constitutio*) die Frage einen hervorragenden Platz ein, ob ein Gesetz oder Rechtsgeschäft nach seinem Wortlaute (*κατὰ ῥητόν*, *secundum verba*) oder nach dem Willen des Gesetzgebers bzw. der erklärenden Partei (*κατὰ διάνοιαν*, *secundum voluntatem*) auszulegen sei (sog. *constitutio legitima*). Den römischen Juristen trat also, nachdem die rhetorische Technik auch in Rom Wurzel gefaßt hatte, der Widerstreit zwischen Wort und Wille, zwischen Buchstabeninterpretation und freier, sinngemäßer Auslegung täglich auf dem Markte entgegen. Besonderes Aufsehen erregte in dieser Hinsicht die sog. *causa Curiana*<sup>2</sup>, ein Erbschaftsstreit, der im Jahre 93 v. Chr. vor dem Gerichtshof der *centumviri* (vgl. §209, 1) ausgefochten wurde. Hier vertrat L. Licinius Crassus, der berühmteste Redner seiner Zeit, siegreich die freie Ausdeutung des Testaments nach dem Willen des Erblassers, während der große Jurist Q. Mucius Scaevola (*pontifex*, §14, 4) vergeblich die wörtliche Auslegung verteidigte. In der Folgezeit spielte dann der Gegensatz zwischen Wortlaut und Sinn der rechtsgeschäftlichen Erklärung auch in der Rechtsliteratur eine bedeutende Rolle<sup>3</sup>. Die Rücksichtnahme auf den Willen der erklärenden Partei, auf ihre persönlichen Verhältnisse und auf die besonderen Umstände des Falles trat mehr und mehr hervor (vgl. z. B. Pap. D. 50, 15, 219: *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectare placuit*). Freilich bedeutete dies keineswegs, daß der eindeutige Wortlaut der Erklärung gegenüber der Willenserforschung vernachlässigt wurde. Die im klassischen Recht durchaus vorherrschende Lehre beschränkte vielmehr die Berücksichtigung des Willens grundsätzlich auf solche Fälle, in denen der objektive

<sup>1</sup> Hierüber bes. STROUX: *Summum ius summa iniuria*, ein Kap. a. d. Gesch. d. interpretatio uris, 1926; ital. Übers. m. Vorrede v. RICCOBONO in Ann. Palermo 12, 639ff.; HIMMELSCHNEIN: *Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel* 373ff. Zu der vielbeachteten Schrift von STROUX vgl. z. B. LEVY: *ZSSt.* 48, 668ff.; RICCOBONO: *Gnomon* 5, 65ff.; JOLOWICZ: *LQR* 48, 180ff.; s. auch o. § 18, Anm. 8.

<sup>2</sup> S. bes. STROUX: (s. o. Anm. 1) 29ff. Näheres über die Rechtsfrage s. u. § 204, 6.

<sup>3</sup> Vgl. z. B. Alfén. D. 19, 2, 29; Cels. D. 33, 10, 7, 1f. (im Kern echt); Pap. D. 35, 1, 101 pr.; D. 50, 16, 219. Weiteres Material bei HIMMELSCHNEIN: (o. Anm. 1) 398ff.

Sinn der Erklärung mehrdeutig war (Paul. D. 32, 25, 1: *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*). Zudem widerstanden die altzivilen Formalgeschäfte auch in klassischer Zeit noch weitgehend der Anwendung freier Auslegungsmethoden; so erlag z. B. der Testamentsformalismus endgültig erst den Neuerungsbestrebungen der konstantinischen Zeit (§ 204, 2)<sup>4</sup>. Insgesamt bietet also das klassische Recht durchaus nicht ein Bild doktrinäer Betonung des Willensmoments<sup>5</sup>; eher fast läßt sich behaupten, daß auch die Klassiker noch vorwiegend die Methode einer objektiven Auslegung befolgten, die freilich aufs höchste durchgebildet war und überall da durch eine gesunde Willensauslegung ergänzt wurde, wo die Billigkeit es forderte und die Struktur der klassischen Rechtsordnung es zuließ. Erst die nachklassische Entwicklung führte über diese abgewogene Praxis hinaus zu einer schematischen und oft überspannten Betonung der Parteiabsicht (des *animus*), wie sie in interpolierten Quellenstellen vielfach zutage tritt<sup>6</sup>.

3. Eine besondere Gestaltung des Auslegungsproblems ergibt sich bei solchen Rechtsgeschäften, die durch Übereinkunft zweier Parteien zustandekommen, m. a. W. bei Verträgen<sup>7</sup>. Hier bedarf es nicht nur einer Auslegung der beiderseitigen Erklärungen, sondern außerdem der Feststellung, ob diese Erklärungen wiederum einander decken. Nur wenn dies der Fall ist, liegt die erforderliche Willensübereinstimmung (*consensus*) vor, nur dann sind die Parteien wirklich „übereingekommen“ (*convenire*; Ulp. D. 2, 14, 1, 3). Ergibt dagegen die Auslegung, daß die beiderseitigen Erklärungen einander nicht entsprechen (*dissensus*), so ist ein gültiger Vertrag nicht zustande gekommen. Hinsichtlich dieser besonderen Fragestellung der Vertragsauslegung gilt nach römischem Recht grundsätzlich nichts anderes als für die Auslegung überhaupt: Die ältere Zeit blieb auch hier ausschließlich im Rahmen einer typischen

<sup>4</sup> Gerade im Bereich des Testamentsrechts gibt es im klassischen Recht zahlreiche und eigenartige Beispiele einer formalen Interpretation; vgl. z. B. das Institut der *heredis institutio ex re certa* (§ 204, 3) und vor allem den jetzt von DULCKERT: Erblasserwille u. Erwerbswille bei Antretung d. Erbschaft 1934 untersuchten Problemkreis. Daneben freilich findet sich an Stellen, wo sich die Auslegung freier bewegen konnte, die weitestgehende Rücksichtnahme auf den Willen des Erblassers, schon darum, weil hier keinerlei Forderungen der Verkehrssicherheit im Wege standen (vgl. Paul. D. 50, 17, 12: *in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur*). Besonders eindrucksvoll sind in dieser Hinsicht die erbrechtlichen Entscheidungen des Kaisergerichts, die z. B. in Fällen des Motivirrtums den Willen zur Geltung bringen, den der Erblasser geäußert hätte, wenn er sich nicht im Irrtum befunden hätte; vgl. SCHULZ: Gedächtnisschr. f. Seckel 88ff. und u. § 62, 2c. Natürlich wirkt sich bei diesen Entscheidungen die besonders freie Stellung des Kaisers gegenüber der geltenden Rechtsordnung aus; nicht minder frei ist indessen die *extraordinaria cognitio* anderer Organe auf neugeschaffenen Rechtsgebieten, z. B. im Fideikommißrecht (§ 225).

<sup>5</sup> Dies muß in der Gesamtwürdigung gegenüber STROUX und RICCOBONO betont werden; vgl. auch LEVY und JOLOWICZ: (o. Anm. 1). — Im einzelnen bedarf das Ausmaß der klassischen Rücksichtnahme auf den Parteiwillen noch der Klärung durch Spezialuntersuchungen; einen Vorstoß in dieser Richtung bedeutet die o. Anm. 4 zit. Abhandlung von DULCKERT.

<sup>6</sup> Dies ist der zutreffende Kern der kritischen *animus*-Forschung, wie sie besonders von ROTONDI (Scr. giur. III 94ff.), PARISCCH (ZSSt. 42, 227ff.; Nachgel. u. kl. Schr. 122ff.), PRINGSHEIM (ZSSt. 42, 273ff.; LQR 49, 43ff., 379ff.) und LEVY (Hergang d. röm. Ehescheidung 96ff.) entwickelt wurde. Soweit sich RICCOBONO schlechthin gegen ihre Berechtigung wendet, ist ihm nicht beizutreten. — Vgl. auch die Ausführungen von RABEL über den *animus* bei der Geschäftsführung ohne Auftrag: Studi Bonfante IV 279ff., bes. 292ff.

<sup>7</sup> Einen für das gesamte Gebiet des Privatrechts geltenden Vertragsbegriff hat das klassische Recht nicht ausgebildet. Selbst im engeren Bereich des Schuldrechts blieb die klassische Synthese zwischen den überkommenen vier Arten der *contractus* (s. u. § 117) des Zivilrechts und den prätorischen *pacta* unvollkommen. Zwar erkannte man, wie besonders Pedius bei Ulp. D. 2, 14, 1, 3 beweist, das allen schuldrechtlichen Verträgen gemeinsame Moment der Willensübereinstimmung; aber man erhob es nicht zum zentralen Geltungsgrund der Vertragsobligatio. Dies hätte in der Tat einen Umsturz des gesamten hergebrachten Rechtssystems bedeutet. Auch das nachklassisch-justinianische Recht vermochte sich nicht von den alten Grundbegriffen des Schuldrechts zu befreien, wengleich es das Moment der Willenseinigung entschiedener betonte als das Recht der Klassiker. — Lit.: RICCOBONO: Studi Bonfante I 123ff.; BRASIELLO: Studi Bonfante I 539ff.; Studi Urbinati 3, 103ff.; LEVY: ZSSt. 51, 556f.

Interpretation, indem sie lediglich auf die Übereinstimmung der Erklärungen achtete und das Willensmoment unberücksichtigt ließ. Das klassische Recht dagegen ließ in gewissem Umfange die Berufung darauf zu, daß man die Erklärung des Geschäftsgegners mißverstanden habe. Da die Römer den Tatbestand dieses (sog. versteckten) Dissenses nicht vom Irrtum trennten<sup>8</sup>, ist eine selbständige Behandlung an dieser Stelle nicht geboten.

§ 50. Bedingungen und Befristungen<sup>1</sup>. 1. Die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts können ihrer Natur nach oder dem Parteiwillen zufolge vom Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängen<sup>2</sup>. Ist dieses Ereignis von vornherein mit Gewißheit zu erwarten, sei es auch zu unbestimmter Zeit, so spricht man von einer bloßen Befristung (*dies*, Termin); erscheint dagegen der Eintritt des Ereignisses bei der Vornahme des Geschäfts lediglich als möglich, so handelt es sich um eine Bedingung (*condicio*). Befristung und Bedingung können beide entweder aufschiebend (suspensiv) oder auflösend (resolutiv) wirken, d. h. es kann sowohl das Wirksamwerden wie das Unwirksamwerden des Geschäfts an das künftige Ereignis geknüpft sein.

2. Aufschiebende Bedingung und Befristung waren dem römischen Recht von jeher geläufig<sup>3</sup> und begegnen in den Quellen bei Rechtsgeschäften aller Art, besonders aber bei Stipulation und Vermächtnis. Ausgeschlossen waren sie jedoch bei einer Anzahl von altzivilen Rechtshandlungen, die Pap. D. 50, 17, 77 als *actus legitimi* bezeichnet<sup>4</sup>; hier führte ihre Befügung zur Nichtigkeit des ganzen Geschäfts. Befristungs-, nicht auch bedingungsfeindlich war ferner die Erbeinsetzung (Pap. D. 28, 5, 34; die Befristung wurde gestrichen). — Wesentlich anders war die Behandlung auflösender Bedingungen und Befristungen. Sie waren vom Standpunkt des *ius civile* bei Geschäften strengen Rechts (also vor allem auch bei Stipulation und Legat) unzulässig und darum wirkungslos; der Prätor behandelte sie indessen als formlose Aufhebungsabreden (*pacta conventa*) und verhalf ihnen durch Gewährung einer Einrede (*exceptio pacti* oder *doli*) zur Wirksamkeit<sup>5</sup>. Schlecht hin unzulässig waren auflösende Befristung und Bedingung dann, wenn es sich um die Begründung oder Übertragung absoluter Rechte handelte, deren Inhalt keine zeitliche Beschränkung vertrat (z. B. Eigentum, Freiheit, väterliche Gewalt)<sup>6</sup>; in solchen Fällen führte ihre Befügung zur Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts, nicht anders als bei den *actus legitimi*. Daß übrigens die auflösende Befristung von den Römern nicht als selbständige Rechtsgebilde empfunden wurden, ergibt sich bereits aus der erwähnten Art des prätorischen Schutzes bei strengrechtlichen Geschäften. Man sah sie lediglich als besondere Anwendungsfälle der aufschiebenden Bedingung und Befristung an, nämlich als aufschiebend bedingte oder befristete Aufhebungsabreden. Auflösende Befristung begegnet am häufigsten naturgemäß bei Dauerschuldverhältnissen (Gesellschaft, vgl. Paul. D. 17, 2, 1 pr.; Pacht, Ulp. D. 19, 2, 13, 11; auch Nießbrauch, Paul. fr. Vat. 48). Die auflösende Bedingung spielt

<sup>8</sup> Vgl. z. B. Pomp. D. 44, 7, 57 (itp.); Ulp. D. 50, 17, 116, 2.

<sup>1</sup> Grundlegend MITTEIS: Röm. Privatr. I 167 ff. Seither besonders RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 500 ff.; SIBER: Röm. R. II 417 ff. Bei ihnen die ältere monographische Lit. Speziallit. zu Einzelfragen s. in den folgenden Anm.

<sup>2</sup> Die aus der Natur des Rechtsgeschäftes folgende Bedingung nannten wohl erst die Nachklassiker *condicio tacita*, vgl. KOSCHAKER: Festschr. f. Hanausek 152.

<sup>3</sup> Die aufschiebende Bedingung ist schon für die Zwölf Tafeln bezeugt: Ulp. 2, 14.

<sup>4</sup> Vgl. des näheren MITTEIS: Röm. Privatr. I 169 f.; SIBER: Röm. R. II 419, Anm. 8.

<sup>5</sup> Befristung: Iul. D. 45, 1, 56, 4; Paul. D. 44, 7, 44, 1; Bedingung: Paul. D. 44, 7, 44, 2 (nicht völlig sicher, ob hierhergehörig; vgl. MITTEIS: Privatr. I 179, Anm. 52, aber auch SIBER: Röm. R. II 424, Anm. 20). — Auch bei Dienstbarkeiten wurden auflösende Bedingungen und Befristungen durch Einreden aufrechterhalten, vgl. RICOBONO: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 3, 333 ff. (dazu RABEL: ZSSt. 46, 461 ff.). — Anders BESELER: ZSSt. 47, 358 (zu D. 8, 1, 4 pr., D. 45, 1, 56, 4 u. anderen Stellen).

<sup>6</sup> Diocl. fr. Vat. 283 (Eigentum); Paul. D. 40, 4, 33 (Freiheit); Labeo-Marcell. D. 1, 7, 34; auch für die Erbenstellung (nicht für die Berufung zur Erbfolge, s. o.) galt infolge des Grundsatzes *semel heres semper heres* das gleiche, vgl. Gai. D. 28, 5, 89 i. f. S. auch § 204, 7.



namentlich im Kaufrecht eine erhebliche Rolle, wo seit alters<sup>7</sup> eine Reihe typischer Vertragsklauseln gebräuchlich waren, die unter gewissen Umständen die Aufhebung des Geschäfts herbeiführten: nämlich zugunsten des Käufers die Abrede *ut, si displicuisset, res inempta esset* (Ulp. D. 18, 1, 3), zugunsten des Verkäufers die sog. *lex commissoria* für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises (*si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*, vgl. Pomp. D. 18, 3, 2) und die *in diem addictio* für den eines Bessergebots (*nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit*, vgl. Paul. D. 18, 2, 1)<sup>8</sup>.

3. Während die aufschiebende Befristung wenigstens bei schuldrechtlichen Geschäften<sup>9</sup> grundsätzlich die Geschäftswirkungen sofort eintreten ließ und nur die Fälligkeit der Ansprüche hinausschob, äußerte das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft zunächst keine Vollwirkung. Es ließ vielmehr die bisherige Rechtslage zunächst unverändert: wer Eigentum bedingt übertragen hatte, blieb Eigentümer<sup>10</sup>; wer sich bedingt verpflichtet hatte, wurde nicht Schuldner. Erst mit dem Eintritt der Bedingung trat das Geschäft in Kraft und zwar grundsätzlich ohne Rückwirkung<sup>11</sup>. Erst vom Momente des Bedingungeintritts an bestand also das Eigentum dessen, der bedingt erworben, und die Schuld dessen, der sich bedingt verpflichtet hatte. Doch war der bedingt Berechtigte vor Eintritt der Bedingung keineswegs schutzlos. Seine künftigen Rechte wurden schon zur Zeit der Bedingungsschwebe durch eine Anzahl von Vorwirkungen wahrgenommen, die den Gegner in erheblichem Maße beschränkten; sie sind von den klassischen Juristen in kasuistischer Weise, nicht nach irgendwelchen allgemeinen Grundsätzen entwickelt worden<sup>12</sup>. So galt z. B. die vom Gegner vereitelte Bedingung als eingetreten (Iul. D. 35, 1, 24 = Ulp. D. 50, 17, 161)<sup>13</sup>. Ferner waren Zwischenverfügungen des Gegners unwirksam, wenn sie das bedingte Recht beeinträchtigten (Freilassung des durch Vindikationslegat vermachten Sklaven: Iav. D. 33, 5, 14; Gai. D. 40, 9, 29, 1; Paul. D. 40, 1, 11; Übereignung von bedingt vermachten Sachen: Gai. D. 30, 69, 1; Paul. D. 11, 7, 34). Insgesamt darf man sagen, daß bereits vor dem Bedingungeintritt eine rechtlich geschützte Anwartschaft des bedingt Berechtigten bestand, nicht anders als im modernen Recht, und es ist nur folgerichtig, daß diese Anwartschaft (aktiv und passiv)

<sup>7</sup> Die *in diem addictio* begegnet schon bei Plautus, Capt. 179ff.; eine auflösende Bedingung anderer Art auch in Catos Formular für die Ölversteigerung (agric. 144, 5 = BRUNS: Fontes II<sup>7</sup> 48).

<sup>8</sup> Die älteren Klassiker sahen allerdings diese Abreden als aufschiebende Bedingungen des Kaufvertrags an; vgl. Paul. D. 41, 4, 2, 4. Den Standpunkt der auflösenden Abrede vertrat demgegenüber zuerst Julian, dem die Späteren folgten: LONGO: Bull. 31, 40ff. (darüber RABEL: ZSSt. 46, 466ff.); WIEACKER: Lex commissoria (Freiburger rechtsgeschichtl. Abh. 3) 19ff.

<sup>9</sup> Der aufschiebend befristete dingliche Rechtserwerb konnte natürlich erst mit dem Eintritt des Termins wirksam werden; Belege dürftig und unsicher; vgl. MITTEIS: Privatr. I 190, Anm. 83. — Über die aufschiebende Befristung im allgemeinen vgl. APPLETON: Rev. gén. 50, 154ff.

<sup>10</sup> Auch die prokulianische Lehre, daß der Gegenstand eines bedingten Vindikationslegats *pendente condicione* herrenlos sei (Gai. 2, 200), weicht von diesem Grundsatz nicht ab.

<sup>11</sup> Daß die Rückwirkung nicht das beherrschende Prinzip des klassischen Rechts war, steht seit MITTEIS: Röm. Privatr. I bes. 174ff. fest. Manche halten sie ausnahmslos für nachklassisch, so z. B. SBER: Röm. R. II 422, Anm. 18; GUARNERI-CITATI: Studi Bonfante III 477, Anm. 28. Doch dürfte der Gedanke schon in klassischer Zeit gelegentlich aufgetaucht sein; insbesondere ist er wohl in Gai. D. 20, 4, 11, 1 echt; vgl. PEROZZI: Ist. I<sup>2</sup> 165, Anm. 1; SECKEL-LEVY: ZSSt. 47, 164, bes. Anm. 3; HAYMANN: ZSSt. 48, 355ff.; WIEACKER: Lex commissoria 29f.

<sup>12</sup> Eine doktrinaire Einheitlichkeit der klassischen Lehre im Sinn der Wirkungslosigkeit des Geschäfts *pendente condicione* sucht VASSALLI: Bull. 27, 192ff., Riv. ital. 56, 195ff. zu erweisen (Referat über beide Schriften bei RABEL: ZSSt. 46, 463ff.).

<sup>13</sup> Den weitergehenden, im Bereich des Vermächtnisrechts, insbesondere der letztwilligen Freilassung, auftretenden Satz, daß solche Bedingungen, die eine Handlung des bedingt Berechtigten betreffen, auch dann schon als eingetreten gelten, wenn der Berechtigte ihren Ausfall nicht zu vertreten hat, hält GROSSO: Contrib. allo studio dell'adempimento della condicione (Mem. ist. giur. Torino Ser. 2, 6, 1930) mit gutem Grund für eine justianische Verallgemeinerung; vgl. bes. Iust. C. 6, 46, 16.

vererblich war<sup>14</sup>. — Das auflösend befristete oder bedingte Geschäft war zunächst voll wirksam; mit dem Eintritt des Termins oder der Bedingung trat es außer Kraft. Auch hier fand grundsätzlich keine Rückwirkung der Bedingung statt<sup>15</sup>.

4. Besonderen Grundsätzen unterlagen gewisse Arten von Bedingungen und bedingungsähnlichen Tatbeständen: So die Potestativbedingungen, deren Eintritt ausschließlich vom Willen des bedingt Berechtigten abhängt<sup>16</sup>. Überhaupt keine gültige Bedingung liegt vor, wenn die Wirksamkeit einer Verpflichtung in die Willkür des Verpflichteten gestellt wird, denn diese Willkür ist dem Wesen einer Verpflichtung zuwider (Paul. D. 45, 1, 46; Ulp. D. 30, 43, 2; D. 32, 11, 7). Keine echte Bedingung ist ferner die sog. *condicio in praesens vel in praeteritum collata*, durch die die Wirksamkeit des Geschäfts nicht von einem künftigen, sondern von einem gegenwärtigen oder vergangenen Ereignis abhängig gemacht wird; da in diesen Fällen, objektiv betrachtet, der für die echte Bedingung charakteristische Schwebезustand fehlt, werden sie in einigen Beziehungen anders behandelt<sup>17</sup>. Überhaupt keine Bedingungswirkungen treten bei der notwendigen und bei der unmöglichen Bedingung ein. Vielmehr ist das von einer notwendigen Bedingung (*si caelum digito non attigero*, I. 3, 19, 11) abhängige Geschäft in Wahrheit unbedingt, das Geschäft mit unmöglicher Bedingung (*si caelum digito tetigerit*, Gai. 3, 98, vgl. I. 3, 19, 11) von vornherein unwirksam<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Manche halten die Vererblichkeit für unklassisch (bes. VASSALLI: s. Anm. 12; RICCOBONO: Studi Perozzi 349ff.). Dies ist abzulehnen, vgl. zuletzt SIBER: Röm. R. II 422, Anm. 18 (mit Lit.). Auch die Annahme, daß im klassischen Recht sowohl Vererblichkeit wie Unvererblichkeit vertreten worden sei (LEVY: ZSSt. 47, 168f.), läßt sich nicht erweisen, vgl. HAYMANN: ZSSt. 48, 356.

<sup>15</sup> In den Fällen lediglich prätorischer Geltung der Resolutivabrede (s. o. Ziff. 2) stand nach Eintritt des Termins bzw. der Bedingung dem Anspruch aus dem Geschäft eine Einrede entgegen; soweit die Abrede zivilrechtlich wirkte, entfielen die Ansprüche schlechthin. Besondere Fragen ergaben sich vor allem für den Kauf; hier bestanden offenbar schon im klassischen Recht eine Anzahl von Kontroversen, die im Verein mit den dürftigen und teilweise unverlässlichen Quellenbestand große Schwierigkeiten bereiten; der gegenwärtige Stand der Forschung ist einigermaßen verworren; vgl. WIEACKER: Lex commissoria 37ff. (hier 46f. die vorausgehende Lit.); SREG: Quellenkrit. Studien z. Bessergebotsklausel (Hamburger Rechtsstud. 16; bespr. v. MAIER: ZSSt. 54, 468ff.); LEVY: Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel 108ff.; SIBER: ZSSt. 53, 537ff. (Besprechung d. Abh. v. WIEACKER); FREZZA: Riv. ital. sc. giur. N. S. 8, 413ff.; BESELER: ZSSt. 54, 4ff. Da der Kauf mit Resolutivabrede als solcher unbedingt war, gingen Gefahr und Fruchtziehungsrecht sofort auf den Käufer über: Pomp. D. 18, 3, 2 a. E. (echt); Nerat. D. 18, 3, 5; Ulp. D. 18, 2, 6, 1. Nach dem Wirksamwerden der Auflösungsklausel hatte der Käufer jedoch grundsätzlich die gezogenen Nutzungen herauszugeben, ebenso haftete er für die von ihm herbeigeführten Verschlechterungen: Ulp. D. 18, 3, 4 pr. u. 1; D. 18, 2, 6, 1. Die Rückgewähr der empfangenen Leistungen samt diesen Nebenforderungen wurde ursprünglich mit einer *actio in factum* betrieben: Proc. D. 19, 5, 12; Paul. D. 16, 5, 6 (verkürzter Bericht über ältere Kontroversen); später allgemein mit der Vertragsklage (*actio venditi* bzw. *empti*): Sab. (?) bei Paul. D. 18, 5, 6; Iul. bei Ulp. D. 18, 2, 2, 4; weitere Belege bei MITTEIS: Röm. Privatr. I 180, Anm. 55. Inwieweit der Verkäufer daneben die Eigentumsklage hinsichtlich der Kaufsache geltend machen konnte, war möglicherweise von der Form der Übereignung abhängig: hatte er die Sache durch *mancipatio* übertragen, so blieb er zweifellos auf eine Rückforderung im Wege der *actio venditi* beschränkt (abweichend, aber m. E. verfehlt FREZZA). Anders im Falle der bloßen Tradition einer *res mancipi*: hier erwarb der Käufer allerdings sofort Ersitzungsbesitz (Paul. D. 41, 4, 2, 4), den er auch dem Verkäufer gegenüber mit der *exceptio rei venditae et traditae* verteidigen konnte. Bei Wirksamwerden der Auflösungsabrede aber entfiel vielleicht diese Einrede oder stand ihr wenigstens eine *replicatio doli* entgegen (MAIER: 471), so daß der Verkäufer nunmehr mit der Eigentumsklage durchdringen mochte (vgl. bes. SIBER: Röm. R. II 425f.; dagegen — aber m. E. nicht überzeugend — LEVY: 117ff.). Vielleicht erklärt sich hieraus der Widerspruch von Alexander Sev. C. 4, 54, 3 u. 4. In c. 3 wäre dann herzustellen: [*si non precariam possessionem tradidit*] (<*si praedium mancipio dedit*>). (Daß das Reskript von einem Provinzialgrundstück handle, folgert WIEACKER 9 gerade aus dem hier verdächtigten Satzglied; auf S. 17 bezeichnet er es selbst als ungewiß.)

<sup>16</sup> Nähere Hinweise bei RABEL: Grundzüge d. röm. Privatrechts 504. — Der Ausdruck *condicio potestativa* entstammt der Systematik des justinianischen Rechts, vgl. C. 6, 51, 1, 7.

<sup>17</sup> Näheres bei MITTEIS: ZSSt. 32, 11ff.

<sup>18</sup> Von dem letzten Satze machten indessen die Sabinianer bei Vermächtnissen eine Ausnahme, indem sie die Verfügung unter Streichung der unmöglichen Bedingung aufrecht erhielten: Gai. 3, 98. — Über die unmögliche Bedingung vgl. SCALOJA: Bull. 8, 36ff.; 14, 5ff.

Wie die unmögliche Bedingung wurden im justinianischen Recht auch die rechtswidrige und die unsittliche Bedingung behandelt; anders in klassischer Zeit, in der Verbots- und Sittenwidrigkeit der Bedingung nur durch prätorische Rechtsbehelfe geltend gemacht werden konnten<sup>19</sup>.

## II. Geschäftsfähigkeit.

§ 51. Da das Rechtsgeschäft eine Willenserklärung enthält, kann es nur von solchen Personen vorgenommen werden, die imstande sind, einen selbständigen und vernünftigen Willen zu äußern und in verständiger Weise über ihre Rechtsverhältnisse zu verfügen. Darum hat das römische Recht bestimmten rechtsfähigen Personen die Willens- oder Geschäftsfähigkeit ganz oder teilweise abgesprochen.

1. Jugendliche ermangelten der Geschäftsfähigkeit. Die maßgebende Altersgrenze (der Zeitpunkt der Mündigkeit)<sup>1</sup> war grundsätzlich die natürliche Geschlechtsreife (*pubertas*).

a) Der Zeitpunkt, in dem die Pubertät vorhanden war, wurde bei Knaben ursprünglich nach ihrer Zeugungsfähigkeit beurteilt und äußerlich durch die feierliche Anlegung des Männerkleids (*toga virilis*) gekennzeichnet: ein Akt, der in der Regel zwischen dem vollendeten vierzehnten und sechzehnten Lebensjahr stattfand. Doch wurde allmählich immer mehr die Notwendigkeit eines festen Termins empfunden. Als solcher begegnet seit dem Ausgang der Republik vereinzelt das vollendete vierzehnte Lebensjahr (*lex coloniae Genetivae Iuliae* 98; Fest. p. 250 s. v. *pubes*), das dann von der prokulianischen Schule als normale Grenze hingestellt wurde, während die Sabinianer an der individuellen Geschlechtsreife festhielten (Gai. I, 196; Ulp. 11, 28). Justinian entschied diese Frage endgültig im Sinne der Prokulianer (C. 5, 60, 3). Mädchen wurden, soweit wir sehen, immer mit dem vollendeten zwölften Lebensjahr als mündig (insbesondere ehemündig) anerkannt.

b) Innerhalb dieses Alters galten Kinder, die noch nicht sprechen konnten (*infantes*)<sup>2</sup> — das justinianische Recht setzte statt dessen die feste Grenze des vollendeten siebten Lebensjahres ein<sup>3</sup> — als völlig geschäftsunfähig<sup>4</sup>. Dagegen waren Unmündige jenseits dieses Alters (*impueres infantia maiores*) fähig, rechtsgeschäftlich zu handeln. Und zwar konnten sie solche Geschäfte, durch die sie lediglich bereichert wurden, allein vornehmen (z. B. die Annahme einer Schenkung oder ein Schulderlasses). Sobald das Geschäft aber eine Verringerung oder Belastung ihres Vermögens bedeutete, bedurften sie der Mitwirkung ihres Vormunds (z. B. bei der Bezahlung einer Schuld, bei der Aufnahme eines Darlehens; vgl. I. 1, 21 pr.: *placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorum vero non aliter quam tutore auctore*). Eigenartig schließlich war die Behandlung der Rechtsgeschäfte, in denen Bereicherung und Belastung zusammentrafen

<sup>19</sup> Vgl. DE RUGGIERO: Bull. 16, 162ff.; MESSINA VITRANO: Ann. Perugia 33, 584ff. (hierüber Bericht von RABEL: ZSSt. 46, 468ff.).

<sup>1</sup> PERNICE: Labeo I 206ff.; BUHL: Iulian I 149ff.; BRUNS: Kl. Schr. II 459ff.; KNIEP: Gaiuskomm. III (2) 166ff.

<sup>2</sup> Gai. 3, 109 stellt dem *infans* den *infanti proximus* gleich; daß dies auf einer Verfälschung beruhen müsse (so TUMEDER: Distinzioni postclassiche riguardo all'età, 1922 und ALBERTARIO: Arch. giur. 89, 252), ist kaum glaublich.

<sup>3</sup> D. 23, 1, 14 und D. 26, 7, 1, 2 sind insoweit itp.

<sup>4</sup> Ob der *infans* in eigener Person Besitz erwerben konnte, scheint im klassischen Recht bestritten gewesen zu sein; vgl. Decius C. 7, 32, 3: *quavis enim sint auctorum sententiae dissentientes* (der Streit bezog sich schwerlich nur auf den Spezialfall des Besitzererwerbs an geschenkten Sachen). Die Lösung, daß es dazu des Vollworts des Vormunds bedürfe, ist vermutlich eine justinianische Verallgemeinerung; in klassischer Zeit kam die Mitwirkung des Vormunds wohl nur für den Erwerb des Ersatzbesitzes in Betracht (vgl. RICCIBONO: ZSSt. 31, 362ff.; KUNKEL: Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel 58). Vgl. zur gesamten Frage LEWALD: ZSSt. 34, 449ff. (und die dort besprochenen Schriften von SOLAZZI und ALBERTARIO); ROTONDI: Scr. giur. III 219ff.; HÄGERSTRÖM: D. röm. Obligationsbegr. 115, Anm. 1; BONFANTE: Corso dir. rom. III 264ff.

(Kauf, Miete und alle anderen gegenseitigen Verträge): Nahm der Unmündige ein solches Geschäft ohne Mitwirkung des Vormunds vor, so war es nur zur Hälfte wirksam: er wurde dadurch zwar berechtigt, nicht aber auch verpflichtet (sog. *negotium claudicans*: I. 1, 21; Ulp. D. 19, 1, 13, 29). Durch ein Reskript des Kaisers Pius (vgl. D. 26, 8, 5 pr. — 1)<sup>5</sup> wurde indessen anerkannt, daß der Unmündige die bei einem solchen Geschäft gewonnene Bereicherung wieder herausgeben müsse.

c) Der frühe Eintritt der Mündigkeit, den das römische Recht mit anderen jungen Rechtsordnungen gemein hat, mußte im Stadium komplizierterer Lebensverhältnisse zu Unzuträglichkeiten führen. Darum schaltete schon eine um das Jahr 200 v. Chr. ergangene<sup>6</sup> *lex Plaetoria* eine weitere Altersstufe, nämlich das vollendete fünfundzwanzigste Lebensjahr ein. Jugendliche, die zwar mündig waren, aber dieses Alter noch nicht erreicht hatten (*minores* [sc. *viginti quinque annorum*], Minderjährige) wurden durch dieses Gesetz und die damit zusammenhängende *cura minorum* gegen Übervorteilung geschützt (s. u. § 193, 3). Eine noch weitergehende Hilfe gewährte das prätorische Edikt (D. 4, 4, 1), indem es dem Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*restitutio in integrum*) verhiess, wenn er, durch seine Unerfahrenheit oder seinen Leichtsinns verleitet, ein schädigendes Rechtsgeschäft abgeschlossen hatte<sup>7</sup>. Allgemeine Grenze der Geschäftsfähigkeit blieb indessen trotz dieser Maßnahmen auch in klassischer Zeit die *pubertas* (s. Ziff. 1). Geschäfte, die von einem Minderjährigen abgeschlossen waren, der die *pubertas* bereits erreicht hatte, waren darum grundsätzlich gültig (vgl. namentlich Gai. D. 45, 1, 141, 2; Paul. D. 44, 7, 43; Mod. D. 45, 1, 101; Diocl. C. 6, 30, 12)<sup>8</sup> und nur unter den besonderen Voraussetzungen des Edikts (s. o.) wiederum nachträglich vernichtbar. Erst gegen Ende des dritten Jahrhunderts n. Chr. tritt eine andere Auffassung hervor: In einem Reskript Diokletians (C. 2, 21, 3) wird ein Kaufvertrag für nichtig erklärt, den ein Minderjähriger ohne die Zustimmung seines Kurators geschlossen hatte. Offenbar gelangte damals allgemein der Gedanke zum Durchbruch, daß der Minderjährige, wenn er sich einen (ständigen) Kurator erbat (§ 193, 3c), auf das Recht selbständiger Vermögensverwaltung verzichte und darum ohne den Kurator weder Verpflichtungen auf sich nehmen, noch über sein Vermögen verfügen könne.

2. Geisteskranke (*furiosi*)<sup>9</sup> waren völlig geschäftsunfähig, sobald und solange sich die Störung ihrer Geistestätigkeit auswirkte. Geschäfte aber, die sie in „lichten Zwischenräumen“ (*dilucida intervalla*) vorgenommen hatten, waren gültig (Gai. 3, 106; Paul. sent. 3, 4a, 5)<sup>10</sup>. Unwirksam waren auch die von geistig gesunden Personen in einem die normale Überlegung ausschließenden Zustande der Benommenheit oder Erregung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte<sup>11</sup>.

3. Nach einem alten, von den Zwölf Tafeln wohl nur bestätigten, nicht neugeschaffenen Rechtssatze konnte dem Verschwender (*prodigus*)<sup>12</sup>, der sein Erbgut (*bona paterna avitaque*) vergeudetete und damit die Familie der Gefahr der Verarmung aus-

<sup>5</sup> Dieser Ursprung der Bereicherungsklage gegen den Unmündigen ist freilich bestritten: ALBERTARIO: Rend. Ist. lomb. 46, 845ff. hält den Anspruch überhaupt für unklassisch, SIBER: Röm. R. II 221f.; ZSSt. 53, 471ff. hält ihn zwar für klassisch, aber nicht auf dem Reskript des Pius beruhend. Vgl. über den Stand der Meinungen noch MAIER: Prätor. Bereicherungskl. (Romanist. Beitr. 5) 3ff., bes. 5.

<sup>6</sup> Vgl. ROTONDI: *Leges publicae populi Rom.* 271f.; haltlos scheinen mir die Kombinationen von NAP: Tijdschr. v. Rechtsgeschiednis 13, 194ff., der das Gesetz auf das Jahr 236 datiert.

<sup>7</sup> Näheres bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>9</sup> § 117; DERNBURG: Pand. I § 141; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1081ff.; GIRARD-MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 253f.

<sup>8</sup> Aus D. 23, 3, 60 u. 61 darf man keine Ausnahme herleiten, da diese Stellen zweifellos interpoliert sind (*curator* für *tutor*). — Umfassendere Quellenübersicht bei SOLAZZI: *Minore età* 5ff.

<sup>9</sup> Lit. s. u. § 193, Anm. 2.

<sup>10</sup> Dies bestreitet für das klassische Recht zu Unrecht SOLAZZI: Arch. giur. 89, 80ff.; gegen ihn LENEZ: Bull. 33, 227ff.; ZSSt. 45, 514ff.

<sup>11</sup> Zu belegen ist dies allerdings nur für den Sonderfall der Testamenterrichtung: Paul. sent. 3, 4a, 11 = D. 28, 1, 17. — In Ulp. D. 47, 10, 17, 11 dürfte *vel alium casum dementiae* unecht sein.

<sup>12</sup> Vgl. die Lit. in § 193, Anm. 2.

setzte, die Verwaltung dieses Vermögens entzogen werden (*interdictio bonorum*, vgl. Ulp. 12, 1—3; D. 27, 10, 1 pr.)<sup>13</sup>. Lange Zeit blieb diese Maßnahme auf das väterliche Stammgut beschränkt (vgl. die bei Paul. sent. 3, 4a, 7 überlieferte Formel: *quando tibi bona paterna avitaeque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re (oder aere?) commercioque interdico*)<sup>14</sup>. Ursprünglich betraf sie überdies nur das im Wege der gesetzlichen Erbfolge vererbte Familiengut; erst der Praetor erstreckte sie auf das, was der Verschwender als Testamentserbe seines Gewalthabers erlangt hatte (Ulp. 12, 3). In klassischer Zeit schließlich wurde die *interdictio bonorum* allgemein über den Verschwender und sein ganzes Vermögen, auch um seiner selbst willen, verhängt (vgl. Antonin. Pius in D. 26, 5, 12, 2). — Die *interdictio* nahm, soweit sie reichte, dem Verschwender das „*commercium*“ (vgl. die o. zitierte Formel). Dies bedeutete nicht, daß er schlechthin geschäftsunfähig wurde<sup>15</sup>. Es war ihm nur versagt, Geschäfte abzuschließen, durch die er sein Vermögen verringerte<sup>16</sup> und belastete; dagegen konnte er solche Geschäfte wirksam vornehmen, die ihm lediglich eine Bereicherung brachten<sup>17</sup>. Seine Lage glich also im ganzen gesehen der eines *impubes infantia maior* (Ziff. 1b)<sup>18</sup>. Ob freilich bei Verträgen des Verschwinders, die zugleich berechtigten und verpflichteten, dieselbe Spaltung der Wirksamkeit eintrat wie dort, wissen wir nicht; wahrscheinlich ist es, daß solche Geschäfte in vollem Umfange unwirksam waren.

### III. Formen der Rechtsgeschäfte.

§ 52. **Wesen und Bedeutung der rechtsgeschäftlichen Form**<sup>1</sup>. 1. Jede Rechtsordnung kennt formbedürftige Rechtsgeschäfte, d. h. solche Geschäfte, deren Wirksamkeit von einer bestimmten äußeren Gestaltung der Willenserklärungen abhängt. Diese Gestaltung kann sehr verschiedener Art sein: Moderne Rechte bevorzugen im allgemeinen die Schriftform, die wiederum von unterschiedlicher Strenge sein kann (Privaturkunde, beglaubigte Urkunde, öffentliche Urkunde). Das römische Recht

<sup>13</sup> Beide Stellen sind übrigens verfälscht: zu Ulp. 12, 1—3 vgl. SOLAZZI: Rend. Ist. lomb. 55, 381ff.; SCHULZ: Epitome Ulpiani 39. Zu D. 27, 10, 1 pr.; KALB: Juristenlatein 79, Anm. 7; MITTEIS: Sb. Sächs. G. d. W., phil.-hist. Kl. 62, 264ff., 1910; BESELER: Beitr. II 99f. — Nach DE VISSCHER: Etudes de droit rom. 21ff. soll das Zwölftafelrecht nur die Berufung der Agnaten zur Pflugschaft über den Verschwender (§ 193, 1) gekannt, die *interdictio bonorum* hingegen sich erst später in der prätorischen Praxis entwickelt haben; dagegen wohl mit Recht SOLAZZI: Studi Bonfante I 47ff.

<sup>14</sup> Zu dieser Formel vgl. MITTEIS: (s. o. Anm. 10) 266ff.; Röm. Privatr. I 55f., 77 (Anm. 11), 83f., 104 (Anm. 26); PFAFF: Z. Gesch. d. Prodigalitätserkl. 15ff.; DE VISSCHER: Etudes de droit rom. 55ff. (mit weiteren Literaturangaben).

<sup>15</sup> Das folgt auch nicht aus der öfters begegnenden Gleichsetzung mit dem Geisteskranken: Ulp. 27, 10, 1 pr. (vgl. o. Anm. 13); D. 12, 6, 29; vgl. D. 45, 1, 6. Insbesondere geht die Verallgemeinerung bei Pomp. D. 50, 17, 40 (*furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est*) viel zu weit. Weder sind, wie die Stellen in Anm. 17 zeigen, alle rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen des entmündigten Verschwinders nichtig, noch ist er, wie der Geisteskranke, von der Haftung für Verschulden frei. Vielleicht rührt die Nennung des Verschwinders in der Pomponiusstelle von den Kompilatoren her; der Konjunktiv *sit* ist verdächtig.

<sup>16</sup> Vgl. Iul. in D. 27, 10, 10 pr.: *cum eis deminutio sit interdicta*.

<sup>17</sup> S. einerseits Pomp. D. 18, 1, 26; D. 46, 2, 3 (Schluß nisi — *fecerit* wohl itp.); Ulp. D. 12, 1, 9, 7 (*mox ab eo stipuler*); D. 12, 6, 29; D. 27, 10, 10; D. 45, 1, 6; Diocl. Max. C. 2, 21, 3 und für Rechtsgeschäfte von Todeswegen Ulp. 20, 13; D. 28, 1, 18 pr.; I. 2, 12, 2 (mangelnde *testament factio activa*); vgl. auch I. 2, 10, 6 (desgl. als Zeuge) — Andererseits Maec. D. 49, 17, 18, 3; Ulp. D. 12, 1, 9, 7 (*stipulando sibi adquiri*); D. 45, 1, 6. Auffallend ist die den Verschwindern zugestandene Fähigkeit, eine Erbschaft selbständig anzutreten: Ulp. D. 29, 2, 5, 1; vgl. MITTEIS: Röm. Privatr. I 116, Anm. 10.

<sup>18</sup> Vgl. Ulp. D. 12, 1, 9, 7: *puto pupillo eum comparandum*.

<sup>1</sup> Allgemeines über die Form im römischen Recht bei MITTEIS: Röm. Privatr. I 256ff. Im folgenden wird nur von der notwendigen, d. h. von der Rechtsordnung für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts geforderten Form gesprochen, nicht von der gewillkürten, d. h. auf Parteiwillen beruhenden Form.

kannte in der Hauptsache mündliche Formen. Die mündliche Form eines Rechtsgeschäfts verbindet sich vielfach mit gewissen Handlungen der Parteien, die entweder unmittelbar aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts abgeleitet und verständlich sind (Realformen) oder aber eine symbolische Beziehung haben (Symbolformen). Das römische Recht war dem Symbol im allgemeinen abgeneigt; der nüchterne römische Wirklichkeitssinn bevorzugte die Realformen.

2. Moderne Rechte benutzen die Formgebundenheit des Rechtsgeschäfts als Mittel zur Erreichung rechtspolitischer Ziele: zur Gewährleistung einer stärkeren Beweissicherung (z. B. beim Testament), zur Sicherung der Offenkundigkeit gewisser Rechtsverhältnisse (z. B. im Liegenschaftsrecht), zur Hebung der Zirkulationsfähigkeit gewisser Forderungsrechte (Wertpapiere) oder endlich zur Einschaltung psychologischer Hemmungen bei solchen Geschäften, deren unüberlegter Abschluß für den Kontrahenten besonders nachteilige Wirkungen haben kann (Bürgschaftserklärung, Liegenschafts Kauf, Schenkungsversprechen). Eine ganz andere Bedeutung hat die Form dagegen auf einer früheren Entwicklungsstufe des rechtlichen Denkens: Hier ist sie nicht ein Kunstmittel des Gesetzgebers, nicht etwas, was dem an sich formlosen Tatbestand des Rechtsgeschäfts erst aufgepfropft wird, sondern der notwendige Ausdruck des Rechtsgeschäfts selbst. Rechtliches Handeln ist in diesem Stadium anders als in Formen überhaupt nicht denkbar; nur die feierliche Rede, die zeremonielle Handlung hat rechtliche Wirkung. Auch das römische Recht stand einstmals auf diesem Standpunkt, und seinem konservativen Charakter entsprechend hat es beträchtliche Spuren dieser Auffassung sehr lange bewahrt. Noch in klassischer Zeit standen neben einer jüngeren Schicht formfreier Rechtsgeschäfte eine Anzahl von alten Formalgeschäften, deren Wirkungsbereich z. T. weite Gebiete des Privatrechts umfaßte. Daß den Formalgeschäften noch in dem hochentwickelten Rechtssystem der klassischen Zeit eine derartige Bedeutung zukam, beruht mindestens teilweise auf einer besonderen Eigenschaft, die ihnen innewohnte: auf ihrer Neigung zu abstrakter Geltung. Da es die Form und nicht der Inhalt war, auf dem ihre rechtliche Wirkung beruhte, so boten sie entweder von vornherein die Möglichkeit, Inhalte sehr verschiedener Art in sich aufzunehmen (so die Stipulation, § 56), oder es war wenigstens möglich, sie über ihren ursprünglichen Anwendungsbereich hinaus zu erstrecken und anderen als den ursprünglichen Zwecken dienstbar zu machen (sog. nachgeformte Rechtsgeschäfte<sup>2</sup>; vor allem die *gesta per aes et libram* und die *in iure cessio*; §§ 53—55).

3. Im folgenden werden diejenigen Formalgeschäfte des römischen Rechts behandelt, die durch ihren Geltungsbereich von allgemeiner Bedeutung sind. Im Anschluß daran wird kurz auf die Schriftform und das römische Urkundenwesen eingegangen (§ 57).

§ 53. *Negotia per aes et libram*<sup>1</sup>. 1. Einer Reihe von altertümlichen Formalgeschäften des römischen Rechts ist ein eigenartiger Zahlungsakt gemeinsam, der im Zusammenhang mit der Geschichte des römischen Geldwesens verstanden werden will<sup>2</sup>. Am Anfang der Entwicklung des Güterumsatzes stand bei den Italikern, wie überall, der Tausch von Ware gegen Ware. Allgemeiner Wertmesser war dabei das Gut, nach dem zu allen Zeiten der Reichtum des Hirten und Bauern bemessen worden ist, das Vieh (darum *pecunia*, von *pecus*). Frühzeitig, bereits etwa um 1000 v. Chr.,

<sup>2</sup> Der Ausdruck stammt von RABEL; vgl. dessen grundlegende Abhandlung ZSSSt. 27, 290ff.; 28, 311ff.

<sup>1</sup> Allgemein über die *negotia per aes et libram*: MITTEIS: Röm. Privatr. I 258ff. S. ferner die Lit. in den folgenden Anm.

<sup>2</sup> Über das älteste römische Geldwesen vgl. MOMMSEN: Röm. Münzwesen, 1860; HULTSCH: Griech. u. röm. Metrologie<sup>2</sup> 254ff., 1882. Kürzere Übersichten: MARQUARDT: Röm. Staatsverwaltung II 1ff.; PICK: Handwörterb. d. Staatswiss. 6, 832ff.; REGLING: RE 7, 970ff.; KÜBLER: Gesch. d. röm. R. 352ff. (mit weiterer Lit.). S. auch den Vortrag von MOMMSEN: Reden u. Aufsätze 245ff.

tauchte jedoch das Metall, und zwar das Kupfer (*aes*) als Wertmesser und Zahlungsmittel auf, zunächst in ungeformten Stücken (*aes rude*), oder in Barren, die man nach Belieben in kleinere Stücke (*raudera, raudruscula*) zerlegte. Später, der Überlieferung nach unter Servius Tullius, dem vorletzten römischen König, begann man, die Kupferbarren mit einer Marke zu versehen, die jedoch nicht den Wert, sondern lediglich die Eignung des betreffenden Stückes als Tauschmittel, insbesondere seine normale Reinheit feststellen sollte. Der Wert wurde nach wie vor durch Wägen bemessen. Als Maßeinheit galt dabei das Pfund (*libra, pondo*), das als Ganzes *as* genannt und in Zwölftel (*unciae*) zerlegt wurde. Erst seit dem vierten Jahrhundert gab es Münzen im heutigen Sinne, große, gegossene Kupferstücke (*aes grave*), die das volle Gewicht der in ihnen verkörperten Kupfereinheit hatten.

2. Aus der langen Zeit, in der die ungemünzten Kupferstücke und -barren das übliche Zahlungsmittel bildeten, stammt jener formelle Zahlungsakt, der den hier zu erörternden Geschäftsformen des *ius civile* eigentümlich ist und ihnen die Bezeichnung als *negotia per aes et libram*<sup>3</sup> eingetragen hat. Vor mindestens fünf Zeugen, die sämtlich mündig und römische Bürger sein mußten, und unter Mitwirkung eines Wägemeisters (*libripens*) wurde dem Empfänger der Zahlung das Kupfer zugewogen, wobei der Zahlende die Wortformeln sprach, die den rechtlichen Zweck der Zahlung kennzeichneten. Im ganzen waren es drei verschiedene Zwecke, denen der Zahlungsformalismus mit Kupfer und Waage dienen konnte:

a) Einmal dem Zweck des käuflichen Erwerbs von Herrschaftsrechten über Sachen und Personen. In solchem Falle ergriff der Zahlende (also der Käufer) den Kaufgegenstand und erklärte, daß er nun sein Eigentum sei, da er ihn mit seinem Kupfer „genommen“ habe (*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*). Nach dem Zugriff des Käufers auf den Kaufgegenstand hieß das Geschäft *mancipium* (Gai. I, 122: *quia manu res capitur*; so schon Varro ling. Lat. 6, 85); später sprach man von *mancipatio*<sup>4</sup>.

b) Weiterhin konnte die Zahlung mit Kupfer und Waage die Begründung einer Darlehensschuld bezwecken. Da dieser Anwendungsfall früh aus dem Rechtsleben verschwunden ist, kennen wir die Formel nicht, die der Zahlende (hier der Darlehensgeber) sprach; vermutlich besagte sie, daß er den Empfänger durch sein Kupfer binde (haftbar mache, vgl. § 35, 2); dem entspricht die Bezeichnung des Geschäfts als *nexum* (Bindung)<sup>5</sup>.

c) Endlich konnte die Zahlung zur Befreiung von einer Verbindlichkeit erfolgen. Hier erklärte der zahlende Schuldner, daß er sich mit dem Kupfer von der Bindung an seinen Gläubiger löse (*me a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*). Man sprach demgemäß von einer *solutio per aes et libram* (Lösung mit Kupfer und Waage)<sup>6</sup>.

3. Die Zuziehung der Zeugen und des Wägemeisters gab allen diesen Geschäften *per aes et libram* eine gewisse primitive Öffentlichkeit (Publizität). Damit hängt es ohne Zweifel zusammen, daß nach zivilem Recht für den käuflichen Erwerb von wertvollen Gegenständen (Land, Sklaven, Zug- und Reittieren; sog. *res mancipi*, vgl. § 46, 3; § 71, 1) die Form der *mancipatio* (oder die insofern gleichwertige Form der *in iure cessio*; § 55) geradezu erforderlich war, während Gegenstände von geringerem Wert von jeher formlos erworben wurden. Ganz entsprechend dürfte sich auch bei dem *nexum* die feierliche und öffentliche Form, in der die Verpflichtung begründet

<sup>3</sup> Über die Bezeichnung der *negotia per aes et libram* als *nexum* (im weiteren Sinne) vgl. § 135, Anm. 3.

<sup>4</sup> JHERING: Geist d. röm. R. II (2) <sup>4</sup> 537ff.; BECHMANN: D. Kauf n. gem. R. I 47ff.; weitere Lit. bei KUNKEL: RE 14, 998ff., dazu HUSSERL: ZSt. 50, 478ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. II 2, 135ff.; DE VISSCHER: RH 4, Ser., 12, 603ff.

<sup>5</sup> Das Wesen dieses *nexum* (im engeren Sinne) ist außerordentlich bestritten. Lit. und Rechtsfertigung der im Text angedeuteten Auffassung in § 135, Anm. 3.

<sup>6</sup> Vgl. § 122; dort Anm. 1 Literaturangaben.

wurde, durch eine schärfere Haftung gegenüber der formlosen Begründung des Darlehens (*mutuum*) ausgewirkt haben.

4. Wie der Ursprung, so erklärt sich auch die weitere Entwicklung der *negotia per aes et libram* aus der Geschichte des römischen Geldwesens. Nachdem das gemünzte Geld eingeführt war (vgl. o. Ziff. 1 a. E.), mußte das Abwägen des Kupfers allmählich unpraktisch werden. Zunächst freilich scheint man an der alten Übung festgehalten zu haben, zumal die neuen Münzen noch das volle Kupfergewicht hatten und neben ihnen noch das alte Barrengeld umlief. Aber mit der Zeit mußte der Verkehr den aufgeprägten Wert der Münze allein als maßgebend betrachten. Seit wann dies der Fall war, läßt sich nicht ermitteln. Spätestens jedenfalls geschah es mit der Reduktion des Kupfergelds und der Einführung von Silbermünzen kurz vor dem ersten punischen Krieg (264 v. Chr.). Nunmehr wurde das Zuwägen des Geldes nur noch symbolisch dadurch angedeutet, daß der Zahlende mit einem Kupferstück an die Waage klopfte (oder die Waagschale damit herunterdrückte? <sup>7</sup>) und das Kupferstück dem Geschäftsgegner übergab. Die wirkliche Zahlung geschah nunmehr notwendigerweise formlos und außerhalb des formalen Aktes *per aes et libram*; an diesem aber hafteten auch weiterhin die Wirkungen des Eigentumserwerbs, der Schuldbegründung und der Schuldtilgung. Und wenn man schon früher zum Zwecke der schenkweisen Übereignung oder der Übereignung zu Sicherungs- oder Treuhandszwecken (*fiducia*) einen förmlichen Kauf *per aes et libram* für „einen Pfennig“ (*nummo uno*) vorgenommen hatte, so verloren die Geschäfte mit Erz und Waage jetzt ganz ihren ursprünglichen materiellen Inhalt und wurden reine Formalgeschäfte, die der Übereignung, der Verpflichtung, der Schuldtilgung aus irgendwelchem Grunde dienten: M. a. W., sie wurden abstrakte Rechtsgeschäfte. Die Römer selbst drückten dies dadurch aus, daß sie von einem bloß „bildlichen“ Kauf und einer „bildlichen“ Zahlung sprachen (*imaginaria venditio, solutio*; vgl. Gai. 1, 119; 3, 173).

§ 54. Die Manzipation im klassischen Recht. Das wichtigste der *negotia per aes et libram* war die *mancipatio*; sie fand auf den verschiedensten Gebieten des Privatrechts Verwendung und verdient darum eine Erörterung im Zusammenhang der allgemeinen Lehre vom Rechtsgeschäft.

1. In der äußeren Form hat die Manzipation den Charakter des käuflichen Erwerbs stets bewahrt. Das Formular der klassischen Zeit, das uns Gaius schildert (1, 119f.; vgl. auch Ulp. 19, 3ff.), war offenbar im wesentlichen noch das gleiche wie im älteren Recht (§ 53, 2a): Der Erwerber ergriff vor den Zeugen und dem Wägemeister den Gegenstand <sup>1</sup> und sprach die Formel *hunc ego hominem* <sup>2</sup> *ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est(o) hoc aere aeneaque libra* <sup>3</sup>; dabei schlug er mit einem Kupferstück an die Waage und übergab es dem Veräußerer. Der Veräußerer verhielt sich schweigend. Er duldet also den Zugriff und die Rechtsbehauptung des Erwerbers und „verschwieg“ damit sein Recht <sup>4</sup>.

2. Der Anwendungskreis der Manzipation war sehr umfangreich:

a) Sie diente zunächst der Übereignung von Sachen <sup>5</sup>.

<sup>7</sup> Die Worte des Gaius (1, 119) *deinde aere percutit libram* lassen auch diese Deutungsmöglichkeit (auf die mich G. DULCKEIT hinwies) zu.

<sup>1</sup> Bei der Manzipation von Grundstücken entfiel der Zugriff, da das Grundstück nicht gegenwärtig zu sein brauchte. Dafür mußte seine Lage genau bezeichnet werden; vgl. die Manzipationsurkunden bei BRUNS: *Fontes* II 7 331ff., Nr. 133, 135, 137—39.

<sup>2</sup> Wenn ein *homo* (Freier oder Sklave) Gegenstand der Manzipation war.

<sup>3</sup> Über den Wortlaut der Formel (insbes. ob *est* oder *esto*) vgl. WLASSAK: *ZSSSt.* 28, 74f. (mit Lit.).

<sup>4</sup> Nicht glücklich erscheint mir die von DE VISSCHER: *RH* 4, Ser., 12, 603ff. aufgestellte Theorie von der *actoritas* des Veräußerers, die dem Manzipationsakt die eigentümliche Kraft verliehen habe. Von einer ausdrücklichen Erklärung ist nichts überliefert, und eine stillschweigende Erklärung (DE VISSCHER 634f.) konnte schwerlich den Angelpunkt eines altrömischen Formalgeschäfts bilden. — Über die übliche (aber nicht notwendige) *nuncupatio* des Veräußerers s. Ziff. 3 b.

<sup>5</sup> Und zwar von *res Mancipi*, vgl. § 46, 3; § 53, 3.



α) Handelte es sich dabei um einen käuflichen Erwerb, so spielte die Manzipation nur die Rolle eines dinglichen Vollzugsgeschäfts. Der Kaufvertrag selbst, d. h. die Einigung der Parteien über Ware und Preis (*emptio venditio*, § 140ff.) ging ihr als formloses Rechtsgeschäft voraus. Auch die Kaufpreiszahlung erfolgte selbständig und formlos, sei es vorher oder nachher. Bei der Manzipation selbst wurde sie nur „bildlich“ durch die Übergabe des Kupferstücks angedeutet (*imaginaria venditio*, vgl. § 53, 4 a. E.). Die Höhe des wirklichen Kaufpreises wurde aber vielleicht im Manzipationsformular genannt<sup>6</sup>.

β) Als abstraktes Übereignungsgeschäft konnte die Manzipation auch in solchen Fällen verwendet werden, in denen statt des käuflichen Erwerbs ein Erwerb aus anderem Rechtsgrunde (*causa*, vgl. § 71, 3) beabsichtigt war. So z. B. zum Vollzug einer Schenkung, zum Zwecke der Mitgiftbestellung (*dos*; § 181, 1), zur Verleihung oder Hinterlegung zu treuen Händen und zur Gläubigersicherung (vgl. Ziff. 4 b). In allen diesen Fällen entsprach der symbolischen Kaufpreiszahlung des Manzipationsformulars keine wirkliche Entgeltlichkeit des Geschäfts; dies brachte man herkömmlicherweise dadurch zum Ausdruck, daß man die Manzipation *nummo uno*<sup>7</sup>, d. h. für einen minimalen Preis vollzog (s. schon § 53, 4 a. E.).

b) Aus der ursprünglichen Einheit der sachenrechtlichen und personenrechtlichen Herrschaftsrechte (vgl. § 37, 1 u. 3) erklärt es sich, daß freie gewaltunterworfenene Personen (Kinder, Ehefrau *in manu*, vgl. § 37, 2) nicht anders als Sklaven, Vieh und Grund und Boden durch Manzipation übertragen werden konnten. Familienrechtliche Gewaltverhältnisse wurden darum auch noch zu einer Zeit, die den Gegensatz des Eigentums und der Hausgewalt deutlich hervortreten ließ, durch Manzipationsakte geschaffen oder aufgehoben. So begründete man durch Manzipation die ehemännliche Gewalt (*coemptio*, § 175, 2) und mittelbar dadurch die Ehe; so diente die Manzipation der Schaffung und der Aufhebung der väterlichen Gewalt (*adoptio*, § 186, 3 b; *emancipatio*, § 186, 4). In historischer Zeit war der Kaufcharakter dieser Geschäfte eine reine Fiktion; die Manzipation erfolgte *nummo uno*<sup>8</sup>. Ob dies bei allen immer so gewesen ist, oder ob etwa die *coemptio* in vorgeschichtlicher Zeit unmittelbar auf einen realen Brautkauf zurückgeht, läßt sich nicht mit Sicherheit entscheiden.

c) Auch bei der Testamentserrichtung fand die Manzipation Verwendung (*testamentum per aes et libram*, § 200, 2ff.); hier handelt es sich zweifellos um eine verhältnismäßig nicht sehr alte, künstliche Bildung (ein „nachgeformtes“ Rechtsgeschäft, vgl. § 52, 2)<sup>9</sup>.

3. Entsprechend den vielen Verwendungsmöglichkeiten der Manzipation war die bisher allein betrachtete Grundform des Geschäfts (Ziff. 1) gewisser Abwandlungen und Ergänzungen fähig:

a) Die vom Erwerber gesprochene Formel konnte gewisse Zusätze aufnehmen, so namentlich die Bezeichnung des Rechtsgrundes, aus dem das Geschäft vorgenommen wurde (*fidei fiduciae causa*, *donationis causa* usw.); ferner den Vorbehalt eines Nießbrauchs oder anderer dinglicher Rechte für den Veräußerer (*deducto usufructu* oder ähnl.; vgl. Paul. fr. Vat. 50). Sollte der Erwerb durch einen Gewaltunterworfenen für seinen Gewalthaber erfolgen, so konnte dies durch eine Abwandlung der Formel zum Ausdruck gebracht werden: *hanc rem ex iure Quiritium L. Titii domini mei esse*

<sup>6</sup> An der Stelle, an der bei Gai. 1, 119 u. 3, 167 *hoc aere* steht. Vgl. Paul. fr. Vat. 50 (*emptus mihi esto pretio*) und die Urkunden bei BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 323ff. (z. B. Nr. 130: *emit mancipioque accepit puerum Apalaustum . . . denariis DC*). Lit. bei KUNKEL: RE 14, 1000f.

<sup>7</sup> Vgl. BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 332ff., Nr. 135—40.

<sup>8</sup> Vgl. die Emanzipationsurkunde bei MITTEIS: Dekanatsprogr. Bruhn 22f., 1912.

<sup>9</sup> Auch hier Manzipation *nummo uno*; so in den Testamenten BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 311ff., Nr. 119; MITTEIS: Chrest. Nr. 316 (Pap. BGU I 326, II 4); MEYER, P. M.: Z. vgl. Rechtswiss. 35, 81f. (Z. 18) und 93 (Z. 14); Pap. Berol. 7124 II 1 in Studi d. Scuola papirol. II 80ff.; BGU VII 1655, 48 (*σπασεστων νοδύμων χελίων*) beruht auf einem Mißverständnis des Schreibers, vgl. die Anm. d. Herausgeber).

aino, eaque ei emptā esto usw. (Gai. 3, 167). Die Möglichkeiten solcher Zusätze waren indessen begrenzt; Bedingungen und Zeitbestimmungen z. B. waren unzulässig (vgl. § 50, 2). Eine besondere Gestaltung zeigten die Formeln der *coemptio* (§ 157, 2) und der Testamenterrichtung (§ 200, 4).

b) Sodann war es üblich, daß der Veräußerer in Gegenwart der Zeugen, noch ehe der Erwerber seine Formel sprach<sup>10</sup>, nähere Angaben über den Gegenstand des Geschäfts machte, insbesondere über seine Eigenschaften, Mängel und Vorzüge, über Zubehör, über die zugunsten oder zu Lasten der Sache bestehenden Dienstbarkeiten oder über die Freiheit von Dienstbarkeiten (*fundus uti optimus maximusque*). Solche Angaben wurden von jeher nach dem Vorbilde des Sakralrechts<sup>11</sup> und der Verkäufe des Staats in zusagender oder befehlender Form abgefaßt und als *leges*, ihre Verlautbarung als *nuncupatio* bezeichnet<sup>12</sup>. Eine ausdrückliche Bestimmung der Zwölftafeln (tab. VI 1: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*<sup>13</sup>) legte diesen *leges dictae* bindende Wirkung bei<sup>14</sup>; vollzog also der Erwerber auf ihrer Grundlage die Manzipation, so war er auch seinerseits an sie gebunden<sup>15</sup>.

4. Während die bisher erörterten Zusätze Bestandteile des Manzipationsaktes selber bildeten, handelte es sich bei gewissen anderen Ergänzungen um Vereinbarungen, die zwar mit dem Manzipationsakt verbunden wurden, aber selbständig verpflichtende Kraft besaßen.

a) Dies gilt insbesondere von den Stipulationen (vgl. § 56)<sup>16</sup>, die sich vielfach an die Manzipation anschlossen und verschiedenen Zwecken dienten. Mit ihrer Hilfe konnten z. B. die Verpflichtungen, die dem Erwerber durch die *leges* auferlegt und von ihm durch den Vollzug der Manzipation übernommen waren, durch Vertragsstrafen (§ 111) gesichert werden<sup>17</sup>. Am bekanntesten sind jedoch die Stipulationen, die dem Veräußerer eine Garantie für Rechts- und Sachmängel auferlegten (§ 143f.).

b) Eine selbständige Abrede neben dem Manzipationsakt war auch das *pactum*

<sup>10</sup> So ausdrücklich die *don. Syntrophi* (s. u. Anm. 15). Darin liegt eine Verschiedenheit gegenüber der Testamenterrichtung, bei der die *nuncupatio* der *mancipatio* nachfolgte (§ 200, 4).

<sup>11</sup> Über die *leges* bei der *dedicatio*, d. h. der Überreichung eines Tempels oder Altars an den Gott, dem er geweiht war (§ 46, 4), vgl. WISSOWA: RE 4, 2358f. und insbes. die dort abgedruckte Inschr. CIL III 1933.

<sup>12</sup> Über *leges* und *nuncupatio* vgl. PERNICE: Labeo III 97ff.; PARTSCH: ZSt. 33, 603f.; GEORGESCO: Essai d'une théorie générale des *leges privatae* (1932; dazu STOLL: ZSt. 53, 582ff.). Über die Haftung des Verkäufers für seine *dicta* s. u. § 144, 1f.

<sup>13</sup> Die Schwierigkeiten, die man in der Partikel *que* gefunden hat, erledigen sich dadurch, daß Paul. 50, 16, 53 hervorhebt, es würden oft *coniuncta pro disiunctis* (ebenso umgekehrt) verstanden, und sich dafür zwar nicht auf unseren Ausdruck, aber doch auf ein Beispiel aus den Zwölftafeln (tab. V 7) beruft; der *furiosus* hat zweifellos nie in der Gewalt der Agnaten u n d Gentilen, sondern stets in der Gewalt der einen oder anderen gestanden. (So Jörs; gegen ihn, m. E. nicht überzeugend, BESELER: ZSt. 49, 453.)

<sup>14</sup> Die *nuncupatio* = *legum dictio* ging im Privatrecht wie im Staats- und Sakralrecht (Fest. p. 173 s. v. *nuncupato*; Varro de ling. Lat. 6, 60; vgl. die Inschr. in Anm. 7), bei Verkehrsgeschäften wie bei der Testamenterrichtung (Gai. 2, 104; Ulp. 20, 9) stets vom Veräußerer (Gelobenden) aus. Darum ist es m. E. unmöglich, als Subjekt zu *nuncupassit* in dem Satz der Zwölftafeln den Erwerber anzusehen und (wie z. B. GIRARD-MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 314) die Vorschrift auf die abstrakte Wirkung der Manzipation zu beziehen (Jörs).

<sup>15</sup> Ein gutes Beispiel für die Einfügung der *nuncupatio* in den Manzipationsakt bietet die Inschrift CIL VI 10239 (= BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 337f., Nr. 139), Z. 1 ff. (hier ohne Bezeichnung der Ergänzungen): *T. Flavius Syntrophus* (Veräußerer), *priusquam hortulos* (folgt nähere Bezeichnung) *Aithale* (lies: *Aithali*), *liberto suo* (Erwerber), *mancipio daret, testatus est* (die *nuncupatio* erfolgte also vor den Zeugen; vgl. Santra bei Fest. p. 173: *nuncupata* = *promissa et quasi testificata*) *se in hanc condicionem mancipare, ut infra scriptum est*. Es folgen (Z. 4—20) die *leges mancipii*, darauf der Bericht über die Manzipation selbst (Z. 20—22): *tum hortulos . . . mancipio accepit T. Flavius Aithales de T. Flavio Syntropho HS nummo uno libripende Ti. Claudio Phileto*. Am Schluß (Z. 22—25) Bericht über die Besitzeinweisung (vgl. § 65, 4a).

<sup>16</sup> PERNICE: Labeo III 146ff.

<sup>17</sup> So in der eben erwähnten Schenkung des Syntrophus Z. 18—20.

*fiduciae*<sup>18</sup>, die formlose Vereinbarung, daß der Erwerber den Gegenstand unter gewissen Voraussetzungen an den Veräußerer zurückübertragen werde (*remancipare*). Sie begegnete dann, wenn die Manzipation nur zum Zwecke der Verwahrung oder der Gebrauchsüberlassung erfolgte (*fiducia cum amico*) oder zur Sicherung des Gläubigers für eine Forderung (*fiducia cum creditore*)<sup>19</sup>. Ursprünglich war eine derartige Abrede nicht klagbar, und die Rückübertragung hing von der Zuverlässigkeit (*fides*) des Empfängers ab; schon in republikanischer Zeit entsprach ihr jedoch eine *actio fiduciae* (vgl. § 92, 1).

5. Während die Manzipation in klassischer Zeit noch von größter Bedeutung für die Gestaltung des praktischen Rechtslebens war, begann sie in der Spätzeit abzustorben<sup>20</sup>. Man setzte wohl noch Manzipationsurkunden auf, nahm aber den mündlichen Formalakt selber kaum noch vor. Justinian schließlich hat die Manzipation als veraltetes Rechtsinstitut<sup>21</sup> aus den Vorlagen seines Gesetzgebungswerks getilgt.

§ 55. In iure cessio<sup>1</sup>. 1. Neben der Manzipation kannten offenbar schon die Zwölf Tafeln<sup>2</sup> eine weitere Form für die Begründung und Aufhebung von Herrschaftsrechten an Personen und Sachen, die dem altrömischen Prozeßverfahren nachgeformte *in iure cessio* (Gai. 2, 24f.; Ulp. 19, 9ff.). Sie spielte, wie das erste Stadium eines wirklichen Rechtsstreits, vor dem Gerichtsmagistrat (Prätor oder Provinzialstatthalter). Dem streitigen Prozeß entsprach auch das Formular: Handelte es sich z. B. um die Übereignung eines Sklaven, so ergriff der Erwerber den Sklaven und sprach die Formel (*vindicatio*), mit der der Kläger den Eigentumsstreit (die *legisactio sacramento in rem*) zu eröffnen hatte: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*<sup>3</sup>. Im echten Prozeß mußte der Beklagte daraufhin seinerseits die gleiche Behauptung aussprechen; unterließ er es, so verwirkte er sein Recht, und der Magistrat sprach dem Gegner den Sklaven zu (*addicere*). Diese prozessuale Situation wurde bei der *in iure cessio* für den Zweck einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung ausgenutzt<sup>4</sup>: der Veräußerer unterließ vereinbarerweise die Gegenbehauptung und gab damit sein Recht zugunsten des Erwerbers auf (*in iure cedere* = vor dem Magistrat auf sein Recht verzichten)<sup>5</sup>; der Magistrat schließlich bestätigte diesen Erfolg durch seinen

<sup>18</sup> Gai. 2, 60; Paul. sent. 2, 13; Boeth. z. Cic. top. 41 (BRUNS: Fontes II<sup>7</sup> 74). Erhaltene Urkunden s. bei BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 332ff., Nr. 134, 135 (mit Literaturangaben). — Neuere Lit. über die *fiducia* im allgemeinen und über die *fiducia cum amico*, auf die die Darstellung später nicht mehr zurückkommt: LENEL: ZSSt. 3, 104ff., 177ff.; GEIB: ZSSt. 8, 112ff.; HECK: ZSSt. 10, 82ff.; OERTMANN: D. fiducia (fiducia cum amico 135ff.); NIEMEYER: ZSSt. 12, 297ff.; PERNICE: Labeo III 135ff.; GÖPPERT: ZSSt. 13, 317ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 560ff.; BERTOLINI: Appunti didattici I 225ff.; PAPPULIAS: *Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια* I 233ff.; RABEL: ZSSt. 28, 351ff.; MANTIK: RE 6, 2287ff.; GROSSO: Ann. Camerino 3, 81ff.

<sup>19</sup> Über Verwahrung, Leihe und Verpfändung ohne Übereignung der Sache s. §§ 136—8.

<sup>20</sup> Näheres darüber (auch Lit.) bei KUNKEL: RE 14, 1005. Über die letzten Spuren der *mancipatio* in frühmittelalterlichen Notariatsformularen vgl. LEICHT: Riv. di storia del dir. it. 5, 19ff.

<sup>21</sup> Justinian sagt (C. 7, 31 a. E.): da der Unterschied zwischen *res mancipi* und *res nec mancipi* veraltet sei, solle für alle (beweglichen) Sachen und Grundstücke dieselbe Ordnung gelten. — Vgl. v. MAYR: Röm. Rechtsgesch. IV 101ff.; COLLINET: Etudes hist. I 222ff.

<sup>1</sup> BECHMANN: D. Kauf n. gem. R. I 553ff.; KIPP: RE 3, 2000ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 381ff.; SCHLOSSMANN: In iure cessio u. mancipatio, 1904; WLAŚAK: ZSSt. 25, 90ff.; RABEL: ZSSt. 27, 309ff.; MITTREIS: Röm. Privatr. I 256ff., 276ff.; BESELER: Beitr. II 149ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. II 2, 148ff.

<sup>2</sup> Vgl. Paul. fr. Vat. 50. — RICCOBONO: Studi Perozzi 367, Anm. 1 hält den entscheidenden Satz zwar für interpoliert, nimmt aber einen klassischen Kern an.

<sup>3</sup> Diese Formel stimmt mit der ersten Hälfte der Manzipationsformel überein; daraus darf jedoch nicht mit SCHLOSSMANN: (Anm. 1) gefolgert werden, daß die *in iure cessio* älter als die *mancipatio* sei.

<sup>4</sup> Verwandte Erscheinungen begegnen im griechischen und im germanischen Recht; vgl. LATTE-KUNKEL: ZSSt. 53, 508ff. und SCHRÖDER-v. KÜNŠBERG: Dtsche. Rechtsgesch. 6 310 (mit Lit.).

<sup>5</sup> Vgl. hierzu RABEL: ZSSt. 27, 316ff.

Beispruch (*addictio*)<sup>6</sup>. — Der Rechtsgrund der Veräußerung wurde im Formular der *in iure cessio* nicht erwähnt; die *in iure cessio* war also stets ein abstraktes Geschäft (§ 52, 3).

2. Die prozessuale Herkunft der *in iure cessio* spiegelt sich auch in ihrem Anwendungskreis. Wie das förmliche Prozeßverfahren, dem sie nachgebildet war, war sie nur gewaltfreien römischen Bürgern zugänglich (Gai. 2, 65, 96). Ihr sachlicher Bereich umfaßte die Übertragung, Begründung und Aufhebung aller Rechte, die Gegenstand des Vindikationsprozesses sein konnten. So diente sie vor allem nach dem Vorbild der Eigentumsklage (*rei vindicatio*, § 78) zur Übertragung des Eigentums an Sachen (§ 71, 2); ferner nach dem Muster der Klagen zum Schutze von Dienstbarkeiten (*vindicatio ususfructus, servitutis*, § 88, 1) zur Bestellung von Dienstbarkeiten (§ 86, 1 a). nach dem Muster der Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*, § 215) zur Abtretung einer Erbschaft (§ 212, 5 a); nach dem Muster der Klage, mit der der *pater familias* sein Recht an Gewaltunterworfenen geltend machte (*vindicatio patriae potestatis*, § 184, 2), zur Adoption (§ 186, 3 b)<sup>7</sup>; endlich nach dem Vorbild der *actio negatoria* (§ 79), mit der der Eigentümer einer Sache die Anmaßung von Dienstbarkeiten zurückwies, zur Aufhebung von Dienstbarkeiten (§ 87, 1) und nach dem des Freiheitsprozesses (*vindicatio in libertatem*) zur Freilassung von Sklaven (*manumissio vindicta*, § 41, 2 a).

3. Ob bei der *in iure cessio*, wie bei der Manzipation, eine *nuncupatio* zulässig war (vgl. § 54, 3 b), wissen wir nicht, ebensowenig, in welchem Umfange das Formular andere Zusätze und Abwandlungen vertrug; nur für einen Fall, nämlich den des Nießbrauchsvorbehalts, ist die Beifügung eines Zusatzes bezeugt (Paul. fr. Vat. 50). Nebenverträge (Stipulationen, *pactum fiduciae*; § 54, 4) kamen auch hier vor.

4. Auch die *in iure cessio* ist in nachklassischer Zeit allmählich verschwunden; in der justinianischen Gesetzgebung ist sie überall beseitigt, häufig bloß durch Streichung der Worte *in iure*.

§ 56. Die Stipulation<sup>1</sup>. 1. Das dritte Formalgeschäft von allgemeiner Bedeutung, die *stipulatio*, war im Gegensatz zur Manzipation und zur *in iure cessio* ein reines Verpflichtungsgeschäft. Sie gehörte zu den schuld begründenden Verträgen des Zivilrechts (*contractus*; § 117) und stellte ein mündliches formgebundenes Leistungsversprechen dar. Ihr Ursprung ist durchaus ungeklärt; weder der Name<sup>2</sup> noch das Formular ergeben in dieser Hinsicht sichere Anhaltspunkte, und die zahlreichen modernen Erklärungsversuche<sup>3</sup> tragen sämtlich einen stark hypothetischen Charakter. Vielleicht beruht die Undurchsichtigkeit ihrer Vorgeschichte gerade auf der Tatsache, daß die Stipulation verhältnismäßig sehr früh eine hervorragende Rolle im Rechtsleben zu spielen begann und darum bereits in einer stark abgeschliffenen Gestalt in

<sup>6</sup> Die magistratische *addictio* ist als Bestätigung des rechtsgeschäftlichen Parteiakts aufzufassen. Siehe WLASSAK: (o. Anm. 1).

<sup>7</sup> Vgl. auch die *in iure cessio* der *tutela mulierum* Gai. 1, 168ff.; u. § 188, 1.

<sup>1</sup> JHERING: Geist d. röm. R. II (2)<sup>4</sup> 555ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 699ff.; BERTOLINI: Appunti didattici I 43ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 266ff.; WEISS: RE 3A, 2540ff. (mit weiteren Hinweisen). — Über den schuldrechtlichen Inhalt der Stipulation vgl. § 134.

<sup>2</sup> Die Quellen (Paul. sent. 5, 7, 1; I. 3, 15 pr.) leiten *stipulatio* von einem (sonst nicht bezeugten) Wort *stipulus* (= fest) ab, das mit *stipes* (= Stamm, Stock, Pfahl) zusammenhängen soll; danach wäre *stipulatio* der Bedeutung nach identisch mit der *firmatio* des deutschen Rechts; vgl. H. MEYER: D. Handgemal. Forsch. z. dtsch. R. 1, 1, 98, bes. Anm. 2, 1934; von der Verwendung eines Stabs im Stipulationsritual wissen wir freilich nichts, ebensowenig wie von der eines Halms (*stipula*; vgl. BESLER: Beitr. IV 107; ZSSSt. 45, 430).

<sup>3</sup> Einige von diesen Theorien seien hier erwähnt: DANZ: D. sakrale Schutz im röm. Rechtsverkehr 102ff. (1857) glaubt an die Entstehung aus einem promissorischem Eid; MITTEIS: Aus röm. u. bürgerl. R. (Festg. f. Bekker) 109ff. leitet die Stipulation aus der Bürgenstellung, d. h. der Vergeiselung her, die der Beklagte im Prozeß auf sich nahm (vgl. dazu § 115, Anm. 5); A. SEGRÈ nimmt an, daß die Stipulation der historischen Zeit aus einem Gelöbnis des Schuldners (der *sponsio*) und der Verbürgung, zunächst eines Dritten, dann des Schuldners selbst (der *stipulatio*) zusammengewachsen sei; ähnlich LUZZATTO: Per una ipotesi sulle origini e la natura delle obbl. rom. (Fond. Castelli 8) 253ff., 1934. Vgl. auch WEISS: (s. o. Anm. 1).

den für uns geschichtlich erfaßbaren Zeitraum eintrat. Ihre praktische Bedeutung wiederum verdankte sie ihrer vielseitigen Verwendbarkeit. Sie konnte jeden beliebigen Inhalt aufnehmen, sofern er nur überhaupt gesetzlich zulässig war; und da das römische Recht niemals zu dem Satze durchgedrungen ist, daß jede formlose Vereinbarung als solche rechtsverbindlich sei (§ 171, 1), griff man überall da zur Stipulation, wo man eine Verpflichtung begründen wollte, die nicht schon aus anderen Gründen Rechtsschutz genoß. So erstreckte sich die Stipulation über das ganze Gebiet des Privatrechts; sie bildete einen unentbehrlichen Regulator des römischen Rechtsverkehrs und wird uns im Rahmen dieser Darstellung immer wieder begegnen<sup>4</sup>.

2. Die Form der Stipulation war außerordentlich einfach. Sie kam durch eine Frage des Versprechensempfängers (*stipulator*)<sup>5</sup> und die Antwort des Versprechenden (*promissor*) zustande. Frage und Antwort mußten dabei formal übereinstimmen, d. h. das Verbum des Fragesatzes mußte in der Antwort wiederkehren. Wenn also die Frage lautete: *sestertium decem milia dare spondes?* so mußte darauf mit *spondeo* geantwortet werden (Gai. 3, 92; D. 44, 7, 1, 7; Pomp. D. 45, 1, 5, 1; Paul. sent. 2, 3 u. 5, 7, 1f.; Ulp. D. 45, 11; Mod. D. 44, 7, 52, 2). Ursprünglich bedurfte es überhaupt des Gebrauchs bestimmter Worte. Das älteste Formular war die *sponsio*, bei der die Stichworte *spondesne?* und *spondeo* lauteten. Diese Form blieb noch im klassischen Recht den römischen Bürgern vorbehalten. Jünger sind andere Formulare, die auch den Peregrinen zugänglich waren: *fide promittis?* *fide promitto*, oder einfach *promittisne?* *promitto*, dann auch *dabisne?* *dabo*. Schließlich galt auch der Gebrauch der lateinischen Sprache nicht als wesentlich (Gai. 3, 93; Ulp. D. 45, 1, 1, 6), wenn nur die Form von Frage und Antwort und der Gleichlaut der Stichworte gewahrt blieb. Seit etwa dem Beginn des dritten Jahrhunderts n. Chr. verzichtete man dann auch auf den Gleichlaut der Stichworte (Ulp. D. 45, 1, 1, 2), seit Kaiser Leo (C. 8, 37, 10, 472 n. Chr.; I, 3, 15, 1) auf den Gebrauch von Frage und Antwort, so daß schließlich jede formlose mündliche Vereinbarung unter Anwesenden die Wirkung einer Stipulation hatte.

3. Im Rechte der Spätzeit entfiel aber auch das Erfordernis der Mündlichkeit. Schon in republikanischer Zeit war es üblich geworden, über den Abschluß der Stipulation eine Urkunde (*cautio*) aufzunehmen; dies lag um so näher, als die Zuziehung von Zeugen nicht erforderlich war und das zeugenlose Geschäft ohne Urkunde beweislos bleiben mußte. Eine solche Stipulationsurkunde war aber, vom Standpunkt des republikanischen und klassischen Rechts gesehen, stets nur Beweisurkunde; wurde der Nachweis erbracht, daß der mündliche Formalakt unterblieben war, so ergab sich, daß eine wirksame Verpflichtung nicht entstanden war. Dies galt natürlich auch für den Fall, daß die Parteien, wie es häufig vorkam<sup>6</sup>, eine Vertragsurkunde anderer Art, etwa die Urkunde über einen Kaufvertrag, im Bestreben, sich gegen irgendwelche Unwirksamkeitsgründe zu sichern, mit der abschließenden Klausel versehen hatten, daß der gesamte Vertragsinhalt durch Stipulation versprochen sei; auch diese Stipulationsklausel entbehrte der Rechtswirkung, wenn die mündliche Stipulation unterblieben war. Erst die spätere Kaiserzeit begann unter dem Einfluß griechischer Vorstellungen dieses Erfordernis zu mißachten<sup>7</sup>. Nachdem der Osten in den Bereich des

<sup>4</sup> Besonders ausgedehnt war auch die Verwendung der Stipulation auf dem Gebiet des Prozesses, vgl. v. Woess: ZSSSt. 53, 372ff.

<sup>5</sup> *Stipulari* ist Medium, „sich versprechen lassen“, „ausbedingen“. Die beiden Vertragsparteien werden gerne als *rei* bezeichnet; und zwar heißt der Versprechensempfänger (Gläubiger) *reus stipulandi*, der Versprechende (Schuldner) *reus promittendi*.

<sup>6</sup> Vgl. z. B. Scaev. D. 45, 1, 122, 1; Paul. D. 45, 1, 126, 2 und die Inschriften bei BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 335f. (Nr. 136, 137). Weitere Nachweise bei GNEIST: Formelle Verträge 243ff., 1845.

<sup>7</sup> Vgl. zum folgenden: GNEIST: Formelle Vertr. 253ff.; BRUNNER: Z. Rechtsgesch. d. röm. u. germ. Urk. I 62f., 87, 147, 1880; MITTEIS: Reichsr. u. Volksr. 485ff.; FERRARI: Atti Ist. Veneto 69, 2, 763ff.; FREUNDT: Wertpapiere i. antiken u. frühmittelalterl. R. I 68ff., 1910; BINDER: Studi Brugi 341ff.; PARTSCH: Z. ges. Handelsr. 70, 461ff.; STEINACKER: D. antiken

römischen Rechts eingetreten war, also namentlich seit der *constitutio Antoniniana* des Jahres 212 n. Chr. (§ 33, 2), bemächtigte sich die griechische Urkundensitte der Stipulationsklausel; sie fand darin ein willkommenes Mittel, ihre griechisch gedachten Verträge durch eine bequeme Schlußwendung den Erfordernissen des römischen Rechts anzupassen. So begegnet ganz regelmäßig am Schlusse von griechischen Urkunden aller Art die Wendung *καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησεν* bzw. bei subjektiver Fassung *ὁμολόγησα*: „auf Befragen hat er (der sich Verpflichtende) es zugestanden“<sup>8</sup>. Das Wesen der römischen Stipulation werden die griechischen Urkundensreiber kaum verstanden haben, und viele dieser Verträge, die eine Stipulation darstellen oder enthalten sollten, werden ohne Frage und Antwort, ja sogar ohne gleichzeitige Anwesenheit der Parteien abgefaßt worden sein. Schon seit Ausgang der klassischen Zeit<sup>9</sup> neigte die Praxis dazu, über solche Mängel hinwegzusehen. So kam es schließlich dahin, daß die schriftliche Stipulationsklausel einen unwiderleglichen Beweis für den Abschluß der Stipulation lieferte (vgl. Paul. sent. 5, 7, 2). Damit war das Erfordernis der Mündlichkeit tatsächlich preisgegeben und die verpflichtende Kraft der Urkunde im Sinne der hellenistischen Rechtsauffassung anerkannt. Erst Justinian (C. 8, 37, 14; I. 3, 19, 12) vollzog wiederum eine schwache Wendung nach der Seite des klassischen Rechts hin, indem er die Entkräftung der Urkunde durch den Nachweis zuließ, daß eine der beiden Parteien am Tage des Geschäftsabschlusses überhaupt nicht in der Gemeinde anwesend gewesen sei, in der die Urkunde errichtet worden war.

4. Die Stipulation war als abstraktes Versprechen wirksam; sie konnte aber auch den Schuldgrund angeben und sich insbesondere auf den Inhalt eines anderen Vertrags beziehen (sog. akzessorische Stipulation, vgl. das unter Ziff. 3 über die Stipulationsklausel Bemerkte)<sup>10</sup>.

§ 57. Schriftform und Urkundenwesen<sup>1</sup>. 1. Die Schriftlichkeit als von Rechts wegen notwendige Geschäftsform spielte in Rom zu allen Zeiten eine bescheidene

Grundlagen d. frühmittelalterl. Privaturk. (Grundr. d. Gesch.wiss., Erg.bd 1) 83ff.; bes. aber RICCIBONO: ZSSt. 35, 214ff.; 43, 262ff.; Ann. Palermo 12, 522ff.; dazu LEVY: ZSSt. 49, 254, Anm. 6. — Ganz anders als die hier entwickelte herrschende Meinung sieht die Dinge BRANDILEONE: Rend. Accad. Lincei 1928, 61ff.; Riv. storia del dir. it. 1, 7ff., 270ff. Er behauptet, daß sich im Okzident stets die mündliche Form der klassischen Stipulation erhalten habe, während im Orient seit Kaiser Leo faktisch der Konsensualvertrag an ihre Stelle getreten sei. Die Stipulationsurkunden der klassischen wie der nachklassischen Zeit hält er für bloße Beweisurkunden. Gegen BR. RICCIBONO: Ann. Palermo 12, 540ff.

<sup>8</sup> Belege finden sich in jeder Edition kaiserzeitlicher Papyrusurkunden. Vollständig lautet die Klausel z. B. in Pap. Lond. 113 (1), 70f. (I 202): *καὶ ἐπὶ τοῦτοις ἐπερωτήσαντες ἑαυτοὺς καὶ ἀντεπερωτηθέντες ἀλλήλοις παρόντες παροῦσαν κατὰ πρόσωπον ὁμολόγησαν*. Hier soll offenbar alles erwähnt werden, was der mündliche Stipulationsakt erforderte. Daß die griechische Stipulationsklausel auch in solchen Urkunden vorkommt, in denen sie gar keinen Sinn hat, insbesondere in Testamenten und bei Freilassungen, hat schon MITTEIS: (Anm. 7) hervorgehoben; jetzt ist sie auch in Miet- und Pachtangeboten (Pap. Strassb. 10, 23; 30, 22f.; 43, 25f.) und sogar in einem Haftbefehl (Pap. Oxy. 1423, 11f.) nachweisbar. — Ob die bis ins Mittelalter hinein in den Urkunden des Westens verfolgbare Wendung *stipulatione subnixā* in gleicher Weise wie die griechische Klausel zu erklären ist, bleibt zweifelhaft; vgl. dazu BRUNNER: (Anm. 7) I 221ff.; FREUNDT: (Anm. 7) I 211ff.; FERRARI (Anm. 7); STEINACKER: (Anm. 7) 85; BRANDILEONE: Rend. Accad. Lincei 1928, 461ff.; SCHULTZE-V. LASAULX: Beitr. z. Gesch. d. Wertpapierrechts (Arb. z. Handels-, Gewerbe- u. Landwirtschaftsr. 63) 21ff.

<sup>9</sup> Vgl. die Stellen, in denen mangelhafte Stipulationsklauseln im Sinne vollwertiger Stipulationen gedeutet werden; so Paul. D. 45, 1, 134, 2; Ulp. D. 2, 14, 7, 12; Severus u. Antoninus C. 8, 37, 1. Zu radikal ist die Annahme RICCIBONOS (bes. ZSSt. 35, 277ff.), daß alle diese Stellen interpoliert seien; seine Herstellungsversuche sind oft gewaltsam. Der Bearbeiter schließt sich in diesem Punkt der Auffassung von JÖRS an.

<sup>10</sup> Über die akzessorische Stipulation WINDSCHEID: Pand. II § 301, Anm. 2 (mit Lit.); KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 715ff. WENDT: Jherings Jahrb. 28, 1ff.; PERNICE: ZSSt. 13, 246ff.

<sup>1</sup> Zusammenfassungen bei MITTEIS: Röm. Privatr. I 290ff.; STEINACKER: D. antiken Grundl. d. frühmittelalterl. Privaturk. 66ff., 170f. (mit umfassender Bibliographie); s. auch die Lit. in den folgenden Anm. — Für die Urkundentexte sei hier allgemein auf BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 117ff. verwiesen; Einzelnachweise im folgenden, bes. unter Ziff. 5.

Rolle. Sie begegnet zuerst in republikanischer Zeit in der Gestalt des Litteralvertrags (§ 117, 2b), im nachklassischen Recht z. B. bei Schenkungen von erheblichem Werte (öffentliche Beurkundung, vgl. Ziff. 4; § 153, 3), bei der Ehescheidung (Scheidebrief; § 177, 3) und in anderen Einzelfällen. Die weitaus meisten Rechtsgeschäfte waren mündlichen Formen unterworfen oder formfrei; mindestens aber konnten sie, wie das Testament der klassischen und nachklassischen Zeit (§ 200ff.) und die spätrömische Stipulation (§ 56, 2—3), sowohl schriftlich wie mündlich vorgenommen werden. In der Praxis des Rechtsverkehrs war indessen die Beurkundung schon gegen Ausgang der Republik in weitem Umfange üblich<sup>2</sup>. Namentlich wurden die mündlichen Formalgeschäfte, Stipulationen (§ 56, 3) und Manzipationen, regelmäßig beurkundet, ebenso Darlehen und Darlehensrückzahlungen, auch wenn sie in unförmlicher Weise zustande kamen. Abgesehen von ganz vereinzelt Ausnahmen (Litteralvertrag, s. o.; sog. prätorisches Testament seit Antoninus Pius, § 201, 1a. E.) aber hatte die römische Urkunde bis zum Ausgang der klassischen Zeit niemals dispositiven Charakter, d. h. sie verkörperte nicht selbst das Rechtsgeschäft, sondern bezeugte einen außerhalb der Beurkundung liegenden mündlichen, formgebundenen oder formlosen Geschäftsakt: sie war bloße Beweisurkunde. Erst in der Spätzeit drang, wie wir bei der Betrachtung der Stipulation sahen (§ 56, 3), die dispositive Urkunde des hellenistischen Rechts in den Bereich der römischen Rechtsordnung ein und ersetzte die in Verfall geratenen mündlichen Formen der republikanisch-klassischen Periode.

2. Die äußere Form der römischen Urkunde ist offensichtlich aus der griechischen Praxis entlehnt. Schreibstoff waren in republikanischer und auch noch in klassischer Zeit regelmäßig mit Wachs bezogene oder geweißte Holztäfelchen; darum bezeichnet *tabulae* vielfach schlechthin die Urkunde<sup>3</sup>. Mehrere solcher Täfelchen, in der Regel drei (Triptychon), wurden verbunden und nahmen auf den Innenseiten den Text der Urkunde auf, der zum Schutz gegen Verfälschungen verschnürt und versiegelt wurde<sup>4</sup>. Um ein häufiges Öffnen zu vermeiden, wurde der Wortlaut auf den offenen Seiten noch einmal wiederholt (sog. Doppelurkunden<sup>5</sup>). Das Papyrusblatt (*charta*) hat sich wohl erst im Laufe der Kaiserzeit als Schreibstoff für Urkunden eingebürgert<sup>6</sup>; in der Spätzeit hat es die Holztäfelchen ganz verdrängt.

3. Die ursprüngliche und feierliche Gestalt der römischen Urkunde ist die Zeugenurkunde (*testatio*); sie pflegt in objektiver Form den rechtsgeschäftlichen Vorgang zu berichten (z. B. *Dasius Breucus emit mancipioque accepit puerum Apalaustum* usw.: BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 130); die Zeugen, wechselnd in der Zahl<sup>7</sup>, brachten ihr Siegel auf der Verschnürung der Urkunde an, und jedem Siegel wurde der Name des betreffenden Zeugen beigeschrieben. Bei den Rechtsgeschäften, die ohnehin die Zuziehung von Zeugen erforderten, also bei allen Anwendungsfällen der *negotia per aes et libram*, wird man die Beurkundung naturgemäß so gut wie immer in diese Form der *testatio* gekleidet haben; für das schriftliche Testament war sie sogar notwendig

<sup>2</sup> Belege aus Cicero am vollständigsten bei COSTA: Cicerone giureconsulto<sup>2</sup> 153.

<sup>3</sup> Andere Bezeichnungen sind *cautio* (speziell für Stipulationsurkunden, s. § 56, 3) und *instrumentum*. — Über *tabulae* vgl. SACHERS: RE 4 A, 1881ff.

<sup>4</sup> Zwecks stärkerer Sicherung der Echtheit schrieb ein *senatus consultum Neronianum* (Paul. sent. 5, 25, 6; Suet. Nero 17) eine besondere Art der Verschnürung vor, namentlich die Verwendung von gebohnten Löchern in der Tafel anstatt der Kerben; näheres bei MITTEIS: Röm. Privatr. I 298f. — Zur Veranschaulichung kann die Abbildung bei BRUNS: Fontes, Simulacra, tab. XVII dienen (Militärdiplom in Bronze).

<sup>5</sup> Auch die Doppelbeurkundung ist hellenistischer Import; vgl. STEINACKER: (s. o. Anm. 1) 108f. und für die weiteren Zusammenhänge KUNKEL: Studi Riccobono I 415ff.

<sup>6</sup> In den Rechtsquellen der spätklassischen Zeit wird die *charta* als Urkundsstoff mehrfach erwähnt, vgl. z. B. Ulp. D. 37, 11, 4; eod. 1 (hier auch die Urkunde aus Pergament: *membrana*). — Daß die ältesten uns erhaltenen römischen Papyrusurkunden aus Ägypten, der Heimat des Papyrus, stammen, ist leicht begreiflich; doch hat man selbst in Ägypten mehrfach römische Holztäfelchen gefunden, s. u. Anm. 16).

<sup>7</sup> Am üblichsten war die Siebenzahl. Vgl. BRUNS: Kl. Schr. II 136ff.

(s. u. § 201, 1). In anderen Fällen dagegen griff man schon in republikanischer Zeit und in steigendem Maße dann in der Kaiserzeit zu einer zeugenlosen Beurkundungsform, deren Echtheitsgewähr in der Hauptsache in der Handschrift des Schreibers lag, und die darum wie ihr hellenistisches Vorbild als „handschriftliche Urkunde“ (*chirographum*) bezeichnet wurde<sup>8</sup>. Ihr Schreiber kann der Erklärende selbst, aber auch ein Dritter sein. Sie pflegt nicht objektiv, sondern subjektiv gefaßt zu sein: der Schreiber erklärt in der Ichform, daß er den rechtsgeschäftlichen Vorgang beurkundet habe (z. B. P. *Alfenus Varus . . . scripsi me accepisse* usw.: Quittung bei BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 356).

4. Bis tief in die klassische Zeit kannte das römische Recht, wie es scheint, nur Privaturkunden, d. h. solche Urkunden, die ohne behördliche Mitwirkung errichtet wurden. Selbst Verwaltungsakte und Entscheidungen der Behörde wurden vielfach den Betroffenen nicht urkundlich mitgeteilt; sie kamen lediglich zum öffentlichen Aushang, und es blieb den Interessenten überlassen, eine private Beurkundung herbeizuführen<sup>9</sup>. Erst im Anfang des dritten Jahrhunderts n. Chr. finden sich Spuren der Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen zu Protokoll (*apud acta*) von Behörden<sup>10</sup>. Das spätere Kaiserrecht hat dann bestimmte Behörden besonders mit der Protokollierung privatrechtlicher Geschäfte betraut (*ius actorum conficiendorum*)<sup>11</sup> und die Wahrung dieser Form (die *insinuatio*) zur Gültigkeitsvoraussetzung gewisser Rechtsgeschäfte, z. B. der Schenkung (s. o. unter 1 und § 153, 3) erhoben. Die normale Beurkundungsform aber blieb auch in dieser Zeit die Privaturkunde, die nunmehr regelmäßig von einem gewerbsmäßigen Urkundenschreiber (*tabellio*)<sup>12</sup>, meist unter Zuziehung von Zeugen errichtet wurde.

5. Erhalten sind lediglich kaiserzeitliche Urkunden. Neben inschriftlichen Wiedergaben von Urkundentexten besitzen wir hauptsächlich vier Gruppen von Originalurkunden privatrechtlichen Inhalts: die pompeianischen Wachstafeln, fast ausschließlich Quittungen (*apochae*, von ἀπέχω) aus dem Geschäftsbetrieb des pompeianischen Auktionators L. Caecilius Iucundus (53—62 n. Chr.)<sup>13</sup>; die siebenbürgischen Urkunden, Manzipationen und einige andere Verträge aus dem zweiten Jahrhundert n. Chr.<sup>14</sup>; die ravenatischen Papyri der Spätzeit, hauptsächlich Schenkungen und Kaufverträge des ausgehenden fünften und sechsten Jahrhunderts<sup>15</sup>; und schließlich die ägyptischen Papyrusurkunden. Unter diesen kommen hier freilich nur die verhältnismäßig minder zahlreichen Dokumente mit ausgesprochen römischem Charakter in Betracht<sup>16</sup>. Die große Menge der kaiserzeitlichen Papyrusurkunden aus Ägypten setzt die Tradition des griechischen Urkundenwesens fort, die im Osten des Reichs auch

<sup>8</sup> Die Gegenüberstellung von *testatio* und *chirographum* ergibt sich besonders deutlich aus Gell. 14, 2, 7: *probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis, 'expensi latrone, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione'*.

<sup>9</sup> Derartige private Urkunden über behördliche Akte sind z. B. die sog. Militärdiplome (CIL III S. 843ff.); ferner gehört die auf der Inschrift von Skaptopara wiedergegebene Urkunde hierher (vgl. MOMMSEN: Jur. Schr. II 172ff.). Lit. mit weiteren Belegen: WILCKEN: Hermes 55, 1ff., Arch. f. Pap. f. 9, 15ff.; v. PREMERSTEIN: RE 13, 26ff.; KUNKEL: Studi Riccobono I 426.

<sup>10</sup> Severus Alexander, fr. Vat. 266a; unbekannter Autor der gleichen Zeit, fr. Vat. 268.

<sup>11</sup> Hierüber eingehend mit reichem Quellenmaterial STEINWENTER: Beitr. z. öffentl. Urkundenwesen d. Römer, 1915. — Auch kirchliche Organe besaßen in der späten Kaiserzeit das *ius actorum conficiendorum*, vgl. STEINWENTER: 35ff.

<sup>12</sup> Hierzu PFAFF: Tabellio u. tabularius, 1905; SACHERS: RE 4 A, 1847ff. (mit eingehenden Literaturangaben).

<sup>13</sup> CIL IV 3340, z. T. auch bei BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 157 u. 134. — Hierüber bes. MOMMSEN Jur. Schr. III 221ff.; ERMAN: ZSSt. 20, 172ff.; zuletzt SCHÖNBAUER: ZSSt. 45, 363ff.

<sup>14</sup> CIL III 921—59; zu den Manzipationen vgl. WEISS: ZSSt. 37, 136ff.

<sup>15</sup> Gesammelt bei MARINI: I papiri diplomatici (Rom 1805) und SPANGENBERG: Iuris Romani tabulae negotiorum sollemnium, Leipzig 1822.

<sup>16</sup> Vgl. z. B. P. MEYER: Jur. Pap. Nr. 8, 9, 25—27, 37 mit weiteren Nachweisen, ferner BGU VII 1655, 1695, 1696; es handelt sich teils um Holz- (Wachs-)tafeln, teils um Papyri. — S. auch das bei TAUBENSCHLAG: Studi Bonfante I 367ff. gesammelte Material.



noch nach der Ausdehnung des römischen Bürgerrechts durch die *constitutio Antoniniana* (§ 33, 2) bestimmend weiterwirkte und selbst auf die spätere Urkundenpraxis des Westens nicht ganz ohne Einfluß gewesen sein wird<sup>17</sup>.

#### IV. Stellvertretung<sup>1</sup>.

§ 58. 1. Nach römischer Anschauung mußten die Parteien beim Rechtsgeschäft persönlich handeln. Zwar konnten sie sich zur Übermittlung ihrer Willenserklärungen eines Boten bedienen, falls nicht etwa die Formstrenge des Geschäfts persönliche Abgabe der Erklärung verlangte<sup>2</sup>. Aber die sog. direkte Stellvertretung, d. h. das selbständige Handeln eines Vertreters mit unmittelbarer Wirkung zugunsten und zulasten der abwesenden Hauptpartei, war grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. Q. Mucius Scaevola D. 50, 17, 73, 4; Gai. 2, 95; Paul. sent. 5, 2, 2; D. 44, 7, 11; I. 3, 19, 4)<sup>3</sup>. Im Bereich des Zivilrechts sind während der gesamten klassischen Entwicklung nur vereinzelte Ausnahmen von dieser Regel zugelassen worden; die wichtigste war die Anerkennung einer Stellvertretungsmacht des Vermögensverwalters (*procurator*, s. u. Ziff 3)<sup>4</sup> und vielleicht auch des Vormunds<sup>5</sup> beim Erwerb des Besizes und damit zugleich bei der durch Besitzübertragung (*traditio*, § 71, 3) vermittelten Übereignung<sup>6</sup>. Nur die freier schaffende Praxis des Prätors hat die Stellvertretung in stärkerem Maße gestattet, so z. B. beim Erwerb des Nachlaßbesitzes (*bonorum possessio*, § 214), bei der Anstellung eines gewerblichen Betriebsleiters (*institor*, § 169, 1), bei der Übernahme einer Garantiehaftung im Betrieb des Schiffergewerbes (*receptum nautarum*, § 150) und anderwärts<sup>7</sup>. Aber auch hier blieb es bei der Zulassung von Einzelfällen. Eine allgemeine Anerkennung der direkten Vertretung findet sich weder im prätorischen Edikt noch in der daran anknüpfenden Kommentarliteratur. Auch Justinian hat das

<sup>17</sup> Daß bei der Annahme solcher Einflüsse Vorsicht angebracht ist, ergeben die Untersuchungen von EHRHARDT über das Verhältnis der ägyptischen und der westlichen Kaufverträge aus spätrömischer Zeit (ZSt. 51, 126ff.).

<sup>1</sup> MITTEIS: D. Lehre v. d. Stellvertretung, 1885; Röm. Privatr. I 203ff.; SCHLOSSMANN: D. Lehre v. d. Stellvertretung II 153ff., 1902; HUPKA: D. Vollmacht 1900; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 507ff. (wichtigste Behandlung seit MITTEIS, m. reicher Lit.); SIBER: Röm. R. II 411ff.; RICCIBONO: Tijdschrift v. Rechtsgechiedenis 9, 33ff.; Ann. Palermo 14, 389ff. — Weitere Lit. zu Einzelfragen in den folgenden Anm.

<sup>2</sup> Über den Boten (*nuntius*) vgl. SAVIGNY: Obligationenr. II 56ff.; JHERING: Jahrb. f. Dogm. 1, 273ff.; SCHLOSSMANN: Stellvertretung I 304ff.; MITTEIS: Stellvertretung 128ff.; Röm. Privatr. I 205ff.

<sup>3</sup> Aus diesen Stellen folgt zugleich auch die Unmöglichkeit von Verträgen zugunsten Dritter (die für das römische Recht des Altertums von der Stellvertretung nicht geschieden werden können, übrigens auch im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts noch vielfach mit ihr zusammengeworfen wurden). Ähnlich wie bei der Stellvertretung (u. Ziff. 3) hat freilich auch auf dem Gebiet der Verträge zugunsten Dritter die Praxis der Kaiserzeit und namentlich das Recht der Kaiserkonstitutionen die vom Zivilrecht gesetzte Schranke zu umgehen gewußt, indem dem Dritten teils durch Einreden, teils durch von Fall zu Fall gewährte Klagen Rechtsschutz verliehen wurde; vgl. RICCIBONO: Ann. Palermo 14, 399ff., auch BONFANTE: Scr. giur. var. III 243ff.; ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 351ff.; VAZŇY: Bull. 40, 43ff.; Studi Riccobono IV 261ff. (bei ihnen die ältere Lit.).

<sup>4</sup> Zuerst bezeugt bei Nerat. D. 41, 3, 41 (Anfang des 2. Jahrhunderts n. Chr.; vgl. auch D. 41, 1, 13 pr.) als bereits ziemlich allgemein durchgedrungene Ansicht (*iam fere conveniat*); noch Gai. 2, 95 erklärt freilich die Frage für bestritten (zu dieser Stelle vgl. MITTEIS: Privatr. I 212, Anm. 24); Severus u. Caracalla (C. 7, 32, 1; itp. vgl. Anm. 9) haben die herrschende Ansicht bestätigt. — Die moderne Lit. am vollständigsten bei RABEL: Grundz. d. röm. Privatr. 507, Anm. 2; ferner BESELER: Beitr. IV 51ff.; SCHULZ: Einf. i. d. Studium d. Digesten 74ff.; RONDONI: Scr. giur. III 211ff.; HÄGERSTRÖM: D. röm. Obligationsbegr. 90ff.

<sup>5</sup> Der Besitzerwerb durch den Vormund ist in der Forschung stark umstritten. Lit. u. Quellen bei LEWALD: ZSt. 34, 449ff.; bes. 452ff.; s. ferner HÄGERSTRÖM: (s. o. Anm. 4) 115, Anm. 1. — Vgl. auch o. § 51, Anm. 4.

<sup>6</sup> Anders freilich bezüglich des Eigentumserwerbs BESELER: (s. o. Anm. 4).

<sup>7</sup> Belege bei MITTEIS: Röm. Privatr. I 220, Anm. 55.

überkommene Prinzip nicht geändert<sup>8</sup>, sondern lediglich die Ausnahmen erweitert: namentlich hat er den Besitzerwerb ohne die Beschränkung auf den *procurator* und den Vormund zugelassen<sup>9</sup>. — Überraschend wirkt angesichts dieser Entwicklung des römischen Reichsrechts das Bild, das uns die Papyrusurkunden von der Rolle der Stellvertretung im römischen Ägypten geben: hier erscheinen von vornherein zahlreiche Fälle direkter Stellvertretung, auch unter römischen Bürgern<sup>10</sup>; wieviel davon durch die Einzeltatbestände des Reichsrechts gedeckt wird und wieviel auf lokales Volksrecht (s. § 33, 2) zurückgeführt werden muß, bedarf noch erneuter Untersuchung<sup>11</sup>.

2. Durch den Ausschluß der direkten Stellvertretung war der römische Rechtsverkehr grundsätzlich auf die sog. Interessenvertretung (mittelbare, unechte Stellvertretung) angewiesen. Bei ihr entstanden keine Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Drittkontrahenten. Vielmehr handelte der „Vertreter“ ausschließlich mit Wirkung für und gegen sich selbst, und die Überwälzung des wirtschaftlichen Erfolgs vom „Vertreter“ auf den Geschäftsherrn geschah erst nachträglich im Rahmen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses (Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Dienstvertrag, Vormundschaftsverhältnis usw.).

3. Die Tatsache, daß der hochentwickelte Verkehr der Spätrepublik und der Kaiserzeit ohne eine allgemeine Zulassung der direkten Vertretung auskam, ist nur dann verständlich, wenn man die Besonderheiten des Sklaven- und Familienrechts und eine Reihe von anderen, großenteils im Anschluß daran entwickelten Rechtsgedanken in Betracht zieht, die in Verbindung mit der mittelbaren Stellvertretung einen hinreichenden Ersatz bieten konnten. Seit alters fiel der Erwerb der Gewaltunterworfenen, also namentlich auch des Sklaven, notwendig und ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten dem Gewalthaber zu (§ 37, 3 b; § 164); eine zivilrechtliche Verpflichtung des Gewalthabers aus den Geschäften seiner Gewaltunterworfenen entstand freilich nicht; in diesem Punkt griff jedoch der Prätor ein und verlieh dem dritten Kontrahenten unter gewissen Voraussetzungen neben seinen Rechten gegen den gewaltunterworfenen Geschäftsgegner einen „zusätzlichen“ Anspruch gegen dessen Gewalthaber (*actiones adiecticiae qualitatis*, § 165 ff.), sodaß für die Geschäfte von Sklaven und Haussöhnen, wenn auch auf ganz andersartiger Grundlage, annähernd die Wirkungen der direkten Vertretung erreicht wurden. Die prätorischen Zusatzansprüche fanden aber auch in solchen Fällen Verwendung, in denen ein gewaltfreier Handlungsvorstand oder sogar ein gewaltfreier Vermögensverwalter (vgl. § 169, 2) für Rechnung seines Prinzipals Geschäfte betrieb, also in Fällen, die grundsätzlich in den Bereich der mittelbaren Vertretung fielen. Auch in anderen, ähnlich gelagerten Fällen pflegte der Prätor beim Vorliegen besonderer Voraussetzungen (z. B. bei Insolvenz des Mittelsmanns) die Wirkungen des Geschäfts unmittelbar auf den Geschäftsherrn überzuleiten, indem er nach Prüfung der Sachlage (*causa cognita*) gegen oder auch für diesen eine *actio utilis* gewährte (z. B. Marcellus u. Gai. D. 14, 3, 1 f.; Paul. D. 46, 5, 5; Ulp. D. 26, 7, 9 pr.). Ganz frei gestaltete sich vollends in der Kaiserzeit die Verwaltungsrechtsprechung der *praefecti annonae* und der Provinzialstatthalter im Bereich des überseeischen Getreidehandels: sie gewährten auch dem Händler unmittelbare Rechtsbehelfe gegen die Lieferanten, mit denen seine Angestellten in vertragliche Beziehungen getreten waren (Ulp. D. 14, 1, 1, 18 i. f.). Noch weiter führten endlich zahlreiche Anwendungsfälle des mit den rechtspolitischen Grundlagen der

<sup>8</sup> Erst im gemeinen Recht hat die Stellvertretung gewohnheitsrechtlich allgemeine Geltung gewonnen.

<sup>9</sup> Dementsprechend wurden die klassischen Zeugnisse interpoliert, so D. 41, 1, 20, 2; 53; C. 7, 32, 1; vgl. MITTEIS: Röm. Privatr. I 212, Anm. 27 und die dort angeführten Autoren.

<sup>10</sup> Hierüber eingehend WENGER: D. Stellvertretung i. Rechte d. Papyri bes. 157 ff., 1906. — Vgl. ferner MITTEIS: ZSSt. 28, 478 ff.; Röm. Privatr. I 230 ff.; Grundzüge d. Papyruskunde 260 ff.

<sup>11</sup> Für die Annahme eines vom Reichsrecht abweichenden Lokalrechts: WENGER und JÖRS: (i. d. Vorauf.); dagegen MITTEIS und RABEL: Grundz. d. röm. Privatr. 512.

adjektivischen Ansprüche unmittelbar zusammenhängenden Ermächtigungsgedankens<sup>12</sup>: Durch die Einwilligung des Berechtigten konnte jemand ermächtigt werden, wirksam über ein fremdes Recht zu verfügen, und zwar im eigenen Namen, nicht als Vertreter (vgl. BGB § 185). Hierauf beruht ein Teil der Befugnisse des Vermögensverwalters (*procurator*)<sup>13</sup>, wie ihn sich wohlhabende Römer zu halten pflegten. Der *procurator* konnte z. B. Eigentum seines Geschäftsherrn veräußern (Gai. 2, 64), dessen Forderungen einziehen (Iul. D. 46, 3, 34, 3) und stunden (Gai. D. 2, 14, 10, 2ff.)<sup>14</sup>. Daß ihm außerdem in manchen Beziehungen echte Vertretungsbefugnisse zustanden, insbesondere die Fähigkeit, für den Geschäftsherrn Besitz und Eigentum zu erwerben, wurde bereits erwähnt (s. o. Ziff. 1).

## V. Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte.

§ 59. **Einleitung.** Wie die Person nur dann Träger von Rechten ist, wenn das objektive Recht sie für rechtsfähig erachtet, so hängt auch die Geltung der Rechtsgeschäfte von der Anerkennung durch die Rechtsordnung ab. Diese bestimmt, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen ihnen eine Wirksamkeit zukommt<sup>1</sup>. Das römische Recht ist allerdings auf diesem Gebiet in mehr als einer Hinsicht unvollkommen. Es gab zahlreiche Gesetze (oder sonstige Rechtsquellen), in denen die Folgen des Verstoßes gegen ihre Vorschriften nicht oder nur unvollständig normiert waren. Die Jurisprudenz hat, was freilich überhaupt nicht ihre Stärke ausmacht, hier aber besonders ins Gewicht fällt, nicht vermocht, eine allgemeine Theorie oder auch nur eine sichere Terminologie durchzuführen<sup>2</sup>. Trotzdem hat nicht nur die Dogmatik des gemeinen Rechts, sondern auch die rechtsgeschichtliche Forschung es versucht und muß es versuchen, aus den Quellen leitende Gesichtspunkte zu entnehmen und feste Begriffe aufzustellen. Die Gefahr unrichtiger Verallgemeinerung ist dabei freilich nicht gering.

§ 60. **Arten der Unwirksamkeit.** 1. Der für das Privatrecht der klassischen Zeit charakteristische Gegensatz von zivilem und honorarischem Recht zeigt sich auch bei der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften: Der Prätor erkannte manche Geschäfte an, die das Zivilrecht nicht gelten ließ, und verweigerte anderen seinen Schutz, die nach Zivilrecht einwandfrei zustande gekommen waren. Darum ist grundsätzlich zwischen ziviler und honorarischer Unwirksamkeit zu scheiden. Der Gegensatz dieser beiden Unwirksamkeitsbegriffe ist selbst in den justinianischen Quellen nicht völlig verwischt, obwohl er längst durch den Verschmelzungsprozeß der nachklassischen Rechtsentwicklung gegenstandslos geworden war.

2. Innerhalb der zivilen Unwirksamkeit kann man eine völlige Nichtigkeit von einer Unwirksamkeit minderen Grads, einer bloßen „Anfechtbarkeit“, unterscheiden. Das schlechthin nichtige Geschäft (*negotium nullum, nullius momenti*) war für die

<sup>12</sup> Vgl. namentlich RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 509ff.

<sup>13</sup> Über den *procurator* vgl. HEUMANN-SECKEL: Handlexikon <sup>9</sup> 463f.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 232ff.; BONFANTE: Scr. giur. var. III 250ff.; RABEL: Grundz. d. röm. Privatr. 511; SIBER: Röm. R. II 191f., sowie die bei RABEL: ZSSt. 46, 472ff. erörterte italienische Lit. und FRESE: Mélanges Cornil I 336ff.; Studi Bonfante IV 400ff.

<sup>14</sup> Auf der durch Ermächtigung begründeten Verfügungsmacht des *procurator* beruht wohl auch die Tatsache, daß bereits im klassischen Recht dem Geschäftsherrn aus einem vom *procurator* gegebenen Darlehen eine *condictio* erwächst: Ulp. D. 12, 1, 9, 8; Paul. 45, 1, 126, 2 (beide Stellen wohl überarbeitet, aber insofern zuverlässig), vgl. Iust. C. 4, 27, 3. — S. auch SIBER: Röm. R. II 415.

<sup>1</sup> Zur Lehre von der Unwirksamkeit und namentlich zu den bei ihr besonders wichtigen dogmatischen Fragen vgl. WINDSCHEID-KIPP: Pand. I <sup>9</sup> 423ff. (§ 82); BRINZ: Pand. IV <sup>2</sup> 396ff.; KARLOWA: D. Rechtsgeschäft 166ff., 132ff.; GRADENWITZ: D. Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte; MITTEIS: Jb. f. Dogm. 28, 85ff., Röm. Privatr. I 236ff.; REGELSBERGER: I 631ff.; STROHAL: Üb. relative Unwirksamkeit 11ff. (Festschr. z. Jahrhundertfeier d. österr. BGB II 759ff.).

<sup>2</sup> Vgl. HELLMANN: ZSSt. 23, 380ff., 24, 50ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 236ff.

Parteien und für jedermann ohne weiteres wirkungslos<sup>1</sup>. Die erstrebten Rechtswirkungen blieben völlig aus<sup>2</sup>. Anfechtbare Geschäfte dagegen unterlagen zunächst nur einer schwebenden Unwirksamkeit. Ihr Bestand war in die Hand einer bestimmten Person (des „Anfechtungsberechtigten“) gegeben, einer Person, die übrigens nicht notwendig am Geschäft beteiligt sein mußte. Ließ diese das Geschäft gelten, so war und blieb es wirksam. Focht sie es nicht an, so wurde es als von Anfang an nichtig angesehen und brachen seine etwa schon eingetretenen Wirkungen zusammen. Das bekannteste und gewissermaßen typische Beispiel dieser minderen Unwirksamkeit bildete die Anfechtung eines Testaments durch die Klage des pflichtteilsberechtigten Noterben (*querella inofficiosi testamenti*, § 209).

3. Die honorarrechtliche Unwirksamkeit trat formal auf verschiedene Weise in Erscheinung. Entweder versagte der Prätor (bzw. der sonst mit der Sache befaßte Jurisdiktionsmagistrat) schlechthin den prozessualen Schutz, indem er sich weigerte, eine Klage aus dem Geschäft zuzulassen (*actionem non dare* oder *actionem denegare*)<sup>3</sup>. Oder er gestattete zwar die Klage, fügte aber zugunsten des Beklagten in die Prozeßformel eine Einrede (*exceptio*) ein, deren Berücksichtigung zur Klageabweisung und damit ebenfalls zur Wirkungslosigkeit des Rechtsgeschäfts führte<sup>4</sup>. Oder er beseitigte schließlich die zunächst eingetretenen Geschäftswirkungen durch einen besonderen Hoheitsakt, z. B. durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*in integrum restitutio*)<sup>5</sup>. Von diesen verschiedenen prozessualen Mitteln diente die Klageverweigerung und vereinzelt auch die Erteilung einer Einrede<sup>6</sup> der Durchführung einer absoluten Unwirksamkeit unabhängig vom Willen der Beteiligten (analog der zivilen Nichtigkeit); die übrigen griffen nur auf das Verlangen eines „Anfechtungsberechtigten“ Platz, stellten also honorarische Formen einer geminderten Unwirksamkeit dar: unterließ es der „Anfechtungsberechtigte“, die Einfügung einer *exceptio* bzw. die *restitutio in integrum* beim Prätor zu beantragen, so blieb die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unberührt<sup>7</sup>.

**§ 61. Unwirksamkeitsgründe.** 1. Gewisse Rechtsgeschäfte waren ihres Inhalts wegen unwirksam:

<sup>1</sup> Im Prozeß konnte der Beklagte die zivilrechtliche Nichtigkeit bereits im Verfahren vor dem Prätor (*in iudicio*) geltendmachen; dann kam es grundsätzlich zur Verweigerung der Klage (u. 3). Er konnte sich aber auch darauf beschränken, den Nichtigkeitsgrund erst im zweiten Stadium des Verfahrens (*apud iudicem*) zur Sprache zu bringen — wenigstens dann, wenn er mit einer *formula in ius (civile) concepta* belangt wurde. Dann mußte der Richter freisprechen, weil er die zivilrechtliche Gültigkeit des Geschäfts in vollem Umfang zu würdigen hatte.

<sup>2</sup> Dies bedeutet nicht, daß die Parteierklärungen in jeder Hinsicht ohne Wirkung bleiben mußten. Der arglistige Abschluß nichtiger Verträge z. B. konnte eine Deliktshaftung (im nachklassischen Recht sogar eine Haftung auf Grund der Vertragsklage) auf das negative Interesse d. h. auf den dem Gegner durch den Abschluß erwachsenen Schaden herbeiführen. Vgl. JHEERING: Jb. f. Dogm. 4, 1 ff.; HELDRICH: Verschulden b. Vertragsschluß (Leipz. rechtsw. Studien 7, 1924) 18 ff. — Über Heilbarkeit und Konversion nichtiger Rechtsgeschäfte u. § 63.

<sup>3</sup> S. WENGER: u. § 13; Inst. d. röm. Zivilprozeßr. 98 f.; SCHOTT: D. Gewähren d. Rechtsschutzes i. röm. Civilproz., 1903 (umfangreiche Materialsammlung zum *denegare actionem*). — Die Verweigerung der Klage konnte die Konsequenz zivilrechtlicher Nichtigkeit des Geschäfts sein (s. Anm. 1); sie konnte trotz zivilrechtlicher Gültigkeit des Geschäfts auf Grund prätorischen Ermessens stattfinden; sie konnte endlich (bei Ansprüchen aus Geschäften prätorischen Rechts, z. B. aus einem *pactum*) auf analoger Anwendung zivilrechtlicher Nichtigkeitsgrundsätze beruhen. Nur in den beiden letzten Fällen spricht man von honorarrechtlicher Unwirksamkeit.

<sup>4</sup> Vgl. WENGER: u. § 9, 5; RE 6, 1553 ff.; Inst. d. röm. Zivilprozeßr. 145 ff.; RICCIBONO: Ann. Palermo 14, 437 ff.

<sup>5</sup> Vgl. WENGER: u. § 19, 3; Inst. d. röm. Zivilprozeßr. 235 f.; KLINGMÜLLER: RE 1 A, 676 ff.

<sup>6</sup> So z. B. im Fall des *senatus consultum Velleianum* (§ 133); der Prätor gab hier von Amts wegen, also auch ohne Verlangen des Beklagten, die Klage nur unter Beifügung der *exceptio*. Vgl. WENGER: Inst. d. röm. Zivilprozeßr. 145.

<sup>7</sup> Eine besondere Art der honorarrechtlichen Anfechtbarkeit liegt im Fall der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung (§ 162) vor; hier führte die Anfechtung nicht zur Vernichtung des angegriffenen Geschäfts, sondern lediglich zur Entstehung eines Rückgabeanspruchs gegen den bereicherten Dritten (*revocatio*).

a) Geschäfte, die eine tatsächlich oder rechtlich unmögliche Leistung betrafen<sup>1</sup>, z. B. Kaufverträge über nicht existierende oder dem Verkehr entzogene Sachen. Solche Geschäfte waren zivilrechtlich nichtig (Cels. D. 50, 17, 185; Gai. D. 44, 7, 119; Pomp. 18, 4, 1; Ulp. D. 30, 39, 8—10).

b) Geschäfte, die gegen ein Rechtsverbot verstießen<sup>2</sup>. Das klassische Recht behandelte sie freilich nicht einheitlich; es kam in erster Linie darauf an, welche Folgen die verletzte Rechtsnorm selbst an die Zuwiderhandlung knüpfte (sog. *sanctio legis*). Daß viele für das Privatrecht wichtige Gesetze nur unvollkommene Bestimmungen darüber enthielten, wurde schon angedeutet (§ 59). Die Theorie (Ulp. 1—2) unterschied Gesetze<sup>3</sup>, die das verbotene Geschäft für nichtig erklärten (*leges perfectae*, z. B. die *lex Falcidia*, § 224, 2), solche, die auf das Zuwiderhandeln lediglich eine Strafe oder einen Nachteil setzten (*leges minus quam perfectae*, z. B. die *lex Furia testamentaria*, § 224, 1a) und solche, die überhaupt keine Bestimmungen über die Folge der Übertretung enthielten (*leges imperfectae*, z. B. die *lex Cincia*, § 153, 2). Zu welcher dieser Gattungen ein Gesetz gehörte, und wie die fehlenden Sanktionen zu ergänzen waren, mußte die Auslegung im einzelnen Fall ermitteln. — Im nachklassischen Recht wurden Geschäfte, die gegen ein Verbotsgesetz verstießen, durch ein Edikt der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. (Nov. Postth. 8, verkürzt in C. Iust. 1, 14, 5) schlechthin für nichtig erklärt. Obwohl die Konstitution ganz allgemein spricht und keine Ausnahme kennt, wurde sie doch in der Praxis mit Recht nicht auf Gesetze bezogen, die selbst andere Wirkungen verhängt hatten<sup>4</sup>.

c) Geschäfte unsittlichen Charakters<sup>5</sup>. Unter ihnen behandelte das klassische Recht die auf eine unsittliche Leistung gerichteten und die auf einem unsittlichen Rechtsgrunde (*causa*) ruhenden Geschäfte in verschiedener Weise. Jene waren nach Zivilrecht nichtig, diese lediglich vor dem Forum des Prätors (*denegatio actionis* oder *exceptio doli*, § 60, 3)<sup>6</sup>. Erst das nachklassische Recht hat im Zug der Verschmelzung von zivilem und honorarischem Recht beide Fälle vereinheitlicht. Quellenzeugnisse

<sup>1</sup> Vgl. RABEL: Festschr. f. Bekker 175ff., Mélanges Gérardin 473ff.; KOSCHAKER: ZSt. 29, 504ff.

<sup>2</sup> Bei der Auslegung gesetzlicher Verbote verfahren die Römer ursprünglich ganz formalistisch, so daß die vom Wortlaut nicht getroffene Gesetzesumgehung wirksam war, wenn sie nicht durch besondere Verbotsnormen ausgeschlossen wurde; vgl. z. B. Gai. 1, 46. Eine freiere Behandlung, die vom Sinn des Gesetzes statt vom Wortlaut ausging und damit die Grenzen der Gesetzesverletzung weiter zog, findet sich bereits im klassischen Recht, wenn auch nur in spezieller Anwendung; s. bes. Ulp. u. Paul. D. 1, 3, 29 u. 30 zur *lex Cincia* (§ 153, 2). Das nachklassische Recht hat zwar die (dolose) Gesetzesumgehung zu manchen klassischen Entscheidungen neu erwogen (z. B. D. 14, 6, 3, 3; D. 16, 1, 29, 1, beide itp.); eine prinzipielle Klärung des Problems der Gesetzesumgehung hat es jedoch ebensowenig wie das klassische Recht erreicht. — Lit.: PFAFF: Z. Lehre v. in fraudem legis agere (1893); PACCHIONI: Riv. dir. comm. 9, 2, 331ff.; ROTONDI: Gli atti in frode alla legge, 1911; Scr. giur. III 9ff.; LEWALD: ZSt. 33, 586ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 409; PARTSCH: Nachgel. u. kl. Schr. 126ff.

<sup>3</sup> Zum folgenden SENN: Leges perfectae, minus q. perfectae et imperfectae, Thèse Paris 1902; BAVIERA: Scr. I 199ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 246ff. Der die *lex perfecta* betreffende Satz und der die Begriffsbestimmung der *lex minus q. perfecta* enthaltende Satzteil sind im Text von Ulp. 1 verloren gegangen; aber die Ergänzung und damit das oben Gesagte unterliegt keinem Bedenken.

<sup>4</sup> Über Veräußerungsverbote s. VANGEROW: Pand. I 7 548ff.; WINDSCHEID-KIPP: Pand. I 9 899ff. (§ 172a); BRINZ: Pand. I 2 488ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 253ff.

<sup>5</sup> SBER: Studi Bonfante IV 103ff.; MEZGER: Stipulationen u. letztwill. Verfügungen contra bonos mores im klass.-röm. u. nachklass. R. (Göttinger Diss. 1929). — Das unsittliche Geschäft heißt bei den Römern *negotium turpe* oder *negotium contra bonos mores*. MEZGER behauptet freilich, der letztgenannte Ausdruck habe erst im nachklassischen Recht diese Bedeutung erlangt. Daran ist soviel richtig, daß die Spätzeit den ursprünglich objektiv gefärbten Begriff stark subjektiviert und mit Vorliebe gebraucht hat.

<sup>6</sup> Bei den *bonae fidei iudicia* (z. B. dem Kauf; vgl. § 101, 4b) trat freilich der Unterschied prätorischer und ziviler Unwirksamkeit äußerlich nicht hervor, weil hier die *exc. doli* niemals besonders geltend gemacht zu werden brauchte. Bloß honorarrechtlich anerkannte *pacta* (§ 117, 3) konnten natürlich auch bei unsittlicher Leistung nur honorarrechtlich unwirksam sein (s. o. § 60, Ann. 3). — Über unsittliche Bedingungen s. o. § 50, 4 a. E.

wie Ulp. D. 45, 1, 26 und I. 3, 19, 24 beruhen darum auf nachklassischer Umgestaltung oder Verallgemeinerung der klassischen Aussprüche.

2. Die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften konnte ferner die Folge von Fehlern im Zustandekommen sein.

a) Fehlte einer der handelnden Personen die Rechts- oder die Geschäftsfähigkeit, so war das Rechtsgeschäft grundsätzlich nach Zivilrecht nichtig. Doch konnten Gewaltunterworfenen für ihren Gewalthaber wirksam Erwerbsgeschäfte schließen, auch wenn sie nicht rechtsfähig waren (§ 40, 2; vgl. ferner die in § 51 dargelegten Einzelheiten über die Geschäftsfähigkeit).

b) Auch Formmängel machten das Geschäft zivilrechtlich nichtig<sup>7</sup>. Dies gilt sowohl für die Nichtbeachtung äußerer Formen (wie z. B. der mündlichen Wechselrede bei der Stipulation, der Spruchformel und der Formalhandlung bei den *gesta per aes et libram*) als auch für Verstöße gegen den „inneren Formalismus“ des Rechtsgeschäfts<sup>8</sup>; in diese letzte Gruppe gehört z. B. die Einfügung von Bedingungen oder Befristungen in bedingungsfeindliche Formalakte wie die Manzipation, die Errichtung eines Testaments ohne Erbeinsetzung (§ 204, 1) usw.

c) Schließlich beeinträchtigten Willensmängel die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Darüber § 62.

**§ 62. Willensmängel im besonderen.** 1. Willensmängel sind Fehler des Rechtsgeschäfts, die das Verhältnis zwischen Erklärung und Willen betreffen. Im älteren römischen Recht konnten sie grundsätzlich keine Berücksichtigung finden, da die Auslegung nur den äußeren Erklärungstatbestand und nicht auch die subjektive Seite des Geschäfts erfaßte. Erst gegen Ende der republikanischen Zeit, als der Gegensatz von Wort und Wille (*verba* und *voluntas*) in den Bereich juristischer Betrachtung eintrat, erwachte auch das Verständnis für die Fehlerhaftigkeit der mit Willensmängeln behafteten Geschäfte. Indessen hat auch das klassische Recht eine einheitliche und gleichmäßige Behandlung der Willensmängel nicht durchgeführt. Es ging hier wie anderwärts vom Einzeltatbestand aus und gelangte weder zu abgerundeten Begriffen noch zu völliger Überwindung der alten rein objektiven Betrachtungsweise. Das nachklassische Recht schließlich zeigt verallgemeinernde und doktrinäre Tendenzen; es ist der subjektiven Auslegung und damit der Berücksichtigung von Willensmängeln sehr geneigt. Die Bedeutung der nachklassischen Eingriffe in die klassischen Entscheidungen ist freilich vielfach noch stark umstritten<sup>1</sup>.

2. Im einzelnen sind folgende Arten von Willensmängeln zu unterscheiden:

a) Nicht einmal der äußere Tatbestand eines Rechtsgeschäfts liegt vor im Falle der sog. Scherzerklärung, bei der die Umstände ohne weiteres den Mangel rechtsgeschäftlichen Willens erkennen lassen, wie z. B. bei einer Stipulation auf der Bühne. Derartige Akte waren darum schon in republikanischer Zeit anerkanntermaßen wir-

<sup>7</sup> War für einen Vertrag die Schriftform vereinbart, so schrieb Justinian (C. 4, 21, 17) vor, daß die Parteien nicht schon durch mündliche Abreden oder schriftliche Entwürfe u.dgl. gebunden sein sollten, sondern erst dann, wenn der Vertrag in Reinschrift hergestellt, vom Aussteller unterschrieben, vom Notar (dem *tabellio*, § 57, 4) für abgeschlossen (*complere*, *τελειώων*) und vom Aussteller für ausgefertigt (*absolvere*, *ἀπολύειν*) erklärt worden sei. Die vielen, uns namentlich aus Ägypten bekannten Urkunden zeigen, daß diese Form genau beobachtet wurde; nur schloß die *absolutio* sich meist an die Unterschrift des Ausstellers an, und die *completio* des Notars bildete zweckentsprechend den Schluß: *δι' ἐμοῦ Ἰωάννου συμβολαιογράφου ἐτελειώθη* (oft auch in lateinischen Buchstaben). — Vgl. auch Lydus de mag. 3, 11, wo *πληρῶν* und *ἀπολύειν* in Anwendung auf die Urteilsausfertigung begegnen. — Lit.: BRUNNER: Z. Rechtsgesch. d. röm. u. germ. Urkunde 67ff.; KARLOWA: I 1000f.; PFAFF: *Tabellio* u. *tabularius* 40ff., 54ff.; FREUNDT: Wertpapiere i. antiken u. frühmittelalterl. R. I 61ff.; PARTSCH: Z. f. Handelsr. 70, 452ff.; STEINWENTER: Beitr. z. öffentl. Urkundenwesen d. Römer 80f.; RE 9, 1589; BESELER: Beitr. IV 305f.; STEINACKER: D. antiken Grundl. d. frühmittelalterl. Privaturk. 90ff.; SCHÖNBAUER: ZStSt. 50, 697f.; SACHERS: RE 4A, 1856ff.

<sup>8</sup> Vgl. MITTEIS: Röm. Privatr. I 289f.

<sup>1</sup> Vgl. auch § 49 über die Auslegung von Rechtsgeschäften.

kungslos: vgl. Varro, ling. Lat. 6, 72 (BRUNS: Fontes II 7 57)<sup>2</sup>; ferner Paul. D. 44, 7, 3, 2; Trajan in D. 29, 1, 24.

b) Ganz anderer Natur ist das sog. Scheingeschäft (*negotium simulatum*)<sup>3</sup>. Hier handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, das nach außen hin durchaus als ernstgemeintes Geschäft auftritt, während die Beteiligten insgeheim darüber einig sind, daß seine Rechtswirkungen, sei es ganz, sei es z. T., nicht eintreten sollen. Solche Geschäfte können z. B. die Umgehung gesetzlicher Gebote und Verbote<sup>4</sup> oder die Täuschung dritter Personen bezwecken; oft verbirgt sich hinter ihnen ein andersgearteter wahrer Geschäftswille der Parteien (das dissimulierte Geschäft). Daß die rein formale Interpretation des älteren römischen Rechts der Simulationsabrede keinerlei Bedeutung beimessen konnte und darum das Scheingeschäft stets als voll wirksam behandeln mußte, bedarf keines Beweises. Das Scheingeschäft war für sie überhaupt nicht erfaßbar<sup>5</sup>. Aber auch das klassische Recht wußte nichts von einer grundsätzlichen Unwirksamkeit der Scheingeschäfte. Immerhin bildeten gewisse klassische Rechtssätze und Entscheidungen die Ausgangspunkte der späteren Entwicklung. So der Ausspruch des Gaius (D. 23, 2, 30), daß eine zum Zweck der Umgehung der Ehegesetzgebung eingegangene Scheinehe schlechthin wirkungslos sei<sup>6</sup>. So ferner das für die klassischen Real- und Konsensualverträge geltende Prinzip der *veritas actus*: Ein Kaufvertrag ohne Kaufpreis (Ulp. D. 18, 1, 36), ein Mietvertrag ohne Mietzins (Ulp. D. 19, 2, 46), ein Darlehen ohne reale Hingabe der Darlehenssumme konnten vor dem römischen Recht nicht bestehen. Geschäfte dieser Art, wie sie sich namentlich aus der hellenistischen Übung ergaben, in fiktive Kausalgeschäfte eine abstrakte Verpflichtung einzukleiden<sup>7</sup>, wurden darum vom Reichsrecht und besonders von den Kaiserreskripten bekämpft (vgl. z. B. Diocl. C. 4, 2, 6 itp.: *simulatis — habitis*?; C. 4, 22, 3)<sup>8</sup>. Die von den Parteien gewählte Einkleidung wurde als unerheblich beiseite geschoben und die wahren Geschäftszwecke der Auslegung zugrundegelegt. Es bedurfte nur noch der Annahme, daß das Fiktivgeschäft von den Parteien überhaupt nicht gewollt sei, um diese Fälle unter den Gesichtspunkt des Scheingeschäfts zu bringen. Diesen Schritt hat die nachklassische Theorie getan, die aus den klassischen Quellen den allgemeinen Satz herleitete, daß das Scheingeschäft nichtig und der von ihm verdeckte wahre Geschäftswille der Beteiligten gültig sei. An zahlreichen Stellen ist dieser Satz von nachklassischer Hand als Begründung oder als Ergänzung in die klassischen Entscheidungen eingefügt worden.

c) Sehr schwer zu erfassen ist die Entwicklung der römischen Irrtumslehre<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Vgl. PARTSCH: ZSSt. 42, 248f.

<sup>3</sup> PARTSCH: ZSSt. 42, 227ff.; Nachgel. u. kl. Schr. 122ff. Seine Ergebnisse sind im folgenden dargestellt.

<sup>4</sup> Hierzu vgl. o. § 61, Anm. 2.

<sup>5</sup> Die sog. „nachgeformten“ Rechtsgeschäfte, wie z. B. die *in iure cessio* (§ 56), die *adoptio* (§ 186, 3b), die *emancipatio* (§ 186, 4), sind keine Scheingeschäfte, und noch weniger sind sie als solche empfunden worden. Sie beruhen auf einer Übertragung formaler Rechtsakte auf Anwendungsfälle, die außerhalb ihres ursprünglichen Zusammenhangs liegen. Die Wirkungen dieser Formalakte sind beim nachgeformten Geschäft, ganz anders als beim Scheingeschäft, in vollem Umfang gewollt. Vgl. des näheren RABEL: ZSSt. 27, 290ff., 28, 311ff.

<sup>6</sup> Dem klassischen Recht war dies freilich selbstverständlich, da die Wirksamkeit der Ehe stets von dem Vorhandensein einer tatsächlichen ehelichen Gemeinschaft abhängig war; insofern war in diesem Zusammenhang überhaupt kein Raum für eine besondere Theorie von der Nichtigkeit des Scheingeschäfts. Der nachklassische Betrachter mochte indessen leicht eine solche hinter der Gaiusstelle suchen.

<sup>7</sup> Vgl. hierüber KUNKEL: RE 4 A, 1381ff.

<sup>8</sup> Vgl. ferner die übrigen von PARTSCH: ZSSt. 52, 257ff. angezogenen Konstitutionen. Der Hinweis auf das Scheingeschäft ist in ihnen, wie PARTSCH darlegt, wohl überall nachklassischer Herkunft.

<sup>9</sup> Dogmatische Lit. bei RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 498, Anm. 4; SIBER: Röm. R. II 432, Anm. 11. — Interpolationenkritische Behandlung von Teilfragen bei BESELER: bes. Byzant.-neugriech. Jb. 1, 343ff.; ZSSt. 43, 415ff.; LENEL: Arch. ziv. Prax. 123, 161ff., bes. 173ff.; SCHULZ: Gedächtnisschr. f. Seckel 70ff., bes. 88ff. Die scharfsinnige Gesamtbehandlung durch

Der Ausgangspunkt allerdings steht auch hier fest: die formale Interpretationsweise des älteren Rechts konnte ihrer Natur nach den Irrtum nicht beachten; erst das klassische Recht war imstande, das irrtümliche Geschäft als fehlerhaft zu erkennen und die Frage nach seiner Wirksamkeit zu stellen. Wie weit und in welcher Weise das klassische Recht diese Frage verfolgt hat, vermögen wir infolge der starken Zerrüttung der Quellen durch nachklassische Überarbeitungen nur unvollkommen zu erkennen<sup>10</sup>. Sicher ist jedenfalls, daß die Römer das Irrtumsproblem in ganz anderem Zusammenhang gesehen haben, als wir es heute im Gefolge der gemeinrechtlichen Dogmatik zu sehen gewohnt sind. Für uns liegt die Frage der Irrtumsfolgen jenseits der Auslegung. Erst nachdem wir durch Auslegung den Inhalt der Willenserklärung objektiv und endgültig ermittelt haben, stellen wir die Frage, ob dieser Inhalt etwa mit dem Geschäftswillen des Erklärenden in (unbeabsichtigtem) Widerspruch stehe, und ob etwa der mit der Erklärung inhaltlich übereinstimmende Wille auf fehlerhaften Motiven beruhe. Für den Römer war der Irrtum in erster Linie ein Auslegungsproblem. Die Fragestellung lautete in der Regel nicht: hat der Irrtum die Unwirksamkeit des Geschäfts zur Folge? sondern: kann dem Irrtum durch weitherzige Auslegung des Geschäfts Rechnung getragen werden? bringt die irrtümliche Erklärung nicht vielleicht doch den wahren Willen, wenn auch unvollkommen zum Ausdruck, oder ist im gegebenen Fall der Gegensatz zwischen Gewolltem und Erklärtem unüberbrückbar? Von dieser Fassung des Irrtumsproblems aus gesehen, ist es begreiflich, daß sogar in den besonderen Fällen, in denen die Erbrechtspraxis vor allem des Kaisergerichts den Motivirrtum berücksichtigte, nicht die Unwirksamkeit der irrtümlichen Verfügung, sondern ihre Berichtigung entsprechend dem hypothetischen irrtumsfreien Willen des Erblassers erstrebt wurde<sup>11</sup>. Nicht minder erklärt sich von hier aus die Verquickung von Irrtum und Dissens im römischen Vertragsrecht<sup>12</sup>, die man nicht etwa für nachklassisch halten darf<sup>13</sup>. Endlich hängt es mit der angedeuteten Fragestellung zusammen, daß die moderne Scheidung der Irrtumstatbestände in die Fälle des Erklärungsirrtums und des Motivirrtums bei den Römern höchstens mittelbar angebahnt worden ist. Im Vordergrund der römischen Erörterung<sup>14</sup> steht durchaus die Gliederung nach dem Objekt des Irrtums: ob sich der Irrtum lediglich auf die Bezeichnung einer Person oder Sache bezieht (*error in nomine*) oder aber auf ihre Identität (*error in corpore*); welche Bedeutung es ferner hat, wenn der Erklärende über die Substanz einer Sache, nicht aber über ihre Identität irrt (*error in materia* oder *substantia*). Im klassischen Recht führte von diesen verschiedenen Irrtumsarten

LAURIA: Riv. dir. civ. 1927, 3 führt nicht überall zu überzeugenden Ergebnissen. Eine unübertroffene Zusammenfassung bei RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 498ff.

<sup>10</sup> Über die Behandlung des prozessualen Irrtums (*restitutio in integrum ob errorem*) vgl. KELLER: Röm. Zivilprozeß § 79, Nr. 3.

<sup>11</sup> Dies ist das gesicherte Ergebnis der Untersuchung von SCHULZ; vgl. auch LEVY: ZSt. 48, 679ff.

<sup>12</sup> Vgl. § 49, Anm. 8.

<sup>13</sup> Dies tut LAURIA: (s. o. Anm. 9) 20ff. estr.

<sup>14</sup> Die von den Römern eingehend behandelte Frage, wann ein Irrtum entschuldbar sei, hängt nur mittelbar mit dem Problem des fehlerhaften Rechtsgeschäfts zusammen und reicht in ihrer Bedeutung weit darüber hinaus. Eine offenbar aus der Frühzeit der römischen Jurisprudenz stammende Rechtsregel besagte hierüber, daß Rechtsunkenntnis dem Irrenden zur Last falle, das Nichtwissen von Tatsachen dagegen unschädlich sei (*iuris ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere*: Paul. D. 22, 6, 9 pr.). Gleich mancher anderen alten Regel erfuhr auch diese in klassischer Zeit Einschränkungen, und zwar nach beiden Seiten hin: Einerseits ließ man die Berufung auf einen Tatsachenirrtum nur zu, wenn dieser in Anbetracht der konkreten Umstände entschuldbar erschien (dies ist der klassische Kern der schwer verfälschten II. D. 22, 6, 6 u. 9, 2). Andererseits sah man gewissen Personen den Rechtsirrtum nach (Minderjährigen, Soldaten, Frauen) und erklärte auch wohl für gewisse Tatbestände den Rechtsirrtum schlechthin für unschädlich: so beim Fehlen der Möglichkeit, sich über das Recht zu unterrichten (Lab. in D. 22, 6, 9, 3: ut ff. gl.), und wo es sich nicht um einen Rechtserwerb, sondern um die Erhaltung des vorhandenen Vermögens handelte (Pap. D. 22, 6, 7). — Vgl. auch VASSALLI: Studi Senesi 30, 3ff.



wohl nur eine in allen Fällen zur Nichtigkeit: der *error in corpore*; er hindert das wirksame Zustandekommen sowohl bei förmlichen (Ulp. D. 28, 5, 9 pr.—2) wie bei formfreien Geschäften (Ulp. D. 18, 1, 9, 1). Bloßer Namensirrtum dagegen war mindestens bei formfreien Rechtsgeschäften<sup>15</sup> unschädlich, wenn nur die Vertragsparteien hinsichtlich des *corpus* einig waren (Ulp. D. 18, 1, 9, 1) bzw. bei einseitigen Geschäften das wirklich Gewollte eindeutig feststellbar war (Marcell. D. 32, 69 pr.). Substanzirrtum war im klassischen Recht grundsätzlich unerheblich (Paul. D. 45, 1, 22); nur in einem Fall tritt man offenbar über seine Wirkung: wenn beim Kaufvertrage beide Parteien von falschen Vorstellungen über die Natur des Kaufgegenstands ausgingen, hielt Julian (D. 18, 1, 41) und ihm folgend Ulpian (D. 18, 1, 9, 2) den Vertrag für nichtig; Marcellus (bei Ulp.) hielt ihn für wirksam. Die Nachklassiker haben die klassischen Entscheidungen entstellt, indem sie auch den einseitigen Irrtum über die Substanz hineinbrachten und wenig glückliche Spekulationen über die Erheblichkeit des Substanzirrtums anknüpften (D. 18, 1, 9, 2; 11, 1; 14 itp.)<sup>16</sup>.

d) Arglistige Täuschung und Zwang<sup>17</sup> beeinträchtigten die zivilrechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht<sup>18</sup>, führten aber etwa seit Ausgang der Republik zu honorarischer Unwirksamkeit im Wege der Einrede (*exceptio doli* und *metus*)<sup>19</sup> oder der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; außerdem stand dem Getäuschten und dem Gezwungenen eine Strafklage zur Seite (*actiones de dolo* und *quod metus causa*). Nur in vereinzelten und besonders gelagerten Fällen wurde in klassischer Zeit das erzwungene Geschäft schlechthin als nichtig behandelt<sup>20</sup>. Während Justinian

<sup>15</sup> Auch bei förmlichen Geschäften ist die Unerheblichkeit des Namensirrtums bezeugt: Ulp. D. 45, 1, 32 (Stipulation); D. 30, 4 pr. (Legat). Doch werden diese Stellen vielfach im Anschluß an BESELER: ZSSSt. 43, 415ff. für verfälscht gehalten (so z. B. auch von SIBER: Röm. R. II 433f., DONATUTI: Studi Perozzi 313f.). Der Beweis dafür ist nicht völlig sicher erbracht. — Die falsche Beschreibung einer richtig benannten Sache ist auch beim Formalgeschäft unschädlich (*falsa demonstratio non nocet*, vgl. DONATUTI: (ebenda); GROSSO: Studi Bonfante II 187ff.); echt ist ferner auch nach BESELER die Entscheidung in Iav. D. 34, 5, 28.

<sup>16</sup> Der Text folgt hier BESELER (Byz.-neugriech. Jb.) und LENEL (s. Anm. 9).

<sup>17</sup> Hierüber zuletzt SCHULZ: ZSSSt. 43, 171ff. (mit weiterer Lit.); BESELER: ZSSSt. 44, 362ff.; v. LÜBTOW: D. Ediktstitel „Quod metus causa gestum erit“ 12ff., 1932. — Vgl. auch u. § 160f.

<sup>18</sup> Die berühmte, an stoische Gedanken (SCHULZ: [s. o. Anm. 17]180ff.) anknüpfende Begründung, der Gezwungene habe, obwohl gezwungen, doch gewollt (*coactus tamen volui*: D. 4, 2, 21, 5, vgl. auch D. 23, 2, 22), stellt wahrscheinlich nur den Versuch eines nachklassischen Interpreten dar, sich mit dem klassischen Rechtszustande abzufinden; vgl. v. LÜBTOW: (s. o. Anm. 17) 61ff.

<sup>19</sup> Bei den *bonae fidei negotia* brauchten allerdings beide Einreden nicht besonders geltend gemacht zu werden, da der in der Prozeßformel enthaltene Hinweis auf das Prinzip der *bona fides* dem Richter bereits die Berücksichtigung von Zwang und Arglist vorschrieb (§ 101, 4b). Prätorische Rechtsbehelfe, wie z. B. die *exc. pacti conventi*, wurden nur dann erteilt (und waren, falls sie erteilt worden waren, wohl nur dann wirksam), wenn das zugrundeliegende Rechtsverhältnis ohne Zwang oder Arglist zustande gekommen war; vgl. v. LÜBTOW: (s. o. Anm. 17) 53f. (die hier S. 56 gegebene Auslegung von D. 2, 14, 7, 11 scheint mir nicht richtig. M. E. ist die Stelle echt bis auf *propter ff.*, eine mißverstehende Glosse. *Exceptio* bezeichnet hier nicht eine Einrede, sondern meint die Ausnahme „*quae neque dolo malo — facta erunt*“ im Ediktstext; vgl. die Verwendung von *exceptio* zur Bezeichnung von Einschränkungen in den Interdikten, die nicht anders wie das Edikt *quod metus causa* Kundgebungen des Prätors sind: Belege bei HEUMANN-SECKEL: Handl. 9, s. v. *exceptio*, Ziff. 4).

<sup>20</sup> v. BESELER und v. LÜBTOW: (s. o. Anm. 17) behaupten, erzwungene formfreie Geschäfte seien nach klassischem Recht stets nichtig gewesen. Das trifft in dieser Form nicht zu. Vielmehr tragen die von ihnen erörterten Einzelfälle ganz verschiedenartigen Charakter: a) Über die *bonae fidei*-Kontrakte und die *exc. pacti conventi* vgl. Anm. 19; bei jenen handelt es sich bloß um eine scheinbare Ausnahme von der honorarrechtlichen Unwirksamkeit; daß andererseits der honorarische Rechtsschutz des *pactum* durch honorarische Unwirksamkeitsgründe ohne weiteres aufgehoben wurde, ist ganz natürlich und gestattet keine Schlüsse auf formlose Geschäfte des Zivilrechts. — b) Der für die Behandlung der *exc. pacti conventi* maßgebende Gesichtspunkt traf wohl auch für die formlose Freilassung zu, solange diese lediglich prätorischen Schutz durch Verweigerung der *vindicatio in servitutem* genoß (fr. Dosith. 5); als sie dann durch die *lex Iunia Norbana* zivilrechtliche Anerkennung erfahren hatte (fr. Dosith. 6), hielt man die Nichtigkeitswirkung des Zwanges fest und begründete sie aus der Betonung des Willens im

das klassische Bild im wesentlichen ungetrübt gelassen hat<sup>21</sup>, ist im nachklassischen Recht der westlichen Reichshälfte die Unterscheidung zwischen völliger Nichtigkeit und Unwirksamkeit durch Einrede in diesem wie auch in anderem Zusammenhang verlorengegangen, so daß das erzwungene Geschäft hier allgemein als nichtig erscheint (Paul. sent. 1, 7, 10 und westgotische Quellen)<sup>22</sup>.

**§ 63. Heilung und Konversion.** 1. Das unwirksame Rechtsgeschäft war grundsätzlich endgültig unwirksam (Paul. D. 50, 17, 29; Licinnius Rufinus D. 50, 17, 210). Nur ausnahmsweise war die Unwirksamkeit heilbar, sei es im Wege einer rechtsgeschäftlichen Bestätigung (*ratihabitio*)<sup>1</sup>, sei es durch den bloßen Eintritt veränderter Umstände<sup>2</sup>.

2. Selbst endgültig nichtige Geschäfte konnten mitunter durch Umdeutung (Konversion) aufrechterhalten werden, nämlich dann, wenn die erstrebten Rechtsfolgen ganz oder doch z.T. durch ein anderes als das nichtige Geschäft zu erreichen waren und das nichtige Geschäft den Wirksamkeitsvoraussetzungen dieses anderen genügte<sup>3</sup>. So behandelte z. B. der Prätor einen formungültigen zivilen Schuldtilgungsvertrag (*acceptilatio*, § 122, 2) als wirksame Tilgungsabrede prätorischen Rechts (*pactum de non petendo*, § 123)<sup>4</sup>.

Gesetzeswortlaut (*quos dominus liber esse voluit*: fr. Dosith. 7). — c) Die formlose Ehe der klassischen Zeit dürfte auch bei erzwungener Eheschließung gültig gewesen sein: Cels. D. 23, 2, 22 (im Kerne echt). Die Eheschließung war kein Rechtsgeschäft, sondern ein Faktum gleich dem Besitzerwerb (vgl. § 176, 3). Durch einseitige Scheidungserklärung konnte die Ehe jederzeit aufgehoben werden. Für Nichtigkeit oder prätorische Hilfe war da schwerlich ein Bedürfnis vorhanden. — d) Die erzwungene *traditio* war nichtig, soweit ihr die *causa* fehlte (vgl. § 71, 3); eine *traditio* aus erzwungener *causa* dagegen war gültig (Gordian C. 2, 19, 4; diese Stelle gehört hierher, nicht in den Zusammenhang der Lehre von der Leistungspflicht aus erzwungenem Kauf). Dem Gezwungenen stand aber jedenfalls die *actio quod metus causa*, vielleicht auch die *in integrum restitutio* zu. — e) Eine echte, auf Gesetz beruhende Ausnahme von der zivilrechtlichen Gültigkeit erzwungener Verpflichtungen galt für gewisse qualifizierte Fälle der Gewaltanwendung (z. B. für den Zwang durch Einkerkierung: hier schrieben die *leges Iuliae de vi* Nichtigkeit vor (Marcian D. 48, 6, 5 pr.; Paul. sent. 1, 7, 10; vgl. v. Lübbrow: 57ff.). Von dieser Bestimmung wurden zweifellos auch und sogar in erster Linie Formalgeschäfte getroffen. — f) Kraft besonderer Vorschrift nichtig war endlich auch die Freilassung unter dem Druck des Theaterpublikums; maßgebend war hierfür ein Senatsbeschluß unter Mark Aurel (Alex. Sev. C. 7, 11, 13; Paul. D. 40, 9, 17 pr.). Daß es sich in einem solchen Fall um echten Zwang handelt, wird von manchen zu Unrecht bestritten. Sicher fiel unter das Verbot auch die förmliche *manumissio vindicta*, die bei Anwesenheit des Prätors auch im Theater vorgenommen werden konnte.

<sup>21</sup> Über das Verschwinden der *restitutio in integrum* vgl. u. § 161, 3 a. E.

<sup>22</sup> Vgl. SCHULZ: (s. o. Anm. 17) 202ff.; LEVY: ZSSt. 49, 242.

<sup>1</sup> So konnte z. B. ein gegen das *senatus consultum Macedonianum* (§ 135, 4) verstoßendes Darlehensgeschäft voll wirksam werden, wenn der *pater familias* oder der gewaltfrei gewordene Haussohn die Schuld anerkannte (Ulp. D. 14, 6, 7, 15f.). In ähnlicher Weise heilte die Bestätigung des inzwischen volljährig gewordenen Kontrahenten das der *restitutio in integrum* wegen Übervorteilung eines Minderjährigen unterliegende Geschäft (Paul. sent. 1, 9, 3). Weitere Belege bei BERTOLINI: *La ratifica degli atti giuridici* II 29ff., 1891. — Die Bestätigung konnte formlos, auch stillschweigend (durch konkludente Handlung) erfolgen.

<sup>2</sup> Z. B. durch den Tod des Schenkers im Falle der Schenkung unter Ehegatten; § 153, 2 a. E.

<sup>3</sup> Mitunter ist die Konversion in den römischen Quellen lediglich ein Auskunftsmittel nachklassischer Billigkeitserwägungen. Aber es darf nicht bezweifelt werden, daß bereits in klassischer Zeit sowohl der Gesetzgeber wie die Rechtsanwendung in zahlreichen Fällen von ihr Gebrauch gemacht haben; die Einschränkungen, die BESELER: ZSSt. 47, 358 für das klassische Recht behauptet, sind nicht gerechtfertigt. Vgl. SIBER: Röm. R. II 431 und die Lit. in Anm. 4.

<sup>4</sup> Hierzu RICCOBONO: Studi Bonfante I 153ff.; BRASIELLO: Studi Bonfante II 558, Anm. 63.

## Dritter Teil. Sachenrecht.

### Erstes Kapitel.

## Besitz<sup>1</sup>.

§ 64. **Begriff des Besitzes.** 1. Nach heutigem Recht ist Besitzer und genießt Besitzschutz, wer immer die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, gleichviel, ob er sie (wie der Eigentümer, der Nießbraucher, der Pfandgläubiger) als Träger eines dinglichen Rechts, oder (wie der Mieter, der Entleiher) lediglich als obligatorisch Berechtigter, oder endlich (wie der Dieb) überhaupt ohne Recht innehat. Dieser Rechtszustand entspricht nicht dem römischen Recht des Altertums; er ist vielmehr erst das Ergebnis der gemeinrechtlichen Entwicklung, die seit dem Mittelalter das römische Besitzrecht unter deutsch-rechtlichem und kanonistischem Einfluß umgebildet hat<sup>2</sup>. Den Römern war jener umfassende Besitzbegriff freilich nicht unbekannt; sie bezeichneten ihn als *naturalis possessio* (*tenere rem, esse in possessione*)<sup>3</sup>; aber sie knüpften keine rechtlichen Wirkungen, insbesondere auch keinen Besitzschutz an ihn. Die Rechtswirkungen, die den Besitz zum sachenrechtlich erheblichen Tatbestand machten, blieben vielmehr zwei engeren Gruppen von Besitzverhältnissen vorbehalten: Als Grundlage des Eigentumserwerbs im Wege der formlosen Übergabe (*traditio*, § 71,3) oder der Ersitzung (*usucapio*, § 75) kam nur ein Besitz in Betracht, der sowohl durch den Willen des Besitzers, die Sache als eigene zu haben, (*animus domini*) wie durch einen anerkannten Erwerbgrund (*iusta causa possessionis*) qualifiziert war. Weiter gezogen waren die Grenzen des Besitztatbestands, an den der Prätor seinen durch besondere Gebote und Verbote (*interdicta*, Näheres § 66) vermittelten Schutz gegen eigenmächtige Störung knüpfte<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Lit. bis 1906 bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>9</sup> 732 ff. (§ 148); vgl. auch S. 742, 812, 823. Von den älteren Werken besitzen grundlegende Bedeutung namentlich SAVIGNY: D. Recht d. Besitzes (1. Aufl. 1803, 7. Aufl. 1865); JHERING: Über den Grund des Besitzschutzes, 1868. Der Besitzwille, 1889. In gewissem Sinn abschließend für die gemeinrechtliche Behandlung ist BEKKER: Recht d. Besitzes, 1880. Die interpolationenkritische Forschung beginnt mit ALIBRANDI: Opere I 215 ff., 1871 und KNEP: Vacua possessio, 1886; sie hat namentlich in den Arbeiten von RICCOBONO: (ZSSt. 31, 321 ff., Bull. 23, 5 ff., Scr. Chironi I 377 ff.); ALBERTARIO: (in zahlreichen Schriften, vgl. die folgenden Anm.) und ROTONDI: (Scr. giur. III 94 ff.) bedeutende Fortschritte erzielt. — Abzulehnen sind die Gedankengänge HÄGERSTRÖMS: D. röm. Obligationsbegr., 1927, der den Besitzbegriff des römischen Rechts aus magischen Vorstellungen erklärt; doch sind seine Ausführungen zu Einzelfragen oft erwägenswert. Eine Skizze der geschichtlichen Entwicklung des römischen Besitzbegriffs versucht ALBERTARIO: Bull. 40, 5 ff. (= Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 12, 1 ff.). Ausführliche Gesamtdarstellung: BONFANTE: Corso dir. rom. III 130 ff.

<sup>2</sup> Diese Entwicklung hat BRUNS: D. Recht d. Besitzes i. Mittelalter u. i. d. Gegenwart (1848) dargestellt.

<sup>3</sup> Das gemeine Recht sprach von Detention; doch begegnen *detinere* und *detentio* nirgends in den Quellen als technische Begriffe (vgl. RADIN: Studi Bonfante III 151 ff., dazu LEVY: ZSSt. 51, 560; ferner PEROZZI: Ist. I<sup>2</sup> 869).

<sup>4</sup> Es scheint, als habe das klassische Recht eine durchgebildete Besitztheorie nur im Bereich des Zivilrechts besessen: hier unterschied man den zum Eigentumserwerb geeigneten Besitz *ex iusta causa* als *possessio civilis* von allen anderen Besitztatbeständen, insbesondere dem Fremdbesitz, als *possessio naturalis*. Die honorarrechtliche *possessio ad interdicta* als solche war in dieses Gegensatzpaar nicht einbezogen; vgl. KUNKEL: Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel 40 ff. (hier die weitere Lit. über die römische Besitzterminologie, aus der besonders hervorgehoben zu werden verdient: RICCOBONO: ZSSt. 31, 321 ff.). — Tritt somit in der Theorie der römischen Juristen der Interdiktenbesitz stark hinter dem Eigenbesitz *ex iusta causa* zurück, so interessiert gerade umgekehrt die gemeinrechtliche und moderne Dogmatik in erster Linie der Interdiktenbesitz. — Da eine antike technische Bezeichnung fehlt, prägte das gemeine Recht für ihn den Ausdruck juristischer Besitz.

2. Im folgenden steht dieser letztgenannte Besitztatbestand prätorischen Rechts zu näherer Erörterung:

a) Sein Regelfall und offenbarer Ausgangspunkt ist der Tatbestand, den wir heute *Eigenbesitz* nennen. *Eigenbesitzer* ist ein jeder, der die Sache als ihm gehörend besitzt, mag sie auch in Wahrheit nicht sein Eigentum sein, und mag er sich sogar, wie der Dieb, dessen bewußt sein. Denn der Besitzschutz trifft nicht nur den wirklich Berechtigten, sondern auch den Scheinberechtigten.

b) Alle diejenigen, die eine Sache tatsächlich beherrschen, ohne *Eigenbesitzer* zu sein, bezeichnen wir als *Fremdbesitzer*. Unter ihnen genoß nur eine kleine Zahl Besitzschutz, nämlich<sup>5</sup>:

1. der *Pfandbesitzer*, d. h. wer eine Sache als *Faustpfandgläubiger* innehatte (§ 93).

2. der *prekaristische Besitzer*<sup>6</sup>, d. h. derjenige, dem eine Sache auf beliebigem Widerruf überlassen war (vgl. Ulp. D. 43, 26, 1 pr.: *precarium est, quod precibus petenti <possidendum aut> (?) utendum conceditur*). Das *precarium* ist offenbar von hohem Alter und war wohl ursprünglich eine Art *Lehnsbesitz*, wie ihn Grundbesitzer den auf ihren Liegenschaften angesiedelten Klienten einräumten. Rechtlich war es jedoch mindestens in klassischer Zeit nicht auf diesen Fall beschränkt; es findet sich insbesondere auch bei beweglichen Sachen.

3. der *Sequester*, dem eine Sache zwecks Sicherstellung, namentlich während eines Rechtsstreits, anvertraut war (Flor. D. 16, 3, 17, 1<sup>7</sup>; s. u. § 137, 4).

4. der *Erbpächter* (*Vektigalist*<sup>8</sup>, *Emphyteuta*; s. § 89).

Einige andere *Fremdbesitzer*, wie z. B. der *Nießbraucher* und der *Erbbauberechtigte*, hatten zwar keine *possessio* im technischen Sinne, wurden aber von der prätorischen Praxis durch analoge Anwendung der normalen oder durch Gewährung spezieller *Besitzinterdikte* in den Kreis der geschützten *Besitzer* einbezogen<sup>9</sup>. Alle übrigen *Fremdbesitzer* jedoch, insbesondere diejenigen, die lediglich auf Grund obligatorischer Rechte besaßen, wie *Mieter*, *Pächter*, *Verwahrer*, entbehrten völlig des Besitzschutzes. Sie waren lediglich *Besitzmittler* des *Eigenbesitzers*, der ihnen die Sache überlassen hatte. Diese zwiespältige Behandlung des *Fremdbesitzes* läßt sich nur aus praktischen und entwicklungsgeschichtlichen Gründen erklären<sup>10</sup>. Dem *Faustpfandgläubiger* stand ursprünglich kein klagbares dingliches Recht zur Seite (vgl. u. § 93, 1), sodaß die *Erstreckung* des Besitzschutzes auf ihn einem dringenden Bedürfnis entsprach. Ähnlich war die Lage des *Prekaristen*; er besaß weder dem Eigentümer gegenüber ein Recht zum *Besitz* noch gegen Dritte irgendeine andere *Schutzmöglichkeit* als eben die *Besitzinterdikte*; überdies wird wenigstens das ältere *precarium* des angesiedelten Klienten wirtschaftlich dem *Eigentum* nicht ferngestanden haben, nicht anders als die *Erbpacht* am Staats- und Gemeindeland, die dem *Pächter* eine denkbar weite *Verfügmacht* über das *Pachtgut* verlieh (§ 89, 1): daß der

<sup>5</sup> Einzelheiten über die folgenden Fälle bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>9</sup> 768ff. (§ 154); DERNBURG: Pand. § 173; BONFANTE: Corso dir. rom. III 154ff.; dort auch Lit.; vgl. ferner die folgenden Anm.

<sup>6</sup> Hierzu CIAPESSONI: Il precarista detentore (vgl. das Referat von ALBERTARIO: Arch. giur. 102, 240); SIBER: Röm. R. II 134f.

<sup>7</sup> Daß dem *Sequester* der *Besitzschutz* zukam, geht aus dieser Stelle auch dann hervor, wenn ihr Schluß, wie wahrscheinlich, interpoliert ist; vgl. darüber EISELE: ZSSt. 11, 18f.

<sup>8</sup> Vgl. ALBERTARIO: Filangieri 37, 801ff.

<sup>9</sup> Diese *Tatbestände* sind wohl gemeint, wenn Gai. 4, 137 neben der *possessio* die *quasi possessio* erwähnt (ALBERTARIO: Filangieri 39, 69 hält die Worte *aut quasi possessione* allerdings für ein *Glossen*). — Über den *Nießbraucher* s. u. § 84, den *Erbbauberechtigten* § 90. Andere Fälle bei RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 437.

<sup>10</sup> Weder der Versuch, beim juristischen *Besitz* eine besondere Art oder Intensität des *Besitzwillens* (*animus possidendi*, vgl. § 65, 1) festzustellen, noch der Hinweis auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des *Altertums*, insbesondere auf die starke soziale *Abhängigkeit* der *Pächter* und *Mieter* (JÖRS: i. d. Voraufll.) bietet eine genügende Erklärung.

Besitz auf Grund solcher eigentumsartiger Rechte dem Eigenbesitz gleichgestellt wurde, ist nicht verwunderlich. Die Behandlung des Nießbrauchs und der verwandten Fälle endlich läßt erkennen, wie man auch zu einer Zeit, die bereits einen geschlossenen Kreis der vom Prätor geschützten Besitzer herausgebildet hatte, den praktischen Bedürfnissen durch analoge Ausdehnung der Besitzwirkungen Rechnung trug.

3. Die Betrachtung über die Gründe, die zur unterschiedlichen Behandlung des Fremdbesitzes führten, hat die beherrschende Stellung des Eigenbesitzes als Ausgangspunkt und Mittelpunkt des römischen Besitzschutzes deutlich hervortreten lassen. Damit ist zugleich die enge Verbindung gekennzeichnet, die in Rom zwischen Eigentumsschutz und Besitzschutz bestand. Zwar beruhen beide im Recht der uns allein genauer bekannten Entwicklungsstufen auf ganz verschiedenen Prinzipien, und die römischen Juristen versäumen nicht, dies ausdrücklich festzustellen (vgl. Ulp. D. 41, 2, 12, 1: *Nihil commune habet proprietas cum possessione*, s. auch Venul. D. 41, 2, 52 pr.; Ulp. D. 43, 17, 1, 2)<sup>11</sup>. Aber gerade darum bildeten sie zueinander die notwendige Ergänzung: Der lediglich an die tatsächliche Sachherrschaft anknüpfende Besitzschutz vermochte dem Eigentümer den Besitz der Sache und damit die Verwirklichung seines Rechts ohne den Zwang zur Erbringung des oft schwierigen Rechtsbeweises zu gewährleisten. Daß er auch dem Pseudoeigentümer zustand und sich sogar gegen den wahren Berechtigten kehren konnte, mußte um jenes Vorteils willen in Kauf genommen werden und konnte es, da in solchen Fällen immer noch die Klage aus dem Recht an der Sache den Sieg des Eigentümers herbeizuführen vermochte. Anders ausgedrückt: Der Schutz des Eigenbesitzes ohne Rücksicht auf das Recht zum Besitz war die notwendige Folge des abstrakten römischen Eigentumsbegriffs.

§ 65. Erwerb und Verlust des Besitzes<sup>1</sup>. 1. Erworben wurde der Besitz nach der Lehre der klassischen Juristen *corpore et animo* (Paul. D. 41, 2, 3, 1), d. h. durch die mit dem Herrschaftswillen (*\*animus possidendi*) verbundene Herstellung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (*\*corpus possessionis*). Der einmal begründete Besitz blieb erhalten, solange jene beiden Elemente, das objektive wie das subjektive, fortbestanden. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß beide grundsätzlich eine unlösliche Einheit bildeten; denn der Herrschaftswille war nichts anderes als eine Qualifikation der Sachherrschaft. Weder war also sein Verlust ganz ohne Änderung auch des äußeren Verhältnisses zur Sache vorstellbar, noch kam sein Bestehenbleiben nach dem Wegfall der Sachherrschaft in Frage. Dem scheinen freilich eine Anzahl von Quellenzeugnissen zu widersprechen, die (zumeist mit Bezug auf den Fall der abgelegenen und nur zeitweise benutzten Sommer- oder Winterweide) vom Fortbestehen des Besitzes *solo animo* sprechen<sup>2</sup>. In Wahrheit handelt es sich dabei jedoch um Fälle, in

<sup>11</sup> Nicht immer werden indessen Eigentum und Besitz einander so scharf gegenübergetreten sein. Vielmehr wird das älteste römische Recht wie andere, namentlich junge Rechtsordnungen, das Eigentum nicht abstrakt, sondern nur in der konkreten Erscheinung, nämlich im Eigenbesitz, erfaßt haben, so daß Recht und Tatsache eine ungeschiedene Einheit bildeten. In welcher Weise die Differenzierung erfolgte, ist nicht mehr erkennbar, kennen wir doch nicht einmal die Herkunft der Besitzinterdikte (vgl. § 66, Anm. 1). Jedenfalls bezeichnet noch in der späten Republik *possessio* neben dem Besitz im Sinne einer bloß tatsächlichen Sachherrschaft auch in durchaus technischer Verwendung gewisse eigentumsähnliche Rechte; vgl. SELIGSOHN: *Iusta possessio* (Diss. Freiburg 1927) 5ff. — Vgl. auch § 67, 3b a. E. und die dort angegebene Lit.

<sup>1</sup> Grundlegend ROTONDI: *Scr. giur.* III 94ff.; ferner ALBERTARIO: D. 41, 2, 8 e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana (Ann. Macerata 5 [1929], im folgenden nach dem Sonderdruck zit.); BONFANTE: *Corso dir. rom.* III 223ff.; RABEL: *Studi Riccobono* IV 205ff.

<sup>2</sup> Proc. D. 41, 2, 27; Proc. b. Ulp. D. 43, 16, 1, 25; Gai. 4, 153; Pap. D. 41, 2, 44, 2; Paul. sent. 5, 2, 1; D. 41, 2, 3, 11; Diocl. C. 7, 32, 4. Zu Unrecht behauptet ALBERTARIO: *Ann. Macerata* 5 (s. o. Anm. 1), 17ff., daß die Klassiker nur beim *saltus aestivus vel hibernus* ein derartiges Bestehenbleiben des Besitzes angenommen und erst die Kompilatoren das gleiche für andere Grundstücke ausgesagt hätten. Weder ergibt seine Ergänzung in Gai. 4, 153 einen befriedigenden Text, noch ist seine Rekonstruktion von D. 43, 16, 1, 25 (*utilitatis causa* statt *exempli causa*) gerechtfertigt. Überhaupt mutet seine Annahme den Klassikern eine Enge und einen Mangel an prak-

denen die tatsächliche Gewalt des Besitzes, wenn auch in sehr verflüchtigter Gestalt, bestehen blieb. Die Formel von der Besitzerhaltung *solo animo* entspricht also nicht völlig der wirklichen Sachlage<sup>3</sup>. Immerhin bildete sie den Ausgangspunkt für eine schon in klassischer Zeit<sup>4</sup> beginnende Entwicklung, die den *animus* vom äußeren Besitztatbestand löste und ihm eine selbständige Bedeutung verlieh. Nunmehr nahm man ein Fortbestehen des Besitzes *solo animo* auch für solche Fälle an, in denen das Fehlen des *corpus possessionis* außer Zweifel stand, z. B. beim Besitz an einem entflohenen Sklaven<sup>5</sup>, beim Besitz eines Kriegsgefangenen<sup>6</sup>, beim mittelbaren Besitz, wenn der Besitzmittler (Mieter, Pächter, Entleiher usw.) die tatsächliche Sachherrschaft aufgab<sup>7</sup>. Zum Teil handelt es sich dabei um Tatbestände, in denen man bereits früher aus Zweckmäßigkeitsgründen zur gleichen Entscheidung gelangt war. Andere Fälle aber sind einwandfrei nachklassischen, ja justinianischen Ursprungs. Im nachklassischen Recht tritt zugleich auch rein theoretisch der *animus possidendi* als völlig selbständiges und dem *corpus possessionis* gleichwertiges Element zutage<sup>8</sup>. Dies entspricht sowohl der allgemeinen Tendenz der Spätzeit zur Hervorkehrung des subjektiven Tatbestands (vgl. § 49, 2 a. E.) wie der auch sonst erkennbaren Neigung zur Ausgestaltung des Besitzes als Recht; in dieser letzten Beziehung hat dann das Recht des Mittelalters und der Neuzeit weitere Fortschritte gemacht<sup>9</sup>.

2. Der Besitzwille war, wie sich bereits aus dem vorangehenden ergibt, ein im äußeren Verhalten erkennbarer subjektiver Tatbestand<sup>10</sup>. Einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung im strengen Sinne (§ 49, 1) bedurfte es nicht einmal zum Besitzserwerb; darum galten hinsichtlich der Fähigkeit zu Besitz und Besitzerwerb vielfach

tischem Blick zu, die kaum glaubhaft sind. Es kann sich bei dem *saltus* nur um ein altes typisches Beispiel handeln. Vgl. jetzt RABEL: Studi Riccobono IV bes. 210f.

<sup>3</sup> Vgl. RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 439; ROTONDI: Scr. giur. III 114 ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. III 329.

<sup>4</sup> Nach ROTONDI: (s. o. Anm. 3) 143ff. liegt die entscheidende Wendung bei Paulus, der zuerst den von älteren Klassikern *utilitatis causa* zugelassenen Ausnahmefall des Besitzes am entflohenen Sklaven unter den Gesichtspunkt des *solo animo possidere* gebracht habe (s. d. Stellen u. Anm. 5). ALBERTARIO: I problemi possessori relativi al servus fugitivus (Publ. Univ. catt. del sacro cuore, 2. Ser., 22) hält auch diesen Gedanken für nachklassisch, die betreffenden Stellen sämtlich für interpoliert; hiergegen RABEL: Studi Riccobono IV 220ff., dem jedoch nicht in allem beizutreten ist: so ist seine Auslegung von Pomp. D. 6, 2, 15 (226) m. E. unhaltbar; in der Beurteilung von Ulp. D. 47, 8, 2, 25 schließe ich mich ALBERTARIO an (es genügt zum Eigentumserwerb, wenn zunächst nur der Sklave naturalen Besitz erlangt); demgemäß kann ich den von R. 224 unten behaupteten Widerspruch nicht anerkennen. Insgesamt neigt R. dazu, auch die von ROTONDI aufgekärte begriffliche Entwicklung des *animus possidendi* wieder in Frage zu stellen (s. bes. 219); dies halte ich für einen Rückschritt.

<sup>5</sup> Paul. sent. 4, 14, 3; D. 41, 2, 3, 10 (die letzte Stelle jedenfalls stark verfälscht). — Die älteren Ansichten der Klassiker namentlich in D. 41, 2, 1, 14; D. 41, 1, 54, 4; D. 47, 2, 17, 3; D. 7, 1, 12, 3.

<sup>6</sup> ROTONDI: (s. o. Anm. 3) 184ff.

<sup>7</sup> Vgl. bes. C. 7, 32, 12, ferner D. 4, 3, 31 (itp., s. u.). — Das klassische Recht nahm grundsätzlich Besitzverlust an: Proc. D. 4, 3, 31 (die *actio de dolo* zeigt, daß die Entscheidung über den Besitz ins Gegenteil verkehrt ist); Afric. D. 41, 2, 40, 1; Pomp. D. 41, 2, 31. Doch ließ schon Julian *utilitatis causa* den Ersetzungsbetrieb auch nach dem Tode des Mittlers fortbestehen, solange dem Besitzer die Herstellung der tatsächlichen Gewalt zumutbar war (Afr. D. 41, 2, 40, 1). Noch weiter gehen die Spätklassiker (Pap. D. 41, 2, 44, 2; Paul. D. 41, 2, 3, 8); nach ihm besteht der Besitz trotz Wegfalls des Mittlers bis zur Bemächtigung durch einen Dritten. — Lit.: BESELER: Beitr. IV 70ff.; ROTONDI: (s. o. Anm. 3) 190ff.; SIBER: Röm. R. II 146f.; BONFANTE: Corso dir. rom. III 319ff.; RABEL: Studi Riccobono IV 208ff. (stark abweichend).

<sup>8</sup> Vgl. die von ROTONDI: (s. o. Anm. 3) 167f. aufgeführten Stellen der justinianischen Gesetzgebung, ferner die in Anm. 1 zit. Schrift von ALBERTARIO.

<sup>9</sup> Andeutungen über diese Entwicklung bei ROTONDI: (s. o. Anm. 3) 245ff.

<sup>10</sup> Häufig ergab sich das Vorhandensein des Besitzwillens aus der Art des Erwerbsgrundes (der *causa possessionis*). — Über den Satz der „*veteres*“: *nemo sibi causam possessionis mutare potest* (z. B. b. Marcell. D. 41, 2, 19, 1; Paul. D. 41, 2, 3, 19) vgl. PERNICE: Labeo II (1) <sup>2</sup> 425ff.; JHERING: Besitzwille 357ff.; SCHLOSSMANN: ZStSt. 24, 13ff.

andere Grundsätze als für die Rechtsgeschäfte<sup>11</sup>. Immerhin war wenigstens in klassischer Zeit die Stellvertretung auch beim Besitzerwerb nur in engen Grenzen, d. h. nur im Fall des *procurator* und des Vormunds (?) zulässig (Näheres § 58, 1).

3. Die Herstellung der Sachherrschaft (Erwerb *corpore*) geschieht am sinnfälligsten durch Ergreifen des Fahnisgegenstands mit der Hand, durch Betreten des Grundstücks. Primitive Rechtsordnungen erheben eine solche Handgreiflichkeit des Erwerbsakts zum Erfordernis des Besitzerwerbs<sup>12</sup>. Dagegen gelangen entwickeltere Rechte notwendig zu einer freieren Auffassung. Auch die römische Jurisprudenz der Kaiserzeit stellte ausdrücklich fest, daß eine körperliche Berührung zum Besitzerwerb nicht notwendig sei<sup>13</sup>. Die klassischen Juristen hatten erkannt, daß es eine Frage der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Anschauung war, ob im Einzelfall von der Beherrschung einer Sache geredet werden könne oder nicht. Nicht anders behandelte man den Besitzverlust: für die Behauptung der Sachherrschaft war es nicht erforderlich, daß man ihr jederzeit körperlichen Ausdruck gab, etwa die Sache dauernd benutzte; auch über diese Frage entschied die Verkehrsauffassung. Im einzelnen gelangte man bei der Abgrenzung der Erfordernisse an Hand dieses Maßstabs zu verschiedenartigen Ergebnissen, je nach der Besonderheit des Tatbestands. Namentlich stellte man an das Fortbestehen der tatsächlichen Sachherrschaft in der Regel mindere Anforderungen als an ihre Begründung<sup>14</sup>; und innerhalb der Begründungstatbestände behandelte man wiederum den Erwerb mit Willen des Vorbesitzers (den sog. „abgeleiteten“ Erwerb, die Besitzübertragung durch Übergabe, *traditio*) weniger streng als den Erwerb gegen oder doch ohne den Willen eines Vorbesitzers (den „ursprünglichen“ Erwerb). Endlich ergaben sich Besonderheiten, wenn der Besitzer die tatsächliche Gewalt nicht in eigener Person, sondern durch einen Besitztmitter (Mieter, Pächter usw., § 64, 2b) ausübte. In diesem Fall stellte sowohl die Behandlung des Besitzverlustes (s. Ziff. 1 und Anm. 7) als auch namentlich die Regelung des Besitzerwerbs (s. u. Ziff. 4c) eigenartige Probleme.

4. Im folgenden soll die Anwendung der bisher entwickelten Grundsätze in den Einzelentscheidungen der römischen Juristen verfolgt werden<sup>15</sup>. Dabei hat naturgemäß der praktisch weitaus bedeutsamste Fall der Besitzübertragung im Vordergrund zu stehen. Besitzübertragung aber bedeutet gleichzeitig Besitzverlust auf seiten des Veräußerers und Besitzerwerb auf seiten des Empfängers. Eine getrennte Behandlung von Verlust und Erwerb des Besitzes ist darum insoweit nicht angebracht. Lediglich der unfreiwillige Besitzverlust bedarf einer gesonderten Erörterung (unter d).

a) Die Übergabe von Grundstücken vollzog sich bis in die Spätzeit vielfach in Gestalt einer förmlichen Einführung des Erwerbers durch den Veräußerer: Man beschriftet das Grundstück (*glebas circumambulare*, Paul. D. 41, 2, 3, 1), der Veräußerer wies dem Erwerber die Grenzen (*fines demonstrare*: Cic. pro Tull. 17; Alf. D. 21, 2, 45; Scaev. D. 19, 1, 48; Alex. Sev. C. 8, 44, 10)<sup>16</sup> und erklärte, daß er aus dem

<sup>11</sup> Über den Besitzerwerb durch Geschäftsunfähige s. o. § 51, Anm. 4; den Besitzverlust des Geisteskranken betrifft Proc. D. 41, 2, 27; dazu: ROTONDI: (s. o. Anm. 3) 138ff.; SIBER: Röm. R. II 144 (hält die Stelle für itp.).

<sup>12</sup> Vgl. für das altröm. Recht den Zugriff (*manu capere*) bei der *mancipatio* (o. § 53, 2a) und bei der *legisactio sacramento in rem* (Gai. 4, 16).

<sup>13</sup> Vgl. die Stellen bei SCHULZ: Einf. 66ff.; D. 41, 2, 1, 21 ist wohl nur durch Kürzung entstellt, nicht, wie SCHULZ meint, durch Einfügung der Worte *non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu*.

<sup>14</sup> Vgl. das o. Ziff. 1 über den Besitz an entlegenen Grundstücken Ausgeführte.

<sup>15</sup> Über die besonderen Fragen des Besitzerwerbs durch freie Stellvertreter vgl. § 58, Anm. 4 u. 5. Über den Besitzerwerb durch Gewaltunterworfenen (Hauskinder und Sklaven) s. BONFANTE: Corso dir. rom. III 266ff. mit weiterer Lit.

<sup>16</sup> Vielleicht sind beide Ausdrücke gleichwertig. Das Aufweisen der Grenzen mußte doch an Ort und Stelle geschehen, also durch einen Umgang der Flur. Vgl. SCHULZ: Einf. 63, Anm. 2, 3; dagegen BESELER: Beitr. I 97; IV 317f.

Besitze weiche (*cedere*: Iul. D. 41, 2, 38, 1) und ihn dem Erwerber „auflasse“ (*vacuam possessionem tradere, fundum patefacere*)<sup>17</sup>. Ob indessen dieser Vorgang jemals in solcher Vollständigkeit erforderlich war, steht dahin. In klassischer Zeit jedenfalls genügte auch ein einfacheres Verfahren. Zwar hat man zunächst vielleicht gefordert, daß die Besitzübergabe wenigstens auf dem Grundstück selbst erfolgen, daß der Erwerber also das Grundstück zwar nicht abschreiten, aber doch betreten müsse (*pedem finibus inferre*: Cels. D. 41, 2, 18, 2; *partem fundi introire*: Paul. eod. 3, 1); aber schon nach der Ansicht des Celsus reichte es aus, wenn der Veräußerer das Grundstück dem Erwerber von einem Turme in der Nachbarschaft aus zeigte und dabei die Auflassung des Besitzes erklärte, und wenig später hielt man selbst die Anwesenheit in der Nähe des Grundstücks nicht für erforderlich und begnügte sich damit, daß der Veräußerer die Auflassung fern von dem Grundstück erklärte und dem Erwerber anheimgab, sich tatsächlich in den Besitz zu setzen (Marcell. D. 43, 16, 12; Pap. D. 41, 2, 48; D. 43, 16, 18 pr.; Ulp. D. 41, 2, 34 pr.)<sup>18</sup>. Seit der Mitte des dritten Jahrhunderts n. Chr. schließlich begegnet in den Kaiserkonstitutionen die Vorstellung, daß es auch keiner ausdrücklichen Auflassungserklärung bedürfe, daß es vielmehr genüge, wenn sich der Erwerber auf Grund eines die Veräußerung bezweckenden Rechtsgeschäfts (Kauf, Schenkung usw.) in den Besitz des Grundstücks gesetzt habe (Alex. Sev. C. 7, 32, 2; Diocl. fr. Vat. 282; C. 4, 21, 12; C. 4, 38, 12). Durch alle diese Vereinfachungen blieb jedoch ein Element des Besitzerwerbs unberührt: Es bedurfte stets einer tatsächlichen Besitzergreifung durch den Erwerber, eines äußeren Herrschaftsakts an dem Grundstück, in dem der Besitzwechsel seinen sinnfälligen Ausdruck fand; die bloße Einigung des Veräußerers mit dem Erwerber verschaffte diesem niemals Besitz. Erst im nachklassischen und justinianischen Recht bewegte sich die Entwicklung von diesem Grundsatz fort, und die Erklärung, insbesondere die schriftliche Erklärung der Auflassung begann, die tatsächliche Besitzergreifung in der Praxis zu ersetzen<sup>19</sup>. Theoretisch freilich hat auch Justinian, wie die Aufnahme der oben zitierten Stellen in sein Gesetzgebungswerk beweist, den klassischen Grundsatz nicht aufgegeben.

b) Der Besitz an beweglichen Sachen war, wie Proculus D. 41, 1, 55 ausführt, erworben, wenn man sie in seine Gewalt gebracht hatte, und dauerte, nach einem Ausspruch des Nerva D. 41, 2, 3, 13, so lange, als man sie in seinem Gewahrsam (*custodia*) hatte, d. h. in der Lage war, über sie zu verfügen. Viel ist freilich mit solchen allgemeinen Regeln nicht gewonnen. Die Entscheidungen einzelner Fragen und Fälle lassen erkennen, daß körperliches Ergreifen (*adprehendere, capere*) zwar die Regel bildete, aber nicht als notwendig angesehen wurde. Sicher ist, daß die Klassiker es für die Besitzübertragung als ausreichend erachteten, wenn die Einigung über den Besitzwechsel in Gegenwart der Sache erfolgt war (Iav. D. 46, 3, 79; Pap. D. 18, 1, 74)<sup>20</sup>. Offenbar sind sie aber noch weiter gegangen und haben auch in anderen Fällen, in denen die Sache der getroffenen Vereinbarung entsprechend in den Machtbereich des Erwerbers gebracht war (Cels. D. 41, 2, 18, 2; Abgeben in seinem Haus) oder der Erwerber sie sonst seiner Macht unterworfen hatte (Labeo in D. 41, 2, 51: Aufstellen eines Wächters), den Wechsel des Besitzes anerkannt. Sie ließen sich auch

<sup>17</sup> Cic. p. Tull. 17; Scaev. D. 19, 1, 48; D. 39, 5, 35, 1; vgl. ferner die u. angeführten Stellen. *Patefacere*, das genau unserem „auflassen“ entspricht, läßt sich allerdings erst in einem Gesetz Konstantins (C. Th. 8, 12, 1, 2; vgl. fr. Vat. 249, 7) nachweisen.

<sup>18</sup> Vgl. auch die Inschrift BRUNS: Fontes I 7 337f., Nr. 139, 22ff.: ... *et in vacuam possessionem hortorum . . . ire aut mitti iussit T. Flavius Syntrophus T. Flavium Aithalem sequi inde exisse desisse possidere dicit*; s. ferner ebd. 335, Nr. 136, 17ff.

<sup>19</sup> Vgl. BRUNNER: Röm. u. germ. Urk. I 119ff.; v. DRUFFEL: Papyrol. Stud. 62f. und vor allem RICCOBONO: ZSt. 33, 259ff.; 34, 159ff. Einen besonders wichtigen Ausdruck findet die neue Auffassung in der Lehre vom *constitutum possessorium*: vgl. Ziff. 4 cß. — Über die mittelalterliche und gemeinrechtliche Lehre von der *traditio ficta*, die hier ihre Wurzel hat, s. BEERMANN: *Traditio ficta*, 1891.

<sup>20</sup> Vgl. SCHULZ: Einf. 68.



hier nicht von starren Regeln leiten, sondern paßten sich den Anschauungen des praktischen Lebens und des Rechtsverkehrs an, die ihnen den Maßstab dafür gaben, was als wirkliche Beherrschung einer Sache anzusehen sei<sup>21</sup>. — Das nachklassische Recht zeigt beim Besitzerwerb an Mobilien die gleichen Erscheinungen, wie bei der Übergabe von Grundstücken: die tatsächliche Ergreifung der Gewalt konnte durch eine rechtsgeschäftliche Erklärung ersetzt werden.

c) In zwei besonders gelagerten Fällen war bereits das klassische Recht dazu gelangt, einen Besitzübergang ohne unmittelbare Veränderung der tatsächlichen Herrschaftsverhältnisse allein auf Grund einer Abrede unter den Parteien anzunehmen.

α) Die sog. *\*brevi manu traditio* war schon in frühklassischer Zeit anerkannt (Nerva u. Proc. in D. 12, 1, 9, 9; Gai. 41, 1, 9, 5). Der Inhaber, dem der (juristische) Besitz der Sache, die er schon in seinen Händen hatte, übertragen werden sollte, behielt sie kurzweg auf Grund der Abmachung. Also wurde z. B. der Mieter, der das von ihm bewohnte Haus käuflich erwarb, mit dem Abschluß des Kaufvertrags zum Eigenbesitzer.

β) Größere Schwierigkeiten bot der umgekehrte Fall, das *\*constitutum possessorium*<sup>22</sup>: der bisherige (juristische) Besitzer sollte die Sache als Inhaber für den anderen behalten. Eine solche Abrede bedeutete nichts anderes, als daß der bisherige Besitzer für den Erwerber vertretungsweise Besitz begründen wollte. Weil aber eine Stellvertretung beim Besitzerwerb in klassischer Zeit nur in besonderen Fällen statthaft war (s. o. Ziff. 2), mußte auch die Anerkennung des *constitutum possessorium* zunächst auf solche Sonderfälle beschränkt bleiben. Das älteste zuverlässige Zeugnis, das wir haben, betrifft denn auch den Besitzerwerb durch einen Vermögensverwalter (*procurator*): Cels. D. 41, 2, 18 pr. Eine unbeschränkte Zulassung des Konstituts erfolgte vermutlich erst in nachklassischer Zeit: Da das nachklassische Recht schlechthin den Besitzerwerb durch freie Stellvertreter zuließ, konnte nunmehr der Eigenbesitzer, der seine Sache veräußerte, kraft einer bloßen Abrede als Mieter, Pächter, Verwahrer oder Nießbraucher<sup>23</sup> die Innehabung für den Erwerber fortsetzen.

d) Umstritten war der Zeitpunkt des Besitzverlustes an einem Grundstück, wenn sich ein anderer ohne Wissen des abwesenden Besitzers (*clam*) darin festgesetzt hatte. Eine ältere Lehre ließ den Eindringling sofort Besitz erwerben<sup>24</sup>. Dagegen nahmen die jüngeren Klassiker an, daß der Wechsel des Besitzers erst eintrat, nachdem der Abwesende von dem Ereignis erfahren hatte und entweder keinen Widerstand wagte oder mit seiner Gegenaktion gescheitert war<sup>25</sup>. — Den Besitz an Fahrnis verlor man sowohl im Falle gewaltsamer oder heimlicher Entwendung als auch dann, wenn man die Sache im eigentlichen Sinn des Wortes „verlor“ (anders beim bloßen Verlegen, Vergessen des Aufbewahrungsorts). Vgl. Nerva D. 41, 2, 3, 13; Pomp. ebd. 25 pr.; Pap. ebd. 44 pr.<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Vgl. in dieser Hinsicht auch die Entscheidungen über das Zeichnen von Sachen: Alf. und Paul. D. 18, 6, 15, 1; Treb. u. Ulp. ebd. 1, 2 (dazu KOHLER: in Grünhuts Z. 12, 1 ff.), über Erwerb des Besitzes an Tieren: Treb. und Gai. D. 41, 1, 5, 1; Paul. D. 41, 2, 3, 14—16; über den Schatz-erwerb: Pomp. D. 10, 4, 15; Paul. D. 41, 2, 3, 3.

<sup>22</sup> Das Folgende beruht auf SCHULZ: Einf. 73 ff.; dort weitere Lit. u. Quellen. Gegen SCHULZ: BUCKLAND: RH 4, Ser., 4, 355 ff. Wie SCHULZ: LUZZATTO: Arch. giur. 108, 258 ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. III 308 ff.

<sup>23</sup> Belege für das Besitzkonstitut durch Vorbehalt des Nießbrauchs bei BRUNNER: Röm. u. germ. Urk. 117 f.; RICCOBONO: ZSt. 34, 185 f. S. auch Pap. Lond. 1044, 11 ff. (III 254 f.) = MITT-REIS: Chrest. Nr. 367.

<sup>24</sup> Labeo b. Ulp. D. 41, 2, 6, 1. Die Worte *retinet — abiit*, die der vorangehenden Entscheidung des Labeo widersprechen, sind wohl unklassisch: so BESELER: Beitr. IV 74 f.; ROTONDI: Ser. giur. III 131; SIBER: Röm. R. II 143; ALBERTARIO: Ann. Macerata 5 (s. o. Anm. 1) 7 estr. Dagegen nimmt JÖRS i. d. Vorauf. 80, Anm. 2 (dort auch ältere Lit.) eine bloße Verkürzung an; ähnlich jetzt RABEL: Studi Riccobono IV 207. — Zum ganzen Problem s. RABEL: ebenda 211 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Pap. D. 41, 2, 44, 2 a. E.; 46.

<sup>26</sup> Einzelheiten bei Pomp. Ulp. D. 41, 2, 13 pr.; Gai. u. Flor. D. 41, 1, 3, 2—5 pr.; Paul. D. 41, 2, 30, 4.

§ 66. Schutz des Besitzes. 1. Der Schutz des Besitzstandes beruhte, wie schon bemerkt wurde (§ 64, 1), auf Interdikten<sup>1</sup>, abstrakt gefaßten prätorischen Geboten und Verboten, die gleich den gewöhnlichen Klagformeln im Edikt vorgesehen waren und im Einzelfalle ohne individuelle Prüfung der Sachlage erlassen wurden. Ob ihre Voraussetzungen vorlagen, zeigte erst das Prozeßverfahren, das im Falle der Nichtbefolgung Platz griff<sup>2</sup>. Zwei Arten von Interdikten kommen hier in Betracht<sup>3</sup>: die *interdicta retinendae possessionis*, mit deren Hilfe der Besitzer seinen Besitz gegen fremde Besitzanmaßung behaupten konnte, und die *interdicta recuperandae possessionis*, die der Wiedererlangung verlorenen Besitzes dienten. Da es sich bei allen Besitzschutzinterdikten nicht um das Recht zum Besitz, sondern um den (gegenwärtigen oder früheren) tatsächlichen Besitzstand handelte, konnte keiner der Beteiligten sich auf sein Recht an der Sache oder sein Recht auf die Sache berufen.

2. Die *interdicta retinendae possessionis* dienten der Feststellung, wer von mehreren Anwärtern der wirkliche Besitzer war. Stand ein Streit um das Recht an der Sache, insbesondere um das Eigentum, bevor, so war diese Feststellung unter Umständen nur eine notwendige Vorbereitung für den Hauptprozeß (vgl. Gai. 4, 148). Da nämlich im dinglichen Rechtsstreit stets der Besitzer in der günstigen Lage war, vom Gegner den Beweis seines Rechts verlangen zu können<sup>4</sup>, bedurfte es zur Klärung der Beweislast immer dann einer vorgängigen Feststellung der Besitzlage, wenn beide Parteien den Besitz für sich in Anspruch nahmen. Aber die Beteiligten konnten auch auf eine Durchführung des Eigentumsstreits verzichten und die Klärung der Besitzverhältnisse um ihrer selbst willen suchen; dann gewannen die *interdicta retinendae possessionis* selbständige Bedeutung als Schutzmittel bestehenden Besitzes gegenüber solchen Störungen, die vom Störer als Ausübung seines angemäßen Besitzes gemeint waren<sup>5</sup>. Immer aber setzte ihre Anwendung voraus, daß beide Teile den Anspruch erhoben zu besitzen<sup>6</sup>. Darum waren die *interdicta retinendae possessionis* als *interdicta duplicia* ausgebildet, d. h. der Befehl des Prätors richtete sich gleichmäßig an beide streitenden Teile, genauer: an den von ihnen, der

<sup>1</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>o</sup> 810ff. (§ 158ff.). S. ferner BERGER: RE 9, 1609ff. BONFANTE: Corso dir. rom. III 348ff. — Über Herkunft und ursprüngliche Bedeutung der Besitzinterdikte sind nur Hypothesen möglich. Vielfach nimmt man an, daß die Interdikte ursprünglich nur dem Schutze solcher Besitzer dienten, die des zivilen Eigentums entbehrten; insbes. denkt man dabei an den Besitz an Staatsland (*ager publicus*; vgl. MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 84ff.; WEBER, M.: Röm. Agrargesch. 119ff.). Andere suchen den Ursprung der Besitzinterdikte in ihrer Rolle bei der Vorbereitung des Eigentumsstreits (vgl. Ziff. 2); in diesem Zusammenhang erwägt MITTEIS: Röm. Privatr. I 19 griechische Herkunft. Zur Zeit Ciceros (vgl. bes. die Rede *pro Caecina*) waren die Interdikte jedenfalls schon voll entwickelt und hatten offenbar dieselbe Funktion wie in klassischer Zeit. Lit. zur Herkunftsfrage bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>o</sup> 742, Anm. 5 u. GIRARD-V. MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 303, Anm. 2; s. ferner ALBERTARIO: Bull. 40, 17, die dort zit. Abhandlung von BOZZA und BONFANTE: Corso dir. rom. III 194ff.

<sup>2</sup> Die Besonderheiten dieses Verfahrens sind hier nicht zu erörtern; vgl. WENGER: Institutionen d. röm. Zivilprozeßr. 238ff.

<sup>3</sup> Andere Besitzinterdikte dienten nicht dem Schutz eines vorhandenen bzw. der Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes, sondern dem Besitzerwerb (*interdicta adipiscendae possessionis*; vgl. § 94, 2f.; § 216, 1; § 222, 4).

<sup>4</sup> Vgl. Gai. D. 6, 1, 24.

<sup>5</sup> Daß die *interdicta retinendae possessionis* in klassischer Zeit schlechthin auf die Verteilung der Parteirollen im Eigentumsstreit beschränkt waren, behaupten BESELER: ZSSSt. 43, 421ff.; Jur. Miniaturen 97f.; SIBER: Röm. R. II 151. In solcher Ausschließlichkeit trifft dies jedoch schwerlich zu; von den Zeugnissen, die BESELER als interpoliert bezeichnet, dürften einige (z. B. D. 43, 17, 3, 2 f.) im Kern klassisch sein. Richtig ist jedenfalls, daß das nachklassische Recht die Tendenz hat, die Anwendbarkeit der Interdikte zu erweitern. Gegen BESELER auch PEROZZI: Ist. I<sup>2</sup> 870, Anm. 3.

<sup>6</sup> Die in der älteren Lit. vertretene Annahme, daß die *interdicta retinendae possessionis* auch dann anwendbar waren, wenn der Gegner nicht eigenen Besitz in Anspruch nahm, wird man für das klassische Recht verneinen müssen. Entgegenstehende Zeugnisse wie D. 8, 5, 8, 5; D. 10, 3, 12 sind mit BESELER: (o. Anm. 5) für verfälscht zu erachten. — Vgl. zu der Frage KRÜGER: Krit. Versuche 88ff.; WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>o</sup> 814f., 817f. (mit weiteren Literaturangaben).

seinen Besitz zu Unrecht behauptete; beide hatten gleichzeitig die Rolle des Klägers und des Beklagten<sup>7</sup>.

Das klassische Recht kannte zwei verschieden ausgestaltete *interdicta retinendae possessionis* für den Schutz des Besitzes an Liegenschaften und an Fahrnis:

a) Dem Schutze des Besitzes an Liegenschaften diene das *interdictum uti possidetis*, so genannt nach dem Anfang seiner Formel<sup>8</sup>: *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto* (LENEL: Ed. perp. § 247). Hiernach war der gegenwärtige Besitzer eines Grundstücks gegen jede gewaltsame Störung geschützt, wenn er nicht selbst den Besitz von seinem Gegner gewaltsam (*vi*) oder heimlich (*clam*) erlangt oder den ihm leihweise (*precario*), § 64, 2b) überlassenen Besitz trotz Anforderung dem Gegner vorenthalten hatte<sup>9</sup>. Wer also seinen Besitz durch Eigenmacht verloren hatte, wurde durch das Interdikt nicht gehindert, sich seiner durch Eigenmacht wieder zu bemächtigen.

b) Den Schutz des Fahrnisbesitzes vermittelte das *interdictum utrubi*: *Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto* (LENEL: Ed. perp. § 264)<sup>10</sup>. Anders als bei Liegenschaften wurde hier nicht der gegenwärtige Besitzer geschützt, sondern derjenige, der innerhalb des letzten Jahres vor Erlaß des Interdikts am längsten die Herrschaft über die Sache ausgeübt hatte, vorausgesetzt, daß er seinen Besitz nicht gewaltsam, heimlich oder im Wege der Bittleihe vom Gegner erlangt hatte. Dabei konnte, wer fehlerfrei besaß, die Besitzzeit seiner Vorgänger (des Erblassers oder des Veräußerers, von dem er erworben hatte) der eigenen zurechnen (*accessio temporis*; Gai. 4, 151)<sup>11</sup>.

c) Das justinianische Recht behielt zwar die überkommenen Bezeichnungen bei, unterschied also weiterhin zwischen einem *interdictum uti possidetis* und einem *interdictum utrubi*. Der Sache nach jedoch faßte es die beiden klassischen Interdikte zu einer einheitlichen Besitzklage zusammen: auch für Mobilien galten nunmehr die Grundsätze des *interdictum uti possidetis*; es siegte also sowohl im Besitzstreit um Mobilien wie in dem um Liegenschaften, wer die Sache zur Zeit des Prozeßbeginns in fehlerfreiem Besitz hatte (I. 4, 15, 4a).

3. Als *interdictum recuperandae possessionis* diene dem früheren Besitzer einer beweglichen Sache in klassischer Zeit das *interdictum utrubi*; zur Wiedererlangung des Besitzes an einem Grundstück stand dem früheren Besitzer ein eigenes *interdictum unde vi* zur Verfügung.

a) Die rekuoperatorische Funktion des *interdictum utrubi* ergab sich daraus, daß hier nicht der gegenwärtige Besitzer geschützt wurde, sondern derjenige von den streitenden Teilen, der die Sache im letzten Jahre am längsten fehlerfrei besessen hatte. Gewaltsame oder heimliche Entziehung und Vorenthalten durch den Prekaristen begründeten aber stets fehlerhaften Besitz. Wer also seinen fehlerfreien Besitz auf diese Weise verloren hatte, konnte ihn binnen eines Jahres mit dem *interdictum utrubi* wiedererlangen.

Im justinianischen Recht entfiel diese Möglichkeit infolge der Umgestaltung des Interdikts (vgl. Ziff. 2c).

b) Das *interdictum unde vi* zur Wiedererlangung des Besitzes an Liegenschaften lautete in seiner allgemeinen Form: *Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti*

<sup>7</sup> Vgl. Gai. 4, 148ff., 160ff., Ulp. D. 43, 17, 3, 1.

<sup>8</sup> Die im folgenden wiedergegebene Fassung ist die jüngere, bei Ulp. D. 43, 17, 1 pr. überlieferte; eine ältere bei Festus p. 233 (= BRUNS: Fontes II 7 24).

<sup>9</sup> Diese Ausnahmen bilden die sog. *exceptio vitiosae possessionis*.

<sup>10</sup> Der Text gibt die Formel in der Fassung der zweiten Aufl.; vgl. ED. FRAENKEL: ZSt. 54, 312ff.

<sup>11</sup> Zur *accessio temporis* vgl. ZANZUCCHI: Arch. giur. 72, 358f.

aut familia tua deiecit, cum ille possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas (jüngere Fassung; LENEL: Ed. perp. § 245). Danach erlangte also derjenige, der gewaltsam aus dem Besitz eines Grundstücks verdrängt war (*vi deiectus*)<sup>12</sup>, während eines Jahres die Wiedereinräumung des Besitzes, es sei denn, daß er selbst den Besitz vom Gegner gewaltsam oder heimlich erworben oder ihn als Prekarist nicht zurückgegeben hatte. — Die Beschränkung auf ein Jahr (*exceptio temporis*) und die Möglichkeit einer Berufung auf den fehlerhaften Erwerb des Klägers (*exceptio vitiosae possessionis*) fielen fort in dem Sonderfall des *interdictum de vi armata*, nämlich dann, wenn die Entsetzung von mehreren gemeinschaftlich mit bewaffneter Hand (*hominibus coactis armatisve*) ausgeführt war. — Das justinianische Recht gewährte die *exceptio temporis* in allen Fällen, die *exceptio vitiosae possessionis* überhaupt nicht. Seitdem gab es nur ein einheitliches *interdictum unde vi*.

## Zweites Kapitel.

# Eigentum<sup>1</sup>.

## I. Wesen und Erscheinungsformen.

§ 67. Der römische Eigentumsbegriff. 1. Die klassische Jurisprudenz verstand unter Eigentum (*dominium, proprietas*) die unbegrenzte und ausschließliche Rechts Herrschaft über eine Sache. Der maßgebende Gedanke war, daß die Sache ihrem Herrn in jeder Hinsicht unterworfen sei (Totalität des Eigentums), daß er nach Willkür damit verfahren, und daß er die Einwirkung jedes andern zurückweisen könne (Ausschließlichkeit des Eigentums). Zwar wurden schon früh gewisse Beschränkungen der Eigentümermacht, zunächst in geringerem, dann in weiterem Maße anerkannt (§ 69); aber die Grundlage des Eigentumsbegriffs blieb die gleiche bis ans Ende der antiken römischen Rechtsentwicklung: Das Eigentum war kein Recht, das dem Berechtigten nur bestimmte Befugnisse gab, andere dagegen versagte. Vielmehr waren die Beschränkungen lediglich von außen kommende Beeinträchtigungen einer grundsätzlich freien Herrschaftsmacht. Daraus ergaben sich wichtige Folgerungen: nicht die Freiheit des Eigentums, sondern seine Begrenzung bedurfte des Beweises (vgl. § 79); ferner: soweit die Belastungen Raum ließen, war der Eigentümer unbehindert, und wenn sie wegfielen, war das Eigentum von selbst wieder vollkommen; schließlich: dem Eigentümer konnte kein anderes dingliches Recht an seiner Sache zustehen als sein Eigentum (*nemini res sua servit*; vgl. auch § 87, 2).

2. Die Ausschließlichkeit des Eigentums brachte es mit sich, daß nur ein Eigentum an der Sache bestehen konnte. Der Gedanke eines mehrfachen Eigentums an der ganzen Sache ward von den römischen Juristen ausdrücklich abgelehnt (Cels. bei Ulp. D. 13, 6, 5, 15: *duorum quidem in solidum dominium esse non posse*); insbesondere war die für das deutsche Recht charakteristische Vorstellung des Gesamthandseigentums (vgl. u. Anm. 7) dem römischen Rechtsdenken fremd, nicht minder die Annahme eines in Ober- und Untereigentum gespaltenen Rechts an der Sache<sup>2</sup>, wie sie im Mittelalter zu Unrecht aus den justinianischen Rechtsbüchern abgeleitet wurde (*\*dominium directum* und *dominium utile* z. B. des Lehnsherrn und des Lehnsträgers). Schließlich

<sup>12</sup> Gegen die heimliche Besitzentziehung gab es vielleicht in älterer Zeit ein *interdictum de clandestina possessione* (vgl. Ulp. D. 10, 3, 7, 5; LENEL: Ed. perp. § 470, Anm. 13.; SIBER: Röm. R. II 152); seitdem man jedoch annahm, daß der heimliche Eindringling zunächst überhaupt keinen Besitz am Grundstück erlange (§ 65, 4d), war dafür kein Raum mehr. — Gegen den Prekaristen, der den Besitz nicht herausgab, richtete sich das *interdictum de precario* (LENEL: Ed. perp. § 486).

<sup>1</sup> Umfassende Monographien: SCIALOJA: Teoria della proprietà nel dir. rom. (Vorlesungen, hg. von BONFANTE 2 Bde, 1928—31); BONFANTE: Corso dir. rom. II.

<sup>2</sup> Auch die Rechtsverhältnisse am Provinzialboden (§§ 46, 5; 68, 1) vertragen keine Einordnung in diese Kategorien.

konnten auch nicht die Bestandteile ein und derselben Sache (§ 47, 1a) verschiedenen Eigentümern gehören (Cels. s. o.: *nec quemquam partis corporis dominum esse*). Vielmehr war die einzige Form der Berechtigung mehrerer Eigentümer an der gleichen Sache das Miteigentum nach Bruchteilen<sup>3</sup>. Dem Begriff nach erstreckte sich hierbei das Recht des Miteigentümers nicht auf die ganze Sache, sondern lediglich auf einen Teil, jedoch nicht auf einen realen, sichtbaren, sondern auf einen abstrakten, nur gedachten Teil, so daß wiederum alle sichtbaren Teile der Sache den mehreren Miteigentümern gemeinsam gehörten<sup>4</sup> (Cels. s. o.: *totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*)<sup>5</sup>. Daraus folgte, daß der einzelne zwar über seinen abstrakten Anteil ungehemmt verfügen konnte (insbesondere durch Veräußerung), daß aber einer Verfügung des einzelnen über die Sache selbst oder ihre realen Teile stets das Recht der Miteigentümer im Wege stand. Somit war jede rechtliche, aber auch jede tatsächliche Einwirkung auf die Sache an die Duldung seitens der Mitberechtigten gebunden, oder anders ausgedrückt: jeder einzelne Miteigentümer besaß ein Vetorecht (*ius prohibendi*) gegen Maßnahmen der andern<sup>6</sup>; auch die Mehrheit vermochte nicht dem einzelnen ihren Willen aufzuzwingen (Sab. bei Pap. D. 10, 3, 28: *in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse: unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiorum causam esse prohibentis constat*). Eine Rechtsgemeinschaft, die in dieser Weise dem einzelnen Genossen die Freiheit zu jeglicher Obstruktion gab, konnte nicht auf Dauer angelegt sein. So versteht es sich, daß es jedem Miteigentümer jederzeit freistand, durch Erhebung der Teilungsklage (*actio communi dividundo*, Näheres § 156) die Aufhebung des Miteigentümergehörnisses im Wege einer vermögensrechtlichen Auseinandersetzung zu verlangen<sup>7</sup>. — Die strenge Konsequenz des klassischen Rechtszustands erscheint im justinianischen Recht in verschiedener Hinsicht abgeschwächt: das *ius prohibendi* des Miteigentümers war nunmehr in krassen Fällen eingeschränkt<sup>8</sup>; die *actio communi dividundo* führte nicht mehr wie im klassischen Recht mit Notwendigkeit zur Aufhebung der Gemeinschaft, sondern konnte auch die Schlichtung einzelner Streitigkeiten unter den Mitberechtigten bei Fortbestand des Gemeinschaftsverhältnisses zum Ziel haben<sup>9</sup>.

3. Der im vorausgehenden dargestellte Eigentumsbegriff ist eine Errungenschaft der republikanisch-klassischen Jurisprudenz. Den Weg, der zu seiner Herausbildung geführt hat, vermögen wir nicht mit Gewißheit zu erkennen, da jenseits des letzten vorchristlichen Jahrhunderts die Quellen versagen und die Forschung auf Rückschlüsse aus spärlichen Überresten der alten Rechtszustände und auf die vergleichende Betrachtung anderer Rechtsordnungen angewiesen ist. Probleme bestehen hier in doppelter Hinsicht:

<sup>3</sup> SEGRÈ: Riv. ital. sc. giur. 6, 353ff.; 8, 145ff., 329ff.; La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali (Corso dir. rom., 1931, mir nur bekannt durch die Rezension von Grosso: Arch. giur. 107, 112ff.); BONFANTE: Scr. giur. var. III 454ff., 494ff.; Corso dir. rom. II 2, 3ff. (mit reichen Literaturangaben); RICCOBONO: Essays in legal history 33ff., 1913; PEROZZI: Mélanges Girard II 355ff.; Ist. I<sup>a</sup> 743ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 447 (mit weiterer Lit.); ERN: Bull. 39, 73ff. (über den Rechtsschutz des Miteigentümers; vgl. hierzu § 151, Anm. 5). — Vgl. auch die Lit. zu § 156.

<sup>4</sup> Weshalb der Satz *nulli res sua servit* für jeden Miteigentümer hinsichtlich der ganzen Sache galt: Paul. D. 8, 2, 26.

<sup>5</sup> Vgl. auch schon Q. Mucius bei Paul. D. 50, 16, 25, 1: *partis appellatione rem pro indiviso significari*. — Die im Text zit. Celsusstelle wird von BESELER: ZSSSt. 53, 10 für verfälscht gehalten.

<sup>6</sup> PEROZZI und RICCOBONO: (s. o. Anm. 3) nehmen sogar an, daß jeder Miteigentümer im klassischen Recht der positiven Zustimmung der anderen bedurft habe; dagegen BONFANTE: Corso dir. rom. II 2, 27ff.

<sup>7</sup> In den hier berührten Punkten liegt der Unterschied zum Eigentum zur gesamten Hand, bei dem die Teilhaber nicht über ihre Anteile verfügen und nicht Aufteilung verlangen können. Vgl. BGB §§ 719, 1442.

<sup>8</sup> Itp. D. 8, 2, 26; D. 10, 3, 28 (zweite Hälfte).

<sup>9</sup> D. 8, 2, 26; andere Stellen bei BONFANTE: Corso dir. rom. II 2, 30ff.

a) Es ist eine vielerörterte und sehr bestrittene Frage, in welchem Umfang das älteste römische Recht ein Individualeigentum gekannt hat. Eine verbreitete Lehre<sup>10</sup> behauptet, daß zwar das Mobiliarvermögen (oder doch gewisse Mobiliargegenstände), darüber hinaus auch wohl Haus und Hof, seit alters dem einzelnen Hausvater zu eigen gehört habe, daß aber die Feldmark Gemeinschaftsgut (Kollektiveigentum) des Geschlechtsverbandes (der *gens*) gewesen sei. Während sich für das griechische<sup>11</sup> und das germanische<sup>12</sup> Recht ein entsprechender Rechtszustand mit Sicherheit dartun läßt, sind die im römischen Bereich nachweisbaren Spure.<sup>13</sup> dieses gentilizischen Eigentums spärlich und zweideutig, so daß über bloße Vermutungen kaum hinauszukommen ist.

b) Problematisch ist aber auch die begriffliche Entwicklung des Eigentums in der Frühzeit der römischen Rechtsgeschichte. Bei ihrer Untersuchung ist zweierlei zu beachten: Einmal scheint es zweifellos, daß Eigentum und personenrechtliche Herrschaftsmacht ursprünglich eine ununterscheidbare Einheit bildeten<sup>14</sup>. Das Recht des Hausvaters an Frau und Kind und sein Recht an Knecht und Vieh waren im Wesen durchaus gleichartig; sie beruhten auf der Hausgewalt des Familienvorstands. Daher konnte *familia* sowohl den persönlichen wie auch den sächlichen Herrschaftsbereich des Hausvaters bezeichnen (vgl. § 37, 1); daher dienten *mancipatio* und *in iure cessio* der Übertragung sowohl von Eigentum wie von familienrechtlichen Herrschaftsrechten (§ 54, 2 b; § 55, 2); daher gab es eine Ersitzung des Eigentums wie der ehemännlichen Gewalt (§ 75; § 176, 4). Die Herausbildung des klassischen Eigentumsbegriffs beruht also, von dieser Seite betrachtet, auf einem Prozeß der Differenzierung: das einheitliche Gewaltrecht entwickelte sich nach verschiedenen Richtungen. — In zweiter Linie aber muß die Frage aufgeworfen werden, ob der absolute

<sup>10</sup> Für Kollektiveigentum am Ackerland sind in Deutschland eingetreten z. B. MOMMSEN: Röm. Gesch. I<sup>12</sup> 182ff.; Röm. Staatsr. III 1, 22ff.; Jur. Schr. III 145, Anm. 3 (Großvieh ebenfalls Gentileigentum); MITTEIS: Röm. Privatr. I 82f.; WEISS: RE 11, 1078ff. (hier weitere Lit.), auch KÜBLER: RE 7, 1181f. Von einem „im Interesse der *gens* gebundenen Privateigentum“ spricht JHERING: Geist d. röm. R. I<sup>5</sup> 197ff.; er zieht aber ausdrücklich die Parallele zum germanischen Recht (201). — Gegen die Annahme gentilizischen Eigentums bes. PÖHLMANN: Gesch. d. sozialen Frage u. d. Sozialismus i. Altertum II<sup>2</sup> 415ff. (Kritik an MOMMSEN; immerhin bleibt die unbewiesene Möglichkeit kollektiven Eigentums offen); WENGER: Miscellanea Ehrle (Studi e testi 88, 30ff.) und bei SOHM: Inst. 17 37, Anm. 3; skeptisch auch LENEL Gesch. u. Quellen d. röm. R. I 311. — In Italien herrscht heute die Lehre von BONFANTE: (Scr. giur. var. II 1ff.; Storia dir. rom. I 166ff.; Corso dir. rom. II 1, 208ff.), wonach die *res mancipi* ursprünglich im Eigentum der *gens* gestanden haben; da sich B. jedoch die *gens* als streng herrschaftlichen Verband vorstellt, bedeutet seine Lehre nicht eigentlich die Annahme von kollektivem Eigentum, sondern eher das Gegenteil. Für diese Lehre tritt in ausführlicher Auseinandersetzung mit den Gegnern ein: DE FRANCISCI: Trasferimento della proprietà 25ff., 1924; gewisse Abweichungen finden sich bei PEROZZI: Ist. 2 619ff.; MARCHI: Arch. giur. 86, 60ff.: eine eigene Theorie vertritt ARANGIO-RUIZ: zuletzt Ist. 3, 177, 413f.; auf die deutsche Forschung stützt sich in weitem Maße A. SEGRÈ: Ricerche di dir. ered. rom. 6ff., 1930.

<sup>11</sup> Hierzu vgl. WEISS: RE 11, 1078ff. (mit Lit.), auch BRUCK: Totenteil u. Seelgerät im griech. R. 67ff., 1926.

<sup>12</sup> Lit. bei SCHRÖDER-V. KÜNSSBERG: Lehrb. d. dtsch. Rechtsgesch. 6 56; BRUNNER-V. SCHWERRIN: Grundzüge d. dtsch. Rechtsgesch. 8 8.

<sup>13</sup> Z. B. die Nachricht des Varro (de re rust. I, 10, 2), daß Romulus jedem Römer *bina iugera* als „*heredium*“ angewiesen habe. Da dies zur Ernährung einer Familie ungenügend ist und überdies nach Plin. nat. hist. 19, 4, 50 *heredium* in den Zwölf tafeln die Bedeutung „Gartengrundstück“ hatte, fand MOMMSEN hierin einen Beweis dafür, daß nur Hof und Gartenland „Erbgut“, d. h. Privateigentum, gewesen seien. — MITTEIS stützt sich auf die (tatsächlich nahe liegende) Annahme, daß Grundstücke ursprünglich nicht manzipiert werden konnten, also dem privaten Rechtsverkehr entzogen waren. — Auch in der alten Bezeichnung für das Vermögen, *familia pecuniariaque* („Sklaven und Vieh“, vgl. § 37, 1) vermißt man die Erwähnung der Grundstücke. — Reste des gentilizischen Eigentums sieht man in den Gemeindewei den der historischen Zeit (*ager compascuus*; vgl. MITTEIS: Privatr. I 343f.; MOMMSEN: Jur. Schr. I 107; M. WEBER: Röm. Agrargesch. 121). — Auf ganz andersartigen Gründen (nämlich auf Rückschlüssen aus der Natur des Eigentumsbegriffs in klassischer Zeit) beruht die Theorie BONFANTES.

<sup>14</sup> Dies kommt namentlich in den Lehren BONFANTES zu klarem, ja zu überspitztem Ausdruck.

Charakter des Eigentums, seine Wirkung gegen jedermann, zu allen Zeiten in der gleichen Strenge durchgeführt war wie im klassischen Recht<sup>15</sup>. Keineswegs bedeutet die Herleitung des Eigentums aus dem Gewaltrecht des *pater familias* schon eine Bejahung dieser Frage. Denn dort handelt es sich im wesentlichen um die innere Struktur, hier dagegen um die Außenwirkung des Eigentums, um das Verhältnis zu Dritten, insbesondere aber zum Vorgänger im Recht. Eine ganze Anzahl von Tatsachen sprechen dafür, daß selbst in verhältnismäßig junger Zeit die dinglichen Wirkungen des Veräußerungsgeschäfts noch nicht klar als solche herausgearbeitet waren, der Rechtserwerb vielmehr durch obligatorische Bindungen des Veräußerers vermittelt wurde, die den ungestörten Besitz des Erwerbers und seine Verteidigung gegen Dritte sichern sollten. Es kommt hinzu, daß die technische Bezeichnung des Eigentums (*dominium*) verhältnismäßig jung zu sein scheint<sup>16</sup> und gerade in den ältesten uns erhaltenen Dokumenten statt ihrer eine Umschreibung des Eigentums durch seine Funktionen auftritt (*uti frui habere possidere*)<sup>17</sup>. So darf man wohl mit der Wahrscheinlichkeit rechnen, daß jenseits des klassischen Rechts die Grenzen zwischen dinglichem und obligatorischem Recht verschwimmen, indem auch das Eigentum in gewissem Grade einen relativen Charakter trug<sup>18</sup>.

§ 68. Quiritisches Eigentum und in bonis habere. 1. Das echte Eigentum römischen Rechts (*dominium ex iure Quiritium*, Gai. 2, 40) war als Institut des *ius civile* (§ 34, 4) grundsätzlich nur den römischen Bürgern zugänglich<sup>1</sup>. Peregrine erwarben Eigentum nach dem Recht ihrer Heimatgemeinde, fanden aber auch beim römischen Gerichtsmagistrat Schutz nach Maßgabe des *ius gentium*. An provinzialem Boden konnte selbst der Römer kein quiritisches Eigentum erwerben, sondern lediglich ein eigentumsähnliches Besitz- und Nutzungsrecht (Gai. 2, 7; 21; vgl. § 46, 5).

2. Da der Erwerb quiritischen Eigentums vom Vorliegen eines zivilrechtlich anerkannten Erwerbsaktes abhing, der Prätor aber für solche Besitzer, deren Erwerb formal nicht dieser Voraussetzung entsprach, einen Rechtsschutz nach dem Muster des Eigentumsschutzes bereithielt (Näheres § 80), trat der Gegensatz von zivilem und honorarischem Recht (§ 8) auch im Bereich des Eigentums in einer Spaltung zwischen formellem Recht und tatsächlicher Rechtslage hervor. Die Systematik des gajianischen Lehrbuchs (1, 54; 2, 40) spricht hier geradezu von einem doppelten Eigentum (*duplex dominium*), indem sie den vom Prätor eigentumsähnlich geschützten Besitztatbestand (*in bonis habere*; sog. bonitarisches Eigentum) mit dem *dominium ex iure Quiritium* auf eine Ebene stellt. Doch ist zu bemerken, daß der prätorische Rechtsschutz stets nur ein kurzes Durchgangsstadium bildete, das binnen eines oder zweier Jahre durch Ersitzung des quiritischen Rechts ein Ende fand (§ 75, 2)<sup>2</sup>. — Das

<sup>15</sup> Zum folgenden vor allem die grundlegenden Ausführungen RABELS: Haftung d. Verkäufers f. Mängel i. Recht 56ff., 1902; ferner MITTEIS: Röm. Privatr. I 87f.; v. MAYR: Röm. Rechtsgesch. I (2) 48f., 53f.; s. auch o. § 64, Anm. 11.

<sup>16</sup> Vgl. RABEL: Grundz. d. röm. Privatr. 432.

<sup>17</sup> Die Quellen bei SELIGSOHN: *Iusta possessio* (s. o. § 64, Anm. 11) 5ff.

<sup>18</sup> Anfechtbar erscheinen die Gedanken, die EHRHARDT: *Iusta causa traditionis* 14, bes. Anm. 6 entwickelt; danach soll noch in klassischer Zeit das Eigentum zugleich Faktum und Recht gewesen sein. Hier dürfte eine gefährliche Verwirrung der Begriffe vorliegen. Man kann nicht sagen: „... das *in bonis esse* steht dem zivilen Eigentum so nahe, daß man dieses im klassischen Recht als faktisches Verhältnis ansehen kann“. Denn die Ähnlichkeit von zivilem und bonitarischem Eigentum besteht allein hinsichtlich der praktischen Auswirkungen und beruht auf bewußter Angleichung durch die neuschaffende Tätigkeit des Prätors. Strukturell sind beide so verschieden, wie es nur eben ein scharfgeprägter, fertiger Rechtsbegriff und eine im praktischen Rechtsleben neu auftauchende Bildung sein können. Vgl. auch u. § 68, 2.

<sup>1</sup> Ob auch den Latinern und solchen Peregrinen, die das *commercium* besaßen (§ 34, 1), ist zweifelhaft. Dafür spricht die Tatsache, daß diesen Gruppen von Nichtbürgern das zivile Erwerbsgeschäft der *mancipatio* zugänglich war (Ulp. 19, 4), nicht unbedingt dagegen Cic. pro Caecin. 33, 96. Vgl. MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 1, 630f.; MITTEIS: Privatr. I 117, Anm. 15; 120; PEROZZI: *Ist.* I <sup>2</sup> 15, Anm. 1; 623; auch WEISS: *ZSSt.* 37, 157.

<sup>2</sup> Bezeichnenderweise knüpfte der prätorische Rechtsschutz gerade an den Tatbestand des Ersitzungsbesitzes an (vgl. § 80). — Die Formulierung im Text steht dem von JÖRS in der

justinianische Recht hat die besonderen Formalerfordernisse des *quiritischen Eigentums* erwerbs aufgegeben und damit wieder einen einheitlichen *Eigentumsbegriff* auf der Grundlage des *prätorischen Rechts* gewonnen.

§ 69. *Eigentumsbeschränkungen*. 1. Von den Beschränkungen des *Eigentums* (vgl. § 67, 1) werden die *Dienstbarkeiten* und die anderen beschränkt dinglichen Rechte an fremder Sache in § 81 ff. dargestellt. Während sie durch *Rechtsgeschäft* begründet wurden, bestanden die sog. gesetzlichen *Eigentumsbeschränkungen* ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten kraft allgemeiner Rechtsnorm. Sie trafen ganz überwiegend den *Grundeigentümer*<sup>1</sup>, teils im Interesse der öffentlichen *Wohlfahrt*<sup>2</sup>, teils zugunsten der *Nachbarn*. Hier sollen nur einige nachbarrechtliche *Eigentumsbeschränkungen*<sup>3</sup> kurz aufgeführt werden.

2. a) *Früchte*, die von einem Baum auf das Grundstück des *Nachbarn* hinübergefallen waren, verblieben im *Eigentum* dessen, dem der Baum gehörte. Der *Nachbar* mußte dulden, daß dieser den sog. *Überfall* einen Tag um den andern (*tertio quoque die*) abholte (*lex XII tab. VII 10; interdictum de glande legenda: D. 43, 28*).

b) Den sog. *Überhang*, d. h. über die Grenze gewachsene Bäume, brauchte der *Nachbar* nicht zu dulden. Einen Baum, der sein Haus überwuchs, durfte er selbst beseitigen, wenn ihn der *Eigentümer* nicht auf Verlangen entfernte. Einen Baum, der sein Feld beschattete, konnte er unter der gleichen Voraussetzung bis zur Höhe von 15 Fuß lichten (*sublucare*), beschneiden (*coercere*) und in beiden Fällen das Holz für sich behalten (*lex XII tab. VII 9; interdictum de arboribus caedendis: D. 43, 27, 1*)<sup>4</sup>.

c) Einen *Überbau* über die Grenze hinaus brauchte der *Nachbar* nicht zu dulden, es sei denn, daß es sich um eine *Ausbuchtung* der Mauer von nicht mehr als einen halben Fuß handelte (*Alf. D. 8, 5, 17 pr.*)<sup>5</sup>.

d) Wer eine *Begräbnisstätte* hatte, zu der ihm der Zugang durch ein anderes Grundstück versperrt war, konnte (im Verfahren *extra ordinem*) verlangen, daß dessen *Eigentümer* ihm gegen eine angemessene *Entschädigung* einen *Notweg* zu dem Platz (als *Dienstbarkeit, iter ad sepulcrum*) einräumte (*Sev. Ant. in D. 11, 7, 12 pr.; Paul. D. 8, 1, 14, 1*).

e) Der *Nachbar* konnte vom *Grundeigentümer* die *Beseitigung* solcher Anlagen verlangen, die ein verstärktes *Einströmen* von Grundwasser auf das *Nachbargrundstück* zur Folge hatten (*lex XII tab. VII 8; actio aquae pluviae arcendae: D. 39, 3*)<sup>6</sup>.

Vorauf. 91, Anm. 1 entwickelten Gedanken nicht fern; gegen JÖRS wendet sich EHRHARDT: *Iusta causa traditionis* 24, Anm. 1.

<sup>1</sup> Beschränkungen des *Eigentums* an *Sklaven* sind o. § 40, 2 u. 4c angedeutet.

<sup>2</sup> Über *Eigentumsbeschränkungen* im öffentlichen Interesse (baupolizeiliche Vorschriften, Belastungen im Interesse der Erhaltung von öffentlichen Straßen und Wasserleitungen u. a.) s. RABEL: *Grundzüge d. röm. Privatr.* 433 (mit Lit.); PEROZZI: *Ist. I* 2 632f., 637f. und (sehr ausführlich) BONFANTE: *Corso dir. rom. II* 1, 230ff. — Wohl zu Unrecht leugnet BONFANTE (im Anschluß an LUSIGNANI und FERRINI), daß das klassische Recht eine Enteignung im öffentlichen Interesse gekannt habe. Ganz abgesehen von den *Massenenteignungen* bei den *Veteranensiedlungen* des Oktavian (41 v. Chr.), die als außergewöhnliche Maßnahme außer Betracht bleiben mögen, ist die Anlage der römischen Straßen und Wasserleitungen ohne die Möglichkeit einer Enteignung kaum vorstellbar. Die von B. für seine Meinung beigebrachten Quellen beweisen lediglich, daß man die Enteignung gern vermied, auch wohl gegen einflußreiche Persönlichkeiten nicht durchzusetzen wagte. Vgl. hierzu auch HOETINK: *Periculum est emptoris* 106ff., 1928 (mit Quellen und weiterer Literatur). — *Eigentumsbeschränkungen* zur Förderung des Bergbaus kannte erst die Spätzeit: SCHÖNBAUER: *Beitr. z. Gesch. d. Bergbaurechts* 146ff., bes. 155, 1929.

<sup>3</sup> Ausführliche Behandlung bei BONFANTE: *Corso dir. rom. II* 1, 272ff.

<sup>4</sup> Über das Verhältnis dieser zivil- und honorarrechtlichen Bestimmungen zueinander vgl. WLASSAK: *Prozeßgesetze* I 248f.; KARLOWA: *Röm. Rechtsgesch. II* 1037f. — Über eingedrungene Wurzeln s. Alex. Sev. C. 8, 1, 1.

<sup>5</sup> PEROZZI: *Ist. I* 2 631 hält die Stelle für interpoliert, das *Überbaurecht* für eine justinianische Neuerung (?)

<sup>6</sup> Vgl. SCHÖNBAUER: *ZSSt.* 54, 233ff. — Ferner, speziell zur Frage der *Passivlegitimation*: BAVIERA: *Scr. giur. I* 143ff.; BERGER: *ZSSt.* 31, 405f.; BESELER: *Beitr. III* 93ff.; PEROZZI: *Ist. I* 2 636, Anm. 1; BONFANTE: *Corso dir. rom. II* 1, 449f.



f) Das Eindringen (*immissio*) von Qualm, Wasser u. dgl. vom Nachbargrundstück her mußte der Nachbar dulden, soweit die Grenzen eines normalen Gebrauchs innegehalten wurden; andernfalls hatte er ein Verbotungsrecht<sup>7</sup>.

## II. Erwerb und Verlust des Eigentums.

§ 70. Der Eigentumserwerb im allgemeinen. 1. Wie überhaupt jeder Rechts-erwerb, trat auch der Erwerb des Eigentums im Gefolge bestimmter juristischer Tatbestände ein: im Gefolge von Rechtsgeschäften (s. bes. § 71f.), sonstigen Handlungen (vgl. z. B. § 73, 4, 5 u. 7), Naturereignissen (§ 73, 6) und Zeitablauf (§ 74ff.).

2. Die gemeinrechtliche und die moderne Dogmatik unterscheiden zwischen abgeleitetem (derivativem) und ursprünglichem (originärem) Eigentumserwerb. Abgeleiteter Erwerb liegt vor, wenn das Eigentum durch Rechtsgeschäft vom bisherigen Inhaber auf den Erwerber übertragen wird. Ursprünglich ist der Erwerb, wenn er ohne eine solche Übertragung erfolgt, also ohne Rücksicht auf das Recht des Vormannes, ja ohne Rücksicht darauf, ob die Sache überhaupt schon im Eigentum eines andern gestanden hat. — Dem ältesten römischen Recht scheint der Gedanke der Rechtsübertragung noch fremd gewesen zu sein; man faßte den rechtsgeschäftlichen wie den nichtrechtsgeschäftlichen Erwerb gleichmäßig als die Begründung eines neuen Rechts an der Sache auf; es gab also im Sinn unserer modernen Unterscheidung nur originären Erwerb des Eigentums. Dies zeigt sich deutlich in der Ausgestaltung der altüberkommenen formalen Erwerbsgeschäfte, der *mancipatio* und *in iure cessio*<sup>1</sup>. Erst in klassischer Zeit trat der Übertragungsgedanke allmählich hervor<sup>2</sup>; der abgeleitete Erwerb durch Rechtsgeschäft wurde als etwas Besonderes empfunden, doch ohne daß dies bereits in der systematischen Gliederung der Erwerbsarten zum Ausdruck kam<sup>3</sup>. Noch deutlicher ausgeprägt ist die Vorstellung der Rechtsübertragung bei den auch sonst in stärkerem Maße der Abstraktion zuneigenden Nachklassikern. Aber erst das gemeine Recht hat den Gegensatz von originärem und derivativem Erwerb endgültig geklärt und zum beherrschenden Gesichtspunkt für die Systematik des Eigentumserwerbs erhoben. — Diese Systematik darf wegen ihres in gewissem Sinn allgemeingültigen Charakters der folgenden Darstellung zugrunde gelegt werden, auch wenn sie den Römern selbst fremd war.

3. Für die Tatbestände des abgeleiteten Erwerbs galt im römischen Recht der Grundsatz, daß niemand mehr Recht an einer Sache übertragen konnte, als er selbst daran hatte<sup>4</sup>. Insbesondere konnte man also vom Nichteigentümer weder durch *Mancipation* und *in iure cessio*, noch durch einfache Übergabe (*traditio*) Eigentum

<sup>7</sup> Ulp. D. 8, 5, 8, 5—7 (teilw. itp.); Alf. D. 8, 5, 17, 2; Paul. D. 8, 2, 19; Ulp. D. 39, 3, 3 pr.

<sup>1</sup> Bei beiden Geschäftsformularen fehlt jede Andeutung des Übertragungsgedankens: der Erwerber behauptet einseitig das Bestehen seines Rechts, der Veräußerer verschweigt sich. Vgl. hierzu HUSSERL: ZSSt. 50, 483.

<sup>2</sup> Zu Unrecht leugnet DE FRANCISCI: Il trasferimento della proprietà, 1924, auch für die klassische Zeit das Vorhandensein des Übertragungsgedankens. Zwar ist es richtig, daß noch die Institutionen des Gaius nur von einer Übertragung (*transferri, transire*) der Sache sprechen, nicht auch des Rechts an der Sache; aber daß die zahlreichen Spuren des Übertragungsgedankens in den übrigen, insbesondere den justinianischen Quellen durchaus nachklassischer Herkunft sein sollen, ist nicht glaublich. Vgl. LENEL: ZSSt. 45, 30; LANGE: D. kausale Element i. Tatbestand d. klass. Eigentumstradition 25f.; BETTI: Bull. 34, 282, Anm. 3.

<sup>3</sup> Gai. 2, 65ff. teilt die Eigentumserwerbsarten in zivile (*mancipatio, in iure cessio, usucapio*) und naturale (*traditio, occupatio, alluvio, inaedificatio* usw.).

<sup>4</sup> Die hierfür in der Regel angeführte Paroemie *nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet* (Ulp. D. 50, 17, 54) gehört vermutlich nicht in den Zusammenhang der Übereignung, sondern in die Lehre von der *in iure cessio* der *legitima hereditas* (LENEL: Ulp. fr. 120, s. Gai. 2, 35). Vgl. aber D. 41, 1, 20 pr.; an dieser Stelle war im klassischen Text wohl von der *mancipatio*, nicht von der *traditio* die Rede (Veräußerung eines Grundstücks, s. LENEL: Ulp. fr. 2721); für den hier behandelten Zusammenhang ist das jedoch gleichgültig. Die Interpolationsannahmen DE FRANCISCI: (s. o. Anm. 2) 149ff. sind mindestens zweifelhaft.

erlangen; auch der gutgläubige Erwerber, d. h. derjenige Erwerber, der den Veräußerer irrtümlich für den Eigentümer hielt oder doch für vom Eigentümer zur Veräußerung der Sache ermächtigt<sup>5</sup>, erwarb kein Eigentum, sondern nur redlichen Besitz (*bonae fidei possessio*)<sup>6</sup>.

### A. Abgeleiteter Erwerb des Eigentums.

§ 71. Das klassische Recht kannte drei Arten des rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs: zwei Formalgeschäfte, nämlich *mancipatio* und *in iure cessio*, und die formlose Besitzübertragung auf Grund eines gültigen Erwerbsgeschäfts (*traditio ex iusta causa*).

1. Die *mancipatio*, deren Geschichte und klassische Gestalt in § 53f. dargestellt wurde, diente der Übertragung von *res Mancipi*, d. h. von Grundstücken auf italischem Boden<sup>1</sup>, von Sklaven und von einheimischen Zug- und Lasttieren (*quadrupedes quae collo dorsove domantur*)<sup>2</sup>. Sie war ein (allerdings verkümmertes) Publizitätsgeschäft, insofern der förmliche Rechtsakt vor fünf Zeugen den Eigentümerwechsel der Allgemeinheit kundtat<sup>3</sup>. Als Formalgeschäft vermochte sie in klassischer Zeit abstrakt zu wirken, d. h. sie konnte ohne Rücksicht auf Natur und Gültigkeit des ihr zugrundeliegenden sog. Kausalgeschäfts (z. B. Kauf, Schenkung, Mitgiftbestellung, fuzia-rische Abrede) den Eigentumserwerb herbeiführen<sup>4</sup>.

2. Ein abstraktes Formalgeschäft mit Publizitätscharakter<sup>5</sup> war auch die *in iure cessio*, die ebenfalls bereits des näheren behandelt worden ist (§ 55).

<sup>5</sup> Pomp. D. 41, 7, 5 pr.; Scaev. D. 41, 4, 14; Mod. D. 50, 16, 109. — Bezüglich des Begriffs der Ermächtigung vgl. § 58, 3 a. E.

<sup>6</sup> Dagegen kennt das BGB (§§ 932, 892) einen Eigentumserwerb kraft guten Glaubens an das Recht des Veräußerers, nicht auch an dessen Verfügungsmacht (vgl. jedoch HGB § 366). Da indessen der gutgläubige Besitzer auch nach römischem Recht binnen kurzer Frist im Wege der Ersitzung Eigentümer wurde (§ 75), ist der Gegensatz zur Regelung des geltenden deutschen Rechts, praktisch gesehen, sehr viel weniger bedeutungsvoll, als man gemeinhin behauptet. Das römische Ersitzungsrecht hat denn auch auf die Entwicklung des in BGB §§ 932 und 892 enthaltenen Rechtsgedankens wesentlichen Einfluß ausgeübt: römisch ist sowohl das Erfordernis des guten Glaubens wie auch die Vorstellung, daß der Erwerber Eigentum und nicht nur (wie im älteren deutschen Recht) unentziehbaren Besitz erlange. Vgl. H. MEYER: Entwertung u. Eigentum i. dtsch. Fahrnisr., bes. 293ff., 1902. — Einen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten kannten, wie es scheint, auch gewisse Rechte des Altertums (das babylonische, griechische und jüdische Recht), und zwar mit der auch dem älteren deutschen Rechte bekannten (vgl. H. MEYER) Besonderheit, daß der ursprüngliche Eigentümer die Sache durch Erstattung des vom Erwerber gezahlten Preises zurückerwerben durfte. Über dieses volkrechtliche „Lösungsrecht“, das, von den älteren Kaiserreskripten nachdrücklich bekämpft, schließlich doch einen gewissen Einfluß auf das spätrömische Recht gewann, vgl. FELGENTRAEGGER: Antikes Lösungsrecht. (Romanist. Beitr. 6, 1933).

<sup>1</sup> Provinzialer Boden war *res nec Mancipi*: Gai. 2, 14a (vgl. § 46, 5; 68, 1); ebenso übrigens das Staatsland (*ager publicus*) im republikanisch-frühkaiserzeitlichen Italien (vgl. § 66, Anm. 1).

<sup>2</sup> Ulp. 19, 1 zählt als solche auf: Rinder, Pferde, Esel, Maultiere; vgl. ferner Gai. 2, 15 (lückenhaft überliefert).

<sup>3</sup> Aus dem Publizitätscharakter der *mancipatio* erklärt sich der Sinn des Gegensatzes von *res Mancipi* und *res nec Mancipi*. Wie das deutsche und das altgriechische Recht die Liegenschaften, daneben aber auch gewisse Fahrnisgegenstände (Sklaven, Schiffe u. a.) als den Kern des produktiven Vermögens einem besonderen Publizitätsrecht unterstellten, so unterwarf auch das altrömische Recht die Veräußerung der typischen Hauptbestandteile des Bauernguts einem besonderen Formzwang. Bezeichnenderweise sind die *res Mancipi* zugleich die *res censui censendo* (Cic. pro Flacco 79f.; vgl. Fest. p. 78 v. *censui*), d. h. das der Schatzung unterliegende Vermögen des römischen Bürgers. — S. hierzu MOMMSEN: Röm. Staatsr. II<sup>3</sup> 374ff.; M. WEBER: Röm. Agrargesch. 65ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 431; SCHÖNBAUER: Beitr. z. Gesch. d. Liegenschaftsr. i. Altert. 130; KUNKEL: RE 14, 1008 (mit Lit.). — Zur Ergründung des urrömischen Eigentumsbegriffs sucht den Gegensatz von *res Mancipi* und *res nec Mancipi* zu benutzen: BONFANTE: Scr. giur. var. II 1ff.; vgl. § 67, Anm. 10.

<sup>4</sup> Den Gegensatz bildet das kausal gebundene Erwerbsgeschäft, bei dem die Gültigkeit der Rechtsübertragung von dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis abhängt. — Vgl. u. Ziff. 3a über die klassische *traditio ex iusta causa*.

<sup>5</sup> Infolge der Mitwirkung des Magistrats war die Publizität hier sehr viel wirksamer als bei der

Sie übertrug Eigentum sowohl an *res Mancipi* als auch an *res nec Mancipi* (Ulp. 19, 9)<sup>6</sup>.

3. Die formlose Übergabe einer Sache (*traditio*) führte zunächst einen Besitzwechsel herbei (vgl. § 65, 4); sie begründete aber gleichzeitig auch das Eigentum des Empfängers, wenn es sich um eine *res nec Mancipi* handelte und ein von der Rechtsordnung anerkanntes Erwerbsgeschäft (*iusta causa*) zugrunde lag. An *res Mancipi* vermochte die *traditio* dem Erwerber nur sog. bonitarisches Eigentum zu verschaffen, d. h. trotz Vorliegens einer *iusta causa* wurde der Erwerber nicht Eigentümer im Sinn des Ziv rechts, sondern lediglich Ersitzungsbesitzer, aber der Prätor schützte ihn schon während der Ersitzungszeit in gleichem Umfang wie einen zivilen Eigentümer (vgl. §§ 68, 80).

a) Das Erfordernis der *iusta causa*<sup>7</sup> beruht auf einer Auffassung der *traditio*, die von der des gemeinen und modernen Rechts sehr verschieden ist. Die moderne Dogmatik erfordert für die Übereignung neben der tatsächlichen Besitzübertragung einen „dinglichen Vertrag“, d. h. eine Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber, die sowohl ihrem Inhalt wie ihren Geltungsvoraussetzungen nach abstrakt ist. Inhaltlich ist sie abstrakt, insofern sie gleichmäßig in allen Fällen nur den beiderseitigen Willen umschließt, daß Eigentum übergehen solle; in ihrer Geltung ist sie abstrakt, d. h. losgelöst von dem Grundgeschäft, weil ihre Wirksamkeit nicht von der des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts (Kauf, Schenkung usw.) abhängt<sup>8</sup>. Das klassische römische Recht dagegen kannte keinen derartigen abstrakt-dinglichen Vertrag; man sah in der *traditio* selbst nur den Akt der tatsächlichen Besitzhingabe, dem erst die zugrundeliegende *causa* die Bedeutung der Übereignung verlieh<sup>9</sup>. Die *causa* aber war ein typischer, von der Rechtsordnung als Eigentumserwerbsgrund anerkannter rechtsgeschäftlicher Tatbestand, der nicht durchweg dem modernen schuldrechtlichen Kausalgeschäft gleichzusetzen ist. Bei reinen Bargeschäften (z. B. *donatio*, § 153; *dotis datio*, § 181, 1) bestand die *causa* in der zur Zeit der tatsächlichen Hingabe vorhandenen Einigung über den Rechtszweck der Übereignung (*causa donationis*, *dotis*); beim Kauf im Kaufvertrag selbst<sup>10</sup>; bei der Erfüllung von Stipulations- und Vermächtnisschulden dagegen nicht etwa, wie man erwarten könnte, in dem schuld begründenden Rechtsgeschäft (Stipulation, Damnationslegat), sondern in der Einigung über den schuld befreienden Charakter der Leistung (*causa solvendi*)<sup>11, 12</sup>. Von den einfach gelagerten Tatbeständen des reinen Bargeschäfts ab-

*mancipatio*. Die abstrakte Natur der *in iure cessio*, d. h. ihre Unabhängigkeit von dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft, folgt schon aus der Benutzung prozessualer Formen.

<sup>6</sup> Die Erstreckung der *in iure cessio* auch auf *res nec Mancipi* beruht auf dem prozessualen Ursprung dieser Übertragungsform, vgl. § 55, 2.

<sup>7</sup> Vgl. die bei SCHULZ: ZSSt. 52, 535ff. besprochene Lit., bes. die Bücher von EHRHARDT, LANGE und HAZEWINKEL-SURINGA; dazu neuerdings noch HUPKA: ZSSt. 52, 1ff.; SCHÖNBAUER: Krit. Vjschr. 25, 136ff., 1932. (Bespr. von EHRHARDT, LANGE u. a., mit eingehender, sehr origineller Stellungnahme); ZSSt. 54, 335ff.; BETTI: Bull. 41, 143ff.; Sul carattere causale della 'traditio' classica (Studi Riccobono, Sonderabdr. 1934). Neben diesen Werken ist immer noch von besonderer Bedeutung: RABEL: Grundzüge des röm. Privatr. 440f.

<sup>8</sup> Vgl. BGB §§ 929, 925 in Verb. m. 873.

<sup>9</sup> Wichtigste grundsätzlichen redende Quellenzeugnisse: Gai. 2, 20; Ulp. 19, 7; Paul. D. 41, 1, 31 (nachklassisch überarbeitet?, vgl. EHRHARDT: *Iusta causa* 134f. u. die dort Zitierten). — Schon hier ist übrigens hervorzuheben, daß *causa traditionis* und Ersitzungstitel richtiger Ansicht nach eine Einheit darstellen und daß darum Rückschlüsse aus dem besser überlieferten klassischen Ersitzungsrecht gestattet sind (anders allerdings SCHULZ: ZSSt. 52, 547f.). — Fragwürdig erscheint dagegen die Gleichsetzung von Traditions- und Kondiktionskausa, die EHRHARDT: *Iusta causa*, bes. 37ff. anstrebt.

<sup>10</sup> Anderer Ansicht: HAZEWINKEL-SURINGA: *Mancipatio en traditio* bes. 200ff., 213ff.; vgl. auch SCHULZ: ZSSt. 52, 548.

<sup>11</sup> Nur spärliche Erwähnung in den Quellen: Paul. D. 6, 2, 4; Hermog. D. 41, 3, 46. Trotzdem geht es nicht an, mit LANGE: D. kausale Element 44f. die *causa pro soluto* als eine spätklassische Konstruktion anzusehen, die sich nicht einmal allgemein durchgesetzt habe; bei dieser Annahme bleibt eine Lücke im klassischen System, die LANGE nicht zu füllen vermag. Die vermutlich

gesehen, tritt in diesem System rechtlich anerkannter Erwerbsgründe ein tiefgreifender Gegensatz zwischen dem kaufweisen Erwerb und dem Erwerb auf Grund von Stipulation und Vermächtnis hervor<sup>13</sup>. Für jenen war der gesamte Grundtatbestand, für diesen nur die unmittelbar mit der *traditio* verbundene Erfüllungsabrede wesentlich; jene war darum kausal im vollsten Sinn des Worts, diese, am praktischen Ergebnis gemessen, kaum minder abstrakt als die moderne Übereignung des deutschen bürgerlichen Rechts. Der Grund für diesen Gegensatz muß in der geschichtlichen Entwicklung gesucht werden: offenbar hat sich der Kaufvertrag des klassischen Rechts noch nicht völlig von den Resten einer älteren Vorstellungsweise befreit, die nicht zwischen Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft unterschied, vielmehr nur ein einheitliches Bargeschäft kannte<sup>14</sup>. Die Rolle der *solutio* als *causa* des Eigentumserwerbs dagegen wird ihren Ursprung in der Eigenart des altrömischen Haftungsrechts haben; die solenne Verpflichtung durch die altzivilen Formalgeschäfte begründete nämlich ursprünglich für den Schuldner einen Zustand des Gebundenseins (der „Haftung“, vgl. § 35, 2), der nur durch ein besonderes Lösungsgeschäft (*solutio*) aufgehoben werden konnte. Im Zusammenhang einer solchen Betrachtungsweise, die der *solutio* dem Verpflichtungsgeschäft gegenüber ein hohes Maß von Selbständigkeit verlieh, läßt sich verstehen, warum sie und nicht das Verpflichtungsgeschäft als *causa* für den Eigentumserwerb angesehen wurde. — Das für den modernen Betrachter schwer zu erfassende System der *causae traditionis* wird noch weiterhin dadurch kompliziert, daß die klassischen Juristen in gewissen Sonderfällen ihre Anforderungen eingeschränkt zu haben scheinen. So ließen sie offenbar den nichtigen Kauf vom Geschäftsunfähigen bei Gutgläubigkeit des Käufers als *causa* des Eigentumserwerbs gelten (Ulp. D. 6, 1, 7, 2; Paul. D. 41, 4, 2, 15f.)<sup>15</sup>. Ferner konnte nach Iul. D. 41, 1, 36<sup>16</sup> die Hingabe einer Geldsumme auch dann zum Eigentumserwerb des Empfängers (und zur Entstehung einer Darlehensverpflichtung) führen, wenn sich die Beteiligten nicht darüber einig waren, ob die Übereignung schenkweise oder

richtige Erklärung der *causa solutionis* aus der Geschichte der Haftungslösung (s. u. im Text) gibt (im Anschluß an RABEL) EHRHARDT: *Iusta causa* 49ff. Gegen sie nicht überzeugend SCHULZ: ZSSt. 52, 546.

<sup>12</sup> Der Kreis der anerkannten Erwerbsgründe war nicht etwa geschlossen; vielmehr konnten Prätor und Richter im Einzelfalle auch über die typischen Erwerbsgründe (Kauf, Schenkung, *solutio, dos*) hinaus das Bestehen einer *iusta causa* anerkennen, so wie man auch im Ersitzungsrecht (§ 75, Anm. 9) einen Sammeltitel verschiedenartiger Erwerbsgründe (*pro suo*) annahm. Solche anormalen Erwerbsstatbestände wurden auch bei den Juristen vielfach diskutiert. Vgl. SCHÖNBAUER: Kr. Vjschr. 25, 188ff., 1932. Eine Kontrolle der Erwerbsgründe vom Standpunkt des Gemeinschaftsinteresses, wie sie SCH. behauptet, wird man indessen in dem Recht der *iusta causa* vergeblich suchen.

<sup>13</sup> Dieser Gegensatz wird besonders deutlich in Paul. D. 41, 4, 2 pr. und 41, 3, 48; danach erwirbt, wer *pro emptore* empfängt, nur im Falle eines gültig geschlossenen Kaufvertrags; dagegen genügt zum Erwerb *pro soluto* eine Erfüllungsleistung auf Grund einer bloß eingebildeten Stipulationsverpflichtung. — Auf der in diesem Sinn „abstrakten“ Natur des Erwerbs *pro soluto* beruht auch die Entscheidung am Anfang von Iul. D. 41, 1, 36; so SIBER: Röm. R. II 74, Anm. 5; anders JÖRS i. d. Vorauf. 86, Anm. 3, der im Anschluß an LENEL vermutet, daß an dieser Stelle ursprünglich von der *mancipatio* die Rede gewesen sei.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 440; s. auch u. § 140, 2.

<sup>15</sup> Vgl. RABEL: Grundz. d. röm. Privatr. 441; EHRHARDT: *Iusta causa* 31f.; für unklassisch hält den Gedanken dagegen BESELER: ZSSt. 44, 280; 45, 227f.

<sup>16</sup> Die Annahme, daß D. 41, 1, 36 auch in den konkreten Entscheidungen nachklassisch sei und mit der wahren Meinung Julians im Widerspruch stehe (so auch JÖRS i. d. Vorauf. 86, Anm. 3), ist nicht begründet. Vgl. SIBER: Röm. R. II 74f.; LANGE: D. kausale Element 67f.; EHRHARDT: *Iusta causa* 137f. — Daß Julian ein *mutuum* annahm, ergibt übrigens auch D. 12, 1, 18 pr. Denn hier gehören die Worte *sed an mutua sit, videndum* zweifellos noch zu dem Referat über seine Entscheidung. Der Einwand LANGES: (§ 66, Anm. 5), daß Julian die Wendung *videndum esse* nie gebraucht habe, trifft nicht zu, vgl. Paul. D. 12, 1, 31, 1; D. 39, 2, 18, 5; Afr. D. 16, 1, 19, 5; D. 19, 5, 24, wo überall in Julianzitate *videndum ne* oder dergl. begegnet. Nicht überzeugend sind die Lösungsversuche von HUPKA: ZSSt. 52, 1ff. und SCHÖNBAUER: Kr. Vjschr. 25, 162ff., 1932.

als Darlehen erfolgen solle; freilich entschied Ulp. D. 12, 1, 18 pr. in entgegengesetztem Sinne. — Das hier nur in den größten Zügen angedeutete eigenartige Bild des klassischen Rechts ist in den justinianischen Quellen z. T. von nachklassischen Anschauungen überlagert, die unserer modernen Betrachtungsweise bereits erheblich näher stehen: Es zeigt sich in ihnen eine deutliche Neigung, die *traditio* als abstrakt wirkendes<sup>17</sup>, dingliches Rechtsgeschäft aufzufassen, für dessen Zustandekommen allein der Wille maßgebend ist, Eigentum zu geben und zu empfangen (*\*animus transferendi et adquirendi dominii\**)<sup>18</sup>. Seit SAVIGNY<sup>19</sup> haben diese nachklassischen Gedanken in der Lehre des gemeinen Rechts die Vorherrschaft und ihre endgiltige Ausprägung gefunden.

b) Für den kaufweisen Eigentumserwerb durch Tradition verlangen die Institutionen Justinians (2, 1, 41) unter Berufung auf eine Vorschrift der Zwölftafeln, daß der Kaufpreis gezahlt, sichergestellt oder doch wenigstens gestundet sei. Die geschichtliche Rolle dieses Erfordernisses ist heute stark umstritten<sup>20</sup>. Ziemlich gewiß dürfte sein, daß es im Recht der hoch- und spätklassischen Zeit keine praktische Bedeutung besaß. Im älteren Recht muß es dagegen in einem freilich z. Z. nicht näher bestimmbar sachlichen und zeitlichen Umfang gegolten haben<sup>21</sup>; darauf weist schon sein naher Zusammenhang mit dem Prinzip des Barkaufs hin, dessen

<sup>17</sup> Die Neigung, sich die *traditio* abstrakt vorzustellen, zeigt sich vor allem in dem sehr wahrscheinlich interpolierten Anfangssatz von D. 41, 1, 36; vgl. ferner D. 41, 1, 9, 3 = I. 2, 1, 40, wo im Gegensatz zu Gai. 2, 20 von der *causa* nicht die Rede ist. — Eine zielbewußte Beseitigung des klassischen Rechtszustandes liegt indessen nicht vor, sondern nur eine neue Auffassung des Traditionsvorgangs, die zu einer vom klassischen Sinn abweichenden Deutung und Fortbildung der klassischen Äußerungen führte; wäre es anders, so könnte eine Stelle wie D. 41, 1, 31 keine Aufnahme in die Kompilation gefunden haben und noch weniger, wie es doch den Anschein hat, von nachklassischer Hand neugeformt sein.

<sup>18</sup> Vgl. D. 41, 1, 9, 3 = I. 2, 1, 40; auch der schwerlich so von Javolen stammende Wortlaut von D. 44, 7, 55 dürfte im Sinn der Kompilatoren auf die dingliche Einigung und nicht auf das Kausalgeschäft zu beziehen sein. — Wenn manche Stellen der justinianischen Gesetzgebung (bes. I. 2, 1, 40) und der griechischen Digestenkommentare einseitig den Veräußererwillen oder die Veräußererhandlung betonen, so ist dies leicht verständlich, da der Erwerbswille des Traditionsempfängers im Regelfalle außer Frage stand und darum wenig interessieren konnte. Die Annahme, daß die justinianische Zeit sich die *traditio* als einseitiges Rechtsgeschäft vorgestellt habe (ERHARDT: *Iusta causa* 175ff.), läßt sich daraus kaum rechtfertigen; noch minder glaubhaft ist die Herleitung dieser Vorstellung aus dem Begriff der gräko-ägyptischen *καταργωπή* (hierzu SCHÖNBAUER: Krit. Vjschr. 25, 146ff., 1932). — Eine konsequente Durchbildung hat übrigens auch die Lehre vom dinglichen Vertrag in den Quellen der justinianischen Zeit nicht gefunden. Erst bei dem späten Basilikenscholiasten Constantinus Nicaeus (11. Jahrhundert) taucht eine klare Formulierung des dinglichen Vertrages auf: Schol. z. Bas. 23, 1, 18 (Heimb. II 613f.); auch sie ist aber schwerlich absolut gemeint, sondern sichtlich als Deutung von D. 12, 1, 18 zu verstehen, vgl. SCHÖNBAUER: 157.

<sup>19</sup> Vgl. FELGENTRAEGER: Savignys Einfluß auf d. Übereignungslehre (Abh. d. rechts- u. staatswiss. Fak. Göttingen 3, 1927).

<sup>20</sup> Seine Klassizität wurde bestritten von PRINGSHEIM: Kauf m. fremdem Geld (Romanist. Beitr. 1, 1916). Gegen PRINGSHEIM: ALBERTARIO, APPLETON, MEYLAN, die ihrerseits wiederum sehr verschiedene Lehren vertreten; Replik von PRINGSHEIM in ZSSt. 50, 333ff. (hier die genaueren Nachweise). Vgl. weiterhin WIBACKER: *Lex commissoria* (Freiburger rechtsgesch. Abh. 3) 8ff.; SCHÖNBAUER: ZSSt. 52, 195ff.; 54, 335ff.; PRINGSHEIM: ZSSt. 53, 491ff. ARCHI: *Il trasferimento della proprietà nella compravendita rom.* (Studi di dir. priv. 15, 1934).

<sup>21</sup> PRINGSHEIM möchte den in I. 2, 1, 41 zit. Zwölftafelsatz nunmehr auf die Manzipation beziehen: ZSSt. 50, 390ff. Es scheint mir indessen nicht völlig sicher, ob PRINGSHEIMS Deutung von Varro, de re rustica 2, 2, 5f. und 2, 1, 15 zutrifft. Zwar bezieht sich *adnumerare* in 2, 2, 6 sicher auf die Zuzählung der gekauften Schafe und nicht auf die Preiszahlung; wohl aber könnte in dem grammatisch unklaren und vermutlich verderbten *et expromisit nummos* in § 5 der Hinweis auf ein Preiszahlungssurrogat enthalten sein; diese Möglichkeit liegt um so näher, als auch I. 2, 1, 41 den noch nicht geklärten Begriff des *expromissor* (vgl. PRINGSHEIM: ZSSt. 50, 358ff.) im gleichen Zusammenhang gebraucht, eine Übereinstimmung, die schwerlich auf Zufall beruhen wird. Auch in Varro 2, 1, 15 geben die Worte *neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini* zu denken. Da aber Varro in der erstgenannten Stelle sicher nicht, in der zweiten höchstwahrscheinlich nicht von Manzipationskauf spricht, muß die Geltung des Zwölftafelsatzes auch für den Erwerb durch *traditio* mindestens als möglich angesehen werden.

ursprüngliche Herrschaft in Rom kaum zweifelhaft sein kann<sup>22</sup>. Daß die justinianische Gesetzgebung den altrömischen Grundsatz wiederbelebt hat, mag sich aus der Beeinflussung durch griechische Rechtsgedanken erklären; denn dem griechischen Recht ist die Verknüpfung von Eigentumserwerb und Kaufpreiszahlung stets ge-  
läufig gewesen<sup>23</sup>.

§ 72. Das justinianische Recht kannte nur noch eine Gestalt des abgeleiteten Eigentumserwerbs: die Tradition. Manzipation und *in iure cessio* sind in der justinianischen Gesetzgebung als unpraktisch gewordene Rechtsinstitute ausgemerzt worden (vgl. § 54, 5; § 55, 4).

Die Tradition aber betrachtete man als ein abstraktes Rechtsgeschäft, ohne daß man sich jedoch völlig von dem klassischen Vorstellungskreis zu lösen vermochte (s. o. § 71, 3a).

## B. Ursprünglicher Erwerb des Eigentums.

### 1. Die sogenannten natürlichen Erwerbsarten.

§ 73. 1. Wer eine herrenlose Sache in Besitz nahm mit dem Willen, sie sich anzueignen, erwarb sie durch diese Bemächtigung (*occupatio*) zu Eigentum (*res nullius cedit occupanti*; Gai. 2, 66ff.; Gai. D. 41, 1, 3). Als herrenlos galten:

a) Sachen, die bisher überhaupt nicht im Eigentum standen (Flor. D. 1, 8, 3). Dahin gehörten insbesondere auch wilde Tiere<sup>1</sup>, einschließlich der jagdbaren Tiere (Gai. D. 41, 1, 5, 1). Ein ausschließliches Aneignungsrecht am Wilde (Jagdrecht), sei es des Staates oder der Gemeinden, sei es der Grundeigentümer, war dem römischen Recht fremd.

b) Sachen, deren sich der bisherige Eigentümer durch Besitzaufgabe entäußert hatte (*res derelictae*; Ulp. D. 41, 7, 1)<sup>2</sup>. Im klassischen Recht dürfte allerdings vielleicht nur die Bemächtigung von *res nec mancipi* zu unmittelbarem Eigentumserwerb geführt haben; *res mancipi* wurden möglicherweise zunächst nur bonitarisch erworben und gelangten erst durch Ersitzung (*usucapio pro derelicto*; § 75, 3a) in das zivile Eigentum des Okkupanten<sup>3</sup>. Im justinianischen Recht dagegen bildete die *occupatio* in allen Fällen den unmittelbaren Erwerbsgrund, wenn es sich nur wirklich um eine vom Eigentümer aufgegebenen Sache handelte.

2. Durch Fund konnte Eigentum nur an einem Schatz (*thesaurus*) erworben werden, d. h. an einer Wertsache, die so lange verborgen gewesen war, daß sich ihr bisheriger Eigentümer nicht mehr ermitteln ließ. Nach einer Konstitution Kaiser Hadrians sollte das Eigentum zur Hälfte dem Finder zufallen, zur Hälfte dem Eigentümer des Grundstücks, in dem der Schatz gefunden worden war (I. 2, 1, 39). Gehörte das Grundstück dem Finder, so erwarb er demnach den Schatz allein. — Im übrigen aber konnte der Finder an einer vom Eigentümer verlorenen Sache auf keine

<sup>22</sup> Hierzu vgl. o. unter a) und die in Anm. 14 gegebenen Hinweise.

<sup>23</sup> Vgl. PRINGSHEIM: Kauf m. fremdem Geld 1ff. — Zweifellos ist SCHÖNBAUER: ZSt. 52, 203f., 249f. im Recht, wenn er darauf hinweist, daß das griechische Recht hinsichtlich der Rolle der Preiszahlung beim kaufweisen Erwerb kein einheitliches Bild bietet; doch dürfte die Lösung vom Prinzip des Barkaufs hier nie soweit gediehen sein wie im römischen Recht der klassischen Zeit.

<sup>1</sup> Sie waren aber auch dann herrenlos, wenn sie zwar früher einmal im Eigentum gestanden hatten, sich ihm aber durch Wiedererlangung der natürlichen Freiheit entzogen hatten.

<sup>2</sup> Nach der sabinianischen, von Julian gebilligten und im spätklassischen Recht herrschenden Lehre ging das Recht des bisherigen Eigentümers schon mit dem Entäußerungsakte unter; Proculus dagegen vertrat die Meinung, daß es bis zur Okkupation durch einen anderen fortbestehe: Proc. u. Iul. in D. 41, 7, 2, 1; Sab. u. Cass. in D. 47, 2, 43, 5.

<sup>3</sup> LEIST: Bonorum possessio I 269ff.; BONFANTE: Scr. giur. var. II 327ff., 343ff.; Corso dir. rom. II, 2, 192ff.; BESELER: ZSt. 45, 218f.; SIBER: Röm. R. II 93f.; MEYER-COLLINGS: Derelictio (Erlanger Diss. 1932, dazu KADEN: ZSt. 53, 612ff.). — Anderer Ansicht: BERGER: Bull. 32, 131ff. [und neuestens ROMANO: Studi sulla derelizione nel dir. rom., 1933]. Vgl. auch PEROZZI: Ist. I<sup>2</sup> 685, Anm. 2.

Weise Eigentum erwerben (Scaev. D. 6, 1, 67); auch ein Anspruch auf Finderlohn wurde nicht anerkannt (Ulp. D. 47, 2, 43, 9)<sup>4</sup>.

3. Natürliche Früchte (§ 47, 2) fielen grundsätzlich mit ihrer Trennung (*separatio*) von der Muttersache dem Eigentümer dieser Muttersache zu<sup>5</sup>. Doch konnten ihm andere Berechtigte vorgehen:

a) Der Erbpächter (§ 89) erwarb die Früchte ebenfalls mit der Trennung (Iul. D. 22, 1, 25, 1 a. E.).

b) In der Kaiserzeit wurde anerkannt, daß auch der gutgläubige Besitzer (§ 70, 3) auf diese Weise Eigentum an den Früchten erwerben<sup>6</sup>. Erst in nachklassischer Zeit<sup>7</sup> erlitt dieser Grundsatz dadurch eine Einschränkung, daß dem gutgläubigen Besitzer auferlegt wurde, die zur Zeit der Erhebung der Eigentumsklage noch nicht verbrauchten Früchte an den klagenden Eigentümer der Muttersache herauszugeben (Diocl. C. 3, 32, 22; vgl. Inst. 2, 1, 35; 4, 17, 2).

c) Der Nießbraucher, dem ein dingliches Recht auf die Fruchtziehung zustand (§ 84), erwarb die Früchte im allgemeinen, wenn er sie erntete oder sonst in Besitz nahm (durch Melken, Schafschur u. dgl.: *percipere*, Iul. in D. 7, 4, 13; vgl. D. 22, 1, 25, 1). Eine wirtschaftlich naheliegende Ausnahme galt vielleicht für Tierjunge: nach Gai. D. 22, 1, 28 pr. fielen sie sofort mit der Trennung vom Mutterleib in das Eigentum des Nießbrauchers<sup>8</sup>.

d) Kein originärer Erwerb war der Fruchterwerb des Pächters; er beruhte auf der im Pachtvertrag enthaltenen (schuldrechtlichen) Einigung des Verpächters und des Pächters, daß die Früchte des Pachtgegenstands dem Pächter zufallen sollten<sup>9</sup>. Sobald der Pächter dieser Abrede gemäß von den Früchten Besitz ergriff (*percipere*), erwarb er durch Übergabe (*traditio*, § 71, 3) Eigentum daran. Vereitelte der Verpächter die Besitzergreifung, so haftete er zwar dem Pächter aus dem Vertrage; die Früchte konnte der Pächter jedoch nicht gegen den Willen des Verpächters erwerben.

4. Wurde eine Sache durch Verbindung<sup>10</sup> mit einer anderen (*accessio*) deren Bestandteil, so verlor sie die Qualität eines selbständigen Rechtsobjekts (§ 47, 1a) und damit zugleich die Fähigkeit, weiterhin Gegenstand gesonderten Eigentums zu sein; es bestand nunmehr nur noch eine Sache und ein Eigentum. Indessen ging das Eigentum an dem Bestandteil grundsätzlich nicht ohne weiteres unter: es ruhte

<sup>4</sup> Die abweichenden Vorschriften des syr.-röm. Rechtsbuches R. I 54, 55c, R. II 148 haben offenbar keine römische Grundlage. Vgl. MITTEIS: Abh. d. Preuß. Akad. 1905, 41 ff. — Zum Schatzfund zuletzt ausführlich BONFANTE: Corso dir. rom. II 2, 95 ff.

<sup>5</sup> Das gleiche gilt von anderen Bestandteilen, die von einer Sache abgetrennt wurden, z. B. vom Baumaterial beim Abbruch eines Hauses.

<sup>6</sup> *Pro cultura et cura*. Doch kann der Grundsatz „wer säet, der mähet“ (vgl. auch Pomp. D. 22, 1, 45) keine allgemeine Geltung im römischen Recht beanspruchen.

<sup>7</sup> Vgl. ALIBRANDI: Opere I 319 ff.; CZYHLARZ: Eigentumserwerbsarten (bei GLÜCK: Komm. z. d. Pand. 41—42) I 571 ff.; PERNICE: Labeo II<sup>2</sup> 355 ff.; ALBERTARIO: Bull. 26, 247 ff. (hier 257 ff. weitere Lit.).

<sup>8</sup> Anders als hier PAMPALONI: Bull. 22, 135 ff., der das Prinzip des Erwerbs durch Perzeption überall für interpoliert und den Erwerb mit der Trennung für klassisches Recht erklärt (seiner Ansicht neigt auch BONFANTE zu, Corso dir. rom. II 2, 126). Umgekehrt wird D. 22, 1, 28 pr. für unecht gehalten von RICCOBONO (s. d. Referat von ZANZUCCHI: ZSSSt. 30, 511) und SIBER: Röm. R. II 80, Anm. 4. Eine Entwicklung innerhalb des klassischen Rechts vom Fruchterwerb durch Separation zum Erwerb durch Perzeption vermutet PEROZZI: Ist. I<sup>2</sup> 697, Anm. 5.

<sup>9</sup> Die gleichen Grundsätze galten, wenn der Eigentümer aus einem sonstigen Grunde (z. B. Schenkung) einem anderen „gestattet“ hatte, „sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile der Sache anzueignen“ (BGB § 956). Vgl. Pomp. D. 19, 5, 16 a. E.; Ulp. D. 39, 5, 6 (itp.).

<sup>10</sup> Vgl. bes. SOKOŁOWSKI: D. Philosophie i. Privatr. I 111 ff. (behandelt die Einflüsse der griechischen Philosophie; dazu HÄGERSTRÖM: D. röm. Obligationsbegr. I 259 f.); GUARNERI CITATI: Ann. Messina 1, 33 ff. (zeigt, daß das Eigentum an der Bestandteil gewordenen Sache nur ruht, nicht untergeht), gegen ihn RATTI: Studi Bonfante I 265 ff., Replik GUARNERI CITATI: in Ann. Macerata 5 und (mit umfassender Neuuntersuchung des Quellenmaterials) in Ann. Palermo 14, 227 ff. — Von neueren Gesamtdarstellungen s. bes. RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 442 f.; PEROZZI: Ist. I<sup>2</sup> 699 ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. II 2, 68 ff.

nur, solange sein Gegenstand Bestandteil der anderen Sache blieb; mit der Trennung trat es wieder voll in Kraft. Die Trennung aber konnte vermittelt einer persönlichen Klage (der *actio ad exhibendum*; § 163) vom Eigentümer der Gesamtsache gefordert werden; war die Trennung erfolgt, so unterlag der wieder zur selbständigen Sache gewordene Bestandteil der Eigentumsklage (*rei vindicatio*, § 78). Wo freilich eine Trennung nach den wirtschaftlichen und den (von der griechischen Philosophie beeinflussten) physikalisch-technischen Zeitanschauungen nicht mehr möglich war<sup>11</sup>, entfiel die darauf gerichtete *actio ad exhibendum*; dies bedeutet, daß in solchen Fällen das Eigentum an dem Bestandteil endgültig vernichtet war. Wer auf solche Weise sein Eigentum verloren hatte, besaß aber immer noch die Möglichkeit, sich gegen die ungerechtfertigte Bereicherung des anderen durch Einreden (*exceptio doli*, z. B. Gai. 2, 76—78) zu wahren oder sich durch persönliche Klagen schadlos zu halten, namentlich die ihm etwa zustehenden Deliktsansprüche wegen Entwendung seiner Sache geltend zu machen.

Die Anwendung dieser Grundsätze gestaltete sich in mancher Hinsicht verschieden bei der Verbindung von beweglichen Sachen mit einem Grundstück und bei der Verbindung von Mobilien untereinander:

a) Wenn bewegliche Sachen mit einem Grundstück verbunden wurden, erschien immer das Grundstück als die Hauptsache. Der Grundeigentümer erwarb darum das auf seinem Boden mit fremdem Material errichtete Gebäude (*superficies solo cedit*; Gai. 2, 73; D. 41, 1, 7, 13: Erwerb durch *inaedificatio*)<sup>12</sup>, und das Eigentum am Baumaterial wurde erst mit der Trennung vom Gebäude, insbesondere also beim Abbruch des Ganzen, wieder wirksam. Das Recht, diese Trennung zu verlangen, war jedoch aus naheliegenden volkswirtschaftlichen Gründen durch einen Zwölftafelsatz (tab. VI 7f.) ausgeschlossen; dafür hatte der Eigentümer entwendeten Baumaterials eine *actio de tigno iuncto* auf Erstattung des doppelten Wertes: Gai. D. 41, 1, 7, 10; Paul. D. 6, 1, 23, 6; Ulp. D. 47, 3, 1 pr.<sup>13</sup>. Wie das auf dem fremden Grundstück verbaute Material wurden auch fremde Saat und fremde Pflanzen, wenn sie im Grundstück Wurzel gefaßt hatten, Grundstücksbestandteile und insofern Gegenstand des Grundeigentums (Gai. 2, 73; D. 41, 1, 7, 13; Erwerb durch *satio* bzw. *inplantatio*).

b) Soweit es sich um eine Verbindung von Mobilien handelte, war die wesentlichste Frage, welche Sache als Hauptsache das rechtliche Schicksal der Gesamtsache bestimmte. Nach römischer Auffassung war dies grundsätzlich diejenige Sache, die in unverbundenem Zustand dem äußeren Wesen der neuen Gesamtsache am nächsten kam<sup>14</sup>. Darum folgte der Färbstoff der Wolle, der Edelstein dem Geschmeide, die Schrift dem Papier (*charta, membrana*; Gai. 2, 77; D. 41, 1, 9, 1). Eine Ausnahme von dieser Regel nahmen manche Juristen für den Fall der Bemalung einer fremden Tafel<sup>15</sup> an, indem sie hier den Maler und nicht den Eigentümer der Tafel das Bild zu Eigentum erwerben ließen; andere hielten auch in diesem Fall an dem Prinzip fest. Justinian entschied sich für die erste Meinung (Gai. 2, 78; D. 41, 1, 9, 2; Paul. D. 6, 1, 23, 3; I. 2, 1, 34).

5. Waren bewegliche Sachen verschiedener Eigentümer miteinander vermischt oder vermengt<sup>16</sup>, z. B. Wein mit Verschnittwein aufgefüllt, Metalle zusammen-

<sup>11</sup> Vgl. bes. Paul. D. 6, 1, 23, 5: teilw. itp., s. zuletzt eingehend GUARNERI CITATI: Ann. Messina 1, 126ff.; Ann. Palermo 14 passim. (vgl. d. Quellenindex).

<sup>12</sup> Hierzu RICCOBONO: Ann. Palermo 3/4, 463ff.; GUARNERI CITATI: Ann. Palermo 14, 315ff.

<sup>13</sup> MONIER: Le tignum iunctum (Thèse Paris 1922); LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 330ff.; bei ihnen weitere Lit.

<sup>14</sup> Serv. in D. 41, 1, 26 pr.; Gai. 2, 77; Flor. D. 34, 2, 29, 1; Ulp. ebd. 19, 13ff.; Paul. D. 6, 1, 23, 2—5; D. 10, 4, 6.

<sup>15</sup> Der moderne Betrachter sieht diesen und andere verwandte Tatbestände nicht unter dem Gesichtspunkt der Verbindung, sondern unter dem der Verarbeitung (s. u. Ziff. 7), weil ihm nicht die Verbindung der Farbe mit der Tafel, sondern die künstlerische Gestaltung durch den Maler als das Wesentliche erscheint.

<sup>16</sup> Hierzu s. PAMPALONI: Bull. 37, 33ff.



geschmolzen (legiert), Getreidehaufen zusammengeschüttet worden (*commixtio, confusio*), so galten folgende Grundsätze:

a) Soweit Aussonderung (z. B. Scheidung der Metalle) möglich war, konnte sie auch hier verlangt werden (*actio ad exhibendum*, bzw. *rei vindicatio*) (Call. D. 41, 1, 12, 1; vgl. Pomp. in D. 6, 1, 5, 1).

b) War sie nicht durchführbar oder wurde sie nicht gefordert, so entstand, wenn die Vermischung mit dem Willen der Einzeleigentümer erfolgt war, Miteigentum, das dann wieder mit der *actio communi dividundo* (§ 67, 2 a. E.; § 156) aufgeteilt werden konnte (Pomp. D. 6, 1, 5 pr.; Gai. D. 41, 1, 7, 8). Andernfalls trat kein Miteigentum ein. Vielmehr gehörte jedem von Rechts wegen das, was vor der Vermischung sein Eigentum gewesen war, und da der einzelne nicht mehr imstande war, das Seine genau zu bezeichnen, so mußte er, wenn er es fordern wollte, sich darauf beschränken, einen entsprechenden Teil der Gesamtmasse als sein Eigentum in Anspruch zu nehmen (*pro parte vindicare*: Pomp. D. 6, 1, 3, 2; I. 2, 1, 27f.)<sup>17</sup>.

c) Geldstücke, die mit dem Geld eines anderen Eigentümers ununterscheidbar<sup>18</sup> vermischt wurden, gingen damit in dessen Eigentum über (Cass. in D. 46, 3, 78). Bestand ein Anspruch auf Rückgabe, so konnte er nur auf den entsprechenden Betrag, nicht auf die Münzen als solche gerichtet werden.

6. Den Tatbeständen der Vermischung verwandt sind die Fälle des sog. Uferrechts. Grenzte ein Grundstück an einen öffentlichen Fluß<sup>19</sup>, so erstreckte sich das Eigentum daran auch auf das durch allmähliche Anschwemmung (*alluvio*) neugebildete Land. Das vom Strom losgerissene und im Bereich eines anderen Grundeigentümers angelandete Erdreich (*avulsio*) wurde erst dann von diesem zu eigen erworben, wenn es mit dem Grund und Boden fest verwachsen war. Bildete sich im Fluß eine Insel (*insula in flumine nata*), so fiel sie in das Eigentum der Uferanlieger<sup>20</sup>; das gleiche galt für das verlassene Flußbett (*alveus derelictus*) (Gai. 2, 70ff.; D. 41, 1, 7, 1ff.).

7. Verarbeitung ist die Umgestaltung eines Stoffes (*materia*) derart, daß eine neue Sache daraus entsteht (*novam speciem facere*, davon *\*specificatio*); so z. B. wenn aus Trauben Wein gekeltert, aus Metall oder Holz ein Gefäß hergestellt wird. Unter den Juristen der Kaiserzeit bestand ein lebhafter Streit darüber, ob dem Bearbeiter eines fremden Stoffs oder dem Eigentümer des Stoffs das Eigentum an der neuen Sache zufalle. Die Sabinianer traten dafür ein, daß sich das Eigentum am Stoff auch auf die daraus hergestellte Sache erstrecke; die Prokulianer dagegen ließen den Verarbeitenden Eigentümer werden, indem sie die neue Sache streng von dem verarbeiteten Stoffe schieden und den Satz *res nullius cedit occupanti* zur Anwendung brachten<sup>21</sup>. Eine dritte Meinung unterschied, je nachdem, ob die neue Sache in die

<sup>17</sup> Der Richter fällt in diesem Fall nicht, wie bei der Teilungsklage, ein Gestaltungsurteil (*adjudicatio*, s. u. § 156, 1), sondern, wie im Gefolge einer gewöhnlichen Eigentumsklage, ein Leistungsurteil auf den Schätzwert des dem Kläger gehörenden Anteils.

<sup>18</sup> Solange noch Ausscheidung möglich war, blieb die (öfters in den Quellen erwähnte) *vindicatio nummorum* möglich, trat also ein Erwerb durch Vermischung nicht ein.

<sup>19</sup> Vgl. PAMPALONI: Studi Senesi 43, 214ff.

<sup>20</sup> Näheres über diesen Grundsatz, insbes. über die Art der Teilung, bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. I <sup>9</sup> 953ff. (§ 185); DERNBURG: Pand. I <sup>7</sup> 483ff. (§ 207); UBBELOHDE: Interd. z. Schutze d. Gemeingebrauchs 403ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 429ff. (hier auch die geschichtliche Entwicklung und das Recht der *agri limitati*).

<sup>21</sup> Über die Frage, ob dabei guter Glaube des Verarbeitenden erfordert wurde, s. Fulcinus D. 13, 1, 13; Iul. ebd. 14; Paul. D. 10, 4, 12, 3; D. 41, 3, 4, 20; Ulp. D. 47, 2, 52, 14. Vgl. WINDSCHEID-KIPP: Pand. I <sup>9</sup> 969 (§ 187, 3); BRINZ: Pand. I <sup>2</sup> 576ff.; VANGEROW: Pand. I <sup>7</sup> 566ff.; DERNBURG: Pand. I <sup>7</sup> 476 (§ 204, 10); CZYHLARZ: Eigentumserwerbsarten (bei GLÜCK: Komm. z. d. Pand. 40—41) I 324ff.; PERNICE: Labeo II <sup>2</sup> 320ff. — Daß übrigens die Juristen in der ganzen Lehre von der Spezifikation stark mit philosophischen Schulbegriffen arbeiteten (FISCHER, O.: Problem d. Identität, Breslauer Festg. f. Jhering 1892, 48ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 442ff.; SOKOLOWSKI: Philosophie i. Privatr. I 69ff.; HÄGERSTRÖM: D. röm. Obligationsbegr. I 244ff.; SCHNORE v. CAROLSFELD: Gesch. d. jur. Pers. I 123ff.), kann nicht wundernehmen: die Philosophie lieferte im Altertum wie in der Neuzeit die Denkformen.

alte Form zurückführbar war oder nicht: War die Rückverwandlung möglich (z. B. durch Einschmelzen des Metallgefäßes), so sollte die Verarbeitung das Recht des Stoffeigentümers nicht beeinträchtigen; im andern Falle sollte der Verarbeitende Eigentum erwerben. Dieser Ansicht hat sich Justinian angeschlossen (Gai. 2, 79; D. 41, 1, 7, 7 itp.; I. 2, 1, 25). Bezüglich der Ersatzansprüche des Eigentümers, der seinen Stoff eingebüßt hatte, galten die gleichen Grundsätze wie bei der Verbindung (Ziff. 4).

## 2. Ersitzung.

**§ 74. Wesen der Ersitzung.** Auch die Ersitzung vermittelt originären Eigentums-erwerb: Durch Zeitablauf wird der Besitzer einer Sache, der die faktische Stellung eines Eigentümers einnimmt, ohne es in Wahrheit zu sein, auch rechtlich zum Eigentümer. Die Ersitzung dient somit dem Ausgleich zwischen scheinbarer und wirklicher Rechtslage; sie ist gleich der Verjährung und der Unvordenklichkeit<sup>1</sup>, aber in vollkommenerem Maße als diese, eine Erscheinungsform der heilenden, d. h. das Tatsächliche sanktionierenden Wirkung des Zeitablaufs. Dem römischen Recht ist die Ersitzung schon zur Zeit des ältesten Zivilrechts bekannt gewesen. Die Folgezeit hat die zivilrechtliche Ersitzung (*usucapio*) in verschiedener Beziehung ausgebaut und daneben für die Rechtsverhältnisse an Provinzialgrundstücken eine besondere Ersitzungsform (*longi temporis praescriptio*) entwickelt. Die Verschmelzung der beiden Ersitzungsarten zu einem einheitlichen System hat erst das justinianische Recht gebracht.

**§ 75. Usucapio.** 1. Bereits die Zwölftafeln (tab. VI 3) enthielten die Vorschrift, daß Grundstücke nach zweijährigem, Mobilien nach einjährigem ununterbrochenen Eigenbesitz (*usus*) allein auf Grund des Besitztatbestands dem Besitzer zu eigen gehören sollten<sup>1</sup>, sodaß es nach Ablauf jener Fristen nicht mehr der Gewährleistung durch den Vorbesitzer bedurfte, wenn ein Dritter die Sache als sein Eigentum in Anspruch nahm. Ausgenommen waren lediglich entwendete Sachen (*res furtivae*); sie konnten weder von dem Dieb, noch von einem späteren Besitzer auf die geschilderte Weise eressen werden<sup>2</sup>. Diese Ausnahme wurde vermutlich in der ersten Hälfte

<sup>1</sup> Eine Verjährung im modernen Sinn einer Entkräftung des Anspruchs durch eine Einrede kannte das römische Recht nicht. Wohl aber waren zahlreiche Ansprüche namentlich des honorarischen Rechts befristet (*actiones temporales*); sie erloschen nach Ablauf einer bestimmten Zeit (vielfach nach einem Jahr). In nachklassischer Zeit begrenzte Theodosius II. die Wirksamkeit auch der bisher unbefristeten Klagen (*actiones perpetuae*) durch eine generelle Frist von dreißig Jahren (C. Th. 4, 14, 1 = C. 7, 39, 3, 424 n. Chr.). Schon vorher waren solche allgemeinen Klagbefristungen für das provinziiale Kognitionsverfahren (s. u. WENGER §§ 20 ff.) durch die Statthalteredikte eingeführt worden; vgl. Pap. Flor. I, Nr. 61, hierzu MITTEIS: ZSt. 27, 225 ff. — Unvordenklicher Bestand eines tatsächlichen Zustands begründete auch über den Wirkungsbereich der Ersitzung hinaus wenigstens eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit; die römischen Juristen haben dies namentlich im Bereich des Nachbarrechts ausgesprochen, vgl. Paul. D. 39, 3, 2 pr. u. 3; Scaev. eod. 26; s. auch § 86, 2c. Zu Verjährung, Unvordenklichkeit und allgemein zu den Wirkungen des Zeitablaufs s. SIBER: Röm. R. II 18 ff.

<sup>2</sup> Cic. top. 4, 23: *usus auctoritas fundi biennium est . . . ; ceterarum rerum omnium . . . annuus est usus*. Vgl. ferner Cic. pro Caec. 19, 54; Gai. 2, 42; 54. — Der genauere Sinn des in den Cicero-stellen wohl ziemlich treu wiedergegebenen Zwölftafeltextes ist bestritten; vgl. zuletzt DE VISSCHER: RH 4. Ser., 12, 617 ff. (mit weiteren Hinweisen). Meist nimmt man an, daß mit *auctoritas* die Garantie des Verkäufers gemeint sei, die mit dem Ablauf des zweijährigen (bzw. einjährigen) *usus* ihr Ende finde. Von dieser Auffassung, die er bekämpft, weicht auch DE VISSCHER selbst im Grunde nicht ab, wenn er übersetzt: Le régime de l'usus et de l'auctoritas dure deux ans pour les fonds de terre. Richtiger dürfte es sein, *auctoritas* als die durch den Zeitablauf begründete „Wirksamkeit“ des Besitzrechts zu verstehen (so HUEVELIN: Furtum 283 f.). Nur so gewinnt man ohne Unterstellung eines verwickelten Tatbestands (DE VISSCHER: 620 ff.) ein haltbares Verständnis der in u. Anm. 3 und Anm. 6 zit. Gesetzestexte. Für diese Deutung kann auch der Schlußsatz von Cic. pro Caec. 26, 74 angeführt werden; vgl. ferner Scaev. D. 39, 3, 26. — Über die Arbeit von DE VISSCHER s. auch § 54, Anm. 4.

<sup>2</sup> Gai. 2, 45; 49 ff. — Nach klassischem Recht war der Dieb bereits durch den Mangel des guten Glaubens (Ziff. 3 b) ausgeschlossen, vgl. Gai. 2, 49.

des zweiten Jahrhunderts v. Chr. durch eine *lex Atinia*<sup>3</sup> bestätigt, zugleich aber durch die Bestimmung eingeschränkt, daß der Mangel der Furtivität geheilt, die Ersitzung also wieder möglich sein solle, sobald die entwendete Sache einmal in die Hände des Bestohlenen, d. h., wie die spätere Auslegung annahm (Paul. D. 41, 3, 4, 6), des Eigentümers zurückgeleitet war. Den entwendeten Sachen wurden schließlich, zuerst durch die *lex Plautia de vi* (78—63 v. Chr.), die gewaltsam entzogenen Sachen gleichgestellt<sup>4</sup>. Auf diesen Grundlagen hat sich, zum erheblichen Teil wohl durch die Arbeit der römischen Jurisprudenz, das zivile Ersitzungsrecht der klassischen Zeit entwickelt, das sich der älteren Stufe gegenüber vor allem durch eine schärfere Erfassung der Ersitzungsvoraussetzungen auszeichnet: Das Erfordernis eines anerkannten Erwerbsgrundes (*iusta causa, iustus titulus*) dürfte erst von der spätrepublikanisch-frühklassischen Rechtswissenschaft formuliert, das des guten Glaubens (*bona fides*) erst zu ihrer Zeit geschaffen sein<sup>5</sup>.

2. Durch *usucapio* erwarb man ziviles Eigentum (*dominium ex iure Quiritium*, vgl. § 68, 1). Aus dieser Tatsache ergaben sich in verschiedener Hinsicht die Grenzen ihres Wirkungskreises: Als Objekt der *usucapio* kamen nur solche Sachen in Betracht, an denen quiritisches Eigentum möglich war, insbesondere also nicht Sachen, die überhaupt nicht eigentumsfähig waren (*res extra commercium*, § 46, 4), und Provinzialgrundstücke (§ 46, 5; § 68, 1). Personal war die *usucapio* grundsätzlich auf die römischen Bürger und die Latiner<sup>6</sup> beschränkt. Diese aber konnten durch *usucapio* zu zivilem Eigentum gelangen, sowohl, wenn sie zuvor lediglich gutgläubigen Eigenbesitz (*bonae fidei possessio*), wie auch, wenn sie bereits sog. prätorisches Eigentum (*in bonis habere*, vgl. § 68, 2) an der Sache innehatten. Im zweiten Falle handelte es sich nur um den Ausgleich einer regelmäßig auf mangelhafter Form des Erwerbsgeschäfts beruhenden formalen Unvollkommenheit der bisherigen Rechtsstellung (vgl. § 71, 3). Die Ersitzung durch den bloßen *bonae fidei possessor* dagegen bedeutete den Ausgleich eines dem Erwerbsgeschäft anhaftenden Rechtsmangels; sie trat vor allem dann ein, wenn der Besitzer die Sache auf Grund eines gültigen Rechtsgeschäfts von jemandem erworben hatte, der weder ziviles noch prätorisches Eigentum besaß und darum weder das eine noch das andere übertragen konnte (vgl. § 70, 3).

3. Abgesehen von der Ersitzbarkeit der Sache und den Voraussetzungen in der Person des Ersitzenden (Ziff. 2) bestanden für die *usucapio* zwei grundlegende Erfordernisse: ein objektives, der Titel, und ein subjektives, der gute Glaube<sup>7</sup>.

a) *Iustus titulus* oder *iusta causa usucapionis* war das Vorliegen eines von der Rechtsordnung anerkannten Erwerbsgrundes. Für den rechtsgeschäftlichen Erwerb dürften in dieser Hinsicht die gleichen Grundsätze gegolten haben wie bei der *traditio* (§ 71, 3a, bes. Anm. 9)<sup>8</sup>. Darüber hinaus aber gab es im Ersitzungsrecht auch

<sup>3</sup> Gell. 17,7: *quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto*. Über das Datum s. ROTONDI: *Leges publ. populi Rom.* 291; anders jetzt NAP: *Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis* 13, 173, der das Gesetz ins Jahr 240 setzt.

<sup>4</sup> Wiederholt durch die *lex Iulia de vi*; vgl. Gai. 2, 45; Iul. D. 41, 3, 33, 2.

<sup>5</sup> Vgl. zuletzt COLLINET: *Mélanges Fournier* 71 ff. und dazu LEVY: *ZSSSt.* 50, 646f. S. auch u. Anm. 7.

<sup>6</sup> Daß Ausländer nicht usukapieren konnten, besagt schon der Zwölftafelsatz *adversus hostem* (d. h. Ausländer) *aeterna auctoritas* (tab. III 7). Für die Latiner ist die Fähigkeit zu ersitzen (in klassischer Zeit) bezeugt durch Pap. fr. Vat. 259. Ob auch andere Peregrinen mit *commercium* ersitzen konnten, läßt sich nicht entscheiden.

<sup>7</sup> Als Einzelfälle einer Ersitzung, die weder guten Glauben noch einen Titel (im klassischen Sinn) voraussetzte, kannte noch Gaius (2, 59—61) die *usucapio pro herede* (§ 212, 2) und die *usureceptio*, d. h. die Rückersitzung einer zu treuen Händen übereigneten oder an den Staat verpfändeten Sache. Aus einer Zeit, in der das Erfordernis der *bona fides* noch nicht scharf erfaßt war, stammt auch die alte Schulregel *nemo sibi causam possessionis mutare potest*; s. z. B. Marcell. D. 41, 2, 19, 1; Paul. D. 41, 2, 3, 19. Vgl. PERNICE: *Labeo II* (1)<sup>2</sup> 425ff.; JHERING: *Besitzwille* 357ff.; SCHLOSSMANN: *ZSSSt.* 24, 13ff.; SIBER: *Röm. R.* II 85.

<sup>8</sup> Zu den auch bei der *traditio* anerkannten Erwerbsgründen kam hier als rechtsgeschäftliche *causa* noch das Vindikationsvermöchtis (§ 221, 3a; *titulus pro legato*, D. 41, 8; vgl. hierzu

originäre Erwerbsgründe, z. B. die Bemächtigung einer vom Nichteigentümer aufgegebenen Sache (*titulus pro derelicto*, vgl. § 73, 1 b)<sup>9</sup>.

b) Das Erfordernis des guten Glaubens (*bona fides*) bedeutete, daß der Ersitzer beim Erwerb seines Eigenbesitzes die redliche Überzeugung von dessen Rechtmäßigkeit gehabt haben mußte (§ 70, 3). Es schadete ihm nichts, wenn er etwa hinterher von dem Rechtsmangel erfuhr, er konnte die gutgläubig begonnene Ersitzung trotzdem zu Ende führen (*\*mala fides superveniens non nocet*). Erst das kirchliche Recht des Mittelalters hat das Erfordernis des guten Glaubens auf die ganze Ersitzungszeit erstreckt<sup>10</sup>.

4. Starb der Ersitzer, so ging die Ersitzungslage auf seinen Erben über (*successio in usucapionem*)<sup>11</sup>; insbesondere kam es auch weiterhin auf Titel und guten Glauben des Erblassers und nicht des Erben an (Paul. D. 41, 4, 2, 19; Iust. I. 2, 6, 12)<sup>12</sup>.

5. Verlor der Ersitzer im Laufe der Ersitzungszeit den Besitz der Sache, so trat eine Unterbrechung (*usurpatio*) der Ersitzung ein. Keine Unterbrechung der zivilen Ersitzung bildete dagegen die *litis contestatio* über die gegen den Ersitzer erhobene Eigentumsklage. Jedoch wurde, wenn der Richter der Vindikation stattgab, dem Beklagten die Herausgabe der Sache auferlegt und nötigenfalls die Verurteilung (in Geld) über ihn verhängt, ohne Rücksicht darauf, ob die Ersitzung sich nach der Litiskontestation vollendet hatte. Denn lediglich die zur Zeit des Prozeßbeginns bestehende Eigentumslage war für den Spruch des Richters maßgebend (Gai. D. 6, 1, 18 [tradere itp. für *mancipare*] und 20; Paul. u. Iul. D. 41, 4, 2, 21).

§ 76. *Longi temporis praescriptio*<sup>1</sup>. 1. Auf provinzialem Gebiet entwickelte sich in der Kaiserzeit ein Rechtsschutz langdauernden Besitzes, der als *exceptio* oder *praescriptio longae possessionis* oder *longi temporis* (*μακρᾶς νομῆς παραγραφή*) bezeichnet wurde. Er wird vorzugsweise auf kaiserliche Konstitutionen zurückgeführt — die älteste Quelle ist ein Reskript von Severus und Antoninus aus dem Jahre 199 n. Chr.<sup>2</sup> — und bezog sich zunächst offenbar nur auf Provinzialgrundstücke; in dieser Anwendung kam er Römern und Peregrinen zugute. Bald aber erscheint auch eine *longi temporis praescriptio* an beweglichen Sachen, hier allerdings lediglich als Recht der Peregrinen<sup>3</sup>.

2. Für die *longi temporis praescriptio* galten folgende Voraussetzungen:

a) Der Besitz mußte einen „gerechten Anfang“ haben (Paul. sent. 5, 2, 4: *iustum*

CIAPPELLONI: Studi Bonfante III 692ff., über die seinen Bemerkungen zugrundeliegende Auffassung des *senatus consultum Neronianum* s. u. § 221, Anm. 18). — Im übrigen zeigt sich im Bereich des Ersitzungsrechts mindestens seit Julian (b. Afric. D. 41, 4, 11; gegen ihn wohl Cels. D. 41, 3, 27) das Bestreben, an Stelle des wirklichen Erwerbsgeschäfts in gewissen Fällen die entschuldbare Annahme einer *iusta causa* seitens des Ersitzers als Ersitzungsgrundlage gelten zu lassen (sog. Putativtitel). Vgl. BESELER: ZSt. 45, 225 f. (hält den Putativtitel schlechthin für nachklassisch); SIBER: Röm. R. II 87f.; VOCI: Studi Ratti 369ff. (mit weiterer Lit.).

<sup>9</sup> Ein Sammeltitel für verschiedenartige anormale Tatbestände war offenbar der Titel *pro suo* (D. 41, 10).

<sup>10</sup> Innozenz III. c. 5 X, de praescriptionibus 2, 26. — In einem Sonderfalle allerdings, nämlich bei der *usucapio pro donato*, kannte vielleicht schon das klassische römische Recht den Satz, daß die Ersitzung durch nachträgliche Schlechtgläubigkeit unterbrochen werde; vgl. zuletzt LEVET: RH 4, Ser., 12, 1ff. (mit weiteren Literaturangaben).

<sup>11</sup> Vgl. ZANZUCCHI: Arch. giur. 72, 176ff.

<sup>12</sup> Dagegen wurde dem rechtsgeschäftlichen Erwerber der Sache die Besitzzeit des Vormannes in klassischer Zeit nicht angerechnet. Anders frühestens seit Severus und Caracalla, wahrscheinlich erst seit Justinian (*accessio temporis* wie beim Besitzschutz, s. o. § 66, 2 b).

<sup>1</sup> Grundlegend PARTSCH: Die *longi temporis praescriptio* 1906.

<sup>2</sup> BGU 267 = BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 87; Pap. Strassb. 22 = MITTEIS: Chrest. Nr. 374. Der letzten Urkunde folgt ein wichtiges Prozeßprotokoll vom Jahre 207. Ein anderes, leider sehr verstümmeltes Prozeßprotokoll, das die *longi temporis praescriptio* betrifft, im Amtstagebuch des Strategen von Ombos aus dem Jahre 232 n. Chr.: Pap. Paris 69 III 17ff. = WILCKEN: Chrest. Nr. 41.

<sup>3</sup> Antoninus (Caracalla) in D. 44, 3, 9. Für Römer galt auch in den Provinzen bei beweglichen Sachen die *usucapio*: Iust. C. 7, 31, 3, auch Pap. Strassb. 22, 31ff.

*initium possessionis*), d. h. ebenso wie die *usucapio* auf einem als *iusta causa* (*δικαία αἰτία*) anerkannten Erwerbsgrunde beruhen (§ 75, 3a).

b) Guter Glaube wird in unseren ältesten Quellen nicht als Erfordernis der *longi temporis praescriptio* genannt<sup>4</sup>, aber schon wenig später wird in kaiserlichen Reskripten (Gord. C. 5, 73, 1 vom Jahre 238 u. a.) die Rechtshilfe nur dem zugesprochen, der den Mangel des Rechts des Veräußerers nicht kannte, und in der Folgezeit erscheint die *bona fides* ganz regelmäßig ebenso unter den Erfordernissen der *longi temporis praescriptio* wie unter denen der *usucapio* (Diocl. u. Max. C. 7, 33, 2, 9, 10; C. 7, 35, 7 u. a.)<sup>5</sup>.

c) Die Zeit betrug unter Gegenwärtigen (*inter praesentes*) zehn, unter Abwesenden (*inter absentes*) zwanzig Jahre. Gegenwärtig waren Ersitzer und Eigentümer, wenn sie in derselben Gemeinde (*civitas, πόλις*), abwesend, wenn sie in verschiedenen Gemeinden ihren Wohnsitz hatten (vgl. Papyrus BGU 267). Justinian setzte, nachdem schon vorher Zweifel über den Bezirk bestanden hatten, die (kleinen) Provinzen seiner Zeit an die Stelle der Gemeinden (C. 7, 33, 12).

3. Durch Berufung auf seinen langdauernden Besitz<sup>6</sup> verweigerte der verklagte Besitzer dem klagenden Eigentümer, dessen Rechte er nicht bestreiten konnte, die Herausgabe der Sache. Die *praescriptio* hatte also im klassischen Recht, anders als die *usucapio* (§ 75, 2), zunächst nur die Funktion einer Anspruchsverwirkung. Doch wurde sie im Verlauf ihrer Entwicklung zu einer wirklich erwerbenden Ersitzung, der Präskribent also wie der Usukapient zum Eigentümer. Diese Wandlung war, wie uns Justinian versichert (C. 7, 39, 8 pr., vom Jahre 528), „bei richtiger Auslegung der älteren Gesetze“ schon vor seiner Zeit eingetreten. Das Nähere darüber ist unbekannt<sup>7</sup>.

4. Wie bei der *usucapio*, kam bei der *praescriptio longi temporis* die Ersitzungszeit des Erblassers dem Erben zugute. Außerdem aber konnte sich hier der Besitzer wahrscheinlich schon in spätklassischer Zeit auch auf die Ersitzungszeit des Vormannes berufen, von dem er die Sache in gutem Glauben und aus anerkanntem Erwerbsgrund im Wege der Sondernachfolge erworben hatte (*accessio temporis*)<sup>8</sup>.

5. Unterbrochen wurde die *longi temporis praescriptio* nicht nur wie die *usucapio*

<sup>4</sup> PARTSCH: (s. o. Anm. 1) 8ff., 147ff. hat diesen Punkt besonders hervorgehoben. MITTEIS (Pap. Strassb. I 86; Grundzüge d. Papyrusk. 286f.) und ihm folgend WENGER (ZSSt. 27, 374f.) sind auf Grund des Protokolls in Pap. Strassb. 22, 20f. *ἔχοντός τινος ἀφορμὴν καὶ βραχέϊαν δικαίαν κατοχῆς* der Meinung, daß unter dem „gerechten“ Besitzer der in gutem Glauben erworbene Besitz zu verstehen sei und daß, da die *δικαία αἰτία* schon im Reskript des Severus (ebd. 3f.), also in unserer ältesten Quelle gefordert wird, der gute Glaube von jeher zu den Voraussetzungen der *longi temporis praescriptio* gehört habe. Doch ist zu beachten, daß die fragliche Wendung in dem vor dem Statthalter schwebenden Prozeß sich auf eine im Protokoll erwähnte Frau (Z. 15) bezieht, die vor vierzehn Jahren den Besitz erworben hatte, daß diese Frau aber nicht Partei in dem gegenwärtigen Prozeß ist (vgl. Z. 11f.). Nach JÖRS ist der Sinn der Worte folgender: wenn ein *iustum initium* vorliegt, mag es auch noch so kurz sein, so ist, wenn ein anderer in die Rechtsstellung des ersten Besitzers eintritt (vgl. Ziff. 4), die *longi temporis praescriptio* wirksam, vorausgesetzt, daß der vermeintliche Eigentümer geschwiegen, d. h. sie nicht unterbrochen hat (vgl. Ziff. 5).

<sup>5</sup> Auch wenn also die *longi temporis praescriptio* keine Nachbildung der römischen *usucapio* darstellt, wenn man sie mit PARTSCH: (s. o. Anm. 1) 118ff. aus dem griechischen Beweisrecht herleiten darf, so begann doch früh eine Annäherung an die *usucapio*. Vergleiche zwischen beiden Instituten finden sich schon bei den Klassikern (z. B. Ulp. D. 44, 3, 5 pr.). Mehr und mehr trat das, was ihnen gemeinsam war, in den Vordergrund und führte dann zu ihrer Ausgleichung (§ 77).

<sup>6</sup> Über die formelle Behandlung s. PARTSCH: (s. o. Anm. 1) 66ff.

<sup>7</sup> Auch die Strassburger Ulpianfragmente bringen nicht die erhoffte Lösung der Frage. Die hier (§ 5) erwähnte *formula in factum concepta* bezieht sich nicht auf die *longi temporis praescriptio*; vgl. LENEL: ZSSt. 27, 71ff. (gegen Sb. Berlin 1904, 1168ff.; ZSSt. 25, 370ff.; PARTSCH: *Longi temporis praescriptio* 87ff.).

<sup>8</sup> Es ist naheliegend (vgl. das Vorangehende), daß sich das in I. 2, 6, 12 erwähnte Reskript von Severus und Caracalla auf die *longi temporis praescriptio* (und nicht auf die *usucapio*) bezog. Bei dem ursprünglichen Charakter der *longi temporis praescriptio* als Anspruchsverwirkung (s. Ziff. 3) lag die Zulassung der *accessio temporis* ungleich näher als bei der *usucapio*. (Vgl. zu dieser § 75, Anm. 12).

durch den Verlust des Besitzes der Sache, sondern namentlich auch durch den Prozeß<sup>9</sup> des berechtigten Eigentümers gegenüber dem Besitzer. Gerade dadurch erhielt die *longi temporis praescriptio* ihr eigenartiges Gepräge. Der Eigentümer, der einen seinem Recht widersprechenden Zustand zehn bzw. zwanzig Jahre unangefochten<sup>10</sup> hatte bestehen lassen, mußte ihn in Zukunft gelten lassen: er hatte sich seines Rechts „verschwiegen“.

**§ 77. Die Ersitzung des justinianischen Rechts.** 1. Mit dem Verschwinden der formalen Übereignungsgeschäfte (vgl. § 72, 1) war im justinianischen Recht die *usucapio* des bonitarischen Eigentümers weggefallen und nur die des *bonae fidei possessor* übriggeblieben.

2. Durch eine Konstitution vom Jahr 531 (C. 7, 31) verschmolz Justinian die *usucapio*, die stets erwerbende Verjährung gewesen war, mit der *longi temporis praescriptio*, der er schon in einem Gesetz vom Jahr 528 den gleichen Charakter zuerkannt hatte (C. 7, 39, 8 pr.; vgl. § 76, 3), zu einer einheitlichen, der sog. ordentlichen Ersitzung. Wer seinen Titel darlegen konnte, sollte, wenn er beim Erwerb guten Glaubens gewesen war, in allen Fällen durch den Zeitablauf zum Eigentümer werden. Indem der Kaiser zugleich den Unterschied zwischen *ager Italicus* und *ager provincialis* aufhob (C. 7, 31 pr.; vgl. § 75, 2), bestimmte er, daß die Ersitzungszeit bei allen Grundstücken (jetzt als *longi temporis praescriptio* bezeichnet) zehn Jahre *inter praesentes*, zwanzig Jahre *inter absentes* (§ 76, 2c), bei beweglichen Sachen (jetzt *usucapio*) dagegen drei Jahre betragen sollte. — Im Sinn dieser einheitlichen Ersitzung wurden unzählige Stellen in den Digesten und im Kodex interpoliert; namentlich wurde bei Grundstücken *usu capere* durch *per longum tempus capere* (oder ähnlich) ersetzt. An einer wichtigen Stelle freilich ist es den Kompilatoren entgangen, daß sie widersprechendes Recht der *usucapio* und der *longi temporis praescriptio* aufgenommen haben: entsprechend dem klassischen Recht ist nämlich in den justinianischen Rechtsbüchern zu lesen, daß zwar die *longi temporis praescriptio* (§ 76, 5), nicht aber die *usucapio* (§ 75, 5) durch *litis contestatio* unterbrochen werde, eine Verschiedenheit, die für die einheitliche Ersitzung Justinians nicht mehr paßt<sup>1</sup>.

3. Auch der Verjährung der Eigentumsklage, die sich seit Theodosius II. regelmäßig in dreißig Jahren vollendete<sup>2</sup>, verlieh Justinian, und zwar schon vor der Neuordnung der ordentlichen Ersitzung (C. 7, 39, 8, 1, 528 n. Chr.), erwerbende Wirkung. Der Präskribent, der an und für sich nur den Anspruch des Eigentümers abweisen konnte, wurde für berechtigt erklärt, die Sache zu vindizieren, wenn sie ihm nach Ablauf der Verjährung abhanden gekommen war: er wurde also als Eigentümer anerkannt. Für diese Ersitzung, die man heute als außerordentliche Ersitzung (*\*praescriptio longissimi temporis*) zu bezeichnen pflegt, wurde nur Erwerb der Sache in gutem Glauben, nicht dagegen der Nachweis eines Titels gefordert<sup>3</sup>. Im übrigen waren für sie die Voraussetzungen der Klagverjährung maßgebend.

### III. Schutz des Eigentums.

**§ 78. Rei vindicatio.** 1. Mit der *rei vindicatio*<sup>1</sup> konnte der nicht besitzende zivile Eigentümer gegenüber dem besitzenden Niechteigentümer die gerichtliche Fest-

<sup>9</sup> Vgl. PARTSCH: *Longi temporis praescr.* 40ff.

<sup>10</sup> *Ἄνευ τινὸς ἀμφισβήτησε*; BGU 267; *sine aliqua interpellatione*, Severus u. Antoninus C. 7, 33, 1, vgl. Paul. sent. 5, 2, 4f. — Über die mit der *longi temporis praescriptio* aufs engste zusammenhängende allgemeine Klagverjährung s. o. § 74, Anm. 1.

<sup>1</sup> Keine Pandektenharmonistik vermochte den Widerspruch aus den Quellen zu schaffen. Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: *Pand. I* <sup>9</sup> 928 (§ 180, 7).

<sup>2</sup> Hierzu s. o. § 74, Anm. 1.

<sup>3</sup> C. 7, 39, 8, 1: *si quidem bona fide ab initio rem tenuit*. Vom Titel ist in § 1 bei der *exceptio triginta annorum* nicht die Rede. Anders im pr., das die ordentliche Ersitzung (*exceptio longi temporis*) betrifft.

<sup>1</sup> Die Bezeichnung *rei vindicatio* stammt von der prozessualen Gestalt der Eigentumsklage im ältesten sog. Legisaktionenverfahren. Hier mußten die Parteien in formeller Rede und Gegen-

stellung seines Rechts und auf ihrer Grundlage die Herausgabe der Sache oder die Zahlung ihres Wertes betreiben. Ihre Geltendmachung beruhte nicht auf einem Anspruch des Eigentümers gegen die Person des Besitzers, sondern ausschließlich auf seiner rechtlichen Herrschaft über die Sache. Darum war der Besitzer nur insoweit der rechte Beklagte, als er das Eigentum des Klägers bestritt, und nur solange, als er die Sache besaß. Indem so der Gedanke der Sachverfolgung<sup>2</sup> die Gestaltung der Eigentumsklage beherrscht, tritt der Gegensatz von dinglichen und obligatorischen Rechten im römischen Recht besonders scharf hervor.

2. Das Moment der Sachverfolgung zeigt sich deutlich in der Prozeßformel der klassischen *rei vindicatio*, der sog. *formula petitoria*: *Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> esse neque is fundus A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> restituetur, quanti is fundus erit, tantam pecuniam iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnato; si non paret, absoluto*<sup>3</sup>. Hier ist in der sog. *intentio* (*Si paret — fundus erit*), in der Voraussetzung und Umfang des geltend gemachten Rechts gekennzeichnet werden, die Person des Besitzers (*N. N.*) überhaupt nicht genannt, vielmehr lediglich die Eigentumsbehauptung des Klägers (*A. A.*) umschrieben<sup>4</sup>. Erst in der *condemnatio* (*tantam — condemnato*) erscheint der Besitzer als derjenige, gegen den das Urteil ergehen muß, wenn sich das vom Kläger geltend gemachte Eigentumsrecht als tatsächlich vorhanden erweist. Erst dadurch, daß er sich auf einen Streit über die in der *intentio* formulierte Rechtsbehauptung des Klägers einläßt, m.a.W. erst mit dem Abschluß des Streitvertrags (*litis contestatio*), erwächst also ein Anspruch gegen den Besitzer (vgl. § 48, 3).

3. Die grundsätzliche Regelung der Aktiv- und Passivlegitimation, d.h. die grundsätzliche Beantwortung der Frage, wer der rechte Kläger und der rechte Beklagte bei der *rei vindicatio* war, ergibt sich bereits aus dem Gesagten: Klagen konnte nur der nicht besitzende, nicht auch der besitzende Eigentümer<sup>5</sup>; verklagt werden nur derjenige Besitzer, der dem Eigentümer sein Recht an der Sache bestritt. Das letzte bedarf indessen noch näherer Erläuterung.

a) Im Prozeß der ältesten Zeit, im sog. Legisaktionsverfahren, mußte der Beklagte der Eigentumsbehauptung des Klägers auch seinerseits eine Eigentumsbehauptung entgegensetzen, wenn es zum Rechtsstreit kommen sollte: dieser älteste Eigentumsprozeß war also ein Streit zweier Eigentumsprätendenten<sup>6</sup>. Anders seit dem Aufkommen der Schriftformel (*formula petitoria*, s. Ziff. 2); nunmehr genügte es, wenn der Beklagte das Recht des Klägers bestritt, ohne es für sich in Anspruch zu nehmen. Somit war nicht mehr nur der Eigenbesitzer passivlegitimiert. In welchem Umfang aber Fremdbesitzer Partei im Eigentumsstreit sein konnten, war in klassischer Zeit bestritten. Eine ältere Meinung ließ nur den interdiktisch geschützten (sog. juristischen) Besitzer zu, schloß also bloße Detentoren, z.B. Mieter,

rede die streitige Sache als ihr Eigentum in Anspruch nehmen (*vindicare*); vgl. Gai. 4, 16ff.; Cic. pro Muren. 12, 26; s. auch u. Ziff. 3a; das Nähere gehört in die Darstellung des Zivilprozesses, s. u. WENGER § 8.

<sup>2</sup> WLASSAK: RE 1, 314; ZSSt. 25, 153; 42, 420.

<sup>3</sup> Cic. in Verr. II 2, 31; Gai. 4, 51; 92; vgl. LENEL: Ed. perp. § 69. — Neben dem Verfahren auf Grund der *formula petitoria* steht im klassischen Recht noch eine andere Form des Eigentumsstreits, das sog. *agere per sponsonem*; hierbei forderte der Kläger den Besitzer zu dem Versprechen einer Wettsomme heraus für den Fall, daß sich das Recht des Klägers erweisen sollte. Über diese Wette wurde dann prozessiert, vgl. Gai. 4, 91; 93f.

<sup>4</sup> Die in die *intentio* eingefügte Restitutionsklausel (*neque — restituetur*) bleibt hier außer Betracht; über sie u. Ziff. 4, bes. Anm. 15.

<sup>5</sup> Auch nicht der durch Vermittlung eines Detentors (eines Mieters, Pächters usw.) besitzende Eigentümer, vgl. § 64, 2 b u. 1, bes. Anm. 3. — In einem Fall soll jedoch nach einer rätselhaften, viel behandelten Stelle der justinianischen Institutionen (4, 6, 2) auch der besitzende Eigentümer zur *rei vindicatio* legitimiert gewesen sein. Über diesen „*unus casus*“ zuletzt SIBER: Röm. R. II 96 (mit Lit.).

<sup>6</sup> Vgl. o. Anm. 1. — Unterblieb die Eigentumsbehauptung des Beklagten, so überwies der Prätor die streitige Sache dem Kläger; hierauf beruht die Übereignungsform der *in iure cessio*, vgl. § 55, 1.

Pächter, Verwahrer und Entleiher, vom Eigentumsprozeß aus. Später erkannte man auch ihnen die Passivlegitimation zu, soweit sie zur Herausgabe imstande waren und sofern sie nicht ihren Besitz vom klagenden Eigentümer selbst, sondern von einem Dritten herleiteten<sup>7</sup>. Schließlich gestattete ihnen ein Gesetz Konstantins (C. 3, 19, 2), den Rechtsstreit durch Benennung dieses Dritten (ihres Vermieters, Verpächters usw.) auf ihn abzuwälzen<sup>8</sup>.

b) Für die *rei vindicatio* galt im klassischen Recht, wie für die anderen dinglichen Klagen, der Grundsatz, daß niemand zur Verteidigung der vom Kläger in Anspruch genommenen Sache verpflichtet sei (Einlassungsfreiheit)<sup>9</sup>. Freilich konnte der Beklagte, der die Einlassung in den Rechtsstreit verweigerte, dem Kläger nicht weiter den Besitz der Sache vorenthalten. Bei Grundstücken stand diesem ein eigenes *interdictum quem fundum* zur Verfügung, durch das der Prätor dem Besitzer die Herausgabe aufgab (Ulp. inst. fr. Vind. 4). Bei beweglichen Sachen genügte ein einfacher Befehl des Magistrats an den Beklagten, die Abführung der Sache durch den Kläger zu dulden (Ulp. D. 2, 3, 1, 1: *duci vel ferri pati*). Das setzte natürlich voraus, daß die Sache vor Gericht (*in iure*) gegenwärtig war. Um ihre Vorführung zu erreichen, hatte der Kläger die *actio ad exhibendum* (§ 163), der der Beklagte, da sie einen persönlichen Anspruch geltend machte, nicht ausweichen konnte (vgl. Plin. ep. 5, 10)<sup>10</sup>. — Auch im justinianischen Recht galt noch der Satz, daß der Beklagte nicht zur Verteidigung verpflichtet sei: die maßgebenden Stellen wurden in das *corpus iuris* aufgenommen (vgl. Anm. 9). Aber sie hatten jetzt eine ganz andere Bedeutung. Wenn der Beklagte, der seinen Besitz zugab, die Einlassung in die Vindikation ablehnte und dem richterlichen Befehl zur Herausgabe nicht Folge leistete, so wurde sie durch amtliche Vollstreckung (*manu militari*: D. 6, 1, 68, itp.) erzwungen und die Sache dem Kläger überantwortet. Stellte aber der Beklagte den Besitz in Abrede, so wurde der Kläger zum Beweise zugelassen, und es wurde, wenn ihm der Beweis gelang, die amtliche Vollstreckung in gleicher Weise durchgeführt, ohne daß der Kläger sein Eigentum zu beweisen brauchte (D. 6, 1, 80, von *quia licet an itp.*)<sup>11</sup>.

c) Nahm der Beklagte die Verteidigung der Sache auf, so konnte er immer noch das Eigentum des Klägers an ihr bestreiten. Dadurch nötigte er den Kläger zum Beweise: dieser mußte nunmehr dartun, daß er Eigentümer geworden war, sei es durch ursprünglichen, sei es durch abgeleiteten Erwerb. In der Praxis überwogen natürlich damals wie heute die Fälle des abgeleiteten Erwerbs. Da nun nach römischem Recht nur vom Eigentümer Eigentum erworben werden konnte (§ 70, 3), so mußte der Kläger auch das Eigentum seines Rechtsvorgängers dartun (nötigenfalls auch dessen Erwerb von einem Eigentümer usw.).

d) Die dem klassischen Recht eigentümliche Beschränkung der Passivlegitimation auf den Besitzer wurde im justinianischen Recht für gewisse Fälle durchbrochen. Wie die inhaltliche Umdeutung der Einlassungsfreiheit (s. o. b), bedeutete auch

<sup>7</sup> Zum Voraufgehenden vgl. Ulp. D. 6, 1, 9. Als Vertreter der älteren Meinung wird Pegasus genannt (s. § 18, Anm. 5); die jüngere vertritt Ulpian selbst. Diesen Kern der Stelle als unecht anzufechten, liegt kein ausreichender Grund vor. Vgl. im übrigen zur Kritik der Stelle: SIBER: Passivlegitimation b. d. rei vindicatio 26ff.; SECKEL b. HEUMANN: Handlex. <sup>9</sup> 626 (s. v. *vindicare*); KÜBLER: ZSt. 29, 484ff.; LENEL: Grünhuts Z. 37, 539ff.; BESELER: Beitr. I 20; II 5f., 135.

<sup>8</sup> Über diese *nominatio auctoris*: WINDSCHEID-KIPP: Pand. I <sup>9</sup> 1002 (§ 196, 6); VANGEROW: Pand. I <sup>7</sup> 646f.; WETZEL: Zivilprozeß <sup>3</sup> 54ff.; WENGER: Inst. d. röm. Zivilpr. 83.

<sup>9</sup> Zum Folgenden: WLASSAK: ZSt. 25, 121ff., 141ff.; 42, 419ff.; LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 136, 474f.; Grünhuts Z. 37, 515ff.; ZSt. 37, 116ff.; BESELER: Beitr. I 10ff., II 128ff.; KOSCHAKER: ZSt. 37, 357ff.; BERGER: RE 9, 1660f.

<sup>10</sup> Die Frage, ob die Vorführung notwendige Voraussetzung für jede Vindikation war (BESELER), oder ob sie erst und nur dann Platz griff, wenn der Beklagte die Einlassung verweigerte (LENEL), muß hier dahingestellt bleiben.

<sup>11</sup> Hierüber grundlegend WLASSAK: ZSt. 25, 143f.



diese Veränderung eine Abschwächung des klassischen Prinzips der reinen Sachverfolgung durch die Aufnahme von Elementen persönlicher Haftung. Es handelt sich um die Tatbestände der sog. \**possessio ficta*<sup>12</sup>: der frühere Besitzer, der sich des Besitzes vorsätzlich (durch Veräußern, Zerstören od. dgl.) entledigt hatte<sup>13</sup>, konnte nunmehr wie ein wirklicher Besitzer belangt werden. Wie er wurde auch der Nichtbesitzer behandelt, der sich den Anschein gab, als besäße er, und so den Prozeß mit dem Eigentümer auf sich nahm<sup>14</sup>.

4. Das Ziel der *rei vindicatio*, d. h. der Inhalt des aus der *litis contestatio* erwachsenden Anspruchs gegen den beklagten Besitzer (Ziff. 2), war die Herstellung (*restitutio*) des dem Recht des Klägers entsprechenden Zustandes: vor allem also die Herausgabe seiner Sache mit Früchten und Zuwachs, ferner der Ersatz des nach dem Prozeßbeginn (d. h. nach der *litis contestatio*) entstandenen Schadens durch Untergang, Beschädigung oder Verschlechterung der Sache, nötigenfalls auch die Sicherheitsleistung (*cautio*) für künftige Herausgabe oder Schadloshaltung usw. Andererseits waren Verwendungen (*impensae*) zu vergüten, die der Besitzer auf die Sache gemacht hatte<sup>15</sup>. Indessen wurde die *rei vindicatio* des klassischen Rechts ihrem Herstellungsziele nur mittelbar gerecht, da der römische Formularprozeß nur eine Verurteilung zu einer Geldleistung zuließ (*condemnatio pecuniaria*, vgl. § 106, 2a), der Richter also auch im Falle der Eigentumsklage niemals auf Herausgabe der streitigen Sache erkennen konnte. Immerhin konnte er dem Beklagten nahelegen, sich durch Herausgabe der Verurteilung und ihren Folgen zu entziehen. Der Wirklichung dieser Möglichkeit diente die in der *formula petitoria* enthaltene sog. Restitutionsklausel (*clausula arbitraria*, s. o. Ziff. 2: *neque—restituatur*)<sup>16</sup>. Auf Grund der in ihr enthaltenen Anweisung stellte der Richter nach Klärung der Rechtslage zunächst das Eigentum des Klägers fest (*pronuntiatio*) und gab dem Beklagten anheim, seine Herstellungspflicht *in natura* zu erfüllen oder doch für ihre Erfüllung Sicherheit zu leisten. Entsprach dem der Beklagte, so war dem Recht des Klägers Genüge geschehen, und es erfolgte Freisprechung. Verweigerte er dagegen die Herstellung, so wurde er auf den Wert der Sache nebst Nebenleistungen verurteilt; und zwar wurde dieser Wert durch eine eidliche Schätzung des Klägers ermittelt (*ius iurandum in litem, litis aestimatio*), also in einer für den Beklagten ungünstigen Weise. Die streitige Sache aber war für den Kläger, wenn auch um einen guten Preis,

<sup>12</sup> Justinianischer Ursprung der Passivlegitimation des *fictus possessor* wird heute von der weitaus herrschenden Meinung angenommen; s. die Nachweisungen bei HERDLITZKA: ZSSt. 49, 275, Anm. 1. — Vgl. jedoch u. Anm. 14.

<sup>13</sup> *Qui dolo fecit quominus possident, qui dolo desiit possidere*; D. 6, 1, 27, 3 itp.

<sup>14</sup> *Qui se liti obtulit*, vgl. Cels. D. 5, 3, 45, ders. zit. in D. 5, 3, 13, 13. — Eine neuere Meinung (MARIA: Etudes Girard II 237 ff.; KASER: ZSSt. 51, 98 ff.) nimmt wahrscheinlich mit Recht an, daß schon die Prokulianer der früh- und hochklassischen Zeit den Nichtbesitzer der Verurteilung unterwarfen, wenn er erst einmal die *litis contestatio* mit dem Eigentümer vollzogen hatte; grundsätzlich sei jedoch *in iure*, also vor der Litiskontestation der Besitz des Beklagten geprüft worden. Danach hätte Justinian diese ältere, von der sabinianischen Lehre überwundene Ansicht wieder hervorgezogen und verallgemeinert; in D. 5, 3, 45 könnte somit der ganze Anfangssatz als echt angesehen werden (Celsus war Prokulianer, § 18, Anm. 5).

<sup>15</sup> Hiermit sind nur die Gesichtspunkte angedeutet. Auf die Voraussetzungen, das Maß und überhaupt auf die Einzelheiten der für das klassische Recht z. T. noch umstrittenen Ersatz- und Erstattungspflichten kann hier nicht eingegangen werden. Hierüber vgl. VANGEROW: Pand. I 7 653 ff.; WINDSCHEID-KIPP: Pand. I 9 628 ff. (§ 124), 986 ff. (§ 193—5); PERNICE: Laboe II, 1 2, 347 ff., 380 ff.; PETRAZYCKI: Lehre v. Einkommen I 133 ff., 150 ff.; EISELE: Arch. ziv. Pr. 66, 1 ff.; SBER: Passivlegitimation z. rei vind. 202 ff.; SCHULZ: ZSSt. 32, 81 ff.; LEVY: ZSSt. 36, 55 ff.; RICCOBONO: Ann. Palermo 3—4, 179 ff.; KASER: ZSSt. 51, 109 ff.; Restituere als Prozeßgegenstand (Münchener Beitr. z. Papyrusforsch. u. ant. Rechtsgesch. 16) 6 ff., 68 ff., 99 ff. Über die Sicherheitsleistung: BRINZ: Pand. I 2 663; LEVY: ZSSt. 36, 58 f.; 42, 489, 495.

<sup>16</sup> Der Wortlaut der Restitutionsklausel ist bestritten, insbes. ob sie die Worte *arbitrio tuo* (bzw. *iudicis*) enthielt; vgl. LEVY: ZSSt. 36, 1 ff.; LENEL: Ed. perp. 3 113; 186, Anm. 2. Über das hiermit zusammenhängende Problem der *actiones arbitrariae* vgl. die Literaturangaben in § 101, Anm. 5.

verloren. Sie war nunmehr, praktisch gesehen, bonitarisches Eigentum (§ 68, 2) des Beklagten<sup>17</sup>. Die Juristen behandelten diesen prozessualen Erwerb des Eigentums analog dem käuflichen Erwerb (Iul. D. 25, 2, 22 pr.) — Das justinianische Recht kannte auch die Verurteilung zu einer Naturalleistung, z. B. zur Herausgabe einer Sache. Darum ist hier die Aufforderung zur Herstellung zum Endurteil des Eigentumsstreits geworden: Dem Kläger wurde die Sache selbst mit Früchten und Ersatzposten (*res cum omni causa*) zugesprochen; das Urteil konnte im Wege der staatlichen Vollstreckung durch Wegnahme verwirklicht werden. Diese Auffassung ist durch (nicht ungeschickte) Interpolation in D. 6, 1, 68 hineingetragen worden.

§ 79. *Actio negatoria*<sup>1</sup>. Handelte es sich bei der *rei vindicatio* um einen Streit über das Eigentum, so diente die *actio negatoria* dem Streit um das Bestehen von Eigentumsbelastungen. Sie richtete sich gegen denjenigen, der eine Grunddienstbarkeit (§ 81f.) oder den Nießbrauch (§ 84) für sich in Anspruch nahm und infolgedessen den Eigentümer im Genuß seiner Sache beeinträchtigte. Der klagende Eigentümer war dabei in der bevorzugten Beweislage: er brauchte lediglich sein Eigentum darzutun und konnte es seinem Gegner überlassen, das von ihm behauptete Recht zu beweisen. Kam es zur Prozeßbegründung (*litis contestatio*), so entstand ein Anspruch des Eigentümers auf Herstellung des vor der Beeinträchtigung bestehenden Zustandes (*restitutio*), ein Anspruch, der je nach der Sachlage Verschiedenes umfaßte: so, wenn er Einrichtungen getroffen hatte, die den Besitz des Eigentümers störten, die Beseitigung dieser Einrichtungen; ferner den Ersatz entzogener Gebrauchsvorteile (*commoda*) und des bei der angemessenen Nutzung angerichteten Schadens<sup>2</sup>; schließlich Sicherheitsleistung gegen künftige Störungen. Verweigerte der Beklagte die Herstellung, so wurde er, wie bei der *rei vindicatio* (§ 78, 4), zur Zahlung des Schätzungswertes (*litis aestimatio*) verurteilt.

§ 80. *Prätorischer Rechtsschutz*. 1. Sowohl die *rei vindicatio* wie die *actio negatoria* stand ausschließlich dem zivilen Eigentümer zu. Wer darum trotz gültigen Erwerbsgrundes kein ziviles Eigentum erlangt hatte — sei es wegen eines Formmangels am Erwerbsakt (§ 71, 3), sei es, weil er vom Nichtberechtigten erworben hatte (§ 70, 3) — war nach altzivilem Recht bis zur Vollendung der Ersitzung (§ 75) schutzlos<sup>1</sup>. Erst das honorarische Recht stellte ihm auch vor Ablauf der Ersitzungszeit schon gewisse Rechtsbehelfe zur Verfügung. Sie hatten eine verschiedene Tragweite, je nachdem, ob der Nichterwerb des zivilen Eigentums auf einem Formmangel oder auf der mangelnden Verfügungsmacht des Veräußerers beruhte. Im ersten Falle war der prätorische Rechtsschutz so stark, daß auch der zivile Eigentümer nichts dagegen vermochte. Dem Erwerber fehlte also vor dem Eintritte der Ersitzung lediglich die formale Sanktion des Zivilrechts; tatsächlich gehörte die Sache bereits endgültig zu seinem Vermögen (*in bonis esse*), er war „bonitarischer Eigentümer“ (§ 68, 2). Anders im Falle des Erwerbs vom Nichtberechtigten; hier schützte das Honorarrecht den Erwerber zwar gegen jeden Dritten, nicht aber gegenüber dem

<sup>17</sup> Die Einzelheiten der juristischen Konstruktion sind streitig vgl. LEVY: ZSSt. 42, 476ff., bes. 482 ff. CARELLI: L'acquisto della proprietà per *litis aestimatio* nel proc. civ. rom. (Fondazione Castelli 9, 1934). — Nach SIBER (zuletzt Röm. R. II 99f., bes. 100, Anm. 14) soll der verurteilte Besitzer dann ziviler Eigentümer geworden sein, wenn der Kläger ziviles Eigentum besessen hatte; SIBER beruft sich lediglich auf Paul. D. 6, 1, 46. Gegen ihn überzeugend LEVY: 484, Anm. 2.

<sup>1</sup> Die Klagformeln bei LENEL: Ed. perp. 3 190ff. (§ 72f.). LENEL vermutet im Gegensatz zur herrschenden Meinung (Belege bei LEVY: ZSSt. 36, 11, Anm. 5 und LENEL: Ed. perp. 3 193, Anm. 6), daß in ihnen, anders als bei der *rei vindicatio*, die Restitutionsklausel gefehlt habe.

<sup>2</sup> Der Anspruch auf Schadensersatz wird in den Quellen nicht erwähnt. Da er aber bei der *vindicatio ususfructus* bzw. *servitutis* (§ 88) zulässig war (Philippus Arabs C. 3, 34, 5), wird er auch bei der *actio negatoria* nicht gefehlt haben.

<sup>1</sup> Hier und im folgenden ist stets vorausgesetzt, daß außer dem gültigen Erwerbsgrund (*iusta causa*) auch alle übrigen Erfordernisse der Ersitzung, insbesondere der gute Glaube, vorhanden waren. Fehlten diese Erfordernisse, so kam auch der prätorische Rechtsschutz des Erwerbers nicht in Frage.

zivilen Eigentümer<sup>2</sup>; erst die Vollendung der Ersitzung brachte ihm den lückenlosen Schutz des Eigentums.

2. Der Rechtsschutz, den das honorarische Recht dem Erwerber während der Ersitzungszeit gewährte, hatte, je nach der Sachlage, die Gestalt einer Einrede oder einer sachverfolgenden Klage.

a) Mit Hilfe einer Einrede (*exceptio*) schützte der Prätor den Erwerber zunächst gegen die *rei vindicatio* des Veräußerers: hatte der zivile Eigentümer eine *res mancipi* verkauft, aber nicht durch Manzipation oder *in iure cessio* übertragen, sondern lediglich formlos übergeben, so empfand man es als treuwidrig, wenn er sie hinterher unter Berufung auf das ihm verbliebene zivile Eigentum vom Erwerber zurückverlangte. Der Prätor gab dem Erwerber darum eine *exceptio rei venditae et traditae*<sup>3</sup>, an der die Vindikation des Veräußerers scheiterte. Die gleiche Einrede half dem Käufer auch gegenüber dem Verkäufer, der seinerzeit als Nichtberechtigter über die Sache verfügt und darum kein ziviles Eigentum übertragen hatte, dann aber durch Erbgang oder in anderer Weise Eigentümer geworden war und nun Miene machte, die Sache zurückzufordern. In klassischer Zeit erstreckten Jurisprudenz und Praxis die Wirkung der *exceptio rei venditae et traditae* auch auf den Rechtsnachfolger des Veräußerers. Wo es sich nicht um einen käuflichen Erwerb, sondern um einen Erwerb aus anderem Rechtsgrunde handelte, gab der Prätor vielleicht statt der *exceptio rei venditae et traditae* die allgemeine Arglisteinrede (*exceptio doli*, § 62, 2d; § 161, 1)<sup>4</sup>. Wer vom zivilen Eigentümer erworben, aber infolge eines Formmangels kein ziviles Eigentum erlangt hatte, war auf diese Weise schließlich schlechthin im Besitze der Sache geschützt. Wer vom Nichteigentümer erworben hatte, brauchte wenigstens nur den Angriff des dritten Eigentümers zu befürchten; auch er blieb im ungestörten Genuß der Sache, wenn etwa das zivile Eigentum nachträglich an den Nichtveräußerer gelangt war.

b) Hatte der Erwerber den Besitz der Sache verloren, so stellte ihm der Prätor eine der *rei vindicatio* nachgeformte, sachverfolgende Klage zur Verfügung<sup>5</sup>. Das Alter dieser nach ihrem Schöpfer *actio Publiciana*<sup>6</sup> genannten Klage ist unbekannt. Sie war eine sog. *actio ficticia* (vgl. § 101, 3 a. E.): ihre Klagformel wies den Richter an, so zu urteilen, wie wenn der Kläger die Ersitzung bereits vollendet hätte und damit ziviler Eigentümer geworden wäre. Auf Grund dieser Fiktion konnte der Ersitzungsbesitzer die Sache von jedem Dritten herausverlangen, nur nicht vom zivilen Eigentümer: denn dieser konnte der bloßen Fiktion der vollendeten Ersitzung sein reales Recht entgegenhalten (*exceptio iusti dominii*). War aber der zivile Eigentümer zugleich derjenige, der die Sache an den Ersitzungsbesitzer veräußert hatte (bzw. sein Rechtsnachfolger), so stand seiner *exceptio iusti dominii* wiederum die Berufung auf die von ihm selbst (oder von seinem Rechtsvorgänger) vorgenommene Veräußerung entgegen (*replicatio rei venditae et traditae*, *replicatio doli*, vgl. unter a). Dann erwies sich im dramatischen Spiel der Gründe und Gegengründe schließlich doch die honorarrechtliche Stellung des Ersitzungsbesitzers als stärker, und der zivile Eigentümer mußte die Sache herausgeben<sup>7</sup>. Sein Eigentum war in diesem Falle materiell gegenstandslos, ein *nudum ius Quiritium* (Gai. 1, 54): der wahre Eigentümer war der bonitarisch berechnete Ersitzungsbesitzer.

<sup>2</sup> Mit einer Ausnahme, vgl. Ziff. 2 u. 3.

<sup>3</sup> D. 23, 3; vgl. LENEL: Ed. perp. § 511 (mit weiterer Lit.).

<sup>4</sup> Immerhin ist es fraglich, ob sich der prätorische Rechtsschutz auch auf einen unentgeltlichen Erwerb, insbes. auf den durch Schenkung, erstreckte.

<sup>5</sup> Ihr Ziel war das gleiche wie das der *rei vindicatio*, vgl. § 78, 4.

<sup>6</sup> Gai. 4, 36. Über das publicianische Edikt und die Klagformel vgl. LENEL: ZSt. 20, 11ff.; Ed. perp. § 169ff. (§ 60, mit älterer Lit.); BESELER: Beitr. III 197f.; IV 87f.; PFLÜGER: ZSt. 42, 469ff.

<sup>7</sup> Iul. in D. 21, 3, 2; vgl. D. 6, 1, 72; D. 44, 4, 4, 32 (*tradiderit* itp. für *mancipio dederit*). — Über den Fall, daß beide Streitparteien bonitarische Eigentümer oder gutgläubige Besitzer waren (Iul. in

## Drittes Kapitel.

Dienstbarkeiten<sup>1</sup>.

## I. Grunddienstbarkeiten.

§ 81. Im allgemeinen. Seit alters konnte man in Rom dingliche Rechte, die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks eine gewisse beschränkte Herrschaftsmacht über ein fremdes Nachbargrundstück verliehen. Da in einem solchen Falle das eine Grundstück dem andern „untertan“ war, nannte man diese Rechte *servitutes* (Dienstbarkeiten)<sup>2</sup>. Eine Reihe von altüberkommenen Grundsätzen begrenzte ihr Anwendungsgebiet und ihren Inhalt.

1. Sowohl auf seiten des Berechtigten wie auf seiten des Belasteten war die Dienstbarkeit notwendig mit dem Eigentum an einem Grundstück verknüpft: sie berechnete den jeweiligen Eigentümer des „herrschenden“ und belastete den jeweiligen Eigentümer des „dienenden“ Grundstücks. Mit dem Eigentum an beiden Grundstücken wechselten auch die an der Dienstbarkeit beteiligten Personen; ohne das Grundstück aber konnte die Dienstbarkeit auf keiner Seite übertragen oder vererbt werden. Hiermit hängt es zusammen, daß der Inhalt der Dienstbarkeit nicht auf die persönlichen Bedürfnisse eines bestimmten Grundeigentümers zugeschnitten sein durfte, vielmehr von dauerndem Vorteil für den Genuß des herrschenden Grundstücks sein mußte.

2. Das herrschende und das dienende Grundstück mußten benachbart sein. Vermutlich hat man dieses Erfordernis ursprünglich einmal strenger genommen als späterhin. Nach klassischer Auffassung jedenfalls genügte es, wenn die Grundstücke so zueinander lagen, daß der Inhalt der Dienstbarkeit für das herrschende Grundstück nützlich war, mochten sie auch nicht unmittelbar aneinandergrenzen.

3. Die Dienstbarkeit konnte dem Eigentümer des dienenden Grundstücks stets nur ein Dulden (*pati*) oder ein Unterlassen (*non facere*) auferlegen, nicht auch eine Verpflichtung zu einem Tun begründen (*\*servitus in faciendo consistere nequit*)<sup>3</sup>.

4. Die Ausübung der Dienstbarkeit mußte sich in billigen Grenzen halten (*civiliter uti*), d. h. unter tunlichster Schonung des belasteten Eigentümers erfolgen.

§ 82. Einzelne Grunddienstbarkeiten. 1. Innerhalb der dargelegten Grenzen konnten die Parteien Grunddienstbarkeiten beliebigen Inhalts schaffen<sup>1</sup>. Doch entwickelten sich aus typischen Bedürfnissen frühzeitig typische Erscheinungsformen. Man schied sie in Felddienstbarkeiten (*servitutes praediorum rusticorum*, D. 8, 1) und Gebäudedienstbarkeiten (*servitutes praediorum urbanorum*, D. 8, 2), je nachdem sie der Landwirtschaft oder der bürgerlichen Wohnung und dem Geschäfts- und Gewerbebetrieb dienten.

2. Zu den Felddienstbarkeiten zählen die ältesten aller Servituten<sup>2</sup>:

a) die Wegerechte; ihre Grundformen waren: der einfache Fuß- und Reitweg (*iter*), die Viehtrift (*actus*) und das *ius viae*, ursprünglich wohl eine Fahrgerechtig-

D. 6, 2, 9, 4; Nerat. D. 19, 1, 31, 2) s. WINDSCHEID-KIPP: Pand. I <sup>o</sup> 1019 (§ 199, Anm. 13); DEBBURG: Pand. I <sup>7</sup> 538f. (§ 228, Anm. 16).

<sup>1</sup> Zusammenfassende Darstellungen: ELVERS: Die röm. Servitutenlehre, 1856; BONFANTE: Corso dir. rom. III 15ff.

<sup>2</sup> Über die nachklassische Erstreckung des Dienstbarkeitsbegriffs auf sog. persönliche Dienstbarkeiten vgl. § 83; zum Begriff des dinglichen Rechts vgl. § 35, 1.

<sup>3</sup> Vgl. Pomp. D. 8, 2, 15, 1. — Eine Ausnahme u. § 82, 2c. — Nach BONFANTE: Studi Ascoli 181ff. ist die Regel *servitus in faciendo consistere nequit* justinianischer Herkunft (?).

<sup>1</sup> Gegen die in der italienischen Lit. verbreitete Behauptung, daß es nur bestimmte, im prätorischen Edikt einzeln aufgezählte Servituten gegeben habe, wendet sich mit Recht ARANGIO-RUIZ: La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurispr. rom. (Sonderabdr. aus Il foro ital. 59, 11, 1934), bes. 9ff.

<sup>2</sup> Auf die Weggerechtigkeit (*via*) bezieht sich vielleicht schon ein Zwölftafelzeugnis, nach dem eine bestimmte Breite der Wege vorgeschrieben war (tab. VII c). Auf ein hohes Alter der länd-

keit (*vehere*), während man später darin eine Verbindung von einfachem Wegerecht und Triftrecht sah<sup>3</sup>;

b) die Wassergerechtigkeiten; die wichtigste von ihnen war das *ius aquam ducendi* (*aquae ductus*), die für die italienische Bodenwirtschaft oft unentbehrliche Befugnis, aus einem fremden Grundstück Wasser auf das eigene Land zu leiten.

3. Von den Gebäudedienstbarkeiten verdienen Erwähnung:

a) Baubeschränkungen; hierher gehört das Recht, dem Eigentümer eines benachbarten Grundstücks das Höherbauen zu verbieten (*ius altius non tollendi*) und das Recht auf freie Lichtzufuhr und freie Aussicht über das Nachbargrundstück (*servitus ne luminibus, ne prospectui officiatur*).

b) Trauf- und Abflußrechte; sie gestatteten dem Berechtigten, sein Regenwasser auf das fremde Grundstück abtropfen zu lassen oder abzuleiten (*servitus stillicidii, fluminis*).

c) Stütz- und Auflagerechte; von ihnen erlaubte das *ius tigni immittendi* dem Berechtigten, seine Balken in die Nachbarwand einzulassen; die *servitus oneris ferendi* gab ihm die Befugnis, seine Wand auf die Mauer (die Säule oder dergl.) des Nachbarn zu stützen. Bei der letztgenannten Dienstbarkeit nahm man schon in republikanischer Zeit an, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks seine Mauer in tragfähigem Zustand erhalten müsse, also ausnahmsweise zu einem *facere* verpflichtet sei<sup>4</sup>.

## II. Persönliche Dienstbarkeiten.

§ 83. Begriff. Erst in nachklassischer Zeit wurde, wie neuere Forschungen gezeigt haben<sup>1</sup>, der Begriff der Dienstbarkeit auf gewisse andere beschränkt dingliche Rechte ausgedehnt, die bis dahin, entsprechend ihrer sehr verschiedenen Bedeutung und Entwicklungsreife, keine zusammenfassende Benennung gehabt hatten und nunmehr den Grunddienstbarkeiten (*servitutes reales*) als persönliche Dienstbarkeiten (*servitutes personales*) gegenübergestellt wurden. Diese Rechte, deren wichtigstes der Nießbrauch war (§ 84), trugen zwar gleich einem Teil der Grunddienstbarkeiten den Charakter von Nutzungsrechten an fremder Sache; anders als die Grunddienstbarkeiten waren sie jedoch nicht auf Grundstücke beschränkt, und vor allem waren sie nicht mit dem Eigentum an einer herrschenden Sache verknüpft, sondern standen dem Berechtigten für seine Person zu, ein Umstand, der ihnen eine ganz andere wirtschaftliche Bedeutung gab<sup>2</sup>.

§ 84. Der Nießbrauch. 1. Der Nießbrauch hat sich vermutlich im Bereiche des Vermächtnisrechts entwickelt. Er begegnet auch späterhin noch vorwiegend als Gegenstand letztwilliger Verfügungen, zumeist im Sinne einer Versorgung des Bedachten. So war der Nießbrauch, ganz im Gegensatz zu den Grunddienstbarkeiten, von vornherein aufs engste mit der Person des Berechtigten verknüpft, insbesondere erlosch er spätestens mit dem Tode dessen, für den er bestellt war. Nur mit dieser absoluten zeitlichen Begrenzung war er für den Eigentümer tragbar, dem er, solange

lichen Servituten läßt auch die Tatsache schließen, daß sie, und nur sie, durch *mancipatio* begründet werden konnten (§ 86, 1a). Über den Ursprung der ländlichen Servituten handeln PEROZZI: Studi Scialoja II 206ff.; Ist. I<sup>2</sup> 753ff.; LUSIGNANT: Studi e documenti di storia e dir. 19, 209ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. III 48ff.

<sup>3</sup> Hierüber auch PEROZZI: Studi Scialoja II 211ff.; Ist. I<sup>2</sup> 753, 766; ARANGIO-RUIZ: Studi Brugi 247ff. — Die Annahme, daß *via* ursprünglich eine Militärstraße und Gegenstand einer „intergentilizischen Servitut“ gewesen sei (PEROZZI), ist wenig glaubhaft.

<sup>4</sup> Ulp. D. 8, 5, 6, 2, wohl nur formal entstellt; vgl. SIBER: Röm. R. II 107; a. A. BESELER: ZSSr. 45, 231ff.; s. auch SEGRÈ: Studi Ascoli 683ff.

<sup>1</sup> Grundlegend LONGO: Bull. 11, 281ff.

<sup>2</sup> Trotz dieser wesentlichen Unterschiede empfiehlt es sich aus Gründen der Darstellungsökonomie, die Verbindung mit den Grunddienstbarkeiten beizubehalten, da die Regeln über den Erwerb, den Untergang und den Schutz aller dieser Rechte in weitem Umfange übereinstimmen.

er bestand, die Benutzung und den Fruchtgenuß seiner Sache entzog und lediglich die Substanz erhielt (Paul. D. 7, 1, 1: *usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*)<sup>1</sup>.

a) Zum Zwecke der Ausübung seines Rechts gebührte dem Nießbraucher die Innehabung der Sache<sup>2</sup>. Sein Fruchtziehungsrecht erfaßte, wenigstens seit der klassischen Zeit, nicht nur die natürlichen, sondern auch die sog. juristischen Früchte (Mietzins u. dgl.; vgl. § 47, 2). Er konnte, statt selber zu nutzen, den Genuß seines Rechts auch einem anderen entgeltlich oder unentgeltlich überlassen; das Nießbrauchsrecht selbst jedoch war unübertragbar<sup>3</sup>.

b) Zur Wahrung der Rechte des Eigentümers mußte der Nießbraucher vor der Übergabe der Sache dafür Sicherheit leisten, daß er Nutzung und Fruchtziehung in einwandfreier Weise (*boni viri arbitratu*) ausüben, und daß er die Sache nach Erlöschen des Nießbrauchs zurückgeben werde (*cautio usufructuaria*, LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 538f.). Er war verpflichtet, sein Recht nach den Grundsätzen einer ordentlichen Wirtschaft und entsprechend der besonderen Bestimmung der Sache zu handhaben, die Sache in gutem Zustand zu erhalten und alle Einwirkungen, insbesondere Veränderungen und Umgestaltungen, zu unterlassen, die sich nicht aus einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung im Rahmen der bestehenden Verhältnisse ergaben. Dagegen mußte sich der Eigentümer diejenigen Beeinträchtigungen und Abnutzungen gefallen lassen, die eine einwandfreie Ausübung des Nießbrauchs mit sich brachte.

2. Eine erhebliche Ausweitung erfuhren Begriff und Anwendungsgebiet des Nießbrauchs durch einen zu unbekannter Zeit ergangenen Senatsbeschluß, der die letztwillige Bestellung eines Nießbrauchs an allen Vermögensgegenständen zuließ<sup>4</sup>. Seitdem gab es Nießbrauchstatbestände, die sich von dem echten Nießbrauch (Ziff. 1) in wesentlichen Punkten unterschieden; man sprach in diesen Fällen von einem *quasi usus fructus* (Gai. D. 7, 5, 2, 1)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> In den Quellen findet sich mehrfach die Vorstellung, daß der Nießbrauch ein Teil des Eigentums sei; vgl. z. B. Paul. D. 7, 1, 4 (in der überlieferten Gestalt kaum verständlich); Pap. D. 7, 1, 33, 1; D. 31, 76, 2 (hier itp.). Es geht wohl zu weit, wenn PEROZZI: Ist. I<sup>2</sup> 787, Anm. 4 alle diese Stellen als unecht verdächtigt. Vielmehr mag die ältere Jurisprudenz, der noch die Umschreibung des Eigentumsbegriffs durch *uti frui habere possidere* (s. § 67, 3 b a. E.) geläufig war, eine derartige Charakterisierung des Nießbrauchs versucht haben. Das spätere klassische Recht wußte jedoch mit der alten Formel offensichtlich nicht mehr viel anzufangen; vgl. Pap. D. 7, 1, 33, 1; D. 31, 66, 6; Paul. D. 50, 16, 25 pr. (Schluß itp.). Zu Unrecht glaubt darum PAMPALONI: Bull. 22, 109ff. in ihr den klassischen Begriff des Nießbrauchs zu entdecken. Einseitig und allzu doktrinär, trotz fruchtbarer Einzelbeobachtungen, erscheint auch das Bild, das RICCOBONO (vgl. ZANZUCCHI: ZSt. 30, 509ff.) vom klassischen Nießbrauchsbegriff entwirft: ein reines Fruchtziehungsrecht, das grundsätzlich nicht die Sache selbst (die Substanz), sondern nur ihre äußere Form (*species*) erfaßt habe; erst Justinian habe diese Vorstellung verlassen und die Rechtsstellung des Nießbrauchers in verschiedener Hinsicht verstärkt. Der Auffassung RICCOBONOS steht nahe BUCKLAND: LQR 43, 326ff. (vgl. auch Mélanges Fournier 41ff.), der jedoch darüber hinaus die Bindung des Nießbrauchs an die Person des Berechtigten besonders unterstreicht. Eine historische Entwicklung des Nießbrauchs vom rein persönlichen Recht (*une variété d'obligation*) zum dinglichen Recht an fremder Sache sucht MASSON: RH 4, Ser., 13, 1ff., 161ff. darzutun; nach ihm liegt die entscheidende Wendung bei Julian, der (neben Celsus) auch zuerst den Nießbrauch als *pars domini* betrachtet habe (?); das von MASSON entwickelte System der julianischen Lehre wirkt indessen einigermaßen widerspruchsvoll, die ganze Entwicklungsskizze recht problematisch. — Vgl. schließlich auch noch RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 450; SIBER: Röm. R. II 112ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. III 52ff.

<sup>2</sup> Der normale Interdiktschutz blieb beim Eigentümer; doch stand dem Nießbraucher ein spezieller Besitzschutz zur Verfügung; vgl. § 64, 2b; § 88, 2a.

<sup>3</sup> So jedenfalls vom Standpunkt des Zivilrechts aus gesehen; der Prätor jedoch scheint denjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung seines Rechts überlassen hatte, unmittelbar durch eine Einrede gegen den Eigentümer geschützt zu haben; er legte also der Veräußerung eine Art dinglicher Wirkung bei: Marcian D. 20, 1, 11, 2, vgl. BESELER: Jur. Miniaturen 106, 1929; DE FRANCISCI: Studi Ascoli 55ff.

<sup>4</sup> Ulp. D. 7, 5, 1: *Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit.*

<sup>5</sup> Hierzu PAMPALONI: Bull. 19, 85ff.

a) An verbrauchbaren Sachen (§ 46, 6), namentlich an Geld, war ein echter Nießbrauch nicht möglich, weil der regelmäßige Gebrauch solcher Sachen im Verbräuche besteht und darum die Erhaltung der Substanz für den Eigentümer nicht gestattet. Seit jenem Senatsbeschuß aber gab es eine besondere Art von Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen: Der Nießbraucher erhielt in diesem Falle nicht ein beschränktes Herrschaftsrecht an fremder Sache, sondern wurde Eigentümer und war befugt, über die Sachen zu verfügen. Nur mußte er durch die *cautio usufructuaria* für die Rückerstattung von Sachen gleicher Art und Menge oder, wenn die Parteien dies vorzogen, für die Herausgabe des Wertes der empfangenen Sachen<sup>6</sup> nach Beendigung des Nießbrauchs Sicherheit leisten (Ulp. 24, 27; Gai. D. 7, 5, 7).

b) Auch Forderungen konnten nunmehr Gegenstand eines Nießbrauchs sein<sup>7</sup>. War die Forderung verzinslich, so stand dem Nießbraucher der Zinsgenuß zu. Handelte es sich um eine Geldforderung, so war er auch befugt, das Kapital einzuziehen; vermutlich diente ihm dazu, ähnlich wie dem Forderungspfandgläubiger (§ 99, 1), eine *actio mandata* oder *utilis* gegen den Schuldner. Nach Beendigung des Nießbrauchs hatte er das Kapital an den Gläubiger herauszugeben. Für die Erfüllung seiner Pflichten mußte er, wie in den anderen Fällen, durch eine *cautio usufructuaria* Sicherheit leisten.

3. Mehrfach begegnet schließlich der Nießbrauch an einem ganzen Vermögen oder an einem Vermögensbruchteil<sup>8</sup>. In diesem Fall kamen je nach den im Vermögen enthaltenen Gegenständen die Grundsätze des echten (Ziff. 1) und des uneigentlichen Nießbrauchs (Ziff. 2) nebeneinander zur Anwendung. Schulden brachte der Belastete vorweg in Abzug<sup>9</sup>. Sicherheitsleistung war auch hier erforderlich. Große Bedeutung gewann diese Spielart des Nießbrauchs, als in der Spätzeit dem Vater ein derartiges Recht am Vermögen des Kindes zugeschrieben wurde (§ 185, 2f.)<sup>10</sup>.

**§ 85. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.** 1. Neben dem Nießbrauch gab es ein Gebrauchsrecht ohne Fruchtgenuß (*usus*)<sup>1</sup>. Schon in klassischer Zeit war man bemüht, die Grenzen dieses meist durch Vermächtnis begründeten Rechts dem Versorgungswillen des Erblassers entsprechend möglichst weit abzustecken. So gestattete man z. B. dem Berechtigten, in das Haus, das seinem Gebrauchsrechte unterlag, auch Familienangehörige, Dienerschaft (Freigelassene und Sklaven), Gäste und sogar Mieter (Lab. D. 7, 8, 2, 1) aufzunehmen. Auch durfte er von den Früchten des Gartens, Feldes und Waldes soviel entnehmen als er für den täglichen Bedarf seines Haushalts benötigte (Sab. u. andere ältere Juristen in D. 7, 8, 12, 1f.; Paul. D. 7, 8, 15)<sup>2</sup>.

2. Das Wohnungsrecht (*habitatio*)<sup>3</sup> wurde endgültig erst von Justinian, aber doch wohl im Anschluß an klassische Kontroversen (vgl. C. 3, 33, 13), als selbständige Gerechtsame anerkannt. Wie der Gebrauchsberechtigte, war auch der Wohnungsberechtigte in der Ausübung seines Rechts nicht auf seine Person beschränkt, vielmehr konnte er Familienangehörige, Diener und Gäste aufnehmen, ob auch einen Mieter, war bestritten. Auch sonst bestanden mancherlei Meinungsverschiedenheiten und Zweifel (Ulp. D. 7, 8, 10 pr.; 2; 3; Iust. C. 3, 33, 13).

<sup>6</sup> Diese letzte Möglichkeit ist indessen sehr wahrscheinlich unklassisch; in D. 7, 5, 7 wird *aut — commodius est itp.* sein; vgl. PAMPALONI: Bull. 19, 102f.

<sup>7</sup> Cass. u. Proc. in D. 7, 5, 3. Des näheren vgl. die in Anm. 8 angeführten Stellen. — Über den Nießbrauch zugunsten des Schuldners s. Nerva in D. 7, 5, 3 cit.

<sup>8</sup> Schon bei Cic. Top. 17 wird von einer Frau gesprochen, *cui vir bonorum suorum usum fructum legavit*. Vgl. ferner Scaev. D. 33, 2, 37; Pap. D. 33, 2, 24; Severus und Antoninus C. 3, 33, 1.

<sup>9</sup> Pomp. D. 35, 2, 69; Ven. D. 33, 2, 43.

<sup>10</sup> Vgl. dazu KOHLER: Jb. f. Dogm. 24, 187ff.

<sup>1</sup> Vgl. dazu RICCOBONO: Studi Scialoja I 579ff.; PAMPALONI: Riv. ital. sc. giur. 49, 241ff.; COSTA: Storia dir. rom. priv. 2 259, Anm. 3; BONFANTE: Corso dir. rom. III 89ff.

<sup>2</sup> Vgl. auch Hadrian in D. 7, 8, 22 pr., wo der *usus* an einem Wald als *usus fructus* ausgelegt wird. Das war freie Rechtsfindung.

3. Gleich der *habitatio* gewannen auch die *operae servorum*<sup>3</sup>, das Recht auf die Dienste fremder Sklaven<sup>4</sup>, erst in der Spätzeit den Charakter eines besonderen Rechts an fremder Sache. Die klassischen Juristen stritten sich anscheinend über seine Einordnung unter den Begriff des *usus* oder des *usus fructus*.

### III. Erwerb der Dienstbarkeiten.

§ 86. 1. Wir betrachten zunächst die altzivilen Erwerbsarten.

a) Der rechtsgeschäftliche Erwerb von Dienstbarkeiten konnte sich in verschiedener Weise vollziehen. Einmal im Wege der Manzipation oder der *in iure cessio*; von ihnen war allerdings die Manzipation nur zur Begründung von Felddienstbarkeiten tauglich, während die nach dem Muster der *vindicatio servitutis* bzw. *ususfructus* (§ 88, 1) geformte *in iure cessio* die Schaffung von Grunddienstbarkeiten aller Art und die Begründung eines Nießbrauchs zum Gegenstand haben konnte<sup>1</sup>. Sodann konnten Dienstbarkeiten durch Vorbehalt bei der Übereignung einer Sache entstehen. Wurde nämlich die Sache, an der das Recht bestellt werden sollte, durch Manzipation oder *in iure cessio* veräußert, so konnten dem Veräußerer sowohl Grunddienstbarkeiten wie der Nießbrauch<sup>1</sup> durch eine förmliche Erklärung im Veräußerungsgeschäft vorbehalten werden (*deductio ususfructus, servitutis*; vgl. § 54a; 55, 3). Schließlich konnten Dienstbarkeiten auch durch Vermächtnis (*legatum per vindicationem*; § 221, 3a)<sup>2</sup> bestellt werden; besonders häufig geschah dies bei persönlichen Dienstbarkeiten.

b) Das ältere Zivilrecht kannte auch eine Begründung von Dienstbarkeiten durch Ersitzung (*usucapio*). Spätestens zum Anfang der Kaiserzeit wurde diese (zivile) Ersitzung jedoch durch eine *lex Scribonia* beseitigt (Paul. D. 41, 3, 4, 28)<sup>3</sup>.

2. Neben den zivilrechtlichen gab es auch honorarrechtliche Dienstbarkeiten<sup>4</sup>:

a) An Grundstücken in den Provinzen konnten Grunddienstbarkeiten und Nießbrauch *pactionibus et stipulationibus* (Gai. 2, 31) bestellt werden. Darunter sind wahrscheinlich dem provinzialen Recht entsprechende Verträge zu verstehen, die die Belastung des Grundstücks zum Ausdruck brachten<sup>5</sup> und in der auch sonst aus den Urkunden des Ostens bekannte Weise durch Stipulation bekräftigt wurden (vgl. § 56, 3).

b) Im übrigen ist nicht anzunehmen, daß formlos bestellte Dienstbarkeiten, insbesondere solche an italischen Grundstücken, schlechthin den Rechtsschutz des Magistrats gefunden hätten. In einzelnen Fällen mag er bewilligt worden sein<sup>6</sup>: unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Grenzen, vermögen wir nicht

<sup>3</sup> Vgl. BONFANTE: Corso dir. rom. III 92ff. (mit weiterer Lit.).

<sup>4</sup> Von *operae animalium* ist nur einmal und zwar in einer gewiß unechten Stelle die Rede: D. 7, 9, 53 (Glossen oder justinianische Interpolation?).

<sup>1</sup> Auch die übrigen persönlichen Dienstbarkeiten konnten vielleicht durch *in iure cessio* und *deductio* entstehen; in den Quellen begegnen indessen nur Fälle letztwilliger Bestellung.

<sup>2</sup> Das *legatum per damnationem* und das Fideikomiß begründen lediglich eine Verpflichtung des damit Belasteten zur Bestellung unter Lebenden.

<sup>3</sup> Die Stelle spricht nur von der zivilen Ersitzung von Grunddienstbarkeiten; über den Nießbrauch s. BESELER: Beitr. IV 78ff.

<sup>4</sup> Über die sog. prätorischen Servituten vgl. BONFANTE: Scr. giur. var. II 956ff.; Corso dir. rom. III 109ff.; PEROZZI: Riv. ital. sc. giur. 23, 3ff., 167ff.; Ist. I<sup>2</sup> 772, Anm. 1; RABEL: Haftung d. Verkäufers I 62ff.; Mélanges Girard II 387ff.; KRÜGER, H.: D. prätor. Servitut, 1911 (dazu PETERS: ZSSt. 33, 595ff.); ALBERTARIO: Filangieri 37, 207ff., 1912; COLLINET: Etudes hist. sur le droit de Justinien I 161ff.; Mélanges Girard I 185ff.; KNIER: Gajuskommentar II (1), 141ff.; BESELER: Beitr. IV 82ff.

<sup>5</sup> Die hier geschilderte Bestellung hatte dinglichen Charakter; dies hat man mit Recht aus der Äußerung des Gaius gefolgert, man erreiche in den Provinzen durch *pactio* und *stipulatio* dasselbe wie auf italischem Boden durch *mancipatio* und *in iure cessio*.

<sup>6</sup> Anfänge solchen Schutzes waren wohl vorhanden; s. Gai. D. 33, 2, 29: *in fundum induxerit fruenti causa*; Marcell. in D. 7, 4, 29, 2. Dazu RABEL: Mélanges Girard II 401 f. gegen H. KRÜGER: Prät. Serv. 52ff. — Vgl. auch Iul. D. 8, 5, 16 (*stillicidium*).



zu erkennen. Die allgemeinen Normen aber, die wir in den Quellen über eine Begründung von Dienstbarkeiten durch *traditio* und *patientia* finden, hat die neuere Forschung<sup>7</sup> mit Recht den Kompilatoren Justinians zugesprochen (s. Ziff. 3).

c) Deutlicher erkennbar sind die Spuren des Eindringens einer durch das Honorarrecht geschützten Ersitzung von Grunddienstbarkeiten<sup>8</sup>. Wenn die Ausübung durch „lange“ Zeit (*longa consuetudo, diuturnus usus*) oder „unvordenkliche“ Zeit (*vetustas*) nachgewiesen werden konnte, stand die Dienstbarkeit, nach Aussage der Quellen, ebenso fest, wie wenn ihr Erwerbgrund dargelegt worden wäre<sup>9</sup>. Der Widerspruch des Eigentümers jedoch hinderte ihre Entstehung<sup>10</sup>.

3. Im justinianischen Recht ergab sich durch die Verschmelzung von zivilem und honorarischem Recht und den Wegfall der klassischen Formalgeschäfte (*mancipatio* und *in iure cessio*) ein in vieler Hinsicht neuartiges Bild:

a) Als ordentliche Formen der rechtsgeschäftlichen Begründung von Dienstbarkeiten werden weiterhin Vermächtnis und Vorbehalt (*deductio*) genannt; der Vorbehalt erfolgte jetzt aber bei der schlichten Übergabe der Sache (vgl. § 65, Anm. 23). Daneben standen formlose Begründungsakte: einmal die aus dem Honorarrecht übernommenen *pactiones et stipulationes* (vgl. Ziff. 2a; I. 2, 3, 4; 2, 4, 1; D. 7, 1, 3 pr.); sodann aber war jetzt allgemein die Bestellung durch *traditio* anerkannt (s. Ziff. 2b). Bei persönlichen Dienstbarkeiten, die eine Innehabung der Sache voraussetzten, sah man die Tradition in der körperlichen Übergabe der Sache; bei Grunddienstbarkeiten anscheinend in einer Einweisung in das Recht, über das dienende Grundstück zu gehen, zu fahren usw. Stets aber wurde es der *traditio* gleichgeachtet, wenn der Eigentümer der belasteten Sache die tatsächliche Ausübung der Dienstbarkeit duldete (Begründung durch *patientia*, vgl. z. B. D. 6, 2, 11, 1; D. 7, 1, 3 pr.; D. 8, 1, 20).

b) Die Ersitzung hatte in Anlehnung einerseits an die *longi temporis praescriptio* (§ 76), andererseits an die zum Schutz der Dienstbarkeiten aufgestellten Interdikte (§ 88, 2a) mit der Zeit<sup>11</sup> bestimmtere Formen angenommen. Die Dienstbarkeit galt nun als entstanden, wenn sie zehn Jahre *inter praesentes*, zwanzig Jahre *inter absentes* als Recht ausgeübt worden war, vorausgesetzt, daß die Ausübung dem Eigentümer der dienenden Sache gegenüber *nec vi nec clam nec precario* erfolgt war (D. 8, 5, 10 pr.; D. 39, 3, 1, 23; C. 3, 34, 1; C. 7, 33, 12, 4).

#### IV. Erlöschen der Dienstbarkeiten.

§ 87. 1. Grunddienstbarkeiten und Nießbrauch konnten im klassischen Recht durch eine nach dem Vorbild der *actio negatoria* (§ 79) gestaltete *in iure cessio* aufgehoben werden (Gai. 2, 30; Paul. sent. 3, 6, 32). Im justinianischen Recht genügte ein formloser Vertrag (*cedere, concedere*)<sup>1</sup>.

<sup>7</sup> Vgl. die Lit. in Anm. 4. Eine Sonderstellung nimmt H. KRÜGER ein (Interdiktenschutz), dem nicht beizutreten ist.

<sup>8</sup> PARTSCH: *Longi temporis praescriptio* 96ff. und von der in Anm. 4 angeführten Lit. namentlich BONFANTE; KRÜGER, H.: 61ff.; RABEL: *Mélanges Girard* II 407ff. — Allgemeine Erwähnungen bei Paul. D. 8, 2, 28; Caracalla C. 3, 34, 2 (vielleicht verfälscht, vgl. BONFANTE: Scr. 958f.).

<sup>9</sup> So Scaev. D. 33, 2, 36; Ulp. D. 8, 5, 10 pr.; D. 39, 3, 1, 23; Caracalla C. 3, 34, 1. Die Annahme von Interpolationen in diesen Stellen ist insoweit nicht gerechtfertigt; da eine *usucapio* wegen der *lex Scribonia* nicht gemeint sein kann (Ziff. 1b), muß es sich um eine prätorische Rechtsbildung handeln; dazu stimmen auch die dort und bei Paul. D. 8, 6, 25 erwähnten *actiones utiles*. — Zweifelhafte ist, ob auch die Regel, daß die Ausübung *nec vi nec clam nec precario* gegenüber dem Eigentum erfolgt sein müsse (vgl. u. Ziff. 3b), schon der klassischen Zeit angehört.

<sup>10</sup> Caracalla C. 3, 34, 2.

<sup>11</sup> Möglicherweise reichen die Anfänge dieser Entwicklung schon in die spätklassische Zeit zurück; vgl. RABEL (PARTSCH): *Mélanges Girard* II 409f.

<sup>1</sup> Schon in klassischer Zeit begründete ein formloser Verzichtvertrag wenigstens eine honorarische Einrede; so mit Recht SIBER: *Röm. R.* II 115 auf Grund von Ulp. D. 44, 4, 4, 12.

2. Ferner erloschen Dienstbarkeiten dadurch, daß sie sich mit dem Eigentum (z. B. durch Erbgang) in einer Hand vereinigten (*confusio, consolidatio*).

3. Nießbrauch und Gebrauchsrecht erloschen durch Tod und *capitis deminutio* des Berechtigten, auch durch Untergang oder wesentliche Veränderung der Sache<sup>2</sup>.

4. Felddienstbarkeiten und Nießbrauch gingen unter, wenn sie während zweier Jahre bzw. (im Fall des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache) während eines Jahres nicht ausgeübt worden waren (*non usus*). Bei Gebäudedienstbarkeiten trat der Untergang durch Zeitablauf nur dann ein, wenn der Besitzer des dienenden Grundstücks dieses während zweier Jahre in einem der Dienstbarkeit widersprechenden Zustand innegehabt hatte (*usucapio libertatis*)<sup>3</sup>. Justinian ersetzte auch hier die Ersitzungsfristen des Zivilrechts durch Fristen von zehn und zwanzig Jahren (vgl. § 77, 2).

## V. Schutz der Dienstbarkeiten.

§ 88. 1. Wie der Eigentümer mit der *actio negatoria* die Anmaßung einer Grunddienstbarkeit oder eines Nießbrauchs abwehrte, so stand umgekehrt dem, der ein solches Recht für sich in Anspruch nahm, gegen den Eigentümer der Sache<sup>1</sup> die *vindicatio servitutis* bzw. *usufructus* (in der justinianischen Gesetzgebung<sup>2</sup> auch als *actio confessoria* bezeichnet) als Angriffsmittel zu Gebot<sup>3</sup>. Im Lauf der Zeit, auf jeden Fall aber im justinianischen Recht<sup>4</sup>, wurde die Klage gegen jeden gewährt, der den Berechtigten an der Ausübung hinderte, auch wenn die dienende Sache ihm nicht gehörte. — Auch das Ziel der *vindicatio servitutis* (*usufructus*) entsprach dem der *actio negatoria* (Herstellung des der Grunddienstbarkeit bzw. dem Nießbrauch entsprechenden Zustands, Sicherheitsleistung, Herausgabe von Früchten, Schadensersatz, vgl. § 79).

2. Neben der zivilrechtlichen *vindicatio servitutis* standen prätorische Rechtsschutzmittel:

a) Das Edikt enthielt eine Anzahl besonderer Interdikte zum Schutz von Grunddienstbarkeiten (*de aqua, de rivis, de itinere actuque privato* u. a. m.)<sup>5</sup>. Dem Nießbraucher wurden die possessorischen Interdikte *uti possidetis, utrubi* und *unde vi* (§ 66) als *utilia* gewährt (fr. Vat. 90)<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Vgl. D. 7, 4, 5, 2ff.; RICCOBONO b. ZANZUCCHI: ZSSst. 30, 510; SIBER: Röm. R. II 113, 117 (mit weiteren Belegen).

<sup>3</sup> Die *usucapio libertatis* trat jedoch nicht ein, wenn der der Dienstbarkeit widersprechende Zustand auf widerruflicher Gestattung des Berechtigten beruhte; vgl. Iul. D. 8, 2, 32 pr.; Pap. D. 8, 4, 17. Ob das gleiche galt, wenn jener Zustand gewaltsam oder heimlich (*vi aut clam*) herbeigeführt war, ist zweifelhaft. Vgl. WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>9</sup> 1102; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 548.

<sup>1</sup> Auch hier galt Einlassungsfreiheit (§ 78, 3b); dem Kläger standen Interdikte zur Verfügung, die die gleiche Aufgabe hatten wie das *interdictum quem fundum* beim Eigentumsstreit (so das *interdictum quem usufructum*, fr. Vat. 92f.); Näheres bei LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 475 (§ 248, 2), 481 (§ 255); BERGER: RE 9, 1661.

<sup>2</sup> Die Bezeichnung als *actio confessoria* ist zweifellos nachklassisch (SEGRÈ: Mélanges Girard II 511ff.); sie wird aus Stellen wie D. 9, 2, 23, 10f. abgeleitet sein und ist ein typisches Beispiel verständnisloser Verallgemeinerung durch die nachklassische Theorie; vom justinianischen Gesetzgeber stammt sie schwerlich.

<sup>3</sup> Die Klagformeln bei LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 190ff. (§ 72f.), 373 (§ 176); anders als LENEL nehmen jedoch viele das Vorhandensein einer Restitutionsklausel an, vgl. zuletzt SEGRÈ: Bull. 41, 17ff.; Studi Ascoli 683ff.

<sup>4</sup> Daß die Ausdehnung der Passivlegitimation auf Dritte erst justinianisch sei, nehmen z. B. ARANGIO-RUIZ: Ist.<sup>3</sup> 241 und LEVY: ZSSst. 50, 646 an; gegen eine Hypothese von BIONDI (*Actio negativa e actio prohibitoria*, 1929) vgl. BUCKLAND: LQR 46, 447ff.

<sup>5</sup> LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 478 (§ 250—54); KRÜGER, H.: D. praetor. Servitut 90ff.; BERGER: RE 9, 1630ff.

<sup>6</sup> LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 468f. (§ 245, 3); 473f. (§ 247, 2); KRÜGER, H.: D. praetor. Servitut 80f., 97ff.; RICCOBONO: ZSSst. 31, 342ff.; BESELER: Beitr. I 100f.; III 169f.

b) Daß der Prätor mittels einer *actio utilis* formlos bestellen oder durch honorarrechtlich anerkannte Ersitzung begründeten Dienstbarkeiten Schutz gewährte, kann nicht bezweifelt werden: innerhalb welcher Grenzen er dies tat, bleibt allerdings ungewiß, da mit Interpolationen in den maßgebenden Quellenstellen gerechnet werden muß (vgl. § 86, 2). — Im justinianischen Recht schützte die *actio confessoria* sowohl die durch *traditio* oder *patientia* wie die durch *longa possessio* begründeten Dienstbarkeiten.

c) Die in D. 6, 2, 11, 1 erwähnte *actio Publiciana* zur Geltendmachung von Dienstbarkeiten hat, wenn überhaupt, doch jedenfalls nicht so uneingeschränkt dem klassischen Recht angehört, wie die Stelle es erscheinen läßt<sup>7</sup>.

#### Viertes Kapitel.

### Erbzinsrechte.

§ 89. Erbpacht, Emphyteusis<sup>1</sup>. 1. Der Staat und die Gemeinden gaben vielfach Liegenschaften, vor allem Ödland, das in Kultur genommen werden sollte, in Erbpacht. Dabei übernahm der Pächter das Grundstück (*ager vectigalis*) gegen eine feststehende jährliche Abgabe (*vectigal, canon*) entweder für immer (*in perpetuum*) oder doch auf lange Zeit (z. B. auf hundert Jahre). Seine Erben traten in seine Rechtsstellung ein (Paul. D. 6, 3, 1; Hygin bei LACHMANN: Gromatici I 116f.). Das Eigentum blieb, wie bei der gewöhnlichen Pacht, beim Verpächter; während aber dort der Pächter nur ein obligatorisches Recht (*actio conducti*) auf Überlassung des Grundstücks hatte, erwarb er hier eine dingliche Rechtsstellung. Vor allem gewährte ihm der Prätor einen dinglichen Herausgabeanspruch gegen jeden, der ihm das Grundstück vorenthielt, auch gegen den Eigentümer (*actio vectigalis*)<sup>2</sup>. Ferner standen dem Erbpächter die Besitzinterdikte zu (§ 64, 2b). Der Erbpächter konnte das Grundstück veräußern, verpfänden<sup>3</sup>, zum Gegenstand eines Vermächtnisses machen, selbstverständlich aber nur so, daß die Rechtslage gegenüber dem Eigentümer die gleiche blieb; insbesondere ging die Zinsverpflichtung auf den Rechtsnachfolger über. — Diese schon früh entwickelte Erbpacht war auch in der Kaiserzeit weit verbreitet; sie wurde nunmehr vielfach als *ius perpetuum* (Ewigrecht) bezeichnet und erstreckte sich, anders als in republikanischer Zeit, in der sie meist als Kleinpacht vorkam, mehr und mehr auch auf große Liegenschaftskomplexe<sup>4</sup>.

2. Von der geschilderten Form der Erbpacht verschieden war ursprünglich die sog. *εμψύτευσις*. Dies war aller Wahrscheinlichkeit nach eine mit Kulturpflicht verbundene Zeitpacht, die nach Ablauf der langjährigen Frist eine Steigerung des Zinses und Kündigung zuließ. Allmählich aber, etwa seit der Wende des dritten zum

<sup>7</sup> Justinianisch ist jedenfalls der zweite Teil der Stelle (*von itemque an*), denn an *servitutes praediorum urbanorum* und *rusticorum* war eine *actio Publiciana* schon deswegen nicht möglich, weil bei ihnen die *usucapio*, die die Unterlage dieser Klage bildete (§ 80), durch die *lex Scribonia* aufgehoben war (§ 86, 1 b) (KRÜGER). Für den ersten Satz, der die *Publiciana* verheißt (*si de usu fructu agatur tradito*), trifft dieser Grund allerdings nicht zu (BESELER); aber er setzt allgemeinen honorarischen Schutz der Tradition des Nießbrauchs voraus, und gerade dieser ist zweifelhaft (§ 86, 2b). Vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 172f.; KRÜGER, H.: Praetor. Servitut 25, 57ff., 86ff.; RABEL: Mélanges Girard II 405f.; BESELER: Beitr. II 6, III 171. Schwierigkeiten macht übrigens die Stelle auch für das justinianische Recht, weil sie die *actio Publiciana* an den Mangel der zivilen Bestellungsform anknüpft, der für die justinianische Zeit nicht mehr in Betracht kommt, und nichts über die hier allein maßgebende Frage sagt, ob die Klage dem zukommt, der eine Dienstbarkeit in gutem Glauben vom Nichteigentümer erworben hatte. Vgl. WINDSCHEID-KIPP: Pand. I <sup>9</sup> 1105f.

<sup>1</sup> Grundlegend MITTEIS: Z. Gesch. d. Erbpacht (Abh. Leipz. Ges. d. Wiss., phil.-hist. Kl. 22, 1901), dort ältere Lit. Vgl. ferner MITTEIS: ZSt. 22, 151ff.

<sup>2</sup> Über die Formel s. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 186ff. (§ 70).

<sup>3</sup> Nachweise bei MITTEIS: Erbpacht 27.

<sup>4</sup> Vgl. MITTEIS: Erbpacht 15, 23, 37f., 42f.

vierten Jahrhundert n. Chr., begannen beide Formen ineinander überzugehen. Vollendet war diese Entwicklung im justinianischen Recht, das nur eine einheitliche Emphyteusis kannte. Sie galt jetzt allgemein als Ewigpacht, die dem Emphyteuta stets ein dingliches Recht, insbesondere das Recht der vollständigen Nutzung, der Veräußerung<sup>5</sup>, Verpfändung, Vererbung und der dinglichen Klage gab. Selbstverständlich hatte der Emphyteuta wie sein Rechtsnachfolger den vereinbarten, feststehenden Zins an den Eigentümer zu entrichten. War er drei Jahre damit im Rückstand, so konnte ihm der Eigentümer, wenn nichts anderes ausbedungen war, das Pachtgut entziehen (Iust. C. 4, 66, 2). Das gleiche Recht stand dem Eigentümer auch dann zu, wenn der Emphyteuta es unterließ, die auf dem Grundstück ruhenden Abgaben an den Staat zu zahlen.

**§ 90. Erbbaurecht.** 1. *Superficies*<sup>1</sup> nannten die Römer das vererbliche Recht, auf fremdem Boden für einen längeren Zeitraum (z. B. 99 Jahre) ein Gebäude zu halten, das meist erst vom Berechtigten errichtet werden sollte. Wie im Fall der Erbpacht, handelte es sich ursprünglich wohl ausschließlich um Verpachtungen durch die Gemeinden, die dafür einen Bodenzins (*solarium*) erhoben; erst in jüngerer Zeit begegneten auch Private als Verpächter. Schon in klassischer Zeit war der dingliche Charakter des Erbbaurechts wenigstens ansatzweise herausgebildet: Der Prätor verlieh demjenigen, der in Ausübung eines solchen Rechts ein Grundstück innehatte, ein besonderes Interdikt zum Schutz gegen Störung oder Entziehung durch einen Dritten (vgl. § 64, 2b); darüber hinaus versprach er dem Erbbauberechtigten weiteren Klagschutz, jedoch nur von Fall zu Fall nach Prüfung der jeweiligen Sachlage<sup>2</sup>. — Natürlich verblieb das Eigentum an Grund und Boden beim Verpächter; aber auch die vom Erbbauberechtigten aufgeführten Gebäude wurden nicht etwa dessen Eigentum, sondern fielen nach dem Grundsatz *superficies solo cedit* sofort mit der Errichtung an den Grundeigentümer (vgl. § 73, 4a). Das Recht des Erbbauberechtigten war also lediglich ein (weitreichendes und langfristiges) Recht an fremder Sache.

2. Das nachklassische Recht hat die Entwicklung des Erbbaurechts zum dinglichen Recht vollendet; erst jetzt scheint dem Berechtigten z. B. die Befugnis zur Veräußerung seines Rechts zuerkannt worden zu sein; auch wurde nunmehr der Rechtsschutz nach dem Vorbild des Eigentumsschutzes durch Zulassung von *utiles actiones* ausgebaut (Interpolationen bes. in D. 43, 18, 1, 4ff.).

## Fünftes Kapitel.

### Pfandrechte<sup>1</sup>.

#### I. Begriff des Pfandrechts und geschichtliche Übersicht.

**§ 91.** 1. Pfandrechte sind dingliche Rechte, die einem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung eingeräumt werden. Das klassische römische Recht kannte zwei Grundtypen solcher Rechte: die zivilrechtliche Sicherungsübereignung (*fiducia*

<sup>5</sup> Näheres in C. 4, 66, 1 (Zeno).

<sup>1</sup> DEGENKOLB: Platzrecht u. Miete, 1867; PERNICE: ZSSt. 5, 90ff.; SCHMIDT, A.: ZSSt. 11, 121ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1260ff.; BAVIERA: Ser. giur. I 177ff.; SEGRÈ: Studi Moriani II 330f. Anm.; PARTSCH: ZSSt. 31, 431f.; ALBERTARIO: Il pegno della superficie 13ff., 1911 (vgl. ROTONDI: Scr. giur. III 442ff.); Il possesso del superficiario, 1912; BESELER: Beitr. I 101ff.; III 169ff.; RICCOBONO: Ann. Palermo 3/4, 509ff.; LENEL: Ed. perp. 3 476ff. (§ 249); KUNKEI: Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel 63, Anm. 3; KÜBLER: RE 4 A, 925ff.

<sup>2</sup> Vgl. den Ediktstext in D. 43, 18, 1 pr. An seiner Echtheit zu zweifeln (BAVIERA, BESELER), besteht kein ausreichender Grund.

<sup>1</sup> Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. I 9 1125 (§ 224\*); MANIGK: RE 6, 2316; 9, 411f. Moderne Gesamtdarstellungen: RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 493ff.; PEROZZI: Ist. I 2 804ff.; SIBER: Röm. R. II 119ff. Neuere Speziallit. s. u. jeweils bei den betreffenden Fragen. — Im

*cum creditore contracta*, § 92) und das eigentliche Pfandrecht (*pignus, hypotheca*, §§ 93f.), das in seiner klassischen Ausgestaltung ein Werk prätorischer Rechtsschöpfung war. Bei der *fiducia* erhielt der Gläubiger das zivile Eigentum an dem Sicherungsobjekt und unterlag lediglich einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Rückübereignung nach Tilgung der Schuld. Das prätorische Pfandrecht dagegen gab dem Gläubiger nur ein beschränkt dingliches Recht an fremder Sache, das ihn befähigte, beim Ausbleiben der Erfüllung seine Befriedigung in der Sache zu suchen, und dessen Bestand unmittelbar mit dem der gesicherten Forderung verknüpft war, derart, daß es ohne eine solche Forderung weder entstehen noch fortbestehen konnte (akzessorischer Charakter des Pfandrechts). Das justinianische Recht kannte nur noch das eigentliche Pfandrecht; die *fiducia* war zusammen mit den zivilen Übereignungsformen (*mancipatio, in iure cessio*), an die sie gebunden war, im Lauf des vierten und fünften Jahrhunderts außer Übung gekommen (vgl. § 54, 5; § 55, 4); in den justinianischen Rechtsbüchern ist sie durch Interpolationen ausgemerzt.

2. Das römische Pfandrecht der klassischen Zeit hat eine lange und verwickelte Vorgeschichte, die für uns nur geringe Spuren hinterlassen hat und darum weniger klar zutage liegt, als dies etwa im griechischen oder germanischen Recht der Fall ist. Was wir zu erkennen vermögen, zeigt indessen, daß die grundsätzliche Übereinstimmung des römischen Rechts mit diesen verwandten Rechten ursprünglich weiter reichte, als es nach den Nachrichten der klassischen oder gar der justinianischen Zeit den Anschein hat. Vor allem ist es zweifellos, daß auch im römischen Recht einst der Gedanke der Sachhaftung herrschte. Das Pfand galt danach als Ersatz für die ausbleibende Erfüllung der Forderung, zu deren Sicherung es bestellt war; der Gläubiger war darauf verwiesen, mochte das für ihn vorteilhaft oder nachteilig sein: bei folgerechter Durchführung dieses Grundsatzes brauchte er weder einen etwa vorhandenen Mehrwert des Pfandes (*superfluum*) herauszugeben, noch konnte er beim Minderwert, bei Untergang oder Verschlechterung des Pfandes eine Restforderung (*reliquum*) oder Deckungsforderung geltend machen. Doch ist begreiflich, daß, wer Kredit suchte, sich den Bedingungen dessen fügen mußte, der ihn gewähren sollte, und daß deshalb die Pfandverträge im römischen Recht ebenso wie im griechischen, für das wir reichlichere Belege haben, vor allem das Ziel verfolgten, den Gläubiger sicherzustellen und alle Haftung und Gefahr auf den Schuldner abzuwälzen<sup>2</sup>.

3. Einen deutlichen Ausdruck fand die Sachhaftung vor allem in der Vereinbarung, daß das Pfand dem Gläubiger, wenn er nicht befriedigt werde, zu Eigentum verfallen solle (*lex commissoria*). Diese auch dem griechischen Recht wohlbekannte und in ihm allzeit herrschend gebliebene Klausel dürfte auch in Rom ein hohes Alter haben. Sie war auch in klassischer Zeit nicht selten. Doch mußte es, namentlich seit der Ausbildung des Verkaufsrechts (Ziff. 4), mehr und mehr zutage-

---

folgenden wird grundsätzlich nur das durch Rechtsgeschäft begründete („gesetzte“) Pfand behandelt. Doch gelten die dabei entwickelten Regeln im wesentlichen auch für das „genommene“ Pfand, das der Magistrat durch seine Amtsdienere dem im Prozeß unterlegenen Schuldner vollstreckungshalber für den siegreichen Gläubiger abnehmen ließ (*pignus in causa iudicati captum*, Pfändungspfand, Ulp. D. 42, 1, 15; BETHMANN-HOLLWEG: Röm. Zivilprozeß II 693ff.). Ausschließlich in das Zivilprozeßrecht gehört die Pfändung, die der *legis actio per pignoris capionem* zugrunde lag (Gai. 4, 26ff.); in das Staatsrecht die vom Magistrat als Ungehorsamsstrafe verhängte Pfändung (MOMMSEN: Röm. Staatsr. I<sup>3</sup> 160f.). Unerörtert bleibt im folgenden endlich auch das sog. *pignus praetorium*, ein unvollkommenes Pfandrecht, das im wesentlichen auf eine Beschlagnahme (*detentio und custodia*) hinausläuft, vgl. DERNBURG: Röm. Pfandr. I 400ff.; WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>9</sup> 1168ff. (§ 233, 2); NABER: Mnemosyne 31, 211ff.

<sup>2</sup> Hieraus erklärt sich, daß selbst in solchen Pfandverträgen, die bereits ein Verkaufsrecht des Gläubigers vorsehen (Ziff. 4), die in diesem Zusammenhang selbstverständliche Klausel vorkommt, der Gläubiger sei berechtigt, die nichtgedeckte Restschuld einzutreiben. So die Inschrift bei BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 134, 24ff. (vgl. ECK: ZSSt. 9, 93); Pomp. in D. 20, 5, 9, 1; Scaev. D. 46, 1, 63.

treten, daß der Verfall eine schwere Benachteiligung des Schuldners bedeuten konnte, weil er diesem das Pfand vollständig entzog, auch dann, wenn es, wie dies oft der Fall war, den Wert der Forderung bei weitem überstieg. So wurde die *lex commissoria* schließlich von Konstantin für nichtig erklärt (C. 8, 34, 3).

4. Neben die *lex commissoria* trat, wohl erst in einer Zeit steigender Geldwirtschaft, eine jüngere Form der Gläubigerbefriedigung aus dem Pfande: Der Gläubiger wurde durch Vereinbarung darauf angewiesen, im Fall der Nichterfüllung das Pfand zu verkaufen und sich aus dem Erlös bezahlt zu machen (*pactum de vendendo* oder *distrahendo*). Für den Schuldner bot diese Abrede den Vorteil, daß ein etwa sich ergebender Überschuß des Preises über die Forderung (*superfluum*)<sup>3</sup> ihm zugute kam. Im *pactum de vendendo* verband sich somit bestmöglicher Schutz des Pfandschuldners mit völlig ausreichender Wahrung des Gläubigerinteresses, und hierauf beruht es, daß das Verkaufsrecht immer mehr in den Vordergrund trat; in der Kaiserzeit<sup>4</sup> setzte sich schließlich die Ansicht durch, daß ein Verkaufsrecht auch dann anzunehmen sei, wenn eine besondere Abrede über die Pfandverwertung fehlte.

## II. Sicherungsübereignung (*fiducia cum creditore*).

§ 92. 1. Die zivilrechtliche Sicherungsübereignung (*fiducia cum creditore*) gehört vermutlich schon der hohen Republik an, war aber auch in klassischer Zeit noch sehr verbreitet, namentlich bei der Verpfändung von *res mancipi* (§ 71, 1). Durch *mancipatio* oder *in iure cessio* wurde das Sicherungsobjekt dem Gläubiger übereignet, doch mit der Abrede, daß dieser es nach Tilgung der Schuld dem Verpfänder in der gleichen Weise zurückübertragen solle<sup>1</sup>. Nach dem Erlöschen der Forderung erwuchs dem Verpfänder aus dieser Abrede eine (persönliche) *actio fiduciae*<sup>2</sup> auf Rückübereignung.

2. Auch bei der *fiducia* findet sich die Verfallsklausel (*lex commissoria*, § 91, 3)<sup>3</sup>. An sich war wohl das Pfand durch das Ausbleiben der Erfüllung im Fälligkeitszeitpunkt noch nicht verfallen; auch bei späterer Leistung konnte der Verpfänder seine Rückgabe fordern. War aber der Verfall besonders vereinbart worden, so konnte sich der Gläubiger gegenüber der *actio fiduciae* mit Erfolg darauf berufen.

3. Statt des Verfalls konnte auch das Verkaufsrecht des Gläubigers durch *pactum de vendendo* (§ 91, 4) ausbedungen werden<sup>4</sup>. Zwar war der Gläubiger kraft seines Eigentums jederzeit imstande, die Sache wirksam zu veräußern; doch drohte ihm dann nach Tilgung der Schuld die Verurteilung auf Grund der *actio fiduciae*. War

<sup>3</sup> Auffallenderweise gebraucht man in der modernen Lit. dafür allgemein den griechischen Ausdruck *hyperocha*, der in den römischen Quellen nur einmal in der Anfrage eines Konsulenten bei Tryph. D. 20, 4, 20 vorkommt (vgl. MANIGK: RE 9, 293f.) und selbst hier nicht von zweifelloser Echtheit ist (s. BESELER: Beitr. IV 138).

<sup>4</sup> Und zwar noch in spätklassischer Zeit, vgl. Ulp. D. 13, 7, 4; allerdings hält ALBERTARIO bei ROTONDI: Scr. giur. II 582, Anm. 1 den entscheidenden zweiten Satz dieser Stelle für interpoliert (s. auch EBRARD: ZSSt. 44, 534f.); hiergegen jedoch mit Recht LEVY: ZSSt. 49, 251, Anm. 2, der auch auf Gordian C. 8, 27, 7 (238 n. Chr.) verweist. — Gai. 2, 64 dagegen weiß offenbar von der abredelosen Geltung des Verkaufsrechts noch nichts.

<sup>1</sup> Vgl. § 54, 4b; dort Anm. 18 Quellen u. Lit. Über die *usureceptio* des fiduziarischen Pfandes s. o. § 75, Anm. 7. — Die Bezeichnung der fiduziarischen Abrede als *pactum fiduciae* bezweifelt SIBER: Röm. R. II 121, Anm. 7; vgl. jedoch BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 135, 6 (*pactum conventum factum est . . .*).

<sup>2</sup> Die Klagformel bei LENEL: Ed. perp. 3 291 ff. — Sie enthielt eine eigenartige, altertümliche Bezugnahme auf Treu und Glauben: *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*. Die Verurteilung hatte infamierende Wirkung (Gai. IV 182).

<sup>3</sup> Vgl. die Rubrik vor Paul. sent. 2, 13 (die freilich nicht zum Inhalt des Folgenden paßt); hierzu SCHULZ: ZSSt. 47, 47, Anm. 1.

<sup>4</sup> Vgl. BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 135, 11 ff. — Die abredelose Geltung des Verkaufsrechts in spätklassischer Zeit wird sich auch auf die *fiducia* erstreckt haben. Dagegen dürfte die Zulassung des Verkaufsrechts trotz gegenteiliger Vereinbarung in Paul. sent. 2, 13, 5 erst nachklassischen Ursprungs sein (*sollemnis denuntiatio!* vgl. LEVY: ZSSt. 49, 251).

ihm aber das Verkaufsrecht vom Verpfänder eingeräumt, so konnte er die *actio fiduciae* zurückschlagen und brauchte nur den etwaigen Überschuß des Erlöses über den Betrag seiner Forderung (*superfluum*) herauszuzahlen.

### III. Echte Pfandrechte an Sachen (*pignus* und *hypotheca*).

#### A. Die einzelnen Arten.

§ 93. Faustpfand. 1. In alte Zeiten reicht die Gepflogenheit zurück, dem Gläubiger eine Sache unter der formlosen Vereinbarung zu übergeben, daß er sie als Pfand besitzen solle, während das Eigentum unberührt blieb (Faustpfand, *pignus* im engeren Sinn). Doch gewährte diese Form der Sicherung, soviel wir wissen, zunächst dem Gläubiger keinen anderen rechtlichen Schutz, als daß er das Pfand bis zu seiner Befriedigung zurückbehalten konnte, es sei denn, daß er sich durch die Verfalls- oder Verkaufsklausel weitere Rechte ausbedungen hatte. Die jüngere Entwicklung führte dann zu einer allmählichen Festigung der Gläubigerstellung: Einen ersten Schritt in dieser Richtung bedeutete die Einbeziehung des Pfandbesitzes in den Bereich der interdiktisch geschützten Besitztatbestände (§ 64, 2b); sie gab dem Gläubiger die Möglichkeit, den Besitz der Pfandsache gegen eigenmächtige Entziehung oder Störung, auch Dritten gegenüber, zu behaupten. Aber erst mit der Schaffung einer allgemeinen dinglichen Pfandklage der *actio (quasi) Serviana* (§ 94, 4f.) nahm das Faustpfand den Charakter eines wirklichen Rechtes an fremder Sache an<sup>1</sup>. Schließlich gewährte die generelle Anerkennung des Rechtes zum Pfandverkauf (§ 91, 4) dem Gläubiger auch ohne besondere Abrede eine angemessene Befriedigungsmöglichkeit.

2. Nach Erlöschen der Schuld stand dem Verpfänder die *actio pigneraticia* (§ 138, 2) auf Rückgabe des Pfandes zu, vorausgesetzt, daß dem Gläubiger die Sache nicht zufolge einer *lex commissoria* verfallen war, oder daß er nicht das Verkaufsrecht ausgeübt hatte. Im letzten Fall blieb dem Verpfänder auch hier der Anspruch auf einen bei dem Verkauf erzielten Überschuß. Im Anschluß an eine bei der Abfassung von Pfandverträgen schon vorher geübte Gewohnheit<sup>2</sup> gestattete Gordian III. dem Gläubiger, im Wege einer *exceptio doli* die Rückgabe des Pfandes trotz Tilgung der Pfandschuld zu verweigern, wenn er noch andere Forderungen gegen den Schuldner hatte, für die die Sache nicht zum Pfand gesetzt war (C. 8, 26, 1, 2). Hierin lag aber nur ein Zurückbehaltungsrecht, kein eigentliches Pfandrecht. Insbesondere hatte der Gläubiger wegen solcher Forderungen kein Verkaufsrecht.

3. Gewährte das Pfand dem Gläubiger, der es in Besitz hatte, Nutzungen, handelte es sich z. B. um ein landwirtschaftliches Grundstück, das dem Pfandbesitzer Früchte trug<sup>3</sup>, so konnte ausbedungen sein, daß die Nutzungen dem Gläubiger statt der Zinsen verbleiben sollten; die Kapitalforderung blieb dann voll bestehen (Nutzungs- pfand, *ἀντίχρησις*, Ewigsatzung): Marcian D. 20, 1, 11, 1<sup>4</sup>; D. 13, 7, 33; Philippus

<sup>1</sup> Daß diese Entwicklung zum echten Recht an fremder Sache erst justinianisch sei, behauptet zu Unrecht LA PIRA: Studi Cammeo II 3ff. (vgl. auch Studi Senesi 47, 61ff.; Studi Ratti 227ff.).

<sup>2</sup> So jedenfalls Pap. Lips. 10, 31f. = Chrest. II 189 (178 n. Chr.), wahrscheinlich auch BGU 741, 45f. = Chrest. II 244 (143/4 n. Chr.). Vgl. dazu MITTEIS: Grundzüge d. Papyrusk. 154ff.; WEISS: Pfandrechl. Unters. I 52ff.; RAAPE: Verfall d. griech. Pfandes 85ff., 1912.

<sup>3</sup> Außerdem werden Mietgelder, eigene Benutzung, Dienstleistung von Sklaven und Tieren erwähnt: Marcian D. 20, 1, 11, 1; Alex. Sev. 4, 24, 2; Syr.-röm. Rechtsbuch 50, 99 usw. Auch die Papyrusurkunden bieten zahlreiche Beispiele; darüber MANIGK: Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, 1910. Dabei handelt es sich freilich vielfach, wie MANIGK mit Recht annimmt, zunächst nicht um eine Verpfändung der genutzten Sache, sondern lediglich um die Überlassung der Sachnutzung an Stelle der Zinsen oder zur Tilgung des Kapitals (Amortisation). Es fragt sich aber, ob nicht die römischen Juristen in solchen Fällen ein Pfandrecht angenommen haben, auch wenn das im Verträge nicht ausdrücklich vorgesehen war; so jedenfalls Marcian, vgl. u. Anm. 4.

<sup>4</sup> Auch diese Stelle gehört hierher: vgl. darüber außer o. Anm. 3: MANIGK: Festg. f. Güterbock 284f.; Gläubigerbefriedigung durch Nutzung 48f.; Arch. f. Pap. 6, 120f.; PARTSCH: Arch. f. Pap. 5, 510; ERMAN: Mélanges Girard I 441, 2.

C. 4, 32, 17. Zog dagegen der Gläubiger die Nutzungen, ohne daß eine solche Vereinbarung getroffen war<sup>5</sup>, so war er nach klassischem Recht verpflichtet, ihren Wert zuerst auf die Zinsen, dann auf die Hauptforderung anzurechnen und, wenn sich dabei ein Mehrwert gegenüber seiner Forderung ergab, den Überschuß an den Verpfänder herauszugeben (Amortisation, Totsatzung): Ulp. D. 36, 4, 5, 21; Sev. u. Antonin. 21, 1; Alex. Sev. ebd. 2—3; Diocl. u. Maximian. C. 8, 24, 2 (vgl. lex. Rom. Burg. 14, 3).

§ 94. Hypothek. 1. Neben dem Faustpfand kannte das römische Recht auch ein besitzloses Pfandrecht, das sich lediglich auf eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Verpfänder gründete. Da diese Art des Pfandrechts in den justinianischen Quellen vielfach als *hypotheca* bezeichnet wird, hat man ihr Vorbild im griechischen Recht gesucht. Die neuere Forschung hat indessen festgestellt, daß die griechische Hypothek vom Gedanken einer reinen Sachhaftung ausgeht und von dem besitzlosen Pfand des römischen Rechts durchaus verschieden ist<sup>1</sup>. Dieses hat sich vielmehr ohne fremde Einflüsse entwickelt, und zwar nicht als selbständiges Gebilde, sondern als ein Seitentrieb des Faustpfands. Dementsprechend fehlt in den Quellen eine folgerichtige Unterscheidung zwischen Faustpfand und besitzlosem Pfand<sup>2</sup>. Noch in den justinianischen Quellen erscheinen sie oftmals beide unter dem gemeinschaftlichen Namen *pignus*. Dies ist zweifellos die ursprüngliche Terminologie; sie beweist, daß die Römer beide Pfandarten trotz der verschiedenen Besitzlage nicht als wesensverschieden behandelten. Erst späterhin, immerhin wohl noch in klassischer Zeit<sup>3</sup>, begann man das besitzlose Pfand in äußerlicher Anlehnung an den griechischen Sprachgebrauch<sup>4</sup> *hypotheca* zu nennen<sup>5</sup> und dem Faustpfand gelegentlich gegenüberzustellen<sup>6</sup>. Die nachklassische Zeit zeigt dann eine entschiedene Vorliebe für den griechischen Ausdruck: an vielen Stellen der justinianischen Gesetzgebung ist das Wort *hypotheca* nachklassische Zutat, zumeist als Sondernamen für das besitzlose Pfand, gelegentlich aber auch als Bezeichnung für beide Pfandarten. — Für die moderne Darstellung empfiehlt es sich, trotz der Schwankungen im antiken Sprachgebrauch, den Begriff der Hypothek auf das besitzlose Pfand, den des *pignus* auf das Faustpfand zu beschränken; der enge Zusammenhang beider Pfandarten darf dabei freilich nicht aus den Augen gelassen werden.

2. Der Rechtsschutz der römischen Hypothek ging von einem ganz speziellen Tatbestand aus<sup>7</sup>. Es war nämlich üblich, daß der Pächter eines landwirtschaftlichen

<sup>5</sup> Die Verpflichtung zu sorgfältiger Fruchtziehung, die in C. 4, 24, 3 (*vel percipere debuit*) und C. 8, 24, 2 (*vel quas percipere potuit*) ausgesprochen ist, beruht vielleicht auf Interpolation.

<sup>1</sup> MANIGK: RE 9, 292ff. (bes. 346f., 348ff.). — Vgl. für die folgenden terminologischen Bemerkungen auch dessen Pfandrechl. Unters. I 1 (1904) und die u. Anm. 3 angeführte Lit.

<sup>2</sup> Vgl. Marcian D. 20, 1, 5, 1: *inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*.  
<sup>3</sup> Seit FEHR: Beitr. z. Lehre v. röm. Pfandr., 1910, der den Nachweis versuchte, daß *hypotheca* in den justinianischen Quellen stets interpoliert sei, ist die Echtheitsfrage viel erörtert: vgl. MITTEIS: ZSSt. 31, 489ff.; ERMAN: Mélanges Girard I 419ff.; KROLL: Z. Gaiusfrage (Diss. Münster 1907) 15ff.; BESELER: Beitr. III 48; MANIGK: RE 9, 343ff. (bes. 364ff.); EBRARD: Digestenfragm. ad formulam hypothecariam, 1917; LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 493, Anm. 13. Der Bearbeiter schließt sich der Auffassung von JÖRS i. d. Voraufl. 109, Anm. 6 und WLASSAK (zit. b. JÖRS) an, wonach *hypotheca* zwar oft, aber nicht immer interpoliert ist. Echt könnte es z. B. in den in Anm. 2, 5 u. 6 zit. Digestenstellen sein, ebenso im Titel der Kommentare des Gaius *de formula hypothecaria* und des Marcian *ad formulam hypothecariam*. Es wäre schwer begreiflich, daß die Kompilatoren in diesen Titeln zwar *pigneraticia(m)* durch *hypothecaria(m)* ersetzt, aber das für sie viel anstößigere *formula(m)* stehen gelassen haben sollten (WLASSAK; vgl. auch ARANGIO-RUIZ: Ist.<sup>3</sup> 254, Anm. 1).

<sup>4</sup> Das griechische Recht unterscheidet zwischen *ἐνέχυρον* und *ὑποθήκη*; jenes bedeutet das Faustpfand, bei der *ὑποθήκη* aber verblieb, wenn sie nicht etwa als Nutzungspfand auftrat, in der Regel der Besitz dem Verpfänder.

<sup>5</sup> Vgl. die Definition bei Gai. D. 20, 1, 4. Die Stelle ist zweifellos verfälscht (s. FEHR: o. Anm. 3, 74f.), aber der Anfang dürfte, abgesehen von *hypothecae nomine*, echt sein.

<sup>6</sup> I. 4, 6, 7; Ulp. D. 13, 7, 9, 2.

<sup>7</sup> Über die Frage, ob die Hypothek noch andere Wurzeln hat, vgl. MANIGK: RE 9, 346ff.



Grundstücks dem Verpächter seine auf das Grundstück eingebrachte Habe (*invecta, illata*), insbesondere das Inventar, für die Entrichtung des Pachtzinses verpfändete. Die Pfandsetzung durch *fiducia* oder Faustpfand erwies sich hierbei als ungeeignet, weil sie dem Pächter den Besitz des Inventars und dadurch die Möglichkeit der Bewirtschaftung des Gutes entzogen hätte<sup>8</sup>. Darum griff zu einer uns unbekanntem Zeit<sup>9</sup> der Prätor ein, indem er dem Verpächter für den Fall, daß seine Pachtzinsforderung nicht befriedigt wurde, zunächst ein Besitzinterdikt (das *interdictum Salvianum*) und danach auch eine prätorische Klage (die *actio Serviana*) zur Verfügung stellte, mit denen er sich den Besitz der verpfändeten Sachen verschaffen konnte.

3. Von diesen beiden Rechtsbehelfen blieb das *interdictum Salvianum* in klassischer Zeit auf seinen ursprünglichen Anwendungskreis beschränkt: es konnte nur vom Verpächter geltend gemacht werden und nur gegen den Pächter, nicht auch gegen Dritte, in deren Besitz die verpfändeten Sachen etwa gelangt waren (Gai. 4, 147)<sup>10</sup>. Das justinianische Recht gab (unter dem Einfluß der *actio Serviana*) diese letzte Beschränkung auf, ob darüber hinaus auch die Beschränkung auf die Landpacht, ist zweifelhaft.

4. Dagegen wurde die *actio Serviana*<sup>11</sup> schon im klassischen Recht weit über ihren ursprünglichen Geltungsbereich hinaus erstreckt. Die besitzlose, durch bloße Vereinbarung begründete Hypothek fand nämlich alsbald auch außerhalb der Landpacht Anwendung und wurde schließlich ganz allgemein für die Verpfändung von Sachen aller Art, namentlich aber für die Verpfändung von Grundstücken üblich. Seitdem wurde die *actio Serviana*, späterhin in dieser erweiterten Funktion auch *actio quasi Serviana*, *pigneraticia in rem* oder *hypothecaria* genannt<sup>12</sup>, zu einer auf dem Pfandrecht beruhenden „Sachverfolgung“<sup>13</sup> oder, um der nachklassischen Anschauungsweise gerecht zu werden, zu einem dinglichen Pfandanspruch. Für ihre Einzelausgestaltung wurde in vieler Hinsicht die *rei vindicatio* vorbildlich, wie denn auch öfters von einer *vindicatio pignoris* gesprochen wird, obwohl es sich um prätorischen Rechtsschutz handelt (vgl. z. B. Scaev. D. 17, 7, 43 pr.; Marcian D. 20, 4, 12 pr.; Diocl. C. 4, 24, 10, 2).

a) Der Pfandgläubiger konnte mit der *actio Serviana* die Herausgabe der Pfandsache von jedem Besitzer<sup>14</sup> verlangen, gleichviel, ob dies der Schuldner war, der Verpfänder oder ein Dritter (z. B. ein späterer Erwerber); nach justinianischem Recht richtete sich die *actio Serviana*, gleich der *rei vindicatio*, auch gegen denjenigen, der sich des Besitzes vorsätzlich entäußert hatte (den sog. *\*fictus possessor*; vgl. § 78, 3d). Zur Begründung der Klage mußte der Kläger zunächst einmal nachweisen, daß

<sup>8</sup> Auch eine prekaristische Überlassung des Inventars würde den Pächter nicht sichergestellt haben, da er in einem Besitzstreit mit dem Verpächter der *exceptio vitiosae possessionis* unterlegen wäre (§ 66, 2a).

<sup>9</sup> Hypothesen über die Entstehungszeit beider Rechtsbehelfe bei GIRARD-V. MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 838, Anm. 1 u. 3; SIBER: Röm. R. II 124, Anm. 15; VOLTERRA: Osservazioni sul pegno di cosa altrui in dir. rom. 12, Anm. 1, 1930; CARRELLI: Sulla accessorieta del pegno nel dir. rom. 3, Anm. 1, 1934.

<sup>10</sup> Im einzelnen läßt sich aus den dürftigen und stark interpolierten Quellen wenig Sicheres ermitteln. Vgl. (mit weiteren Literaturangaben) KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1273 ff.; LENEL: ZSt. 3, 180ff.; Ed. perp.<sup>3</sup> 490ff.; HERZEN: Origine de l'hyp. rom. 109ff., 1899; BERGER: RE 9, 1667ff.

<sup>11</sup> Vgl. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 493ff. mit Rekonstruktion der Formel.

<sup>12</sup> Von diesen Bezeichnungen ist die als *actio quasi Serviana* selten und vermutlich ganz unklassisch (vgl. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 493, Anm. 1); die beiden anderen mögen schon der klassischen Zeit angehören, sind aber jedenfalls nicht ediktal.

<sup>13</sup> ALBERTARIO: Riv. dir. proc. 5, 190f. behauptet, daß die *actio Serviana* im Sinne des klassischen Rechts nicht zu den *actiones in rem* gehört habe; dagegen mit Recht SEGRÈ: Bull. 41, 81ff. Der Auffassung ALBERTARIOS steht nahe LA PIRA (über dessen Arbeiten vgl. § 93, Anm. 1).

<sup>14</sup> Im einzelnen galt für die Passivlegitimation dasselbe wie bei der *rei vindicatio* (§ 94, 3a).

ihm die Sache für seine Forderung verpfändet war; sodann im Regelfalle<sup>15</sup>, daß die Sache zur Zeit der Verpfändung im Vermögen (*in bonis*) des Verpfänders gestanden hatte; endlich, wenn die Existenz der durch das Pfandrecht gesicherten Forderung bestritten wurde, auch die Entstehung dieser Forderung. Dagegen brauchte der Kläger nicht darzutun, daß die Forderung zur Zeit des Prozeßbeginnes noch bestand. Vielmehr war es insoweit Sache des Beklagten, die Verurteilung zu vermeiden, indem er den Untergang der Forderung oder auch den Annahmeverzug des Gläubigers nachwies. Wie bei der *rei vindicatio* herrschte Einlassungsfreiheit; wie dort forderte der Richter vor der Verurteilung den Beklagten zur Herausgabe der Sache auf und verurteilte ihn im Falle der Weigerung auf den vom Kläger eidlich geschätzten Geldwert des Streitgegenstands (vgl. § 78, 3 b, 4). Wenn sich die Klage gegen den Schuldner selbst richtete, durfte das Pfand jedoch nicht höher bewertet werden als die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung (Ulp. D. 20, 1, 21, 3). — Im justinianischen Recht erfuhren diese Grundsätze die gleichen Veränderungen wie bei der *rei vindicatio* (vgl. § 78, 3 b a. E., 4 a. E.).

b) Der Beklagte konnte gegenüber der *actio Serviana* alle Einwendungen geltend machen, die ihm gegen die dem Pfandrecht zugrundeliegende Forderung zu Gebote standen. Er konnte die Herausgabe ferner dann verweigern, wenn er ein gleichrangiges oder besseres Pfandrecht an der Sache hatte (Ulp. D. 20, 1, 10; Marcian D. 20, 4, 12 pr.; vgl. § 97, 1)<sup>16</sup>.

5. Die *actio Serviana* entstand, wie wir sahen, im Bereiche des besitzlosen Verpächterpfandrechts und ihre Ausdehnung auf verwandte Tatbestände war der Weg, auf dem sich das besitzlose Pfandrecht allgemeine Geltung verschaffte. Sie blieb aber nicht auf das besitzlose Pfandrecht beschränkt. Da nämlich die Römer Faustpfand und besitzloses Pfand als eine Einheit ansahen (vgl. o. Ziff. 1) und ihre gemeinsame Grundlage in der (formlosen) Pfandvereinbarung suchten, gestatteten sie dem Faustpfandgläubiger, der den Besitz verloren hatte, dessen Wiederherstellung mit der *actio Serviana* zu betreiben (vgl. § 93, 1)<sup>17</sup>. Andererseits aber wurde auch der Hypothekar, nachdem er einmal den Besitz des Pfandes mit Hilfe der *actio Serviana* erlangt hatte, wie ein Faustpfandgläubiger behandelt: er genoß dann wie dieser den Schutz der Besitzinterdikte, hatte die gleichen Rechte hinsichtlich der Verwertung und Nutzung der Pfandsache und unterlag nach Erlöschen der Pfandschuld der persönlichen *actio pignoratitia*.

6. Die Anerkennung eines besitzlosen Pfandrechts ermöglichte die Entwicklung von Pfandrechten an ganzen Vermögensmassen. Eine derartige Generallhypothek<sup>18</sup> umfaßte grundsätzlich alle zur Zeit der Verpfändung in dem Vermögen vorhandenen

<sup>15</sup> Vermutlich entfiel dieser Nachweis, wenn sich die Klage gegen den Verpfänder selbst und nicht gegen einen Dritten richtete. War eine Sache verpfändet, die dem Verpfänder zur Zeit der Verpfändung nicht gehörte, so konnte der Gläubiger mit der *actio Serviana* gegen Dritte jedenfalls nicht vorgehen; erwarb jedoch der Verpfänder späterhin die Sache, so wurde auch das Pfandrecht nachträglich voll wirksam: der Gläubiger konnte nunmehr auch dritte Besitzer, zwar nicht mit der *actio Serviana* selbst, wohl aber mit einer *actio utilis* belangen. Dies alles hat VOLTERRA: Osservazioni sul pegno di cosa altrui in dir. rom., 1930, m. E. wahrscheinlich gemacht. — Zu dem benachbarten Problem der Verpfändung künftiger Früchte, auf das hier nicht eingegangen werden kann, vgl. zuletzt ROMANO: Appunti sul pegno dei frutti nel dir. rom. (Ann. Camerino 5, 1931); RABEL: ZSSt. 53, 587 ff.

<sup>16</sup> Über das sog. *beneficium excussionis (personalis und realis)* s. WINDSCHEID-KIPP: Pand. I 9 1191 (§ 235); DERNBURG: Pfandr. II 370 ff.

<sup>17</sup> Anders für das klassische Recht LA PIRA: vgl. § 93, Anm. 1.

<sup>18</sup> Näheres bei VANGEROW: Pand. I 816 ff.; DERNBURG: Pfandr. I 501 ff. — Beim Aufkommen der Generallhypothek mögen Anregungen aus dem griechischen Recht mitgewirkt haben. Vgl. über dieses namentlich SCHWARZ: Hypothek u. Hypallagma 48 ff., 1911. Beispiele bei MITTEIS: Grundzüge d. Papyrusk. II 1, 132; ferner aus der Zeit der Herrschaft des röm. Rechts in Ägypten: Pap. Cairo Masp. 67097 R 58 ff.; Pap. Oxy. 136, 39 ff.; Pap. Lond. 113, 66 ff. (I 202): *ἀπαντα ἐαυτῶν τὰ ὑπάρχ[οντα] καὶ ὑπάρξοντα*, Pap. München 14, 96 f.: *πάντα τὰ ὄντα αὐτοῖς καὶ ἐσόμενα πράγματα*.

Gegenstände (Sachen und Rechte). Später erworbene Gegenstände wurden nach klassischem Recht dann einbezogen, wenn sich die Verpfändung ausdrücklich auf sie erstreckte<sup>19</sup>, nach justinianischem Recht schon dann, wenn sie nicht besonders ausgenommen waren (C. 8, 16, 9, 1).

§ 95. **Stillschweigend vereinbarte und gesetzliche Pfandrechte.** 1. Bei einzelnen Verträgen bildete in der Kaiserzeit die Bestellung von Pfandrechten so sehr die Regel<sup>1</sup>, daß man sie schließlich auch dann als stillschweigend ausbedungen ansah, wenn eine ausdrückliche Abrede fehlte (*pignus quod tacite contrahitur*; D. 20, 2). So erwarb der Vermieter einer Wohnung, eines Hauses oder eines anderen städtischen Grundstücks zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Mietvertrag ein Pfandrecht an den vom Mieter in die vermieteten Räume eingebrachten Sachen<sup>2</sup> (Nerat. D. 20, 2, 4; Pomp. in D. 20, 2, 2). Die Entfernung dieser Sachen durfte der Vermieter gewaltsam verhindern. War aber die Mietschuld getilgt, so stand dem Mieter ein *interdictum de migrando* auf Freigabe der Sachen zu (Formel in D. 43, 32, 1 pr.). — Der Verpächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks hatte für seine Ansprüche aus dem Pachtvertrag auch ohne besondere Abrede ein Pfandrecht an den vom Pächter gezogenen Früchten (Pomp. D. 20, 2, 7)<sup>3</sup>.

2. Neben diesen auf stillschweigende Vereinbarung gegründeten Pfandrechten begegnen schon in klassischer Zeit auch solche, die unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhten. So bestimmte ein Senatsbeschluß unter Mark Aurel, daß für ein Darlehen zur Herstellung eines Gebäudes dem Gläubiger ein Pfandrecht an diesem Gebäude zustehen solle (Pap. D. 20, 2, 1). Das wichtigste gesetzliche Pfandrecht, das des Fiskus, läßt sich seit der Zeit des severischen Kaiserhauses nachweisen. Es stand der Staatskasse für alle ihre Forderungen zu, namentlich für Ansprüche aus Verträgen und für Steuerforderungen (nicht auch für Strafforderungen), und erfaßte das gesamte Vermögen des Schuldners (Generalhypothek, § 94, 6). Seine Einführung und Ausgestaltung erfolgte anscheinend durch kaiserliche Konstitutionen (Antoninus Caracalla C. 8, 14, 1 u. 2; Pap. D. 49, 14, 37)<sup>4</sup>.

3. In nachklassischer Zeit traten neben die Generalhypothek des Fiskus noch weitere gesetzliche Pfandrechte am Gesamtvermögen des Schuldners<sup>5</sup>: Seit Konstantin d. Gr. hatten Mündel und Minderjährige ein derartiges Recht am Vermögen des Vormunds oder des *curator* wegen ihrer Ansprüche aus der Verwaltung der Vormundschaft und der Pflugschaft (C. Th. 3, 30, 1 = C. 5, 37, 20). Justinian verlieh unter anderem der Ehefrau eine Generalhypothek am Vermögen des Mannes für ihren Anspruch auf Rückgabe der Mitgift nach Beendigung der Ehe (C. 5, 13, 1b; vgl. § 183, 3). — Verwandt ist auch die gleichfalls von Justinian geschaffene Hypothek des Vermächtnisnehmers: der Bedachte hatte zur Sicherung seines Anspruchs gegen den Belasteten (§ 228, 3a) ein gesetzliches Pfandrecht an allem, was dieser aus dem Nachlaß erhielt (C. 6, 43, 1).

## B. Mehrheit von Pfandrechten.

§ 96. **Das Verhältnis mehrerer Pfandgläubiger im allgemeinen.** 1. Der Eigentümer einer verpfändeten Sache wurde durch das Pfandrecht nicht gehindert, fernerhin über

<sup>19</sup> Was allerdings meistens geschah, vgl. z. B. Gai. D. 20, 1, 15, 1; Ulp. ebd. 6; Marcian D. 40, 8, 6: *bona omnia quae habet habiturusve est.*

<sup>1</sup> Vgl. Afr. D. 47, 2, 62, 8: *ut adsolet.*

<sup>2</sup> Pomp. in D. 20, 2, 2: *invecta et illata*, genauer im *interdictum de migrando*: *quae in eam habitationem — introducta, importata, ibi nata factave essent.*

<sup>3</sup> Anlehnung an griechisches Recht? vgl. MITTEIS: Röm. Privatr. I 19f. (Anm.).

<sup>4</sup> Scaevola (D. 20, 4, 21, 1) kannte jedenfalls das Vorrecht (§ 97, 2a), vermutlich aber überhaupt das Pfandrecht des Fiskus noch nicht. Die Wahrscheinlichkeit spricht dafür, daß Pfandrecht und Vorrang gleichzeitig ins Leben getreten sind.

<sup>5</sup> Zusammenstellung der gesetzlichen Generalhypotheken bei VANGEROW: Pand. I<sup>7</sup> 841ff.; DERNBURG: Pfandr. I 334ff.; WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>9</sup> 1161ff. (§ 232). — Für die beiden im folgenden genannten Hypotheken s. außerdem WEISS: Pfandrechl. Unters. I 67ff., 129ff.

die Sache zu verfügen. Er konnte sie veräußern und weiterhin dinglich belasten, namentlich also auch weiter verpfänden<sup>1</sup>. Das bereits bestehende Pfandrecht wurde jedoch vermöge seiner dinglichen Natur durch solche Verfügungen nicht beeinträchtigt: der neue Eigentümer erwarb die Sache mitsamt der Pfandbelastung, dem zweiten Pfandgläubiger ging der erste vor. Eigentümer wie Zweitgläubiger unterlagen, sobald sie in den Besitz der Sache gelangten, der *actio hypothecaria* des älteren Pfandgläubigers.

2. Der Vorrang des älteren Pfandgläubigers führte zu einer starken Einschränkung nachstehender Pfandrechte. Der Nachhypothekar unterlag nicht nur der Pfandklage des Vormannes; auch seine eigene *actio hypothecaria* wirkte zwar gegen Dritte, nicht aber gegen den Vormann, der ihr die Einrede des besseren Pfandrechts entgegenzusetzen konnte (Marcian D. 20, 4, 12 pr.). Das Verkaufsrecht stand nur dem ersten Pfandgläubiger zu; der Nachhypothekar hatte lediglich ein Recht auf Herausgabe des Überschusses, der vom Erlöse nach Befriedigung des Vormannes noch verblieb. Erst mit dem Wegfall des Vormannes erstarkte das zweite Pfandrecht zu normalem Umfang. Der Nachhypothekar hatte jedoch das Recht, durch Befriedigung seines Vormannes dieses Aufrücken vom schlechteren zum besseren Range herbeizuführen (*ius offerendi*; vgl. Gai. D. 20, 4, 11, 4; Pap. D. 20, 5, 2; 3 pr.)<sup>2</sup>.

**§ 97. Die Rangfolge der Pfandrechte.** 1. Aus dem Voraufgehenden ergibt sich bereits, daß für die Rangfolge mehrerer Pfandrechte grundsätzlich die Reihenfolge ihrer Begründung<sup>1</sup> maßgebend war: *prior tempore potior iure*. Gleichzeitig entstandene Pfandrechte hatten gleichen Rang.

2. Indessen wurde das Prinzip des Altersvorrangs seit der spätclassischen Zeit immer häufiger durch Privilegien durchbrochen, kraft deren gewisse Pfandrechte von Gesetzeswegen auch den älteren Belastungen voringen:

a) An erster Stelle stand immer die gesetzliche Generalhypothek des Fiskus (§ 95, 2).

b) Nächst ihr ging die gesetzliche Dotalhypothek der Frau (§ 95, 3) allen anderen Pfandrechten an den Gütern des damit belasteten Mannes vor.

c) Schließlich ging das Pfandrecht, das einem Gläubiger bestellt war oder kraft Gesetzes (§ 95, 2) zustand, den schon vorhandenen vor, wenn er zur Anschaffung, Erhaltung oder Ausbesserung einer Sache Mittel hergegeben hatte (*versio in rem*), die auch den früheren Pfandgläubigern zugute kamen.

3. Ein eigenartiges Vorzugsrecht wurde von Kaiser Leo geschaffen. Bei der Möglichkeit formloser Verpfändung und den sich im Lauf der Zeiten immer mehr häufenden gesetzlichen und privilegierten Hypotheken konnte schließlich das römische Pfandrecht seinem wirtschaftlichen Zwecke nur noch in sehr unvollkommener Weise gerecht werden. Diesen Übelständen suchte Kaiser Leo durch die Bestimmung abzuhelfen, daß jüngere Pfandrechte, die durch öffentliche Urkunden (*instrumenta publice confecta*) oder durch von drei einwandfreien Zeugen unterschriebene Privaturkunden (*instrumenta quasi publice confecta*) bewiesen werden konnten, allen denen vorgehen sollten, die nicht in dieser Weise beurkundet waren (C. 8, 17, 11, 1, 472

<sup>1</sup> Die im folgenden dargelegte Auffassung hat sich im klassischen Recht herausgebildet. Mancherlei Spuren deuten aber darauf hin, daß ihr eine ältere voraufging, die die spätere Hypothek als bedingt, d. h. als für den Fall bestellt ansah, daß die erste durch Befriedigung des Gläubigers oder in anderer Weise erledigt wurde. Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung DERNBURG Pfandr. II 479ff.; HERZEN: Mélanges Gérardin 299ff.; MANIGK: RE 9, 302ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 496.

<sup>2</sup> Über die sog. hypothekarische Sukzession, in deren Zusammenhang das *ius offerendi* gehört s. WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>9</sup> 1172ff. (§ 233a, b); DERNBURG: Pfandr. II 490ff.

<sup>1</sup> Näheres über den maßgebenden Zeitpunkt bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>9</sup> 1229f. (§ 242—244); REGELSEBERGER: D. Altersvorrang d. Pfandrechte, 1859; DERNBURG: Pfandr. I 411ff. (I 518ff.).

n. Chr.). Daß durch einen solchen mittelbaren Zwang zu öffentlicher Beurkundung der Pfandrechte die Unsicherheit des Realkredits zwar verringert, aber keineswegs behoben wurde, liegt auf der Hand.

### C. Erlöschen von Pfandrechten.

§ 98. 1. Gleich allen anderen dinglichen Rechten an fremder Sache erloschen auch Pfandrechte durch ihre Vereinigung mit dem Eigentum (*confusio*), wie sie z. B. durch Erbgang eintreten konnte. Bestanden jedoch nachfolgende Pfandrechte an der Sache, so rückten diese nicht ohne weiteres auf. Vielmehr konnte der Eigentümer, wenn er mit der *actio hypothecaria* belangt wurde, die Herausgabe der Sache so lange verweigern, bis ihm der Wert der Forderung erstattet wurde, die durch das untergegangene Pfandrecht gesichert gewesen war<sup>1</sup>.

2. Wie das Faustpfandrecht und die Hypothek durch formlose Vereinbarung begründet wurden, so konnten sie auch formlos und stillschweigend (durch schlüssige Handlung) wieder aufgegeben werden.

3. Als akzessorische Rechte (§ 90, 1) erloschen die Pfandrechte grundsätzlich dann, wenn die Forderung unterging, für die sie bestellt waren<sup>2</sup>.

4. Der Pfandverkauf des ersten Pfandgläubigers zerstörte nicht nur sein eigenes Pfandrecht, sondern auch die der nachfolgenden Pfandgläubiger.

5. In demselben Umfang wie auf das Eigentum (vgl. § 76), fand auch auf das Pfandrecht die im Provinzialrecht der Kaiserzeit entwickelte *longi temporis praescriptio* Anwendung<sup>3</sup>. Wer an einer verpfändeten Sache gutgläubig<sup>4</sup> und aus gültigem Erwerbsgrund Eigenbesitz erlangt hatte, konnte nach zehn-, bzw. zwanzigjähriger Dauer des Besitzes dem Pfandgläubiger die Herausgabe verweigern. Im justinianischen Recht war aus dieser Anspruchsverwirkung eine erwerbende Ersitzung geworden. Justinian schreibt ausdrücklich vor, daß der Besitzer mit dem Ablauf der zehn oder zwanzig Jahre Eigentümer wurde, und daß dieser Eigentumserwerb sowohl dem bisherigen Eigentümer wie dem Pfandgläubiger gegenüber wirksam sei (C. 7, 39, 8 pr.; 528 n. Chr.)<sup>5</sup>. Im Verhältnis zum Pfandgläubiger scheint dies zu bedeuten, daß der Besitzer pfandfreies Eigentum erwerben, daß das Pfandrecht also erlöschen sollte<sup>6</sup>. — Auch die Verjährung der Pfandklage stattete Justinian, ganz ebenso wie die der Eigentumsklage (§ 77, 3), mit Ersitzungswirkungen aus. Mit Hilfe dieser „*longissimi temporis praescriptio*“, die gemäß einer Konstitution des Kaisers Justinus (C. 7, 39, 7; 525 n. Chr.) teils dreißig, teils vierzig Jahre dauerte, konnte auch der titellose gutgläubige Eigenbesitzer schließlich die Pfandfreiheit ersitzen.

<sup>1</sup> Wenn man will, kann man in diesem Fall von einem Pfandrecht an eigener Sache sprechen.

<sup>2</sup> Über die Fälle, in denen die *actio hypothecaria* den Untergang der persönlichen Klage überdauerte, s. WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>9</sup> 1252f. (§ 249, 3ff.) mit weiteren Literaturangaben. Gegen RATTI: Sull'accessorietà del pegno, 1927, der für das klassische Recht die Existenz solcher Fälle leugnete, vgl. jetzt CARRELLI: Sulla accessorietà del pegno nel dir. rom., 1934.

<sup>3</sup> Vgl. WINDSCHEID-KIPP: Pand. I<sup>9</sup> 1248f. (§ 248, 3); DEBNBURG: Pfandr. II 596ff.; PARTSCH: Longi temporis praescriptio bes. 153ff.

<sup>4</sup> Anfänglich scheint man sich damit begnügt zu haben, dem Verpfänder selbst und seinen Erben, die Kenntnis von dem Pfandrecht haben mußten, die *longi temporis praescriptio* zu versagen (Ulp. D. 44, 3, 5, 1; vgl. Gordian C. 7, 36, 1; Diocl. ebd. 2). Dann aber wird das Erfordernis des guten Glaubens hier ebenso wie bei der *longi temporis praescriptio* gegenüber dem Eigentümer eingedrungen sein. Wenn es Justinian als unbedingt notwendige Voraussetzung hinstellt (C. 7, 39 8), so ist das gewiß keine von ihm aufgebrachte Neuerung.

<sup>5</sup> Über die in der Stelle erwähnten „älteren Gesetze“ vgl. § 77.

<sup>6</sup> PARTSCH: (s. o. Anm. 3) 155 meint, der Verfasser der justinianischen Reformkonstitution sei sich der hier behandelten Frage nicht bewußt gewesen. Das Gesetz hätte, was das Pfandrecht anlangt, keine Neuerung gebracht. Unmöglich ist das nicht. Aber da die *longi temporis praescriptio adversus dominum* und die *longi temporis praescriptio adversus creditorem* in C. 7, 39, 8 pr. ganz auf eine Stufe gestellt werden, liegt doch wohl die Ansicht näher, daß, wie dort das alte Eigentum, so hier das bisherige Pfandrecht erlöschen sollte.

#### IV. Pfandrecht an Rechten<sup>1</sup>.

§ 99. Das Recht der Kaiserzeit gestattete auch eine Verpfändung von Rechten. Sie erfolgte, wie die Verpfändung von Sachen, durch formlose Vereinbarung. Auch die gesetzlichen Pfandrechte (§ 95, 2) konnten sich auf Rechte erstrecken.

1. Der wichtigste Fall des Pfandrechts an Rechten war das Forderungspfandrecht (*pignus nominis*). Es gab dem Pfandgläubiger die Befugnis, den Anspruch des Verpfänders gegen dessen Schuldner (den Drittschuldner) zu eigenem Vorteil auszuüben; im Grunde handelte es sich also um eine Abtretung der Forderung (Zession, § 137) zum Zwecke pfandrechtlicher Befriedigung<sup>2</sup>. Richtete sich die verpfändete Forderung auf eine Geldleistung, so konnte der Pfandgläubiger bis zu dem Betrage seiner eigenen Forderung (Alex. Sev. C. 8, 16, 4) auf Zahlung klagen (*ius exigendi*) und die eingetriebene Summe zu seiner Befriedigung behalten. Wenn dagegen der Leistungsgegenstand der verpfändeten Forderung ein anderer, etwa eine Sache war, konnte der Pfandgläubiger zwar die Herausgabe dieses Gegenstands vom Drittschuldner verlangen, erwarb aber nur ein Faustpfandrecht daran, das er wiederum im Wege des Pfandverkaufs ausüben mußte; den dabei etwa erzielten Überschuß mußte er an den Verpfänder herausgeben (Paul. D. 13, 7, 18 pr.).

2. Von den dinglichen Rechten an fremder Sache waren die Gebäudedienstbarkeiten nicht verpfändbar<sup>3</sup>, wohl aber, wie es scheint, schon in spätklassischer Zeit, die Felddienstbarkeiten; die Wirkungen eines solchen Pfandrechts sind freilich für die klassische Zeit nicht sicher zu ermitteln<sup>4</sup>. Verpfändbar war ferner der Nießbrauch, und zwar in der Weise, daß der Nießbraucher dem Gläubiger die Ausübung seines Rechts zum Zwecke der Befriedigung durch Nutzung überließ (vgl. § 84, 1 a)<sup>5</sup>. Endlich war auch das Recht des Erbpächters pfandfähig; die Verpfändung von Erbbau-rechten dagegen dürfte erst der nachklassischen Zeit angehören<sup>6</sup>.

3. Auch an Pfandrechten konnten Pfandrechte bestellt werden. Die Befriedigung des Afterpfandgläubigers vollzog sich in derselben Weise wie beim Pfandrecht an Forderungen (Ziff. 1; vgl. Marcian D. 20, 1, 13, 2)<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. I <sup>9</sup> 1145 ff. (§ 227), 1213 ff. (§ 239); vgl. ferner die folgenden Anm.

<sup>2</sup> Wie bei der normalen Zession erfolgte auch hier die Geltendmachung des Anspruchs durch den Pfandgläubiger im Wege einer *actio mandata* oder *utilis*.

<sup>3</sup> Marcian D. 20, 1, 11, 3. Über die Frage der Verfälschung s. u. Anm. 4.

<sup>4</sup> Paul. D. 20, 1, 12. Viele halten mit PEROZZI: Ist. I<sup>2</sup> 765, bes. Anm. 1 u. 2 die Verpfändbarkeit der Felddienstbarkeiten für unklassisch. Auch D. 20, 1, 11, 3 wird dementsprechend von PEROZZI verdächtigt: diese Stelle habe in ihrer klassischen Fassung alle Grunddienstbarkeiten, nicht nur die städtischen, für unverpfändbar erklärt. Hiergegen mit Recht RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 495, Anm. 2. Verfälscht ist wohl nur der Schluß von l. 11, 3 (*igitur ff.*) und die zweite Hälfte von l. 12 (*ut talis ff.*); aus dem Anfang von l. 12 aber ergibt sich, daß die Verpfändbarkeit von Felddienstbarkeiten mindestens von einem Teil der spätklassischen Juristen vertreten wurde. Von den Wirkungen des Pfandrechts an einer Felddienstbarkeit spricht nur der interpolationsverdächtige Teil der l. 12: Ausübung der Dienstbarkeit durch den Pfandgläubiger, bei Ausbleiben der Erfüllung auch Befriedigung des Pfandgläubigers durch Veräußerung der Dienstbarkeit an einen Dritten. Inwieweit dies dem klassischen Recht entspricht, muß dahingestellt bleiben.

<sup>5</sup> Marcian D. 20, 1, 11, 2; der Kern der Stelle ist echt, die Verpfändung eines (erst zu schaffenden) Nießbrauchs durch den Eigentümer dagegen wohl interpoliert. Vgl. SIBER: Passivlegitimation b. d. rei vindicatio 89 ff.; weitere Lit. im Index interp.

<sup>6</sup> Vgl. bes. ALBERTARIO: Il pegno della superficie, 1911, hierzu ROTONDI: Scr. giur. III 442 ff.

<sup>7</sup> Die ältere Lit. über diese dunkle Stelle bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. I <sup>9</sup> 1219 f. (§ 639, Anm. 16). Weitgehende Interpolationen behauptet neuerdings BIONDI: La compensazione nel dir. rom. 276 ff., 1927.

## Vierter Teil.

## Forderungsrechte.

## Erstes Kapitel.

## Forderung und Leistung.

## I. Begriff des Forderungsrechts.

§ 100. Die Terminologie. 1. Unter Forderungsrecht versteht man das Recht, von einem andern eine Leistung zu verlangen. Den Forderungsberechtigten nennt man Gläubiger (*creditor*), den zur Leistung Verpflichteten Schuldner (*debitor*). Der Ausdruck Forderungsrecht charakterisiert das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner von der Gläubigerseite aus; vom Schuldner aus gesehen, bezeichnet man es als Schuld oder Verbindlichkeit.

2. Der Römer nannte das Forderungsrecht *obligatio*<sup>1</sup>; dieser Bezeichnung liegt die Vorstellung zugrunde, daß der Schuldner dem Gläubiger gegenüber „gebunden“<sup>2</sup> sei; insofern wirkte also der Gedanke der Haftung nach, der aber zur Zeit des klassischen Rechts bereits stark verblaßt war (§ 35, 2), so stark, daß die klassischen Juristen in der gleichen Bedeutung wie *obligatio* auch das Wort *debitum* gebrauchten, dessen Inhalt sich völlig mit dem deutschen „Schuld“ deckt und somit die reine Leistungspflicht, nicht die Haftung bezeichnete.

3. Vom Standpunkt geschichtlicher Betrachtung ist festzustellen, daß der eigentliche und ältere der beiden römischen Ausdrücke für das Forderungsrecht, *obligatio*, ursprünglich auf die zivilrechtlich begründeten Forderungsrechte beschränkt gewesen sein dürfte; er ist jedoch schon im Laufe der klassischen Zeit auch auf die honorarrechtlichen Verbindlichkeiten erstreckt worden und hat damit die gleiche umfassende Bedeutung erlangt wie der an ihn anknüpfende moderne Begriff des Forderungsrechts<sup>3</sup>.

§ 101. Forderungsrecht und prozessualer Anspruch<sup>1</sup>. 1. Der Gläubiger konnte sein Forderungsrecht im Wege eines prozessualen Anspruchs (*actio*) gegen den Schuldner geltend machen. Anders als im Rechtsstreit um dingliche Rechte (§ 70, 3b) galt hierbei das Prinzip des Einlassungszwanges: zwar bildete die Grundlage des Verfahrens hier wie dort ein von den Parteien unter Gutheißung des Gerichtsmagistrats geschlossener Schiedsvertrag (*litis contestatio*, § 48, 1); aber der Magistrat hielt den beklagten Schuldner nötigenfalls durch mittelbaren Zwang zum Abschluß dieses Vertrages an (s. u. WENGER: § 12).

2. Der Inhalt der *litis contestatio* wurde in älterer Zeit durch mündliche Formeln in solenner Rede und Widerrede bestimmt, im klassischen Recht dagegen durch eine schriftlich abgefaßte Formel, in der Personen und Gegenstand des Prozesses bezeichnet waren. Je nach der Eigenart des geltend gemachten Forderungsrechtes mußte diese Schriftformel sehr verschieden lauten, und da ein jedes Forderungsrecht, wenn es zu gerichtlicher Verhandlung kommen sollte, in eine solche Formel gebracht werden mußte, ist es verständlich, daß die Römer die einzelnen Forderungsrechte stets in dieser prozessualen Formulierung erfaßten: Forderungsrecht (*obligatio*) und

<sup>1</sup> Vgl. schon § 35, 2 und die dort in Anm. 2 zitierte Literatur.

<sup>2</sup> So noch Iust. I. 3, 13, 1: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*.

<sup>3</sup> Der Text folgt den Ausführungen von SEGRÈ: Studi Bonfante III 499ff., dazu LEVY: ZSSt. 51, 552 ff.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu BETTI: La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi (Annuario Univ. di Camerino 1919); Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione (Studi Ist. giur. Pavia, 1920).

prozessualer Anspruch (*actio*) waren somit nach römischer Auffassung so gut wie gleichbedeutend (§ 48, 2), und der Inhalt eines Forderungsrechts wurde durch die Frage bestimmt, was nach Maßgabe der Prozeßformel Gegenstand des Rechtsstreites sein könne (*quid veniat in actionem* oder *iudicium*).

3. Die individuelle Natur der einzelnen Klagformeln läßt die charakteristischen Züge der darin verkörperten Forderungsrechte scharf hervortreten. So kann man an der Formel ohne weiteres ablesen, ob der Anspruch dem zivilen Gewohnheits- und Gesetzesrecht oder dem durch die Rechtsschöpfung der magistratischen Jurisdiktion entwickelten *ius honorarium* angehört. Im ersten Fall pflegte die Leistungspflicht des Schuldners durch *dare* bzw. *dare facere oportere* umschrieben zu werden; dies bedeutet, daß der Magistrat den zur Entscheidung des Rechtsstreits berufenen Richter (*iudex*) anwies, das Vorliegen eines zivilen Leistenmüssens (*oportere*) zu prüfen. Bei den honorarrechtlichen Klagen dagegen mußte die Formel anders lauten, weil eine Verweisung auf das zivile Leistenmüssen den Richter notwendig zur Verneinung des Anspruchs und damit zur Abweisung der Klage hätte führen müssen. In solchen Fällen beschränkte darum der Magistrat entweder den Bereich der richterlichen Prüfung auf die Feststellung eines konkreten Tatbestands (z. B. ob der Beklagte den Kläger durch arglistiges Verhalten in seinem Vermögen geschädigt habe)<sup>2</sup>; oder aber er wies den Richter an, trotz Nichtvorliegens eines zivilen Rechts zu entscheiden, wie wenn ein solches bestünde<sup>3</sup>; im ersten Falle spricht man von einer *formula in factum concepta* („auf einen Tatbestand abgestellt“), im zweiten von einer *formula ficticia*<sup>4</sup>.

4. Für die inhaltliche Gestaltung des Forderungsrechtes war insbesondere die größere oder geringere Freiheit des Ermessens von Bedeutung, die dem Richter bei der Abschätzung der Leistung gestattet war; auch sie ergab sich aus der Fassung der Prozeßformel. In dieser Hinsicht sind innerhalb der zivilrechtlichen Klagen zwei große Gruppen zu unterscheiden<sup>5</sup>, deren Gegensatz für die Entwicklung des römischen Obligationenrechts von tiefgreifender Bedeutung war: Man pflegt sie einander als *iudicia stricta*<sup>6</sup> und *iudicia bonae fidei* gegenüberzustellen.

a) Bei den *iudicia stricta* hatte der Richter lediglich darüber zu entscheiden, ob die geltend gemachte Forderung so, wie sie in der Prozeßformel umschrieben war, zu Recht bestand oder nicht. War in dem Teil der Formel, der den Anspruch nach Grund und Inhalt charakterisierte, in der sog. *intentio* (Gai. 4, 41), ein festbestimmter Schuldgegenstand (*certum*) — eine bestimmte Geldsumme<sup>7</sup>, eine bestimmte

<sup>2</sup> *Actio de dolo*, vgl. § 160, 1.

<sup>3</sup> Beispiele: die *actio furti* und die *actio legis Aquiliae* gegen den Nichtbürger, Gai. 4, 37; bekanntestes Beispiel außerhalb des Obligationenrechts: die *actio Publiciana* (§ 80, 2b; Gai. 4, 36).

<sup>4</sup> Die *formula in factum concepta* vermochte jede beliebige Rechtsschöpfung des Prätors zu tragen; für eine fiktizische Formel dagegen war nur Raum, wo sich die honorarische Neubildung mehr oder minder eng an die vorhandenen Rechtsinstitute des Zivilrechts anschloß. — Über den Strafcharakter der meisten *actiones in factum* vgl. LEVY: Privatstrafe u. Schadensersatz 12ff. 17ff.; über die Bedeutung der fiktizischen Formeln für die Fortbildung des römischen Rechts s. RICCOBONO: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 9, 1ff.

<sup>5</sup> In den folgenden Erörterungen, die als Grundlegung für das Verständnis des Anfängers gedacht sind, ist der vielumstrittene Begriff der *actio arbitraria* (vgl. § 78, Anm. 16; WENGER: § 9 a. E.) außer Betracht gelassen. Übersicht über die darauf bezügliche Literatur bei HURWARDAS: Beitr. z. Lehre v. d. *actiones arbitrarie*, insbes. v. d. *actio de eo quod certo loco dari oportet* ff., 1932; dazu noch SCHÖNBAUER: Studi Riccobono II 371 ff.; HERDLITZKA: Skizzen z. röm. Zivilprozeß: *formula arbitraria*, *iudicium arbitrium* u. *actiones arbitrarie*, 1934.

<sup>6</sup> Daß die Bezeichnung *iudicium strictum* u. ähnl. dem klassischen Recht fremd war, wird man nach den Darlegungen von PRINGSHEIM: ZSt. 42, 643ff. anerkennen müssen. Aber ein zusammenfassender Name gegenüber den *iudicia bonae fidei* ist für unsere Darstellung ein Bedürfnis.

<sup>7</sup> Z. B. bei der *actio certae creditae pecuniae*. Formel: *si paret Nm Nm Ao Ao sestertium X milia dare oportere, iudex Nm Nm Ao Ao sestertium X milia condemnato, si non paret, absolvito*. Anwendungsfälle: § 134, 1; 135, 3b; 137, 3a; 155.



Einzelsache<sup>8</sup> — genannt, so mußte der Richter prüfen, ob dieser Gegenstand geschuldet wurde oder nicht: kam er zur Bejahung, so hatte er den Beklagten zu verurteilen, andernfalls mußte er ihn freisprechen. Eine dritte Möglichkeit gab es nicht. Die Folge war, daß auch dann ein Freispruch ergehen mußte, wenn sich etwa herausstellte, daß der Beklagte zwar schuldete, aber etwas anderes, bzw. einen geringeren Betrag, als in der *intentio* angegeben war. Jede Überforderung (*pluris petitio*) führte also dazu, daß der Kläger den Prozeß verlor<sup>9</sup>. — Freier war das Ermessen des Richters dann, wenn das Klagbegehren (die *intentio*) auf ein *incertum* gerichtet war, d. h. auf eine Leistung, deren nähere Bestimmung dem Richter vorbehalten blieb (*quidquid dare facere oportet*)<sup>10</sup>. Hier erstreckte sich die richterliche Prüfung nicht nur auf das Bestehen, sondern auch auf das Ausmaß der Leistungspflicht. Eine *pluris petitio* mit der Folge des Prozeßverlustes war in diesem Fall überhaupt nicht möglich.

b) Bei den *iudicia bonae fidei*<sup>11</sup> richtete sich die *intentio* stets auf ein *incertum*. Die Freiheit des richterlichen Ermessens wurde bei ihnen aber durch einen besonderen Zusatz in der Formel (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*) noch sehr viel weiter ausgedehnt<sup>12</sup>. Durch diesen Zusatz wurde der Richter angewiesen, die Leistungspflicht des Beklagten unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu prüfen; er durfte sich in diesem Fall nicht auf die Berücksichtigung der Rechtsgrundsätze des Zivilrechts beschränken, sondern mußte der individuellen Sachlage des Einzelfalles im weitesten Maß Rechnung tragen. Handelte es sich z. B. um einen vertraglichen Anspruch, so waren nicht nur die ausdrücklichen Parteiabreden in Betracht zu ziehen, sondern auch der stillschweigend vereinbarte Vertragsinhalt, der Ortsgebrauch und die allgemeine Verkehrssitte. Ferner mußten gewisse auf Begründung oder Bestand des Forderungsrechts einwirkende Tatsachen berücksichtigt

<sup>8</sup> Vor allem bei der sog. *condictio triticaria*. Formel: *si paret Nm Nm Ao Ao tritici Africi optimi modios centum dare oportere, iudex, quanti ea res erit, tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret, absolvito*. Anwendungsfälle: § 134, 2; 135, 3b; 155. — Die Bezeichnung *condictio* (die übrigens auch für die *actio certae creditae pecuniae* gebraucht wird) ist prozessualer Herkunft; *condicere* bedeutet das Ansagen des Gerichtstermins; vgl. die Wendung *status condictusve dies* bei Plaut. Curc. 5; Gell. 16, 4, 4; ferner Gai. 4, 17f. über die sog. *legis actio per conductionem*. Das Nähere gehört in den Zivilprozeß. Hier wird *condictio* im herkömmlichen Sinn eines *iudicium strictum* verwendet, dessen Formel den Schuldgrund nicht angab. Auch die Berechtigung der Benennung *condictio triticaria* muß hier unerörtert bleiben. Daß damit eine Formel gemeint ist, deren *intentio* auf ein anderes *certum* als eine *certa pecunia* gerichtet war, ergibt sich aus dem Text.

<sup>9</sup> Und zwar endgültig, weil sein Anspruch durch die *litis contestatio* mit dem Schuldner „verbraucht“ (konsumiert) war, so daß er nicht noch einmal klagen konnte. Vgl. WENGER: § 13.

<sup>10</sup> So z. B. bei der *actio incerti ex stipulatu*, vgl. § 134, 2; Formel: *Quod A. A. de No No incertum stipulatus est quidquid ob eam rem dare facere oportet, eius iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret, absolvito*.

<sup>11</sup> Der Umkreis der klassischen *bonae fidei iudicia* ist bestritten. Die Quellen bieten mehrfach Aufzählungen, die erheblich voneinander abweichen: Q. Mucius Scaevola bei Cic. de offic. 3, 70; Cic. top. 66; de nat. deorum 3, 77; Gai. 4, 62 (Text verdorben; eine Anzahl von *iudicia* erscheint doppelt, möglicherweise sind dafür andere ausgefallen; auch die Lesung bietet Schwierigkeiten, die jedoch neuerdings wenigstens in der Hauptsache durch eine neue Untersuchung der Handschrift überwunden worden sind; vgl. LEVY: ZSSSt. 49, 472 mit Lit., ferner VAN OVEN: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 12, 29f). Vgl. ferner Paul. D. 17, 2, 38 pr. (echt? jedenfalls nur Aufzählung von Beispielen; vgl. die Lit. im Index interp.); schließlich Inst. I. 4, 6, 28 (am Schluß sicher justinianische Zutaten, so die *hereditatis petitio*). — Auch bei den älteren Zeugnissen (Cicero) muß damit gerechnet werden, daß nur Beispiele, keine vollständige Aufzählung beabsichtigt waren.

<sup>12</sup> Die Erstreckung des richterlichen Ermessens wurde übrigens wohl erst im Laufe der Entwicklung aus der *ex fide bona*-Klausel hergeleitet. Ursprünglich bedeutete die Klausel lediglich eine Verweisung auf die Vertragstreue, die Zuverlässigkeit der Erfüllung; die moderne Wiedergabe mit „Treu und Glauben“ wird dieser älteren Bedeutung nicht gerecht. Vgl. ED. FRAENKEL: Rhein. Mus. NF 71, 192ff. (mit weiteren Hinweisen), der jedoch den moralischen Charakter des *fides*-Begriffs zu radikal bestreitet, s. HEINZE: Hermes 64, 140ff. Vgl. ferner PRINGSHEIM: Conferenze per il XIV centenario delle Pand. 200ff.

werden, ohne daß es einer besonderen Anweisung durch den Magistrat bedurfte<sup>13</sup>, z. B. das arglistige Verhalten eines der Beteiligten (*dolus*), der auf den Schuldner ausgeübte Zwang (*metus*), das Bestehen einer Gegenforderung aus demselben Rechtsverhältnis usw. Schließlich hatte der Richter auch die Frage aufzuwerfen, ob es überhaupt der *bona fides* entspreche, den Anspruch gerichtlich geltend zu machen (vgl. § 160, 2). — Bei der Prüfung aller dieser Gesichtspunkte war der Richter ursprünglich lediglich auf seine eigene redliche Gesinnung und auf seine Kenntnis des Lebens und des Verkehrs angewiesen. In klassischer Zeit aber haben die Juristen in ihren Rechtsgutachten und literarischen Arbeiten den Anforderungen, die im Einzelfalle an das Verhalten redlicher Leute zu stellen waren, immer bestimmteren Ausdruck verliehen und damit den einzelnen vom Prinzip der *bona fides* beherrschten Schuldverhältnissen allmählich einen festen Inhalt gegeben. Was im folgenden als das Recht der *bonae fidei iudicia* dargestellt wird, ist im wesentlichen der Niederschlag dieses Juristenrechts. Durch die Aufnahme in die justinianische Gesetzgebung sind die von den Klassikern erarbeiteten Grundsätze Gesetzesinhalt geworden; das gemeine Recht hat sie schließlich auf den gesamten Bereich des Schuldrechts erstreckt<sup>14</sup>.

**§ 102. Die Haftung des Schuldners<sup>1</sup>.** Nach älterem Recht haftete der Schuldner für seine Verbindlichkeit in erster Linie, wenn nicht gar ausschließlich mit seiner Person. Vermochte er den durch Urteil festgestellten Schuldbetrag nicht zu erbringen, und wurde er auch nicht von den Seinen ausgelöst, so drohte ihm ursprünglich der Verkauf in die Sklaverei, vielleicht selbst die Tötung durch den Gläubiger, seit der *lex Poetelia Papiria de nexis* (326 v. Chr.) wenigstens eine gemilderte Form der Schuldknechtschaft. Gegen Ende der Republik trat jedoch die Vollstreckung in das Vermögen immer mehr in den Vordergrund. Sie nahm regelmäßig die Form des Konkurses an, d. h. insbesondere: sie erfaßte grundsätzlich die gesamte Habe des Schuldners<sup>2</sup>. Neben der Vollstreckung in das Vermögen blieb aber immer noch die Personalvollstreckung möglich. Nur in einigen durch das prätorische Edikt, die Kaisergesetzgebung oder das Juristenrecht besonders bestimmten Fällen<sup>3</sup> haftete der Schuldner ausschließlich mit seinem Vermögen. Berief sich der Schuldner gegenüber der Klage des Gläubigers auf diese Rechtswohlthat<sup>4</sup>, so wurde der Richter in der Prozeßformel angewiesen, die Verurteilung des Beklagten zu beschränken *in id quod facere potest*. Er hatte demnach den gegenwärtigen Vermögensstand des Schuldners festzustellen und den Schuldner nur auf den Betrag zu verurteilen, der aus dem vorhandenen Vermögen gedeckt werden konnte. Seit dem zweiten Jahrhundert n. Chr. erfuhr diese Form der Haftung noch eine weitere Milderung. Man gestattete, zunächst nur in dem einen Fall des auf Vollzug seines Schenkungsversprechens verklagten Schenkers<sup>5</sup>, den Abzug dessen, was der Schuldner notwendig zum eigenen Lebensunterhalt brauchte. Im justinianischen Recht wurde dieser Gedanke auf alle Tatbestände der *condemnatio in id quod facere potest* erstreckt<sup>6</sup>. Erst für diesen

<sup>13</sup> Es bedurfte also insoweit nicht der Aufnahme einer *exceptio* in die Prozeßformel. Hierüber s. bes. BIONDI: *Iudicia bonae fidei* (Ann. Palermo 7, 1918) 3ff.

<sup>14</sup> Vgl. DERNBURG: Pand. § 131 II. Für das bürgerliche Recht BGB § 242.

<sup>1</sup> Vgl. über die hier nur andeutungsweise behandelten Fragen der Vollstreckung: WENGER: Inst. d. röm. Zivilprozeßr. 212ff. (mit Literaturangaben).

<sup>2</sup> Über die ausnahmsweise Beschränkung der Vollstreckung auf einzelne Vermögensobjekte (*distractio bonorum*, Spezialexécution) vgl. WENGER: Inst. d. röm. Zivilprozeßr. 229ff.

<sup>3</sup> S. §§ 151, 5; 153, 1; 182, 4 a. E.

<sup>4</sup> Er konnte es sogar in einzelnen (oder allen?) Fällen noch gegenüber der Vollstreckungsklage (*actio iudicati*, § 124, 3); vgl. WENGER: Z. Lehre v. d. actio iudicati, 43ff, 1901.

<sup>5</sup> Pomp. D. 42, 1, 30; Paul. ebd. 19, 1. Ähnlich dann auch bei der *cessio bonorum* (Ulp. D. 42, 3, 6; Modest. ebd. 7; Gordian. C. 7, 72, 3). — Manche halten alle diese Stellen für verfälscht und die darin enthaltene Milderung der Haftung für justinianisch; so zuletzt SOLAZZI: *L'estinzione della obbligazione* 220ff., 1931.

<sup>6</sup> D. 50, 17, 173 pr. verallgemeinert aus Paul. D. 42, 1, 19, 1.

Rechtszustand paßt die seit dem Mittelalter übliche Bezeichnung *beneficium competentiae*<sup>7</sup>.

§ 103. Unklagbare Verbindlichkeiten (Naturalobligationen). Wie wir sahen, bestand im römischen Recht namentlich der klassischen Zeit eine ganz unmittelbare Beziehung zwischen der Existenz eines Forderungsrechts und der Möglichkeit seiner prozessualen Verwirklichung; Forderungsrecht (*obligatio*) und prozessualer Anspruch (*actio*) waren geradezu gleichwertige Begriffe (§ 48, 2; § 101, 2). In einem gewissen Widerspruch hierzu steht die Tatsache, daß schon die klassischen Juristen<sup>1</sup> einige Fälle von unklagbaren Verbindlichkeiten (*obligationes naturales*)<sup>2</sup> anerkannten, Verbindlichkeiten also, deren Eigenart gerade in dem Fehlen des Rechtsschutzes gesehen wurde. Verständlich wird diese Lehre nur im Zusammenhang der Fragen, die sich für die Römer bei der Behandlung der schuldrechtlichen Beziehungen von Sklaven und solchen Freien ergaben, die der Gewalt eines *pater familias* unterworfen waren (vgl. § 37, 3b; § 164, ff.). In der Tat scheinen auch die klassischen Juristen den Begriff der Naturalobligation nur auf Verbindlichkeiten angewendet zu haben, die diesem Fragenkreis angehören<sup>3</sup>. Erst das nachklassische Recht, dem die enge Verbindung von materiellem Recht und Prozeß überhaupt und speziell die Verknüpfung zwischen Forderungsrecht und prozessuellem Anspruch nicht mehr im gleichen Maß eigen war wie dem klassischen Recht — erst das nachklassische Recht spricht ganz allgemein von Naturalobligationen, wo immer zwar kein prozessualer Zwang zur Leistung bestand, aber die einmal erbrachte Leistung nicht als grundlos zurückgefordert werden konnte (vgl. § 155). In dieser Bedeutung ist der Begriff der Naturalobligationen in das gemeine Recht übergegangen; auch in der modernrechtlichen Literatur wird er verwendet, z. B. für die „Verbindlichkeiten“ aus Spiel und Wette (§ 762 BGB), für das Versprechen eines Ehemäklerlohns (§ 656 BGB), auch für den Tatbestand des § 814 BGB.

## II. Inhalt der Leistung.

### A. Der Leistungsgegenstand im allgemeinen.

§ 104. 1. Die Römer umschreiben in Anlehnung an den Sprachgebrauch der Prozeßformeln die möglichen Inhalte eines Forderungsrechts mit den Worten *dare facere praestare* (Gai. 4, 2; Paul. D. 44, 7, 3 pr.)<sup>1</sup>; von diesen Worten bedeutet *dare* die Hingabe einer Sache, in erster Linie jedoch die Hingabe zwecks Übereignung, *facere* eine jede Leistung, die in einer Handlung besteht, einschließlich des *dare* (Pap. D. 50, 16, 218). Schwer erfaßbar und lebhaft umstritten ist die Bedeutung

<sup>7</sup> Letzte zusammenfassende Behandlung: LÉVET: Le bénéfice de compétence, 1927; dazu SIBER: ZSSt. 49, 560ff.; neuerdings auch SOLAZZI: L'estinzione della obbligazione 190ff.

<sup>1</sup> Die Ausbildung der Lehre scheint in erster Linie ein Werk des Iulian zu sein, vgl. bes. Iul. D. 46, 1, 16, 3f.; Afr. D. 12, 6, 38.

<sup>2</sup> Die Bezeichnung als *obl. nat.* geht nicht von einem Begriff des *ius naturale* aus, der mit dem des *ius gentium* (§ 34, 4) identisch ist (so SIBER: Gedenkschr. f. Mitteis 1ff.), sondern von dem weiteren Begriff des Naturrechts, den die Römer aus der griechischen Philosophie übernommen haben (der allerdings von jenem nicht scharf getrennt werden kann, vgl. § 34, 4 a. E.).

<sup>3</sup> Die Frage, in welchem Umfang das klassische Recht den Begriff der Naturalobligation gekannt hat, ist seit der Arbeit von GRADENWITZ: (Königsberger Festg. f. Schirmer 133ff., 1900) lebhaft bestritten; Literaturangaben bei PRINGSHEIM: ZSSt. 46, 350f. u. LEVY: ZSSt. 51, 554f.; ferner BESELER: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 8, 318ff.; MICOLIER: Pécule et capacité patrimoniale 590ff., 1932. — Am radikalsten ist die Meinung SIBERS: (Gedenkschr. f. Mitteis 1ff.), der *obligatio naturalis* als Bezeichnung der klaglosen Verbindlichkeit für ausnahmslos unklassisch hält und den Unterschied von Schuld und Haftung, von *debitum* und *obligatio* an die Stelle setzt; diese Ansicht scheidet schon an Gai. 3, 119a. Der Text folgt der Untersuchung von VÁŽNÝ: Studi Bonfante IV 129ff.; über sie vgl. auch LEVY: (s. o.). — Zu Gai. 3, 119 u. 119a vgl. jetzt auch FLUME: Studien z. Akzessorietät d. röm. Bürgschaftsstipulationen 64ff.

<sup>1</sup> Die von PEROZZI: (Obbligazioni rom. 8, Anm. 1; Ist. II<sup>2</sup> 15) behauptete Verfälschung dieser Stelle ist in jedem Fall hier unwesentlich.

von *praestare*<sup>2</sup>: man hat es wohl als allgemeinsten Ausdruck für den Inhalt der Leistungspflicht anzusehen, der sowohl das *dare* und das *facere* wie auch solche Leistungen umschließt, die nicht unter diese beiden Kategorien fallen, so namentlich die Bestellung von Sicherheiten. Als Bestandteil von Prozeßformeln ist *praestare* nur in wenigen Fällen nachweisbar, mit Sicherheit nur bei den Teilungsklagen<sup>3</sup>; um so häufiger wird es in der Rechtsliteratur zur Bezeichnung des Leistungsinhalts im allgemeinen und der Haftung für Schaden im besonderen verwendet.

2. Die Obligation konnte mehrere Leistungen in der Weise umfassen, daß nur eine oder die andere zu bewirken war (Wahlschuld, alternative Obligation)<sup>4</sup>. In diesem Fall stand, wenn nichts anderes vereinbart war, dem Schuldner das Wahlrecht zu (Paul. D. 18, 1, 34, 6).

3. Bildete nicht eine bestimmte Einzelsache den Leistungsgegenstand, sondern war dieser lediglich nach Gattungsmerkmalen bestimmt (Gattungsschuld, vgl. § 46, 6), so hatte auch hier der Schuldner regelmäßig das Recht der Auswahl. Er konnte sich durch Leistung einer jeden zu der betreffenden Gattung gehörigen Sache, also, soweit ihm die Gattungsbezeichnung hinsichtlich der Beschaffenheit Raum ließ, auch durch Leistung des geringsten der zu ihr gehörigen Gegenstände befreien (Iav. D. 17, 1, 52).

## B. Schadenersatz und Buße.

### 1. Die Haftung für Schaden im allgemeinen.

§ 105. Begriffliche Voraussetzungen. 1. Schaden (*damnum*)<sup>1</sup> ist eine Einbuße, die jemand, sei es an seinem Vermögen, sei es an ideellen Rechtsgütern (z. B. der Ehre) erleidet. Im Regelfall hat der Geschädigte seinen Schaden selbst zu tragen; von einem anderen kann er grundsätzlich nur dann einen Ausgleich oder eine Genugung verlangen, wenn die Rechtsordnung diesem eine besondere Verpflichtung dazu auferlegt. Die Grundlage dieser Verpflichtung kann verschiedener Art sein; die beiden Hauptfälle sind folgende: entweder beruht die Verpflichtung darauf, daß der andere in einer von der Rechtsordnung zu einem selbständigen Verpflichtungsgrund erhobenen Weise in die Rechtssphäre des Geschädigten eingegriffen und dadurch den Schaden herbeigeführt hat (deliktische Haftung); oder sie ist nur der Ausfluß eines

<sup>2</sup> Hierüber v. MAYR: ZSSt. 42, 198ff. (mit ausführlichen Literaturangaben). — *Praestare* i. S. von „leistenmüssen, haften“ dürfte mit *prae-stare* („voranstehen, sich auszeichnen“) nichts zu tun haben, vielmehr aus *praes stare*, „(als Bürge) für etwas eintreten“, entstanden sein (vgl. BRUNS: Fontes I Nr. 27, 9). Trifft dies zu, so ist es sprachlich gleichwertig mit dem deutschen „gewähren, gewährleisten“. Beides sind alte Ausdrücke, in denen der Gesichtspunkt der Haftung (§ 35, 2; § 100, 2) deutlich sichtbar wird. Im klassischen Sprachgebrauch aber wird *praestare* nicht minder verblaßt und ausgeweitet sein wie „gewähren“ im modernen Deutsch.

<sup>3</sup> Vgl. § 156, 1; LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 208, bes. Anm. 7; 211, bes. Anm. 9. — Möglicherweise fand sich *praestare* auch in der Formel der *actio pro socio* (vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 297, Anm. 11) und der *actio mandati* (?), vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 295, Anm. 9). — Niemals scheint in allen diesen Fällen *praestare* allein vorgekommen zu sein, sondern stets nur als Ergänzung von *dare facere*.

<sup>4</sup> Von der echten Wahlschuld unterscheidet sich die gemeinrechtlich sog. *\*facultas alternativa*; in ihrem Fall wurden nicht mehrere, sondern nur eine Leistung geschuldet; aber der Schuldner konnte sich durch Erbringung einer anderen (nicht geschuldeten) befreien. Beispiel: Die durch Urteil festgestellte Verpflichtung zum Schadenersatz wegen Tierschadens (vgl. § 170, 4) konnte durch Auslieferung (*noxae deditio*) des schadenstiftenden Tiers aufgehoben werden: Ulp. D. 42, 1, 6, 1. — Über Wahl- und Gattungsschulden zuletzt VASSALLI: *Miscellanea critica di dir. rom.* III 5ff., 1917. (Inhaltsangabe bei KADEN: ZSSt. 47, 554f.).

<sup>1</sup> Der römische Begriff des *damnum* erstreckte sich indessen nur auf den materiellen, nicht auf den Nichtvermögensschaden; dies hängt mit der Regelung der Schadenshaftung im klassischen Recht zusammen, die einen Schadenersatz nur im Falle des Vermögensschadens zuließ, für den Schaden an ideellen Rechtsgütern dagegen nur eine Buße wegen Personalverletzung (*iniuria*) kannte; vgl. § 159. — S. auch PEROZZI: *Ist.* II <sup>2</sup> 156; die von ihm angezogene Paulusstelle D. 39, 2, 3 liefert freilich für sich allein noch keinen schlüssigen Beweis, da sie nur einen der bekannten Versuche etymologischer Wortdeutung darstellt.

bereits zwischen dem Geschädigten und ihm bestehenden schuldrechtlichen (z. B. vertraglichen) Verhältnisses, durch dessen Verletzung der Schaden eingetreten ist (kontraktliche Haftung).

2. Schadenersatz ist der Ausgleich erlittenen Schadens. Durch ihn wird der Geschädigte so gestellt, wie wenn der Schaden nicht eingetreten wäre; er erhält *omne quod eius interest*, sein Interesse an dem Unterbleiben der Schädigung. Dieses Interesse umfaßt einmal die Minderung an bereits vorhanden gewesenen Rechtsgütern (*\*damnum emergens*), dazu aber auch den durch das schädigende Ereignis etwa entgangenen Gewinn, soweit er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erwartet werden konnte (*\*lucrum cessans*). Ein derartiger Ersatz ist in vollem Umfang natürlich nur hinsichtlich des Vermögensschadens möglich; der Schaden an ideellen Rechtsgütern (die erlittene Kränkung, der physische Schmerz usw.) ist in der Regel ganz oder teilweise unersetzlich; hier bleibt nur die Möglichkeit, dem Verletzten durch eine Buße Genugtuung zu verschaffen (vgl. Ziff. 3). Hinsichtlich der Art und Weise der Erbringung unterscheidet man zwei Hauptformen des Schadenersatzes: die tatsächliche Wiederherstellung des früheren Zustands, etwa durch Ausbesserung der beschädigten Sache (sog. Naturalrestitution), und die Leistung eines der Höhe des Schadens entsprechenden Geldbetrags (Geldersatz).

3. Vom Schadenersatz unterscheidet sich die Buße (*poena*). Ihr Zweck ist grundsätzlich nicht eine Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern eine Bestrafung des Verantwortlichen und eine Genugtuung für den Verletzten; anders als die Geldstrafe des modernen Strafrechts<sup>2</sup> fällt sie nicht an den Staat, sondern an den Verletzten; sie ist somit keine öffentliche Strafe, sondern eine Privatstrafe.

§ 106. Buße und Schadenersatz im römischen Recht. Die Entwicklung der Schadenshaftung im römischen Recht führte von der Vorherrschaft der Buße zur Vorherrschaft des Schadenersatzes, von der rein deliktischen Haftung zur Gleichordnung von Delikts- und Vertragshaftung. Das leitende Prinzip dieser Entwicklung war, wie auch auf anderen Gebieten, die Differenzierung und Verfeinerung.

1. Der älteste für uns einigermaßen erfaßbare Rechtszustand, das Haftungsrecht der Zwölftafelzeit, kannte für schwere Personalverletzungen noch die ertümliche Vergeltung mit dem gleichen Übel (Talion), freilich mit der ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit, an ihre Stelle eine frei zu vereinbarende Buße zu setzen (tab. VIII 2); mildere Personalverletzungen waren mit festen Geldbußen belegt<sup>1</sup>. Auch die Schädigung fremden Vermögens durch Diebstahl, Sachbeschädigung u. dgl. verpflichtete im allgemeinen zur Zahlung einer Geldbuße, die jedoch jeweils nach dem Wert des verletzten Gegenstands bemessen wurde<sup>2</sup>; in der Regel betrug sie ein Mehrfaches seines Wertes. Bußen dieser letzten Art gab es schließlich auch in Fällen, die der moderne Betrachter unter den Gesichtspunkt vertraglicher Haftung ziehen wird, die aber nach der Auffassung jener Zeit zweifellos ebenfalls deliktischen Charakter tragen<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Das moderne Strafrecht kennt neben der Geldstrafe bei Delikten gegen die Person auch eine Buße, die an den Verletzten zu zahlen ist: StGB § 188, § 231; StPO §§ 403ff.

<sup>1</sup> Nur diese festen Bußen heißen nach dem Sprachgebrauch der Zwölftafeln *poenae*; erst im jüngeren Recht hat sich der Begriff auch auf die übrigen Bußansprüche erstreckt; vgl. die in Anm. 2 zit. Arbeit von DE VISSCHER.

<sup>2</sup> Auf den deutlichen Gegensatz dieser Bußen zu den *poenae* für Personalverletzung weist DE VISSCHER: Studi Bonfante III 235ff. hin. Er führt ihn auf einen tieferen Unterschied der Deliktsarten zurück: die Personalverletzung habe ein Racherecht (*vindicta*) in strengem Sinn des Wortes ausgelöst, das durch gesetzliche Geldbußen ersetzt worden sei. Diebstahl und Sachbeschädigung dagegen hätten eine Verstrickung des Schuldigen herbeigeführt (*noxae*, vgl. die *noxae deditio*; § 107); hier habe sich der Schuldige durch *damnum decidere* befreien können. Gegen die übermäßige Zuspitzung und Vereinfachung dieser Lehre wendet sich mit Recht RABEL: ZSt. 52, 467ff.

<sup>3</sup> Vgl. vor allem die *actio auctoritatis* (§ 143, 2; vgl. RABEL: Haftung d. Verkäufers w. Mangels i. Recht 8ff.) und die *actio de modo agri* (hierüber HAYMANN: Haftung d. Verkäufers f. d. Beschaffenheit d. Kaufsache 1ff.; LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 194f.). Bei der *a. de modo agri* spricht Paul. sent. 2, 17, 4 bezeichnenderweise von einem *mentiri* des Verkäufers.

Überhaupt wird man für diese älteste Periode des römischen Rechts den besonderen Begriff einer vertraglichen Schadenshaftung nicht annehmen dürfen: die Verletzung von Vertragspflichten erschien als deliktische Handlung, als Rechtsbruch, Betrug oder Untreue<sup>4</sup>.

2. Die Herausbildung einer besonderen vertraglichen Schadenshaftung gehört erst einer jüngeren Zeit an, deren rechtliches Denken schon wesentlich weiter entwickelt war. Von erheblicher Bedeutung dürfte dabei die Entstehung der *bonae fidei iudicia* gewesen sein (vgl. § 101, 4b). Im Recht der Kaiserzeit jedenfalls waren deliktische und kontraktliche Haftung scharf geschieden (§ 117 ff.). Jene führte auch jetzt stets zur Entstehung von Bußansprüchen, wenngleich bei der Bemessung der Bußen in den jüngeren Deliktstatbeständen eine weitgehende Annäherung an den Gedanken des Schadensersatzes festzustellen ist (s. u. b). Die kontraktliche Haftung dagegen richtet sich in der großen Mehrzahl der Fälle auf Schadensersatz, und zwar ausschließlich auf Ersatz des Vermögensschadens.

a) Der Schadensersatz<sup>5</sup> des klassischen Rechts erhält sein besonderes Gepräge durch die Tatsache, daß im Prozeßwege lediglich Geldleistungen erzwingbar waren (*condemnatio pecuniaria*, Gai. 4, 48; vgl. § 78, 4). Hierauf beruht einmal die absolute Herrschaft des Geldersatzes im römischen Recht, weiter aber auch der im Vergleich zum modernen Recht außergewöhnliche Umfang des römischen Schadensersatzrechts: eine jede nicht schon von vornherein auf eine Geldleistung gerichtete Forderung verwandelte sich mit dem Abschluß des Streitvertrags (*litis contestatio*, § 48, 1) notwendigerweise in einen Geldanspruch, wurde also, modern gesprochen, zum Schadensersatzanspruch. Sachleistung und Schadensersatz standen einander darum nicht, wie heute, als zwei verschiedenartige, aber gleichmäßig prozessual durchsetzbare Forderungsinhalte gegenüber; vielmehr war der Schadensersatz nichts anderes als die prozessuale Auswirkung eines jeden Sachleistungsanspruchs. Von hier aus wird verständlich, daß es in Rom einen Schadensersatzbegriff im Sinne eines eigenartigen Leistungsinhalts nicht geben konnte: die Frage nach dem Betrag des Interesses war eben fast bei jeder schuldrechtlichen Klage zu stellen. Auch war die Bemessung dieses Betrags nicht ein für allemal unter einheitlichem Gesichtspunkt geordnet. Der Umfang des zu leistenden Ersatzes hing vielmehr von der Natur der einzelnen *actiones* ab (vgl. § 101, 4). Strengrechtliche Klagen mit *intentio certa* richteten sich im allgemeinen nur auf den Sachwert der geschuldeten Leistung. Anders die *actiones* mit *intentio incerta*; hier war das gesamte Interesse des Gläubigers an der Leistung zu berücksichtigen. Dieses umfaßte außer dem Sachwert der Leistung z. B. auch die Verbindlichkeiten, die dem Gläubiger durch das Unterbleiben der Leistung erwachsen<sup>6</sup>, und den Gewinn, der ihm aus der Leistung unmittelbar zugefallen wäre<sup>7</sup>. Der mittelbare, etwa durch Weiterveräußerung des Leistungsgegen-

<sup>4</sup> Eine Spur dieses Rechtszustands ist wohl auch die infamierende Wirkung, die noch im späteren Recht an die Verurteilung auf Grund gewisser Vertragsklagen geknüpft war: so im Fall der *actio fiduciae* (§ 54, 4b; § 92), der *actio pro socio* (§ 151, 5) und der *actio depositi* (§ 137, 2).

<sup>5</sup> Vgl. RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 484f.; PEROZZI: Ist. II<sup>2</sup> 156ff.; SIBER: Röm. R. II 241ff.; ARANGIO-RUIZ: Ist. 3 374ff. Zum Grundsatz der *condemnatio pecuniaria* vgl. jetzt insbes. EHRHARDT: *Litis aestimatio* im röm. Formularproz., 1934.

<sup>6</sup> Vgl. Paul. u. Tryphonin. D. 19, 2, 7 u. 8: Der Mieter kann als Ersatz für die Nichtüberlassung der gemieteten Wohnung den Betrag verlangen, den er selbst seinem Untermieter zu erlegen hat.

<sup>7</sup> So kann der Käufer eines Sklaven alles das verlangen, was er bei rechtzeitiger Leistung durch ihn erworben hätte: Nerat. D. 19, 1, 31, 1; der Freigelassene, dem der Einkauf in eine *tribus* vermacht ist, kann bei Verzug des Erben den Wert aller Vorteile verlangen, deren er bei rechtzeitiger Erfüllung des Vermächtnisses als Mitglied der *tribus* teilhaftig geworden wäre: Labeo D. 32, 35 pr.; wer sich durch Stipulation verpflichtet, für die Genehmigung eines von ihm geführten fremden Geschäfts durch den Geschäftsherrn einzustehen, hat dem Gläubiger nicht nur den Verlust zu ersetzen, den die Nichtgenehmigung zur Folge hat, sondern auch den Gewinn, der infolgedessen nicht erzielt wird: Paul. D. 46, 8, 13 pr. — Weitere Belege (die sich jedoch z. T. auf die Bemessung von deliktischen Bußansprüchen beziehen, vgl. u. b) bei HAYMANN: *Studi Bonfante* II 447, Anm. 14.

stands erzielbare Gewinn dagegen scheint noch in spätklassischer Zeit nicht in den Bereich des zu ersetzenden Schadens gefallen zu sein, wie denn überhaupt im Gegensatz zum modernen deutschen Recht (§§ 249, 252 BGB) grundsätzlich eine Beschränkung des Schadensersatzes auf das Interesse am Leistungsgegenstand selbst (*circa ipsam rem*) festgehalten wurde (Paul. D. 19, 1, 21, 3)<sup>8</sup>. — Justinian hat dann in der Absicht, die im klassischen Recht im einzelnen zweifellos vorhandenen Streitfragen über die Bemessung des Interesses zu erledigen und die Höhe des Schadensersatzes auf ein seiner Meinung nach vernünftiges Maß zu beschränken, als feste Grenze für den Regelfall das Doppelte des Sachwerts der Leistung bestimmt (C. 7, 47, 1)<sup>9</sup>.

b) Die Bußansprüche<sup>10</sup> des klassischen Rechts trugen ein sehr verschiedenartiges Gesicht: teils wurden sie, wie bei der Personalverletzung (§ 159), nach freiem Ermessen des Richters festgesetzt, teils ergab sich ihre Höhe aus dem Wert des betroffenen Gegenstands oder aus dem Interesse des Verletzten an dem Unterbleiben der Schädigung, wobei wiederum entweder der mehrfache oder nur der einfache Betrag des Sachwertes oder des Interesses verlangt werden konnte. In den Fällen der letztgenannten Art hatte die Buße, wirtschaftlich betrachtet, durchaus die Funktion eines Schadensersatzes<sup>11</sup>. Doch zeigt sich der Strafcharakter aller Bußansprüche in gewissen Eigentümlichkeiten: so namentlich darin, daß mehrere Täter sämtlich auf den vollen Bußbetrag hafteten (sog. kumulative Konkurrenz<sup>12</sup>); der Verletzte erhielt also bei mehrfacher Täterschaft selbst dann ein Vielfaches seines Schadens, wenn die einzelne Buße sich nur auf den einfachen Sachwert oder das einfache Interesse belief. Ferner waren alle Bußansprüche, anders als die Schadensersatzansprüche des Kontraktrechts, passiv unvererblich: nur der Täter, nicht auch sein Rechtsnachfolger, sollte durch sie getroffen werden (Gai. 4, 112)<sup>13</sup>.

## 2. Verursachung und Verschulden als Voraussetzungen der Haftung für Schaden.

**§ 107. Begriffliche Grundlagen<sup>1</sup>.** 1. Nach heutiger Auffassung hat die Verantwortlichkeit einer Person für fremden Schaden im Regelfalle eine doppelte Voraussetzung: der Betreffende muß den Schaden sowohl verursacht wie verschuldet haben.

a) Verursachung ist der objektive Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Verantwortlichen und dem schädigenden Erfolg. Dieser Zusammenhang (der sog. Kausalzusammenhang) kann unmittelbar oder mittelbar sein; er ist unmittelbar, wenn im Ablauf des Geschehens keinerlei Zwischenglieder zwischen Handlung und

<sup>8</sup> HAYMANN: Studi Bonfante II 443ff., dem LEVY: ZSSSt. 51, 557f. zustimmt, unternimmt den Nachweis, daß diese Stelle, ebenso wie auch D. 18, 6, 20, von Justinian in ihr Gegenteil verkehrt sei: Im klassischen Recht sei die Geltendmachung des mittelbaren Schadens uneingeschränkt zulässig gewesen; Justinian aber habe den in C. 7, 47, 1 formulierten Gedanken in diesen Stellen zur Geltung bringen wollen, so wie er auch die (zweifellos verfälschten) 11. D. 19, 1, 43 u. 44 interpoliert habe. Der Beweis für diese Annahme dürfte indessen nicht erbracht sein: In D. 19, 1, 21, 3 ist zwar *nam pretium — consequitur* höchstwahrscheinlich unklassisch (der Schlußsatz bleibt hier außer Betracht); das Vorangehende jedoch weist keine Spuren einer Verfälschung auf, und die von H. als Gegenzeugnisse angeführten Quellen enthalten keine genauen Angaben über den Umfang der Schadensersatzpflicht oder behandeln wesentlich andere Tatbestände. Gegen H. auch RATTI: Bull. 40, 195, bes. Anm. 2.

<sup>9</sup> Über die Gestaltung des Schadensersatzes im justinianischen Recht vgl. jetzt RATTI: Bull. 40, 169ff. (im Grundgedanken beifallswert).

<sup>10</sup> LEVY: Privatstrafe u. Schadensersatz, 1915; dort weitere Lit.

<sup>11</sup> Vgl. LEVY: Privatstr. 15f.

<sup>12</sup> Hierzu LEVY: Konkurrenz d. Aktionen u. Personen I 476ff.

<sup>13</sup> Doch kannte das klassische Recht (honorarrechtliche) Bereicherungsansprüche gegen den Erben des Täters; vgl. hierüber LEVY: Privatstr. u. Schadensers. 88ff.; GEORG H. MATER: Prätörische Bereicherungsklagen 6ff. — Aktiv (d. h. auf seiten des Verletzten) unvererblich war nur die Buße für Personalverletzungen; vgl. auch v. LÜBTOW: ZSSSt. 52, 334ff.

<sup>1</sup> Im folgenden werden die Grundbegriffe auf der Basis der gemeinrechtlichen Lehre erörtert. Auf die moderne Problematik, insbesondere der Kausalitätslehre (adäquate Verursachung, objektive Zurechenbarkeit), wird nicht eingegangen.

Erfolg treten: der Schwertstreich des A ist unmittelbar kausal für den Tod des davon getroffenen B. Mittelbar ist der Kausalzusammenhang, wenn das Verhalten des Verantwortlichen nicht den schädigenden Erfolg selbst, sondern erst eine weitere Vorbedingung des Erfolgs auslöst: A entfernt den Deckel einer Grube, sein Verhalten ist mittelbar kausal für den Tod des B, der in der Dunkelheit in die Grube stürzt. Die mittelbare Kausalität kann enger und weiter sein, je nach der Zahl der Zwischenglieder, die Handlung und Erfolg voneinander trennen. Besondere Schwierigkeiten bereitet auch der Betrachtung des modernen Rechts die Frage nach der Kausalität der Unterlassung: in welchem Sinn und wann ein Nichthandeln die Ursache eines schädigenden Erfolgs sein kann.

b) Das Verschulden ist die subjektive Beziehung des Täters zum Erfolg. Wir unterscheiden zwei Arten des Verschuldens: Vorsatz und Fahrlässigkeit. Wer den schädigenden Erfolg bewußt und willentlich herbeiführt, handelt vorsätzlich; wer ihn nicht voraussieht, aber bei Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt voraussehen könnte, handelt fahrlässig. Je nach der Schwere des Vorwurfs, der dem fahrlässig Handelnden aus der Außerachtlassung der nötigen Sorgfalt erwächst, kann man grobe und leichte Fahrlässigkeit unterscheiden. Im übrigen aber hängt der Inhalt des Fahrlässigkeitsbegriffs von dem Maßstab ab, an dem man das Verhalten der Handelnden mißt. Stellt man strenge Anforderungen, so genügt schon eine geringe Abweichung von dem absolut richtigen Verhalten eines besonders Umsichtigen zur Annahme einer Fahrlässigkeit. Begnügt man sich mit einem Durchschnittsmaß von Sorgfalt oder nimmt man gar das sonstige Verhalten des Handelnden selbst mit allen seinen Charakterschwächen und mit den Grenzen seiner Einsicht zum Ausgangspunkt, so mildert sich die Fahrlässigkeitshaftung in erheblichem Maße. — Hat der Verursachende das schädigende Ereignis weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt, so ist das Ereignis von ihm aus gesehen ein Zufall. Der relative Charakter des juristischen Zufallsbegriffs bringt es mit sich, daß ein und derselbe Erfolg, an dessen Verursachung mehrere beteiligt sind, vom Standpunkt des einen der Mitwirkenden ein Zufall sein kann, während der andere ihn schuldhaft verursacht hat.

2. Eine geschichtliche Betrachtung der verschiedenen Rechte<sup>2</sup> lehrt, daß, wie im Bereich der Auslegung von Rechtsgeschäften (§ 49), so auch bei der Schadenshaftung das subjektive Moment erst im Laufe einer längeren Entwicklung zunehmende Beachtung findet. Am Anfang dieser Entwicklung pflegt ein Rechtszustand zu stehen, der schon die objektive Tatsache des Kausalzusammenhangs genügen läßt, um eine Haftung des Verursachenden zu begründen (reine Erfolgshaftung); jedoch bedarf es einer unmittelbaren oder doch sinnfälligen Kausalität; kompliziertere Kausalverhältnisse, insbesondere die Kausalität der Unterlassung, werden nicht erfaßt und lösen darum keine Haftung aus. Von den subjektiven Tatbeständen wird dann zunächst das vorsätzliche und überlegte Handeln als etwas Besonderes gewertet. Alles nicht vorsätzliche Handeln (einschließlich des unüberlegten Handelns im Affekt) bildet demgegenüber eine einheitliche ununterschiedene Masse, die sich erst sehr allmählich differenziert, bis schließlich der Gegensatz von Fahrlässigkeit und Zufall rein hervortritt. Zugleich erweitert sich allmählich der Umfang der rechtlich erheblichen Kausalität durch Einbeziehung auch der mittelbaren Kausalität und namentlich der Unterlassungstatbestände. — Auch im römischen Recht ist ein derartiger Entwicklungsprozeß zu beobachten. Er ist selbst in klassischer Zeit noch nicht zum völligen Abschluß gekommen. Vielmehr stehen auch noch in dieser Periode dank der traditionellen Gebundenheit des rechtlichen Denkens und der individuellen Gestaltung der einzelnen Rechtsinstitute, verschiedene Entwicklungsstufen in eigenartiger Weise

<sup>2</sup> Allgemein: v. HIPPEL: Deutsches Strafr. I 51ff.; für das griechische Recht: MASCHKE: D. Willenslehre i. griech. R., 1926; für das germanische Recht: AMIRA: Nordgerm. Obligationenr. I 373ff., II 397ff.; BRUNNER: Deutsche Rechtsgesch. I<sup>2</sup> 211ff., II 714ff.; SCHRÖDER-v. KÜNNSBERG: Lehrb. d. dtsch. Rechtsgesch. 7 88f., 377ff., 803, 841 (mit weiteren Hinweisen).



nebeneinander. Erst die vereinheitlichende Betrachtung der Spätzeit hat diese Gegensätze wenigstens teilweise verwischt und damit, wie auch in anderem Zusammenhang, den Boden für die gemeinrechtliche Dogmatik geschaffen.

§ 108. **Verursachung und Verschulden im ältesten Recht.** Schon vor der Zwölftafelgesetzgebung scheint das römische Recht das vorsätzliche und überlegte Handeln vom unvorsätzlichen geschieden zu haben, und zwar charakteristischerweise zuerst im Bereich der Tötungsdelikte<sup>1</sup>. Ein uralter, von der Überlieferung auf den König Numa zurückgeführter Rechtssatz beschränkte den Begriff des Mörders (*parricidas* = Mentschentöter<sup>2</sup>) auf den, der mit List und Wissen einen freien Menschen zu Tode gebracht hat (*qui hominem liberum dolo sciens morti duit*). Nur die willentliche Tat erforderte von nun an eine Sühnung durch den Tod des Täters; im Falle der unvorsätzlichen Tötung genügte, wie ein anderer, ebenfalls auf Numa zurückgeführter Satz besagt, das Sühneopfer eines Bocks<sup>3</sup>. In den Zwölftafeln erscheint dann die unwillentliche Tat in einer eigenartigen positiven Charakterisierung: kein Mord ist es, wenn die Waffe mehr aus der Hand entflohen ist, als daß der Täter sie geworfen hat (*si telum manu fugit magis quam iecit*, tab. VIII 24a). Auch außerhalb des Mordrechts kennt das Zwölftafelgesetz bereits eine unterschiedliche Behandlung des vorsätzlich-überlegten und des unvorsätzlichen Handelns (so bei der Brandstiftung, tab. VIII 10). Dagegen bildet alles nicht vorsätzliche Handeln offenbar noch zur Zwölftafelzeit eine ungeschiedene Einheit: aus der fahrlässigen Tat wie aus dem zufällig angerichteten Schaden erwuchs dem Verursachenden die gleiche Bußverpflichtung. Man muß jedoch annehmen, daß dabei stets eine gewisse Unmittelbarkeit der Verursachung Voraussetzung war; insbesondere kann die Kausalität der Unterlassung in der Zwölftafelzeit grundsätzlich keine Beachtung gefunden haben. Noch die wesentlich jüngere *lex Aquilia* (287 v. Chr., vgl. § 109, 1a; § 158, 2) verlangte eine unmittelbare körperliche Einwirkung auf das Objekt der Beschädigung (*damnum corpore corpori datum*).

§ 109. **Die Haftungsvoraussetzungen im klassischen Recht.** Die Gestaltung des klassischen Haftungsrechts war nicht von einheitlichen Grundsätzen beherrscht. Sie spiegelt in ihrer Vielfältigkeit getreu die Eigenart des klassischen Aktionensystems und kann darum nur aus den besonderen Bedingungen der einzelnen Rechtsverhältnisse heraus erfaßt und dargestellt werden. Innerhalb der verschiedenen Gedankenkreise, die sich bei einer solchen Betrachtung ergeben, zeigt sich jedoch, wenn auch in sehr unterschiedlicher Weise, eine einheitliche Tendenz zu stärkerer Berücksichtigung des subjektiven Tatbestands, vor allem zur Scheidung der fahrlässigen Verursachung vom Zufall, und eine weitere Tendenz zur Einbeziehung auch der mittelbaren Kausalität in den Haftungsbereich.

#### 1. Verursachung und Verschulden im klassischen Deliktsrecht.

a) Innerhalb der deliktischen Haftung wurde ein verhältnismäßig früher und durchgreifender Fortschritt in der Behandlung des Verschuldens bei der Haftung für Sachbeschädigung erreicht. Den Ausgangspunkt bildete dabei die wahrscheinlich schon dem dritten Jahrhundert v. Chr. angehörende *lex Aquilia* (nach der Tradition 287/6 v. Chr.). Aus dem hier aufgestellten Erfordernis der „widerrechtlichen“ Beschädigung (*iniuria occidere, urere, frangere, rumpere*) hat die Auslegung offenbar schon in republikanischer Zeit den Grundsatz abgeleitet, daß die Haftung wegen Sachbeschädigung eine schuldhafte Verursachung (*damnum culpa datum*) voraus-

<sup>1</sup> Ebenso im griechischen Recht, vgl. MASCHKE: D. Willenslehre im griech. R. 22.

<sup>2</sup> Mit dieser Deutung von WACKERNAGEL: (Gnomon 6, 449ff.) dürfte das *parricidas*-Problem erledigt sein; die Lit. (DE VISSCHER, LENEL, MEYLAN u. ältere) bei WACKERNAGEL und bei JUNCKER: ZSSt. 49, 593ff. Neuerdings schlägt freilich LEIFER: Studi Riccobono II 103ff. wiederum eine andere Lösung vor (Ableitung von einer etruskischen Wurzel *parc*).

<sup>3</sup> Serv. in Verg. ecl. 4, 43 (BRUNS: Fontes I 7 10, Nr. 13); vgl. auch XII tab. VIII 24a. — In dem (stellvertretenden) Opfer des Sündenbocks tritt die sakrale Natur der alten Mordsühne deutlich hervor.

setze<sup>1</sup>. Als Verschulden kam dabei nicht nur das vorsätzliche Handeln (*dolus malus*), sondern auch die bloße Fahrlässigkeit in Betracht; die rein zufällige Verursachung dagegen blieb außerhalb des Haftungsbereichs. Wesentlich langsamer als dieser Fortschritt in der Frage des Verschuldens vollzog sich auf dem Gebiet der aquilischen Haftung die Befreiung von den engen Kausalitätsvorstellungen des alten Rechts. Auch in klassischer Zeit hielt man wenigstens in der Theorie die überkommene Regel fest, daß die Haftung aus der *lex Aquilia* eine Schädigung durch unmittelbare körperliche Einwirkung auf die Sache voraussetze. Indessen wurden in Fällen einer bloß mittelbaren Verursachung und namentlich auch bei der Schadensstiftung durch Unterlassung die Grundsätze der aquilischen Haftung analog angewendet (*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*), so daß in hoch- und spätklassischer Zeit das Erfordernis der Unmittelbarkeit wenigstens praktisch überwunden war<sup>2</sup>.

b) Von weittragender Bedeutung für die Entwicklung des römischen Haftungsrechts war ferner die Erhebung des *dolus* zum selbständigen Deliktstatbestand (§ 160). Sie ist ein Werk der prätorischen Rechtsschöpfung: Zuerst in ciceronischer Zeit und auf Anregung des Juristen C. Aquilius Gallus (§ 14, 5) gewährte der Prätor gegen jede arglistige Schädigung Schutz sowohl durch eine Strafklage (*actio de dolo*) wie auch durch eine Einrede (*exceptio doli*). Gallus und seine Nachfolger bestimmten den dabei zugrundeliegenden Begriff des *dolus* unter Anlehnung an die ältere Bedeutung des Wortes im allgemeinen als ein listiges Verhalten zum Zweck der Übervorteilung, Täuschung, Hintergehung eines anderen, d. h. im wesentlichen als Betrug. Indessen lagen in der vielfältigen Anwendungsmöglichkeit der *actio* und vor allem der *exceptio doli* bereits die Ansatzpunkte für eine weitere Erstreckung des *dolus*-Begriffs, zu der dann seine Verwendung im Bereich der *iudicia bonae fidei* entscheidend beigetragen hat (Ziff. 2 b).

2. Im Bereich des Kontraktsrechts<sup>3</sup> standen in klassischer Zeit verschiedene Haftungssysteme nebeneinander:

a) Bei gewissen schuldrechtlichen Verhältnissen, bei denen der Schuldner im eigenen Interesse eine Sache des Gläubigers in Verwahrung hatte, kannte das römische Recht, offenbar seit alter Zeit, eine Bewachungspflicht des Schuldners (*custodia*)<sup>4</sup>. So weit sie reichte, hatte der Schuldner für das Abhandenkommen der Sache einzustehen, wenn er sich nicht auf das Vorliegen besonderer Umstände berufen konnte, die ein für allemal als Entlastungsgründe anerkannt waren und bereits in klassischer Zeit unter der Bezeichnung *vis maior* (höhere Gewalt)<sup>5</sup> zusammengefaßt wurden. Als solche Entlastungsgründe nennen die Quellen: Feuersbrunst, Überschwemmung, Schiffbruch, Einsturz eines Gebäudes, Aufruhr, Plünderung durch Feinde oder

<sup>1</sup> Vgl. Ulp. D. 9, 2, 5, 1 = Coll. 7, 3, 4, hierzu KUNKEL: ZSSt. 49, 168ff. — *Culpa* bedeutet in erster Linie das Verschulden schlechthin, im Gegensatz zu *dolus* aber auch das nicht vorsätzliche, d. h. fahrlässige Verschulden; hierüber sowie über die konkret-kasuistische Erfassung des klassischen Verschuldensbegriffs: ROTONDI: Scr. giur. II 479ff., ARANGIO-RUIZ: Responsabilità contrattuale<sup>2</sup> 220ff., KUNKEL: ZSSt. 49, 162ff.

<sup>2</sup> Erst eine nachklassische Entwicklung hat die Unterscheidung zwischen der eigentlichen *actio ex lege Aquilia* und den nachgebildeten Klagen (*actiones in factum*) in zahlreichen Fällen beseitigt und damit den Kausalitätsbegriff auch theoretisch über die alten Grenzen hinaus erstreckt: vgl. ROTONDI: (s. o. Anm. 1) 470ff., KUNKEL: (s. o. Anm. 1) 159ff.

<sup>3</sup> Zusammenfassende Darstellung: ARANGIO-RUIZ: Responsabilità contrattuale in diritto romano<sup>2</sup>, Napoli 1933 (1. Aufl. 1927). — Weitere Lit. im folgenden.

<sup>4</sup> Ausgangspunkt der modernen Forschung: SECKEL: bei HEUMANN: Handlex.<sup>9</sup> s. v. *custodia*; s. ferner SCHULZ: Grünhuts Z. 38, 9ff.; ZSSt. 32, 23ff.; Krit. Vjschr. 50, 22ff.; HAYMANN: ZSSt. 40, 167ff. (auf S. 170f. weitere Lit.); KUNKEL: ZSSt. 45, 268ff.; VAŽNÝ: Ann. Palermo 12, 101ff.; PARIS: La responsabilité de la custodia en droit rom., Paris 1926 (hierzu KUNKEL: Krit. Vjschr. NF 22, 381 ff., SCHULZ: ZSSt. 50, 708ff.); ARANGIO-RUIZ: Resp. contr. 2 62ff.; WIEACKER: ZSSt. 54, 35ff., bes. 46ff., 60ff.

<sup>5</sup> Antoninus Caracalla Coll. 10, 9; Diocletian C. 4, 33, 1. Gelegentlich sprechen die Klassiker einfach von *casus*, vgl. Paul. sent. 2, 4, 2. Ob die Bezeichnung *casus maior* (Gai. D. 44, 7, 1, 4) klassischen Ursprungs ist, ist mindestens zweifelhaft.

Räuberbanden und den Tod des Objekts (wenn es sich um Sklaven, wohl auch, wenn es sich um Vieh handelte)<sup>6</sup>. Dagegen entlastete der einfache Diebstahl den *custodia*-Pflichtigen niemals; er war vielmehr gerade der Hauptfall, in dem sich die *custodia*-Haftung verwirklichte<sup>7</sup>. Wie der Diebstahl wurde auch die Flucht des zu bewachenden Sklaven behandelt, sofern es ein Sklave war, demgegenüber eine besondere Aufsicht geboten war (*servus qui custodiri solet*)<sup>8</sup>. Ob der Schuldner im Rahmen der *custodia*-Haftung auch für Sachbeschädigung einzustehen hatte, war bestritten<sup>9</sup>. — Ihrem Ursprung nach ist die *custodia* zweifellos eine unentwickelte Form der Verschuldenshaftung, bei der das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verschuldens noch nicht nach den individuellen Umständen des Einzelfalles, sondern an Hand von typischen Tatbestandsmerkmalen beurteilt wurde. Das klassische Recht jedoch, das in anderem Zusammenhang zu einer feineren Abwägung des Verschuldensmoments vorgezogen war, konnte schwerlich das Element der Erfolgshaftung in ihr verkennen<sup>10</sup>. Im nachklassischen Recht ist aus der *custodia*-Haftung schließlich eine reine Verschuldenshaftung geworden. Zahlreiche Verfälschungen, vor allem in den Digesten, spiegeln diese neue Auffassung wider und versperren den Weg zum Verständnis des klassischen Rechtszustands, dessen Wiedergewinnung erst der modernen kritischen Forschung zu verdanken ist. Diese Verfälschungen erschweren auch eine Feststellung des Anwendungskreises der klassischen *custodia*-Haftung: Außer Zweifel steht zunächst die durch Gaius (3, 205f.) bezeugte *custodia*-Pflicht des Entleihers und gewisser Werkunternehmer, nämlich des Walkers (*fullo*) und des Flickschneiders (*sarcinator*). Verhältnismäßig sicher nachweisbar ist auch die auf einer besonderen Klausel des prätorischen Edikts beruhende *custodia* des Schiffers, des Gastwirts und des Stallwirts (*navita, caupo, stabularius*) bezüglich der von ihnen aufgenommenen Sachen der Verfrachter und Gäste (§ 150)<sup>11</sup>, sodann die *custodia* des Speichervermieters (*horrearius*)<sup>12</sup>. Dagegen bestehen Zweifel, ob auch noch andere Werkunternehmer<sup>13</sup>, ob der Mieter einer (beweglichen) Sache<sup>14</sup> und der Faustpfandgläubiger<sup>15</sup> für *custodia*

<sup>6</sup> Gai. D. 13, 6, 18 pr.; Ulp. D. 50, 17, 23 (beide Stellen insoweit echt).

<sup>7</sup> Vgl. bes. Gai. 4, 205f.

<sup>8</sup> Nach Ulp. D. 13, 6, 5, 6 (im Kern wohl echt) gehören zu den *servi qui custodiri solent* solche, die dem *custodia*-Pflichtigen in Fesseln übergeben worden sind, und solche, die ihres Alters wegen Bewachung erfordern.

<sup>9</sup> Verneinend: Julian (D. 13, 6, 19 und in D. 19, 2, 41; in der ersten Stelle ist, wie die zweite zeigt, *cura aut diligentia* für *custodia* itp.). In gewissen Grenzen bejahend: Marcellus und Ulpian (D. 19, 2, 41); hierzu zuletzt ARANGIO-RUIZ: Resp. contr. <sup>2</sup> 164ff.

<sup>10</sup> SCHULZ: Z. vgl. Rw. 25, 462; a. A. HAYMANN: ZStSt. 40, 175, Anm. 2.

<sup>11</sup> Gai. D. 4, 9, 5 pr.; Ulp. D. 47, 5, 1, 4. — Zu Unrecht nimmt HAYMANN: (s. o. Anm. 10) 205ff. an, daß Schiffer, Gast- und Stallwirte auf Grund des Edikts für jeden Zufall eingestanden hätten; zum mindesten hat die klassische Jurisprudenz diese Fälle unter den Gesichtspunkt der *custodia*-Haftung gezogen und damit die Berufung auf *vis maior* gestattet; so auch JÖRS in der Vorauffl.; vgl. ferner VÁŽNÝ: Ann. Palermo 12, 125f., ARANGIO-RUIZ: Resp. contr. <sup>2</sup> 103ff.; PARIS: Responsabilité de la custodia 21ff.

<sup>12</sup> Antoninus Caracalla Coll. 10, 9 = C. 4, 65, 1; Alexander Severus C. 4, 65, 4 (hier muß wohl *sed qui ff. verlässlich sein*, ebenso in D. 19, 2, 55 pr. *nisi — recepit*, so zuerst HAYMANN: [s. o. Anm. 10] 210f.). Gewaltsame Erbrechung des Speichers war *vis maior*; vgl. als interessante Parallele aus dem hellenistischen Recht: Pap. Hibeh 31, hierzu KUNKEL: ZStSt. 51, 259f.

<sup>13</sup> Die Frage ist vor allem, ob *fullo* und *sarcinator* in Gai. 3, 205 als einzige Fälle oder (wie in 3, 162) nur als Beispiele gemeint sind. Im übrigen fehlt es an Quellenzeugnissen, abgesehen vielleicht von Ulp. D. 47, 2, 14, 17 (hierzu ARANGIO-RUIZ: Resp. contr. <sup>2</sup> 128ff.). Nichts mit der *custodia*-Haftung zu tun haben D. 9, 2, 27, 29; D. 19, 2, 13, 5; D. 19, 2, 25, 7 (unrichtig hinsichtlich dieser letzten Stelle SIBER: Röm. R. II 245; die von ihm in Anm. 20 gerügte Bemerkung von KUNKEL: ZStSt. 45, 277 ist mißverständlich, entspricht aber der Sache nach dem Wesen des römischen *custodia*-Begriffs; vgl. auch ARANGIO-RUIZ: Resp. contr. <sup>2</sup> 127).

<sup>14</sup> Dagegen scheint das Schweigen von Gai. 3, 205f. zu sprechen, dafür I. 3, 24, 5; Diocl. u. Maximian C. 4, 65, 28. — Bei der Grundstückspacht ist für die *custodia* begrifflicher Weise im allgemeinen kein Raum. — Zu der anderen Lit. vgl. noch BRASIELLO: L'unitarietà del concetto di locazione in dir. rom. (Estr. Riv. ital. sc. giur. NS 2—3) 60ff.

<sup>15</sup> Vgl. Ulp. D. 13, 7, 13, 1; Diocl. u. Maximian C. 8, 13, 19. Die Frage ist, ob die beiden Stellen für das klassische Recht beweiskräftig sind; vermutlich ist sie zu bejahen; vgl. zuletzt

einzustehen hatten. Ein in der neueren Literatur zu Unrecht bestrittener<sup>16</sup>, besonders gelagerter Fall der *custodia*-Haftung ist schließlich die *custodia* des Verkäufers hinsichtlich der verkauften, aber noch nicht übereigneten Sache: hier handelt es sich bei strenger Betrachtung nicht um eine fremde, sondern um die eigene Sache des Verkäufers; vermutlich erklärt sich diese Regelwidrigkeit aber daraus, daß dem römischen Recht auf einer älteren Stufe noch die Unterscheidung von obligatorischem Kaufgeschäft und dinglicher Übereignung fehlte (vgl. auch § 71, 3a; § 140, 2).

b) Wo eine *custodia*-Pflicht des Schuldners nicht in Frage kam, trug die Regelung der Haftungsvoraussetzungen ein wesentlich anderes Gesicht: Statt der grundsätzlichen Verantwortlichkeit für die Möglichkeit der Leistung herrschte hier das entgegengesetzte Prinzip. Der Schuldner haftete nur für einen mehr oder weniger eng begrenzten Kreis von Tatbeständen, dessen Umfang durch die Eigenart der geltend gemachten *actio* bestimmt wurde. Am engsten umschrieben war der Haftungsbereich bei den strengrechtlichen Ansprüchen auf eine *certa res* (§ 101, 4a). Noch die spätclassischen Juristen ließen in solchen Fällen den Schuldner nur dann für die Unmöglichkeit der Erfüllung eintreten, wenn er sie selbst durch ein positives Tun, z. B. durch Vernichtung der geschuldeten Sache herbeigeführt hatte<sup>17</sup>. Dagegen trat eine Haftung nicht ein, soweit der Schuldner die Unmöglichkeit lediglich durch eine Unterlassung, z. B. durch mangelhafte Pflege des geschuldeten Gegenstands verursacht hatte<sup>18</sup>; denn der Inhalt des Anspruchs umschloß nur eine Verpflichtung zur Hingabe der Sache (*dare oportere*), nicht aber noch weitere Pflichten zu einem Tun (*facere*), das die Möglichkeit der Erfüllung hätte sichern können, z. B. zu sorgsamer Pflege des Leistungsgegenstands. Lag eine positive Vereitelungshandlung vor, so zweifelte man, ob der Schuldner nicht etwa auch dann haften müsse, wenn er sie in Unkenntnis seiner Verpflichtung vorgenommen hatte<sup>19</sup>. Man sieht hier, wie sich die Berücksichtigung des subjektiven Tatbestands erst mühsam und unvollkommen durchzusetzen im Begriff war. — Umfassendere Möglichkeiten für die Ausgestaltung der Haftung boten die *actiones* mit *intentio incerta* (vgl. § 101, 4a und b), bei denen sich die schuldnerische Verpflichtung nicht lediglich auf ein *dare*, sondern auf das *dare facere oportere* richtete; sie boten die Möglichkeit, für die Frage der Verantwortlichkeit das gesamte Verhalten des Schuldners in Betracht zu ziehen<sup>20</sup>. Besondere Bedeutung gewann in diesem Zusammenhang das Prinzip der *bona fides*, das die wichtigste Gruppe der *actiones* mit *intentio incerta*, die *bonae fidei iudicia*, beherrschte. In seinem Geltungsbereich mußte jedes Verhalten des Schuldners, das

ARANGIO-RUIZ: Resp. contr.<sup>2</sup> 138ff. (der jedoch dem Begriff der *custodia* hier einen etwas anderen Sinn beimißt, als anderwärts). — Neuerdings sind weitere Anwendungsfälle der *custodia*-Haftung behauptet worden, so bei gewissen Grenzfällen des Gesellschaftsrechts („Arbeitsgesellschaft“; WIEACKER: ZSSSt. 54, 42ff.) und im Bereich der Tutel (SOLAZZI: Istituti tutelari 139ff.; hierzu LAURIA: Studi Riccobono III 22, Anm. 87).

<sup>16</sup> Von HAYMANN: ZSSSt. 40, 254ff. (dem sich PARIS: La resp. de la custodia 199ff. und SIBER: Röm. R. II 249, Anm. 29 anschließen). Für die *custodia* des Verkäufers dagegen mit Recht die meisten neueren Arbeiten: KUNKEL: ZSSSt. 45, 278ff.; VÁŽNÝ: Ann. Palermo 12, 140ff.; ARANGIO-RUIZ: Resp. contr.<sup>2</sup> 147ff.; SECKEL-LEVY: ZSSSt. 47, 121; auch JÖRS i. d. Voraufgabe S. 124. — Die Quellen (insbes. Nerat. D. 19, 1, 31 pr.; Iul. in D. 47, 2, 14 pr. u. 1; Paul. D. 19, 1, 36; D. 18, 6, 3) sind zwar grobenteils verfälscht, doch dürfte die *custodia* in allen Fällen dem klassischen Urtext angehören; stichhaltige Gründe hiergegen sind nicht beigebracht worden. — Über den Zusammenhang zwischen *custodia* und Gefahrtragung vgl. § 141, 2.

<sup>17</sup> Durch dieses Tun wurde (ebenso wie durch den Verzug des Schuldners, vgl. § 115, 2a) die Verbindlichkeit „verewigt“ (*perpetuari*); infolgedessen konnte der Gläubiger trotz der eingetretenen Leistungsunmöglichkeit auf ein *rem dare oportere* klagen; vermöge des Prinzips der *condemnatio pecuniaria* lautete dann das Urteil auf den Schätzwert der untergegangenen Sache.

<sup>18</sup> Paul. D. 45, 1, 91 pr. (nicht unverfälscht, aber in der eigentlichen Entscheidung un-  
verdächtig).

<sup>19</sup> Paul. D. 45, 1, 91, 2.

<sup>20</sup> Vgl. den klassischen Kern von Venul. D. 45, 1, 137, 2 u. 3: hierzu zuletzt ARANGIO-RUIZ: Resp. contr.<sup>2</sup> 182ff.

gegen die Anschauungen eines redlichen Verkehrs verstieß, zur Haftung für den daraus erwachsenen Schaden führen, wobei es gleichgültig war, ob es sich um ein positives Tun oder ein Unterlassen handelte<sup>21</sup>. Die Maßstäbe aber, an denen man im Rahmen der *bonae fidei iudicia* das schuldnerische Verhalten maß, unterlagen einer zunehmenden Verfeinerung. Eine ältere Zeit mag nur das bewußt treuwidrige Verhalten des Schuldners als Verstoß gegen Treu und Glauben betrachtet haben und war darum dazu gelangt, den Gegensatz zur *bona fide s* im *dolus malus* zu erblicken (Ziff. 1 b). Diese Gegenüberstellung hielt man grundsätzlich fest, auch nachdem die veränderten Zeitanschauungen der *bona fides* einen umfassenderen Inhalt gegeben hatten. Die Folge war eine starke Ausweitung des *dolus*-Begriffs: er umschloß nun nicht nur die bewußte Rechtswidrigkeit, das hinterlistige, betrügerische Verhalten, sondern ganz allgemein jede Unlauterkeit, jede von dem Verhalten anständig denkender Leute abweichende Handlungsweise<sup>22</sup>. Über den modernen Begriff des Vorsatzes reichte dieser *dolus*-Begriff nicht unerheblich hinaus: aus ihm ließ sich auch die Verpflichtung zu einem gewissen Maß von Sorgfalt herleiten, derart, daß Fälle fahrlässigen Handelns in den Bereich der *dolus*-Haftung einbezogen werden konnten; wie es scheint, ist sich schon die Jurisprudenz der frühklassischen Zeit dieser Konsequenz bewußt geworden<sup>23</sup>. Im übrigen brachte es gerade das Prinzip der *bona fides* mit sich, daß die Einzelausgestaltung der Haftung auch innerhalb der *bonae fidei iudicia* durchaus unterschiedlichen Charakter trug. Da der Richter als Grundlage seines Ermessens die Eigenart des Rechtsverhältnisses und die typische Interessenlage in Betracht ziehen mußte, ergaben sich ganz verschiedene Haftungsvoraussetzungen, je nachdem der Schuldner ein eigenes Interesse am Bestehen des Rechtsverhältnisses hatte oder nicht<sup>24</sup>: so blieb beim unentgeltlichen Verwahrungsvertrag die Haftung begreiflicher Weise in engeren Grenzen als etwa bei der Übereignung zu Sicherungszwecken oder bei der Miete. Im Fall der Werkmiete wurde aus dem Prinzip von Treu und Glauben geradezu eine Garantie für sachgemäße Ausführung der Arbeit abgeleitet, die in ihrem Wesen der *custodia*-Haftung nicht fernstand, in den klassischen Quellen aber unter dem Gesichtspunkt einer Haftung für *imperitia*<sup>25</sup>, vielleicht auch unter dem Stichwort *culpa* erscheint (hierzu Ziff. 4).

3. Auf besonderen Grundlagen ruhte die Haftung bei dinglichen Klagen und Teilungsklagen<sup>26</sup>. Im dinglichen Rechtsstreit hatte der Richter pflichtgemäß zu prüfen, ob der Beklagte auch dann noch auf den vollen Sachwert zu verurteilen sei, wenn die Sache nach der *litis contestatio* verloren gegangen oder beschädigt worden war (vgl. § 78, 4). Bei den Teilungsklagen enthielt die Prozeßformel eine ausdrückliche Anweisung, den von den Mitberechtigten angerichteten Schaden zu berück-

<sup>21</sup> Vgl. schon Cicero pro Rosc. Amerin. 38, 111: *in privatis rebus, si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui commodi aut quaestus causa, verum etiam neglegentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant*; vgl. hierzu MITTEIS: Röm. Privatr. I 325f.

<sup>22</sup> Vgl. z. B. die in Anm. 21 angeführte Cicerostelle; selbst ein sittlich völlig einwandfreies Verhalten kann unter Umständen im Rahmen einer gegebenen Verpflichtung als *dolose* Handlung erscheinen: Ulp. D. 16, 3, 7 pr. (im Kern wohl echt).

<sup>23</sup> Vgl. besonders Cels. D. 16, 3, 32. Diese offenbar in nachklassischer Zeit völlig entstellte Äußerung über eine Kontroverse zwischen Nerva (*pater*) und Proculus (vgl. § 18, 4) muß wohl für das klassische Recht so gedeutet werden; sowohl die von den Nachklassikern verallgemeinerte und vergrößerte Gleichsetzung von *culpa lata* und *dolus* (§§ 110, 3) wie die in ihrer prinzipiellen Gestalt ebenfalls unklassische Kategorie der *diligentia quam suis* (§§ 110, 3) wird ihren Ursprung in derartigen Erörterungen haben. — Im Kern nicht anders als hier BUCKLAND: LQR 48, 228f. Zu D. 16, 3, 32 vgl. auch KÜBLER: Rechtsidee u. Staatsgedanke 73ff.

<sup>24</sup> In diesem Zusammenhang sind die klassischen Wurzeln des sog. Utilitätsprinzips zu suchen, dessen Ausgestaltung in den überlieferten Texten freilich stark nachklassisches Gepräge trägt; zum Utilitätsprinzip vgl. KÜBLER: Berliner Festgabe f. Gierke II 256ff.; KUNKEL: ZSSt. 45, 312; WIEACKER: ZSSt. 54, 57ff.

<sup>25</sup> Vgl. Cels. D. 19, 2, 9, 5; Ulp. D. 9, 2, 27, 29; D. 19, 2, 13, 5; vgl. ferner Paul. zu Lab. D. 19, 2, 62. — ARANGIO-RUIZ: Resp. contr. <sup>2</sup> 188ff.

<sup>26</sup> Hierzu ARANGIO-RUIZ: Resp. contr. <sup>2</sup> 239ff.

sichtigen<sup>27</sup>. In beiden Fällen hat die klassische Jurisprudenz als Grenzlinie der Verantwortlichkeit das Verschulden (*culpa*) festgestellt<sup>28</sup>; und zwar kam es hier, anders als im Recht der *lex Aquilia* (Ziff. 1 a), offenbar nicht auf die Art und Weise der Verursachung an: auch das schuldhafte Unterlassen führte zur Haftung.

4. Das klassische Recht kannte somit Fälle einer gemilderten Zufallshaftung (*custodia*), verschiedene Fälle einer Haftung für Verschulden schlechthin, also für Vorsatz und Fahrlässigkeit (*culpa*-Haftung) und Fälle der Haftung lediglich für *dolus*, in die jedoch bei den *bonae fidei iudicia* auch Tatbestände der Fahrlässigkeit einbezogen werden konnten. Alle diese Haftungssysteme waren aus ganz verschiedenen Zusammenhängen entwickelt; sie zeigten jedoch schon in klassischer Zeit eine deutliche Tendenz, zu einem einheitlichen System zusammenzuwachsen. Namentlich im Bereich der *bonae fidei iudicia* finden sich Spuren einer gegenseitigen Beeinflussung und Durchdringung der verschiedenen haftungsrechtlichen Begriffe. Offenbar versuchten schon die klassischen Juristen die Mannigfaltigkeit der hier im Lauf der Zeit entwickelten Abstufungen (vgl. Ziff. 2 b) mit Hilfe des anderwärts, vor allem im Deliktsrecht, entwickelten Begriffsgegensatzes *dolus—culpa* zu erfassen und zu gliedern<sup>29</sup>; selbst die *custodia*, deren Anwendungsfälle ja in der Hauptsache ebenfalls im Bereich der *bonae fidei iudicia* lagen, mag dabei gelegentlich in unscharfer Weise unter den Gesichtspunkt der *culpa* gezogen worden sein<sup>30</sup>. Demnach wird man damit rechnen müssen, daß die Terminologie des Haftungsrechts in hochklassischer und besonders in spätklassischer Zeit durchaus nicht völlig eindeutig und widerspruchlos war: eine von grundsätzlicher Klärung der Begriffe ausgehende, streng durchgeführte Theorie war überhaupt nicht Sache der römischen Juristen, die Vielgestaltigkeit des Aktionensystems war zwar im Verblassen, beherrschte aber immer noch die Blickrichtung der Jurisprudenz, und auch die Entwicklung des Haftungsrechts der einzelnen *actiones* war bis in die spätklassische Periode noch durchaus im Fluß. Erst die harmonisierende Arbeit der Spätzeit ließ die im klassischen Recht vorhandenen Ansätze zur Vereinheitlichung des Haftungsrechts sehr viel stärker hervortreten und entwickelte ein hinsichtlich der logischen Durchführung und der praktischen Brauchbarkeit unvollkommenes, in seiner geistigen Struktur dagegen völlig geschlossenes und charakteristisches System des haftungsbegründenden Verschuldens<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Formel der *actio communi dividundo* (LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 211): — *si quid in communi damni datum factumve sit* —; Formel der *actio familiae heriscundae* (LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 207): — *quod in ea hereditate ab eorum quo, postea quam heres factus sit, gestum admissumve sit*.

<sup>28</sup> Vgl. für die *rei vindicatio*: Ulp. D. 6, 1, 15, 3; Paul. eod. 33; eod. 58 a. E.; für die *actio familiae heriscundae*: Ulp. D. 10, 2, 16, 4; Paul. eod. 25, 16 (erster Satz wohl im wesentlichen klassisch).

<sup>29</sup> Auf dieser Grundlage sind die klassischen Haftungskataloge entstanden, die Texten wie Ulp. D. 13, 6, 5, 2f.; D. 50, 17, 23; Mod. Coll. 10, 2 zugrundeliegen müssen. Daß die überlieferten Zusammenstellungen sämtlich mehr oder minder stark entstellt sind, darf heute als sicher gelten. Das Ausmaß der Verfälschung jedoch bedürfte erneuter Untersuchung. Vgl. zuletzt WIEACKER: ZSSt. 54, 53ff.

<sup>30</sup> Vgl. die Einreihung von *custodia*-Fällen unter den Begriff der *culpa* in Cels. D. 19, 2, 9, 5; die Einsetzung von *custodia* an Stelle von *culpa* scheidet an dem ersten Satz: Will man diesen nicht völlig streichen, was schwer zu rechtfertigen wäre, so muß man annehmen, daß hier eine gemeinsame Ableitung der *custodia*-Haftung und der anderen Fälle einer Garantiehaftung beim Werkvertrag (vgl. Ziff. 2 b a. E.) aus dem Gedanken des Verschuldens versucht ist. — Vgl. auch das u. § 191, 2 (bes. Anm. 6) über die Haftung des Vormunds Ausgeführte und die dort verwerteten Untersuchungen von LAURIA: Studi Riccobono III 5ff., bes. 30ff.

<sup>31</sup> Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich, in welchem Umfang der Bearbeiter heute die Ergebnisse von ZSSt. 45, 266ff. für ergänzungs- und berichtigungsbedürftig hält. Der Grundgedanke jener Untersuchung wird von solchen Korrekturen nicht berührt. Wer ihn, wie BUCKLAND: Studi Bonfante II 85ff. (vgl. ferner LQR 48, 217ff., dazu o. Anm. 23) völlig bestreitet, verkennt den Geist des klassischen Rechts und bleibt in dem gemeinrechtlichen System befangen. Zu BUCKLAND vgl. auch LEVY: ZSSt. 51, 555f.; ARANGIO-RUIZ: Resp. contr. <sup>2</sup> 273ff. (hier auch Bemerkungen zu anderen Autoren, die in höherem Maße an der älteren Auffassung festhalten wollen, insbes. zu RATTI: Arch. giur. 101, 103ff. und SEGRÈ: Scr. giur. I 188ff.).

§ 110. Das nachklassisch-justinianische Haftungssystem. 1. Den nachklassischen Interpreten und Bearbeitern der klassischen Juristenschriften war die Mannigfaltigkeit des klassischen Haftungsrechts unverständlich; weder die auf alter Tradition beruhende Beschränkung der *actio legis Aquiliae* auf die Tatbestände des *damnum corpore corpori datum*, noch die individuellen Haftungsvoraussetzungen der einzelnen *actiones* waren für sie lebendige und begreifliche Tatsachen. Um so mehr aber mußten ihnen die in den klassischen Werken enthaltenen Ansätze zu einer Zusammenfassung und Gliederung der Verschuldensbegriffe wesentlich erscheinen. Ihre dem subjektiven Tatbestand zugewandte, moralisierende Haltung<sup>1</sup> mußte sie im Verschuldensmoment den Schlüssel für die Deutung des gesamten Haftungsrechts sehen lassen. So steht der Begriff der *culpa* in seinen verschiedenen Spielarten im Mittelpunkt des Systems von Glossen, Paraphrasen und justinianischen Interpolationen, das in unserer Überlieferung das Bild des klassischen Rechts entstellt<sup>2</sup>. Selbst die klassische *custodia* ist der Umdeutung in eine Verschuldenshaftung nicht entgangen: zwar sind die klassischen Tatbestände und Entscheidungen im wesentlichen unangetastet geblieben, als ihre Grundlage aber wurde eine, wenn auch noch so leichte, Pflichtverletzung des Schuldners unterstellt, sodaß aus der Erfolgshaftung mit typischen Entlastungstatbeständen nunmehr eine individuell zu beurteilende, aber äußerst strenge Pflicht zur sorgfältigen Bewachung wurde<sup>3</sup>.

2. Die Grundbegriffe des nachklassischen Haftungssystems sind *dolus*, *culpa* und *casus*. *Dolus* ist, wie in klassischer Zeit, das vorsätzliche, treuwidrige Verhalten<sup>4</sup>; *casus* der Zufall, für den grundsätzlich nicht eingestanden wird; *culpa* ist das nicht dolose schuldhafte Verhalten, also im wesentlichen die Fahrlässigkeit: die im klassischen Recht vorherrschende umfassende Bedeutung von *culpa* im Sinne von Verschulden tritt gegenüber dieser beschränkten Verwendung des Begriffs in den Hintergrund. In einer Anzahl von Quellenstellen, die mehr oder weniger von nachklassischer Hand überarbeitet sind, erscheint die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der Sorgfalt eines gewissenhaften Hausvaters (*diligens pater familias*)<sup>5</sup>. Überhaupt bildete nach nachklassischer Anschauung die *culpa* nur die Kehrseite einer Sorgfaltspflicht (*diligentia*)<sup>6</sup>, die überall, selbst im Deliktsrecht, als Basis der Haftung angesehen wurde. Daraus ergibt sich von selbst, daß die schuldhafte Unterlassung dem schuldhaften Tun grundsätzlich gleichachtet wurde<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> KUNDEL: ZSSt. 45, 339 (mit einigen Nachweisen); vgl. ferner RATTI: Bull. 40, 172ff.

<sup>2</sup> Den überwiegenden Anteil an der Ausgestaltung der nachklassischen Lehre dürfte die glossierende und paraphrasierende Arbeit der Rechtsschulen gehabt haben, vgl. KUNDEL: ZSSt. 45, 347ff.; VÄŽNÝ: Anm. Palermo 12, 111 (bes. Anm. 1); WIEACKER: ZSSt. 54, 35ff. (mit geistvollem, aber kühnem Versuch einer Rekonstruktion des nachklassischen Entwicklungsgangs). Wieweit diese Arbeit unter dem Einfluß der spätantiken Philosophie stand, ist noch nicht völlig geklärt; vgl. KUNDEL: ZSSt. 45, 344f.; ARANGIO-RUIZ: Responsabilità contrattuale<sup>2</sup> 250; WIEACKER: (s. o.) 71ff. — Über griechische Einflüsse auf die Gestaltung des klassischen Haftungsrechts, insbes. hinsichtlich der Fahrlässigkeit, handelt KÜBLER: Rechtsidee u. Staatsgedanke (Festschr. f. Binder) 63ff.

<sup>3</sup> Vgl. z. B. D. 13, 6, 18 pr.; D. 44, 7, 1, 4; I. 3, 14, 2.

<sup>4</sup> Der klassische *dolus*-Begriff ist in allen seinen Spielarten und Entwicklungsstufen (§ 109, 1 b u. 2 b) in die justinianische Gesetzgebung übergegangen.

<sup>5</sup> *Culpa*-Definitionen z. B. in D. 18, 1, 68 pr.; D. 19, 2, 25, 7; D. 17, 2, 72; D. 9, 2, 31. Der *diligens pater familias* als Maßstab in D. 13, 6, 18 pr.; D. 10, 2, 25, 16; D. 13, 7, 14 u. anderwärts. Zweifellos liegen hier klassische Äußerungen zugrunde. So mag vielleicht der *prudens et diligens pater familias* in D. 19, 1, 54 pr. schon dem echten Paulustext angehören (LEVY: ZSSt. 51, 556). Die Erhebung zum technischen und grundlegenden Begriff der Verschuldenslehre aber verdankt die *diligentia* des *diligens pater familias* erst den Nachklassikern.

<sup>6</sup> Mitunter wird freilich auch zwischen *culpa* und *diligentia* unterschieden, so z. B. in D. 13, 6, 5, 3 u. 15; D. 23, 3, 17 pr.; D. 27, 3, 1 pr.; D. 50, 17, 23. — Auch dies könnte auf Verallgemeinerung und Schematisierung gewisser klassischer Äußerungen beruhen.

<sup>7</sup> Doch ist z. B. D. 45, 1, 91 pr. in die justinianische Kompilation aufgenommen worden und damit der *culpa*-Begriff im Bereich der *stipulatio* einer *certa res* auf die positive Schädigungshandlung beschränkt geblieben.

3. Neben der Verpflichtung zur Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters begegnet bei gewissen Schuldverhältnissen eine minder strenge Sorgfaltspflicht: bei ihr sollte das Verhalten des Schuldners nicht an einem abstrakten (sei es idealen, sei es durchschnittlichen) Maßstab gemessen werden, sondern an dem Verhalten, das der betreffende konkrete Schuldner bei der Erledigung seiner eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegte (*diligentia quam in suis rebus adhibere solet*; \**culpa in concreto*)<sup>8</sup>. In einem nicht ganz klaren Verhältnis zu dieser minderen Sorgfaltspflicht steht in den Quellen der Begriff der *culpa lata* (grobes Verschulden, grobe Fahrlässigkeit)<sup>9</sup>, als dessen Gegensatz gelegentlich die *culpa levis* genannt wird<sup>10</sup>. Alle diese Abstufungen der *culpa* sind gewiß nicht freie Erfindung der nachklassischen Juristen, sondern aus klassischen Unterscheidungen herausentwickelt, die vermutlich die Erfassung des Inhalts der *bona fides* bei den einzelnen *bonae fidei iudicia* zum Ziel hatten (vgl. § 109, bes. Anm. 23). Zu festen haftungsrechtlichen Begriffen hat sie indessen erst die verallgemeinernde und vergrößernde Betrachtung der Spätzeit ausgestaltet.

4. In der Bemessung der Haftungserfordernisse bei den einzelnen schuldrechtlichen Verhältnissen waren die nachklassischen Juristen, die nicht neues Recht zu schaffen, sondern die klassische Rechtsliteratur zu erklären unternahmen, natürlich in erster Linie von dem Befund der klassischen Quellen abhängig. Sie haben ihn vielfach mißverstanden und entstellt. Im Bestreben, ein einheitliches Prinzip der Haftungsregelung zu finden, haben sie aus klassischen Ansätzen (§ 109, Anm. 24) das sog. Utilitätsprinzip entwickelt: danach gestaltet sich die Verantwortlichkeit des Schuldners milder oder strenger, je nachdem nur der Gläubiger oder beide Teile oder nur der Schuldner den Nutzen (*utilitas*) aus dem Bestehen des Rechtsverhältnisses hatte.

5. Trotz seiner Unvollkommenheit und seiner Abhängigkeit von den Ergebnissen der klassischen Jurisprudenz ist das nachklassische Haftungssystem ein wesentliches Glied in der Geschichte des römischen Rechts. In vielem stellt es die folgerichtige Fortsetzung einer bereits in klassischer Zeit angebahnten Entwicklung dar; und da die ungleich bedeutendere und lebensnähere Arbeit der klassischen Juristen nur aus der zeitbedingten Natur des klassischen Aktionensystems voll verständlich ist, hatten die verallgemeinernden und vergrößernden Tendenzen der Nachklassiker jedenfalls den Vorzug leichter Zugänglichkeit, mochten sie auch die feinen Entscheidungen der klassischen Juristen vielfach unkenntlich machen. So sind es in erster Linie die nachklassischen Gedanken, an die die gemeinrechtliche Lehre Anschluß suchte.

### C. Vertragsstrafe<sup>1)</sup>.

§ 111. 1. An die Stelle des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung einer Verpflichtung oder auch neben ihn kann auf Grund einer Parteiabrede eine Vertrags-

<sup>8</sup> Vgl. D. 10, 2, 25, 16; D. 27, 3, 1 pr.; D. 23, 3, 17 pr.; D. 17, 2, 72. — Lit. zur *diligentia quam suis*: PERNICE: Labeo II<sup>1</sup> 360ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 331ff.; BRASSLOFF: Wiener Stud. 24, 563ff.; KÜBLER: Berliner Festg. f. Gierke 245ff.; ZSSt. 39, 174ff., 199ff.; SECKEL b. HEUMANN: Handlex. <sup>9</sup> s. v. *diligens*; ARANGIO-RUIZ: Responsabilità contrattuale<sup>2</sup> 257ff. — Die unklassische Natur der *diligentia quam suis* (im Sinn eines technischen Begriffs) wurde zuerst von LUSIGNANI: Studi sulla responsabilità per custodia I 28ff. behauptet (zit. nach ARANGIO-RUIZ). [Vgl. neuestens EHRHARDT: Mnemosyna Pappulia 101ff.]

<sup>9</sup> Vgl. z. B. außer D. 16, 3, 32 (s. hierzu § 109, Anm. 23): D. 11, 6, 1, 1; D. 17, 1, 29 pr.; D. 26, 10, 7, 1; D. 36, 4, 5, 15; D. 44, 7, 1, 5; D. 50, 16, 226. Daß die *culpa lata* als technischer Begriff der nachklassischen Zeit angehört, erwiesen DE MEDIO: Bull. 17, 1ff.; 18, 260ff. und LENEL: ZSSt. 38, 263ff. (gegen BINDING: Normen II<sup>2</sup> 711ff.; Replik ZSSt. 39, 1ff.). S. ferner PERNICE: Labeo II<sup>1</sup> 377ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 333ff.; KÜBLER: ZSSt. 39, 204ff.; ARANGIO-RUIZ: Responsabilità contrattuale<sup>2</sup> 251ff.

<sup>10</sup> Nicht technisch ist wohl die *culpa levissima* in D. 9, 2, 44 pr. Anders dagegen z. B. D. 30, 47, 5; D. 36, 1, 23, 3; diese und die anderen bei LENEL: ZSSt. 38, 265ff. zitierten Zeugnisse dürften sämtlich verfälscht sein.

<sup>1</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 165f. (§ 285); dazu KARLOWA: Röm. Rechts- gesch. II 719ff.; SIBER: ZSSt. 29, 84ff.; Röm. R. II 260ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 490; LEVY: Konkurrenz d. Aktionen u. Personen II 1, 117ff.; PEROZZI: Ist. II<sup>2</sup> 171ff.



strafe treten. Für den Gläubiger hat dies den Vorteil, daß er den oft schwierigen Nachweis des durch die Nichterfüllung erwachsenen Schadens nicht zu erbringen braucht, sondern einen von vornherein feststehenden Strafbetrag fordern kann. — Im römischen Recht diente der Vereinbarung einer Vertragsstrafe die Stipulation (*stipulatio poenae*). Sie konnte dabei in verschiedener Weise verwendet werden. Entweder man knüpfte sie an eine bereits bestehende oder gleichzeitig begründete Verpflichtung an; dann bildete die Vertragsstrafe lediglich eine Ergänzung der Grundverbindlichkeit (echte Vertragsstrafe). Oder man schuf die Grundverbindlichkeit erst mittelbar durch die Strafstipulation; in diesem Fall wurde, rechtlich betrachtet, nur die Strafleistung geschuldet; indem diese aber durch die Nichterbringung der eigentlich bezweckten Leistung bedingt war, wurde der Schuldner angehalten, durch deren Erfüllung den Eintritt der Strafverpflichtung zu vermeiden (unechte Vertragsstrafe, vgl. Paul. D. 44, 7, 44, 5: *Si ita stipulatus sim: si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus*).

2. Wenn die Vertragsstrafe dazu diente, den Schuldner zu einem Unterlassen anzuhalten, so verfiel sie mit der Zuwiderhandlung. Bezweckte sie dagegen ein Tun des Schuldners<sup>2</sup>, so konnte sie von der Fälligkeit der Grundverbindlichkeit an gefordert werden<sup>3</sup>. Ob der Schuldner die Nichterfüllung der Grundverbindlichkeit zu vertreten hatte, war für die Strafverbindlichkeit gleichgültig (vgl. Paul. D. 9, 2, 22 pr.).

3. Einer gleichzeitigen Geltendmachung der Grundforderung und des Anspruchs auf die Vertragsstrafe sind die klassischen Juristen durch Gewährung einer *exceptio doli* entgegengetreten (Labeo in D. 44, 4, 7, 7)<sup>4</sup>; war die Grundforderung ein *bonae fidei iudicium*, so bedurfte es in deren Rahmen einer besonderen Einrede nicht (Iul. D. 19, 1, 28)<sup>5</sup>.

## D. Zinsen<sup>1</sup>).

§ 112. 1. Zinsen (*usurae*) sind ein Entgelt, das der Schuldner von Geld oder anderen Sachen dem Gläubiger für die Überlassung bzw. Entbehrung des geschuldeten Kapitals (*sors, caput*) zu zahlen hat. Als Erträgnisse des Kapitals fallen die Zinsen unter den weiteren Fruchtbegriff des römischen Rechts (§ 47, 2).

2. Die Zinsschuld berechnet sich nach dem Betrag des Kapitals, der Länge des Zeitraums, während dessen die Kapitalschuld aussteht, und dem Zinsfuß, der im Einzelfall kraft Vereinbarung oder kraft Rechtsens gilt. Den Zinsfuß berechneten die Römer nicht in Bruchteilen vom Hundert und für das Jahr, sondern in Bruchteilen des ganzen Kapitals und monatlich. Demnach bedeutet die *usura centesima* (das höchstzulässige Maß der Verzinsung in der Kaiserzeit, vgl. u. Ziff. 4) monatlich ein Hundertstel des Kapitals, jährlich also 12%. Die *usura centesima* nahm man dann wieder zur Grundlage für die Berechnung anderer Zinsfüße: Indem man die *centesima* als Einheit (*as*) voraussetzte, bezeichnete man z. B. den Zinsfuß von 5% als *usurae*

<sup>2</sup> Hinsichtlich des Unterschieds von Vertragsstrafen zur Sicherung einer Unterlassung und zur Sicherung eines Tuns vgl. Labeo in D. 45, 1, 137, 7.

<sup>3</sup> Anderer Ansicht war Pegasus, der den Anspruch aus der Strafstipulation erst dann wirksam werden lassen wollte, wenn die Erfüllung der Grundverpflichtung nicht mehr möglich war; doch setzte sich die im Text wiedergegebene Meinung des Sabinus durch: Pap. D. 45, 1, 115, 2.

<sup>4</sup> Der Schluß von D. 45, 1, 115, 2, der es vom Parteiwillen abhängig macht, ob eine Kumulation von Grundleistung und Vertragsstrafe eintreten soll oder nicht, ist sicher unklassisch: PEROZZI: Ist. II<sup>2</sup> 177, Anm. 3; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 490, Anm. 3; SIBER: Röm. R. II 263.

<sup>5</sup> Die Stelle ist hinsichtlich der Einzelheiten allerdings unzuverlässig: LEVY: Konkurrenz I 126ff.; BESELER: ZSSt. 44, 369.

<sup>1</sup> BILLETTER: Gesch. d. Zinsfußes i. griech.-röm. Altertum, 1898; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 553ff.; KLINGMÜLLER: ZSSt. 23, 68ff.; RE 6, 2187 (mit ausführlichen Literaturangaben); BELOCH: Handwörterb. d. Staatswiss. 8<sup>2</sup>, 1017ff.; APPLETON: NRH 43, 467ff.; A. SEGRÈ: Atene e Roma NS 5, 119ff.; CASSIMATIS: Les intérêts dans la législation de Justinien et dans le droit byz., 1931; hierzu LANGE: ZSSt. 53, 580ff.

*quincunces* (5 *unciae* =  $\frac{5}{12}$  der *centesima*), den Zinsfuß von 6% als *usurae semisses* (6 *unciae* =  $\frac{6}{12}$  der *centesima*)<sup>2</sup>.

### 3. Entstehung der Zinsverpflichtung:

a) Die Verpflichtung zur Verzinsung einer Schuld konnte durch Stipulation begründet werden<sup>3</sup>: War die Kapitalforderung ein strengrechtlicher Anspruch, wie namentlich die Forderung aus Darlehen und Stipulation (*condictio certi*), so konnte eine Zinsverbindlichkeit nur auf diese Weise entstehen<sup>4</sup>. Eine auf Stipulation beruhende Zinsschuld war selbständig ohne die Kapitalschuld klagbar.

b) Im *bonae fidei iudicium* konnte der Richter den Beklagten auf Begehren des Klägers auch zur Zahlung nichtstipulierter Zinsen verurteilen. Diese Officialzinsen (*usurae quae officio iudicis praestantur*)<sup>5</sup> hatten ihre materielle Grundlage lediglich in der Hauptschuld. Aus ihr erwachsen sie als ein Bestandteil des klägerischen Interesses und konnten nicht von ihr getrennt werden: insbesondere konnten sie nicht, wie die vertragsmäßigen Zinsen, mit einer selbständigen Klage, sondern nur mit der Hauptobligation zugleich geltend gemacht werden (Gord. C. 4, 34, 4). Wurde die Kapitalforderung eingeklagt, so entschied das Ermessen des Richters darüber, ob auch Zinsen entrichtet werden sollten. Jedoch nicht seine Willkür: es war selbstverständlich, daß sich der Richter bei der Beantwortung dieser Frage vom Herkommen leiten und von den Juristen beraten ließ. Je mehr sich nun die hierbei zur Anerkennung gebrachten Grundsätze zu festen Regeln verdichteten, um so mehr nahmen die Officialzinsen den Charakter einer auf Gewohnheitsrecht oder Juristenrecht beruhenden, von Rechts wegen mit der Hauptschuld verknüpften Zinspflicht an. Ein Hauptanwendungsfall dieser Zinspflicht waren die Verzugszinsen (§ 115, 2 b). Ferner war derjenige, der z. B. als Vormund oder Beauftragter fremdes Kapital in Händen hatte, verpflichtet, die Zinsen zu ersetzen, die er daraus gezogen oder schuldhafterweise zu ziehen versäumt hatte; überhaupt mußte er, wenn er das Geld in eigenem Nutzen verwendet hatte, seinem Gläubiger Zinsen davon entrichten (z. B. Pomp. D. 13, 7, 6, 1; Ulp. D. 17, 1, 10, 13). Auch formlos zugesagte Zinsen konnten im *bonae fidei iudicium* beansprucht werden, da der Richter hier alle Parteiabreden zu beachten hatte<sup>6</sup>.

4. Die Höhe des Zinsfußes wurde durch die Parteien bestimmt. In Ermangelung einer Abrede griffen die landesüblichen Zinsen Platz, die begreiflicherweise nach Zeit und Ort (*mos regionis*) starkem Wechsel unterworfen waren. Sie waren auch für das *officium iudicis* (s. o. Ziff. 3 b) grundsätzlich der Maßstab dessen, was *ex fide bona* an Zinsen gefordert werden konnte. — Indessen wurden bei der Vereinbarung von Zinsen der Willkür der Parteien, die ja hier in der Regel eine Willkür des Gläubigers war, weil er die Bedingungen der Kreditgewährung diktierte, schon sehr frühzeitig durch die Rechtsordnung Schranken gesetzt. Die Höchstsätze der altrepublikanischen Gesetze, von denen unsere Überlieferung spricht, werden wir freilich nicht mit modernen Maßstäben messen dürfen. Wenn es heißt, daß die Zwölf tafeln (tab. VIII 18) als höchstes zulässiges Zinsmaß das *fenus unciarium* festsetzten, so wird es sich dabei wohl nicht um ein Zwölftel des Kapitals im Jahre (=  $8\frac{1}{3}\%$ ), sondern um ein Zwölftel

<sup>2</sup> Über das *fenus unciarium* des altrömischen Rechts vgl. Ziff. 4.

<sup>3</sup> Außerdem auch durch (Damnations-)Vermächtnis: Ulp. D. 33, 1, 3, 6 (Schluß itp.: BESELER Beitr. III 92).

<sup>4</sup> Afr. D. 19, 5, 24: *pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi*, vgl. Paul. sent. 2, 14, 1. Über die (justinianische) Naturalobligation aus einem formlosen Zinspaktum vgl. SIBER: Gedenkschr. f. Mitteis 61 ff.

<sup>5</sup> Hierzu vgl. FADDA: Studi e questioni di dir. I 229 ff.

<sup>6</sup> Da das heutige Recht keine Form für das Zinsversprechen mehr kennt, faßt man alle auf Vereinbarung beruhenden Zinsverpflichtungen als vertragsmäßige zusammen und stellt sie in Gegensatz zu den auf Herkommen, Juristenrecht usw. beruhenden, die seit ihrer Anerkennung im *Corpus iuris* als gesetzliche Zinsen angesehen werden.

im Monat (= 100 %) handeln<sup>7</sup>. Um die Mitte des vierten Jahrhunderts soll dieser Zinssatz auf die Hälfte herabgesetzt, wenig später das Zinsnehmen überhaupt verboten worden sein<sup>8</sup>. Aber auch gegen Ausgang der Republik werden wiederholt Zinsgesetze erwähnt<sup>9</sup>. Seit dem Ende der Republik begegnet in den Provinzen die *centesima usura* (12 %) als Höchstbetrag (Plut. Luc. 20; Cic. ad Att. 5, 21, 11 u. 13). In der Kaiserzeit war sie im ganzen Reich als solcher anerkannt (Paul. sent. 2, 14, 2 u. 4), bis schließlich Justinian auf die *dimidia centesima* (6 %) hinabging (C. 4, 32, 26, 2). Ausnahmen ließ sowohl das klassische wie das justinianische Recht zu.

5. Gleich der Begrenzung des Zinsfußes dienten dem Schutz gegen eine Auswucherung des Schuldners die folgenden schon in klassischer Zeit geltenden Grundsätze:

a) Wenn rückständige Zinsen den Betrag des Kapitals (*duplum usurae*) erreicht hatten, sollte der weitere Zinsenlauf aufhören (Ulp. D. 12, 6, 26, 1; Iust. C. 4, 32, 27).

b) Zinseszinsen (*usurae usurarum*)<sup>10</sup> waren unzulässig, und zwar nicht bloß dann, wenn rückständige Zinsen dem Kapital zugeschlagen wurden, sondern (nach justinianischem Recht) auch dann, wenn aus ihnen ein selbständiges neues Kapital gebildet wurde (Ulp. D. 12, 6, 26, 1; Mod. D. 42, 1, 27; Iust. 4, 32, 28).

### III. Ort und Zeit der Leistung.

§ 113. Leistungsort<sup>1</sup>. 1. Der Ort, an dem der Schuldner die Leistung bewirken und der Gläubiger sie annehmen mußte, konnte ausdrücklich bestimmt sein oder sich aus den Umständen, insbesondere aus der Art der Leistung (z. B. Übergabe eines Grundstückes) und dem Sinn des Rechtsgeschäfts ergeben. Stand der Leistungsort in solcher Weise fest (war z. B. Lieferung in Ephesus ausbedungen), so konnte jeder Teil verlangen, daß die Leistung dort bewirkt und angenommen, und daß ihr Wert nach den dortigen Verhältnissen bemessen werde. Dies war von Bedeutung für die prozessuale Geltendmachung des Anspruchs: Die Frage nämlich, ob der Anspruch nur am Erfüllungsort selbst (Ephesus) oder auch an einem andern Ort<sup>2</sup> geltend gemacht werden konnte, hing davon ab, inwieweit es dem Richter möglich war, den Schätzwert der Leistung nach den Marktverhältnissen einer anderen Gemeinde zu errechnen. In dieser Hinsicht aber bestanden Unterschiede zwischen den beiden Hauptarten der schuldrechtlichen Ansprüche:

a) Bei Ansprüchen mit *intentio incerta*, also insbesondere bei den *iudicia bonae fidei* machte die Rechtsverfolgung an einem andern als dem Leistungsort keine Schwierigkeit. Da der Richter hier in freier Schätzung festzustellen hatte, was aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis geschuldet werde, so konnte er das Interesse, das die eine oder andere Partei an der Leistung an dem auswärtigen Erfüllungsort

<sup>7</sup> Die Frage ist bestritten. Während die herrschende, von NIEBUHR u. MOMMSEN begründete Meinung annimmt, daß man in altrömischer Zeit die Zinsen nicht, wie späterhin, nach Monaten, sondern nach Jahren berechnet habe (und zwar vielleicht nach einem alten Zehnmonatsjahr, so daß sich nicht  $8\frac{1}{3}$ , sondern 10% ergeben würden), ist die im Text angedeutete Auffassung von APPLETON: (o. Anm. 1) aus den wirtschaftlichen Verhältnissen der Frühzeit begründet worden. Offenbar unabhängig von APPLETON kommt KÜBLER: Gesch. d. röm. R. 48f. zu einem ähnlichen Ergebnis. Vgl. noch SCIALOJA: Bull. 32, 240f.; ARANGIO-RUIZ: Ist. 3 294, Anm. 1.

<sup>8</sup> Hierüber PAIS: Ricerche sulla storia e sul dir. pubbl. di Roma IV, 1921, 33ff. (kurzes Referat von STOLL: ZSSt. 47, 515).

<sup>9</sup> Das letzte ist eine *lex Cornelia Pompeia unciaria* vom Jahre 88 v. Chr.; vgl. dazu ROTONDI: Leges publicae populi Rom. 344.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu LEONHARD: RE 1, 2070f.

<sup>1</sup> Vgl. SOLAZZI: L'estinzione della obbligazione 93ff., 1931.

<sup>2</sup> Vorausgesetzt, daß der Schuldner sich überhaupt an dem andern Ort auf den Prozeß einzulassen verpflichtet war, d. h. daß dort ein Gerichtsstand gegen ihn begründet war.

hatte, bei der Bemessung der Urteilssumme (*litis aestimatio*) ohne weiteres in Betracht ziehen.

b) Bei Ansprüchen mit *intentio certa* dagegen war nach Zivilrecht eine Verurteilung unter Berücksichtigung des fremden Ortsinteresses nicht zulässig. Aber der Prätor gewährte, um sie zu ermöglichen, dem Gläubiger eine eigene Formel: die sog. *actio de eo quod certo loco* (erg. *dari oportet*)<sup>3</sup>.

2. Hatte die Forderung keinen bestimmten Erfüllungsort, so war grundsätzlich der Ort maßgebend, an dem der Gläubiger die Litiskontestation mit dem Schuldner vollzogen hatte<sup>4</sup>. Nach den dort geltenden Wertverhältnissen wurde die Urteilssumme bemessen, und dort konnte der Gläubiger deren Begleichung fordern<sup>5</sup>. Auf diese Weise konnte der Gläubiger der Forderung einen Leistungsort geben. Ihm konnte aber der Schuldner, solange er noch nicht belangt war, dadurch zuvorkommen, daß er an einem von ihm gewählten Ort, an dem dem Gläubiger billigerweise die Annahme zugemutet werden konnte (*opportuno loco*), diesem die Erfüllung anbot. Natürlich kam dabei auch der eigene Wohnsitz des Schuldners in Betracht.

§ 114. **Leistungszeit**<sup>1</sup>. Eine Forderung ist fällig, wenn der Gläubiger ihre Erfüllung, nötigenfalls im Prozeßwege, beanspruchen kann. Der Zeitpunkt des Fälligwerdens (die Leistungszeit) konnte wie der Leistungsort ausdrücklich festgesetzt sein oder sich aus den Umständen, insbesondere aus der Art der Leistung (z. B. Bau eines Hauses) und dem Sinn des Rechtsgeschäfts ergeben. Durch eine derartige Bestimmung der Leistungszeit wurde jedoch regelmäßig nur eine frühere Geltendmachung durch den Gläubiger ausgeschlossen, nicht dagegen auch das Recht des Schuldners, vorher zu leisten (Ulp. D. 50, 17, 17). War die Leistungszeit nicht bestimmt, so konnte die Erfüllung sofort nach Entstehung des Forderungsrechts verlangt werden (Pomp. D. 50, 17, 14).

## IV. Verzug.

§ 115. **Verzug des Schuldners**<sup>1</sup>. 1. Wenn der Schuldner zur Zeit der Fälligkeit (§ 114) seine Verpflichtung nicht erfüllte, geriet er in Verzug (*mora debitoris*).

a) Voraussetzung des Verzugs war, daß der Schuldner die Säumnis verschuldet, richtiger gesagt, zu verantworten hatte (daß es *per debitorem stetit quominus solvatur*)<sup>2</sup>; wann dies der Fall war, bestimmte sich nach den besonderen Haftungsgrundsätzen des Schuldverhältnisses (§ 109, 2)<sup>3</sup>. Für den Beweis der Verantwortlichkeit des Schuldners war regelmäßig eine Mahnung (*interpellatio*)<sup>4</sup> des Gläubigers von

<sup>3</sup> Vgl. dazu LENEL: Ed. perp. § 240ff. (§ 96); NABER: Mnemosyne 30, 319; GRADENMITZ: ZSSSt. 24, 238ff.; BESELER: Edictum de eo quod certo loco, 1907; Beitr. II 169ff.; BIONDI: Studi s. actiones arbitrarie I; Bull. 26, 5ff., 153ff.; ARANGIO-RUIZ: Bull. 25, 130ff.; 26, 147ff.; HUWARDAS: Beitr. z. Lehre v. d. actiones arbitrarie, insbes. v. d. actio de eo quod certo loco dari oportet, 1932, hier weitere Literaturangaben (12, Anm. 1).

<sup>4</sup> Das ist der technische Sinn des *petere*, das in diesem Zusammenhang wiederholt in den Quellen erwähnt wird, z. B. Cass. in D. 13, 3, 4; Min. in D. 12, 1, 22; Pomp. D. 33, 1, 1; Scaev. in D. 13, 4, 2, 3. Vgl. WLASSAK: Cognitur 3ff. — Über den Gerichtsstand gilt dasselbe wie o. Anm. 2.

<sup>5</sup> Im justinianischen Recht, in dem das Prinzip der *condemnatio pecuniaria* seine grundsätzliche Geltung verloren hatte, konnte er dort evtl. auch die Sachleistung verlangen.

<sup>1</sup> Vgl. SOLAZZI: L'estinzione della obbligazione 37ff., 1931.

<sup>2</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. § II 130 (§ 276); dazu die im folgenden Zitierten und MONTEL: La mora del debitore, Studi dir. priv. 3, 1930 (hierüber FELGENTRAEGER: ZSSSt. 51, 523ff.); KASER: RE 16, 254ff. (mit eingehenden Belegen und Literaturangaben).

<sup>3</sup> Über die sog. *mora ex re*, die keine Verantwortlichkeit des Schuldners voraussetzt und als genereller Tatbestand erst dem nachklassischen Recht angehört: SIBER: ZSSSt. 29, 65ff.; Röm. R. II 254f.; SGRÈ: Studi Brugi 393ff.; MONTEL: in Studi Urbinati 3, 1929.

<sup>4</sup> Über den subjektiven Tatbestand des Schuldnerverzugs: HEYMANN: in Marburger Festg. f. Enneccerus 1913; GENZMER: ZSSSt. 44, 86ff.

<sup>5</sup> Vgl. SIBER: ZSSSt. 29, 48ff.; Röm. R. II 253f. Ihm schließt sich das Folgende an.

wesentlicher Bedeutung; in manchen Fällen war ohne sie ein Verschulden des Schuldners überhaupt nicht denkbar. Immer aber war die Mahnung nur ein Mittel zur Klärung der Verantwortlichkeit; selbständige Voraussetzung des Verzugs neben der Verantwortlichkeit ist sie nie gewesen, auch nicht in justinianischer Zeit<sup>5</sup>.

b) Der Verzug endete vor allem dann, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Leistung so anbot, wie sie zu bewirken war (*purgatio morae*<sup>6</sup>; Paul. D. 45, 1, 93, 3 spricht von *emendare moram*). Nahm sie dann der Gläubiger an, so erlosch die Verbindlichkeit durch Erfüllung (§ 121); verweigerte er die Annahme ohne rechten Grund (*sine iusta causa*), so entfielen für die Zukunft die Folgen des Schuldnerverzugs, und der Gläubiger kam seinerseits in Annahmeverzug (§ 116).

2. Mit dem Verzug trat eine Steigerung der Haftung des Schuldners ein:

a) Der Schuldner hatte von nun an für den zufälligen Untergang und die zufällige Verschlechterung des Leistungsgegenstands einzustehen, ohne Rücksicht auf den vorher für seine Verbindlichkeit geltenden Haftungsmaßstab. Bei strengrechtlichen Forderungen auf eine individuell bestimmte Sache (eine *certa res*, z. B. den *servus Stichus*) fand die ältere Jurisprudenz dafür die Denkform der *perpetuatio obligationis*: durch den Verzug wurde die Verbindlichkeit des Schuldners „verewigt“ (Paul. D. 45, 1, 91, 3), derart, daß ihr Bestand nunmehr vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Leistungsgegenstands unabhängig war. So konnte der Gläubiger auch im Fall der Leistungsunmöglichkeit auf ein *rem dare oportere* klagen; gemäß dem Grundsatz der *condemnatio pecuniaria* wurde dann der Schuldner auf den Schätzungswert des Leistungsgegenstands (*quanti ea res erit*) verurteilt. Bei den *iudicia bonae fidei* war die Vermittlung der Haftung durch die *perpetuatio obligationis* nicht nötig, weil die weitere Fassung des Anspruchs in der *intentio* der Prozeßformel (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*) von vornherein auch den Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung des Forderungsrechts einschloß (vgl. § 101, 4): der Schadensersatz war hier *in obligatione*, nicht bloß *in condemnatione*.

b) Bei *bonae fidei iudicia* konnte der Gläubiger Herausgabe der Früchte, die der Schuldner seit dem Verzug gezogen hatte, und, wenn es sich um Geldschulden handelte, die ortsüblichen Zinsen (sog. Verzugszinsen) verlangen. Das gleiche wurde bei Ansprüchen aus Vermächtnissen (*fideicommissa, legata*) anerkannt (Gai. 2, 280; Paul. sent. 2, 12, 7; 3, 8, 4; Marcian D. 22, 1, 32, 2).

§ 116. Verzug des Gläubigers<sup>1</sup>. 1. Der Gläubiger geriet in Verzug (*mora creditoris* oder *accipiendi*), wenn er die geschuldete Leistung in einem Zeitpunkt nicht annahm, in dem der Schuldner zu leisten berechtigt war.

a) Im einzelnen galten dabei folgende Voraussetzungen: Der Schuldner mußte dem Gläubiger die Leistung ausdrücklich angeboten und sie auch tatsächlich soweit fertiggestellt und bereitgehalten haben, als ihm dies ohne Mitwirkung des Gläubigers möglich war (vgl. Pomp. D. 18, 1, 3, 4). Vermochte oder brauchte der Schuldner

<sup>5</sup> Anders JÖRS: in der Vorauf. Es handelt sich um die Bewertung des unklassischen Zusatzes *id est si interpellatus opportuno loco non solverit* in D. 22, 1, 32 pr. Mit SIBER hält der Bearbeiter ihn für eine bloße (vorjustianische?) Erläuterung, aus der Schlüsse auf eine justinianische Neuordnung nicht gezogen werden dürfen.

<sup>6</sup> Hierzu GUARNERI CITATI: Ann. Palermo 11, 222ff.: Die *purgatio morae* sei zunächst nur durch nachträgliches Leistungsangebot eingetreten und habe stets nur eine *exceptio doli* ausgelöst, die bei den *bonae fidei iudicia* allerdings nicht formelmäßig in Erscheinung trat (richtiger wohl beschränkt SIBER: Röm. R. II 255 die Befreiung *ope exceptionis* auf Geld- und Gattungsschulden und nimmt für Speziesschulden *ipso iure*-Befreiung bei Untergang der Sache an; der Beweis aus Marcell. D. 46, 3, 72 pr. ist freilich ungewiß wegen der *bonae fidei*-Natur der *actio rei uxoriae*). Erst das justinianische Recht habe der *purgatio ipso iure*-Wirkung verliehen. — Weiter handelt GUARNERI über die (erst seit Marcellus anerkannte) purgierende Wirkung einer bedingten Novation; hierzu vgl. auch BOHÁČEK: Ann. Palermo 11, 331ff. und KOSCHAKER: Festschr. f. HANAUSEK bes. 131ff.

<sup>1</sup> Die ältere Lit. bei WINDScheid-KIPP: Pand. II<sup>o</sup> 441 (§ 345); letzte Zusammenfassung: KASER: RE 16, 272ff.; im übrigen s. die folgenden Anm.

ohne eine solche Mitwirkung überhaupt nicht tätig zu werden<sup>2</sup>, so genügte ein wörtliches Angebot; war für die Handlung des Gläubigers ein fester Termin bestimmt, so bedurfte es wohl auch des wörtlichen Angebotes nicht (Paul. D. 18, 6, 5). — Der Gläubiger mußte die Annahme ohne einen rechten Grund (*sine iusta causa*<sup>3</sup>) unterlassen oder verweigert haben (Marcell. D. 46, 3, 72 pr.).

b) Wie der Schuldnerverzug durch späteres Leistungsangebot des Schuldners behoben wurde, so konnte auch der Gläubigerverzug durch spätere Annahmehbereitschaft des Gläubigers beendet werden (Pomp. D. 18, 6, 18).

2. Durch den Gläubigerverzug wurde der Schuldner nicht etwa von seiner Verpflichtung frei; jedoch minderte sich seine Verantwortlichkeit in verschiedener Hinsicht<sup>4</sup>:

a) Der Schuldner stand nur noch für *dolus* ein, gleichviel wie seine Haftung vorher beschaffen war (Pomp. D. 18, 6, 18)<sup>5</sup>: Ging die geschuldete Speziessache anderweit zugrunde, so wurde er frei (Iav. D. 45, 1, 105)<sup>6</sup>; der Gattungs- oder Geldschuldner konnte der Klage des Gläubigers eine *exceptio doli* entgegenhalten, wenn die angebotenen Gattungssachen oder Geldstücke untergingen, ohne daß er den Untergang arglistig verursacht hatte (Iul. D. 30, 84, 3; Marcell. D. 46, 3, 72 pr.).

b) Soweit eine Aufrechnung möglich war (*compensatio*, § 125), konnte der Schuldner dem Gläubiger die aus dem Verzug erwachsenen Schäden, Kosten und Aufwendungen in Anrechnung bringen. Bei Geldschulden durfte er sich durch Versiegelung und Hinterlegung der geschuldeten Summe der Gefahr<sup>7</sup> und der Zinsverpflichtung entledigen (Pap. D. 22, 1, 7; D. 22, 1, 1, 3; Ulp. bei Marcell. D. 26, 7, 28, 1; Diocl. C. 4, 32, 19 u. a.). Seit Diocletian bewirkte eine Hinterlegung an öffentlichem Ort sogar die unmittelbare Befreiung des Schuldners (Diocl. u. Maximian C. 8, 42, 9)<sup>8</sup>.

c) Im Falle des Weinkaufs<sup>9</sup> gestand ein alter Rechtssatz dem Verkäufer das Recht zu, den vom Käufer nicht rechtzeitig abgenommenen Wein auszugießen<sup>10</sup>, um die Fässer für eine weitere Verwendung freizumachen (Ulp. [Sabinus] D. 18, 6, 1, 3 u. 4). Statt dessen konnte er natürlich auch schon in klassischer Zeit die Anrechnung des Schadens verlangen, der ihm etwa durch die anderweite Beschaffung von Fässern erwuchs (s. o. b). Ebenso wird es ihm gestattet gewesen sein, den Wein für Rechnung des Käufers zu veräußern<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> So z. B., wenn der Gläubiger den von ihm zu liefernden Stoff, den der Schuldner bearbeiten sollte, diesem nicht herausgab, oder wenn er sich zu der ihm nach dem Vertrag oder Gesetz obliegenden Abholung nicht einfand.

<sup>3</sup> Z. B. Angebot zu unpassender Zeit oder an unpassendem Ort. Vgl. WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 446 (§ 345, 3 mit Literaturangaben).

<sup>4</sup> Zum folgenden vor allem GUARNERI CITATI: Ann. Palermo 11, 163ff.; SIBER: Röm. R. II 258ff. (dessen Auffassung der Text im wesentlichen folgt).

<sup>5</sup> Es geht nicht an, den ersten Satz dieser Stelle wegen „Blutleere“ und „Doktrinarismus“ als unklassisch anzufechten (HAYMANN: ZSt. 40, 265). Statt *culpam* dürfte Pomponius *custodiam* geschrieben haben (BESELER: Beitr. III 65; vgl. o. § 109, 2a).

<sup>6</sup> Hier handelt es sich allerdings zunächst um eine Wahlschuld; durch das Angebot des *Damas* hat sich jedoch die Verpflichtung auf diesen konzentriert.

<sup>7</sup> Ging das hinterlegte Geld unter, so konnte er ohne weiteres den Beweis erbringen, daß es sich um die dem Gläubiger angebotenen Geldstücke handelte, und daß er selbst nicht arglistig gehandelt habe. Ohne die Hinterlegung war dieser Nachweis sehr viel schwieriger.

<sup>8</sup> Schon die spätclassischen Juristen hatten der öffentlichen Hinterlegung gewisse besondere Wirkungen zuerkannt: Pap. D. 17, 1, 56, 1; Paul. D. 40, 7, 4pr.; Sev. u. Caracalla C. 8, 17, 1.

<sup>9</sup> Eine Erstreckung auf andere Verbindlichkeiten hielt man für bedenklich, vgl. Pomp. D. 33, 6, 8 (Weinvermächtnis).

<sup>10</sup> Man wird das Ausschütten des Weins nur dann recht verstehen, wenn man sich die Art und Weise der Aufbewahrung in Standfässern, die in den Boden eingelassen waren, vergegenwärtigt: s. darüber KOHLER: Jb. f. Dogm. 17, 407f.; Grünhuts Z. 12, 8ff.; WERNICKE: RE 1, 1970f.; OLCK: RE 3, 1875f. — So JÖRS in der Voraufll. Neuerdings hat GRADENWITZ: Bull. 37, 53ff. erwogen, ob es sich nicht um ein Ausgießen des Weins in gemauerte Behälter handelt, wie man sie bei den Ausgrabungen in Ostia kennengelernt hat; dann würde das *effundere* nicht die Vernichtung, sondern nur eine Verschlechterung des Weines bedeuten und die Rücksichtslosigkeit des Verfahrens wesentlich geringer sein.

<sup>11</sup> Mit JÖRS in der Voraufll. und GRADENWITZ: (s. o. Anm. 10) ist der Bearbeiter der Ansicht,

## Zweites Kapitel:

## Entstehung und Erlöschen von Forderungsrechten.

## I. Entstehungsgründe.

§ 117. Forderungsrechte aus Verträgen. 1. Das moderne Schuldrecht steht im Zeichen der Vertragsfreiheit; dies bedeutet, daß es den Rechtsgenossen grundsätzlich freisteht, vertragliche Verpflichtungen beliebigen Inhalts in beliebiger Form zu begründen. Die vertragliche Vereinbarung als solche gilt heute als hinreichende Grundlage für die Entstehung von Forderungsrechten. Dem römischen Recht des Altertums ist dieser Standpunkt immer fremd geblieben. Ihm lag vielmehr zu allen Zeiten die Vorstellung zugrunde, daß eine gültige Verpflichtung nur in bestimmten typischen Formen oder doch im Rahmen bestimmter, von der Rechtsordnung anerkannter, typischer Geschäftszwecke zustandekommen könne. Der Kreis der anerkannten Verpflichtungsgründe hat sich im Lauf der römischen Rechtsentwicklung immer wieder erweitert, zuletzt durch die nachklassische Konstruktion der sog. Innominatkontrakte (s. Ziff. 2c) bis nahe an die Grenze völliger Vertragsfreiheit. Schon in klassischer Zeit aber bot das römische System der typischen Verpflichtungsgründe, vor allem durch das Ineinandergreifen von materiell und formal orientierten Geschäftstypen (Kauf, Miete, Darlehen usw. einerseits, Stipulation andererseits), hinreichende Bewegungsfreiheit auch für einen hochentwickelten Rechtsverkehr.

2. Die vom *ius civile* als klagbar anerkannten Verträge, und nur sie, bezeichnete man in klassischer Zeit als *contractus*; schon diese Beschränkung des Anwendungsbereichs zeigt, daß die moderne Übersetzung mit „Vertrag“ dem römischen Kontraktbegriff nicht gerecht wird. Tatsächlich heißt *contractus* nicht einmal in der Beschränkung auf das Zivilrecht das, was wir als Vertrag bezeichnen<sup>1</sup>. Zwar sind sich die Juristen der hochklassischen Zeit der Tatsache bewußt gewesen, daß allen *contractus* eine Willenseinigung der Parteien eigentümlich war<sup>2</sup>; aber die verpflichtende Kraft des Kontrakts beruhte nur in einem Teil der Fälle (den sog. Konsensualkontrakten, s. u. d) unmittelbar auf diesem Moment der Willenseinigung; im übrigen war es nicht der subjektive, sondern ein objektiver Tatbestand, an den die schuldrechtlichen Wirkungen des Kontrakts anknüpften, sei es nun die Beobachtung einer bestimmten rechtsgeschäftlichen Form, sei es die Vornahme einer Vermögensverschiebung unter den Parteien. Man gliederte alle Kontrakte in die vier Gruppen der Verbalkontrakte, Litteralkontrakte, Realkontrakte und Konsensualkontrakte (Gai. 3, 89ff.).

a) Das Hauptbeispiel des Verbalkontrakts ist die *stipulatio* (§ 56; § 134); ihre Wirksamkeit beruhte auf der Beobachtung einer bestimmten Förmlichkeit, nämlich auf der formgerechten Rede und Gegenrede der Parteien. Da es nur auf dieses formale Kriterium ankam, konnten die mannigfachsten Geschäftszwecke mit Hilfe der

daß D. 18, 6, 1, 3 auch in den späteren Teilen wenigstens der Sache nach klassisches Recht wiedergibt; eine formale Überarbeitung ist freilich, vom ersten Satz abgesehen, der vielleicht ein Sabinuszitat ist, kaum zu bestreiten. Über die Interpolationsannahmen orientiert der Index interp. Ein Versuch, den Zustand der Stelle aus schichtweiser Entstehung zu erklären, bei GRADENWITZ.

<sup>1</sup> Noch weniger heißt *contrahere* einen Vertrag schließen; aus Verbindungen wie *delictum*, *crimen*, *damnum contrahere* (Belege im VIR) ergibt sich vielmehr als ursprüngliche Bedeutung „sich eine Verbindlichkeit zuziehen“; das *con-* in *contrahere* und *contractus* bezeichnet also nicht etwa das Zusammenwirken der Vertragsparteien, sondern hat die gleiche Bedeutung wie in *conficere*. — Nur für das Hauptwort, nicht auch für das Verbum, ergab dann der technische Sprachgebrauch eine Verengerung auf die freiwillige Begründung von Verbindlichkeiten. Über eine ähnliche Entwicklung des griechischen Begriffs *συμβόλαιον* vgl. MASCHKE: D. Willenslehre i. griech. Recht 159ff. — Zur Entwicklung des römischen Kontraktbegriffs vgl. auch COLLIET: LQR 48, 488ff.

<sup>2</sup> Vgl. hierüber § 49, Anm. 7 (mit Lit.).

Stipulation in eine zivilrechtlich gültige Gestalt gebracht werden. Demgegenüber besaßen zwei andere Erscheinungsformen des Verbalkontrakts nur einen ganz beschränkten Anwendungskreis: die *dotis dictio*, eine besondere Art des Mitgiftversprechens (§ 181, 2), und die *iuratae operae libertorum*, die eidliche Verpflichtung eines Freigelassenen zu Dienstleistungen an seinen Patron (Gai. 3, 96)<sup>3</sup>. Was diese Geschäftsformen von der *stipulatio* unterscheidet, ist lediglich der Umstand, daß sie nicht durch Rede und Gegenrede, sondern durch einseitige förmliche Verpflichtungserklärung zustandekamen.

b) Als Litteralkontrakt (Gai. 3, 128ff.)<sup>4</sup> bezeichneten die Römer in erster Linie die Begründung von Verbindlichkeiten durch Eintragung in das Hausbuch (*codex accepti et expensi*) des Gläubigers. Als selbständiger Verpflichtungsgrund kamen solche Eintragungen aber nur in besonders gelagerten Fällen in Betracht, nämlich dann, wenn es sich um sog. *nomina transscripticia* („Umbuchungsschulden“) handelte. Dies war der Fall, wenn bereits bestehende Verbindlichkeiten durch Verbuchung, sei es ihren rechtlichen Charakter, sei es die Person des Schuldners, wechselten<sup>5</sup>. Sobald dagegen der Verbuchung eine tatsächliche Auszahlung, etwa die Hingabe eines Darlehens zugrundelag, galt als Ausgangspunkt der Verbindlichkeit diese Zahlung und nicht der Bucheintrag (*nomina arcaria*: „Kassenschulden“). — Neben den *nomina transscripticia* erscheinen unter der Kategorie der Litteralkontrakte auch gewisse urkundliche Verpflichtungsgeschäfte griechischen Rechts, die man unter den übrigen Geschäftstypen des römischen Schuldrechts nicht unterbringen konnte<sup>6</sup>.

c) Als Realkontrakt nennt Gai. 3, 90 nur das Darlehen (*mutuum*); durch die formlose Hingabe der Darlehenssumme wurde schon nach älterem Zivilrecht<sup>7</sup> eine Verpflichtung zur Rückgabe des gleichen Betrags begründet. Grundlage der Verpflichtung war dabei die zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer erfolgte Vermögensverschiebung<sup>8</sup>. Von hier aus betrachtet unterscheidet sich das Darlehen nicht von der Zahlung einer Nichtschuld (*indebitum*); denn auch in diesem Fall erfolgt eine Vermögensverschiebung unter den Beteiligten, die eine Rückgabeverpflichtung auslöst. Darum kann es nicht überraschen, daß die Darlehensverpflichtung und die Verpflichtung aus ungerechtfertigter Bereicherung durch die gleiche *actio* (nämlich die *condictio certi*) verwirklicht wurden, und daß Gai. 3, 91 die Frage aufwirft, ob nicht auch in der Zahlung einer Nichtschuld ein Realkontrakt zu erblicken sei; wenn er diese Frage verneint, so zeigt sich darin, daß zu seiner Zeit bereits die Freiwilligkeit der Verpflichtung als Wesensmerkmal des Kontrakts erkannt war (3, 91 a. E.: *sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*). — Im Gegensatz zu dem Gaius der Institutionen rechnet der angebliche Gaius der *res cottidianae* oder *aurea* auch die Leihe, die Hinterlegung und die Verpfändung unter die Real-

<sup>3</sup> Hierüber LEIST bei GLÜCK: Komm. z. d. Pand. 37—38 V 204ff.; LENEL: Ed. perp. § 338ff. (mit weiterer Lit.); PERNICE: Sb. Berlin 1886, 1176ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 144ff.; BERTOLINI: Appunti didattici I 34ff.; WLASSAK: ZSSt. 28, 41f., 54ff.

<sup>4</sup> Lit.: SAVIGNY: Verm. Schr. I 205ff.; HEIMBACH: Creditum 309ff., 1849; VOIGT: Abh. Sächs. G. d. W., phil.-hist. Kl. 10, 515ff. (dazu NIEMEYER: ZSSt. 11, 312ff.); KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 746ff.; KNIEP: Gaiuskomm. III 2, 200ff.; HECK: Arch. ziv. Pr. 116, 129ff.; SIBER: Röm. R. II 180ff.; vgl. ferner MITTEIS: ZSSt. 19, 231f., 242f., 252ff.; PFLÜGER: Ciceros Rede pro Rosc. com. 103ff.; LEVY: Konkurrenz d. Aktionen I 382ff.; APPERT: RH 11, 619ff., 1932.

<sup>5</sup> Die Begründung einer Litteralverpflichtung geschah also stets zwecks Erneuerung (Novation, § 124) einer Forderung.

<sup>6</sup> Gai. 3, 134. Über die hier genannten *chirographa* und *sygraphae* vgl. KUNKEL: RE 4A, 1384ff.

<sup>7</sup> Über die älteste Gestalt des römischen Darlehens, das Darlehen *per aes et libram* (*nexum*), vgl. § 53, 2b, § 135, 2.

<sup>8</sup> Über die Bedeutung des *re contrahere* vgl. zuletzt BRASIELLO: Studi Bonfante II 541ff.



kontrakte (D. 44, 7, 1, 3; 5 u. 6). Da die *res cottidianae* insgesamt nachklassischer Entstehung oder doch Überarbeitung verdächtig sind (§ 19, 4), erscheint es nicht ausgeschlossen, daß diese Erweiterung des Kreises der Realkontrakte erst der nachklassischen Theorie angehört<sup>9</sup>. Aber auch wenn sie schon aus klassischer Zeit stammt, stellt sie jedenfalls eine verhältnismäßig späte Zusammenfassung von ursprünglich recht verschiedenartigen Tatbeständen dar. Denn anders als das Darlehen sind Leihe, Verwahrung und Pfandgebung offenbar zunächst nur durch prätorische Klagen (*actiones mit formula in factum concepta*) geschützt gewesen; erst im Laufe der klassischen Zeit mögen sie als zivile Kontrakte anerkannt worden sein<sup>10</sup>. Nachdem dies einmal geschehen war, lag freilich ihre Einreihung unter die Realkontrakte sehr nahe; denn auch ihre verpflichtende Wirkung beruhte auf der Hingabe einer Sache (als Leihgegenstand, Objekt der Hinterlegung oder Pfand). — Eine zweite Erweiterung hat der Begriff des Realkontrakts zweifellos erst in der Theorie der Spätzeit erfahren: die Angliederung der sog. unbenannten (Innominat-)Kontrakte (§ 152). Jeder Leistungsaustausch konnte nunmehr als unbenannter Realvertrag klagbar gemacht werden: aus der Vorleistung, die nicht notwendig eine Sachleistung sein mußte, sondern z. B. auch in der Erbringung von Diensten bestehen konnte, erwuchs dem Vorleistenden ein Anspruch nicht auf Rückgabe, sondern auf die Gegenleistung.

d) Bei den Konsensualkontrakten (Gai. 3, 135 ff.) beruhte die Verpflichtungswirkung weder auf der Beobachtung bestimmter Formen (wie bei den Verbal- und Litteralkontrakten), noch auf dem objektiven Tatbestand einer Vermögensverschiebung (wie bei den Realkontrakten), sondern einzig und allein auf der erklärten Willenseinigung der Parteien (*consensus*); nur hier stand also das subjektive Moment im Vordergrund, in dem wir heute die Grundlage aller vertraglichen Verpflichtungen sehen. Indessen hing die Wirksamkeit einer solchen konsensualen Verpflichtung davon ab, daß sie sich materiell im Rahmen bestimmter typischer Geschäftszwecke hielt: nur der Kauf (*emptio venditio*), die Miete in ihren verschiedenen Spielarten (*locatio conductio operis, operarum, rei*), die Gesellschaft (*societas*) und der Auftrag (*mandatum*) waren als Konsensualkontrakte anerkannt (§§ 139—151).

3. An der Vierzahl der Konsensualverträge hat das römische Recht festgehalten. Zwar wurden auch fernerhin einzelne formlose Verträge teils vom Honorarrecht<sup>11</sup>, teils vom Kaiserrecht der Spätzeit<sup>12</sup> als klagbar anerkannt; man pflegt sie heute als *pacta praetoria* und *legitima* zu bezeichnen, wobei namentlich der zweite Name recht anfechtbar erscheint. Zu den Konsensualkontrakten wurden diese Verträge indessen niemals gezählt. Übrigend bedeutete das Wort *pactum* ursprünglich überhaupt nicht einen schuld begründenden, sondern einen schuldaufhebenden Vertrag (§ 123). Später bezeichnete es im Anschluß an den Sprachgebrauch des prätorischen Edikts (D. 2, 14, 7, 7; LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 64 f.) ganz allgemein solche Vereinbarungen, die nicht unter die zivilrechtlich gültigen Kontrakte fielen. Aus derartigen Abreden erwuchs im allgemeinen keine Klagmöglichkeit (Paul. sent. 2, 14, 1: *ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur*). Anderes galt freilich dann, wenn sich das

<sup>9</sup> Vgl. RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 458 f.

<sup>10</sup> Wenigstens kannte das julianische Edikt für Leihe und Verwahrung sicher (Gai. 4, 47), für den Pfandvertrag vielleicht (s. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 255), neben der *formula in factum concepta* eine zweite Formel, die *in ius* konzipiert war, also von dem Bestehen eines zivilrechtlichen Anspruchs ausging (§ 101, 3).

<sup>11</sup> So das *constitutum*, d. h. das formlose Versprechen, eine eigene (*c. debiti proprii*) oder fremde Schuld (*c. debiti alieni*) zu erfüllen; aus ihm erwuchs die *actio de pecunia constituta*, eine prätorische *actio in factum*. Lit.: WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 163 ff. (§ 248); BRUNS: Kl. Schr. I 221 ff.; LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 247 ff. (§ 97); KAPPEYNE v. D. CAPPELLO: Abh. 200 ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1371 ff.; POLENSKE: Festschr. f. Brünneck 143 ff.; LEVY: Privatstr. u. Schadensers. 17 ff. — Dem *constitutum* sehr ähnlich war das formlose Leistungsversprechen des Bankiers (*receptum argentarii*), dem die *actio recepticia* entsprang (hellenistischer Ursprung? Lit. bei LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 132 ff.).

<sup>12</sup> Schenkungsversprechen § 153, 1; Dotalversprechen § 181, 2.

*pactum* als Nebenabrede (*pactum adiectum*) eines zivilrechtlich anerkannten Vertrags darstellte<sup>13</sup>.

4. (Anhang: Das Arrhalgeschäft.) Frühzeitig hat sich in Rom die griechische Sitte eingebürgert, beim Abschluß von Verträgen, insbesondere von Kaufverträgen, eine Geldsumme, einen Ring oder dgl. hinzugeben (*arrha*, ἀρραβών). Im Rahmen des spätrepublikanisch-klassischen Rechts hatte indessen die Zahlung eines solchen Angebots eine wesentlich andere Bedeutung als im griechischen Rechtskreis<sup>14</sup>.

a) Das griechische Recht zum mindesten der älteren Zeit kannte, wie es scheint, keinen Konsensualvertrag; vertragliche Verpflichtungen entstanden vielmehr, von Formalgeschäften abgesehen, nur in ähnlicher Weise wie bei dem römischen Realkontrakt, d. h. durch Vorleistung einer der Parteien. Im Gefüge eines solchen schuldrechtlichen Systems diente die Hingabe der Arrha dazu, eine bindende Wirkung bei beiderseitigen Kreditgeschäften zu vermitteln. So gab es z. B. beim Kauf keine Verpflichtungen durch einfache Einigung; wohl aber band sich der Verkäufer durch Annahme, der Käufer durch Hingabe einer Arrha. Freilich bedeutete diese Bindung keine Verpflichtung der Parteien zur Erfüllung des Kaufs, sondern lediglich einen Rechtsnachteil für den Fall des Vertragsbruchs, nämlich auf seiten des Verkäufers die Pflicht zur Rückerstattung, sei es des einfachen, sei es eines mehrfachen Betrags der Arrha oder auch zur Zahlung einer frei vereinbarten Strafsumme, auf seiten des Käufers die Notwendigkeit, die Arrha preiszugeben. Beide Parteien konnten sich also durch Verzicht auf die Arrha bzw. durch Erlegung einer Strafsumme vom Vertrag lossagen (sog. *arrha poenitentialis*).

b) Im römischen Recht, das eine konsensual begründete Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags kannte, war für eine solche Bedeutung der Arrha kein Raum. Hier wurde sie deshalb zu einer bloßen Bekräftigung des Vertragsabschlusses: die Hingabe der Arrha bewies, daß der Vertrag endgültig zustande gekommen war, und gab somit der formlosen Einigung einen sichtbaren Ausdruck (sog. *arrha confirmatoria*, vgl. Gai. 3, 139; D. 18, 1, 35 pr.)<sup>15</sup>. Ein Recht, sich vom Vertrag zu lösen, hat die klassische Jurisprudenz aus der Hingabe einer solchen Arrha niemals hergeleitet. Wo sich Juristen und Kaiser genötigt sahen, auf die im Osten des Reichs fortlebende<sup>16</sup> griechische Auffassung des Arrhalgeschäfts einzugehen, suchten sie die von den Parteien gewollte Rechtswirkung unter dem Gesichtspunkt einer Resolutivklausel (§ 50, 2) zu begründen; die Arrha als solche spielte bei diesen Entscheidungen überhaupt keine Rolle<sup>17</sup>. — Erst in nachklassischer Zeit setzte sich die griechische

<sup>13</sup> VIARD: Les pactes adjoints aux contrats en droit rom. classique, 1929 (dazu STOLL: ZStSt. 50, 551ff.); ferner die bei STOLL zitierten Arbeiten von GROSSO.

<sup>14</sup> Die folgenden Ausführungen geben die heute herrschende Meinung wieder, die freilich keineswegs unangefochten ist und einer gründlichen Nachprüfung bedarf. Bestritten ist namentlich die unter a) vorgetragene Theorie über die Natur des griechischen Arrhalgeschäfts, die von PARTSCH in einer Besprechung der Abhandlung von PAPPULIAS: (s. u.) entwickelt (GGA 1911, 713ff., jetzt auch Nachgel. u. kl. Schr. 262ff.), weithin Beifall fand, obwohl PARTSCH selbst sie nicht schlechthin als endgültiges Ergebnis ansah (vgl. Mitteilungen aus d. Freiburger Papyrus-samm. 2, Sb. Heidelberg 1916, 10, 9). In der Tat finden sich Zeugnisse, die den Gedanken an die Existenz eines Erfüllungsanspruchs im Rahmen des Arrhalgeschäfts sehr nahelegen; vgl. zuletzt LEVY: Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel 139ff., der jedoch die herrschende Lehre beibehält. Gegen PARTSCH neuerdings CORNIL: ZStSt. 47, 51ff.; HOETINK: Tijdschr. v. Rechts-geschiedenis 9, 253ff. — Aus der übrigen Lit.: BECHMANN: D. Kauf n. gemein. R. I 520ff., II 415ff.; BRUNS: Syr.-röm. Rechtsb. 216ff.; MIRTEIS: Grundzüge d. Papyrusk. 184ff.; PAPPULIAS: Ἰστορικὴ ἐξέλιξις τοῦ ἀρραβώνος 19ff., 75ff., 1911; VOLTERRA: Riv. it. sc. giur. NS 2, 616ff.; WIEACKER: Lex commissoria (Freiburger rechtsgeschichtl. Abh. 3) 89ff. — Weitere Hinweise bei RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 490, Anm. 4.

<sup>15</sup> Reichhaltige Sammlung des vielfach auch in nichtjuristischen Quellen verstreuten Materials bei MUTHER: Sequestration u. Arrest 369ff., 1856.

<sup>16</sup> Beweis dafür bietet vor allem das Syr.-röm. Rechtsb. L. 51, Ar. 32, 98, Arm. 27, 97, R. I 22, II 32, 99, III 51; abweichend (aber wohl nur in der Fassung, nicht in der Sache) P. 21.

<sup>17</sup> Hierzu bes. WIEACKER: Lex commissoria 104ff.; LEVY: Symbolae Friburgenses 136ff.

*arra poenitentialis* auch im römischen Rechte durch; ihre gesetzliche Sanktion erhielt diese Entwicklung durch Justinian in einer Konstitution vom Jahre 528 (C. 4, 21, 17, 2; vgl. I. 3, 23 pr.)<sup>18</sup>.

**§ 118. Forderungsrechte aus unerlaubten Handlungen.** 1. Den Kontrakten stellten die Juristen der klassischen Zeit als zweite Gruppe von Schuldentstehungsgründen die Delikte gegenüber (Gai. 3, 88). Dementsprechend unterscheidet auch die moderne Systematik Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäft und aus Delikten. Unter Delikt (oder unerlaubter Handlung) versteht man dabei diejenigen Tatbestände der Verletzung fremder Rechtsgüter, die von Gesetzes wegen eine unmittelbare Grundlage von Buß- oder Schadensersatzansprüchen bilden. Die gesetzestechnische Behandlung der Delikte kann sehr verschieden gestaltet sein: Entweder der Gesetzgeber stellt eine größere Anzahl von engbegrenzten Einzeltatbeständen nebeneinander (kasuistische Regelung), oder er faßte alle Einzelfälle in einem einzigen umfassenden Deliktstatbestand zusammen, indem er vorschreibt, daß grundsätzlich jede Verletzung fremder Rechte eine Verpflichtung zu Schadensersatz bzw. Buße auslösen solle<sup>1</sup>. Die kasuistische Behandlung ist die urwüchsigere, und da es römischer Art entspricht, das geschichtlich Gewordene treu zu bewahren, kann es nicht verwundern, daß das römische Recht sie zu allen Zeiten festgehalten hat.

2. Im übrigen spielt in die Gestaltung des römischen Deliktsrechts und auch des römischen Deliktsbegriffs der alles beherrschende Gegensatz von zivilem und honorarischem Recht hinein. *Delicta* im strengen Sinn waren nur die vom Zivilrecht geschaffenen Unrechtstatbestände; Gai. 3, 182ff. erwähnt unter diesem Stichwort lediglich die auf den Zwölf tafeln beruhenden Tatbestände des Diebstahls (*furtum*, § 157) und der Beleidigung (*iniuria*, § 159), die durch die *lex Aquilia* geregelte Sachbeschädigung (*damnum iniuria datum*, § 158) und den zwar vom Prätor entwickelten, aber aufs engste mit dem Diebstahl zusammenhängenden Tatbestand des Raubs (*rapina*, § 157, 5)<sup>2</sup>. Neben diesen zivilen Delikten aber stand eine große Anzahl prätorischer Tatbestände<sup>3</sup>, von denen einige, wie der Betrug (*dolus*, § 160), die widerrechtliche Drohung (*metus*, § 161) und die Gläubigerbenachteiligung (*alienatio in fraudem creditorum*, § 162), ihrem Wesen nach von den zivilen Delikten nicht verschieden waren und kaum geringere Bedeutung besaßen als diese.

3. Sowohl aus den zivilen Delikten wie aus den Unrechtstatbeständen des Honorarrechts erwachsen nicht Schadensersatz-, sondern Bußansprüche (*actiones poenales*, vgl. schon § 105). Dies beruht letztlich auf dem geschichtlichen Ursprung des römischen Deliktsrechts: *poena*, ein griechisches Lehnwort (*ποινή*), war in ältester Zeit die Bezeichnung für das Sühnegeld, das der Täter freiwillig anzubieten pflegte, um die

<sup>18</sup> Die Normen, die der Kaiser hier für die Arrha aufstellte, sollten keineswegs bloß für den in den vorhergehenden Sätzen behandelten Fall, daß die vereinbarte Schriftform nicht vollzogen war, sondern allgemein gelten: *sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est*. Demgegenüber ergibt sich freilich die große Schwierigkeit, wie es mit dem Anspruch aus dem Konsensualkontrakt auf Erfüllung und der *arra confirmatoria* zu halten war: denn daß beide in Justinians Rechtsbüchern unzweideutig anerkannt sind, kann keinem Zweifel unterliegen.

<sup>1</sup> So im Code civil Art. 1382f.; im österr. ABGB § 1295 und im schweiz. OR Art. 41. Das deutsche BGB hat einen Mittelweg eingeschlagen, indem es die Verletzung einer Reihe von namentlich aufgezählten Rechtsgütern (§ 823 I, darunter freilich auch das „sonstige Recht“), die Verletzung eines den Schutz eines andern bezweckenden Gesetzes (§ 823 II) und die vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung eines anderen (§ 826) zusammen mit einer Anzahl von Spezialtatbeständen nebeneinander stellt.

<sup>2</sup> Die zivilen Deliktstatbestände sind übrigens mit dieser Aufzählung nicht erschöpft; vgl. z. B. die Zwölf tafeln VIII 10, 11, 18, 19, 20.

<sup>3</sup> Vgl. LEVY: Privatstr. u. Schadensers. 17 ff.: die große Mehrzahl der vom Prätor eingeführten Klagen waren *actiones poenales*; manche von ihnen haben freilich im Lauf der Zeit Aufnahme ins Zivilrecht gefunden und damit ihren pönalen Charakter eingebüßt, wenigstens soweit sie zu zivilen Kontraktklagen wurden; vgl. LEVY: Privatstr. 14f. auch o. § 106, 1. — Gegen LEVY wendet sich BESELER: Beitr. IV 258ff.; Zweifel auch bei MITTEIS: ZSSt. 37, 328ff. und bei JÖRS i. d. Voraufkl.

Rache des Verletzten abzukaufen<sup>4</sup>. Mit dem Erstarken der staatlichen Macht wurde eine solche Ablösung der privaten Eigenmacht mehr und mehr zur rechtlichen Notwendigkeit erhoben und festen Maßstäben unterworfen; so wurde die Unrechttat zur Grundlage einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit, deren Strafcharakter zwar im Laufe der Zeit mehr oder weniger stark verblaßte, aber niemals völlig vergessen wurde. Hiermit hängt es wiederum zusammen, daß die römischen Privatdelikte stets eine andere Rolle gegenüber dem öffentlichen Strafrecht innehatten als das Deliktsrecht der modernen Zivilrechtsordnungen. Während heute die Bestrafung des Täters grundsätzlich der Allgemeinheit vorbehalten ist und im Wege der staatlichen Strafverfolgung vor sich geht, auch in solchen Fällen, in denen sich das Vergehen in erster Linie gegen die Rechtsgüter des einzelnen Rechtsgenossen richtet, blieb in Rom die Verfolgung des Täters in zahlreichen Fällen der privaten Initiative des Verletzten überlassen; dementsprechend hatte das private Deliktsrecht, das heute lediglich dem Ausgleich des Schadens dient, im römischen Recht zugleich die Aufgabe, den Täter zu strafen. Die Strafverfolgung durch den Staat aber blieb namentlich in der republikanischen Zeit im wesentlichen auf solche Verbrechen beschränkt, die sich gegen die Allgemeinheit richteten oder durch besondere Schwere eine kriminelle Ahndung notwendig machten (wie vor allem der Mord). Wie weit diese Beschränkung der staatlichen Strafverfolgung ging, zeigt am besten die Tatsache, daß selbst bei gewissen Vergehen gegen die Allgemeinheit jeder beliebige Bürger den Schuldigen zur Verantwortung ziehen konnte, und zwar im Privatprozeß und zu seinem privaten Vorteil (*actiones populares*).

§ 119. Die sog. Quasikontrakte und Quasidelikte<sup>1</sup>. 1. Daß die Einteilung der Forderungsrechte in kontraktliche und deliktische nicht erschöpfend war, konnte den klassischen Juristen schwerlich entgehen: Nachdem sich der Kontraktsbegriff endgültig auf die vertraglichen Schuldgründe des Zivilrechts beschränkt hatte (§ 117, 2), blieb eine Anzahl von zivilrechtlichen Verpflichtungstatbeständen übrig, die weder zu den Kontrakten noch zu den Delikten gehörten. Zum Teil standen sie entwicklungsmäßig und hinsichtlich ihrer prozessualen Ausgestaltung in nahem Zusammenhang mit gewissen Kontraktstypen, so z. B. die ungerechtfertigte Bereicherung mit dem Darlehen (vgl. § 117, 2 c), die Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*) mit dem Auftrag (*mandatum*). Darum ist es wahrscheinlich, daß schon die Klassiker in solchen Einzelfällen von kontraktsähnlichen Forderungsrechten gesprochen haben. Erst in nachklassischer Zeit<sup>2</sup> aber wurde daraus eine feste Kategorie der Quasikontrakte (*obligationes quasi ex contractu*), in der sehr verschiedenartige Zivilrechts-

<sup>4</sup> Vgl. über diese Zusammenhänge JHERING: Geist d. röm. R. I 129ff.; OSTHOFF b. KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 790, Anm. 3; GIRARD-MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 426ff. (s. auch die 7. franz. Aufl. 790 mit weiteren, auch rechtsvergl. Nachweisen); CORNIL: Mélanges Girard I 206ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 455f.; DE VISSCHER: Etudes de droit rom. 255ff. (will die Herausbildung des Begriffs der Deliktsobligation bis in das 1. Jahrhundert n. Chr. herunterrücken; hierzu RABEL: ZSSt. 52, 480).

<sup>1</sup> Zum folgenden vgl. bes. PEROZZI: Obligatione romane, 1903; RICOBONO: Ann. Palermo 3/4, 263ff.; weitere Lit. bei KÜBLER: ZSSt. 39, 214, Anm. 2; ARANGIO-RUIZ: Ist. 3 281ff.; SIBER: Röm. R. II 160f.; SEGRÈ: Rend. Accad. dei Lincei 6. Ser., 5, 49ff.

<sup>2</sup> Während die gajanischen Institutionen nur Kontrakt und Delikt als Schuldgründe erwähnen (3, 88) finden sich die Begriffe des Quasikontrakts und des Quasidelikts in D. 44, 7, 5, einem Fragment aus den angeblich von Gajus verfaßten *res cottidianae*; noch schärfer treten sie als Einteilungskategorien in den justinianischen Institutionen hervor (3, 27; 4, 5), deren Quelle wiederum aller Wahrscheinlichkeit nach die *res cottidianae* sind. Da nun die *res cottidianae* möglicherweise eine nachklassische Kompilation aus klassischen Werken sind, jedenfalls aber in den fraglichen Partien Anzeichen starker Überarbeitung aufweisen, so ist die zuerst von PEROZZI (Anm. 1) geäußerte Annahme nachklassischer Herkunft beider Kategorien so gut wie sicher. Daß jedoch klassische Ansatzpunkte dafür bestanden haben müssen, daß insbesondere die Klassiker bereits die außerkontraktlichen zivilen Klagen aus rechtmäßigem Handeln als etwas Besonderes erkannt haben werden, hat gegen PEROZZI vor allem RICOBONO dargetan; vgl. auch die Anm. 1 zit. Abhandlung von SEGRÈ.

tatbestände (*variae causarum figurae*, D. 44, 7, 1 pr.) zusammengefaßt wurden, die weder kontraktlicher noch deliktischer Natur waren; man zählte hierher außer der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 155) und der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 154) die Verpflichtungen aus der Vormundschaft (*tutela*, § 191) und aus dem schuldrechtlichen Vermächtnis (*legatum per damnationem*, § 221, 3b); auch die Auseinandersetzungsansprüche von Mitberechtigten (§ 156) werden in diesem Zusammenhang genannt.

2. Neben die Quasikontrakte stellte die nachklassische Systematik schließlich als letzte Gruppe von Schuldentstehungsgründen die sog. Quasidelikte (*obligationes quasi ex delicto*). Es handelt sich dabei um eine Reihe von prätorischen *actiones in factum*<sup>3</sup>: Zwei von ihnen sind in diese Kategorie eingeordnet worden, weil sie, anders als die eigentlichen Delikte, kein Verschulden des Verantwortlichen voraussetzten: die *actio de deiectis vel effusis* gegen den Bewohner eines Raumes, aus dem etwas auf einen dem Verkehr freigegebenen Ort geworfen oder gegossen worden war<sup>4</sup>, und die Klage gegen Schiffer, Gast- oder Stallwirte wegen Entwendungen oder Sachbeschädigungen, die ihre Angestellten gegenüber den Verfrachtern bzw. Gästen verübt hatten. Die dritte dieser Klagen trug einen völlig anderen Charakter: es war der Anspruch gegen den Richter, der durch Verletzung seiner Amtspflicht, namentlich durch Rechtsbeugung bei der Urteilsfällung, einen Rechtssuchenden geschädigt hatte (*iudex qui litem suam fecit*: der sich selbst den Prozeß aufgeladen hat).

3. Die Kategorien der Quasikontrakte und Quasidelikte sind ohne wissenschaftlichen Wert; sie werden nur als eingebürgerte und bequeme Sammelbezeichnungen gebraucht.

## II. Erlöschen von Forderungsrechten.

### A. Übersicht und geschichtliche Grundlagen.

§ 120. 1. Die Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit (*liberatio*) trat im römischen Recht, wie auch heute, in doppelter Gestalt auf: Entweder das Forderungsrecht des Gläubigers erlosch schlechthin (*ipso iure*), derart, daß eine gerichtliche Geltendmachung überhaupt nicht mehr möglich war, oder der Schuldner erwarb ein dauerndes Einrederecht, durch das er den Anspruch des Gläubigers, der an sich noch vorhanden und klagbar war, jederzeit zurückweisen konnte (Befreiung *ope exceptionis*). Dieser Gegensatz zwischen einem Untergang des Forderungsrechts *ipso iure* und einer Entkräftung *ope exceptionis* fiel im wesentlichen zusammen mit dem Unterschied zivilrechtlicher und honorarischer Erlöschensgründe. Denn ein nach Zivilrecht begründetes Forderungsrecht konnte nur durch einen vom Zivilrecht anerkannten Aufhebungsgrund schlechthin beseitigt werden; der Prätor verweichte ihm nur die sich aus einer Jurisdiktionsgewalt ergebenden prozessualen Schranken, d. h. in erster Linie eine Einrede zugunsten des Schuldners entgegenzusetzen.

2. Von den verschiedenen Gründen, die zur Tilgung eines Forderungsrechts führen konnten, stand, wie im modernen Recht, so auch im Recht der klassischen und

<sup>3</sup> Auf diese Tatbestände wird bei der Behandlung der einzelnen Schuldgründe nicht mehr eingegangen. Darum hier einige Literaturhinweise. Zur *actio de deiectis vel effusis*: WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>o</sup> 984 (§ 457, 1); LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 173f.; PERTICE: *Labeo II* 2<sup>3</sup>, 168ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 938f., 1355ff.; SCHULZ: Grünhuts Z. 38, 48f.; KÜBLER: ZSSt. 39, 218, 221ff.; LEVY: Konkurrenz d. Aktionen I 328ff. — Zu den Ansprüchen gegen die *nautae* usw.: WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>o</sup> 971 (§ 454, 5), 984 (§ 457, 2); LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 205f., 333f.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1320ff.; SCHULZ: Grünhuts Z. 38, 44ff., Krit. Vjschr. 50, 28; KLINGMÜLLER: RE 1 A, 357f.; KNIEP: Gajuskomm. III 2, 545ff. (In diesen Werken auch Näheres über das Verhältnis zur *actio ex recepto* § 150.) — Zu dem Falle des *iudex qui litem suam fecit*: LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 167ff., 216ff.; LEVY: Privatstr. u. Schadensers. 48ff.; KÜBLER: ZSSt. 39, 213ff. (bei ihnen weitere Lit.).

<sup>4</sup> Kläger war der durch den herausgeworfenen oder -geschütteten Gegenstand an seiner Person oder seinem Vermögen Geschädigte; Beklagter der Bewohner des Raums, auch wenn ein anderer den Schaden verursacht hatte.

nachklassischen Zeit weitaus im Vordergrund die Erfüllung (*solutio*, § 121), d. h. die Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Gläubiger. Sie bildete das Ziel eines jeden Forderungsrechts; ihr Eintritt war darum sein normales Ende. Ihr gegenüber erscheinen alle anderen Tilgungsgründe mehr oder minder als anormale Fälle. Als solche kamen in erster Linie in Betracht: die Aufhebung des Forderungsrechts durch Übereinkunft zwischen Gläubiger und Schuldner, die teils *ipso iure*, teils nur *ope exceptionis* wirkte, die Vereinigung von Schuld und Forderung in einer Hand (*confusio*; Mod. D. 46, 3, 75); sie wirkte *ipso iure* und beruhte auf der Tatsache, daß Forderungsrechte ihrer Natur nach Rechtsbeziehungen zwischen verschiedenen Personen sind. Rückte darum der Gläubiger (z. B. durch Erbgang) in die Rechtsposition des Schuldners ein oder umgekehrt, so konnte das Forderungsrecht nicht weiterbestehen, da niemand sich selbst etwas schulden kann<sup>1</sup>. Schließlich erloschen Forderungsrechte auch durch Aufrechnung (§ 125), d. h. durch Verrechnung mit einer Gegenforderung des Schuldners gegen den Gläubiger; die Aufrechnung steht insofern der Erfüllung nahe, als der Gläubiger zwar nicht unmittelbar die geschuldete Leistung, aber doch in der Befreiung von seiner eigenen Verbindlichkeit ein wirtschaftlich genau entsprechendes Äquivalent dafür erhielt.

3. Das soeben für das klassische und nachklassische Recht skizzierte Bild der Tilgungsgründe verschiebt sich sehr erheblich, wenn man die Verhältnisse des vor-klassischen oder gar des ältesten Rechts ins Auge faßt, über die freilich in mancher Hinsicht nur Vermutungen möglich sind. Vor allem zeigt sich insofern ein grundlegender Unterschied, als die Erfüllung in der Frühzeit des römischen Rechts normalerweise nicht, wie später, in der unförmlichen Erbringung der geschuldeten Leistung bestand, sondern mit einem Formalakt verbunden war. Noch das klassische Recht kannte zwei Erscheinungsformen des formalisierten Erfüllungsgeschäfts: die *solutio per aes et libram* (§ 53, 2c; § 122, 1) und die *acceptilatio* (§ 122, 2). Beide hatten die Eigentümlichkeit, daß sie mit einem altzivilen Verpflichtungsgeschäft ganz unmittelbar verwandt waren. Die *solutio per aes et libram* vollzog sich in denselben Formen, wie das alte, früh verschwundene Libraldarlehen (*nexum*, vgl. § 53, 2b; § 135, 2). Die *acceptilatio* dagegen entsprach in ihrer formalen Gestaltung der Stipulation (§ 56; § 134). In dieser Korrespondenz von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäften kommt ein alter Grundsatz des römischen Rechts zum Ausdruck, der freilich mit der Zeit an Allgemeingültigkeit verloren hat: daß die Aufhebung einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung oder, im Sinn des altrömischen Rechtsdenkens gesprochen, die Haftungslösung (s. u.) in der gleichen Weise geschehen müsse wie die Begründung (Prinzip des *contrarius actus*, vgl. Pomp. D. 46, 3, 80: *prout quidque contractum est, ita et solvi debet*)<sup>2</sup>. Aus dem formalen Charakter dieser Erfüllungsgeschäfte ergab sich wahrscheinlich schon verhältnismäßig frühzeitig, daß sie auch ohne wirkliche Erfüllung die Tilgung der Verbindlichkeit herbeiführen und auf diese Weise dem Vollzug einer auf bloßer Parteiabrede beruhenden Aufhebung des Forderungsrechts dienen konnten (abstrakte Wirkung)<sup>3</sup>. Erfüllung und vertragliche Aufhebung trugen

<sup>1</sup> Auf die *confusio* wird im folgenden nicht mehr eingegangen. Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 500ff. (§ 352); vgl. bes. KRETSCHMAR: Theorie d. Konfusion 1899; SOLAZZI: L'estinzione della obbl. 254ff., 1931. — Ein weiterer Tilgungsgrund, der hier nicht näher behandelt werden soll, war der sog. *concursum causarum*, das Zusammentreffen mehrerer Erwerbsgründe, d. h. der Fall, daß der Gläubiger einer auf Leistung einer Speziessache gerichteten Forderung diese Sache aus einem anderen Rechtsgrund erlangte. Maßgebende Behandlung SCHULZ: ZSSt. 38, 114ff. (mit eingehenden Literaturangaben).

<sup>2</sup> Die Stelle stammt vermutlich aus dem von Pomponius kommentierten Zivilrechtswerk des Q. Mucius; *solvi* ist hier gleich *dissolvi*, bezieht sich also nicht auf die *solutio* im technischen Sinn (vgl. auch Gai. 3, 170; Ulp. D. 50, 17, 35). Übrigens ist D. 46, 3, 80 itp., vgl. BESELER: Beitr. III 24; ferner SOLAZZI: L'estinzione della obbl. 10ff.

<sup>3</sup> Die Ausgestaltung des Erfüllungsakts als selbständiges Rechtsgeschäft hat auch in anderer Beziehung Wirkungen hervorgebracht; vgl. die Sonderstellung des *titulus pro soluto* bei *traditio* und *usucapio*; § 71, 3a; § 75, 3a.

somit in einem gewissen Zeitabschnitt der älteren römischen Rechtsentwicklung im Regelfall das gleiche Gesicht eines abstrakten Formalakts. Denn die formlose Erfüllung kann in dieser Zeit, wenn sie überhaupt schon als Tilgungsgrund anerkannt war<sup>4</sup>, in jedem Fall nur eine sekundäre Rolle gespielt haben. Dies folgt, ganz allgemein betrachtet, schon aus der Tatsache, daß das ältere römische Recht durchaus vom Formalismus beherrscht war; es kommt hinzu, daß für die Betrachtungsweise jener Zeit nicht die Leistungspflicht des Schuldners als solche, sondern seine Haftung, d. h. seine Gebundenheit gegenüber dem Gläubiger im Vordergrund stand (§ 35, 2); diese Haftung aber konnte ihrer formalen Natur wegen schwerlich anders als durch einen Formalakt gelöst werden. Erst das Verblässen des Begriffs der Haftung, das Aufkommen formfreier Rechtsgeschäfte, die Befreiung des Beweisrechts vom Formalismus und schließlich die Einbürgerung der Beweissicherung durch Urkunde (§ 57) werden der schlichten Erfüllung mehr und mehr Raum verschafft haben. Gewiß haben diese Faktoren schon zur Zeit der hohen Republik, vielleicht schon im dritten Jahrhundert v. Chr. zu wirken angefangen. Immerhin wurde wenigstens die *acceptilatio* noch in klassischer Zeit sehr häufig auch dann verwendet, wenn eine Erfüllung vorangegangen war. Die pompejanischen Quittungsdokumente (Mitte des ersten Jahrhunderts n. Chr.)<sup>5</sup> lassen allerdings erkennen, daß sie vielfach zu einer bloßen Quittungsurkunde entartete<sup>6</sup>. Nachdem einmal die formlose Erfüllung als Tilgungsgrund feste Anerkennung gefunden hatte, konnte der Formalismus nur da der Verkümmerng widerstehen, wo eine reale Erfüllung nicht stattfand.

## B. Erfüllung<sup>1</sup>.

§ 121. 1. Schon in republikanischer Zeit galt der Grundsatz, der dann die gesamte spätere Rechtsentwicklung beherrschte, daß die Erfüllung, d. h. die einfache Vollziehung der geschuldeten Leistung, in jedem Fall den Schuldner befreie. Gleichviel, ob die Verbindlichkeit auf Kontrakt, Delikt oder Urteil (vgl. hierzu § 124, 4) beruhte und ob sie sich auf eine Geld- oder Sachleistung oder etwa auf die Erbringung von Diensten richtete: sobald der Gläubiger tatsächlich empfangen hatte, was ihm gebührte, erlosch das Forderungsrecht *ipso iure* (Paul. D. 46, 3, 61: *In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit . . . competit liberatio*). Eine Form war dabei nur zu wahren, wenn die Natur der geschuldeten Leistung sie erforderte; so bedurfte es z. B. in klassischer Zeit grundsätzlich einer *mancipatio* oder *in iure cessio*, wenn der Schuldner zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet war. War dagegen eine *res nec Mancipi* Schuldgegenstand, so genügte die formlose Übergabe (*traditio*). — Die Römer bezeichneten die formlose Erfüllung schlechthin als *solutio*; in diesem Ausdruck spiegelt sich noch die ältere Auffassung, die in der Befreiung des Schuldners in erster Linie seine Lösung von der Haftung sah (vgl. § 120, 3)<sup>2</sup>. Im Sprachgebrauch der Klassiker war diese Bedeutung jedoch bereits verblaßt: als Objekt des *solvere* erscheint nun nicht mehr der Schuldner, zumeist auch nicht die *obligatio*<sup>3</sup>, sondern die Leistung bzw. deren Gegenstand; *solvere* und *solutio* bedeuteten also einfach erfüllen und Erfüllung.

<sup>4</sup> Seit wann dies der Fall war, ist sehr bestritten. Vgl. MOMMSEN: Ges. Schr. III 242f.; ERMAN: Quittungen u. Solutionsakte 75ff.; KRETSCHMAR: Erfüllung 8ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 260ff.; STEINER: Datio in solutum 26ff., 43ff.; KOSCHAKER: ZSSr. 37, 362ff.; SOLAZZI: L'estinzione della obbl. 10ff.

<sup>5</sup> Vgl. über sie § 57, 5.

<sup>6</sup> MOMMSEN: Ges. Schr. III 242f.

<sup>1</sup> Vgl. KRETSCHMAR: D. Erfüllung I, 1906; SOLAZZI: L'estinzione della obbligazione 3ff., 1931.

<sup>2</sup> Sie tritt unverkennbar hervor in gewissen alten Formeln, die noch in klassischer Zeit in Übung waren: in der Formel der *solutio per aes et libram* (*me eo nomine a te solvo liberoque*; vgl. § 122, 1) und vielleicht auch im Formular der *legis actio per manus iniunctionem* (Gai. 4, 21 und dazu EISELE: Beitr. z. röm. Rechtsgesch. 19ff.).

<sup>3</sup> Einige Belege für die letztgenannte Verbindung o. § 120, Anm. 2.

2. Von den Grundsätzen, die im einzelnen für die Erfüllung galten, sei hier nur folgendes hervorgehoben:

a) Hatte der Gläubiger sich durch Vertrag dazu verstanden, die Leistung an einen Dritten (z. B. an eine Bank) für sich gelten zu lassen, so konnte er dem Schuldner das Recht, sich durch Erfüllung an diesen *solutionis causa adiectus*<sup>4</sup> zu befreien, nicht einseitig entziehen<sup>5</sup>.

b) Persönliche Leistung des Schuldners konnte der Gläubiger nur dann fordern, wenn die Leistung durch einen Dritten dem Inhalt der Forderung nicht gerecht wurde, also namentlich, wenn es für die Erfüllung auf bestimmte Eigenschaften oder Fähigkeiten des Verpflichteten ankam (vgl. § 148, 2; § 149, 2).

c) Teilleistungen brauchte der Gläubiger nur dann anzunehmen, wenn Gesetz (vgl. § 132, 5a) oder Vertrag ihn dazu verpflichteten.

d) Eine andere als die geschuldete Leistung befreite den Schuldner nicht. Nahm der Gläubiger sie jedoch wissentlich an deren Stelle an (*in solutum datio*)<sup>6</sup>, so erlosch nach der Ansicht der Sabinianer die Forderung *ipso iure*, wie wenn die geschuldete Leistung selbst bewirkt wäre, während die Prokulianer dem Schuldner nur eine *exceptio doli* gegen die Klage auf die ursprüngliche Leistung geben wollten (Gai. 3, 168). Die sabinianische Ansicht drang im späteren Recht durch.

### C. Schuldbefreiende Verträge.

§ 122. Formale Erfüllungs- und Erlaßverträge. 1. Die *solutio per aes et libram*<sup>1</sup> vollzog sich nach der Schilderung des Gaius (3, 173ff.) folgendermaßen: In Gegenwart eines Wägemeisters (*libripens*) und vor mindestens fünf Zeugen sprach der Schuldner zum Gläubiger: *quod ego tibi tot<sup>2</sup> milibus condemnatus sum<sup>3</sup>, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra: hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam*; zugleich klopfte er mit einem Kupferstück an die Waage und übergab es dem Gläubiger *veluti solvendi causa*. Unzweifelhaft hat dieses Geschäft den gleichen Entwicklungsgang durchgemacht wie die anderen *negotia per aes et libram* (§ 53, 4): Ursprünglich war es ein realer, formgebundener Zahlungsakt. Später löste sich die wirkliche Zahlung aus dem Formalakt; dieser wurde aus der wirklichen Zahlung zu einem reinen Ritual (*imaginaria solutio*), an dem aber weiterhin die Befreiung des Schuldners haftete; eine wirkliche Zahlung konnte sich damit verbinden, war aber ohne Bedeutung für seine schuldbefreiende Wirkung. So konnte die *solutio per aes et libram* auch dazu dienen, die Schuldtilgung durch Erlaß oder Vergleich zu vermitteln. — Es ist möglich, wenn auch nicht beweisbar,

<sup>4</sup> CUGIA: *L'adiectus solutionis causa*, 1919; SOLAZZI: (s. o. Anm. 1) 56ff.

<sup>5</sup> Dadurch unterschied er sich vom bloßen „Inkassomandatar“, dessen Auftrag, Zahlung zu erheben und zu empfangen, vom Gläubiger jederzeit widerrufen werden konnte. Andererseits hatte der *solutionis causa adiectus* keinen Anspruch auf Erfüllung und kein Recht, über die Forderung zu verfügen, insbesondere sie zu erlassen: darin lag die Verschiedenheit gegenüber dem *adstipulator*; s. über diesen Gai. 3, 110—115, 117, 215f.; dazu PERNICE: ZSSt. 19, 178ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 738f.; GIRARD-MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 814f.; KRIEGER: Gaiuskomm. III 173ff., 561ff.; SOLAZZI: (s. o. Anm. 1) 64ff.

<sup>6</sup> STEINER: *Datio in solutum*, 1914; DE FRANCISCI: *Aegyptus* 1, 302ff. (La dottrina bizantina della *datio in solutum* di fronte al materiale papirologico); SOLAZZI: (s. o. Anm. 1) 148ff. Ferner über die Haftung wegen Entwerung der *in solutum* gegebenen Sache: RABEL: Haftung d. Verkäufers wegen Mangels i. Recht 113ff.; DE FRANCISCI: *Intorno all'evizione della res data in solutum*, 1916; Bull. 27, 311ff.; KAMPHUISEN: RH 4. Ser., 6, 631ff.

<sup>1</sup> Vgl. aus der neueren Lit.: SCHLOSSMANN: *Altröm. Schuldr.* 76ff.; KÜBLER: ZSSt. 24, 273ff.; SIBER: *Rechtswang i. Schuldverhältnis*, 1903; KRETSCHMAR: *Erfüllung I* 1ff.; MITTEIS: *Röm. Privatr.* I 258ff., 262ff.; 274ff.; MARCHI: *Storia e concetto dell'obbligazione romana* 40ff.; STEINER: *Datio in solutum* 1ff., 19ff., dazu die fördernde Besprechung von KOSCHAKER: ZSSt. 37, 348ff.

<sup>2</sup> Hier wurde im konkreten Fall die geschuldete Summe eingefügt.

<sup>3</sup> Die von Gaius im vollen Wortlaut mitgeteilte Formel betrifft die Urteilsschuld; über die anderen Anwendungsfälle Gai. 3, 175.



daß die *solutio per aes et libram* einst bei allen Forderungen Verwendung fand, die auf einen bestimmten Geldbetrag (*certa pecunia*)<sup>4</sup> lauteten. Im klassischen Recht war sie auf einzelne bestimmte Fälle beschränkt: so namentlich<sup>5</sup> auf die Urteils-erfüllung (vgl. § 124, 3) und die Auszahlung einer durch *legatum per damnationem* vermachten Summe (§ 221, 3b).

2. Die *acceptilatio*<sup>6</sup> diente der Aufhebung von Verbalkontrakten (§ 117, 2a), insbesondere<sup>7</sup> von Stipulationen. Wie diese war sie ein mündliches Rechtsgeschäft unter Gegenwärtigen und erfolgte durch Frage (hier des Schuldners): *quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* und Antwort (des Gläubigers): *habeo* (Gai. 3, 169). Wie die Stipulation war sie auch Peregrinen zugänglich und konnte in fremder, vor allem in griechischer Sprache abgeschlossen werden (Ulp. D. 46, 4, 8, 4). Wir wissen nicht, ob die *acceptilatio* jemals die einzige Form der Aufhebung von Stipulationen gewesen ist. Für die Zeit, aus der wir Quellen besitzen, steht jedenfalls fest, daß Stipulationsschulden auch durch schlichte Erfüllung (§ 121) getilgt werden konnten. Ihr gegenüber hatte die *acceptilatio* nicht etwa bloß die Bedeutung einer Empfangsbestätigung: sie wurde vielmehr stets als Verfügung der Parteien über den Bestand des Forderungsrechts aufgefaßt: wie dieses *verbis* begründet war, so wurde es auch *verbis* aufgehoben (vgl. § 120, 3). Daraus folgt einerseits, daß der Gläubiger, wenn er Erfüllung erwartete, der Frage, ob er sie erhalten habe, nicht eher zugestimmt haben wird, als bis die Leistung wirklich vollzogen war: der Schuldner aber war durch das *acceptum habeo* befreit<sup>8</sup>: es überhob ihn des Beweises der Leistung. Weiter aber ergibt sich aus dieser abstrakten Wirkung, daß die *acceptilatio* auch zum Erlaß einer Schuld verwendet werden konnte: gerade in diesem Sinn kam sie in der Kaiserzeit häufig vor. — Sollten andere Obligationen als Verbalkontrakte durch *acceptilatio* aufgehoben werden, so mußten sie erst durch Novation (§ 124) in Stipulationsschulden umgewandelt werden (Gai. 3, 170). Auf diese Weise wurde die *acceptilatio* zu einer allgemeinen Form für die Aufhebung aller Art von Forderungsrechten. Über die damit zusammenhängende *stipulatio Aquiliana* s. § 124, 2b.

§ 123. Formlose Schuldaufhebungsverträge. 1. *Pactum*<sup>1</sup> oder *pactio* bedeutet ursprünglich den Vergleich und ist zunächst ganz wörtlich als Friedensschluß (*pax*) aufzufassen. Nach Zivilrecht konnten nämlich die aus der Entwendung (*furtum*, § 157) und Beleidigung (*iniuria*, § 159) entspringenden Deliktsobligationen durch formlosen Vergleich aufgehoben werden, so daß sie *ipso iure* erloschen (Paul. D. 2, 14, 17, 1). Im ältesten Recht ist dieser Vergleich wohl stets von einer Bußzahlung begleitet gewesen<sup>2</sup> und als Ablösung der Privatstrafe aufgefaßt worden (§ 118, 3). Seitdem *actiones poenales* an deren Stelle getreten waren, begab sich der Geschädigte durch das *pactum* des ihm kraft Gesetzes zustehenden Strafanspruchs. — Erst das Honorarrecht hat die schuldbeitfreiende Wirkung des *pactum* auch auf kontraktliche und quasikontraktliche Verbindlichkeiten ausgedehnt. Ausgangspunkt war wohl auch hier der Gedanke des Vergleichs<sup>3</sup>, doch hat der Begriff des *pactum* in diesem

<sup>4</sup> Gaius (3, 175) spricht allgemein von vertretbaren Sachen. Näheres ist darüber nicht bekannt. Das von Gaius (3, 174) mitgeteilte Formular paßt nur für Geld.

<sup>5</sup> Gai. 3, 173: *veluti*; genannt wird außer den o. angeführten Fällen noch die *per aes et libram* begründete Schuld, also das *nexum* (§ 52, 2b). Vgl. außerdem EISELE: Beitr. z. röm. Rechtsgesch. 25ff.

<sup>6</sup> ERMAN: Quittungen u. Solutionsakte 2ff.; FRESE: ZSt. 18, 241ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 812ff.; RABEL: ZSt. 27, 330ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 263, Anm. 22; 265f., 272f.; SOLAZZI: L'estinzione della obbl. 233ff., 1931.

<sup>7</sup> Vgl. Ulp. D. 46, 4, 13 pr. dazu MITTEIS: Röm. Privatr. I 274, Anm. 37.

<sup>8</sup> Vgl. MITTEIS: Röm. Privatr. I 265.

<sup>1</sup> Vgl. (über hier nicht erörterte Einzelfragen) ROTONDI: Scr. giur. II 307ff.; SEGRÈ: Riv. dir. comm. 12, 1062ff., 1915.

<sup>2</sup> Vgl. KOSCHAKER: ZSt. 87, 365.

<sup>3</sup> Im julianisch-hadrianischen Edikt umfaßte die *exceptio pacti* (s. u.) offenbar auch den Fall des Vergleichs im engeren Sinn, d. h. den Fall, daß jemand sich *de re dubia et lite incerta neque*

Zusammenhang eine sehr viel umfassendere Bedeutung gewonnen. Als *pactum de non petendo* wurde in klassischer Zeit jeder formlose Vertrag bezeichnet, durch den sich der Gläubiger dauernd oder auch nur auf Zeit der Geltendmachung seines Rechts begab; formloser Erlaß und Stundung erscheinen also nach römischem Recht als einheitliches Rechtsinstitut. Aus dem *pactum de non petendo* erwuchs dem Schuldner ein Einrederecht (*exceptio pacti conventi*)<sup>4</sup>, und zwar eine aufschiebende Einrede (*exceptio dilatoria*), wenn es sich lediglich um eine Stundung handelte, eine dauernde Einrede (*exceptio peremptoria* oder *perpetua*), wenn das *pactum* einen Erlaß enthielt. In der Prozeßformel trat die *exceptio pacti conventi* indessen nur dann in Erscheinung, wenn der gestundete oder erlassene Anspruch strengrechtlicher Natur war; bei den *bonae fidei iudicia* dagegen ergab sich schon aus der allgemeinen Anweisung, *ex fide bona* zu urteilen, daß der Richter das *pactum* zu berücksichtigen habe: *exceptio pacti inest bonae fidei iudiciis* (Iul. in D. 18, 5, 3)<sup>5</sup>.

2. Das *pactum de non petendo* betraf stets nur das einzelne Forderungsrecht, nicht auch das gesamte Rechtsverhältnis (Schuldverhältnis), das aus einem gegenseitigen, d. h. auf Leistung und Gegenleistung gerichteten Vertrag entspringt und Forderung und Gegenforderung umschließt. Schon das klassische Recht erkannte indessen an, daß auch ein solches Schuldverhältnis durch *pactum* aufgehoben werden könne, vorausgesetzt nur, daß noch von keiner Seite geleistet worden sei (*re integra*)<sup>6</sup>. Da die Rechtsverhältnisse aus gegenseitigen Verträgen (Kauf, Miete, Gesellschaft) sämtlich zu den *bonae fidei iudicia* gehörten, wirkte ein derartiges *pactum* stets, ohne daß es der Aufnahme einer *exceptio* in die Prozeßformel bedurfte. Diese Tatsache legte die Vorstellung nahe, daß es sich hier um eine *ipso iure*-Wirkung handle, und der weitere Umstand, daß die auf Leistung und Gegenleistung gerichteten Verträge zur Gruppe der Konsensalkontrakte zählten, also durch formlose Vereinbarung zustandekamen, ließ schließlich das Aufhebungs-*pactum* als Anwendungsfall der altzivilen Regel erscheinen, nach der ein Verpflichtungsverhältnis in der gleichen Weise gelöst werden mußte, in der es begründet worden war (*contrarius actus*, § 120, 3). So lehrte man denn — vielleicht erst in nachklassischer Zeit — wie die Verbalobligation *verbis*, d. h. durch *acceptilatio* (§ 122, 2), die Realobligation *re*, d. h. durch Rückgabe des bei der Begründung hingegebenen Gegenstands gelöst werden könne, so könne auch der Konsensalkontrakt durch *contrarius consensus*<sup>7</sup> aufgehoben werden.

§ 124. Novation<sup>1</sup>. 1. Als Erneuerung (*novatio*) bezeichneten die Römer die Ersetzung eines Forderungsrechts durch ein anderes, also einen Vorgang, durch den der alte Schuldinhalt in die Form einer neuen Verpflichtung übergeleitet wurde: *novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio* (Sab.<sup>2</sup> bei Ulp.

*finita* (Ulp. D. 2, 15, 1) seines Anspruchs begeben hatte. Daß in spätklassischer Zeit dafür eine eigene, auf das *transigere* abgestellte Fassung in Gebrauch gekommen ist (*exceptio transacti negotii*, Pap. D. 2, 15, 17), ist möglich, aber nicht sicher. Vgl. auch Scaev. D. 2, 15, 3, 2; Ulp. D. 2, 11, 2 pr. (dazu EISELE: ZSSSt. 10, 299); Hermog. D. 2, 15, 16. — S. KRÜGER: *Exceptio doli* 77, 93f., 216ff.; OERTMANN: Vergleich 30ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1391; BERTOLINI: *Transazione* 272 ff.

<sup>4</sup> Gai. 4, 119, 121: *si inter Am Am et Nm Nm non convenit, ne ea pecunia peteretur* (Erlaß); Gai. 4, 122: *si inter Am Am et Nm Nm non convenit, ne ea pecunia intra quinquennium peteretur* (Stundung).

<sup>5</sup> BESELER: ZSSSt. 45, 191ff. hält diesen Grundsatz für nachklassisch; dies erscheint selbst dann zweifelhaft, wenn alle ihn enthaltenden Quellenstellen verfälscht sein sollten.

<sup>6</sup> D. 46, 3, 80, vgl. D. 50, 17, 35; I. 3, 29, 4; alle diese Stellen sind nachklassischer Überarbeitung verdächtig; vgl. STOLL: ZSSSt. 44, 7ff.

<sup>7</sup> Die obige Darstellung folgt STOLL: ZSSSt. 44, 1ff.; a. A. SIBER: ZSSSt. 42, 68ff., Röm. R. II 266f.; BESELER: ZSSSt. 45, 191, Anm. 3; GROSSO: *Studi Urbinati* 1, 2ff., 1927.

<sup>1</sup> Lit. s. bei WINDSCHEID-KIPP: *Pand. II* 503 (§ 353), dazu: KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 739ff., 1383ff.; KRETSCHMAR: *Erfüllung* 59ff.; LAST: *Grünhuts Z.* 37, 451ff.; RABEL: *Grundzüge d. röm. Privatr.* 486ff.; KNIEP: *Gaiuskomm. III* (2) 378ff.; SIBER: Röm. R. II 278ff.; KOSCHAKER *Festschr. f. Hanausek* 118ff. und die dort Genannten (über die bedingte Novation).

<sup>2</sup> SCHULZ: *Sabinusfragmente* 88: doch wird man die Worte *vel civilem vel naturalem* nicht dem Sabinus zuschreiben dürfen.

D. 46, 2, 1 pr.). Wesentlich für die römische Auffassung war dabei, daß die alte Verbindlichkeit mit *ipso iure*-Wirkung erlosch und eine völlig neue entstand (Ulp. D. 46, 2, 1 pr.). Zugleich mit der alten Forderung gingen grundsätzlich (vgl. jedoch Ziff. 3) auch die mit ihr verbundenen Vorrechte und Nebenrechte unter: Pfänder und Bürgen wurden frei (Caracalla C. 8, 40, 4), der Zinsenlauf hörte auf usw. (Paul. D. 46, 2, 18 u. 29). Sollten diese Nebenrechte auch für die neue Forderung bestehen, so bedurfte es erneuter Begründung (vgl. z. B. Pap. D. 20, 4, 12, 5; Ulp. D. 13, 7, 11, 1). Die Novation eines Forderungsrechts konnte auf dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien beruhen (*novatio voluntaria*: Paul. D. 46, 2, 29); sie begegnet aber auch als Auswirkung gewisser prozessualer Vorgänge (*\*novatio necessaria*; Ziff. 3).

2. Der rechtsgeschäftlichen Novation konnten Forderungsrechte jeder Art unterzogen werden; zu ihrer Durchführung eignete sich dagegen nur die Stipulation: das durch die Novation geschaffene neue Forderungsrecht war somit stets eine Verbalobligation<sup>3</sup>. Hinsichtlich des Zwecks und der Wirkungen unterscheidet man die Novation mit Gläubiger- oder Schuldnerwechsel und die Novation unter den Parteien des alten Forderungsrechts.

a) Die Novation mit Wechsel des Gläubigers oder Schuldners war ursprünglich die einzige Form, in der die Berechtigung oder Verpflichtung aus einem Forderungsrecht auf andere Personen übertragen werden konnte (§ 126). Es ist für den römischen Begriff der Obligation sehr charakteristisch, daß es sich dabei nur vom wirtschaftlichen Standpunkt aus um eine Übertragung handelt, rechtlich gesehen dagegen um die Ersetzung des Forderungsrechts durch ein anderes unter anderen Personen: Die Identität des Forderungsrechts war nach römischer Anschauung von der Identität der daran beteiligten Personen nicht zu trennen. — Die Novation mit Gläubigerwechsel vollzog sich, indem der Schuldner auf Anweisung oder doch mit Zustimmung seines bisherigen Gläubigers (Ulp. D. 46, 2, 8, 5) einem anderen, dem neuen Gläubiger, die Leistung versprach (sog. *delegatio nominis* oder *debiti*); die Novation mit Schuldnerwechsel erfolgte ohne notwendige Mitwirkung des ursprünglichen Schuldners (Ulp. ebenda) dadurch, daß der Gläubiger sich die Leistung seitens eines anderen, des neuen Schuldners, versprechen ließ (sog. *expromissio*)<sup>4</sup>.

b) Die Novation zwischen den bisherigen Parteien des Forderungsrechts setzte voraus, daß sich die neue Obligation inhaltlich in irgendeiner Weise von der alten unterschied, z. B. durch Änderung der Leistungsortes, der Leistungszeit, Ersetzung einer bedingten Forderung durch eine unbedingte und umgekehrt. Das spätere, jedenfalls das justinianische Recht ließ auch eine Änderung des Leistungsgegenstands<sup>5</sup> zu. Von besonderer Bedeutung war von jeher, daß durch Novation auch lediglich der rechtliche Charakter einer Obligation geändert, z. B. eine Stipulationsverbindlichkeit an Stelle einer Kaufpreisschuld (*actio venditi*) gesetzt werden konnte<sup>6</sup>. Darauf beruhte auch die sog. *stipulatio Aquiliana*<sup>7</sup>, durch die zwei Personen miteinander

<sup>3</sup> Von der litteralen Novation, den *nomina transscripticia* (Gai. 3, 128ff.), wird hier abgesehen, vgl. § 117, 2b.

<sup>4</sup> Die Ausdrücke *delegatio* und *expromissio* werden vorzugsweise, aber nicht ausschließlich im angegebenen Sinn gebraucht. Vgl. WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>o</sup> 507 (§ 353, Anm. 8 und 9); GIRARD-MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 760ff.; LEONHARD: RE 4, 2429ff.

<sup>5</sup> Inst. C. 8, 41, 8 pr.: *si quis . . . quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit*. Vgl. Diocl. u. Max. C. 4, 2, 10: Stipulation auf Lieferung von Wein zur Ablösung eines Gelddarlehens; D. 46, 2, 28: Wert an Stelle des versprochenen Grundstücks (*si non novandi animo secunda stipulatio facta est*: itp.).

<sup>6</sup> Dies war namentlich deshalb von Bedeutung, weil dadurch in der Regel eine andere Prozeßformel mit andersartiger Ausgestaltung der Rechtsfolgen, etwa, wie in dem angeführten Beispiel, eine strengrechtliche *actio certae pecuniae* statt eines *iudicium bonae fidei* zur Anwendung kam.

<sup>7</sup> Benannt nach C. Aquilius Gallus (§ 14, 5), der zuerst das Formular dafür (I. 3, 29, 2; Flor. D. 46, 4, 18) entworfen hatte. Darüber WLAŠAK: ZSSt. 42, 394ff.; DE RUGGIERO: Studi Marg hieri 413ff.

vereinbarten, daß an Stelle der verschiedenen unter ihnen bestehenden Forderungen<sup>8</sup> eine einzige auf den aus der gegenseitigen Verrechnung erwachsenden Betrag (den sog. Saldo) treten solle: diese neue Forderung konnte dann zugleich durch *acceptilatio* (§ 122, 2) aufgehoben werden (Sab.<sup>9</sup> in D. 2, 15, 4: *Aquiliana stipulatio . . . omnes praecedentes obligationes novat et peremit, ipsaque peremitur per acceptilationem*).

Wenn eine bereits geschuldete Leistung ein zweites Mal im Wege der Stipulation versprochen wurde, so mußte dem nicht notwendig die Absicht einer Novation zugrunde liegen; es war z. B. auch möglich, daß die Parteien Zweifel an der Gültigkeit der ersten Verpflichtung hatten, oder daß sie das Bestehen eines doppelten Verpflichtungsgrundes wünschten. Das klassische Recht nahm indessen in dieser Beziehung keine Rücksicht auf die individuelle Gestaltung des Parteiwillens, sondern ging ein für allemal von gewissen festen Grundsätzen aus: War die ursprüngliche Verbindlichkeit ebenfalls eine Stipulationsschuld und wies die zweite Stipulation ihr gegenüber keinerlei Änderung hinsichtlich der Personen oder der Leistung auf, so galt die zweite als unwirksam, da ein und dieselbe Leistung unter denselben Personen nur einmal geschuldet werden konnte (vgl. Pomp. D. 45, 1, 18); sobald dagegen die zweite Stipulation etwas Neues enthielt, hatte sie ohne Rücksicht auf den Parteiwillen die Wirkung einer Novation, d. h. die erste Verbindlichkeit erlosch, und die zweite trat an ihre Stelle. Ebenso trat die Novation stets ein, wenn eine andere als eine Stipulationsschuld durch Stipulation erneut versprochen wurde; denn die Einführung eines andersartigen Schuldgrunds bedeutete stets eine Änderung des Schuldinhalts. — Anders als das klassische Recht betont hingegen das Recht der justinianischen Zeit, hier wie anderwärts, die individuelle Parteiabsicht. Justinian machte in ausdrücklichem Gegensatz zur klassischen Auffassung die Novationswirkung davon abhängig, daß die Parteien sie unzweideutig gewollt hatten (C. 8, 41, 8). Dementsprechend ist in zahlreichen Stellen der Digesten, in denen der klassische Jurist die Novation wegen der Änderung der Leistungspflicht als selbstverständlich ansah, von der Hand der Kompilatoren das Erfordernis des *animus novandi* eingefügt worden<sup>10</sup>.

3. Die heute sog. *novatio necessaria* knüpfte sich an die beiden Haupteinschnitte des klassischen Prozeßverfahrens, die *litis contestatio* und das Urteil: Die *litis contestatio*, d. h. der von den Parteien unter Gutheißung des Magistrats abgeschlossene Prozeßvertrag (§ 48, 1), hob nach römischer Ansicht den materiellen, auf *dare* bzw. *dare facere oportere* gerichteten Anspruch auf<sup>11</sup> und ersetzte ihn durch die sog. Prozeßobligation, die auf *condemnari oportere* lautete, kraft deren also die Parteien verpflichtet waren, sich dem Urteilsspruch des von ihnen erwählten Richters zu unterwerfen. Diese Prozeßobligation erlosch wiederum durch das Urteil, und an ihre Stelle trat ein Anspruch auf Erfüllung des Urteils (*iudicatum facere oportere, actio iudicati*). Beide Vorgänge werden in den römischen Quellen mit der rechtsgeschäftlichen Novation verglichen und auch als Novationstatbestände bezeichnet<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Namentlich auch zweifelhafte und streitige Forderungen konnten auf diese Weise erledigt werden: dann nahm die *stipulatio Aquiliana* den Charakter eines Vergleichs an. Vgl. Pap. D. 2, 15, 4; Ulp. ebd. 2; Alexander C. 2, 4, 3 u. 4; Papyr. PREISIGKE: Sammelbuch 5763, 3, 91, wo die Ἀκυλιανὴ ἀμεριμεία (= *cautio*) oder διάλωσις geradezu eine Vergleichsurkunde bedeutet.

<sup>9</sup> SCHULZ: Sabinusfragmente 88f.

<sup>10</sup> Die Interpolation des *animus novandi* ist früh bekannt geworden und heute wohl allgemein anerkannt. Die Digesten, insbes. der Titel D. 46, 2, bieten Beispiele in Fülle. Vgl. v. SALPIUS: Novation u. Delegation 186ff.; GRADENWITZ: Interpolationen 218f.; BLUME: ZSSt. 19, 1ff.; LEVY: Sponsio 31ff.; CORNIL: Mélanges Fournier 87ff.

<sup>11</sup> Voraussetzung war (Gai. 3, 180): *si modo legitimo iudicio fuerit actum*; (genauer Gai. 4, 107): *si . . . legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem*. Lagen diese Voraussetzungen vor, so hatte die Litiskontestation folgende Wirkungen (Gai. 3, 180): *tollitur obligatio . . . ; obligatio principalis dissolvitur, incipit teneri reus litiscontestatione*; (Gai. v. Autun 106ff.): *actio consumitur*.

<sup>12</sup> Pap. fr. Vat. 263; Iust. C. 7, 54, 3, 2; vgl. Paul. D. 46, 2, 29. — Über die Auswirkungen der Parallele zwischen rechtsgeschäftlicher Novation und prozessualer *novatio necessaria* vgl. § 101, Anm. 9.

Immerhin bestand insofern ein wesentlicher Unterschied gegenüber der rechtsgeschäftlichen Novation, als die mit der ursprünglichen Forderung verbundenen Vorrechte, Bürgschaften<sup>13</sup> und Pfandrechte dem Gläubiger im Falle der *litis contestatio* und des Urteils nicht verloren gingen (Paul. D. 46, 2, 29: *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem*; vgl. ferner Paul. D. 22, 1, 35; Marcian D. 20, 1, 13, 4; Iust. C. 8, 40, 28).

### D. Aufrechnung<sup>1</sup>.

§ 125. 1. Aufrechnung (*compensatio*) ist die Aufhebung von Forderungsrechten, die den gleichen Personen gegeneinander zustehen, im Wege der Verrechnung: Schuldet A dem B 1000 und B dem A 800, so bewirkt die Aufrechnung, daß die Schuld des B völlig, die des A in Höhe von 800 erlischt. Nach gemeinrechtlicher und moderner Auffassung ist die Aufrechnung ein materiellrechtlicher Vorgang, der entweder ohne Rücksicht auf den Parteiwillen kraft Gesetzes eintritt, sobald sich zwei aufrechenbare Forderungen gegenüber treten (so die Lehre des Glossators Martinus und heute Code civil 1290, österr. ABGB 1438), oder der durch die Aufrechnungserklärung eines der Beteiligten ausgelöst wird (so der Glossator Azo, ihm folgen dtsh. BGB 388, schweiz. OR 124)<sup>2</sup>. Das römische Recht des Altertums dagegen betrachtete die Aufrechnung auf allen Stufen seiner Entwicklung als eine prozessuale Erscheinung; auch das justinianische Recht hat sich von dieser Vorstellungsweise nicht zu lösen vermocht. Hieraus erklärt sich, daß sowohl die Institutionen des Gaius (4, 61 ff.) wie die Justinians (4, 6, 30) die *compensatio* nicht unter den Schuldauhebungsgründen, sondern im Zusammenhang der Prozeßformel des *bonae fidei iudicium* erörtern. Wesentlich ist ferner, daß die Aufrechnung zur Zeit des klassischen Rechts noch keinen einheitlichen Tatbestand bildete, daß vielmehr eine Anzahl von Erscheinungsformen sehr verschiedenartiger Struktur nebeneinanderstanden, die erst in justinianischer Zeit zu einem Ganzen zusammengefaßt wurden.

2. Unter den Aufrechnungstatbeständen des klassischen Rechts entspricht dem modernen Aufrechnungsbegriff am meisten ein ganz spezieller Einzelfall: das *agere cum compensatione* des Bankiers:

a) Bankhalter (*argentarii*) konnten gegen ihre Kunden nur auf den Überschuß (den Saldo) klagen, der sich aus der Verrechnung von Forderungen und Gegenforderungen ergab (Gai. 2, 64). Dabei kamen jedoch nur dem Leistungsgegenstand nach gleichartige Forderungen in Betracht, also nur solche, die sich auf vertretbare Sachen, namentlich auf Geld, richteten; der Schuldgrund hingegen war gleichgültig. Die Verrechnung hatte der Bankhalter selbst vorzunehmen; bereits die *intentio* der Klagformel durfte lediglich den Saldo benennen<sup>3</sup>. Stellte sich vor dem Richter heraus, daß der Bankhalter mehr gefordert hatte, als die Aufrechnung ergab, so trafen ihn die Folgen der *pluris petitio* (§ 101, 4a), d. h. er verlor schlechthin den Prozeß. Der Beklagte seinerseits brauchte sich nicht besonders auf die Aufrechnungsmöglichkeit zu berufen; namentlich bedurfte er nicht des Schutzes einer Einrede: vielmehr wurde seine Gegenforderung ohne sein Zutun auf Grund der eigentümlichen Ge-

<sup>13</sup> Diese jedoch erst im justinianischen Recht, vgl. § 132, 4.

<sup>1</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>2</sup> 460f. (§ 348). Ferner: PERNICE: Labeo II 1<sup>2</sup> 275ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 822ff., 1392ff.; KRETSCHMAR: Entwicklung d. Kompensation, 1907 (hierzu KOSCHAKER: ZSSt. 30, 457ff.); NABER: Mnemosyne 36, 65ff.; KIPP: ZSSt. 42, 351ff.; BIONDI: La compensazione nel dir. rom., Ann. Palermo 12, 161ff., 1927 (hierüber KRELLER: ZSSt. 49, 506ff.); ŠIBER: Röm. R. II 273ff.; SOLAZZI: La compensazione in dir. rom. (Corso accad. 1927—28).

<sup>2</sup> Vgl. DERNBURG: Gesch. u. Theorie d. Kompensation<sup>2</sup> 283ff.; auch PRAUSNITZ: D. Forderungsrechnung (Aufrechnung, Kontokorrent, Skontration) in gesch. Entw., Arb. z. Handels-, Gewerbe- u. Landwirtschaftschr. 49, 133ff.

<sup>3</sup> Die *intentio* lautete: *si pariet Nm Nm Ao Ao HS X milia dare oportere amplius quam AaAsNoNo debet* (Gai. 4, 46, vgl. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 256).

staltung der Prozeßformel, also *ipso iure* (im Gegensatz zu *ope exceptionis*)<sup>4</sup>, zur Verrechnung gebracht<sup>5</sup>.

b) Eine Verrechnungsmöglichkeit ganz anderer Art und mit wesentlich engerer Begrenzung des Kreises der aufrechenbaren Forderungen bestand im klassischen Recht der *bonae fidei iudicia*. Hier konnte der Richter im Rahmen der ihm mittels der *ex fide bona*-Klausel eingeräumten Freiheit des Ermessens<sup>6</sup> solche Gegenansprüche des Beklagten gegen die Klagforderung verrechnen, die aus demselben Schuldverhältnis (*ex eadem causa*) erwachsen waren (Gai. 4, 61 ff.). Verpflichtet war er dazu allerdings nicht (Gai. 4, 63); namentlich konnte er davon absehen, wenn er zu der Überzeugung gelangte, daß eine Aufrechnung nach den besonderen Umständen des Falles nicht der *bona fides* entspreche<sup>7</sup>. Andererseits war die richterliche Verrechnung nicht auf Forderungen mit gleichartigen Leistungsgegenständen beschränkt, da die *iudicia bonae fidei* sich ganz allgemein auf das Interesse richteten (§ 101, 4 b; § 106, 2 a), das vom Richter unter Berücksichtigung aller nach Treu und Glauben in Betracht kommenden Faktoren in freier Schätzung und stets in Geld zu bestimmen war. — Trotz aller Unterschiede, die die Verrechnung im Rahmen der *bonae fidei iudicia* gegenüber dem *agere cum compensatione* des Bankiers aufwies, lag ihr doch letztlich das gleiche Prinzip zugrunde: Indem der Kläger beanspruchte, was ihm nach Treu und Glauben aus dem betreffenden Schuldgrund gebührte, forderte er, wenn gleich unausgesprochen, nur die Differenz zwischen seiner Forderung und den etwa im Rahmen des *bonae fidei iudicium* aufrechenbaren Gegenforderungen; und indem der Richter den Wert der eingeklagten Forderung um den der Gegenforderung kürzte, brachte er zum Ausdruck, daß der Kläger von Rechtswegen nicht mehr als den Differenzbetrag beanspruchen könne. Einer besonderen Einrede zugunsten des Be-

<sup>4</sup> Daß bereits die Klassiker im Falle des *argentarius* von einem *ipso iure compensari* sprachen, darf wohl nicht in Zweifel gezogen werden, obwohl die Stellen der justinianischen Gesetzgebung, die sich ursprünglich auf das klassische *agere cum compensatione* bezogen haben oder haben könnten, auch in dieser Hinsicht interpolationsverdächtig sind: so D. 16, 2, 21, wo der Vordersatz (*posteaquam — ipso iure compensari*) von Justinian stammen wird; C. 4, 31, 4, wo ebenfalls der Anfang mit den Worten *ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet* wegen der Verallgemeinerung verdächtig ist. In D. 16, 2, 4 bezieht sich *ipso iure*, genau genommen, nicht auf die Kompensation, sondern auf die Herabsetzung der Bürgenhaftung; auch diese Stelle ist, wie die Verallgemeinerung (*ex omni contractu*) zeigt, von Justinian verfälscht. — Eine Frage für sich ist es, ob das *ipso iure compensari* in den Augen der Klassiker identisch war mit einem zivilrechtlichen Untergang der aufgerechneten Forderungsbeträge. Dies nimmt JÖRS (in der Vorauf.) offenbar als selbstverständlich an; es ist aber sehr fraglich, ob bereits die Klassiker den Schritt von der prozessualen Vorstellung des *minus petere* (vgl. Paul. D. 16, 2, 21 a. E., insoweit echt) zur materiellen des *minus debere* getan haben. Die Ausdrucksweise der Quellen (abgesehen von der vermutlich interpolierten c. C. 4, 31, 4) läßt eher das Gegenteil vermuten. Zudem bleibt die Frage offen, ob die Sonderform des *agere cum compensatione* als zivilrechtliches Institut empfunden wurde. Auch die Tatsache, daß in spätklassischer Zeit die Verzinlichkeit aufrechenbarer Forderungen verneint wurde (Sept. Severus b. Ulp. D. 16, 2, 11; Alex. Sev. C. 4, 31, 4) ist nicht geeignet, die vorstehenden Bedenken zu zerstreuen.

<sup>5</sup> Gai. 4, 65 ff. stellt neben das *agere cum compensatione* das *agere cum deductione* des Erwerbers einer Konkursmasse (*bonorum emptor*); dieser durfte die zur Masse gehörenden Forderungen nur unter Abzug der dem Schuldner dieser Forderungen gegen den Gemeinschuldner zustehenden Ansprüche geltend machen. Hierbei handelt es sich um einen Tatbestand, der in den besonderen Verhältnissen des Konkurses seinen Grund hat und sich auch in der Einzelausgestaltung wesentlich von der *compensatio* unterscheidet: materiell, insofern es bei der *deductio* weder auf die Gleichartigkeit der Leistungen noch auf die Fälligkeit der Gegenforderung ankam; prozessual, indem die Deduktionsklausel nicht der *intentio*, sondern der *condemnatio* eingefügt wurde und dadurch die Folgen einer *pluris petitio* nicht eintreten konnten.

<sup>6</sup> BIONDI: *Compensazione* 6 ff. sieht die Grundlage der Aufrechnung bei den *bonae iudicia* nicht in der Ermessensfreiheit des Richters, sondern in der besonderen Natur dieser Klagen, die stets Leistung und Gegenleistung erfaßt hätten; hiergegen mit Recht KRELLER: ZSt. 49, 508 ff.; SOLAZZI: *Compensazione* 34 ff.: der klare Wortlaut von Gai. 4, 63 spricht gegen BIONDI.

<sup>7</sup> Dies dürfte z. B. dann der Fall gewesen sein, wenn die Gegenforderung nicht liquide war, d. h. längerer Ermittlungen und Berechnungen bedurfte, durch die eine Entscheidung über den Klaganspruch unbillig verzögert worden wäre.

klagen bedurfte es nicht. Insofern kann man auch in diesem Fall von einer *compensatio ipso iure* sprechen<sup>8</sup>.

c) Dagegen konnte die Aufrechnung im übrigen, d. h. bei allen streng rechtlichen Klagen außer der des *argentarius*, nur durch ein besonderes Eingreifen des Gerichtsmagistrats erzwungen werden<sup>9</sup>. Berief sich der Beklagte *in iure* auf eine (gleichartige und fällige) Gegenforderung<sup>10</sup>, so konnte der Prätor den Kläger zu einer entsprechenden Kürzung seines Anspruchs anhalten<sup>11</sup> und, falls dieser sich weigerte, entweder überhaupt die Gewährung des Klagschutzes ablehnen (*actionem denegare*) oder, wenn etwa das Bestehen der Gegenforderung noch des Beweises bedurfte, den Beklagten durch eine *exceptio doli* schützen. Auf Grund dieser Einrede mußte dann der Richter den Kläger mit seiner ganzen Forderung abweisen, wenn es sich herausstellte, daß die Verweigerung der Aufrechnung *in iure* als ein doloses, d. h. treuwidriges Verhalten des Klägers zu bewerten war<sup>12</sup>. — Eine derartige Herbeiführung der Aufrechnung mittels der *exceptio doli* ist uns zum mindesten für die Spätzeit des klassischen Rechts bezeugt: Justinian (I. 4, 6, 30) führt sie auf ein Reskript des Mark Aurel zurück. Ob diese Angabe den Tatsachen entspricht, ist ungewiß; es ist sehr wohl denkbar, daß Mark Aurel lediglich eine schon bestehende Praxis sanktioniert hat. Auch die Einzelausgestaltung der Aufrechnung *ope exceptionis* ist in mancher Hinsicht ungewiß. Nimmt man den kurzen Bericht des Justinian wörtlich, so scheint es, als ob die Aufrechnung durch die *exceptio doli* selbst vermittelt worden sei (*opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur*). Nach unserer bisherigen Darstellung konnte die *exceptio* jedoch nur mittelbar zur Erzwingung der Aufrechnung dienen; war sie erst einmal in die Klagformel eingefügt, so führte sie zur Klagabweisung, nicht zur Aufrechnung. Es ist indessen die Frage, ob das klassische Recht nicht einen Weg gesucht und gefunden hat, dem Kläger auch noch nach der Feststellung der Prozeßformel, also *in iudicio*, die Einwilligung in die Aufrechnung möglich zu machen<sup>13</sup>. Eine Handhabe dafür konnte im Wortlaut der *exceptio doli* gefunden werden: *si in ea re nihil dolo malo A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> factum sit vel fiat*; bezog man hier das *fiat* nicht auf den Zeitpunkt der *litis contestatio*, sondern auf den des Urteils, so ergab sich, daß der *iudex* auch bei einer Aufrechnung im zweiten Stadium des Verfahrens davon absehen mußte, den Kläger auf Grund der *exceptio doli* abzuweisen. Freilich konnte er dann nicht auf den vollen in der Prozeßformel genannten Schuldbetrag, sondern nur auf die Differenz verurteilen, die sich aus der Aufrechnung ergab; wie diese Minderverurteilung mit den Grundsätzen des klassischen Prozeß-

<sup>8</sup> Ob die Klassiker diese Ausdrucksweise im Bereich der *bonae fidei iudicia* gebraucht haben, läßt sich nicht entscheiden: D. 16, 2, 10 pr., von der *actio pro socio* handelnd, ist interpolationsverdächtig.

<sup>9</sup> Eine Aufrechnung im Einverständnis der Parteien (etwa durch doppeltes *pactum de non petendo*) war natürlich bei allen Arten von Verbindlichkeiten möglich.

<sup>10</sup> Darauf ist wohl Iul. D. 16, 2, 2 (*si paratus est compensare*) zu beziehen; *summovere* ist technischer Ausdruck für die erfolgreiche Verteidigung durch *exceptio*.

<sup>11</sup> Selbstverständlich konnte der Magistrat auch das Begehren des Beklagten, wenn es ihm unangebracht schien, zurückweisen: *compensationem denegare* (Gai. D. 16, 2, 8; vgl. auch Pap. ebd. 18, 1: *compensare non cogitur*). Alexander Sev. C. 4, 31, 3 (*compensari iubere*) bezieht sich wohl auf einen Beamtenrichter.

<sup>12</sup> In der Praxis wird es auch hier vor allem darauf angekommen sein, ob die Einwendung der Gegenforderung eine unbillige Verzögerung der Erledigung der Klagforderung in sich schloß. Vgl. Anm. 7.

<sup>13</sup> Das Folgende gibt der Sache nach die von Jörs in der Voraufll. (und schon in Birkmeyers Enzykl. <sup>1</sup> 130f.) entwickelte Theorie wieder. Andere Autoren folgen der Meinung KRETSCHMARS: Entw. d. Kompensation; danach zwang der Prätor den Kläger zur Novation von Forderung und Gegenforderung, derart, daß nunmehr im Rahmen einer *actio incerti* (*ex stipulatu*) die Verurteilung auf den Differenzbetrag möglich wurde; die *exc. doli* habe dabei sowohl als Druckmittel gegenüber dem Kläger wie auch im Rahmen der *actio ex stipulatu* eine Rolle gespielt. Derartiges ist nicht unmöglich, aber auch nicht sehr wahrscheinlich. — BIONDI: Compensazione 32ff. leugnet das ganze Problem. Vgl. auch SOLAZZI: Compensazione 123ff.

verfahrens vereinbart werden konnte, steht dahin<sup>14</sup>; vielleicht bezweckte das erwähnte Reskript des Mark Aurel die Beseitigung eben dieser Schwierigkeit.

3. Justinian war, wie auf vielen anderen, so auch auf dem Gebiet der Aufrechnung bestrebt, die Verschiedenheiten des älteren Rechts auszugleichen. Zum Teil hatte ihm schon die Rechtsentwicklung der nachklassischen Zeit vorgearbeitet. Mit dem Verschwinden der Trennung des Verfahrens vor dem Magistrat und dem Richter war dem Gegensatz der vom Zivilrecht und vom Magistrat geforderten Aufrechnung der Boden entzogen. Verschiedenheiten zwischen dem *iudicium strictum* und dem *iudicium bonae fidei* bestanden insoweit nicht mehr: auch bei dem *iudicium bonae fidei* war jetzt die Aufrechnung mit Gegenforderungen aus anderem Schuldgrund (*ex dispari causa*) zulässig, was Gleichartigkeit der Forderungen hinsichtlich des Leistungsgegenstands bedingte; beides war jetzt allgemeines Recht für die *compensatio*. Das Sonderrecht der Bankhalter war, wenn es nicht schon früher außer Übung gekommen war<sup>15</sup>, jedenfalls von dem Zeitpunkt an hinfällig, in dem Justinian der *pluris petitio*, auf der es aufgebaut war, einen ganz anderen Charakter gegeben hatte. Justinian bestimmte (C. 3, 10, 2), daß der Gläubiger, wenn er mehr einklage, als ihm geschuldet werde, nicht mehr seinen Prozeß verlieren, sondern nur dem Gegner die Mehrkosten dreifach ersetzen solle, die ihm infolge der Überforderung erwachsen seien. Hieraus ergab sich für die Aufrechnung, daß ein Kläger, der keine Rücksicht auf die Gegenforderung nahm, nicht mehr seinen Prozeß schlechthin verlieren, sondern auf den Minderbetrag verurteilt werden mußte. Diese Folgerung hat Justinian in der Tat ausdrücklich und ganz allgemein gezogen (C. 4, 31, 14; I. 4, 6, 30). Schon in der Konstitution über die *pluris petitio* hatte er ausgeführt, daß als wahrer Inhalt der Klagforderung der Betrag anzusehen sei, auf den der Richter erkennen werde. Das war aber im Falle der Aufrechnung der um die Gegenforderung geminderte Betrag. Wenn dieser den wahren Inhalt dessen darstellte, was der Schuldner zu leisten hatte, so mußte die Minderung allein schon aus dem Gegenüberstehen der aufrechenbaren Forderungen herzuleiten sein. Auf diesem Weg kam Justinian, klassische Gedankengänge verallgemeinernd und ausbauend, zu dem Grundsatz, daß der Schuldner stets in Höhe seiner Gegenforderung befreit werde, daß also die Aufrechnung in allen Fällen *ipso iure* platzgreife. — Wurde eine Gegenforderung im Prozeß geltend gemacht, so mußte sie der Richter gleich der vom Beklagten behaupteten Erfüllung berücksichtigen (vgl. C. 4, 31, 4: *ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet*). Insofern behielt er allerdings auch jetzt freie Hand, als er angewiesen wurde, eine Gegenforderung nur zuzulassen, wenn sie ohne unbilligen Verzug für die Klagforderung erledigt werden konnte (C. 4, 31, 14: *si causa, ex qua compensatur, liquida sit*).

<sup>14</sup> Jörs (i. d. Vorauf.) nimmt an, daß zwar nicht ohne Rücksicht auf den Willen des Klägers eine Herabsetzung der Prozeßforderung durch Urteil (an die die Byzantiner dachten: I. 4, 6, 30 u. Theophilus z. d. St.), wohl aber eine Verurteilung auf den vom Kläger nachträglich ermäßigten Betrag seiner Forderung möglich gewesen sei. Er beruft sich dabei auf die Tatsache, daß die Erfüllung nach der *litis contestatio* nach sabinianischer Ansicht befreiende Wirkung hatte (Gai. 4, 114) und meint, daß die Aufrechnungsbereitschaft des Klägers keine größeren Schwierigkeiten machen konnte als die Erfüllung. Diese Auffassung wird jetzt gestützt durch die Ausführungen von ARANGIO-RUIZ: *L'exceptio in diminuzione della condanna* (Pubbl. Fac. di giurispr. di Modena 45, 1930).

<sup>15</sup> Die *lex Romana Visigothorum* hat aus Paul. sent. 2, 5, 3 noch die Klagabweisung bei der *pluris petitio* aufgenommen. Paulus hatte hier ohne Frage vom *agere cum compensatione* der *argentarii* gesprochen. In dem erhaltenen Stück des Breviars aber sind die Bankhalter nicht genannt. Daß es aber dort als allgemeines Recht angesehen worden sei, wird man aus dem überarbeiteten (zweite und dritte Person sind durcheinandergeworfen; *vel deducere* paßt nicht zum Inhalt des Vordersatzes, wenn es im technischen Sinne steht) und zusammengestrichenen Stück nicht schließen dürfen.



## Drittes Kapitel.

## Übertragung von Forderungen und Schulden.

§ 126. **Grundsätzliches.** Einen Wechsel von Gläubiger und Schuldner bei Fortbestehen des Forderungsrechts kannte das römische Recht nur im Rahmen der Gesamtnachfolge (Universalsukzession, vgl. § 194, 1); eine Sondernachfolge in Forderung oder Schuld gab es nicht. Ihre praktischen Wirkungen konnte man allerdings annähernd durch Novation mit Personenwechsel (§ 124, 2a) erreichen; juristisch betrachtet war jedoch das Ergebnis einer solchen Novation etwas wesentlich anderes als die Rechtsnachfolge in eine bestehende Verbindlichkeit: das alte Forderungsrecht erlosch, und ein neues unter anderen Personen trat an seine Stelle. Die mit diesem rechtlichen Vorgang verbundenen praktischen Nachteile (Erlöschen auch der Vorrechte und Sicherungen, die zugunsten der alten Forderung bestanden) und die Tatsache, daß die Novation mit Gläubigerwechsel stets eine Mitwirkung auch des Schuldners voraussetzte, führten mit der steigenden Entwicklung des Rechtsverkehrs zur Herausbildung anderer Ersatzmittel für die fehlende Übertragbarkeit von Forderungsrechten; den Anknüpfungspunkt bildete dabei das Institut der prozessualen Stellvertretung.

§ 127. **Abtretung von Forderungen (Zession)**<sup>1</sup>. 1. Der Gläubiger konnte einen andern damit beauftragen, seine Forderung gegen den Schuldner im Prozeßwege geltend zu machen (*mandatum ad agendum*). Durch eine besondere Gestaltung der Prozeßformel<sup>2</sup> wurde es ermöglicht, daß dieser Vertreter, der je nach der Einzelausgestaltung als *cognitor* oder als *procurator* bezeichnet wurde, aus der fremden Forderung ein auf seinen Namen lautendes Urteil erhielt, kraft dessen er Befriedigung im Wege der Vollstreckung suchen konnte<sup>3</sup>. Im Normalfall hatte er natürlich das, was er dabei erlangte, an seinen Auftraggeber herauszugeben; diesem stand gegen ihn die *actio mandati* aus dem Auftragsverhältnis zu (§ 139, 2). Anders dagegen, wenn der Gläubiger den Prozeßvertreter ermächtigt hatte, das Empfangene für sich zu behalten. In einem solchen Fall übte der Vertreter das fremde Recht kraft seines Auftrags im eigenen Interesse aus (*mandatum in rem suam*), und auf diese Weise wurde, wirtschaftlich gesehen, der Effekt einer Forderungsabtretung erreicht, ohne daß es einer Mitwirkung des Schuldners bedurfte. Eine wirkliche Sondernachfolge brachte freilich auch das *mandatum in rem suam* nicht zustande: Bis zum Abschluß des Prozeßvertrags zwischen dem Beauftragten (dem Zessionar) und dem Schuldner blieb der Auftraggeber (der Zedent) in vollem Umfang Gläubiger des Forderungsrechts; erst mit dem Prozeßvertrag (der *litis contestatio*) trat der Beauftragte an seine Stelle, und zwar im Wege der mit der Litiskontestation stets verbundenen *novatio necessaria* (§ 124, 3).

2. Aus dieser Eigenart des *mandatum in rem suam* ergaben sich gewisse Mißstände: Solange es noch nicht zur *litis contestatio* zwischen Zessionar und Schuldner gekommen war, konnte der Zedent seinen Auftrag nach Belieben widerrufen; er konnte,

<sup>1</sup> Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II § 360 (§ 328); dazu KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1358ff.; BETHMANN-HOLLWEG: Röm. Zivilproz. II 447ff. Vgl. auch BRUNS: Kl. Schr. II 1ff. (Gemeindevermögensrecht); ferner SCHULZ: ZSt. 27, 82ff.; BESELER: Beitr. III 172ff. (Klagzession).

<sup>2</sup> Die sog. Subjektsumstellung: in der *intentio* wurde der Gläubiger genannt als der, dem geschuldet werde, in der *condemnatio* der Prozeßvertreter als der, dem gegenüber zu verurteilen sei (Gai. 4, 86).

<sup>3</sup> Die Vollstreckungsklage (*actio iudicati*) stand grundsätzlich dem Vertreter als dem *dominus litis*, nicht dem Vertretenen zu. Freilich änderten dies die klassischen Juristen für den Fall des *cognitor* mittels erneuter Subjektsumstellung in der Klagformel der *actio iudicati* derart ab, daß wiederum der Vertretene den Prozeßanspruch aus der *actio iudicati* erwarb; dies galt jedoch nicht für den hier im Mittelpunkt stehenden Fall des *cognitor in rem suam*. Vgl. zum Ganzen: fr. Vat. 317 und GIRARD-MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 1120ff.

da er Gläubiger geblieben war, sogar ohne einen solchen Widerruf über die Forderung verfügen, insbesondere auch selbst den Schuldner verklagen und von ihm mit befreiender Wirkung die Leistung entgegennehmen, sich mit ihm vergleichen oder ihm die Schuld erlassen. Starb der Zessionar oder der Zedent, so erlosch das *mandatum ad agendum*. Bis zur *litis contestatio* hatte der Zessionar also nichts Sicheres in Händen. Die Entwicklung seit dem hochklassischen Recht ging deshalb dahin, die Rechtsstellung des Zessionars den Bedürfnissen des Lebens entsprechend zu stärken, zugleich aber den Schuldner gegen Gefahren zu schützen, die ihm durch eine doppelte Gläubigerschaft von Zedent und Zessionar drohten.

a) Kaiserliche Reskripte bewilligten dem Zessionar in bestimmten Fällen eine eigene Klage, eine *actio utilis*<sup>4</sup>, die er unabhängig vom Willen des Zedenten geltend machen konnte. Soweit dieser Klagschutz reichte, bedurfte es nicht mehr der Bestellung zum *cognitor* oder *procurator*: Der Zessionar klagte nunmehr im eigenen Namen<sup>5</sup>; der Anspruch war unwiderruflich, unabhängig vom Tod des Zedenten und ging auf die Erben des Zessionars über. Aber er stand nicht allein, sondern neben dem des Zedenten; hierin zeigt sich, daß auch die Schaffung der *actio utilis* die aus der prozessualen Vertretung erwachsene Zession nicht zu einer wirklichen Übertragung des Forderungsrechts gemacht hat. — Der älteste bekannte Fall einer derartigen *actio utilis* beruht auf einer Konstitution des Antoninus Pius; nach ihr konnte der Käufer einer Erbschaft die darin enthaltenen Forderungen als *actiones utiles* geltend machen<sup>6</sup>. Spätere Reskripte gestanden auch dem Käufer einer Forderung<sup>7</sup>, dem Ehemann hinsichtlich der Mitgiftforderung<sup>8</sup>, dem Vermächtnisnehmer hinsichtlich der durch Damationslegat (§ 221, 3b) vermachten Forderung derartige *actiones utiles* zu<sup>9</sup>. Justinian erstreckte den Rechtsschutz durch *actio utilis* auf den Fall des schenkweisen Erwerbs einer Forderung<sup>10</sup>. Auf Juristenrecht dürfte die bereits im Pfandrecht (§ 99, Anm. 2) erwähnte *actio utilis* des Pfandgläubigers einer Forderung beruhen.

b) Auch nach der Schaffung der *actio utilis* wies die Rechtsstellung des Zessionars noch eine entscheidende Schwäche auf: die Konkurrenz mit dem fortbestehenden Anspruch des Zessionars. Auch in diesem Punkt hat die römische Rechtsentwicklung schließlich, wenngleich wohl erst in nachklassischer Zeit, Wandel geschaffen. Zwei Konstitutionen des Alexander Severus (C. 8, 16, 4) und des Gordian (C. 8, 41, 3)

<sup>4</sup> *Actiones utiles* sind Klagen, die nach dem Vorbild einer anderen, bereits vorher vorhandenen Klagformel (der *actio directa*, hier der Klage des Zedenten) geschaffen sind. — Über die *actio utilis* des Zessionars: WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 329, Anm. 6; EISELE: D. actio utilis d. Zessionars (Festg. f. Planck); ZSSt. 27, 46ff.; SCHIRMER: ZSSt. 20, 230ff.; LEVY: Sponsio 165ff.; Konkurrenz d. Aktionen I 224; GIRARD-MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 799f.

<sup>5</sup> Während Gai. 2, 39 die Besonderheit der *actio mandata* darin erblickt, daß der Zessionar „nicht im eigenen Namen“ klagte, sondern das für sich forderte, was dem Zedenten geschuldet wurde, wird das Vorgehen des Zessionars mit der *actio utilis* als ein *suo nomine agere* gekennzeichnet (Diocl. C. 6, 37, 18, vgl. C. 4, 15, 5); daraus wird man schließen dürfen, daß hier die Subjektumstellung (vgl. Anm. 2) nicht Platz griff, vielmehr der Zessionar auch in der *intentio* als Subjekt des Anspruchs bezeichnet wurde. Die nähere Ausgestaltung der Formel bleibt ungewiß; vielleicht war sie eine *formula ficticia* (§ 101, 3); vgl. EISELE: Actio utilis 24ff.; ZSSt. 27, 46ff. — *Alieno nomine agere* heißt natürlich nicht (wie man nach der modernen Terminologie glauben könnte), als direkter Stellvertreter handeln: der römische Prozeßvertreter war nicht direkter Stellvertreter im heutigen Sinn.

<sup>6</sup> D. 2, 14, 16 pr. — Die Tatsache steht fest, gleichviel, wie man sonst die Stelle auffaßt. Vgl. neuerdings EISELE: ZSSt. 27, 59; BESELER: Beitr. II 3f.; IV 119f.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 477, Anm. 4.

<sup>7</sup> Valerian u. Gallienus C. 4, 10, 2; Diocl. C. 4, 39, 7 (entstellt, aber im Kern echt).

<sup>8</sup> Valerian u. Gallienus C. 4, 10, 2: *saepe rescriptum est*.

<sup>9</sup> Diocl. C. 6, 37, 18; wichtig namentlich in dem von der Konstitution hervorgehobenen Fall, daß der belastete Erbe kein *mandatum ad agendum* erteilte.

<sup>10</sup> C. 6, 53, 4. — Manche *actio utilis* im Corpus iuris mag von den Kompilatoren herühren, die den Gedanken des klassischen Rechts zu verallgemeinern suchten. So in C. 4, 15, 5 (STEINER: Datio in solutum 127f.); vielleicht auch in C. 4, 39, 8; C. 5, 58, 2.

enthalten die höchst wahrscheinlich interpolierte Bestimmung, daß der Zessionar dem Schuldner durch eine Anzeige der Zession (*denuntiatio*) die Möglichkeit abschneiden könne, mit befreiender Wirkung an den Zedenten zu leisten. Hiermit war wenigstens praktisch die völlige Loslösung der zedierten Forderung von dem ursprünglichen Gläubiger, d.h. die Anerkennung einer wirklichen Forderungsübertragung erreicht. Theoretisch erfaßt worden ist diese Tatsache freilich erst im gemeinen Recht.

c) Insoweit der Schuldner von beiden Gläubigern, dem Zedenten und dem Zessionar, wirksam in Anspruch genommen werden konnte, bedurfte er einer besonderen rechtlichen Fürsorge, die bereits in klassischer Zeit entwickelt worden ist. Keine Gefahr drohte ihm im Falle der Erfüllung bzw. der Litiskontestation gegenüber dem Zedenten, denn dadurch entfiel ohne weiteres die *actio* des Zessionars<sup>11</sup>. Hatte dagegen der Schuldner an den Zessionar geleistet, bzw. mit ihm die *litis contestatio* vollzogen, so stand ihm vermutlich eine Einrede (*exceptio doli*) zur Seite; bezeugt ist eine solche Einrede für den Fall eines *pactum de non petendo* mit dem Zessionar (Ulp. D. 2, 14, 16 pr.)<sup>12</sup>. Umgekehrt mußte auch der Zessionar eine Vergleichseinrede (*exceptio transacti negotii*) gegen sich gelten lassen, wenn der Schuldner sich in Unkenntnis der Zession mit dem Zedenten verglichen hatte (Pap. D. 2, 15, 17).

§ 128. Schuldübernahme und Erfüllungsübernahme<sup>1</sup>. 1. Auch auf der Schuldnerseite blieb die Novation nicht die einzige Form des Personenwechsels im Forderungsrecht. Vielmehr benutzte man auch hier das Mittel der prozessualen Stellvertretung zur Erreichung einer Art von Übertragungswirkung. Der Schuldner beauftragte einen anderen (den Schuldübernehmer), den Prozeß mit dem Gläubiger als *cognitor* oder *procurator in rem suam* zu führen (vgl. Scaev. D. 12, 6, 67, 3; *in rem suam* bedeutet in diesem Fall: zum eigenen Nachteil)<sup>2</sup>. Ein Eintreten in die fremde Verbindlichkeit ergab sich dabei freilich ebensowenig wie bei der Zession mittels eines *mandatum ad agendum*<sup>3</sup>: Erst durch die *litis contestatio* wurde der Übernehmer zum Schuldner, und zwar zum Schuldner nicht der ursprünglichen Obligation, sondern der durch *novatio necessaria* entstandenen Prozeßobligation; das Urteil lautete nunmehr gegen ihn, und gegen ihn richtete sich die Vollstreckung<sup>4</sup>. Bis zur *litis contestatio* mit dem Übernehmer aber hatte der Gläubiger keinerlei Rechte gegen ihn; namentlich konnte er ihn nicht zur Einlassung in den Rechtsstreit zwingen.

2. Dagegen konnte sich der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichten, den Prozeß mit dem Gläubiger als Vertreter *in rem suam* zu führen bzw. statt des Schuldners die Leistung an den Gläubiger zu bewirken. Diese Abrede, die lediglich im Innenverhältnis zwischen Schuldner und Unternehmer wirkte, entspricht dem, was wir heute als Erfüllungsübernahme von der Schuldübernahme scheiden. Dem Gläubiger erwachsen daraus keinerlei Rechte.

<sup>11</sup> Die *actio utilis* wurde nur unter der Voraussetzung gegeben, daß weder gezahlt, noch der Prozeß über die Hauptklage eröffnet war (bezeugt ist das freilich nur hinsichtlich der Erfüllung, C. 8, 16, 4). Ebenso konnte der Zessionar ein etwa erfolgtes *mandatum in rem suam* nicht mehr verwirklichen, sobald die *actio mandata* durch Erfüllung oder durch *litis contestatio* des Zedenten mit dem Schuldner untergegangen war.

<sup>12</sup> Zu dieser Stelle s. Anm. 6.

<sup>1</sup> Literaturübersicht bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>o</sup> 397f. (§ 338); im besonderen vgl. DELBRÜCK: D. Übernahme fremder Schulden 121ff.; BETHMANN-HOLLWEG: Röm. Zivilproz. II 450f.; v. BLUME: Novation, Delegation u. Schuldübertragung; AVENARIUS: Erbschafts Kauf 91ff.; NABER: Mnemosyne 22, 247ff.

<sup>2</sup> Dem Interesse des Gläubigers wurde durch Bestellung von Sicherheiten Rechnung getragen (Gai. 4, 101; fr. Vat. 317).

<sup>3</sup> Die Quellen sprechen trotzdem von einem *suscipere obligationem*: Paul. D. 17, 1, 45 pr.; Ulp. D. 16, 1, 2, 5.

<sup>4</sup> Vgl. fr. Vat. 317; Ulp. D. 16, 1, 2, 5. S. ferner Plautius in D. 3, 3, 61; Ulp. D. 42, 1, 4 pr. (beide Stellen handelten in der klassischen Fassung vom *cognitor*, nicht vom *procurator in rem suam*).

## Viertes Kapitel.

**Mehrheit von Forderungsrechten.**

§ 129. **Vorbemerkung.** Von einer Mehrheit von Forderungsrechten kann in sehr verschiedenem Sinn gesprochen werden: Einmal mit Bezug auf die Verknüpfung mehrerer Forderungsrechte im Rahmen eines einheitlichen, zwischen zwei oder mehr Personen bestehenden Schuldverhältnisses; so erwachsen z. B. aus einem Kaufvertrag Verpflichtungen sowohl des Käufers (Zahlung des Kaufpreises) wie des Verkäufers (Lieferung des Kaufgegenstands, Gewährleistung); diese Verpflichtungen sind durch ihren gemeinsamen Rechtsgrund und ihren wirtschaftlichen Zusammenhang miteinander verbunden. Von der Mehrheit von Forderungsrechten in diesem Sinn wird in § 130 die Rede sein. — In ganz anderer Bedeutung kann man von einer Mehrheit von Forderungsrechten sprechen, wenn ein und dieselbe Leistung von mehreren Schuldern geschuldet wird oder von mehreren Gläubigern gefordert werden darf; davon wird in § 131 gehandelt werden.

§ 130. **Wechselseitige Verbindlichkeiten.** 1. Daß es Rechtsverhältnisse gibt, aus denen wechselseitige Verpflichtungen der Beteiligten erwachsen, hat bereits die Jurisprudenz der republikanischen Zeit ausgesprochen: So stellte Q. Mucius Scaevola fest, daß es im Rahmen der meisten *bonae fidei iudicia* sog. *iudicia contraria*<sup>1</sup> gebe, durch die die beiderseitigen Pflichten bestimmt würden (Cic. de off. 3, 70). Aus klassischer Zeit besitzen wir die Bemerkung des Gaius (3, 137), bei den Konsensualkontrakten entstehe, anders als bei den Verbal- und Litteralkontrakten, eine wechselseitige Verpflichtung (*alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*). Die nachklassische Systematik schließlich hat die Lehre von den wechselseitigen Verbindlichkeiten (*mutuae obligationes* bzw. *actiones*, ἀμοιβαία ἀγωγαί) weiter ausgebaut und unter anderem zur Grundlage für das System der Innominatkontrakte (§ 117, 2 c a. E.) gemacht<sup>2</sup>.

2. Dagegen ist der antiken Theorie die gemeinrechtliche Unterscheidung von unvollkommen und vollkommen zweiseitigen Rechtsverhältnissen fremd geblieben<sup>3</sup>. Vollkommen zweiseitig oder gegenseitig sind hiernach diejenigen Vertragsverhältnisse, die einen Austausch von Leistung und Gegenleistung bezwecken, bei denen die beiderseitige Verpflichtung also unmittelbar aus dem Wesen des Geschäfts folgt: so beim Kauf, bei der Miete, in etwas anderem Sinn auch bei der Gesellschaft. Unvollkommen zweiseitig sind dagegen solche Rechtsverhältnisse (nicht nur Vertragsverhältnisse), aus denen primär nur einer der Beteiligten berechtigt, der andere verpflichtet wird, in deren Rahmen aber dem zunächst nur verpflichteten Teil unter Umständen Gegenansprüche auf Ersatz von Aufwendungen, Auslagen u. dgl. erwachsen können; in diesen Fällen ist die Wechselseitigkeit der Verpflichtung keine notwendige Folge des Vertragszwecks, sondern lediglich eine mögliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses. — Wenn nun auch eine systematische Klarstellung dieses Gegensatzes fehlte, so war er doch selbstverständlich in seinen praktischen Folgen schon im Altertum vorhanden: die gegenseitigen Verträge heben sich bereits durch ihre Benennung als etwas Besonderes heraus, denn in der Doppelbezeichnung des Kaufs als *emptio venditio*, der Miete als *locatio conductio* kommt die wirtschaftliche Doppelseitigkeit deutlich zum Ausdruck. Nicht minder wirkt sie sich in der Tatsache aus, daß beiden Parteien eine selbständige *actio* zur Verfügung stand: beim Kauf dem Käufer die *actio empti*, dem Verkäufer die *actio venditi*; bei der Miete dem Mieter die *actio*

<sup>1</sup> *Iudicium contrarium* im Sinne dieser Stelle ist nicht nur die Gegenklage bei unvollkommenen zweiseitigen Schuldverhältnissen (vgl. Ziff. 2 und Anm. 4), sondern der Gegenanspruch bei allen wechselseitigen Verbindlichkeiten, auch bei gegenseitigen Verträgen. Vgl. PERNICE: *Labeo* II 1, 258, Anm. 1; BIONDI: *Ann. Palermo* 7, 154ff.; SIBER: *Röm. R.* II 186; a. A. PARTSCH: *Studien z. negotiorum gestio* 54f.

<sup>2</sup> PARTSCH: *ZSSst.* 35, 336f.; DE FRANCISCI: *Συνάλλαγμα* II 539; LEVY: *ZSSst.* 52, 517f.

<sup>3</sup> PARTSCH: *Nachgel. u. kl. Schr.* 8; dazu LEVY: *ZSSst.* 52, 514.

*conducti*, dem Vermieter die *actio locati*. Dagegen unterschied man bei den unvollkommenen zweiseitigen Rechtsverhältnissen Haupt- und Gegenklage (*iudicium directum* und *iudicium contrarium*)<sup>4</sup>.

3. Der innere Zusammenhang wechselseitiger Forderungsrechte führte im römischen Recht, wie auch heute, zu einer gegenseitigen Beeinflussung, deren Ausmaß freilich zum mindesten für die republikanische und klassische Zeit noch in mancher Hinsicht ungeklärt ist<sup>5</sup>. Anerkannt war jedenfalls in der Kaiserzeit, daß bei gegenseitigen Verträgen der auf Leistung Beklagte, wenn er nicht kraft Vertrages oder Gesetzes zur Vorleistung verpflichtet war, seine Leistung zurückhalten konnte, bis der Kläger seinerseits bereit war zu erfüllen (Marcell. in D. 21, 1, 31, 8; Scaev. D. 18, 4, 22; Ulp. D. 19, 1, 13, 8). Für die unvollkommen zweiseitigen Schuldverhältnisse galt das gleiche, wenn der Kläger mit der Hauptklage (*actio directa*, s. Ziff. 2 a. E.) vorging und dem Beklagten ein Gegenanspruch zustand (Pomp. D. 13, 7, 8 pr.; Iul. D. 47, 2, 60; Paul. D. 47, 2, 15, 2). Soweit es sich, wie regelmäßig, um *bonae fidei iudicia* handelte<sup>6</sup>, fiel es ohne weiteres in den Bereich der Amtspflicht des Richters, derartige Einwände<sup>7</sup> zu berücksichtigen. Der Richter konnte den Kläger abweisen,

<sup>4</sup> Der Sprachgebrauch und das Wesen des *iudicium contrarium* sind für die klassische Zeit bestritten. PARTSCH: Studien z. negotiorum gestio 54ff. scheidet die *actio contraria* als selbständige Gegenklage vom *iudicium contrarium* als einer Prozeßgestaltung, die auf die Verurteilung beider Parteien berechnet gewesen sei. Hiergegen die auch heute noch herrschende Meinung; vgl. z. B. BIONDI: Ann. Palermo 7, 153ff.; LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 254. Die richtige Auffassung ist wohl, daß das *iudicium contrarium* der klassischen Zeit teils als selbständige Klage (vgl. Paul. D. 13, 6, 17, 1), teils als eine Art Widerklage im Zusammenhang mit dem Hauptanspruch geltend gemacht werden konnte; eine grundsätzlich verschiedenartige klassische Regelung bei einzelnen Gruppen der nach justinianischem Recht unvollkommen zweiseitigen Rechtsverhältnisse, wie sie BIONDI: Ann. Palermo 7, 59ff. (Zusammenfassung 171) annimmt, ist nicht zu erweisen. In der Kernfrage gegen BIONDI auch KRELLER: Festgabe f. Heck, Rümelin, A. B. Schmidt (Arch. ziv. Pr., Beilageheft 1931) 131ff., der allerdings für das Mandat gleich BIONDI stets eine Prozeßformel mit der *intentio: quidquid alterum alteri dare facere oportet* annimmt, daran aber für den Regelfall der einfachen Klage nur eine einseitige *condemnatio* anknüpfen will(?); anders noch ZSSt. 49, 508f. — Daß schon die klassischen Juristen neben *iudicium contrarium* auch den Ausdruck *actio contraria* gebraucht haben, ist zwar bestritten worden (vgl. GRADENWITZ: Interpolationen 111ff.), dürfte aber kaum zweifelhaft sein (s. PARTSCH: Studien z. negotiorum gestio 58, Anm. 2). Andererseits könnte die Bezeichnung der Hauptklage als *actio directa* allgemein unklassisch sein (vgl. BIONDI: Ann. Palermo 7, 153); die Klassiker sprechen von *actio principalis* (Paul. D. 13, 6, 17, 1).

<sup>5</sup> Hierüber RABEL: Grundz. d. röm. Privatr. 483; ZSSt. 42, 561; HAYMANN: ZSSt. 41, 49ff.; 48, 327. Über die Meinung PARTSCHS s. LEVY: ZSSt. 52, 514. — Während RABEL und PARTSCH dafür eintreten, daß sich erst allmählich in klassischer Zeit die Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungspflichten (insbes. beim Kauf) entwickelt habe, nimmt HAYMANN an, daß diese Abhängigkeit von jeher vorhanden gewesen sei. Die erste Ansicht verdient den Vorzug: Auch wenn man zugibt, daß im Barkauf der ältesten Zeit der Austauschgedanke scharf hervortrat (vgl. die Verknüpfung von Eigentumserwerb und Kaufpreiszahlung im Manzipationsformular und den Zwölftafelsatz über die Abhängigkeit des Eigentumserwerbs von der Kaufpreiszahlung, § 53, 2a; § 71, 3b), bleibt es wahrscheinlich, daß er nach der Herausbildung des obligatorischen Kaufverhältnisses auf anderer Grundlage neu errungen werden mußte; und wenn sich HAYMANN: (ZSSt. 48, 327) für seine Auffassung auf das Prinzip der *bona fides* beruft, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Tragweite dieses Prinzips erst allmählich erfaßt werden konnte. Auf die Frage, ob sich aus Varro, de re rust. 2, 2, 5f., etwas für die Auffassung des späterepublikanischen Rechts entnehmen läßt, kann hier nicht eingegangen werden. — Der vom gemeinen Recht als Bezeichnung des Austauschverhältnisses bei gegenseitigen Verträgen in Anspruch genommene Begriff des *συνάλλαγμα* hat in den Quellen nirgends diesen Sinn; ob er überhaupt schon in klassischer Zeit verwendet worden ist, ist sehr zweifelhaft (vgl. die bei LEVY: ZSSt. 52, 514 Genannten). Über das Problem des Synallagma, insbes. seine Bedeutung im nachklassisch-byzantinischen Recht, vgl. DE FRANCISCI: *Συνάλλαγμα* I, 1913; II, 1916; PARTSCH: Nachgel. u. kl. Schr. 3ff.; ZSSt. 35, 355ff.; SEIDL: RE 4 A, 1322ff.; LEVY: ZSSt. 52, 512ff.

<sup>6</sup> Die *exceptio mercis non traditae* (Iul. D. 19, 1, 25; Gai. 4, 126a; vgl. auch D. 44, 4, 5, 4 itp.) war ein Sonderrecht des Bankverkehrs der *argentarii*: vgl. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 503; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 483; HAYMANN: ZSSt. 41, 55.

<sup>7</sup> Im gemeinen Recht bezeichnet man sie bei notwendig gegenseitigen Verträgen als *exceptio non adimpleti contractus*. In unseren Quellen wird einmal (C. 8, 44, 5) von einer *exceptio doli*

wenn er seiner Leistungspflicht nicht genügte, oder er konnte ihn zwingen, Sicherheit dafür zu leisten, daß er seiner Verbindlichkeit nachkommen werde. Er konnte schließlich auch die beiderseitigen Ansprüche gegeneinander aufheben und den Beklagten lediglich auf einen sich etwa zu seinen Ungunsten ergebenden Überrest verurteilen (Gai. D. 13, 6, 18, 4; vgl. § 125, 2b). — Besonders schwierig ist für das Recht der klassischen Zeit die Beantwortung der Frage, inwieweit der Bestand einer Forderung dadurch berührt wurde, daß die Gegenforderung nachträglich wegfiel. Den Hauptfall dieser Art bildete die nachträgliche, vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit der einen Leistung; hierüber wird, wenigstens für das praktisch wichtigste Anwendungsgebiet, das Kaufrecht, in § 141, 2 gehandelt werden.

**§ 131. Gesamtforderungen und Gesamtschulden<sup>1</sup>.** 1. Eine Gesamtforderung im Sinn des römischen Rechts (aktive Solidarobligation) liegt vor, wenn von mehreren Gläubigern eines Schuldners jeder die ganze Leistung (*solidum*) zu fordern berechtigt, der Schuldner sie aber nur einmal zu bewirken verpflichtet ist. Umgekehrt ist bei der Gesamtschuld (passive Solidarobligation) von mehreren Schuldnern eines Gläubigers jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber sie nur einmal zu fordern berechtigt<sup>2</sup>. Ein solches aktives oder passives Gesamtschuldverhältnis enthält eine Mehrheit von Forderungsrechten, die auf dasselbe Ziel gerichtet sind<sup>3</sup>. — Die kritische Forschung hat gezeigt, daß unsere Überlieferung auf dem Gebiet der solidarischen Obligationen sehr wenig zuverlässig ist. Für das klassische Recht haben wir ein Trümmerfeld vor uns. Die justinianischen Kompilatoren haben tiefgreifende Interpolationen vorgenommen und durch Spezialgesetze neue Grundsätze eingeführt, aber einen einheitlichen, in sich gefestigten Neubau nicht zu schaffen vermocht. So ist die ganze Lehre von Streitfragen überwuchert. Nur die wenigsten können hier angedeutet werden; es muß genügen, die erkennbaren Grundzüge der Lehre hervorzuhoben.

2. Selbständige Ausbildung hat bei den Römern zunächst das Gesamtschuldverhältnis gefunden, das wir heute als Korrealität<sup>4</sup> bezeichnen. Der Hauptfall und Ausgangspunkt war der, daß sich mittels Stipulation (I. 3, 16 pr.)<sup>5</sup> mehrere

gesprochen: wahrscheinlich ist der Satz überhaupt interpoliert (HAYMANN: ZSSst. 41, 56). Aber auch wenn man ihn unter Annahme der Konjekturen KRÜGERS (*idem* statt *id enim*) für echt halten dürfte, so könnte doch nur im materiellen Sinn an eine Einrede gedacht werden: in der Formel hätte es ihrer nicht bedurft, denn: *exceptio doli inest bonae fidei iudiciis*. Von einem Bestreiten des Klaggrundes freilich kann keine Rede sein: denn wer aus einem gegenseitigen Vertrag einen Anspruch geltend machte, gab damit auch die Entstehung seiner Verpflichtung zu. Demnach kann auch das vielbesprochene *nondum est ex empto actio* bei Ulp. D. 19, 1, 13, 8 nur bedeuten, daß der Käufer noch nicht mit Erfolg klagen könne (vgl. Nachweise bei PRINGSHEIM: ZSSst. 41, 258, Anm. 4), solange er nicht den ganzen Preis angeboten habe (JÖRS).

<sup>1</sup> Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>o</sup> 201ff. (§ 293, 1). Dazu LEVY: Konkurrenz d. Aktionen u. Personen I bes. 173ff., 377ff.; II (1) 238ff.; KERR WYLLIE: Solidarity and correality. 1925.

<sup>2</sup> Das mit diesen Definitionen gekennzeichnete römische Gesamtschuldverhältnis ist grundsätzlich reines Außenverhältnis: ob und in welchem Sinn die mehreren Gläubiger oder Schuldner untereinander verbunden sind, spielt dem gemeinsamen Schuldner bzw. Gläubiger gegenüber keine Rolle (vgl. Ziff. 4). Daß dies immer so war, ist nicht wahrscheinlich; doch sind die geschichtlichen Ausgangspunkte der Gesamtschuld nicht aufgeklärt.

<sup>3</sup> Hiermit wird zu einer bekannten Streitfrage Stellung genommen. S. darüber WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>o</sup> 201ff. (§ 293, 3), wo die zahlreichen Versuche, das Problem zu formulieren, zusammengestellt sind. Vgl. LEVY: Konkurrenz I 16f., 76ff., 184; BESELER: Beitr. IV 271f.; KERR WYLLIE: Solidarity and correality 1ff. Die römischen Juristen haben sich offenbar die theoretische Frage: „objektive Einheit mit Mehrheit der subjektiven Beziehungen“ (KELLER, 1827; RIBBENTROP, 1831) oder „Mehrheit von Schuldverhältnissen“ überhaupt nicht gestellt, sie sprechen ganz unbefangen je nach Bedürfnis von einer oder mehreren Obligationen (Nachweise bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>o</sup> 203, Anm. 1).

<sup>4</sup> Der Ausdruck ist aus dem *πλαξ λεγόμενον conreus* (Mitschuldner) bei Iul. in D. 34, 3, 3, 3 gebildet. Die gewöhnliche Bezeichnung ist *plures rei stipulandi* oder *promittendi*.

<sup>5</sup> Vgl. zu der Stelle LEVY: Konkurrenz I 175ff.; BESELER: Beitr. IV 271ff.; KERR WYLLIE: Solidarity and correality 65ff.

Gläubiger von einem Schuldner dieselbe Leistung versprechen ließen oder mehrere Schuldner einem Gläubiger zu derselben Leistung verpflichteten. Aus dem von allen Beteiligten einheitlich vorzunehmenden Rechtsgeschäft mußte hervorgehen, daß Gesamtforderung oder Gesamtschuld beabsichtigt war; sonst waren die Gläubiger nur zu Teilen berechtigt, die Schuldner nur zu Teilen verpflichtet (Pap. D. 45, 2, 11, 1—2)<sup>6</sup>. Im justinianischen Recht, vielleicht zum Teil schon im klassischen Recht<sup>7</sup>, konnten solche Korrealobligationen auch durch (formlose) Real- und Konsensualkontrakte begründet werden. — Korrealität entstand ferner dadurch, daß ein Erblasser mehrere seiner Erben derart mit einem Damnationsvermächtnis (§ 221, 3b) belastete, daß einer oder der andere von ihnen die Vermächtnisforderung erfüllen sollte<sup>8</sup> (Pomp. D. 30, 8, 1: *Titius heres meus aut Maevius heres meus HS decem milia Seio dato*<sup>9</sup>).

Für die Korrealobligationen galten zwei Grundregeln:

a) Einmalige Erfüllung hob alle Korrealobligationen auf<sup>10</sup>. Wenn also der Schuldner einem der Gläubiger die Gesamtforderung erfüllte, waren alle Gläubiger beseitigt; wenn einer der Schuldner die Leistung vollzog, waren alle Schuldner befreit. Solange aber keine Erfüllung erfolgt war, konnte jeder der mehreren Gläubiger gegen den Schuldner auf das Ganze oder auf einen Teil klagen und konnte jeder der mehreren Schuldner in gleicher Weise vom Gläubiger belangt werden (I. 3, 16, 1; Pomp. D. 30, 8, 1 s. o.; Ulp. D. 45, 2, 3, 1, im Kern echt).

b) Auch die prozessuale Konsumption traf das gesamte Schuldverhältnis: mittels der Litiskontestation wurde nicht nur die Forderung des klagenden Gläubigers bzw. die Forderung gegen den verklagten Schuldner, sondern wurden die sämtlichen Obligations durch die Prozeßobligation (§ 124, 3) ersetzt<sup>11</sup>. Die Klage eines von mehreren Gläubigern beseitigte also alle seine Mitgläubiger, die Klage gegen einen von mehreren Schuldnern befreite alle übrigen Schuldner. — Justinian hob diese gesamtzerstörende Wirkung der Litiskontestation bei den passiven Korrealobligationen auf (C. 8, 40, 28, 2).

3. Für die *obligationes ex delicto* (§ 118) galt in klassischer Zeit der Grundsatz, daß jeder Missetäter selbständig der Strafe unterliege, wenn die unerlaubte Handlung durch mehrere gemeinschaftlich vorgenommen war. Der Geschädigte konnte also gegen jeden klagen und von jedem den vollen Betrag der Buße verlangen (kumulative Haftung)<sup>12</sup>. Auch das justinianische Recht kannte noch eine solche Häufung von

<sup>6</sup> Soweit die geschuldete Leistung teilbar war; Forderungen und Verbindlichkeiten mit unteilbarem Leistungsgegenstand waren in klassischer Zeit stets Gesamtforderungen bzw. Gesamtschulden; anders z. T. im justinianischen Recht. Vgl. hierzu GUARNERI CITATI: Studi sulle obbligazioni indivisibili nel dir. rom. (Ann. Palermo 9, 1921).

<sup>7</sup> Vgl. dazu Pap. D. 45, 2, 9 pr.; jedenfalls am Schluß (*et statt aut*) und in der Mitte, aber wohl auch schon im Anfang *ipt*. Vgl. RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 476, Anm. 2; LEVY: Konkurrenz I 204ff.

<sup>8</sup> Darüber, ob in dem entgegengesetzten Fall, dem der Zuwendung an eine oder die andere Person, aktive Korrealität entstand, wie das z. B. Celsus (D. 31, 16) annahm, bestand Streit unter den Klassikern: s. darüber Inst. C. 6, 38, 4, wo der Kaiser willkürlich entscheidet (§ 1a): *coniunctionem „aut“ pro „et“ accipit*.

<sup>9</sup> Im weiteren Text ist, wie schon DONELLUS (b. KRÜGER, Dig.) erkannt hat *et solutum ipt*.

<sup>10</sup> Die gleiche Wirkung wie der Erfüllung kam der *acceptilatio* zu: Iav. D. 45, 2, 2; Ulp. D. 46, 4, 16 pr.; vgl. MITTEIS: Röm. Privatr. I 265, Anm. 23. Beim *pactum de non petendo* war es Sache der Auslegung, zu ermitteln, ob der Erlaß nur persönlich für den freigebenden Gläubiger bzw. den befreiten Schuldner oder für und gegen alle (*in rem*) wirken sollte (Lab. u. a. in D. 2, 14, 25 pr. u. 27 pr.; Paul. ebd. 21, 5). Im übrigen muß wegen der Wirkung der *novatio*, *compensatio*, *confusio*, wegen des Verschuldens und Verzugs auf die Lit. (Anm. 1) verwiesen werden. Für das klassische Recht steht die Frage der Interpolation im Vordergrund, aber auch für das justinianische Recht bleiben Streitfragen in Fülle übrig.

<sup>11</sup> Iav. D. 45, 2, 2: *petitione*; Iul. in D. 46, 1, 5 (jedenfalls an der entscheidenden Stelle *si reus — consumet* echt).

<sup>12</sup> Iul. in D. 9, 2, 51, 1 u. 11, 2 (*actio legis Aquiliae*); Tryph. D. 26, 7, 55, 1 (*actio rationibus distrahendis*; vgl. § 188, 4); Paul. D. 47, 2, 21, 9 (*actio furti*). — Vgl. auch § 106, 2b.

Ansprüchen: dies beweist die Aufnahme der klassischen Belege (s. Anm. 12) in das Corpus iuris. Daneben aber findet sich bei Delikten auch der Grundsatz der Gesamthaftung, jedoch mit einer wichtigen Einschränkung: nur die einmalige Erfüllung<sup>13</sup>, nicht aber die Litiskontestation wirkte gesamtzerstörend<sup>14</sup>. Man bezeichnet dieses Verhältnis in der modernen Literatur als „bloße Solidarität“. Wo ihre Grenzen lagen, ob einzelne Fälle schon in die klassische Zeit zurückreichen, läßt die stark überarbeitete Überlieferung nicht mit genügender Sicherheit erkennen. Daß seit Justinian (C. 8, 40, 28, 2) auch die Tatbestände der (früher) passiven Korrealität hierher zu zählen sind, wurde schon angedeutet (Ziff. 2 b a. E.).

4. Wenn einer von mehreren Gläubigern vom Schuldner Erfüllung erhalten hatte, stand den Mitgläubigern aus dem Gesamtverhältnis als solchem kein Anspruch auf verhältnismäßige Mitteilung des Gewinns zu; denn der Gläubiger, an den erfüllt war, hatte empfangen, was ihm geschuldet war. Ebenso hatte der Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt hatte, an sich keinen Rückgriff gegen seine Mitschuldner; denn er war das Ganze schuldig gewesen. Nur dann war ein derartiger Anspruch begründet, wenn zwischen den mehreren Gläubigern oder Schuldnern ein eigenes Rechtsverhältnis (insbesondere ein Gesellschaftsverhältnis) bestand, kraft dessen sie untereinander Ausgleichung begehren konnten (Iul. in D. 35, 2, 62 pr.). Indessen scheint man später wenigstens bei passiven Korrealobligationen weitergegangen zu sein: Diokletian gewährte dem zahlenden Schuldner schlechthin den Rückgriff gegen seine Genossen (C. 8, 39, 1).

5. Justinian bestimmte (Nov. 99), daß der Gläubiger nicht ohne weiteres von jedem seiner Korrealschuldner<sup>15</sup> das Ganze, sondern nur dessen Kopfteil fordern dürfe, daß aber die Teile der Abwesenden und Zahlungsunfähigen die der anderen vergrößern sollten (\**beneficium divisionis*). Hatte aber der Kläger einen der Schuldner auf das Ganze belangt, so sollte der Richter auch die nicht verklagten Mitschuldner, soweit sie ortsanwesend waren, vor Gericht ziehen, die Sache untersuchen und die zahlungsfähigen Schuldner zu gleichen Teilen verurteilen.

**§ 132. Bürgschaft<sup>1</sup>.** 1. Die Bürgschaft wird an dieser Stelle behandelt, weil bei ihr, wie bei dem Gesamtschuldverhältnis, mehrere Forderungen auf die gleiche Leistung nebeneinanderstehen. Sie unterscheidet sich von der Gesamtschuldnerschaft durch den Umstand, daß die Forderungsrechte gegen den Hauptschuldner und gegen den Bürgen nicht, wie die Forderungen gegen mehrere Gesamtschuldner, in gleicher Linie stehen, sondern verschiedenen Rang haben: die Verbindlichkeit des Hauptschuldners (*obligatio principalis*) steht im Vordergrunde, die Leistungspflicht des Bürgen dagegen ist nur um der Hauptverbindlichkeit willen da; sie soll dem Gläubiger eine stärkere Sicherung seiner Hauptforderung gewährleisten<sup>2</sup>. Die Bürgenver-

<sup>13</sup> Und was ihr gleichstand: *acceptilatio* usw.; vgl. Anm. 10.

<sup>14</sup> Vgl. z. B. D. 4, 2, 14, 15 (*actio quod metus causa*, § 161); D. 4, 3, 17 pr. (*actio de dolo*, § 160); D. 9, 3, 3, 4 (*actio de effusis*, § 119, 2).

<sup>15</sup> Über die *ἀλληλεγγύως ἐπεύθηντοι* der Nov. 99 (*vice mutua fideiussores*: Pap. D. 45, 2, 11 pr.) s. COLLINET: Et. hist. s. l. droit d. Justinien I 124 ff. Vgl. MITTEIS: Grundzüge d. Papyrusk. 115; BRASSLOFF: ZSSt. 25, 298 ff.; A. SEGRÈ: Aegyptus 5, 45 ff.

<sup>1</sup> Die ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 1079 (§ 476). Außerdem LENEL: Ed. perp. 3 214 ff.; APPLETON: ZSSt. 26, 1 ff.; Mélanges Gérardin 1 ff.; GIRARD: Studi Fadda II 57 ff.; LEVY: Sponsio, fidepromissio, fideiussio, 1907; ZSSt. 28, 398 ff.; MITTEIS: Aus röm. u. bürgerl. Recht (Festg. f. Bekker) 109 ff.; Röm. Privatr. I 269 ff.; PEROZZI: Ist. II<sup>3</sup> 222 ff.; FLUME: Studien z. Akzessorietät d. röm. Bürgschaftstipulationen, 1932; BUCKLAND: RH 4. Ser., 12, 116 ff.

<sup>2</sup> Dem gleichen Zweck dient das Pfandrecht (§§ 91 ff.). Während dieses die Kreditsicherung auf sächlicher Grundlage (Realkredit) vermittelt, schafft die Bürgschaft eine persönliche Kreditsicherung (Personalkredit). Im modernen Wirtschaftsleben spielt der Realkredit die weitaus größere Rolle; anders in Rom, was z. T. auf den ursprünglich beschränkten Verhältnissen der römischen Wirtschaft beruhen mag, z. T. aber auch, und namentlich in späterer Zeit, auf der unvollkommenen Gestaltung des römischen Pfandrechts. Schließlich muß auch die Tatsache in Betracht gezogen werden, daß der römische Schuldner bei der Fülle der Freundschafts- und



pflichtung ist also lediglich eine Ergänzung (*accessio*) der Hauptverbindlichkeit<sup>3</sup>. Diese ihre sekundäre Natur tritt allerdings bei den verschiedenen Erscheinungsformen der römischen Bürgschaft in unterschiedlicher Schärfe hervor.

2. Eine solche Charakteristik trifft jedoch nur das Bürgschaftsrecht der historischen Zeit; für die älteste Zeit kann sie nicht ohne weiteres Geltung beanspruchen. Freilich ist die Vorgeschichte der römischen Bürgschaft noch nicht einwandfrei aufgeklärt. Zwar haben sich im Gemeindevermögensrecht und im Prozeß bis in die klassische Zeit altertümliche Erscheinungsformen der Bürgschaft gehalten, deren Eigenart darin bestand, daß der Bürge nicht neben dem Schuldner, sondern statt des Schuldners haftete<sup>4</sup>. Doch ist es zweifelhaft, ob die privatrechtliche Bürgschaft der historischen Zeit mit diesen Bürgschaftsformen unmittelbar zusammenhängt<sup>5</sup>.

3. Die römische Bürgschaft beruhte in der Regel auf einem Verbalvertrag<sup>6</sup>. Im Laufe der republikanisch-klassischen Entwicklung entstanden mehrere Typen einer solchen verbalen Bürgschaftsverpflichtung, die sich dem Anwendungskreis und z. T. auch dem Wesen nach unterschieden<sup>7</sup>; erst die Spätzeit brachte eine Verschmelzung dieser Bürgschaftsformen zu einem einheitlichen Rechtsgebilde.

Treuverhältnisse, die für das soziale Leben Roms charakteristisch waren, leichter einen zahlungskraftigen Bürgen finden konnte, als der Schuldner von heute; vgl. SCHULZ: Prinzipien d. röm. R. 160f.

<sup>3</sup> Der Gegensatz von *obligatio principalis* und *accessio* erscheint am klarsten bei Gai. 3, 126. Daß *accessio* mit Bezug auf die Bürgschaft unklassisch sei (SOLAZZI: Bull. 38, 1ff.), ist nicht glaubhaft. Andererseits ist der davon abgeleitete Begriff der Akzessorietät, die dogmatische Grundlage der Lehre über die Abhängigkeit der Bürgenverpflichtung von der Hauptschuld, erst eine Schöpfung des gemeinen Rechts, die den eigenartigen Verhältnissen des antiken und namentlich des klassischen Rechts nicht entspricht; vgl. FLUME: (s. o. Anm. 1) 5ff.

<sup>4</sup> Es handelt sich um den prozessualen Gestellungsbürgen (*vas*) und um den *praes*, der in der Mehrzahl der Fälle dem Magistrat gegenüber (sei es im Prozeß, sei es bei der Vergebung öffentlicher Arbeiten und Gefälle) bestellt wurde. — Zum *vas*: GIRARD: Organisation judiciaire I 73, Anm. 1, 74, Anm. 1; LENEL: ZSSSt. 23, 97f.; 24, 414; SCHLOSSMANN: ZSSSt. 26, 285ff.; LEVY: Sponsio 26ff.; MITTEIS: Aus röm. u. bürgerl. R. 120ff. — Zum *praes*: MOMMSEN: Jur. Schr. I 357ff., III 147ff.; LENEL: Ed. perp. 3 389f. (§ 186); KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 47ff.; SCHLOSSMANN: ZSSSt. 26, 285ff.; MITTEIS: Aus röm. u. bürgerl. R. 120ff.; PARTSCH: Abh. d. Sächs. Ges. d. Wiss., phil.-hist. Kl., 32, 659ff. (mit weiterer Lit.); GRADENWITZ: ZSSSt. 42, 571ff.; v. MAYR: ZSSSt. 42, 205.

<sup>5</sup> Herrschend ist heute wohl die Auffassung von MITTEIS: (s. o. Anm. 4), der nicht nur die rechtsgeschäftliche Bürgschaft, sondern auch die Stipulationsverpflichtung schlechthin von der prozessualen Verbürgung herleitet, wobei er mit einer am germanischen Recht entwickelten, weitverbreiteten Lehre (vgl. die Lit. in § 35, Anm. 2) das Wesen der ältesten Bürgschaft als Geiselschaft deutet und in der Selbstvergeiselung des Schuldners die Grundlage der Stipulationsverpflichtung sieht. Indessen ist die Geiseltheorie durch neuere Untersuchungen stark erschüttert worden (F. BEYERLE: ZSSSt., german. Abt., 47, 567ff.), und gegen die Ableitung der Stipulation aus dem Prozeß hat man grundsätzliche Bedenken erhoben (BESELER: ZSSSt. 45, 430; Opora 50f.; v. WOESS: ZSSSt. 53, 403ff.); überdies ist die völlig andere Terminologie der Stipulation und der Stipulationsbürgschaft der Annahme eines Zusammenhangs mit der prozessualen Verbürgung nicht günstig, und die enge Verwandtschaft der ältesten Form rechtsgeschäftlicher Verbürgung mit dem Gesamtschuldverhältnis setzt den Gedanken einer Bürgenschuld voraus, der von MITTEIS' Standpunkt aus nur auf sehr komplizierte Weise erklärt werden könnte. Hierzu vgl. jetzt auch LEVY: ZSSSt. 54, 299ff. (im Anschluß an das Gaiusfragment 4, 17a in PSI XI 1182).

<sup>6</sup> Neben den Bürgschaftsstipulationen standen eine Reihe von Rechtsgeschäften, die ebenfalls auf ein Entstehen für fremde Verbindlichkeiten hinausliefen, dieses Ziel aber mit anderen Mitteln erreichten. Für sie war in erster Linie ihr besonderer Charakter (Auftrag usw.) maßgebend. Aber je mehr man sich daran gewöhnte, die Bürgschaft als ein eigenartiges Geschäft anzusehen, um so mehr mußte man auch bemüht sein, zu allgemeineren, von der Form der Verbürgung unabhängigen Rechtssätzen vorzudringen. So galten dann auch im späteren Recht die wichtigsten Sätze über die Vorausklage, den Rückgriff, die Teilhaftung der Mitbürgen auch für diese „Geschäfte mit Bürgschaftseffekt“. Es sind folgende: 1. das *mandatum qualificatum*, Kreditauftrag (s. § 139, 1b); 2. das *constitutum debiti alieni* (Lit. s. o. § 117, Anm. 11); 3. das *receptum argentarii* (Literaturverweisung ebenda).

<sup>7</sup> Ob die Bezeichnung *adpromissor* schon in klassischer Zeit alle Arten von Stipulationsbürgen umfaßte oder vielleicht nur den *sponsor* und den *fidepromissor*, ist zweifelhaft (vgl. LEVY: Sponsio 13ff.); daß *adpromissor* stets unklassisch sei (SOLAZZI: Bull. 38, 19ff.), ist nicht wahrscheinlich.

a) Die älteste Bürgschaftsform des privaten Rechtsverkehrs, die wir kennen, ist die *sponsio*. Da sie als altzivile Geschäftsform nur unter römischen Bürgern möglich war, trat neben sie verhältnismäßig frühzeitig, jedenfalls schon in republikanischer Zeit, ein zweites, auch dem Nicht Römer zugängliches Bürgschaftsinstitut, die *fidepromissio*. Abgesehen von der Verschiedenheit des persönlichen Anwendungskreises waren *sponsio* und *fidepromissio* durchaus gleichartig. Beide konnten nur an ein Stipulationsversprechen des Hauptschuldners angeknüpft werden. Begründet wurden sie durch die Formel: *idem quod Maevius promisit spondes?* (bzw. *fidepromittis?*) — *spondeo* (bzw. *fidepromitto*). Die daraus erwachsende Bürgenverpflichtung unterschied sich ihrem Wesen nach nicht von einer durch korreale Stipulation (§ 131, 2) begründeten gesamtschuldnerischen Verbindlichkeit<sup>8</sup>, denn der Bürge versprach, dieselbe Leistung zu erbringen, die der Hauptschuldner versprochen hatte. Sowohl die Verpflichtung des *sponsor* wie die des *fidepromissor* war unvererblich<sup>9</sup>.

b) Der Beschränkung von *sponsio* und *fidepromissio* auf die Verbürgung für verbale Hauptverbindlichkeiten verdankt eine jüngere Form der Bürgschaftstipulation ihre Entstehung, die *fideiussio*. Sie ist vermutlich im Anschluß an die (prätorische) Haftung eines Gewalthabers für solche Verbindlichkeiten entwickelt worden, die sein Gewaltunterworfenen auf Grund seiner Ermächtigung (*iussum*) eingegangen war (*actio quod iussu*; § 168)<sup>10</sup>. Da diese Haftung des Gewalthabers für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten aller Art begründet werden konnte, kam man auf den Gedanken, das Prinzip des *iussum* über sein ursprüngliches, begrenztes Anwendungsgebiet hinaus zu erstrecken und dem Zweck der Verbürgung dienstbar zu machen. Die auf dieser Grundlage entstandene Bürgschaftstipulation lautete: *quod Maevius debet, id fide*<sup>11</sup> *tua esse iubes?* — *iubeo*. Während die Formel der *sponsio* und der *fidepromissio* auf den Inhalt des vom Hauptschuldner im Wege der Stipulation erteilten Leistungsversprechens Bezug nahm, knüpfte die *fideiussio* an den Inhalt der hauptschuldnerischen Verpflichtung an, gleichviel, aus welchem Rechtsgrund sie erwachsen war. Hieraus ergab sich nicht nur ihre umfassendere Verwendbarkeit, sondern auch eine stärkere Abhängigkeit vom Bestand der Hauptverbindlichkeit<sup>12</sup>. Die

<sup>8</sup> LEVY: *Sponsio*, bes. 29ff.; FLUME: Studien z. Akzessorietät 27ff. Die weitergehende Annahme von LEVY, daß Sponsionsbürgschaft und Korrealität ursprünglich überhaupt identisch gewesen seien, ist stark bestritten und aus den Quellen nicht erweislich, aber in sich sehr wahrscheinlich; der Unterschied zwischen Bürgen und Gesamtschuldner dürfte ursprünglich nur im Innenverhältnis bestanden haben. Daß die Beschränkung des Hauptworts *sponsor* auf den Sponsionsbürgen kein entscheidender Einwand ist, beweist die Entwicklung, die der Begriff *manus* vermutlich genommen hat (vgl. § 37, 3). Gegen LEVY: MITTEIS: Festg. f. Bekker 126, Anm. 1; WENGER: ZSt. 28, 488ff.; FLUME: (s. o.) 10ff. Vgl. auch COLLINET: Mem. Accad. Bologna 3. Ser., 5, 1ff.

<sup>9</sup> Über die Unvererblichkeit und ihre Gründe vgl. LEVY: *Sponsio* 45ff.; KOROŠEC: Erbenhaftung nach röm. R. 65f.; RABEL: ZSt. 49, 583. Vgl. auch u. § 220.

<sup>10</sup> Bezüglich der Anknüpfung der *fideiussio* an die adjektivische Haftung aus dem *iussum* vgl. LEVY: *Sponsio* 129ff.; FLUME: Studien z. Akzessorietät 39ff. — Als Schöpfer der *fideiussio* vermutet LEVY: 123 Labeo; vielleicht ist sie indessen doch bereits ein Geschöpf spätrepublikanischer Kautelarjurisprudenz; daß Cicero sie nicht nennt, ist kein schlüssiger Beweis dafür, daß sie zu seiner Zeit noch nicht vorhanden war.

<sup>11</sup> Über die Bedeutung von *fides* im Formular der *fideiussio* und *fidepromissio* vgl. zuletzt FLUME: Studien z. Akzessorietät 52ff. (mit weiteren Hinweisen). *Fides* ist hier, gleich dem verwandten und ganz entsprechend gebrauchten *πίστις*, die Gewährung.

<sup>12</sup> Soweit der Hauptschuldner nicht wenigstens *naturaliter* verpflichtet wurde (vgl. § 103), kam eine Verbindlichkeit des *fideiussor* nicht in Frage (Gai. 3, 119a); ging die Verpflichtung des Hauptschuldners unter, so erlosch auch die des *fideiussor*. Anders bei der *sponsio*; der Sponsionsbürge wurde stets dann verpflichtet, wenn der Hauptschuldner eine formwirksame Stipulation vorgenommen hatte, wobei es nicht darauf ankam, ob daraus eine materiell gültige Verpflichtung erwachsen war: so konnte sich der Sponsionsbürge wirksam für eine *stipulatio post mortem dari* verbürgen, wiewohl eine Verbindlichkeit des Hauptschuldners in diesem Fall nicht bestand (Gai. 3, 119 u. 3, 100). Entsprechend konnte auch die Schuld des *sponsor* die des Hauptschuldners überdauern. So mit Recht FLUME: Studien z. Akzessorietät 64ff.

Verpflichtung des *fideiussor* belastete auch seine Erben; sie unterschied sich also auch in diesem Punkt von der unvererblichen Verbindlichkeit des *sponsor* und des *fidepromissor*.

c) Das Recht der justinianischen Gesetzgebung kannte nur noch die *fideiussio*; die von der *sponsio* und der *fidepromissio* handelnden Äußerungen der Klassiker sind durch Interpolation auf die *fideiussio* bezogen; infolgedessen erscheint in den Quellen manches, was in klassischer Zeit Sonderrecht der *sponsio* und *fidepromissio* war, als allgemeines Prinzip des Bürgschaftsrechts<sup>13</sup>.

4. Allen Bürgschaftsformen des klassischen Rechts war gemeinsam, daß der Gläubiger nach seiner Wahl den Hauptschuldner oder den Bürgen auf Leistung belangen konnte<sup>14</sup>, und daß die *litis contestatio* mit einem von ihnen beide Verbindlichkeiten zum Erlöschen brachte (Paul. sent. 2, 17, 16; Caracalla C. 8, 40, 5). Nur der verklagte Teil unterlag von diesem Augenblick an der Prozeßobligation, der andere war befreit. Anderes galt in dieser Hinsicht nur für die sog. Schadlosbürgschaft (*\*fideiussio indemnitas*), d. h. für den Fall, daß der Gläubiger sich von einem Dritten die Leistung desjenigen Betrags seiner Forderung versprechen ließ, den er vom Schuldner nicht einzutreiben vermochte; in diesem Falle mußte der Gläubiger zunächst den Hauptschuldner verklagen und der Vollstreckung unterwerfen. Den Schadlosbürgen konnte er erst dann und nur in Höhe des Ausfalls belangen, den er bei der Vollstreckung gegen den Hauptschuldner erlitten hatte. Hierbei handelt es sich indessen nicht um eine Bürgschaft im eigentlichen Sinne<sup>15</sup>, da die Verpflichtung des Schadlosbürgen eine andere ist als die des Hauptschuldners: die Schadlosbürgschaft ist ein selbständiger Garantievertrag mit bedingter Leistungspflicht. — Justinian hat, wie bei der Gesamtschuld (§ 131, 2b), so auch bei der Bürgschaft die gesamtzerstörende Wirkung der *litis contestatio* beseitigt (C. 8, 40, 28); nunmehr blieben dem Gläubiger die Forderungen gegen den Hauptschuldner und gegen den Bürgen bis zur Erfüllung erhalten. Sodann aber gab Justinian dem Bürgen das Recht, die Leistung zu verweigern, bis der Gläubiger vom Hauptschuldner im Prozeßwege Befriedigung gesucht hatte (Einrede der Vorausklage, *\*beneficium excussionis* Nov. 4, 1): der Bürge haftete also jetzt grundsätzlich erst hinter dem Hauptschuldner (subsidiäre Haftung).

5. Mehrere Bürgen hafteten grundsätzlich als Gesamtschuldner<sup>16</sup>. Diese Regel ist aber im Laufe der Entwicklung wiederholt und zwar in verschiedenem Umfang und verschiedener Weise zugunsten einer anteilmäßigen Haftung beiseite geschoben worden.

a) In republikanischer Zeit bestimmte eine *lex Furia de sponsu*<sup>17</sup>, daß mehrere *sponsores* und *fideipromissores* nur auf den Kopfteil haften sollten, der zur Zeit der Fälligkeit auf jeden von ihnen entfiel (Gai. 3, 121; 4, 22).

b) Für sämtliche Bürgschaftsformen führt in klassischer Zeit eine *epistula* des

<sup>13</sup> Vgl. LEVY: Sponsio 3ff., 113ff.; FLUME: Studien z. Akzessorietät 121ff. — Die *fidepromissio* muß schon in klassischer Zeit infolge der Ausdehnung des römischen Bürgerrechts ihre Bedeutung verloren haben.

<sup>14</sup> Freilich verlangte die öffentliche Meinung, daß der Gläubiger zuerst den Hauptschuldner anging. Cic. ad Att. 16, 15, 2; Gai. D. 47, 10, 19, dazu LEVY: Sponsio 41ff.

<sup>15</sup> Vgl. LEVY: Sponsio 149, Anm. 3; FLUME: Studien z. Akzessorietät 57.

<sup>16</sup> Vgl. COLLINET: Mem. Accad. Bologna 3, Ser., 5, 1ff.

<sup>17</sup> Sie galt nur für eine in Italien bestellte Bürgschaft (vgl. Ulp. fr. Straßb. 3, LENEL: ZSt. 27, 73); außer der Teilhaftung schrieb sie vor, daß die Verpflichtung der Bürgen nach Ablauf von zwei Jahren erlöschen solle, ferner, daß der Mitbürge den über seinen Kopfteil von ihm eingetribenen Betrag im Wege der *legisactio per manus iniunctionem pro iudicato* (vgl. u. WENGER: § 17) zurückfordern dürfe. — Bereits vor der *lex Furia* regelte eine *lex Appuleia* das Innenverhältnis unter Mitbürgern (Gai. 3, 122). Über beide Gesetze und ihr Verhältnis zu den anderen Bürgschaftsgesetzen der republikanischen Zeit (*lex Publicia*, s. u. Anm. 18; *lex Cicereia*, Gai. 3, 123; *lex Cornelia*, Gai. 3, 124) vgl. APPLETON: ZSt. 26, 1ff.; LEVY: Sponsio 58ff.; weitere Angaben bei ROTONDI: Leges publicae populi Romani 475ff.

Hadrian die anteilmäßige Haftung ein. Die darin geschaffene Regelung wurde durch das Edikt, die Jurisprudenz und die Kaisergesetzgebung ausgebaut. Danach ergab sich seit dem zweiten Jahrhundert n. Chr. folgender Rechtszustand: Nur auf diejenigen Bürgen wurde die Schuld verteilt, die zur Zeit der *litis contestatio* zahlungsfähig waren. Konnte die Zahlungsfähigkeit der von dem Belangten benannten Mitbürgen *in iure* nachgewiesen werden, so gab der Magistrat die Formel nur auf den Teilbetrag. Stand sie nicht fest, so wurde die Teilklage nur zugelassen, wenn der in Anspruch genommene Bürge für den Eingang der auf seine Mitbürgen fallenden Beträge Sicherheit leistete. Der Magistrat konnte aber auch die Feststellung der Zahlungsfähigkeit dem Richter überlassen, indem er dem Gläubiger eine Formel auf den ganzen Betrag bewilligte, aber eine *exceptio* zugunsten des beklagten Bürgen einfügte: *si non et illi* (die Mitbürgen) *solvendo sint* (Gai. 3, 121 ff.; D. 46, 1, 26; Paul. sent. 1, 20; D. 46, 1, 28; Ulp. D. 46, 1, 10 pr.: diese Stelle teilweise itp.).

6. Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, so wird er in aller Regel vom Hauptschuldner die Erstattung des Geleisteten beanspruchen. Das Recht zu einem derartigen Rückgriff (Regreß) des Bürgen auf den Hauptschuldner kann entweder auf das Bürgschaftsverhältnis als solches gegründet werden, oder aber auf das der Verbürgung zugrunde liegende Kausalverhältnis (Innenverhältnis, insbes. Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag). Das römische Recht kannte die erste der beiden Möglichkeiten für den Fall der Sponsionbürgschaft: nach einem altrepublikanischen Gesetz, der *lex Publilia*<sup>18</sup>, erwuchs dem *sponsor*, der den Gläubiger befriedigt hatte, ohne Rücksicht auf das Kausalverhältnis eine Strafklage auf das *duplum*, wenn ihm der Hauptschuldner nicht binnen sechs Monaten das Geleistete ersetzte (*actio depensi*, Gai. 3, 127; 4, 22). Im übrigen entstand aus der Bürgschaft als solcher kein Rückgriffsrecht des Bürgen; vielmehr kam es auf das Kausalverhältnis an. Da sich der Bürge aber in den weitaus meisten Fällen auf Bitten des Hauptschuldners oder doch mit seinem Einverständnis verpflichtete und somit ein Auftragsverhältnis (§ 139) zwischen Hauptschuldner und Bürgen angenommen werden konnte, ergab sich als häufigste Erscheinungsform der Regreßklage eine *actio mandati (contraria)*<sup>19</sup>. — Eine Erleichterung des Bürgenregresses bedeutet es, wenn der Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den zahlenden Bürgen übergeht: dem Bürgen steht in diesem Falle ein von vornherein zweifelsfreier Anspruch zu, und es bedarf keiner Heranziehung des Innenverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner. Einer solchen Lösung der Regreßfrage stand indessen in klassischer Zeit zunächst die gesamtzerstörende Wirkung der *litis contestatio* entgegen; erst als in spätklassischer Zeit dem Zessionar eine Klage aus eigenem Recht (die *actio utilis*, vgl. § 127, 2a) zuerkannt worden war, ließ sich ein (rechtsgeschäftlicher) Übergang der Hauptforderung auf den Bürgen verwirklichen: Soweit nämlich die Hauptforderung noch vor der *litis contestatio* über den Anspruch aus der Bürgschaft vom Gläubiger an den Bürgen abgetreten wurde, blieb die aus der Zession erwachsende *actio utilitatis* trotz der gesamtzerstörenden Wirkung der *litis contestatio* bestehen. Eine Zession des Hauptanspruchs an den Bürgen konnte natürlich jederzeit freiwillig vom Gläubiger zugestanden werden. Ebensovohl aber vermochte der Gerichtsmagistrat den gegen den Bürgen klagenden Gläubiger *in iure* dazu zu zwingen; ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollte oder nicht, stand wiederum im Ermessen des

<sup>18</sup> Nicht unwahrscheinlich ist die Vermutung von KOSCHAKER: ZSSt. 37, 361, daß die Regreßklage des *sponsor* durch die *lex Publilia* nicht erst eingeführt, sondern eher abgemildert worden ist. Zur *lex Publilia* und zur *actio depensi* vgl. außer den in Anm. 17 genannten Autoren: EISELE: Beitr. z. röm. Rechtsgesch. 25ff.; Studien z. röm. Rechtsgesch. 23f., 46f.; PARTSCH: Griech. Bürgschafts. I 273ff.; ROTONDI: Leges publicae populi Romani 473.

<sup>19</sup> Gai. 3, 127; Ulp. D. 17, 1, 6, 2 (Schluß itp., vgl. PRINGSHEIM: ZSSt. 42, 292ff.); Ulp. D. 50, 17, 60. — Über die Prozeßformel (wahrscheinlich eine besondere *formula in factum concepta*) s. LENEL: Ed. perp. 3 296f. (mit Lit.), dazu DONATUTI: Ann. Perugia 38, 3ff.; KRELLER: Festg. f. Heck, Rümelin, A. B. Schmidt (Arch. ziv. Pr. Beilageheft 1931) 120ff.

Magistrats: ein Recht des Bürgen auf Zession kannte die klassische Zeit nicht<sup>20</sup>. — Anders das justinianische Recht: Durch die Abschaffung der gesamtzerstörenden Wirkung der Litiskontestation hat Justinian die einer Zession des Hauptanspruchs im Wege stehenden Schwierigkeiten vollends beseitigt; sodann erkannte er zugleich mit der grundsätzlich subsidiären Haftung des Bürgen (Ziff. 4 a. E.) ein Recht des Bürgen auf Abtretung der Hauptforderung (*\*beneficium cedendarum actionum*) für diejenigen Fälle an, in denen der Bürge ausnahmsweise an erster Stelle zu leisten verpflichtet war<sup>21</sup> (Nov. 4, 1 a. E.).

### Fünftes Kapitel.

## Das *senatus consultum Velleianum* und die Interzessionslehre.

§ 133. 1. Das *senatus consultum Velleianum* (wahrscheinlich 46 n. Chr.) erklärte Verpflichtungen von Frauen aus Bürgschaft und Darlehen für unwirksam, wenn sie sich als ein Eintreten (*intercedere*) für andere Personen darstellten<sup>1</sup>. Hierdurch sollte den in Rechtssachen unerfahrenen Frauen Schutz gegen solche Geschäfte gewährt werden, die ihnen in fremdem Interesse Verpflichtungen auferlegten und auf diese Weise zu einer Gefährdung ihres Vermögens führen konnten. Jurisprudenz und Kaisergesetzgebung haben diesen Grundgedanken des Senatsbeschlusses in teils ausdehnender, teils einschränkender<sup>2</sup> Anwendung weiter ausgebaut.

2. Das klassische Recht verstand hiernach unter Interzession jede Übernahme einer fremden Verbindlichkeit.

a) Eine Interzession war es, wenn die Frau neben den dem Gläubiger schuldenden Dritten trat (sog. kumulative Interzession), z. B. durch Verbürgung oder durch Verpfändung ihrer Sache für die fremde Verbindlichkeit.

b) Eine Interzession lag aber auch dann vor, wenn die Frau an die Stelle des Dritten trat (sog. private Interzession), und zwar

α) entweder so, daß sie einem Schuldner seine Verpflichtung abnahm, z. B. durch Novation oder Litiskontestation;

β) oder so, daß sie von vornherein statt des Dritten, den die Verbindlichkeit materiell betreffen sollte, die Schuld auf sich nahm, indem sie z. B. das Geld, dessen er benötigte, vom Gläubiger borgte oder an seiner Stelle dem Gläubiger versprach, in der Erwartung, daß der Dritte den Gläubiger befriedigen werde.

3. War die Frau in dieser Weise für einen Dritten eingetreten, so konnte sie die Klage des Gläubigers mit der *exceptio senatus consulti Velleiani* zurückweisen (Cassius in Iul. D. 16, 1, 16, 1). Der Prätor gab aber dem Gläubiger, wenn er durch das Geschäft mit der Frau (z. B. durch Litiskontestation mit ihr) seine Forderung gegen den ursprünglichen Schuldner eingebüßt hatte, die Klage gegen diesen zurück (*actio restitutoria*). Wenn die Frau von vornherein an die Stelle des Dritten getreten war (z. B. durch Darlehensaufnahme), gab er dem Gläubiger die Klage, die er gegen den

<sup>20</sup> LEVY: Sponsio 164ff. — In den Quellen wird das Problem der Klagzession regelmäßig im Zusammenhang des Verhältnisses von Mitbürgern untereinander behandelt. Die Sachlage ist in einen wie im anderen Fall die gleiche. — Sicher nachweisbar ist die Zession der Hauptforderung für den Sonderfall des sog. *mandatum qualificatum* (s. o. Anm. 6): Gai. D. 17, 1, 27, 5; Pap. ebd. 28. Hier entfielen die im Text gekennzeichneten Schwierigkeiten, da der Bürge (Mandant) aus anderem Rechtsgrunde haftete als der Hauptschuldner.

<sup>21</sup> So bei Abwesenheit des Hauptschuldners.

<sup>1</sup> Ältere Kaiseredikte gingen voraus (Ulp. D. 16, 1, 2 pr.). Der Text des *senatus consultum Velleianum* in D. 16, 1, 2, 1.

<sup>2</sup> Über die Fälle, in denen das *senatus consultum Velleianum* nicht Platz griff, vgl. WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>9</sup> 1154 (§ 486); VANGEROW: Pand. III <sup>7</sup> 147ff.; HASENBALG: Beitr. z. Lehre v. d. Interzession, 1856.

Dritten erworben haben würde, wenn er mit ihm statt mit der Frau das Rechtsgeschäft abgeschlossen hätte (*actio institutoria*)<sup>3</sup>.

4. Justinian verfügte, daß Frauen Interzessionsgeschäfte in öffentlicher, von drei Zeugen untersiegelter Urkunde errichten sollten. War diese Form gewahrt, so sollte das bisherige Recht in Geltung bleiben. Andernfalls sollte die Interzession überhaupt nichtig sein (C. 4, 29, 23, 2). Die Interzession einer Ehefrau für ihren Mann wurde durch ein späteres Gesetz Justinians in jedem Fall für nichtig erklärt (Nov. 134, 8).

## Sechstes Kapitel.

# Einzelne Forderungsrechte.

## I. Verbalkontrakte<sup>1</sup>.

§ 134. Die Stipulation. Als weitverbreitetes Formalgeschäft ist die Stipulation bereits im Zusammenhang der allgemeinen Grundsätze des Privatrechts erörtert worden (§ 56). An dieser Stelle ist darum nur noch wenig über den Inhalt der Stipulationsverpflichtung nachzutragen.

1. Anfänglich konnte die Stipulation vermutlich nur eine fest bestimmte Leistung (ein *certum*) zum Gegenstand haben: so namentlich eine bestimmte Geldsumme (*certa pecunia*, z. B. *sestertium decem milia*) oder eine bestimmte Menge anderer vertretbarer Sachen (z. B. hundert Scheffel besten afrikanischen Weizens, *tritici Africani optimi modii centum*) oder endlich eine bestimmte Einzelsache (den Sklaven *Stichus*) bzw. eine Mehrheit solcher Einzelsachen (vgl. Gai. D. 45, 1, 74). Aus der Stipulation einer *certa pecunia* erwuchs die *actio certae creditae pecuniae*; die Stipulationsforderung auf ein anderes *certum* wurde mit der sog. *condictio triticaria* verfolgt<sup>2</sup>. Beide wiesen eine sog. *intentio certa* auf, deren Wesen es mit sich brachte, daß das Ermessen des Richters so gut wie völlig ausgeschaltet war<sup>3</sup>.

2. Neben die auf ein *certum* lautende Stipulation trat indessen verhältnismäßig frühzeitig, jedenfalls schon in republikanischer Zeit<sup>4</sup>, die Stipulationsverpflichtung auf ein *incertum*: So konnte die Leistung einer nicht näher bestimmten oder einer zukünftigen Sache<sup>5</sup>, die Bestellung eines Nießbrauchs, überhaupt jedes Tun oder Unterlassen<sup>6</sup> Gegenstand eines Stipulationsversprechens sein. In solchen Fällen enthielt die Prozeßformel der Stipulationsklage (*actio incerti ex stipulatu*) eine *intentio incerta*, die den Richter anwies, dem Gläubiger alles das zuzuerkennen, was nach dem Inhalt der Stipulation geschuldet werde (*quidquid dare facere oportet*)<sup>7</sup>; dabei ergab sich von selbst eine sehr viel größere Bewegungsfreiheit des richterlichen Ermessens<sup>8</sup>.

## II. Realkontrakte<sup>1</sup>.

§ 135. Darlehen. 1. Das Darlehen ist das Grundgeschäft des Kreditverkehrs. Im römischen Recht der historischen Zeit wie heute begegnet es in erster Linie als Geld-

<sup>3</sup> Über die *actiones restitutoria* und *institutoria* s. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 287.

<sup>1</sup> Im folgenden wird nur auf die Stipulation eingegangen; über die anderen Verbalkontrakte vgl. § 117, 2a; dort unter b ist auch der Litteralkontrakt kurz erörtert, der hier gleichfalls übergangen wird.

<sup>2</sup> Die Formeln beider Klagen s. in § 101, Anm. 7 u. 8.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu § 101, 4a und (bezügl. der Haftung) § 107, 2b.

<sup>4</sup> Vgl. die Garantiestipulationen bei Varro de re rust. 2, 2, 5; 2, 3, 5; 2, 5, 10; 2, 10, 5. Über die Natur dieser Stipulationen und ihre Gültigkeit vgl. Pomp. D. 21, 2, 30; Ulp. eod. 31.

<sup>5</sup> Z. B. *id, quod ex Arethusa ancilla natum erit* oder *fructus, qui in fundo Tusculano nati erunt*: Ulp. D. 45, 1, 75, 4.

<sup>6</sup> Ulp. D. 45, 1, 75, 7. <sup>7</sup> Die vollständige Klagformel in § 101, Anm. 10.

<sup>8</sup> S. die Verweisung o. in Anm. 3.

<sup>1</sup> Über den Begriff des Realkontrakts, insbes. über den Zeitpunkt der Eingliederung von Leihe, Verwahrung und Verpfändung unter die Realkontrakte vgl. § 117, 2c.

darlehen. Das Naturaldarlehen (z. B. das Getreidedarlehen), das in naturalwirtschaftlich orientierten Verhältnissen eine größere Rolle spielt<sup>2</sup>, tritt in dem geldwirtschaftlichen Verkehr Roms und der Gegenwart stark zurück. — Ein Darlehen kommt zustande durch die Übereignung einer Geldsumme oder einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen (Paul. D. 12, 1, 2, 1; Ulp. fr. Vind. 5); es läßt eine Verpflichtung des Empfängers zur Rückerstattung des gleichen Geldbetrags bzw. einer entsprechenden Menge von Sachen gleicher Art und Qualität entstehen. Die Leistungspflicht des Darlehensschuldners ist unabhängig von dem Schicksal der empfangenen Sachen: auch wenn die von dem Darlehensgeber hingegebenen Geldstücke oder Naturalien ohne Verschulden des Darlehensschuldners untergegangen sind, bleibt die Darlehensschuld bestehen (vgl. Gai. D. 44, 7, 1, 4a. Anf.), da sie nicht die Rückgabe dieser Einzelsachen, sondern eine gattungsmäßig bestimmte Leistung zum Gegenstand hat (vgl. Paul. D. 12, 1, 2pr.).

2. Für das Gelddarlehen besaß das altrömische Recht ein Formalgeschäft, bei dem die Darlehensverbindlichkeit *per aes et libram* (§ 53, 2b), d. h. durch förmliches Zuwägen der Darlehenssumme vor fünf Zeugen, begründet wurde (sog. *nexum* im engeren Sinne). Natur und Rechtsfolgen dieses Formaldarlehens sind außerordentlich bestritten<sup>3</sup>,

<sup>2</sup> So z. B. im hellenistischen Ägypten, wo die Planwirtschaft der Ptolemäerkönige in weitem Umfang auf naturalwirtschaftlicher Grundlage aufgebaut war. Zahlreiche Papyrusurkunden zeugen hier von der Verbreitung des Naturaldarlehens.

<sup>3</sup> Als abschließend galt lange HUSCHKE: Üb. d. Recht d. *nexum*, 1846. Erst durch MITTEIS: ZSSt. 22 (1901), 96ff. wurde die Diskussion aufs neue eröffnet. Seitdem ist das Problem nicht zur Ruhe gekommen. Vgl. namentlich LENEL: ZSSt. 23, 84ff.; BEKKER: ZSSt. 23, 14ff.; 429f.; 30, 30ff.; MOMMSEN: Jur. Schr. III 125ff.; KLEINEDAM: Personalexekution 35ff.; Festg. f. Dahn II 1ff.; SCHLOSSMANN: Altröm. Schuldr. u. *Nexum*; KÜBLER: ZSSt. 25, 254ff.; MITTEIS: ZSSt. 25, 282f.; Röm. Privatr. I 136ff.; 260ff.; BERTOLINI: Appuntididattici I 7ff.; SENN: NRH 29, 49ff.; STINTZING: *Nexum mancipiumque*; KRETSCHMAR: ZSSt. 29, 227ff.; 30, 62ff.; PFLÜGER: *Nexum u. mancipium*; EISELE: Studien z. röm. Rechtsgesch. Iff.; GRADENWITZ: *Mélanges Girard* I 510ff.; PACCHIONI: ebd. I 319ff.; BESELER: Beitr. IV 100f., 107; ZSSt. 49, 453f.; PEROZZI: Ist. II<sup>2</sup> 202, Anm. 2; HÄGERSTRÖM: D. röm. Obligationsbegr. I, bes. 370ff.; SIBER: Röm. R. II 162f.; BONFANTE: Corso dir. rom. II 2, 135, Anm. 3; SEGRÈ, A.: Arch. giur. 102, 28ff.; LUZZATTO: Per una ipotesi sulle origini e la natura delle obbl. rom. (Fond. Castelli 8, 1934) 212ff. (mit gutem Referat über den Stand der Meinungen). — Folgende Fragen sind zu unterscheiden: a) Gab es ein altrömisches Libraldarlehen? Auch dies wird geleugnet (zuerst von LENEL); indessen fordert schon die *solutio per aes et libram* (§ 122, 1) das Vorhandensein eines entsprechenden Verpflichtungsgeschäfts, und die Quellen überliefern uns zwar nicht das Formular dieses Geschäfts, spielen aber wiederholt darauf an: vgl. Varro de ling. Lat. 7, 105; Fest. p. 165 s. v. *nexum* (beide Stellen s. u. unter b); Fest. ebd. *nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur*; auch Gai. 3, 173 ist wohl auf das Libraldarlehen zu beziehen (hier wird als Anwendungsfall der *solutio per aes et libram* die libral begründete Verpflichtung genannt). — b) Hieß dieses Libraldarlehen *nexum*? Welche Bedeutungen hat überhaupt *nexum*? Hierfür sind in erster Linie zwei Definitionen bei Varro und Festus maßgebend, die für den Sprachgebrauch der spätrepublikanischen Juristen eine doppelte Bedeutung von *nexum* erkennen lassen: Varro de ling. Lat. 7, 105: *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant, ut obligentur (l. obligetur?), praeter quam (l. praeter quom?) mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit; nam id est (l. id est), quod obligatur per libram, „neque suum“ fit, inde „nexum“ dictum. Fest. p. 165: *Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, id quod „necti“ dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.* (Über die bei Varro zitierten Juristen s. § 14; Mucius ist Q. Mucius Scaevola pontifex. Der bei Festus zit. Aelius Gallus schrieb Erklärungen juristischer Begriffe). Die Diskussion dreht sich offenbar um die Auslegung des Zwölftafelsatzes (tab. VI 1) *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.* Während Manilius und Aelius Gallus unter *nexum* die Gesamtheit der Libralakte, einschließlich der *mancipatio* und der *solutio per aes et libram*, verstehen, beschränkt Q. Mucius den Begriff auf die verpflichtenden Libralgeschäfte mit Ausschluß der *mancipatio* (aus der ja eine Gewährschaftspflicht des Verkäufers erwächst); in dieser Beschränkung kann *nexum* nur das librale Darlehen bezeichnen; dies bestätigt die Erläuterung, die Varro selbst anschließt. Inwiefern die Meinungsverschiedenheit der republikanischen Juristen auf einem doppelten Wortgebrauch in älterer Zeit beruht, und welches die Urbedeutung von *nexum* ist, läßt sich mit Gewißheit nicht sagen. Doch spricht die Wortbedeutung („Bindung“) jedenfalls für eine Beschränkung des Begriffs auf verpflichtende Geschäfte (sei es einschließlich, sei es unter Ausschluß der*

seine historischen Schicksale nicht näher bekannt<sup>4</sup>; jedenfalls war es schon vor dem Ende der republikanischen Zeit aus dem Rechtsleben verschwunden.

3. Sehr alt ist aber auch das formlose Darlehen (*mutuum*)<sup>5</sup>: Wenn das sizilische Griechisch das Wort *mutuum* als Lehnwort übernahm (*μοῦτον*)<sup>6</sup>, so beweist dies wohl, daß es sich um ein altes, gemeinitalisches Rechtsinstitut handelt. Vielleicht war es für das Naturaldarlehen zu allen Zeiten die gebräuchliche Form<sup>7</sup>. Mit dem Verschwinden des *nexum* wurde es die einzige Gestalt des römischen Darlehens (wenn man von der Möglichkeit absieht, die Darlehensverpflichtung in Stipulationsform zu kleiden).

a) Die Darlehensverpflichtung entstand beim *mutuum* durch die formlose Hingabe des Darlehensgegenstands ins Eigentum des Darlehensnehmers. Das bloße Darlehensversprechen war unverbindlich, wenn es nicht in Stipulationsform gegeben war (vgl. Paul. D. 45, 1, 68). — Das Erfordernis der Hingabe des Darlehensgegenstands galt nach der freien Auffassung der klassischen Zeit nicht ausnahmslos: Einmal war es nicht unbedingt erforderlich, daß die Hingabe zwischen dem Darlehensgeber und dem Darlehensnehmer erfolgte; es genügte vielmehr, wenn der Darlehensgeber einen Dritten, z. B. seinen Schuldner, zur Auszahlung des Darlehens anwies und dieser der Anweisung nachkam<sup>8</sup>. Sodann wurde auch in solchen Fällen eine Darlehensverbindlichkeit angenommen, in denen eine Auszahlung überhaupt nicht stattfand: Wenn Gläubiger und Schuldner vereinbarten, daß die unter ihnen bestehende, aus anderem Rechtsgrund (z. B. Kauf) erwachsene Forderung künftig aus Darlehen weitergeschuldet werden sollte, wurde diese Abrede als wirksame Begründung einer Darlehensverbindlichkeit angesehen<sup>9</sup>. Schließlich konnte eine Darlehensverbindlichkeit auch dadurch begründet werden, daß jemand in der Absicht der Kreditgewährung dem Kreditsuchenden einen Gegenstand zum Verkauf überließ, damit der Erlös als Darlehen geschuldet werde<sup>10</sup>.

b) Dem Gläubiger dienten zur Verfolgung seiner Darlehensforderung die gleichen Klagen, die auch aus einer *stipulatio certi* (§ 134, 1) erwachsen: im Fall des Geld-

*mancipatio*). — c) Welches war das Wesen, und was waren die Rechtsfolgen des *nexum*? Vielfach vertreten ist heute die von MITTEIS begründete Lehre, daß es sich um eine Selbstmanzipation des Schuldners handle, der sich damit in die Schuldknechtschaft des Gläubigers begeben. Diese Deutung ist indessen sehr künstlich; eine solche Konstruktion paßt eher in die Zeit der hochrepublikanischen Kautelarjurisprudenz als in die ältere Periode, in der man die Blütezeit des *nexum* zu suchen hat. Wer gar, wie SIBER, im *nexum* einen reinen Haftungsvertrag sieht, der dem Schuldgrund gegenüber indifferent ist, muß außerdem für manche Fälle annehmen, daß die Selbstmanzipation *nummo uno* erfolgt sei, während doch die *mancipatio nummo uno* nach aller Wahrscheinlichkeit erst eine verhältnismäßig junge Fortbildung der Barkaufmanzipation ist (vgl. auch u. Anm. 4). Richtig wird sein, daß der Schuldner sich durch das Libraldarlehen der Gewalt des Gläubigers, d. h. seinem sofortigen Zugriff im Falle der Nichterfüllung unterwarf; dieser Zugriff wird sich unmittelbar im Wege der *manus iniectio* vollzogen haben (HUSCHKE), da die Forderung infolge der Zuziehung von Zeugen und *libripens* ohne weiteres liquid war und urteilsmäßiger Feststellung nicht mehr bedurfte (EISELE). — Daß in Historikerzeugnissen (z. B. Liv. 8, 28, 2; auch Varro de ling. Lat. 7, 105 a. E.) *nexus* nicht der Schuldner, sondern der Schuldknecht heißt, ist eine sehr verständliche Zuspitzung des Begriffs auf die Folgen der *nexum*-Verbindlichkeit.

<sup>4</sup> Insbesondere ist es ungewiß, ob das *nexum* die Entwicklung vom realen zum fiktiven Zuwägen (§ 53, 4) noch mitgemacht hat, oder ob es vor ihrem Beginn bereits abgestorben war.

<sup>5</sup> Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 569f. (§ 370), 583 (§ 373). Dazu BERTOLINI: Appunti didattici I 148ff.

<sup>6</sup> Varro de ling. Lat. 5, 179; vgl. MOMMSEN: Röm. Gesch. I<sup>7</sup> 155.

<sup>7</sup> Nimmt man an, daß der Urfall des *mutuum* ein gegenseitiges Sichaushelfen der Nachbarn und Angehörigen mit Naturalien war, so würde sich auch sein Name befriedigend erklären (Hinweis von LATTE).

<sup>8</sup> Ulp. D. 12, 1, 15.

<sup>9</sup> Ulp. D. 12, 1, 15; anders aber Iul. b. Afr. D. 17, 1, 34 pr. (Schluß teilw. itp.); Literaturnachweise bei RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 460, Anm. 4.

<sup>10</sup> Ulp. D. 12, 1, 11 pr.; auch D. 12, 1, 4 pr. a. E. — Die römischen Juristen beschäftigt in erster Linie die Frage, ob der Kreditsuchende in einem solchen Falle die Gefahr zufälligen Unterlassens der ihm überlassenen Sache zu tragen habe.



darlehens also die *actio certae creditae pecuniae*; beim Naturaldarlehen die *condictio triticaria*<sup>11</sup>.

4. Das aus Anlaß eines Verbrechens, wie es scheint im Jahre 47 n. Chr., ergangene *senatus consultum Macedonianum*<sup>12</sup> bestimmte, daß Hauskinder, die ein Gelddarlehen empfangen hatten, auch nach dem Tode ihres Gewalthabers nicht zur Rückzahlung verpflichtet sein sollten (Ulp. D. 14, 6, 1 pr.). Hierdurch sollten solche Darlehensgeschäfte unmöglich gemacht werden, bei denen Gläubiger und Schuldner auf den Tod des Gewalthabers spekulierten, weil das Hauskind erst dann zur Rückgewährung imstande war.

a) Wurde ein nach dem *senatus consultum Macedonianum* verbotenes Darlehen eingeklagt, so sollte der Magistrat dem Wortlaut des Senatsbeschlusses nach dem Gläubiger „Formel und Rechtsverfolgung“ versagen (*ne . . . actio petitioque daretur*). Statt dessen konnte er aber auch zunächst den Klagschutz gewähren, jedoch durch Einfügung einer *exceptio* den Richter mit der Untersuchung beauftragen, ob etwa ein Verstoß gegen den Senatsbeschluß vorliege; je nach dem Ausfall der richterlichen Prüfung erfolgte dann Verurteilung oder Freisprechung des beklagten Hauskinds.

b) Wurde das Darlehen vom Hausvater, vom Haussohn, der mittlerweile gewaltfrei geworden war<sup>13</sup>, oder von einem Dritten zurückgezahlt, so entfiel der Schutz des Senatsbeschlusses: der Gläubiger konnte in diesem Falle nicht auf Herausgabe des Empfangenen in Anspruch genommen werden (Ulp. D. 14, 6, 7, 15 u. 16; eod. 9, 4). — Ob die nachträgliche Genehmigung des *pater familias* die Darlehensschuld wirksam werden ließ, war nach dem Bericht Justinians früher bestritten; der Kaiser selbst entschied die Frage in bejahendem Sinne (C. 4, 28, 7)<sup>14</sup>.

§ 136. Leihe<sup>1</sup>. 1. Leihe ist die unentgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauche. Der römische Leihvertrag (*commodatum*, *commodare*, *utendum dare*) kam mit der Hingabe der Sache zustande und verpflichtete den Empfänger zur Rückgabe derselben Sache. Während der Dauer des Leihverhältnisses war der Entleiher lediglich Inhaber (Detentor) der Sache; Eigentum und Besitzschutz standen dem Verleiher zu.

2. Aus dem Leihverhältnis erwuchs stets der Rückgabeanspruch des Verleihers (*actio commodati directa*); es konnten unter Umständen auch Gegenansprüche des Entleihers entstehen, die im *iudicium contrarium* geltend gemacht wurden. Die Leihe war also ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag im Sinn der gemeinrechtlichen Terminologie (§ 130, 2).

a) Die *actio commodati* des Verleihers konnte erst nach Ablauf der verabredeten Leihfrist geltend gemacht werden oder, wenn eine solche nicht vereinbart war, nachdem der vertragsmäßige Gebrauch stattgefunden hatte oder doch hätte stattfinden können. Hinsichtlich seiner Rückgabepflicht hatte der Entleiher in klassischer Zeit für *custodia*, in nachklassischer Zeit für *diligentia in custodiendo* einzustehen (§ 109, 2 a; § 110, 1): Diebstahl der Sache befreite ihn also nach klassischem und regelmäßig auch

<sup>11</sup> Die Formeln in § 101, Anm. 7 u. 8.

<sup>12</sup> Hierzu bes. SIBER: Gedenkschr. f. Mitteis 52ff.

<sup>13</sup> Vorher konnte der Haussohn grundsätzlich nicht wirksam zahlen, da er nicht vermögensfähig war und auch über sein *peculium* nicht in Erfüllung einer derartigen Verbindlichkeit verfügen durfte; vgl. SIBER: (s. o. Anm. 12) 55ff.

<sup>14</sup> Erst im nachklassisch-justinianischen Recht erscheint die gegen das *senatus consultum Macedonianum* verstoßende Verbindlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Naturalobligation (D. 14, 6, 10 ist in diesem Sinn eingeflickt); vgl. SIBER: a. a. O. 60f.; VAŽNY: Studi Bonfante IV 177.

<sup>1</sup> Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 590ff.; LEONHARD: RE 4, 771ff. Die Abhandlung von FERRINI jetzt auch Opere III 81ff.; s. ferner PERNICE: Labeo I 429ff.; CIOGNA: Bull. 19, 235ff. Über die Abgrenzung von Leihe und Schenkung und die Anwendbarkeit der Schenkungsgesetzgebung auf das Kommodat: STOCK: Zum Begriff der donatio, insbes. i. Verh. z. commodatum, Leipz. rechtswiss. Stud. 72, 1932. Die als *fiducia cum amico* abgeschlossene Leihe ist in § 54, 4 b, das prekaristische Leihverhältnis in § 64, 2 b erörtert.

nach nachklassischem Recht nicht von seiner Verbindlichkeit. Zur Verfolgung seines Rückgabebanspruchs standen dem Verleiher zwei verschiedene Prozeßformeln<sup>2</sup> zur Verfügung: eine (ältere) mit *intentio in factum concepta* und eine (jüngere), deren *intentio in ius* konzipiert war und die zu den *iudicia bonae fidei* gehörte (vgl. § 117, 2 c).

b) Die etwaigen Gegenansprüche des Entleihers konnten den Ersatz von Verwendungen zum Gegenstand haben, die er auf die Leihsache gemacht hatte, oder auch den Ersatz von Schäden, die ihm durch dem Verleiher bekannte Mängel der Leihsache oder sonst durch dessen treuwidriges Verhalten erwachsen waren (Gai. D. 13, 6, 18, 2 ff.; Afric. D. 13, 6, 21 pr.)<sup>3</sup>.

**§ 137. Verwahrung<sup>1</sup>.** 1. Verwahrung oder Hinterlegung (*depositum*) ist die unentgeltliche Aufbewahrung einer Sache; das Verwahrungsverhältnis kam nach römischem Recht dadurch zustande, daß der Hinterleger (Deponent) die Sache dem Verwahrer (Depositär) übergab.

2. Der normale Verwahrungsvertrag betraf die Aufbewahrung bestimmter Einzelsachen; an diesen Sachen erwarb der Verwahrer weder Eigentum noch Besitzschutz, sondern lediglich die tatsächliche Innehabung (Detention im Sinn des gemeinen Rechts, vgl. § 64, Anm. 3). — Aus dem Verwahrungsverhältnis erwuchs, ähnlich wie bei der Leihe, stets ein Anspruch des Hinterlegers (*actio depositi directa*), nur unter Umständen auch ein Gegenanspruch des Verwahrers.

a) Der Hinterleger konnte mit der *actio depositi* jederzeit die Rückgabe der in Verwahrung gegebenen Sache verlangen. Hierbei haftete ihm der Verwahrer lediglich für vorsätzliches bzw. treuwidriges Verhalten (*dolus*), nach justinianischem Recht auch für grobe Fahrlässigkeit (*culpa lata*)<sup>2</sup>. Wurde der Verwahrer auf Grund der *actio depositi* verurteilt, so erlitt er nach dem prätorischen Edikt eine Minderung seiner bürgerlichen Ehre (*infamia*)<sup>3</sup>. — Wie bei der *actio commodati* standen auch bei der *actio depositi* die zwei Prozeßformeln zur Wahl; eine *formula in factum* und eine *in ius concepta*; die *formula in ius concepta* enthielt die Klausel *ex fide bona*<sup>4</sup>.

b) Die Gegenansprüche des Verwahrers, die im *iudicium contrarium* geltend ge-

<sup>2</sup> Über die Formeln LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 252 ff.; SEGRÈ: Studi Fadda VI 331 ff.; LEVY: ZSSSt. 36, 1 ff., 74 ff.; KÜBLER: ZSSSt. 38, 75 ff.; BRONDI: Ann. Palermo 7, 264 ff. — Bestritten ist vor allem die Frage, ob die *formula in ius concepta* die Klausel *ex bona fide* enthielt; dagegen LEVY. Für das Vorhandensein der Klausel spricht jedoch Gai. 4, 47, ferner Paul. D. 17, 2, 38 (freilich verfälscht); Gai. 4, 62 ergibt kein schlüssiges Gegenargument, da der Text verdorben ist. Vgl. auch § 101, Anm. 11.

<sup>3</sup> Über die Möglichkeit, die Gegenansprüche im Wege der Aufrechnung und der Zurückbehaltung geltend zu machen, vgl. § 125, 2 b; § 130, 3.

<sup>1</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>9</sup> 601 ff. (§ 387) und LEONHARD: RE 5, 233 ff. Dazu PERNICE: Laboe I 433 ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 601 ff.; ROTONDI: Scr. giur. II 1 ff.

<sup>2</sup> Klassische *dolus*-Haftung: Mod. coll. 10, 2, 1; Paul. sent. 2, 12, 6. Die *in factum* konzipierte Prozeßformel erwähnte das dolose Verhalten des Verwahrers als Anspruchsvoraussetzung, die *in ius* konzipierte stellte es auf die *bona fides* ab (vgl. u. Anm. 4). Im Rahmen der *bona fides* mag schon in klassischer Zeit mitunter auch treuwidrige Nachlässigkeit als Haftungsgrund angesehen worden sein (ob freilich der echte Kern von Cels. D. 16, 3, 32 [hierzu § 109 Anm. 23] ursprünglich vom *depositum* handelte, ist sehr zweifelhaft; vgl. LENEL: Pal. Cels. fr. 91); die prinzipielle Anerkennung einer Haftung für *culpa lata* dürfte erst nachklassisch sein (D. 44, 7, 1, 5, a. E. itp.). — Über die Haftung beim *depositum* vgl. ROTONDI: Scr. giur. II 91 ff.; ALBERTARIO: Bull. 25, 15 ff.

<sup>3</sup> Ediktstext in D. 3, 2, 1; Modest. coll. 10, 2, 4; vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 77 ff.

<sup>4</sup> Die *formula in factum concepta* lautete: *Si paret A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> apud N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnato, si non paret, absolvito*. Die *in ius* konzipierte Formel: *Quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> apud N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnato, si non paret, absolvito*. Beide Formeln sind bei Gai. 4, 47 überliefert; vgl. des näheren LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 288. — In dem Sonderfall der Hinterlegung in Notfällen (*ruina, incendium, naufragium*) richtete sich die *actio depositi* auf das *duplum* des Interesses; vgl. den Ediktstext in D. 16, 3, 1, 1 (sog. *\*depositum miserabile*).

macht werden konnten, waren im wesentlichen dieselben, wie bei der Leihe (§ 136, 2b)<sup>5</sup>.

3. Eine besondere Behandlung erfuhr die Verwahrung von Geld, sofern es dem Verwahrer gestattet wurde, es zu verbrauchen und lediglich die gleiche Summe zurückzugeben<sup>6</sup>. Der Verwahrer wurde in diesem Falle Eigentümer der empfangenen Geldstücke; das schuldrechtliche Verhältnis, in dem er zu dem Hinterleger stand, wird in den Quellen verschieden behandelt:

a) Im allgemeinen sah man das Geschäft als Darlehen an; dann konnte der Hinterleger als Darlehensgläubiger den hinterlegten Betrag mit der *actio certae creditae pecuniae* zurückverlangen<sup>7</sup>; Zinsen durfte er freilich nur insoweit fordern, als sie ihm besonders durch Stipulation zugesagt waren (§ 112, 3a).

b) Es ließ sich aber nicht verkennen, daß man mit dieser Unterstellung unter den Begriff des Darlehens der Auffassung der Parteien dann nicht gerecht wurde, wenn es sich nicht, oder doch nicht in erster Linie, um eine Zuwendung an den Empfänger, sondern um eine Unterbringung und Sicherstellung des Geldes im Interesse des Hingebenden handelte. So ist es erklärlich, daß sich in solchen Fällen der Gedanke an einen Verwahrungsvertrag (*\*depositum irregulare\**) Bahn brach, und daß man demgemäß dem Hinterleger eine *actio depositi* (also ein *iudicium bonae fidei*) auf Rückzahlung des hingegebenen Betrages gewährte. Daraus folgte nach allgemeinen Grundsätzen (§ 112, 3b), daß hier Offizialzinsen zugelassen wurden, mochte man diese nun auf (formlose) Übereinkunft, Verwendung des Geldes zu eigenem Nutzen oder Verzug gründen: in dieser Verzinsung lag ein wesentlicher Vorteil für den Hinterleger. Freilich gehört diese Lösung erst der spätklassischen Zeit an; es ist sogar zweifelhaft, ob sie von allen spätklassischen Juristen anerkannt wurde. Manche der dafür eintretenden Quellenzeugnisse sind sicher verfälscht<sup>8</sup>.

4. Eine Sonderform der Verwahrung war die Sequestration<sup>9</sup>: die Hinterlegung einer Sache durch mehrere Personen zum Zweck ihrer Sicherstellung. Der Verwahrer (*sequester*) durfte in einem solchen Fall die Sache nur unter den bei der Hinterlegung bezeichneten Voraussetzungen herausgeben und nur an denjenigen, auf den die festgesetzten oder sich aus dem Zweck der Sequestration ergebenden Umstände zutrafen. Der Sequester genoß, im Gegensatz zum gewöhnlichen Verwahrer, Besitzschutz (vgl. § 64, 2b). Der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs diente eine besondere *actio depositi sequestraria*<sup>10</sup>. Hauptanwendungsfall der Sequestration war die Verwahrung einer streitbefangenen Sache für die Dauer des Rechtsstreits (vgl. Fest. p. 339; Florentinus D. 16, 3, 17, Anfang verfälscht).

**§ 138. Verpfändung<sup>1</sup>.** 1. Ein Realkontrakt entstand schließlich auch dadurch,

<sup>5</sup> Jedoch war, jedenfalls im justinianischen Recht, Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber der *actio depositi directa* unzulässig: Iust. C. 4, 34, 11; vgl. aber schon Paul. sent. 2, 12, 12 (klassischer Herkunft?).

<sup>6</sup> Vgl. zum folgenden: NIEMEYER: *Depositum irregulare* (1889); MITTEIS: ZSSSt. 19, 209ff.; NABER: *Mnemosyne* 34, 59ff.; LONGO: Bull. 18, 121ff.; SEGÈ: Bull. 19, 197ff.; KÜBLER: ZSSSt. 29, 189ff.; COLLINET: *Études hist. sur le droit de Just. I* 114ff.; RABEL: *Grundzüge d. röm. Privatr.* 460 (dort weitere Hinweise). Der Text steht, wie auch schon in der Voraufg., der Auffassung von SEGÈ nahe.

<sup>7</sup> Nerva, Proculus u. Marcellus b. Ulp. D. 12, 1, 9, 9; Paul. sent. 2, 12, 9 (= coll. 10, 7, 9).

<sup>8</sup> Der in neuerer Zeit mehrfach (zuerst von NABER und LONGO) unternommene Versuch, das *depositum irregulare* schlechthin den Kompilatoren zuzuweisen, dürfte über das Ziel schießen. Unter den Klassikern hat höchstwahrscheinlich Papinian (D. 16, 3, 25, 1, itp. nur *ut tantundem redderet*), möglicherweise auch Scaevola (D. 16, 3, 28, Glosse oder Itp. ist *id est — habeo*) die *actio depositi*, auch wegen der Zinsen, gegeben. S. ferner Gordian C. 4, 34, 4. Stark überarbeitet ist Pap. D. 16, 3, 24.

<sup>9</sup> WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 609 (§ 380); LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 290.; ARANGIO-RUIZ: Arch. giur. 76, 471ff.; 78, 233ff.; PARTSCH: ZSSSt. 31, 418f.; LEVY: Konkurrenz I 386f.

<sup>10</sup> Pomp. D. 16, 3, 12, 2; Paul. D. 16, 3, 6.

<sup>1</sup> Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 611ff. (§ 381f.); vgl. auch PERNICE: *Labeo I* 424ff.; LA PIRA: *Studi Cammeo II* 3ff.; *Studi Senesi* 47, 61ff. (behauptet, daß die Pfandvereinbarung

daß jemand einem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung eine Sache zum Pfande gab (*pignus*). Beim Faustpfand (§ 93) trat das kontraktliche Verhältnis zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger sofort mit der Begründung des Pfandrechts durch Übergabe der Pfandsache ein, beim besitzlosen Pfand dagegen erst in dem Augenblick, in dem der Pfandgläubiger mittels der *actio Serviana* oder des *interdictum Salvianum* den Besitz der Pfandsache erlangte (vgl. § 94, bes. Ziff. 5).

2. Aus dem Pfandvertrage entsprang, wie aus der Leihe und der Verwahrung, stets ein Anspruch des Verpfänders (*actio pigneraticia directa*), dagegen nur unter Umständen ein Gegenanspruch des Pfandgläubigers, der im Wege des *iudicium contrarium* geltend zu machen war. Auch der Pfandkontrakt war also ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag im Sinn des gemeinen Rechts.

a) Die *actio pigneraticia* des Verpfänders richtete sich auf Rückgabe des Pfandes, wenn die durch das Pfand gesicherte Forderung erloschen war oder ihre Erfüllung lediglich infolge Gläubigerverzugs unterblieben war; sie richtete sich auf Herausgabe des etwaigen Überschusses (*superfluum*, § 92, 3), wenn es zum Pfandverkaufe gekommen und die gesicherte Forderung dabei voll gedeckt war. — Der Pfandgläubiger haftete im Rahmen der *actio pigneraticia* nach klassischem Recht vermutlich gleich dem Entleiher für *custodia*<sup>2</sup>; in der justinianischen Gesetzgebung ist seine Haftung auf Verschulden, d. h. auf die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters beschränkt (D. 13, 7, 14, verfälscht). — Wie im Fall der Leihe und der Verwahrung kannte das klassische Recht wahrscheinlich auch für die Hauptklage aus dem Pfandkontrakt zwei Prozeßformeln, eine *formula in factum* und eine *formula in ius concepta*, die zweite mit der Klausel *ex fide bona*<sup>3</sup>.

b) Ein Gegenanspruch konnte dem Pfandgläubiger wegen Schadensersatzes oder Verwendungen erwachsen — in der gleichen Weise wie dem Entleiher (§ 136, 2 b). Ferner kannte zum mindesten das justinianische Recht eine *actio contraria* des Pfandgläubigers für den Fall, daß die Pfandsetzung nicht den getroffenen Vereinbarungen und den nach Treu und Glauben berechtigten Anforderungen entsprach, so z. B. wenn sich herausstellte, daß die Pfandsache nicht dem Verpfänder gehörte oder minderwertig war<sup>4</sup>.

### III. Konsensualkontrakte.

#### A. Auftrag.

§ 139. 1. Durch die Annahme eines Auftrags (*mandatum*) verpflichtete sich der Beauftragte zu unentgeltlicher Besorgung fremder Geschäfte.

a) Als Konsensualkontrakt kam der Auftrag durch formlose, unter Umständen stillschweigende<sup>1</sup> Übereinkunft mit zivilrechtlich verpflichtender Wirkung zustande.

im klassischen Recht nicht in den Zusammenhang des Kontraktrechts, sondern an die Seite der Übereignung durch *traditio* gehört habe — m. E. unhaltbar). Über den Begriff und die geschichtliche Entwicklung des Pfandrechts, sowie über das dingliche Recht des Gläubigers an der Pfandsache s. § 91 ff. Dort auch über die Sicherungsübereignung (*fiducia*) und die *actio fiduciae* (§ 92).

<sup>2</sup> S. o. § 109, Anm. 15.

<sup>3</sup> Die Existenz der *formula in ius concepta* ist lebhaft umstritten. S. zuletzt LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 255 (mit weiteren Hinweisen).

<sup>4</sup> Ob schon das klassische Recht in solchen Fällen eine kontraktliche Klage kannte oder nur eine *actio de dolo*, ist zweifelhaft; für die zweite Möglichkeit: BESELER: ZSSSt. 43, 429f.; HELDRICH: Verschulden b. Vertragsabschluß (Leipziger rechtswiss. Stud. 7) 32ff.; SIBER: Röm. R. II 129.

<sup>1</sup> Daß ein bloßes Dulden der Geschäftsführung eines anderen Mandatswirkung habe, wird generell allerdings nur in einigen wenigen Fragmenten aus spätklassischer Zeit ausgesprochen, deren ursprünglicher Zusammenhang überdies unbekannt ist (Ulp. D. 17, 1, 18; D. 50, 17, 60); übrigens handelt es sich stets um das Verhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner, das insofern für sich steht, als wahrscheinlich der Bürgenregreß mit einer besonderen, im Ediktstitel über das Mandat proponierten *formula in factum concepta* verfolgt wurde (s. § 132, Anm 19). — Vgl. zu der Frage des stillschweigenden Mandats DONATUTI: Ann. Perugia 38, 1ff.; KRELLER: ZSSSt. 52, 503ff.

b) Gegenstand des Auftrags konnte sowohl die Vornahme von Rechtsgeschäften wie eine andersgeartete Tätigkeit sein; in jedem Fall aber mußte es sich um eine Tätigkeit in fremdem Interesse, d. h. im Interesse des Auftraggebers oder eines Dritten, handeln; wer einen anderen zu einer Handlung anregte, die lediglich in dessen eigenem Interesse lag, konnte nicht als Auftraggeber in Anspruch genommen werden (Gai. 3, 155f.). Diese grundsätzliche Abgrenzung des echten Auftrags von dem unverbindlichen Ratschlag (*mandatum tua gratia*) ist seit der spätrepublikanischen Zeit stets festgehalten worden; ihre Handhabung aber unterlag im Laufe der klassischen Zeit einer fortschreitenden Verfeinerung<sup>2</sup>. Nachdem man anfänglich lediglich die äußere Zugehörigkeit des Geschäfts zum Bereich des einen oder des anderen der Beteiligten zugrunde gelegt hatte, setzte sich allmählich eine freiere Betrachtung der Interessenlage durch, die u. a. auch die Möglichkeit eines „gemischten Interesses“ ins Auge faßte<sup>3</sup>. Diese Entwicklung war namentlich für die Beurteilung eines Sonderfalls des Auftrags, des sog. Kreditmandats, von Bedeutung; hierbei handelte es sich darum, daß jemand im Auftrag eines anderen einem Dritten Kredit gewährte<sup>4</sup>; schon die frühklassische Zeit (Sabinus) hatte diesen Tatbestand als einen gültigen Auftrag behandelt, freilich nicht ohne Widerspruch und mit unbefriedigender Begründung (Gai. 3, 156); aus der verfeinerten Betrachtung der Interessenlage ergab sich nunmehr eine ungezwungene Rechtfertigung dieser Entscheidung (Gai. res. cott. D. 17, 1, 2, 5 = I. 3, 26, 5).

c) Der Auftrag setzte grundsätzlich die Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung voraus (Paul. D. 17, 1, 1, 4); hierbei ist es jedoch nicht schlechthin verblieben. Dies hängt mit dem allmählichen Wandel gewisser Standesanschauungen zusammen: In republikanischer Zeit galt es innerhalb der sozial gehobenen Stände für unehrenhaft, Dienste gegen Entgelt zu leisten. Infolgedessen blieb der Geschäftstyp des entgeltlichen Arbeitsvertrags (*locatio conductio operarum*, § 148) auf das Erwerbseben von Handwerkern, Tagelöhnern u. dgl. beschränkt; Ärzte, Anwälte, Lehrer und andere Vertreter der *artes liberales* dagegen pflegten ihre Tätigkeit als Beauftragte zur Verfügung zu stellen, d. h. sie leisteten Dienste, ohne dafür ein Entgelt zu beanspruchen. Andererseits betrachtete man es nicht als anstößig, wenn der Beauftragte einen freiwillig gebotenen Ehrensold annahm (*honorarium, salarium*), und eine derartige Vergütung war durchaus üblich<sup>5</sup>. In der Kaiserzeit setzte sich dann im Zusammenhang mit der mehr und mehr zur Regel werdenden Besoldung ritterlicher und senatorischer Staatsbeamter die Vorstellung durch, daß der Beauftragte das Recht habe, ein vereinbartes Honorar zu fordern. Der Weg des ordentlichen Prozesses blieb ihm freilich verschlossen; insofern hielt man an der Unentgeltlichkeit des Auftrags fest. Wohl aber gestattete man die Geltendmachung des Honoraranspruchs im Verfahren der sog. *extraordinaria cognitio* (WENGER: § 20); vgl. Sept. Sev. u. Antoninus Caracalla C. 4, 35, 1.

d) Der Auftrag beruhte seinem Wesen nach auf einem persönlichen Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem; infolgedessen erlosch er mit dem Tode eines der Beteiligten. Aus dem gleichen Grunde konnte er von beiden Seiten jederzeit gekündigt werden (Gai. 3, 159f.; Paul. D. 17, 1, 15 u. 22, 11).

<sup>2</sup> Die folgenden Andeutungen beruhen auf den Arbeiten von RABEL: Studi Bonfante IV 283ff. und KRÖLLER: Festg. f. HECK, RÜMELIN, A. B. SCHMIDT (Arch. ziv. Pr., Beilageheft 1931) 142ff.

<sup>3</sup> S. bes. die Entscheidung des Celsus D. 17, 1, 16.

<sup>4</sup> Gemeinrechtlich auch *mandatum qualificatum* genannt; die praktischen Wirkungen waren bürgschaftsähnlich: der Auftraggeber haftete für den Ausfall, den der Beauftragte aus dem Kreditgeschäft erlitt (s. § 132, Anm. 6). — Lit.: BRINZ: Pand. II<sup>2</sup> 194ff.; DERNBURG: Pand. II § 77, 2; GIRTANNER: Bürgschaft 60ff., 1850; STAMMLER: Arch. ziv. Pr. 69, 1ff.; UNGER: Jahrb. f. Dogm. 33, 302ff.; SOKOLOWSKI: D. Mandatsbürgschaft, 1891; BORTOLUCCI: Studi romanistici 83ff., 1906; Bull. 27, 129ff.; 28, 191ff. Vgl. auch LEVY: Konkurrenz d. Aktionen u. Personen I 194ff., sowie die o. Anm. 2 angeführte Lit.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. Ulp. D. 11, 6, 1 pr. für den Spezialfall des Feldmessers.

2. Aus dem Auftrag erwuchs stets ein Anspruch des Auftraggebers (*actio mandati directa*), hingegen nur unter gewissen Voraussetzungen auch ein Gegenanspruch des Beauftragten (*iudicium contrarium*); der Auftrag war somit ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag im gemeinrechtlichen Sinne.

a) Die *actio mandati* des Auftraggebers richtete sich zunächst auf die Ausführung des Auftrags entsprechend den gegebenen Anweisungen; sodann auf Herausgabe dessen, was der Beauftragte zum Zweck der Geschäftsbesorgung vom Auftraggeber empfangen, aber nicht verbraucht hatte, und auf Herausgabe des in Ausführung des Auftrags von Dritten Erlangten; insbesondere konnte der Auftraggeber auch die Abtretung der Ansprüche verlangen, die der Beauftragte auf diese Weise erworben hatte<sup>6</sup>. Die Haftung des Beauftragten beschränkte sich in klassischer Zeit auf vorsätzlich-treuwidriges Verhalten (*Modest. coll. 10, 2, 3*); nach justinianischem Recht stand der Beauftragte für jedes Verschulden, also auch für Fahrlässigkeit, ein (*D. 50, 17, 23*, verfälscht). Eine Verurteilung im *iudicium mandati* hatte für den Beauftragten, da er sich eines Vertrauensbruchs schuldig gemacht hatte, die Folge der Infamie<sup>7</sup>. Die *actio mandati* gehörte zu den *iudicia bonae fidei*, ihre Formel war demgemäß *in ius* konzipiert<sup>8</sup>.

b) Der evtl. Gegenanspruch richtete sich auf Ersatz des bei der Ausführung des Auftrags erwachsenen Schadens<sup>9</sup>, auf Ersatz von Auslagen und Unkosten, sowie auf Befreiung von Verbindlichkeiten, die der Beauftragte zweckentsprechend auf sich genommen hatte.

## B. Kauf<sup>1</sup>.

§ 140. **Begriff und geschichtliche Entwicklung.** 1. Kauf ist Austausch einer Ware gegen Geld. Die Ware ist im Regelfalle eine Sache; doch gibt es, namentlich in entwickelteren Wirtschaftsverhältnissen, auch einen Kauf von Rechten. Im folgenden wird zunächst nur der Sachkauf behandelt; über den Kauf von Rechten vgl. § 145.

2. Der Austausch von Ware und Preis setzt notwendig eine Einigung der Parteien (*consensus*) voraus, durch die die beiderseitigen Leistungsgegenstände näher bestimmt werden. Das römische Recht der Frühzeit legte indessen dieser Einigung keine selbständige Bedeutung bei. Es ging vielmehr, gleich anderen jungen Rechten, von ihrem Ergebnis aus, vom Austausch selbst, dem unmittelbaren Umsatz der Leistungen (Prinzip des Barkaufs). Dies tritt besonders in dem Formalkauf des altrömischen Rechts, der *mancipatio* (§ 54), hervor, deren Formular lediglich die Übertragung der Sache an den Käufer und die Zahlung des Geldes an den Verkäufer enthält, die vorausgehenden Parteiabreden dagegen außer acht läßt. Nicht anders wird es bei dem formlosen Kaufgeschäft gewesen sein, das für den Erwerb von *res nec mancipi* wohl von jeher neben der Manzipation gebräuchlich war: hier wird man den rechtserheblichen Kaufakt in der Übergabe (*traditio*; s. § 71, 3) der Ware und der gleichzeitigen Hingabe des Kaufpreises erblickt haben. In diesem Stadium war der römische Kauf im wesentlichen nur Rechtsgrundgeschäft (*causa*) für den sachenrechtlichen Erwerb, nicht Entstehungsgrund schuldrechtlicher Leistungspflichten. — Verhältnismäßig frühzeitig begann jedoch eine Entwicklung, die über den Barkauf des ältesten Rechts hinausführte: die Manzipation verwandelte sich allmählich in ein abstraktes Über-

<sup>6</sup> Vgl. den bei Paul. *D. 17, 1, 20 pr.* formulierten Grundsatz: *ex mandato apud eum, qui suscepit, nihil remanere debet.*

<sup>7</sup> S. den Edikttext in *D. 3, 2, 1*; vgl. dazu LENEL: *Ed. perp.* <sup>3</sup> 77ff.

<sup>8</sup> Vgl. über die Formel LENEL: *Ed. perp.* <sup>3</sup> 295f.; KRELLER: (s. o. Anm. 2) 120ff.

<sup>9</sup> Über die Haftung im Rahmen des *iudicium contrarium* vgl. EISELE: *Arch. ziv. Pr.* 84, 319ff.; HAYMANN: *Haftung d. Verkäufers I* 57f., 121; KÜBLER: *ZSSSt.* 38, 94ff.

<sup>1</sup> Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: *Pand. II* <sup>9</sup> 626 (§ 385); aus den dort genannten Werken ist besonders hervorzuheben: BECHMANN: *D. Kauf nach gemeinem Recht*, 3 Bde, 1876—1908. S. ferner: PERNICE: *Labeo I* 454ff.; KARLOWA: *Röm. Rechtsgesch. II* 611 ff.; 1288ff.; LEONHARD: *RE* 5, 2536ff.; KNIEP: *Gaiuskommentar III* (2) 277ff. Lit. zu Einzelfragen im folgenden.

eignungsgeschäft, in dessen Rahmen der Zahlungsakt nur noch symbolische Bedeutung hatte, während die wirkliche Preiszahlung formlos vollzogen wurde; sowohl beim Kauf mit Manzipation wie beim Kauf mit formloser Übereignung einer *res nec mancipi* wurde die Stundung des Kaufpreises möglich. Nunmehr genügte der Gedanke des Barkaufs nicht mehr zur Begründung der unter den Parteien entstehenden Rechtsbeziehungen; man mußte die dem Austausch vorangehenden Parteiabreden in Betracht ziehen, um die Grundlage für die Abwicklung des Kaufes zu finden. So kam es, daß schon vor dem Ausgang der republikanischen Zeit<sup>2</sup> die Einigung der Parteien über Ware und Preis als Quelle von beiderseitigen Leistungspflichten anerkannt wurde. Damit war der Kauf begrifflich von dem sachenrechtlichen Erwerbsgeschäft gelöst<sup>3</sup> und zu einem schuld begründenden Konsensualkontrakt geworden. Natürlich fiel auch weiterhin in vielen Fällen und besonders im Kleinverkehr des täglichen Lebens dieses obligatorische Kaufgeschäft mit dem sachenrechtlichen Vollzug des Austausches zeitlich zusammen: auch in einem derartigen Handkauf sah man jetzt ein schuldrechtliches Geschäft; nur wurden in einem solchen Falle die beiderseitigen Leistungspflichten in unmittelbarem Anschluß an ihre Begründung durch den Austausch der Leistungen erfüllt.

3. Der altrömische Barkauf mit seinem unmittelbaren Umsatz von Ware und Preis war notwendig ein Kauf von individuell bestimmten Sachen. Aber auch das Kaufrecht der klassischen und nachklassischen Zeit scheint eine rein gattungsmäßige Bestimmung des Kaufgegenstands nicht gekannt zu haben<sup>4</sup>; jedenfalls begegnet in den Rechtsquellen kein einigermaßen sicheres Beispiel eines reinen Gattungskaufs<sup>5</sup>. Dies wird darauf beruhen, daß die aus der Wurzel des alten Barkaufsprinzips erwachsenen Rechtsfolgen des Kaufgeschäfts (vor allem die Gestaltung der Haftung für Rechts- und Sachmängel, s. § 143f.) den Bedürfnissen des Gattungskaufs nicht entsprachen<sup>6</sup>. Der römische Großhandel, insbesondere der Getreide- und Weinhandel, scheint sich beim Abschluß gattungsmäßig bestimmter Lieferungsgeschäfte nicht des Kaufs, sondern der Stipulation bedient zu haben<sup>7</sup>.

4. Der konsensuale Kaufvertrag des entwickelten römischen Rechts war ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des gemeinen Rechts, d. h. es erwachsen aus ihm notwendig beiderseitige Leistungspflichten, die im Austauschverhältnis zueinander standen; dies kommt schon in der Doppelbezeichnung *emptio venditio* zum Ausdruck (vgl. § 130, 2).

<sup>2</sup> Der Zeitpunkt ist gewiß verhältnismäßig hoch anzusetzen, mindestens im 2. vorchristlichen Jahrhundert; vgl. hierzu FERRINT: Opere III 49ff.

<sup>3</sup> Allerdings nicht in dem gleichen Maße, wie in der gemeinrechtlichen Theorie, die im deutschen BGB Aufnahme gefunden hat. Denn die formlose Übereignung der Kaufsache durch *traditio* ist nach römischer, insbesondere nach klassischer Auffassung kein selbständiges und abstraktes Rechtsgeschäft, sondern nur eine tatsächliche Veränderung der Besitzverhältnisse, deren Übereignungswirkung unmittelbar vom Bestande der *causa*, d. h. des Kaufvertrages, abhängt (s. § 71, 3a). Über andere Nachwirkungen des alten Barkaufsprinzips vgl. § 71, 3b; § 109, 2a a. E. u. Ziff. 3; § 141, Anm. 8.

<sup>4</sup> Die Frage ist kontrovers; vgl. einerseits SECKEL-LEVY: ZSt. 47, 122ff. (mit älterer Lit.: S. 123, Anm. 2—4); andererseits HAYMANN: Jahrb. f. Dogm. 79, 95ff.

<sup>5</sup> Es begegnen allerdings Tatbestände des sog. beschränkten Gattungskaufs, etwa der Kauf einer bestimmten Menge Wein aus dem Vorrat des Verkäufers; die Römer haben jedoch derartige Geschäfte von der echten Gattungsschuld geschieden (so überzeugend SECKEL-LEVY: [s. o. Anm. 4] 202ff.). Ein Fall des beschränkten Gattungskaufs ist gewiß auch der vielfach zu Unrecht für den reinen Gattungskauf in Anspruch genommene Tatbestand in fr. Vat. 16, Satz 2. — Ferner kamen gattungsmäßig bestimmte Nebenleistungen beim Kauf einer Speziessache (z. B. eines Grundstücks) vor: Alf. D. 19, 1, 26.

<sup>6</sup> Vgl. SECKEL-LEVY: (s. o. Anm. 4) 127ff.

<sup>7</sup> Außerdem konnten Lieferungsverträge auch in die Form einer *locatio conductio* (§ 146ff.) gekleidet werden: vgl. Liv. 23, 48, 11f.; 49, 1 u. 3f. — Die Einwände, die HAYMANN: Jahrb. f. Dogm. 79, 109ff. gegen die Eignung der Stipulation zu Lieferungsgeschäften erhebt, sind nicht stichhaltig: Gerade im Großhandel pflegt die Qualität der Lieferung durch den Parteiwillen eindeutig festgestellt zu werden.

§ 141. Ansprüche und Gefahrtragung. 1. Aus dem Kauf ergab sich eine *actio empti* des Käufers gegen den Verkäufer und eine *actio venditi* des Verkäufers gegen den Käufer; beide waren *actiones bonae fidei*<sup>1</sup>.

a) Mit der *actio empti*<sup>2</sup> konnte der Käufer vom Verkäufer alle diejenigen Handlungen fordern, die nötig waren, um dem Käufer Besitz und Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen; dazu gehörte stets die Übergabe der Sache (*traditio*, Ulp. D. 19, 1, 11, 2), bei *res mancipi* außerdem die *mancipatio* oder in *iure cessio* (Gai. 4, 131 a, Paul. sent. 1, 13 a, 4). War die Sache nach dem Abschluß des Kaufs und vor der Übergabe abhanden gekommen, so haftete der Verkäufer in klassischer Zeit für *custodia*; dies bedeutete, daß er grundsätzlich für Diebstahl<sup>3</sup> einzustehen hatte, nicht aber für die Fälle der sog. höheren Gewalt (Brand, Einsturz, Raubüberfall, Schiffbruch usw., vgl. § 109, 2a). Im nachklassisch-justinianischen Recht ist aus dieser *custodia*-Haftung, wie auch anderwärts, eine reine Verschuldenshaftung geworden; der Verkäufer haftete nunmehr für sorgfältige Bewachung der Kaufsache (*diligentia in custodiendo*, § 110, 1).

b) Die *actio venditi*<sup>4</sup> des Verkäufers richtete sich auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises einschließlich Officialzinsen (§ 112 b; vgl. Ulp. D. 19, 1, 13, 20).

2. Für den Fall, daß die Kaufsache nach Abschluß des Kaufvertrags untergegangen oder verschlechtert worden war, und eine Haftung des Verkäufers (Ziff. 1a) nicht statthatte, erhob sich die Frage, ob der Käufer trotzdem zur Kaufpreiszahlung verpflichtet sei. Von der Entscheidung dieser Frage hing es ab, welche der beiden Parteien des Kaufvertrags den Verlust der Sache letztlich zu tragen hatte. War der Käufer auch weiterhin zur Zahlung des Preises verpflichtet, so verlor er den Kaufpreis, ohne die Sache zu erhalten; entfiel die Zahlungspflicht des Käufers, so hatte der Verkäufer die Sache eingebüßt und erhielt kein Entgelt dafür. In den justinianischen Rechtsquellen<sup>5</sup> ist das Problem dahin gelöst, daß der Käufer grundsätzlich zur Zahlung verpflichtet bleibe, daß also das Risiko des Kaufs (die „Gefahr“) grundsätzlich den Käufer treffe: *periculum est emptoris*. Um die Herkunft dieses Prinzips herrscht in der modernen Forschung lebhafter Streit; der Versuch, es als eine justinianische Verfälschung des klassischen Rechts zu erweisen, hat vielfach Beifall, aber auch heftigen Widerspruch gefunden<sup>6</sup>. Dem Widerspruch ist im wesent-

<sup>1</sup> Vgl. Q. Mucius bei Cic. de off. 3, 70; Cic. de nat. deorum 3, 74; Valerius Maximus 8, 2, 1; Gai. 4, 62.

<sup>2</sup> Formel: *Quod As As de NoNo hominem Stichum emit, quidquid ob eam rem NmNmAoAo dare facere oportet ex fide bona, eius iudex NmNmAoAo condemnato; si non parat, absolvito*: LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 299. — Zum Inhalt der *actio empti* vgl. MONIER: Mélanges Cornil II 137 ff.; SECKEL-LEVY: ZSSSt. 47, 128 ff.; BUSSMANN: L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique (Thèse Lausanne 1933; Referat von STOLL: ZSSSt. 54, 416 ff.). S. auch § 143, 1.

<sup>3</sup> Über die Frage, ob die *custodia* auch eine Haftung für Sachbeschädigung einschloß s. § 109 zu Anm. 9. — Soweit die *custodia*-Haftung nicht in Betracht kam, haftete der Verkäufer jedenfalls für ein Verhalten, das mit der *bona fides* im Widerspruch stand (§ 109, 2b).

<sup>4</sup> Formel: *Quod AsAsNoNo hominem Stichum vendidit, quidquid ob eam rem NmNmAoAo dare facere oportet ex fide bona, eius iudex NmNmAoAo condemnato; si non parat, absolvito*: LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 299.

<sup>5</sup> Wichtigste grundsätzliche Stellen: I. 3, 23, 3; D. 18, 6, 8 pr. Außerhalb der justinianischen Quellen fehlt es fast ganz an Zeugnissen über die Gefahrtragung; wesentlich ist Pap. fr. Vat. 16 (über den Weinkauf).

<sup>6</sup> Eine Übersicht über die Entwicklung des *periculum*-Problems in der neueren Lit. geben SECKEL-LEVY: ZSSSt. 47, 262, Anm. 4. Zu den dort zit. Arbeiten kommen hinzu: HAYMANN: ZSSSt. 43, 314 ff.; BESELER: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 8, 279 ff.; HOETNK: *Periculum est emptoris*, 1928. — Die zuerst von ARNØ vertretene, dann von HAYMANN: (ZSSSt. 41, 314 ff.) eingehend begründete Auffassung, daß nach klassischem Recht der Verkäufer die Gefahr bis zur Übergabe der Kaufsache getragen habe, wird in dieser Allgemeinheit heute zumeist nicht mehr aufrecht erhalten. Die Mittelmeinung RABELS: (ZSSSt. 42, 543 ff.), nach der die klassische Regelung überhaupt eines Prinzips entbehrte, hat zwar vielfach Beifall gefunden (vgl. außer den bei SECKEL-LEVY: (s. o.) Genannten auch JÖRS: i. d. Vorauf. 159; SIEBER: Röm. R. II 197), ist aber unbefriedigend, weil sie der Haltung der Klassiker jede klare Grundeinstellung ab-



lichen beizupflichten. Sowohl eine Prüfung der Quellenzeugnisse<sup>7</sup>, wie auch allgemeine geschichtliche Erwägungen<sup>8</sup> führen zu dem Ergebnis, daß die Gefahrtragung des Käufers bereits im klassischen Recht als leitendes Prinzip anerkannt war. Wahrscheinlich handelt es sich sogar um eine vorklassische Rechtsregel, die durch die Arbeit der Klassiker ausgebaut, zum Teil allerdings auch eingeschränkt worden ist. Die Grenzen des *periculum emptoris*, soweit sie für uns noch erkennbar sind, ergeben sich aus folgenden Einzelheiten:

a) Die Gefahrtragung des Käufers griff nur dann Platz, wenn der Kauf perfekt war, d. h. wenn Kaufgegenstand und Preis genau feststanden und die Wirksamkeit des Geschäfts nicht mehr von dem Eintritt einer Bedingung abhing<sup>9</sup>.

b) Außerhalb des *periculum emptoris* lagen anscheinend solche Fälle, in denen der Verkäufer infolge eines Eingriffs der Staatsgewalt der Kaufsache verlustig ging; so konnte der Käufer den bereits gezahlten Kaufpreis zurückverlangen, wenn das gekaufte Grundstück vor der Übergabe an den Käufer enteignet worden war (Afr. D. 19, 2, 33)<sup>10</sup>; eine Enteignung nach der Übergabe dagegen ging zu Lasten des Käufers (Paul. D. 21, 2, 11 pr., itp.: *post contractam emptioem*)<sup>11</sup>.

c) Infolge der *custodia*-Haftung des Verkäufers (Ziff. 1a) fiel auch der Verlust durch Diebstahl nicht in den Bereich des *periculum emptoris*.

Somit blieb dem Grundsatz jedenfalls im ausgebildeten klassischen Recht nur ein verhältnismäßig beschränktes Geltungsgebiet: in der Hauptsache Fälle, in denen das Kaufobjekt infolge seiner inneren Beschaffenheit oder durch von außen ein-

---

spricht und gerade in den entscheidenden Punkten der radikalen Quellenkritik HAYMANNs folgt. Andererseits behaupten SECKEL und LEVY zwar die Klassizität des *periculum emptoris*, schränken aber seine Voraussetzungen so erheblich ein, daß sich das von ihnen entworfene Bild mehr in dogmatischer als in praktischer Hinsicht von der Darstellung RABELS unterscheidet. Die folgenden Ausführungen schließen sich in der Grundhaltung, nicht aber auch in allen Einzelheiten an SECKEL-LEVY an.

<sup>7</sup> Die Beweisführung HAYMANNs ruht auf wenigen beiläufigen Äußerungen und Einzelentscheidungen der klassischen Juristen (D. 19, 2, 33; D. 18, 6, 13—15) und bekämpft von ihnen aus die Echtheit der grundsätzlich redenden Quellenstellen. Ein solches Verfahren ist nur gerechtfertigt, wenn die Einzelentscheidungen zwingende Gründe gegen das Prinzip ergeben; dies ist hier aber nicht der Fall, da es sich sehr wohl um Sonderfälle handeln kann, die das Prinzip zwar begrenzen, nicht aber außer Kraft setzen.

<sup>8</sup> Vom Standpunkt HAYMANNs aus ist es unerfindlich, woher die justinianischen Gesetzgeber zu der Theorie vom *periculum emptoris* angeregt sein könnten; im Rahmen des klassischen Rechts dagegen läßt sich die Gefahrtragung des Käufers leicht als eine der zahlreichen Nachwirkungen des Barkaufgedankens verstehen (vgl. § 140, Anm. 3), nicht anders als die *custodia* des Verkäufers, die mit dem *periculum emptoris* offenbar in unmittelbarem Zusammenhang steht. Einwendungen aus dem Prinzip der *bona fides* und dem Gedanken, daß bei Austauschgeschäften die Leistungspflicht von dem Bestand der Gegenleistungspflicht abhängen müsse, sind schon deshalb nicht stichhaltig, weil weder der Inhalt der *bona fides*, noch der Austauschgedanke den römischen Juristen von Anfang an in vollem Maße bewußt war; beides mußte erst im Laufe der klassischen Zeit erarbeitet werden, und es entsprach nicht der Art des römischen Rechtsdenkens, traditionelle Grundsätze um neuer Einsichten willen vollkommen über Bord zu werfen.

<sup>9</sup> Der Begriff der Perfektion ist näher erläutert in der allerdings teilweise verfälschten Paulusstelle D. 18, 6, 8 pr.: jedenfalls wird der Anfang bis *perfecta est emptio* dem Inhalte nach durchaus klassisch sein; auf die Erörterung des Restes der Stelle muß hier verzichtet werden. — Die von SECKEL und LEVY entwickelte Lehre, nach der die Perfektion des Kaufs soviel wie Abholungsreife bedeutet, ist mit Recht als künstlich bekämpft worden (HAYMANN: ZSSt. 48, 417; BESELER: Bemerkungen zu Z. 1927, 8; vgl. auch HOETINK: *Periculum emptoris* 89ff.).

<sup>10</sup> Ob auch der Fall von D. 18, 6, 13f. hierher gehört, oder nicht vielmehr in den Zusammenhang der *custodia*-Haftung, mag offenbleiben. — Vielleicht ist übrigens die Entscheidung in D. 19, 2, 33 nur der Ausfluß eines allgemeineren Prinzips, daß nämlich der Verkäufer für den Verlust des Rechts an der Sache (im Gegensatz zum Sachuntergang und der Sachverschlechterung) vom Kaufabschluß an einzustehen hat. Belege hierfür fehlen indessen; nicht entgegen stehen D. 19, 1, 13, 17 und D. 10, 3, 7, 13, in denen es sich um den Sonderfall handelt, daß das Mit-eigentum des Verkäufers im Wege des Teilungsprozesses aufgehoben wird.

<sup>11</sup> Der Tatbestand läßt deutlich erkennen, daß die Grundstücke bereits übergeben sind.

wirkende Naturereignisse<sup>12</sup> zugrunde ging oder im Wert beeinträchtigt wurde. Bei dieser Sachlage ist es wiederum begreiflich, daß unter den Quellenbeispielen der (wirtschaftlich recht erhebliche) Weinkauf die Hauptrolle spielt, bei dem das Kaufobjekt besonders leicht verderblich ist. Gerade hierbei aber gab es frühzeitig Vertragsklauseln, die eine abweichende Gestaltung der Gefahrtragung bezweckten oder doch mittelbar zur Folge hatten<sup>13</sup>.

§ 142. *Iustum pretium und laesio enormis*. Während nach der Auffassung des klassischen Rechts die Bemessung des Kaufpreises der freien Vereinbarung überlassen blieb (vgl. Paul. D. 19, 2, 22, 3), trat in nachklassischer Zeit der Gedanke in den Vordergrund, daß jede Ware ihren „rechten Preis“ (*iustum pretium*) habe, und daß eine Abweichung von diesem Preis mißbilligt werden müsse<sup>1</sup>. Aus dieser Vorstellungswelt erwuchs eine Neuerung, die Justinian durch Interpolation in zwei Reskripten der Kaiser Diokletian und Maximian anbrachte (C. 4, 44, 2 u. 8)<sup>2</sup>. Danach hatte der Verkäufer ein Recht zur Auflösung des Kaufvertrags und zur Rückforderung der Kaufsache gegen Rückgabe des Preises, wenn der Kaufpreis geringer als die Hälfte des wahren Wertes der Sache war (*laesio enormis*). Der Käufer konnte jedoch den Vertrag durch Nachzahlung bis zum vollen Wert der Sache aufrecht erhalten.

§ 143. *Gewährleistung für Rechtsmängel*<sup>1</sup>. 1. Vom Käufer aus gesehen, bezweckte der Kaufvertrag den Erwerb des Eigentums an der Kaufsache (vgl. Labeo D. 18, 1, 80, 3). Der Verkäufer war dementsprechend verpflichtet, die zur Übereignung erforderlichen Handlungen vorzunehmen (§ 141, 1a). Er stand jedoch dem Käufer nicht ohne weiteres für den Erfolg seiner Übereignungshandlung ein; vielmehr beschränkte sich seine Haftung auf den Fall, daß dem Käufer wegen eines Mangels im Recht der Besitz der Sache erfolgreich abgestritten wurde, sei es, daß ein Dritter die Sache als sein Eigentum in Anspruch nahm und dem Käufer gegenüber mit der Eigentumsklage (*rei vindicatio*) obsiegte, sei es, daß der Dritte, ohne das Eigentum des Käufers zu bestreiten, auf Grund eines beschränkt dinglichen Rechts (z. B. Nießbrauch, Pfandrecht) im Prozeßwege den Besitz der Sache erlangte<sup>2</sup>. Die römische Rechtsmängelhaftung war also in ihrem Kerne nicht eine Haftung für die ausgebliebene Übereignung bzw. die Belastung des übereigneten Gegenstands mit einem fremden Recht, sondern eine Haftung für Entwerung (*evictio*), d. h. für den Verlust von Besitz und Nutzung; anders ausgedrückt: der Verkäufer stand lediglich für das *habere uti frui licere* des Käufers ein. — Geschichtlich betrachtet hat sich die Haftung für Entwerung erst nach und nach von verschiedenen Ausgangspunkten her über das ganze römische Kaufrecht erstreckt. Diese Entwicklung ist im folgenden kurz anzudeuten.

2. Der älteste Fall der Entwerungshaftung knüpfte nicht an den konsensualen

<sup>12</sup> I. 3, 23, 3 nennt als vom Käufer zu tragende Ereignisse: Tod oder Verletzung eines Sklaven, Brandkatastrophen und Wasserschäden.

<sup>13</sup> Cato de agricultura 148, 3 erwähnt die Vertragsklausel: *Quod neque aceat neque muceat, id dabitur*. Über die Besonderheiten des Weinkaufs, auf die hier nicht eingegangen werden kann: HAYMANN: ZSSt. 41, 99ff.; SECKEL-LEVY: ZSSt. 47, 204ff.

<sup>1</sup> Den nachklassischen Ursprung dieses Gedankens behaupteten zuerst ALBERTARIO: Bull. 31, 1ff. und SOLAZZI: Bull. 31, 51ff., bes. 82ff.; vgl. ferner PARTSCH: ZSSt. 42, 265, Anm. 1; LEVY: ZSSt. 43, 534f. (hebt mit Recht hervor, daß *iustum pretium* und *iusta aestimatio* auch schon in klassischen Texten vorkommen); STOLL: ZSSt. 47, 527f. (Besprechung der Arbeit ALBERTARIOS); DE SENAROLENS: Mélanges Fournier 696ff.

<sup>2</sup> Die Interpolation dieser Stellen erkannte GRADENWITZ: Bull. 2, 14; vgl. ferner BRASSLOFF: Z. vergl. Rw. 27, 261 ff.; SOLAZZI: Bull. 31, 51 ff. Die Gegenmeinung LANDUCCIS: Atti Ist. veneto 75, 1189ff. fand keinen Beifall; s. auch die Referate bei STOLL: ZSSt. 47, 519f., 523, 525.

<sup>1</sup> Die für den gegenwärtigen Forschungsstand grundlegende Untersuchung ist RABEL: D. Haftung d. Verkäufers wegen Mangels im Rechte, 1902. Weitere Lit. im folgenden. — Über Eviktionshaftung außerhalb des Kaufrechtes vgl. KAMPHUISEN: RH 4. Ser., 6, 607ff.

<sup>2</sup> Als Pfandgläubiger mit der *actio Serviana* (§ 94, 4), als Nießbraucher mit der *vindicatio ususfructus* (§ 88).

Kauf, sondern an die Manzipation an<sup>3</sup>. Wer eine Sache durch Manzipation erworben hatte, konnte, wenn sein Besitz von einem Dritten im Prozeßwege angefochten wurde, dem Veräußerer den Streit verkünden (*litem denuntiare, auctorem laudare*). Dieser war, solange nicht die Ersitzungsfrist (§ 75, 1) abgelaufen war, verpflichtet, „dem Prozeß standzuhalten“ (*liti subsistere*), d. h. die Sache gegen den Dritten zu verteidigen. Dabei scheint im ältesten Prozeß, dem Legisaktionsverfahren, ähnlich wie im griechischen und im germanischen Recht, ein formales „Ziehen auf den Gewähren“ stattgefunden zu haben<sup>4</sup>, durch das der Prozeß völlig auf den Veräußerer überwältigt wurde, der ihn als einzige Partei auf eigene Gefahr durchfechten mußte<sup>5</sup>. Im klassischen Recht war diese Form des Gewährzugs verschwunden. Statt dessen begegnete nunmehr die Erscheinung, daß der Veräußerer nach außen hin als Prozeßvertreter, im Verhältnis zum Erwerber aber auf eigene Gefahr, also als *procurator in rem suam* (vgl. § 127, 1), in den Rechtsstreit eintrat und, falls er unterlag, die Vollstreckung des Urteils (*actio iudicati*) erduldet<sup>6</sup>. Daneben scheint aber auch die Möglichkeit bestanden zu haben, daß der Veräußerer, nachdem der Erwerber in eigener Person die Streitbegründung (*litis contestatio*) vollzogen hatte, zu seiner Unterstützung als sog. Nebenintervenient an dem Prozesse teilnahm<sup>7</sup>. — Entzog sich der Veräußerer seiner Gewährschaftspflicht (*auctoritatem defugere*), oder gelang es ihm nicht, den Besitz des Erwerbers zu verteidigen (*auctoritatis nomine vinci*), so stand dem Erwerber gegen ihn ein Bußanspruch auf den doppelten Betrag des Kaufpreises zu (*actio auctoritatis*, Paul. sent. 2, 17, 1 u. 3). — In den justinianischen Rechtsquellen ist die *actio auctoritatis* zusammen mit der *mancipatio* ausgemerzt; bei genauerem Zusehen sind ihre Spuren jedoch noch deutlich zu erkennen (vgl. z. B. D. 21, 2, 39 u. 62; D. 45, 1, 139).

3. Zuerst wohl bei Verkäufen ohne Manzipation, bei denen die *actio auctoritatis* nicht Platz griff (vgl. Varro de re rust. 2, 10, 5), dann aber bei Verkäufen aller Art, wurde es üblich, daß der Verkäufer dem Käufer durch Stipulation für Besitz und Nutzung des Kaufgegenstands einzustehen versprach<sup>8</sup>. Derartige Stipulationen begegneten in verschiedener Weise<sup>9</sup>. Die üblichste Form war die sog. *stipulatio duplae* (sc. *pecuniae*), durch die für den Fall der Entwerung die Herauszahlung des doppelten Kaufpreisbetrags versprochen wurde. Nach dem für Marktkäufe maßgebenden Edikt der kurlischen Ädilen (§ 7, 1), durfte der Käufer diese *stipulatio duplae* zugleich mit der Garantie für die Fehlerlosigkeit der Kaufsache fordern<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> ECK: Verpfl. d. Verkäufers z. Gewährung d. Eigentums 2ff., 1874; BECHMANN: Kauf I 107ff.; GIRARD: NRH 6, 183ff.; LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 542ff. (§ 290); PERNICE: Labeo III 115ff.; LEIST: RE 2, 2276f.; PELÜGER: Legis actio sacramenti 35ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 373ff., 578ff.; RABEL: Haftung d. Verkäufers I 5ff.; HAYMANN: Haftung d. Verkäufers I 1ff.; PARTSCH: ZSSt. 33, 601ff.; DE VISSCHER: RH 4. Ser., 12, 603ff. (vgl. § 54, Anm. 4, § 75, Anm. 1).

<sup>4</sup> Vgl. das *ἀνάγειν εἰς πρᾶτῆρα* im griechischen Recht; Nachweise bei LIPSIUS: Attisches Recht u. Rechtsverf. II 746.

<sup>5</sup> Damit scheint die bei Cicero pro Caecina 54, pro Murena 26 und bei Probus 4, 7 überlieferte Formel *quando te in iure conspicio, postulo, anne fuas* (= *fiat*? Hdschr. *far, fas, fiat*) *auctor* zusammenzuhängen, die auf einen Gewährzug *in auctorem praesentem* (Cicero) hindeutet.

<sup>6</sup> Iul. in D. 21, 2, 21, 2; Pap. eod. 66, 2; dazu fr. Vat. 317, 332.

<sup>7</sup> Vgl. WETZEL: Zivilprozeß <sup>3</sup> 49, Anm. 9, 50ff. Auch das griechische Recht kannte ein *ἀντρουαγείν* des Käufers; vgl. LIPSIUS: (s. o. Anm. 4.)

<sup>8</sup> ECK: Verpfl. d. Verkäufers 13ff.; BECHMANN: Kauf I 374ff.; LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 567f. (§ 296); GIRARD: NRH 8, 437ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 620ff.; RABEL: Haftung d. Verkäufers I 30ff., 131ff.; DE RUGGIERO: Bull. 14, 93ff.; BERGER: Strafklauseln i. d. Papyrusurkunden 141ff.; KASER: ZSSt. 54, 172ff.

<sup>9</sup> Entweder lauteten sie auf *habere licere* schlechthin, oder auf Rückzahlung des einfachen oder mehrfachen (namentlich des o. erwähnten doppelten) Kaufpreises oder Interesses. Über die Entstehung und Bedeutung der erstgenannten Stipulation sind nur Vermutungen möglich; vgl. darüber die o. Anm. 8 angeführte Lit., namentlich die Arbeiten von GIRARD, RABEL und KASER.

<sup>10</sup> Vgl. die bei LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 567, Anm. 2—4 angeführten Stellen aus den Kommentaren zum Ädilenedikt.

Für beide Garantieverprechen gab es ein gemeinschaftliches Formular, das uns in mehreren Urkunden, namentlich in den siebenbürgischen Wachstafeln (§ 57, 5), erhalten ist. Der auf die Entwerung bezügliche Teil dieses Formulars lautet im Fall des Kaufs einer Sklavin: *quod si quis eam puellam . . . evicerit, quominus Maximus Batonis* (der Käufer) . . . *habere possidereque recte liceat, tum quanti ea puella empti est tantam pecuniam et alterum tantum dari fide rogavit Maximus Batonis, fide promisit Dasius Verzonis* (der Verkäufer)<sup>11</sup>. — Für die Gewährleistung aus einer solchen Stipulation galten folgende Grundsätze:

a) Der Verkäufer konnte nicht sogleich in Anspruch genommen werden, wenn der Besitz des Käufers angefochten wurde, sondern erst dann, wenn der Käufer im Rechtsstreit unterlegen war und infolgedessen entweder die Sache herausgegeben hatte oder auf den Schätzwert verurteilt worden war (Pomp. D. 21, 2, 16, 1; vgl. § 78, 4).

b) Der Anspruch gegen den Verkäufer setzte voraus, daß der Käufer den Rechtsstreit um die Sache mit aller Sorgfalt geführt und insbesondere dem Verkäufer rechtzeitig den Streit verkündet hatte (*litem denuntiare*)<sup>12</sup>.

c) Wie bei der Entwerungshaftung aus der Manzipation (Ziff. 2), konnte auch hier der Verkäufer als *procurator in rem suam* oder als Nebenintervenient in den Rechtsstreit eintreten.

4. Schließlich erwies sich auch die *actio empti* als geeignet, die Entwerungshaftung zu verwirklichen<sup>13</sup>. Nachdem sich einmal der Gedanke durchgesetzt hatte, daß der Verkäufer zur Garantieübernahme im Wege der *stipulatio duplae* verpflichtet sei (vgl. das Ädilenedikt, Ziff. 3), konnte der Käufer mit der *actio empti* die Nachholung der Garantiezusage verlangen, wenn sie etwa unterblieben war (Neratius b. Ulp. D. 19, 1, 11, 8). Darüber hinaus aber erkannte das hochklassische Recht auch die Möglichkeit an, mit der *actio empti* unmittelbar den Ersatz des aus einem Mangel im Recht erwachsenen Schadens zu verfolgen. In diesem Fall richtete sich der Anspruch auf das einfache Interesse des Käufers am ungestörten Besitz der Sache (*quanti interest rem evictam non esse*; Iul. D. 21, 2, 8; Paul. eod. 70)<sup>14</sup>. Voraussetzung für die Geltendmachung war im Prinzip auch hier, daß die Entwerung stattgefunden hatte. Indessen zeigten sich bereits im klassischen Recht Ansätze zu einer weiteren Ausgestaltung: So ließ man Gewährleistungsansprüche im Wege der *actio empti* auch dann zu, wenn der Käufer zwar im Besitz der Sache geblieben war, aber nicht infolge des Erwerbs vom Verkäufer, sondern auf Grund eines anderen entgeltlichen oder unentgeltlichen Erwerbstitels<sup>15</sup>. Ferner trat die Haftung aus der *actio empti* ohne Rücksicht auf die Eviktion ein, wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft hatte (Iul.-Afr. D. 19, 1, 30, 1); und endlich konnte der Käufer die Preiszahlung verweigern, solange er in einen Prozeß über das Eigentum an der Sache verwickelt war (sog. *exceptio evictionis imminens*; fr. Vat. 12)<sup>16</sup>. Mit diesen Entscheidungen war tatsächlich das Prinzip der reinen Entwerungshaftung bereits ver-

<sup>11</sup> CIL III 936f. = BRUNS: Fontes I 7 Nr. 131, S. 330.

<sup>12</sup> Nachweise bei LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 568, Anm. 18.

<sup>13</sup> ECK: Verpfl. d. Verkäufers 23ff.; BECHMANN: Kauf I 665ff., III 3ff.; GIRARD: NRH 8, 396ff.; RABEL: Haftung d. Verkäufers I 75ff., 142ff.

<sup>14</sup> Vgl. KASER: ZSt. 54, 162ff.

<sup>15</sup> Paul. sent. 2, 17, 8 (*ex causa lucrativa*; diese allgemeine Formulierung schloß namentlich auch den Erwerb durch Erbgang in sich; bezeugt ist er freilich nur in einer verfälschten Stelle: D. 21, 2, 9); Celsus b. Pomp. D. 21, 2, 29 pr. (Celsus versagte dem Verkäufer die *actio venditi* auf den Kaufpreis; hatte der Käufer schon gezahlt, so mußte er dementsprechend die *actio empti* auf Rückzahlung des Preises gewähren). — Über den Fall, daß der Käufer im Eigentumsprozeß unterlag und die Sache infolge Zahlung der *litis aestimatio* behielt s. schon o. Ziff. 3a.

<sup>16</sup> Itp. wiedergegeben in D. 18, 6, 19, 1 (LENEL: Pal. Pap. 478); vgl. auch C. 8, 44, 24. Näheres bei BEKKER: Jahrb. d. gem. dtsh. Rechts 6, 229ff.; COSTA: Papiniano IV 114, Anm. 7; RABEL: Haftung d. Verkäufers I 82ff.; HAYMANN: ZSt. 41, 142f., 154.

lassen und der heute herrschende<sup>17</sup> Gedanke der Pflicht zur Rechtsverschaffung angebahnt<sup>18</sup>, ein Gedanke, den freilich noch die justinianischen Quellen ausdrücklich ablehnen (Paul. D. 19, 4, 1 pr.).

§ 144. Gewährleistung für Sachmängel<sup>1</sup>. 1. Wie die älteste Form der Rechtsmängelhaftung knüpfte auch der früheste Tatbestand einer Gewährleistung für Sachmängel an die *Manzipation* an: hatte der Veräußerer eines Grundstücks gelegentlich der *Manzipation* falsche Angaben über dessen Flächeninhalt gemacht, so unterlag er einem Bußanspruch auf den doppelten Wert des Mindermaßes (*actio de modo agri*<sup>2</sup>, Paul. sent. 2, 17, 4); im justinianischen Recht war dieser Anspruch verschwunden.

2. In spätrepublikanisch-klassischer Zeit vermochte die *actio empti* in gewissem Umfang der Verwirklichung einer Sachmängelhaftung zu dienen; freilich hat die neuere Forschung<sup>3</sup> gezeigt, daß auch diese Haftungsmöglichkeit an verhältnismäßig engbegrenzte Tatbestände gebunden war: In erster Linie hatte der Verkäufer für solche Zusicherungen einzustehen, die er gelegentlich der *Manzipation* des Kaufgegenstands in förmlicher Weise gemacht hatte (*nuncupatio*, vgl. § 54, 3b; *dicta in mancipio, leges mancipii*)<sup>4</sup>. Darüber hinaus haftete er für solche Fehler der Sache, die ihm bekannt waren, die er aber dem Käufer wissentlich verschwiegen hatte (Cicero de orat. 1, 178; de off. 3, 65); endlich auch für formlose Zusicherungen, wenn er dadurch den Käufer vorsätzlich irregeführt hatte<sup>5</sup>. — Unter diesen Voraussetzungen konnte der Käufer mit der *actio empti* den Ersatz desjenigen Schadens verlangen, den er dadurch erlitten hatte, daß er auf die Richtigkeit der vom Verkäufer gemachten Angaben bzw. auf die Redlichkeit des Verkäufers vertraute (Vertrauensschaden oder negatives Interesse); vor allem konnte er, wenn er nachwies, daß er die mangelhafte Sache zu teuer gekauft hatte, eine Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen, falls er nicht überhaupt vorzog, den ganzen Kauf rückgängig zu machen (Wandlung)<sup>6</sup>. Wenn in den justinianischen Quellen über den Vertrauensschaden hinaus gelegentlich ein Anspruch auf den Betrag des Interesses an der Lieferung einer mangelfreien Sache erscheint (Erfüllungsinteresse oder positives Interesse), so beruht dies offenbar auf nachklassischer Veränderung<sup>7</sup>.

<sup>17</sup> Wenigstens im deutschen Recht (§§ 433, 440 BGB) und in verwandten Rechten (Österreich, Schweiz). In den romanischen Rechten herrscht noch das Eviktionsprinzip. Dagegen kennt wiederum das anglo-amerikanische Recht eine Garantie des Verkäufers für seine Veräußerungsbefugnis. Nachweise im Rechtsvergl. Handwörterbuch 4, 748ff.

<sup>18</sup> Dies hat namentlich ECK: Verpfl. d. Verkäufers, bes. 24ff. dargetan.

<sup>1</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>9</sup> 684 (§ 393); s. bes. BECHMANN: Kauf I 361ff.; III 108ff. Grundlegende interpolationenkritische Untersuchung: HAYMANN: D. Haftung d. Verkäufers f. d. Beschaffenheit d. Kaufsache, 1912; dazu PARTSCH: ZSSt. 33, 600ff. Ferner neuerdings MONIER: La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine, 1930; dazu HAYMANN: ZSSt. 51, 474ff. Weitere Angaben im folgenden.

<sup>2</sup> BECHMANN: Kauf I 247ff.; LENEL: ZSSt. 3, 190ff.; Ed. perp. <sup>3</sup> 190f.; PERNICE: Labeo III 115ff.; HAYMANN: Haftung I 14ff.; PARTSCH: ZSSt. 33, 601.

<sup>3</sup> Vor allem HAYMANN: Haftung 44ff.; s. ferner SCHULZ: Einf. i. d. Studium d. Digesten 117ff.; MONIER: La garantie 11.

<sup>4</sup> Hierzu HAYMANN: Haftung 1ff.; PARTSCH: ZSSt. 33, 603ff.; KUNKEL: RE 14, 1000. — Daß für die *dicta in mancipio* nur im Falle einer vorsätzlichen Irreführung des Käufers gehaftet worden sei, wie JÖRS in der Vorauf. (162) annimmt, ist sehr unwahrscheinlich.

<sup>5</sup> Nach HELDRICH: Verschulden beim Vertragsabschluß (Leipziger rechtswiss. Studien 7) 7ff. soll der Verkäufer in diesem Falle nicht mit der *actio empti*, sondern auf Grund der *actio de dolo* gehaftet haben; vgl. dagegen KUNKEL: ZSSt. 46, 434f.

<sup>6</sup> Paul. sent. 2, 17, 6. Die Stelle ist in der Form wenig ansprechend und vermutlich erst ein Produkt des nachklassischen Sentenzenverfassers (vgl. SCHULZ: Einf. 118); an der Zuverlässigkeit des Inhalts zu zweifeln, besteht kein Anlaß.

<sup>7</sup> Das eindeutigste Zeugnis dieser Art ist D. 19, 1, 13 pr. a. E. HAYMANN: Haftung 61f. hält diese und andere Stellen für justinianische Interpolationen; doch muß mit einer Verwischung der Haftungsgrenzen durch das mangelnde Verständnis vorjustinianischer Quellenbearbeiter gerechnet werden; zu D. 19, 1, 13 pr. vgl. auch E. FRAENKEL: ZSSt. 44, 527ff.; KUNKEL: ZSSt. 46, 285ff. — Nicht glücklich m. E. FLUME: ZSSt. 54, 328ff.

3. Wie für Rechtsmängel (vgl. § 143, 3), so konnte der Verkäufer auch für Sachmängel eine besondere Garantie durch Stipulation übernehmen. Dabei bestimmte sich der Umfang der Gewährleistungspflicht natürlich nach dem individuellen Inhalt der Stipulationsformel. Im Regelfalle scheint das Versprechen des Verkäufers nicht auf eine feste Strafsumme, sondern einfach auf die Tauglichkeit der Sache oder die Abwesenheit von Mängeln gelaute zu haben. In solchen Fällen richtete sich der Gewährschaftsanspruch des Käufers, nicht anders als bei Geltendmachung der *actio empti* (Ziff. 2), auf das Interesse (Ulp. D. 21, 2, 31)<sup>8</sup>; praktisch gesehen, bedeutete dies wohl zumeist, daß der Kaufpreis im Verhältnis zum Minderwert der Sache herabgesetzt wurde.

4. Auf dem Gebiet des Sklaven- und Viehkaufs führte die Sitte der Gewährschaftsübernahme durch Stipulation schließlich zur Ausbildung einer allgemeinen Mängelhaftung auf honorarrechtlicher Grundlage. Träger dieser Rechtsfortbildung war die Jurisdiktion der kurulischen Ädile, denen die Marktgerichtsbarkeit oblag<sup>9</sup>.

a) Das Edikt der Ädile enthielt die Vorschrift, daß die Verkäufer von Sklaven und Vieh die Gebrechen und Fehler des Kaufgegenstands öffentlich kundbar machen sollten (*palam recte pronuntiantio*<sup>10</sup>); zu den Mängeln, über die sie sich in dieser Weise zu erklären hatten, gehörten außer Krankheiten auch gewisse Charakterfehler, so die Tatsache, daß der angebotene Sklave ein Durchgänger (*fugitivus*) oder Herumtreiber (*erro*) war, ferner die Belastung mit der Haftung für einen Schaden, den der Sklave oder das Tier angerichtet hatte (*noxa*, vgl. § 170).

b) Für solche Mängel, die der Verkäufer etwa dem Edikte zuwider nicht angegeben hatte und die nicht offensichtlich waren (Ulp. D. 21, 1, 1, 6), konnte der Käufer anscheinend Garantie durch Stipulation verlangen<sup>11</sup>; das Formular für solche Gewährschaftsstipulationen war im Edikt festgelegt<sup>12</sup>. Übernahme der Verkäufer in dieser Weise die Garantie und erwies sich danach die Kaufsache als mangelhaft, so erwuchs dem Käufer aus der Stipulation ein Anspruch auf das Interesse (Ziff. 2). Unterblieb dagegen die Gewährschaftsstipulation, so konnte, wie es scheint, der Käufer entweder binnen zwei Monaten die Rückzahlung des Preises gegen Rückgabe der Ware fordern (Wandlung, *actio redhibitoria*)<sup>13</sup> oder, falls er den Kaufgegenstand behalten wollte, binnen sechs Monaten den Betrag seines Interesses, d. h. praktisch in aller Regel die Herabsetzung des Kaufpreises (Gai. D. 21, 1, 28).

<sup>8</sup> So sind insbesondere die bei Varro erhaltenen Stipulationsformulare für Viehkäufe aufzufassen; vgl. die Zusammenstellungen bei BRUNS: Fontes II 7 63 und BECHMANN: Kauf I 392 ff.

<sup>9</sup> Text des ädilizischen Edikts über Sklavenkäufe in D. 21, 1, 1, 1, des Edikts über Viehkäufe in D. 21, 1, 38 pr. — Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II 9 684 (§ 393). Dazu BECHMANN: Kauf I 395 ff.; III 110 ff.; ECK: Berliner Festg. f. Beseler 159 ff.; WLAŠAK: Negotiorum gestio 168 ff.; LENEL: Ed. perp. 3 554 ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1288 ff.; HAYMANN: Haftung I 19 ff.; PARTSCH: ZSt. 33, 605 ff.; VINCENT: Le droit des édiles, 1922; DE SENARCLENS: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 2, 384 ff.; 12, 390 ff.; RH. 4. Ser., 6, 385 ff.; MONIER: La garantie contre les vices cachés.

<sup>10</sup> So das Sklavenedikt. Im Edikt über den Viehkauf heißt es statt dessen *palam recte dicuntio*. Gesah die *pronuntiatio* über die Mängel gelegentlich der Mancipation des Kaufgegenstands, so konnte aus ihr, soweit sie positive Versicherungen über die Abwesenheit von Fehlern enthielt, unmittelbar die *actio empti* wegen *dicta in mancipio* abgeleitet werden (Ziff. 2 a. A.).

<sup>11</sup> Ob diese Möglichkeit auf den Fall des Sklavenkaufs beschränkt war (so u. a. auch die Vorauf.), steht nicht fest.

<sup>12</sup> Es enthielt (wie schon in § 143, 3 hervorgehoben) zugleich die Garantieformel für den Fall der Entwerung. Beispiele i. d. siebenbürgener Wachstafeln (vgl. § 57, 5) bei BRUNS: Fontes I 7 329 ff., Nr. 130 ff., sowie in Papyrusurkunden: BGU 887 (= MITTEIS: Chrest. 272); Pap. Lond. Nr. 229 (= Hermes 32, 273 f.); PSI VI 729 (hierzu VASSALLI: Bull. 31, 147). Abweichend BGU 316 (= MITTEIS: Chrest. 271; 359 n. Chr.). — Zu der an diese Urkunden anknüpfenden Frage nach der Geltung des Ädilenedikts in den Kaiserprovinzen vgl. WEISS: ZSt. 37, 167 ff.; SOLAZZI: Arch. giur. 92, 99 f.; Istituti tutelari 116 ff.

<sup>13</sup> Wahrscheinlich erfolgte dabei eine *condemnatio in duplum* gegen den Verkäufer; vgl. zuletzt LENEL: Ed. perp. 3 557 f.; 563.

c) Die uns überlieferte Fassung des Ädilenedikts kennt neben dem Zwang zur Garantieübernahme durch Stipulation<sup>14</sup> eine unmittelbare Haftung des Verkäufers wegen nicht kundgegebener Sachmängel. Danach konnte der Käufer ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer Stipulation entweder binnen sechs Monaten die Wandlung (*actio redhibitoria*) oder innerhalb eines Jahres die Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung; *actio quanti minoris*) verlangen, wenn sich nach der Übergabe der Kaufsache Mängel der im Edikt bezeichneten Art herausstellten.

d) Anders als im Falle der *actio empti* (Ziff. 2) kam es im Rahmen der ädilizischen Mängelhaftung nicht darauf an, ob der Verkäufer die Fehler gekannt hatte oder nicht. Soweit die ädilizischen Ansprüche in Betracht kamen, wurde also auch für sog. verborgene oder heimliche Mängel gehaftet (Ulp. D. 21, 1, 1, 2).

5. Das justinianische Sachmängelrecht weist dem klassischen gegenüber eine Reihe von Abweichungen auf, die teils auf bewußter Umgestaltung, teils auf unwillkürlicher Ausgleichung der Unterschiede zwischen den klassischen Rechtsbildungen beruhen mögen.

a) Das ädilizische Gewährschaftsrecht wurde durch Interpolationen<sup>15</sup> auf den Kauf von Sachen aller Art erstreckt; dadurch wurde zugleich die Beschränkung der ädilizischen Haftung auf die im Edikt aufgezählten Mängeltatbestände (Ziff. 4 a) gegenstandslos<sup>16</sup>, da diese lediglich im Hinblick auf den Kauf von Sklaven und Vieh zusammengestellt waren.

b) Infolge des Verschwindens der *mancipatio* (§ 54, 5) entfiel nicht nur die klassische *actio de modo agri* (Ziff. 1), sondern auch die Sonderbehandlung der *dicta in mancipio* im Rahmen der *actio empti* (Ziff. 2); aus der Haftung für *dicta in mancipio* wurde nunmehr eine allgemeine Garantiepflicht des Verkäufers auch für formlose Zusicherungen (*dicta et promissa*)<sup>17</sup>.

c) Der Zwang zur Garantieübernahme durch Stipulation (Ziff. 4 b), der im ädilizischen Recht der klassischen Zeit neben der unmittelbaren Haftung des Verkäufers auf Grund der *actiones redhibitoria* und *quanti minoris* (Ziff. 4 c) gestanden hatte, ist zwar in der justinianischen Kompilation nicht völlig spurlos verschwunden (vgl. die Aufnahme von Gai. D. 21, 1, 28), jedenfalls aber praktisch bedeutungslos geworden, wie denn überhaupt die Form der Stipulation für die vereinbarte Mängelgewähr entbehrlich war, da ja nunmehr die formlose Zusicherung im Rahmen des Kaufvertrags (*dicta et promissa*, s. o. b) eine *actio empti* begründete.

d) Infolge nachklassischer Textveränderungen erscheint an einzelnen Stellen der justinianischen Quellen statt der Haftung auf das Vertrauensinteresse bei der *actio empti* eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse (Ziff. 2 a. E.).

Der auf diese Weise geschaffene Rechtszustand entspricht in allem Wesentlichen schon den Grundsätzen, von denen die Regelung im heutigen deutschen Recht ausgeht (§ 462, 463 BGB): Der Käufer konnte nunmehr wegen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften und wegen solcher Mängel, die der Verkäufer arglistig verschwiegen oder deren Abwesenheit er ausdrücklich garantiert hatte, wahlweise mittels der *actio empti* das (Erfüllungs)interesse oder im Rahmen der *actio redhibitoria* bzw. der *actio quanti minoris* Wandlung oder Minderung verlangen, wegen anderer Mängel dagegen nur Wandlung oder Minderung. Aus einer an besondere Tatbestände geknüpften

<sup>14</sup> Der (zweifelloso ältere) mittelbare Schutz durch Zwang zum Abschluß einer Garantiestipulation wird im überlieferten Ediktstext nicht besonders erwähnt, war aber, wie D. 21, 1, 28 beweisen dürfte, auch in klassischer Zeit noch neben der unmittelbaren Haftung gebräuchlich.

<sup>15</sup> In D. 21, 1, 1 pr. und 63 pr. — Vgl. bes. HAYMANN: Haftung 37ff.; DE SENARCLENS: RH 4. Ser., 6, 385ff.

<sup>16</sup> Vgl. die (verfälschten) Tatbestände in D. 21, 1, 49 und C. 4, 58, 4. Zum mindesten handelt es sich für das klassische Recht hier nicht um die ädilizische Wandlungsklage.

<sup>17</sup> Vgl. etwa die (sicher verfälschte) l. D. 19, 1, 13, 3. — Auch die Definition des *dictum vel promissum* in D. 21, 1, 19, 2 dürfte den nachklassischen Begriff des formlosen *dictum* wiedergeben.

Ausnahme war damit die Mängelgarantie in folgerichtiger Fortbildung der immer weiter ausgreifenden klassischen Entwicklung zum allgemeinen Prinzip geworden.

**§ 145. Kauf von Rechten.** 1. Ein Recht konnte nicht nur dann Gegenstand eines Kaufvertrags sein, wenn es zur Zeit des Vertragsabschlusses schon bestand, sondern auch dann, wenn es erst zu begründen war. Demgemäß konnte der Käufer im einen Falle die Begründung des Rechts, z. B. die Bestellung der verkauften Dienstbarkeit, im anderen Falle seine Übertragung fordern (*actio empti*), während er seinerseits, wie beim Sachkauf, zur Preiszahlung verpflichtet war (*actio venditi*).

2. Handelte es sich um ein dingliches Recht, so haftete der Verkäufer, wenn dem Käufer die Ausübung im Prozeß abgestritten wurde, nach den für die Entwerung geltenden Grundsätzen (§ 143; vgl. Cels. D. 21, 2, 10; Afr.-Iul. ebd. 46, 1<sup>1</sup>). Beim Verkauf einer Forderung mußte er für deren rechtlichen Bestand (*debitorem esse*) eintreten, dagegen hatte er die Leistungsfähigkeit des Schuldners (*locupletem esse debitorem*) nicht zu vertreten (Cels. in D. 18, 4, 4).

### C. Miete, Pacht, Werk- und Dienstvertrag (*locatio conductio*).

**§ 146. Der Begriff der *locatio conductio*.** 1. Der römische Kontraktstyp der *locatio conductio* umschloß eine Reihe von Tatbeständen, die wir heute als sehr verschiedenartig empfinden und aus diesem Grund unter die Begriffe Miete, Pacht, Werkvertrag und Dienstvertrag verteilen. Dementsprechend pflegt die moderne Betrachtung auch für das römische Recht wenigstens verschiedene Unterarten der *locatio conductio* zu unterscheiden, nämlich die *locatio conductio rei* (Miete und Pacht), die *locatio conductio operis* (Werkvertrag) und die *locatio conductio operarum* (Dienstvertrag). Indessen war den Römern selbst eine solche Gliederung durchaus fremd<sup>1</sup>: sie kannten nur einen einheitlichen Begriff der *locatio conductio*, weil sie von einer ganz andersartigen Betrachtungsweise ausgingen. Während wir das Gemeinsame der verschiedenen Fälle lediglich in der Entgeltlichkeit sehen und je nach der Natur der Leistung, die für Geld geboten wird, verschiedene Vertragstypen annehmen, sah der Römer das Wesentliche in dem Umstand, daß in allen Fällen etwas „verdungen“ wird (*locare*), sei es eine Sache, die Herstellung eines Werkes oder die Arbeitskraft einer Person<sup>2</sup>. Mit dieser Betrachtungsweise hängt auch die uns befremdlich erscheinende Tatsache zusammen, daß als *locator* einerseits der Vermieter bzw. Verpächter und der Dienstverpflichtete, andererseits aber (im Falle der sog. *locatio conductio operis*) der Besteller des Werkes erscheint, während wir umgekehrt den Werkunternehmer jenen anderen an die Seite stellen würden, weil er wie sie eine sächliche Leistung zu erbringen hat und seinerseits eine Geldleistung empfängt. Dem *locator* als dem Verdingenden steht der *conductor* gegenüber als der, der das Verdungene „an sich nimmt“<sup>3</sup>. *Conductor* ist demgemäß der Mieter, der Pächter, der Dienstherr und der Werkunternehmer.

2. Die *locatio conductio* ist stets entgeltlich<sup>4</sup>, also „gegenseitiger Vertrag“ (§ 130, 2); sie kommt, jedenfalls nach der Anschauung des klassischen Rechts<sup>5</sup>, durch formlose

<sup>1</sup> Bezieht sich auf die *actio auctoritatis*, vgl. LENEL: Pal. Afr. fr. 63.

<sup>2</sup> PARTSCH bei RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 465, Anm. 5; ARANGIO-RUIZ: Ist. <sup>2</sup> 333 ff. und, von Arangio-Ruiz angeregt, ausführlich BRASIELLO: L'unitarietà del concetto di locazione in dir. rom. (Estr. Riv. ital. sc. giur. NS 2/3, 1928).

<sup>3</sup> Dem *locare* entspricht genau der griechische Terminus *ἐκδιδόωαι*. Übrigens bezeichnet das griechische Recht mit *μισθωσις* gleichfalls sowohl Miete und Pacht wie Dienst- und Werkvertrag; anders als im römischen Recht scheidet aber der griechische Sprachgebrauch die *μισθωσις* nicht immer scharf von dem Kauf.

<sup>4</sup> MOMMSEN: Jur. Schr. III, 137, Anm. 1 bestreitet freilich diese Deutung von *conducere*. Ganz anders auch KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 638.

<sup>5</sup> Die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung ist ein selbständiger Vertragstyp: *commodatum* (§ 136).

<sup>6</sup> Nach PEROZZI: zuletzt Ist. II <sup>2</sup> 289 kam noch in klassischer Zeit die *locatio conductio rei* erst mit der Hingabe der Miets- bzw. Pachtsache zustande; dies wird mit Recht allgemein ab-



Einigung zustande, gehört also zu den Konsensalkontrakten (§ 117, 2d). Die Römer haben sie stets als einen dem Kauf sehr nahe verwandten Vertragstyp empfunden<sup>6</sup>. Den Ansprüchen aus dem Kauf genau entsprechend waren zweifellos auch die beiden Klagformeln der *locatio conductio* gestaltet; wie die Kaufformeln enthielten sie insbesondere auch die *ex fide bona*-Klausel<sup>7</sup>.

§ 147. Miete und Pacht (*locatio conductio rei*)<sup>1</sup>. 1. Die entgeltliche Überlassung des Gebrauchs einer Sache nennen wir Miete; wir unterscheiden von ihr die Pacht, bei der nicht allein der Gebrauch, sondern auch der Fruchtgenuß überlassen wird. Ebenso wie die Abgrenzung der Sachverdingung von Dienst- und Werkvertrag war auch die begriffliche Trennung von Miete und Pacht den Römern fremd<sup>2</sup>. Dies hindert nicht, daß wir die hierhergehörigen Tatbestände der *locatio conductio* je nach dem Umfang der sächlichen Leistung als Miete oder als Pacht bezeichnen: so z. B. die *locatio conductio* eines ländlichen Grundstücks (*praedium rusticum*) als Pacht, die einer Wohnung als Miete. — Gegenstand eines Pachtvertrags konnte übrigens auch ein Recht sein, dessen Erträgnisse dem Pächter zufallen sollten; allerdings gehörten derartige Pachtverträge über ein Recht zumeist dem Bereich des öffentlichen Rechts an (Zoll- und Steuerpacht)<sup>3</sup>.

2. Ansprüche aus Miete und Pacht.

a) Der Anspruch des Mieters richtete sich auf Hingabe der Mietssache und auf Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs, der des Pächters darüber hinaus auf die Gewährung der Fruchtziehung (*actio conducti*).

b) Der Vermieter bzw. Verpächter konnte mit der *actio locati* in erster Linie die Zahlung des Miets- und Pachtzinses (*merces*) verlangen, der im Regelfalle in Geld, bei der Landpacht aber auch nicht selten in Früchten des Pachtgrundstücks zu leisten war und sich häufig als ein quotenmäßig bestimmter Anteil am Ertrag darstellte (sog. Teilpacht, *colonia partiaria*)<sup>4</sup>. — Ferner hatte der Vermieter oder Verpächter Anspruch auf Rückgabe der Sache nach Ablauf des Vertragsverhältnisses<sup>5</sup>.

3. Miet- und Pachtverträge wurden zumeist wohl auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen; für die Landpacht insbesondere war eine fünfjährige Pachtperiode

gelehnt, vgl. zuletzt BRASIELLO: (s. o. Anm. 1), 83ff. Für die älteste *locatio conductio* wird der Charakter eines Realvertrags des öfteren behauptet: vgl. PERNICE: Labeo I 465f.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 635f.; ŠBER: Röm. R. II 203, Anm. 1; BRASIELLO: (s. o. Anm. 1) 89. Aber der römische Typ des Realkontrakts läßt stets nur einen Anspruch auf Rückgabe, nicht auch einen Anspruch auf Gegenleistung entstehen. Auch ist es schwer vorstellbar, wie sich die sicherlich sehr alte Verdingung freier Tagelöhner in den Typus eines Realvertrags eingeordnet haben sollte; darf man annehmen, daß erst durch die erbrachte Arbeitsleistung eine Verpflichtung und nur eine Verpflichtung des Dienstherrn entstanden sei? — Aus der Sphäre des Gemeindevermögensrechts leitet MOMMSEN: Jur. Schr. III, 132ff. die *locatio conductio* (ebenso wie auch die *emptio venditio*) her; möglich ist jedenfalls, daß die im Rahmen der staatlichen Verwaltung erforderlichen Pacht- und Arbeitsverträge großen Stils für die begriffliche Durchbildung der *locatio conductio* von Bedeutung waren.

<sup>6</sup> Vgl. Gai. 3, 145ff. (Erörterung von Grenzfällen); D. 19, 2, 2; Paul. D. 19, 2, 22, 3.

<sup>7</sup> Die Formeln sind nicht im Wortlaut überliefert. Vgl. LENEL: Ed. perp. § 299f. (§ 111).

<sup>1</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II § 717ff. (§ 399). Ferner DEGENKOLB: Platzrecht u. Miete 126ff., 1867; BECHMANN: D. Kauf n. gem. Recht I 419ff.; PERNICE: Labeo I 466ff.; ZSSt. 9, 239ff.; BURCKHARD: Z. Gesch. d. locatio conductio 1899; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 632ff.; COSTA: Locazione di cose, 1915.

<sup>2</sup> Dagegen unterschieden die Römer in analoger Weise zwischen dem dinglichen Nießbrauchsrecht (*ususfructus*, § 84) und dem dinglichen Gebrauchsrecht (*usus*, § 85, 1).

<sup>3</sup> Hierüber Näheres bei ROSTOWZEW: Gesch. d. röm. Staatspacht (Philologus, Suppl.-Bd. 9, 1902); HIRSCHFELD: D. kaiserl. Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian<sup>2</sup> 81ff.

<sup>4</sup> Vgl. über die Teilpacht: WAASER: Die colonia partiaria, 1885; FERRINI: Opere III 1ff. (= Arch. ziv. Pr. 81, 1ff.); CROME: D. partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897; LONGO: Mél. Girard II 105ff.; KOBLER: D. Teilbau i. röm. u. geltenden ital. Recht (Arb. z. Handels-, Gewerbe- u. Landwirtschaftsr. 47, 1928), hierzu EISSER: ZSSt. 49, 552ff.

<sup>5</sup> Über die Haftung des Mieters und Pächters vgl. § 109, 2a, bes. Anm. 14 (*custodia*-Pflicht) und ebd. Ziff. 3 (Haftung im Rahmen der *bona fides*); eine Abnutzung der Mietssache, die sich aus dem vertragsmäßigen Gebrauch ergab, fiel dem Mieter natürlich nicht zur Last.

(*lustrum*) üblich. Bei derartigen zeitlich begrenzten Verträgen war eine einseitige Aufhebung des Miets- oder Pachtverhältnisses nur dann statthaft, wenn sich der aufhebende Teil auf eine Vertragsverletzung durch den Gegner (z. B. Nichtzahlung des Zinses, Paul. D. 19, 2, 54, 1; Nichtbehebung von Schäden der Mietsache, Gai. D. 19, 2, 25, 2 a. E.) oder doch jedenfalls auf eine Beeinträchtigung seines Vertragsgenusses berufen konnte (Gai. D. 19, 2, 25, 2: der Nachbar verbaut die Fenster der Mietwohnung). blieb der Mieter oder Pächter nach Ablauf der Vertragszeit im Genuß der Sache, so galt das als vertragliche Erneuerung des Verhältnisses (sog. *relocatio tacita*; Ulp. D. 19, 2, 13, 11; 14, beide Stellen itp.). — Auf unbestimmte Zeit geschlossene Verträge konnten anscheinend jederzeit einseitig und fristlos aufgehoben werden<sup>6</sup>. — Schließlich gab es eine Verpachtung auf unbegrenzte Zeit (Ewigpacht, *locatio perpetua* oder *in perpetuum*; Gai. 3, 145; Gordian C. 4, 65, 10), die dem Pächter unter Umständen einen dinglichen Rechtsschutz verlieh; vgl. hierzu § 89.

4. Wer das Eigentum oder ein anderes dingliches Recht, das ihn zum Besitz berechnigte, z. B. den Nießbrauch, an einer vermieteten oder verpachteten Sache erwarb, konnte dem Mieter oder Pächter ohne weiteres die Sache abstreiten, da ihn das schuldrechtliche Verhältnis zwischen seinem Vormann und dem Mieter (Pächter) nicht berührte; der Mieter (Pächter) mochte sich an seinen Vertragsgegner halten, der ihm für die Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung einzustehen hatte (Gai. D. 19, 1, 25, 1; Paul. D. 7, 1, 59, 1)<sup>7</sup>.

§ 148. Dienstvertrag (*locatio conductio operarum*)<sup>1</sup>. 1. Der auf Leistung von Diensten gegen Entgelt gerichtete, von den Römern unter dem Gesichtspunkt der *locatio conductio* behandelte Vertrag spielt in den Rechtsquellen eine verhältnismäßig untergeordnete Rolle. Dies beruht einmal auf der schon berührten Tatsache (§ 139, 1 c), daß sozial gehobene Stände ihre Tätigkeit nach römischer Auffassung grundsätzlich nur unentgeltlich, d. h. als Beauftragte, zur Verfügung stellen konnten, sodann auf der weiten Verbreitung der Sklavenarbeit<sup>2</sup>. So bleiben als Tatbestände der *locatio conductio operarum* im wesentlichen nur die Dienstleistungen freier Tagelöhner und Handwerker, und auch diese nur, insoweit sie nicht unter die Kategorie des Werkvertrags fallen<sup>3</sup>.

<sup>6</sup> Quellenbelege fehlen; doch ist die im Text vorgetragene Auffassung in sich wahrscheinlich; für sie spricht auch die Tatsache, daß in Stellen wie Paul. D. 19, 2, 24, 2ff.; 54, 1 stets eine Miete oder Pacht auf bestimmte Zeit vorausgesetzt wird. — Die Aufhebung des Miets- oder Pachtverhältnisses durch den Mieter (Pächter) heißt in den Quellen *relinquere, deserere, discedere, migrare*, die durch den Vermieter (Verpächter) *expellere, repellere*; diese Terminologie zeigt deutlich, daß die tatsächliche Endigung entscheidend war; eine rechtsgeschäftliche Kündigung kamte das römische Recht nicht. Dementsprechend gab es auch keine Kündigungsfristen.

<sup>7</sup> Die gemeinrechtliche Formulierung dieser Rechtslage „Kauf bricht Miete“ ist einmal zu eng, weil sie lediglich den (freilich wichtigsten Fall) des käuflichen Erwerbs im Auge hat, sodann aber auch insofern ungenau, als nicht der schuldrechtliche Tatbestand des Kaufs, sondern der dingliche Rechtserwerb den (im Verhältnis zum Vertragsgegner fortbestehenden) schuldrechtlichen Anspruch des Mieters bzw. Pächters beeinträchtigt. — Der entgegengesetzte Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ ist heute auf deutschrechtlicher Grundlage in BGB § 571 verwirklicht. Anders das schweizerische OR Art. 259 (vgl. jedoch auch Art. 260).

<sup>1</sup> Lit. s. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 718 (§ 399), 744 (§ 401). Dazu PERNICE: ZStSt. 9, 242ff.; MITTETS: Symbolae Pragenses 134ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 641ff.; DESCHAMPS: Mél. Gérardin 157ff.; BRASIELLO: L'unitarietà del concetto di locazione 17ff. — Über den Lehrlingsvertrag im besonderen handelt CUGIA: Profili del tirocinio industriale, 1921; vgl. das Referat von STOLL: ZStSt. 47, 530ff.

<sup>2</sup> Das Verhältnis der freien Arbeit zur Sklavenarbeit im Altertum und die damit zusammenhängenden Wirtschaftsformen sind oft behandelt worden. Vgl. namentlich ROBERTUS: Jahrb. f. Nat.-Ök. u. Statistik 2, 206ff., 4, 341ff., 5, 135ff., 241ff., 8, 81ff., 385ff. („Oikowirtschaft“) BÜCHER: Entstehung d. Volkswirtschaft; WEBER, M.: Röm. Agrargesch. 230ff., MEYER, Ed.: Kl. Schr. I<sup>3</sup> 79ff., 169ff.; WILCKEN: Griech. Ostraka I 681ff.; GUMMERUS: D. röm. Gutsbetrieb (Klio, Beiheft 5).

<sup>3</sup> Es begegnen auch Dienstverträge, die vom Gewalthaber über die Tätigkeit seines Gewalt-

2. Der Dienstherr (*conductor*) konnte mittels der *actio conducti* sorgfältige Verrichtung der aufgetragenen Arbeit nach seinen Anweisungen fordern; der Dienstverpflichtete (*locator*) mußte die Dienste persönlich erbringen und hatte seinerseits eine *actio locati* auf Zahlung des Lohnes (*merces*), auch dann, wenn seine Tätigkeit nicht in Anspruch genommen wurde.

§ 149. **Werkvertrag (*locatio conductio operis*)<sup>1</sup>.** 1. Vom Dienstvertrag unterscheidet sich der Werkvertrag dadurch, daß statt einer bloßen Tätigkeit ein durch Tätigkeit herbeizuführender Erfolg<sup>2</sup> erbracht werden soll. Ein Werkvertrag liegt darum vor, wenn z. B. die Anfertigung oder Ausbesserung von Kleidern, der Bau eines Hauses, der Transport einer Person oder einer Sache gegen Entgelt vereinbart ist.

2. Ansprüche aus dem Werkvertrag.

a) Die *actio locati* des Werkbestellers richtete sich auf die Ablieferung des herzustellenden oder auszubessernden Gegenstands oder auf die Herbeiführung des sonst etwa geschuldeten Erfolgs. Persönliche Ausführung des Werks konnte der Besteller nur dann verlangen, wenn sie ihm besonders zugesagt war, oder wenn die Leistung oder die Mitwirkung eines Dritten ein anderes als das geschuldete Werk zustandegebracht hätte (vgl. § 121, 2b). Im übrigen mochte der Werkschuldner nach Belieben Gehilfen zuziehen, auch die Ausführung ganz oder teilweise einem anderen (einem Substituten) übertragen, so z. B. die Weiterführung eines Transports. Für die Gehilfen haftete er dabei im gleichen Umfange wie für sich selbst<sup>3</sup>, für den Substituten wohl nur insoweit, als ihm aus der Tatsache der Übertragung oder aus ihren Umständen ein Vorwurf gemacht werden konnte; das letzte war namentlich dann der Fall, wenn er dabei eine Person auswählte, die der gestellten Aufgabe nicht gewachsen war<sup>4</sup>. — War dem Werkschuldner vom Besteller zwecks Ausführung des Werks eine Sache übergeben worden, so stand er, mindestens in gewissen Einzelfällen, wahrscheinlich aber stets, hinsichtlich dieser Sache für *custodia* ein; er haftete also für ihren Verlust stets dann, wenn er nicht bestimmte typische Entlastungsgründe (die Fälle der sog. *vis maior*) dartun konnte<sup>5</sup>.

b) Dem Werkschuldner stand eine *actio conducti* auf Zahlung des bedungenen Werklohns (*pretium*) zu.

§ 150. (**Anhang.**) **Haftung der Schiffer, Gast- und Stallwirte<sup>1</sup>.** Gastverträge mit einem Schifffahrtsunternehmer (*navata*, hier = *exercitor navis*; vgl. Ulp. D. 4, 9, 1, 2),

unterworfenen (Iul. D. 9, 2, 5, 3 u. in D. 19, 2, 13, 4) oder von einem Patron über die Tätigkeit seines Freigelassenen (Iul. D. 38, 1, 25) abgeschlossen werden. Hier zeigt sich der enge Zusammenhang der nach römischer Auffassung zwischen Dienstvertrag und Sachmiete (etwa eines Sklaven) besteht, und damit zugleich die Einheitlichkeit des römischen Begriffs der *locatio conductio*.

<sup>1</sup> Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 718 (§ 399), 744 (§ 401). Dazu BECHMANN: Kauf I 428f.; PERNICE: ZSSSt. 9, 239ff., 244ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 645ff.; SAMTER: ZSSSt. 26, 125ff.; BRASIELLO: L'unitarietà del concetto di locazione 21.

<sup>2</sup> Vgl. Lab. in D. 50, 16, 5, 1: *Opere locato conducto: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον.*

<sup>3</sup> Dies besagt der zweifellos echte Kern von Gai. D. 19, 2, 25, 7. — Über die Haftung für Gehilfen zuletzt: SCHULZ: Grünhuts Z. 38, 9ff.; HAYMANN: ZSSSt. 40, 192ff., 250ff.

<sup>4</sup> Vgl. Labeo-Ulp. D. 19, 2, 13, 1. Die Stelle ist sicher überarbeitet, dürfte aber in weitem Umfang klassische Gedanken wiedergeben; hierzu wird in erster Linie die (rein objektiv gehaltene) Abgrenzung der Haftung im Schlußsatz gehören. — Die gemeinrechtliche Theorie hat aus dieser und anderen Stellen (z. B. D. 9, 2, 27, 11, verfälscht) das Prinzip der Haftung für sog. *culpa in eligendo* abgeleitet.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu § 109, bes. Anm. 13; Gewißheit besteht nur hinsichtlich der *custodia*-Haftung des Walkers und des Flickschneiders (Gai. 3, 205).

<sup>1</sup> LENEL: ZSSSt. 2, 62ff.; PERNICE: Labeo II<sup>1</sup> 347ff.; UDE: ZSSSt. 12, 66ff.; 20, 132ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1315ff.; PARTSCH: ZSSSt. 29, 403ff.; MITTREIS: Sb. Sächs. Ges. d. Wiss. 62, 270ff.; Grundzüge d. Papyrusk. 259f.; SCHULZ: Grünhuts Z. 38, 41ff.; Krit. Vjschr. 50, 27ff. (Referat über die Arbeit von LUSIGNANT); KLINGMÜLLER: RE 1A, 355ff.; KNIEP: Gaiuskomm. III 2, 534ff.; HAYMANN: ZSSSt. 40, 205ff.; ARANGIO-RUIZ: Responsabilità contrattuale<sup>2</sup> 103ff.; Lineamenti del sistema contrattuale nel dir. dei papiri (Pubbl. Univ. catt. del sacro cuore, 2 Ser., 18) 75ff.

einem Gastwirt (*caupo*) oder einem Stallwirt (*stabularius*) sind ihrem Wesen nach Anwendungsfälle der *locatio conductio*. Im Bereich derartiger Geschäfte hat sich jedoch eine besondere honorarrechtliche Garantiehaftung für die vom Gast eingebrachten Sachen entwickelt; sie knüpfte offenbar an die Sitte an, daß der Schiffer oder Wirt, sei es mündlich oder durch Anschlag, erklärte, er werde für die Unversehrtheit der eingebrachten Gegenstände einstehen (*salva fore recipere*)<sup>2</sup>. Auf Grund einer solchen Garantieübernahme verhiess der Prätor dem Gast eine Klage (Edikt in D. 4, 9, 1 pr.). Die Auslegung der klassischen Zeit faßte indessen den Tatbestand weiter<sup>3</sup> und sah schon die Aufnahme der dem Gast gehörenden Gegenstände als hinreichende Grundlage für die Haftung an; dementsprechend wurde das *recipere* des Ediktstextes nicht mehr auf eine ausdrückliche Erklärung, sondern auf die Aufnahme des Gastes und seiner Sachen bezogen (Ulp. D. 4, 9, 1, 1; eod. 6 u. 8). Die Haftung des Schiffers oder Wirts war grundsätzlich absolut; d. h. sie trat ohne Rücksicht auf Verschulden ein<sup>4</sup>. Doch sprach sich schon Labeo (in D. 4, 9, 3, 1) für die Bewilligung einer Einrede aus, wenn der Verlust durch Schiffbruch oder Seeraub eingetreten war. Dies bedeutete praktisch den Ausschluß der Haftung für höhere Gewalt, wie er sonst im Rahmen der *custodia*-Haftung Platz griff, und es ist darum nur folgerichtig, daß die Klassiker auch hier von *custodia* sprachen<sup>5</sup>.

### D. Gesellschaft<sup>1</sup>.

§ 151. 1. Die Geschichte der römischen Gesellschaft (*societas*) nimmt ihren Ausgang von der ungeteilten Erbengemeinschaft des altrömischen Rechts (*consortium, societas hercto non cito*)<sup>2</sup>. Wie anderwärts, war es auch in Rom zu allen

<sup>2</sup> Daß von Hause aus eine Garantieerklärung erforderlich war, zeigt schon der Wortlaut des Edikts (*salva fore recipere*). Dem entspricht es, daß die urkundlich erhaltenen Frachtverträge für den Getreidetransport auf dem Nil häufig eine ausdrückliche Garantie für die Unversehrtheit des Frachtguts enthalten. Vgl. die bei MITTEIS (s. o. Anm. 1) und P. M. MEYER: Jur. Pap. Nr. 43, Einl.; Z. vgl. Rechtswiss. 40, 201; ZSSt. 50, 529; 52, 389; 54, 364 genannten Urkunden. Daß diese Garantieklauseln eine Haftung auch für höhere Gewalt zur Folge hatten (so RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 480, Anm. 7; MEYER, P. M.: Jur. Pap. Nr. 43, Einl.) ist nicht anzunehmen; s. zuletzt ARANGIO-RUIZ: Lineamenti (s. o. Anm. 1) 78. — Bezüglich der Gastwirte vgl. die Bemerkungen bei DERNBURG: Pand. II § 39, Anm. 3; LENEL: ZSSt. 13, 403, Anm. 1.

<sup>3</sup> Die heute verbreitete Auffassung (vgl. z. B. SOHM-MITTEIS-WENGER: Inst. <sup>17</sup> 451; auch wohl SIBER: Röm. R. II 189), daß diese Ausdehnung der Haftung erst dem justinianischen Recht angehöre, ist unglauhaft. Vgl. auch ARANGIO-RUIZ: Resp. contr. <sup>2</sup> 103 ff.

<sup>4</sup> Die Quellen erklären dies mit der Unzuverlässigkeit „dieser Sorte Menschen“ (*hoc genus hominum*: D. 4, 9, 1, 1 u. 3, 1 [echt?]). — Vgl. über das Leben und Treiben in den Herbergen jener Zeit FRIEDLÄNDER: Sittengesch. I <sup>9</sup> 343 ff.; PERNICE: ZSSt. 20, 133 ff.; MAU: RE 3, 1806 ff. (*caupona*). Bezeichnend ist eine Inschrift aus Aesernia (Samnium), in der die Wirtin (*copo*, nach dem Bilde ist es eine Frau) dem Gast die Rechnung aufmacht (CIL IX 2689): (Gast): Wirtin, die Rechnung! (Wirtin): Du hast Wein 1 Sextar, Brot 1 As, Zukost (Fleisch) 2 As. (Gast): Stimmt. (Wirtin): Das Mädchen 8 As. (Gast): Stimmt gleichfalls. (Wirtin): Heu für das Maultier 2 As usw. Man vergleiche damit die Schilderung der Einrichtung solcher *cauponae* bei MAU: (s. o.).

<sup>5</sup> Über die *actiones in factum adversus nautas, caupones, stabularios* wegen Diebstahls und Sachbeschädigung vgl. § 119, 2, bes. Anm. 3.

<sup>1</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>9</sup> 776 (§ 405). Vgl. außerdem: PERNICE: Labeo I 443 ff.; ZSSt. 3, 48 ff.; 9, 232 ff.; BECHMANN: Kauf n. gem. R. I 485 ff.; POISNEL: NRH 3, 431 ff.; LEIST: Z. Gesch. d. röm. societas, 1881; FERRINI: Opere III 17 ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 651 ff.; TRUMPLER: Gesch. d. röm. Gesellschaftsformen, 1906; KNIEP: Gaiuskomm. III 2, 318 ff.; MANIGK: RE 3A, 773 ff.; DEL CHIARO: Le contrat de société en droit rom., 1928 (hierüber STEINWENTER: ZSSt. 50, 592 ff.); CICOGNA: Appunti sul consortium (Studi Rossi, 1932) 175 ff.: durch den Gaiusfund überholt, als Materialsammlung brauchbar). Zu dem Gesellschaftsrecht der Papyrusurkunden: TAUBENSCHLAG: ZSSt. 52, 64 ff.; STEINWENTER: Studi Riccobono I 487 ff. Weitere Hinweise im folgenden.

<sup>2</sup> Zeugnisse insgesamt: Cic. de oratore I, 56, 237 (*herctum cieri*); Gell. I, 9, 12; Fest. s. v. *erctum citumque* und *disertiones* (= *disherctiones* ?); Serv. in Aen. 8, 642; Steph. zu D. 17, 2, 52, 6 (b. Heimbach, Bas. III 753; das Verständnis dieser Stelle wird PRINGSHEIM: ZSSt. 45, 491 f. verdankt); vor allem aber das neugefundene Gaiusfragment, durch das die Diskussion über die alte

Zeiten<sup>3</sup>, besonders aber in der bäuerlichen Periode der Vorzeit, eine häufige Erscheinung, daß die Hauskinder nach dem Tode ihres Vaters auf dem ererbten Gute beisammen blieben und gemeinsam wirtschafteten. So hören wir z. B., daß noch in der ersten Hälfte des zweiten Jahrhunderts v. Chr. sechzehn Angehörige der achtbaren plebeischen *gens Aelia* in einem einzigen Hause lebten und sich in den Genuß eines sehr bescheidenen Bauernguts teilten (Plut. vita Aem. Paul. 5; Val. Max. 4, 4, 8). Wie wir aus einem jüngst gefundenen Fragment der Gaiusinstitutionen (PSI XI 1182, 9ff., auch in ZSSt. 54, 261f.) erfahren, unterlag eine solche Erbgemeinschaft im älteren Recht besonderen und eigenartigen Grundsätzen: Jeder einzelne Genosse konnte mit Wirkung für alle über die zum gemeinschaftlichen Gut gehörenden Gegenstände verfügen, z. B. eine Sache durch Manzipation veräußern oder einen Sklaven freilassen (der dann nicht den Freilassenden allein, sondern alle Mitberechtigten zum Patron erhielt). Ein Gemeinschaftsverhältnis dieser Art konnte nun aber, so berichtet das gleiche Gaiusfragment, auch unter anderen Personen künstlich begründet werden, und zwar durch ein besonderes Formalgeschäft (*certa legisactio*) vor dem Prätor<sup>4</sup>. Indem so die Wirkungen der Erbgemeinschaft auf ein rechtsgeschäftliches Verhältnis übertragen wurden, entstand eine älteste Form der Gesellschaft; gleich ihrem Vorbild war sie vermutlich stets eine Gemeinschaft des ganzen Vermögens (allgemeine Gütergemeinschaft, *societas omnium bonorum*); vielleicht vermochte sie gerade darum differenzierteren wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr in allen Fällen zu genügen. Jedenfalls trat in einer jüngeren Entwicklungsschicht neben sie eine zweite Form der Gesellschaft, die durch schlichte Vereinbarung der Beteiligten (*consensu*) begründet werden<sup>5</sup> und sowohl die Herstellung einer allgemeinen Gütergemeinschaft wie den gemeinschaftlichen Betrieb eines einzelnen Erwerbsgeschäfts oder gar die gemeinschaftliche Erledigung einer einzigen Angelegenheit zum Ziele haben konnte (Gai. 3, 148)<sup>6</sup>. Diese jüngere Gesellschaft, die *societas*

Erbgemeinschaft und den Ursprung der *societas* auf eine neue Grundlage gestellt worden ist (s. im Text); vgl. dazu außer dem Kommentar des Herausgebers: LEVY: ZSSt. 54, 276ff.; ALBERTARIO: Studi Pavia per il XIV centenario delle Pand. e del Cod. di Giustiniano, 507ff., 1934; Riv. dir. comm. 32 (Estr.); COLLINET: RH 4. Ser., 13, 101ff.; SOLAZZI: Atti Accad. Napoli 57. — Was *herctum ciere*, *herctum citum* und *non citum* heißt, war schon der Kaiserzeit unklar; vgl. die verschiedenen Deutungen bei Festus, Servius und Gaius. *Herctum* gehört jedenfalls zu *hercisco* (oder *herciscor*?), einem alten Verbum, das nur in der Bezeichnung der Erbteilungsklage (*actio familiae herciscundae*, vgl. § 156, 2) weiterlebte; vielleicht ist *herctum* das Supinum oder das Perfektpartizip dieses Verbums. Ein Zusammenhang mit *heres* und *erus* ist kaum möglich; auch mit griech. ἑργονυμ, ἑρκος und εἰρκή (Stamm *herg*) besteht keine Verwandtschaft; desgleichen erscheint der von LEVY (s. o.) erwogene Zusammenhang mit *arceo* und *arca* wegen der verschiedenen Vokale ziemlich zweifelhaft. *Ciere* bedeutet „bewegen“, auch „herbeiholen, anbieten“ (davon abgeleitet: *citare*, *citus*). Bedeutet nun *hercisco* einfach „teilen“, so müßte *herctum* wohl Supinum sein und *herctum ciere* „zur Teilung anbieten“ heißen. Dann könnte freilich der mehrfach bezeugte Abl. abs. *hercto non cito* nur eine Entstellung von *herctum non cito* sein. Eine andere Deutung bei LEVY. Über Vermutungen ist jedenfalls nicht hinauszukommen.

<sup>3</sup> Auch noch in der Kaiserzeit; vgl. Plin. ep. 8, 18, 4; 2, 52, 6 u. 8; Paul. D. 27, 1, 31, 4. — Da das alte *consortium* damals schon verschwunden war (s. u. im Text), wird die fortgesetzte Erbgemeinschaft in diesen Fällen in die Form einer *societas* gekleidet gewesen sein.

<sup>4</sup> Vielleicht eine Abwandlung der *in iure cessio*? Vgl. auch LEVY: ZSSt. 54, 290.

<sup>5</sup> Die von EIN: Bull. 39, 76ff. und FREZZA: Riv. ital. sc. giur. NS 7, 3ff. entwickelte Lehre, daß das klassische Recht auch eine *societas re contracta* gekannt habe, und daß unter Miteigentümern stets eine *actio pro socio* möglich gewesen sei (so EIN), hat ARANGIO-RUIZ: Studi Riccobono IV 357ff. m. E. endgültig widerlegt. Auch der neue Gaiusfund (s. o.) spricht dagegen und nicht dafür (anderer Ansicht ALBERTARIO in den o. Anm. 1 zit. Schriften). ARANGIO-RUIZ will eine derartige Ausweitung des Gesellschaftsbegriffs wenigstens als nachklassische Strömung annehmen; selbst dies erscheint mir mindestens zweifelhaft.

<sup>6</sup> Nach dem, was wir nun durch das neue Gaiusfragment wissen, besteht kein Anlaß zu vermuten, daß die jüngere *societas* ursprünglich nur als *societas omnium bonorum* möglich gewesen sei (so mit anderen auch JÖRS i. d. Vorauf. 167). Kein zwingender Grund für eine derartige Annahme ist die LENELsche Rekonstruktion der *actio pro socio* mit der *societas omnium bonorum* im Musterformular (Ed. perp. 3 297); sie ist übrigens keineswegs sicher, da D. 17, 2, 63pr., ihre Hauptgrundlage, wohl nicht nur formal, sondern auch sachlich verfälscht ist (vgl. u. Anm. 15).

des späterePublikanischen und kaiserzeitlichen Rechts, trat dann mehr und mehr in den Vordergrund; sie wurde die Gesellschaftsform für die gemeinsamen Unternehmungen mehrerer Kaufleute und Bankiers, diente aber auch der gemeinsamen Wirtschaft unter Brüdern und der Abwicklung einer von den Verhältnissen des Augenblicks diktierten Interessengemeinschaft (Gelegenheitsgesellschaft). Zur Zeit des Gaius, d. h. um die Mitte des zweiten Jahrhunderts n. Chr., hatte sie die ältere, nach dem Muster der altrömischen Erbgemeinschaft gebildete Gesellschaftsform bereits vollständig verdrängt: Gaius spricht von dieser älteren Form — und ebenso von der alten Erbgemeinschaft — als von einem längst (*olim*, Z. 17) verschwundenen Rechtsinstitut<sup>7</sup>.

2. Die *societas* der späteren Republik und der Kaiserzeit war ihrem Wesen nach ein schuldrechtliches Verhältnis unter den Gesellschaftern; als solches hatte sie nur Innenwirkungen, d. h. sie ließ nur Ansprüche der Gesellschafter gegeneinander entstehen. Dritten gegenüber bildete die Gesellschaft keine Einheit, wie die juristische Person (§ 43), und auch die Eigentumsverhältnisse der Gesellschafter wurden nicht notwendig von der Existenz der Gesellschaft betroffen. Doch entstand zumeist durch die Beitragsleistungen der Gesellschafter ein Gesellschaftsvermögen, das dann allen Teilhabern anteilmäßig gehörte: Neben die schuldrechtliche Gesellschaft trat dann eine sachenrechtliche Gemeinschaft (*communio*, vgl. § 67, 2)<sup>8</sup>. In dem besonderen Falle der allgemeinen Gütergemeinschaft (*societas omnium bonorum*) entstand stets eine solche sachenrechtliche Gemeinschaft, und zwar hinsichtlich des gesamten Vermögens der Gesellschafter. Ausnahmsweise bedurfte es hier auch keiner besonderen Übertragung in das Gesellschaftsvermögen; vielmehr wurde alles<sup>9</sup>, was die Gesellschafter zur Zeit des Gesellschaftsvertrags besaßen, ohne weiteres Gemeinschaftsgut (Paul. D. 17, 2, 1, 1; 3 pr. u. 1)<sup>10</sup>. Der spätere Erwerb dagegen mußte erst in das Gesellschaftsvermögen eingebracht werden (Pap. D. 17, 2, 52, 8; Ulp. eod. 73).

3. Die Anteile der Gesellschafter an Gewinn und Verlust der gemeinschaftlichen Unternehmungen waren im Zweifel gleich (Gai. 3, 150; Ulp. D. 17, 2, 29 pr.). Doch konnten ungleiche Anteile und selbst eine unterschiedliche Beteiligung an Gewinn und Verlust vereinbart werden, wenn die verschiedene Höhe der Kapitaleinlagen oder der besondere Wert der von einem der Gesellschafter zu erbringenden Arbeitsleistung es rechtfertigten (Gai. 3, 149; Ulp. D. 17, 2, 29, pr. — 1). Nichtig war lediglich ein Gesellschaftsvertrag, bei dem der eine Teil nur am Verlust, nicht auch am Gewinn beteiligt war (*societas leonina*; Cassius in D. 17, 2, 29, 2). Über die Art und Weise der Geschäftsführung bestanden keine besonderen Grundsätze. Im Prinzip stand sie wohl den Gesellschaftern gemeinsam zu; der einzelne konnte als Beauftragter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag für die anderen handeln, wobei die Wirkungen seiner Rechtsgeschäfte zunächst nur in seiner eigenen Person eintraten und erst auf die Mitgesellschafter übertragen werden mußten. Eine direkte Vertretung gab es im Gesellschaftsrecht grundsätzlich ebensowenig wie anderwärts.

4. Das Gesellschaftsverhältnis endete (Gai. 3, 151 ff.) durch den Tod<sup>11</sup>, die *capitis*

<sup>7</sup> Er gebraucht durchweg die Vergangenheitsform.

<sup>8</sup> Bei der häufigen Verbindung von *societas* und *communio* im praktischen Rechtsleben ist es sehr begreiflich, daß nichtjuristische und juristische Quellen mit *socius* vielfach nicht den Gesellschafter, sondern den Miteigentümer oder sonst Mitberechtigten bezeichnen; vgl. hierüber bes. FERRINI: Opere III 17 ff. Vgl. auch o. Anm. 5.

<sup>9</sup> Nur nicht die Forderungen: Paul. D. 17, 2, 3 pr.

<sup>10</sup> RICCIBONO: ZSt. 34, 186 ff. (dem SCHULZ: Einf. 84, Anm. 4 und SIBER: Röm. R. II 206 zustimmen) hält das für justinianisch. Gegen diese Annahme bestehen Bedenken, die m. E. durch den neuen Gaiusfund bestärkt werden: offensichtlich handelt es sich um eine Anlehnung an die alte, aus der Erbgemeinschaft entwickelte Gesellschaftsform (daß Paulus von dieser und nicht von der jüngeren *societas* sprach, ist nicht wahrscheinlich). Dringend verdächtig ist dagegen die in dem angeblichen Gaiusfragment D. 17, 2, 2 vorgetragene Konstruktion des Übergangs in das Gesellschaftsvermögen.

<sup>11</sup> Nachwirkung der auf der Erbgemeinschaft beruhenden älteren Gesellschaftsform? Eine

*deminutio* und den Konkurs eines der Gesellschafter, endlich durch Kündigung (*renuntiatio*), die jedem Gesellschafter jederzeit freistand, mit der Maßgabe jedoch, daß er sich dadurch seinen Pflichten nicht entziehen und den Mitgesellschafter nicht willentlich schädigen konnte<sup>12</sup>. Wie eine Kündigung wirkte die Erhebung der Klage aus dem Gesellschaftsverhältnis (Paul. D. 17, 2, 65 pr.; Ulp. eod. 63, 10; vgl. u. Ziff. 5).

5. Die Gesellschaftsklage (*actio pro socio*) war ein *iudicium bonae fidei*; sie richtete sich auf Einzahlung hinterzogener Beiträge in das Gesellschaftsvermögen bzw. Teilung des erzielten Gewinnes, auf Auslagererstattung und auf Ersatz des durch treuwidriges Verhalten des Klägers erwachsenen Schadens<sup>13</sup>. Als treuwidrig konnte auch eine das gewohnte Maß übersteigende Nachlässigkeit erscheinen (dies wohl der klassische Kern von D. 17, 2, 52, 2 u. 72); die nachklassische Interpretation entwickelte daraus eine Haftung für diejenige Sorgfalt, die der Gesellschafter in eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegte<sup>14</sup>. Eine Verurteilung auf Grund der *actio pro socio* wirkte infamierend (Ed. perp. in D. 3, 2, 1; Gai. 4, 182). Im Falle der *societas omnium bonorum* gewährte der Prätor dem Beklagten nach Ermessen das sog. *beneficium competentiae* (§ 102); vermutlich erst das nachklassische Recht erstreckte diese Rechtswohlthat auf alle Gesellschaftsverhältnisse<sup>15</sup>. — Da die *actio pro socio* während des Bestehens der Gesellschaft nicht stattfinden konnte (vgl. o. Ziff. 4 a. E.), bedeutete ihre Geltendmachung stets die endgültige Liquidation der Gesellschaft. Zur Teilung des den Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehenden Eigentums war sie jedoch nicht geeignet; hierzu diente vielmehr die *actio communi dividundo* (§ 156, 2).

#### IV. Die sog. Innominatkontrakte<sup>1</sup>.

§ 152. 1. Das klassische Recht kannte außerhalb der bisher erörterten Kontraktstypen keine verpflichtenden Verträge. Wer auf Grund einer nicht als Kontrakt anerkannten Abrede eine Leistung erbracht hatte und sich durch das abredewidrige Verhalten seines Gegners enttäuscht sah, konnte nicht auf Innehaltung der Vereinbarung klagen, sondern lediglich seine Leistung zurückfordern (sog. *condictio ob causam datorum*, § 155, 3 b)<sup>2</sup>. War der Gegner aber zur Rückgabe des Empfangenen

Abrede, daß der Erbe in die Gesellschaft eintreten solle, war unwirksam (Sab. in D. 17, 2, 59 pr.; Ulp. eod. 35). Auch die Fortsetzung unter den überlebenden Gesellschaftern konnte nicht vorher vereinbart werden (D. 17, 2, 65, 9 und I. 3, 25, 5 itp.).

<sup>12</sup> Es galt der von Cassius (in D. 17, 2, 65, 3) formulierte Satz: *eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare*. Näheres bei Gai. 3, 151 und Paul. D. 17, 2, 65, 3—6.

<sup>13</sup> Einzahlung von Beiträgen: Pap. b. Ulp. D. 17, 2, 52, 8; Paul. D. 17, 2, 74; Ulp. D. 17, 2, 73. — Teilung des Gewinns: Paul. D. 17, 2, 65, 3. — Auslagerersatz: Paul. D. 17, 2, 67, 2. — Schadensersatz: Gai. D. 17, 2, 72; Paul. D. 17, 2, 65, 4f.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu § 109, 2 b und Anm. 15; § 110, 3. Die hier interessierende haftungsrechtliche Lit. s. in § 109. Speziell über die Gesellschaft: WIEACKER: ZSSt. 54, 35ff.

<sup>15</sup> Vgl. einerseits D. 42, 1, 16 a. E. (zum mindesten dem Inhalte nach klassisch), andererseits D. 17, 2, 63 pr. (itp.). Wie hier: BESELER: Beitr. III 36; LEVET: Le bénéficiaire de compétence 47ff.; SIBER: Röm. R. II 207. Anders LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 298.

<sup>1</sup> Aus der sehr umfangreichen modernen Lit. vgl. bes. GRADENWITZ: Interpolationen 123ff.; PERNICE: ZSSt. 9, 248ff.; LABEO III 88ff.; LENEL: Ed. perp. <sup>1</sup> 237ff.; <sup>2</sup> 292ff.; <sup>3</sup> 300ff. (mit immer wieder veränderter Stellungnahme); NABER: Mnemosyne 22, 68ff.; PROKROWSKY: ZSSt. 16, 80ff.; AUDIBERT: Mélanges Gérardin 21ff.; Mélanges Fitting I 37ff.; PEROZZI: Ist. II <sup>1</sup> 278ff.; <sup>2</sup> 352ff.; BESELER: Beitr. II 156ff., IV 135; DE FRANCISCI: Συλλογισμα I (1913, hierzu PARTSCH: ZSSt. 35, 335ff.), II (1916, Referat von STOLL: ZSSt. 47, 545ff.); RABEL: Grundz. d. röm. Privatr. 469f.; MEYLAN: Origine et nature de l'action praescr. verbis (Thèse Lausanne 1919, mit eingehendem Referat über die voraufgehende Lit., 9ff.); Jörs in der Vorauf. (die vorliegende Darstellung weicht erheblich ab); SIBER: Röm. R. II 203ff.

<sup>2</sup> Dies gilt auch für den Tausch (*permutatio*), denn die sabinianische Lehre, daß der Tausch einen Unfallfall des Kaufes bilde (Gai. 3, 142), setzte sich nicht durch; vgl. Paul. D. 18, 1, 1, 1;

nicht mehr imstande, so unterlag er, wenn ihm ein treuwidriges Verhalten zur Last fiel, der deliktischen *actio de dolo* (§ 160, 1; Iul. in D. 19, 5, 5, 2 a. E.; Diocl. C. 2, 20, 4); andernfalls stand es im Ermessen des Prätors, ausnahmsweise mit einer auf den besonderen Fall zugeschnittenen *actio in factum* (§ 101, 3) zu helfen (Iul. in D. 2, 14, 7, 2 und D. 19, 5, 5, 2 a. E.<sup>3</sup>).

2. Ein Problem für sich war für das klassische Recht die Behandlung solcher Vertragstatbestände, deren Einordnung in das System der anerkannten Kontrakte zweifelhaft war. Um den Kläger nicht der Gefahr auszusetzen, mit seiner Klage abgewiesen zu werden, weil der Richter über diese Einordnung anderer Ansicht war als Kläger und Prätor, empfahl es sich in solchen Fällen, statt der sonst üblichen rechtlichen Klassifizierung (*Quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> de N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> hominem Stichum emit*) eine bloße Darstellung des konkreten Sachverhalts in den Beginn der Prozeßformel aufzunehmen. Dann mußte der Richter, wenn sich das tatsächliche Vorbringen des Klägers als wahr herausstellte, ohne Rücksicht auf seine Meinung über den Charakter des Vertrags zu einer Verurteilung des Beklagten gelangen. Aus dem Aufbau des klassischen Kontraktsystems ergab sich aber nun, daß für die Einordnung solch zweifelhafter Verträge stets nur eines der kontraktlichen *bonae fidei iudicia* in Frage kam (*emptio venditio, locatio conductio, mandatam, societas*), deren Formulare alle auf *dare oportere ex fide bona* lauteten. Es war darum möglich, diese Formulierung des Klagebegehrens auch in dem hier erörterten Sonderfalle beizubehalten; dies empfahl sich zugleich aus Gründen der Zweckmäßigkeit, weil auf diese Weise der Richter die den *bonae fidei iudicia* eigene Freiheit bei der Feststellung der Leistungspflicht erhielt. So entstand eine Formel, die zwar wie die honorarrechtlichen *actiones in factum* von der Schilderung eines konkreten Tatbestands ihren Ausgang nahm, sich aber dann durch die Gestaltung des Klagebegehrens als eine *formula in ius concepta* und damit nach den klassischen Regeln des Formelbaus als eine zivilrechtliche Prozeßformel herausstellte (vgl. § 101, 3). In den justinianischen Quellen erscheint dieser Formeltyp unter den Bezeichnungen *actio praescriptis verbis* (von der dem Klagebegehren „vorangeschriebenen“ Tatbestandsschilderung), *actio civilis incerta* oder *actio in factum civilis*<sup>4</sup>. Eine derartige Formel war sogar dauernd im prätorischen Edikt proponiert: die *actio de aestimato* aus dem sog. Trödelvertrag (*contractus aestimatorius*), einer Verkaufskommission mit fester Preisbestimmung<sup>5</sup>.

3. Im Anschluß an diese Erscheinungen des klassischen Rechts hat dann die nachklassische Theorie<sup>6</sup> einen neuen, ergänzenden Kontraktstypus herausgebildet, in dem

D. 19, 4, 1; Diocl. C. 4, 64, 3 u. 7. — Für den Fall der Eviktion des Tauschgegenstands griff man indessen auf die Analogie der Kaufklage zurück (Paul. D. 19, 4, 1, 1; Gordian C. 4, 64, 1), ebenso hinsichtlich der Sachmängelhaftung (Aristo in D. 19, 4, 2). Über die nachklassische Behandlung des Tauschs s. u. Ziff. 3.

<sup>3</sup> Dieses Julianizitat steht inmitten eines nachklassischen Traktats (vgl. u. Anm. 6), beruht jedoch gewiß auf klassischer Überlieferung; unklassisch ist aber jedenfalls *civilem* am Schluß der Stelle.

<sup>4</sup> Alle diese Bezeichnungen sind in der neueren Literatur dem klassischen Recht abgesprochen worden; zum mindesten die verbale Ausdrucksweise *praescriptis verbis agere* dürfte indessen bis in die klassische Zeit zurückreichen, und wahrscheinlich sind auch die Namen *actio civilis incerta* und *actio in factum civilis* wenigstens durch klassische Äußerungen angeregt.

<sup>5</sup> Jemand gibt einem anderen eine Sache zum Verkauf mit der Maßgabe, daß dieser entweder den vereinbarten Schätzwert oder die Sache selbst wiedergeben solle. — Wie fast alles auf diesem Gebiet, ist auch die ediktale Existenz der *actio de aestimato* bestritten. LENEL, der lange an ihr festhielt, glaubte zuletzt nicht mehr daran; vgl. Ed. perp. <sup>3</sup> 300ff. Vgl. noch BUCKLAND: *Mélanges Cornil I* 139ff. (= LQR 43, 74ff.); LQR 48, 495ff.; EHRHARDT: *Justa causa traditionis* 104ff. — Nach Ansicht des Bearbeiters ist die freie Erfindung einer *formula de aestimato* durch die Nachklassiker kaum möglich. Kein entscheidender Gegenbeweis ist die *actio in factum* in Ulp. D. 19, 5, 13pr. Zwar handelt es sich hier um einen Tatbestand des *contr. aestimatorius* (anders BUCKLAND: *Mél. Cornil I* 143f.), aber die *actio in factum* könnte wahlweise neben der proponierten Formel möglich gewesen sein (SIBER: *Röm. R II* 210), und es ist auch nicht ausgeschlossen, daß *sed in factum quasi alio negotio gesto* eine nachklassische Glosse ist.

<sup>6</sup> Man schreibt sie meist der frühbyzantinischen Jurisprudenz von Beryt zu; vgl. bes. DE



alle diejenigen Verträge auf Leistung und Gegenleistung untergebracht werden konnten, die unter keinen vom klassischen Recht anerkannten Typus fielen. Weil diese neue Kategorie alle bisher „namenlosen“ Verträge umfaßte, pflegt man sie als die der unbenannten oder Innominatkontrakte zu bezeichnen. Wie bei den meisten Schöpfungen der nachklassischen Theorie handelt es sich auch hier nicht um eine freie und bewußte Neubildung, sondern nur um eine interpretative Umgestaltung und Fortbildung der klassischen Gedankengänge. In ihrem Drang nach Verallgemeinerung und prinzipieller Ableitung der klassischen Einzelercheinungen sammelten die nachklassischen Bearbeiter alles, was irgendwie nach einer Ausdehnung des Klag-schutzes auf atypische Verträge aussah, wobei unzureichendes Verständnis für die materiellen und prozessualen Grundlagen des klassischen Rechts zu mancherlei Mißverständnissen führte. So wurde die Grenze zwischen den honorarrechtlichen *actiones in factum* und den zivilen Formeln mit *praescripta verba* verwischt, und es wurden sogar Tatbestände einbezogen, bei denen von einer vertraglichen Natur der Verpflichtung nicht die Rede sein kann. Auf diesem Wege gelangten die Nachklassiker zu der Annahme, daß aus allen auf Leistung und Gegenleistung gerichteten Vereinbarungen, die keinem der überlieferten Kontraktstypen angehörten, eine *actio praescriptis verbis* erwachse, sobald der eine Teil seinerseits geleistet habe. Wie bei den Realkontrakten die Hingabe des Darlehens, der Leihsache usw., so sollte also hier die Vorleistung den Anspruch gegen den Vertragsgegner auslösen; man spricht darum auch von unbenannten Realkontrakten<sup>7</sup>. Bestand die Vorleistung in der Hingabe einer Sache, so hielt man den Leistenden für berechtigt, statt der auf die Gegenleistung gerichteten *actio praescriptis verbis* die Rückforderung der eigenen Leistung zu wählen (*condictio ob causam datorum*, s. Ziff. 1). Die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der unbenannten Verträge gliederte man in sehr schematischer Weise in vier Gruppen: Austausch von Sachleistungen (*do ut des*, hierunter fällt vor allem der Tausch<sup>8</sup>); Austausch einer Sachleistung gegen eine Arbeitsleistung, wobei wiederum unterschieden wurde, ob die Sachleistung (*do ut facias*) oder die Arbeitsleistung (*facio ut des*) als Vorleistung die Grundlage des Gegenleistungsanspruchs bildete; Austausch von Arbeitsleistungen (*facio ut facias*). — Die Lehre von den Innominatkontrakten bedeutete letztlich nichts anderes als die Auflösung des klassischen Kontraktsystems und die Ausweitung der Zulässigkeit formloser Verträge bis unmittelbar an die Grenzen der Vertragsfreiheit. Ihren Schöpfern kam dies freilich kaum zum Bewußtsein; nichts zeigt deutlicher als dieser Umstand, in welchem Maße die nachklassische Theorie von ihren klassischen Ausgangspunkten abhängig war.

## V. Die Schenkung<sup>1</sup>.

§ 153. 1. Der römische Sprachgebrauch des bürgerlichen Lebens bezeichnete als Schenkung (*donatio*) jede unentgeltliche Zuwendung im weitesten Sinne, so z. B.

FRANCISCI: *Συνάλλαγμα* I 329ff.; SCHULZ: Festg. f. Zitelmann 11ff. Aber die Scholien zu C. 2, 4, 6 (schol. *ὁ μὲν* bei Heimb. I 695) und C. 8, 54, 3 (schol. *τοῦ αὐτοῦ* bei Heimb. IV 593), in denen die berytener Rechtslehrer Patricius und Eudoxius für die *actio praescriptis verbis* zitiert werden, bilden kein Hindernis für die Annahme, daß die Lehre sehr viel weiter zurückreicht. Beeinflussung durch griechische Philosophie und Christentum (DE FRANCISCI: *Συνάλλαγμα* II 498ff.) ist nicht unbedingt notwendig. Der justinianische Gesetzgeber zeigt kein besonderes Interesse: er hat zwar die verfälschte Überlieferung in die Digesten und den Kodex aufgenommen (Hauptstelle: der nachklassische Traktat in D. 19, 5, 5), in den Institutionen aber die Innominatkontrakte nicht berücksichtigt.

<sup>7</sup> Die Anlehnung an den Gedanken der Realobligation ergab sich aus der Eigenart der zugrundeliegenden klassischen Tatbestände, in denen regelmäßig eine Leistung des klagenden Teils vorausgesetzt war; vom Standpunkt der Gesamtentwicklung aus gesehen bedeutet sie einen Rückschritt gegenüber den klassischen Konsensualkontrakten.

<sup>8</sup> D. 19, 4, 1, 4; D. 19, 5, 5, 1. Über das klassische Recht vgl. o. Anm. 2.

<sup>1</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIEFF: Pand. II<sup>9</sup> 543f. (§ 365) und LEONHARD: RE 5, 1533ff.

auch die Verleihung des Bürgerrechts, die Freilassung und die letztwillige Zuwendung durch Vermächtnis. Der juristische Schenkungsbegriff dagegen war wesentlich enger: er beschränkte sich auf Zuwendungen unter Lebenden, erforderte sowohl eine Bereicherung des Empfängers wie eine Vermögensminderung auf seiten des Schenkers<sup>2</sup> und schloß die Tatbestände der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung und der unentgeltlichen Dienstleistung aus, die als *commodatum* und *mandatum* eigene Kontraktstypen bildeten (§ 136; § 139). Die Schenkung als solche begründete, wenigstens nach klassischer Auffassung, keine schuldrechtlichen Beziehungen; sie war lediglich Rechtsgrundgeschäft (*causa*): Wurde sie unmittelbar durch Übereignung, Zession oder Erlaß vollzogen (sog. Barschenkung), so bildete sie den Rechtsgrund für diese Verfügungsgeschäfte; wenn sich dagegen der Schenker zunächst nur schuldrechtlich verpflichten wollte, so bedurfte es grundsätzlich<sup>3</sup> eines (*ex causa donationis* erteilten) formalen Leistungsversprechens, d. h. einer Stipulation; erst das justinianische Recht erkannte auch das formlose Schenkungsversprechen als gültig an<sup>4</sup>. In seiner Wirkung war das gültig erteilte Schenkungsversprechen insofern minder kräftig als Verbindlichkeiten aus anderem Rechtsgrunde, als der Schenker sich gegenüber dem Anspruch des Beschenkten auf das sog. *beneficium competentiae* (§ 102) berufen konnte.

2. Das Interesse der römischen Jurisprudenz an der Schenkung und ihrer begrifflichen Abgrenzung beruhte vor allem auf der Notwendigkeit, den Anwendungsbereich der Schenkungsverbote abzugrenzen. Das älteste von ihnen war die *lex Cincia*, ein Plebiszit vom Jahre 204 v. Chr. Sie verbot allen Personen, die nicht mit dem Schenker nahe verwandt oder verschwägert waren (*personae exceptae*), die Annahme von Schenkungen über einen bestimmten, uns unbekanntem Wertbetrag hinaus. Die Folgen einer Zuwiderhandlung waren im Gesetz nicht festgelegt; Jurisdiktion, Jurisprudenz und Kaisergesetzgebung regelten sie in folgendem Sinne<sup>5</sup>: die gegen die *lex Cincia* verstoßende Schenkung war zivilrechtlich gültig; einem Anspruch auf Leistung des geschenkten Gegenstands konnte der Schenker jedoch mit der *exceptio legis Cinciae* begegnen. War die Schenkung erst einmal vollzogen, der Beschenkte z. B. durch Manzipation, Tradition oder auch durch Ersitzung Eigentümer geworden (*donatio perfecta*), so entfiel die Berufung auf die *lex Cincia*, und der Beschenkte besaß den Gegenstand zu vollem Rechte<sup>6</sup>. Aber auch eine noch nicht perfekte Schenkung konnte voll wirksam werden, wenn der Schenker starb, ohne sich auf die *lex Cincia* berufen zu haben und der Beschenkte sich bereits im Genuß des geschenkten Gegenstands befand<sup>7</sup>. Die Praxis der spätrepublikanisch-klassischen Zeit hat also das alte Gesetz nur mit starker Einschränkung zur Anwendung gebracht. Etwa

Dazu KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 584ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 153ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 512f.; PRINGSHEIM: ZSSSt. 42, 273ff.; PEROZZI: Ist. II<sup>2</sup> 718ff.; STOCK: Z. Begr. d. donatio, insbes. i. Verh. z. commodatum (Leipziger rechtswiss. Studien 72, 1932); SIBER: ZSSSt. 53, 99ff.; BUSSI: Cristianesimo e dir. rom. (Pubbl. univ. catt. del sacro cuore, 2. Ser., 43) 171 ff. (über den Einfluß des Christentums). Vgl. ferner die in den folgenden Anm. zitierten Arbeiten.

<sup>2</sup> Das subjektive Erfordernis der Schenkungsabsicht (*animus donandi*) ist nachklassisch: PRINGSHEIM: (s.o. Anm. 1).

<sup>3</sup> Eine Ausnahme bildete in gewissem Sinne das Schenkungsversprechen an eine Gemeinde (*pollicitatio*; vgl. D. 50, 12), das in klassischer Zeit jedenfalls dann einen Anspruch erzeugte, wenn die Zuwendung *ob honorem* erfolgt war (d. h. als Dank für eine von der Gemeinde erwiesene Ehrung oder um eine solche zu erhalten), oder wenn die Herstellung des versprochenen Werks bereits begonnen war. Hierüber zuletzt ALBERTARIO: La pollicitatio (Pubbl. Univ. catt. del sacro cuore, 2. Ser., 20, 1929; dort 6 ausführliche Literaturangaben); ARCHI: Riv. ital. sc. giur. NS 8, 563ff.

<sup>4</sup> I. 2, 7, 2. Über das Erfordernis der Insinuation bei Schenkungen von größerem Wert vgl. Ziff. 3.

<sup>5</sup> ASCOLI: Bull. 6, 173ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 153ff.; SIBER: ZSSSt. 53, 136ff.

<sup>6</sup> Die ohne Kenntnis der *lex Cincia* erbrachte Erfüllung einer Schenkungsstipulation konnte jedoch vom Schenker kondiziert werden (Ulp. fr. Vat. 266).

<sup>7</sup> SIBER: ZSSSt. 53, 141ff.

seit dem vierten Jahrhundert n. Chr. verschwand es ganz aus dem praktischen Rechtsleben<sup>8</sup>; Justinian erwähnt es nur noch ein einziges Mal (Nov. 162, 1), und zwar als längst veraltet. Es entsprach nicht mehr dem Geiste einer Zeit, die von den charitativen Tendenzen des Christentums beherrscht war. — Dagegen hielt sich ein anderes, jüngeres Schenkungsverbot bis ans Ende der antiken Rechtsentwicklung, ja bis ins gemeine Recht: das Verbot der Schenkung unter Ehegatten<sup>9</sup>. Seine Herkunft ist streitig. Ulpian (D. 24, 1, 1) führt es auf Gewohnheitsrecht zurück. In der modernen Forschung ist dagegen die Annahme sehr verbreitet, daß es im Zusammenhang der augusteischen Ehegesetzgebung (§ 173) ergangen sei<sup>10</sup>; jedenfalls läßt es sich erst in augusteischer Zeit nachweisen. Das Verbot hatte Nichtigkeitseffekte<sup>11</sup>; doch brachte eine *oratio* des Caracalla (206 n. Chr., D. 24, 1, 32)<sup>12</sup> insofern eine Milderung, als solche Schenkungen, die der schenkende Gatte bis zu seinem Tode nicht widerrufen hatte, nunmehr den Erben gegenüber wirksam sein sollten.

3. Seit dem dritten Jahrhundert n. Chr. wurde es üblich, Schenkungen vor einer Behörde mit Urkundsrecht (*ius actorum conficiendorum*; § 57, 4) zu Protokoll zu geben (*apud acta profiteri, insinuatio*)<sup>13</sup>. Späterhin wurde dies für Schenkungen von höherem Werte zur notwendigen Form. Die Einzelheiten der durch wechselnde gesetzliche Normierung beeinflussten Entwicklung sind z. T. unklar; ein sicheres Bild zeigt erst das justinianische Recht. Hiernach waren Schenkungen zunächst bis zum Werte von 300, später bis zu 500 *solidi*<sup>14</sup> formfrei; darüber hinaus bedurfte es der Insinuation; unterblieb diese, so war die Schenkung nur bis zu jener Wertgrenze wirksam (C. 8, 53, 36, 3). Das Erfordernis der Insinuation galt gleichmäßig für Barschenkungen und Schenkungsversprechen.

## VI. Quasikontrakte<sup>1</sup>.

§ 154. Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio)<sup>2</sup>. 1. Das prätorische Edikt<sup>3</sup> verhiess eine Klagmöglichkeit für den Fall, daß jemand, ohne dazu beauftragt

<sup>8</sup> Über den Zeitpunkt vgl. RADIN: RH 4. Ser., 6, 605ff.

<sup>9</sup> Lit. bei RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 513, Anm. 1. Dazu BONFANTE: Corso dir. rom. I 212ff.; DUMONT: Les donations entre époux en droit romain, 1928 (bespr. von KADEN: ZStSt. 50, 611ff.); THAYER: On gifts between husband and wife, 1929; STOCK: (s. o. Anm. 1) 4ff., 44ff.; SIBER: ZStSt. 53, 103ff.; Studi Riccobono III 243ff. — Über die Schenkung unter Brautleuten (*donatio ante nuptias*) und die spätrömische Morgengabe des Ehemanns an die Frau (*donatio propter nuptias*) vgl. MITTEIS: Reichsr. u. Volksr. 256ff.; BRANDILEONE: Sulla storia e la natura della don. propter nuptias, 1892; BONFANTE: Corso dir. rom. I 379ff.; SCHERELLO: Riv. di storia di dir. it. 2, 457ff.; 3, 69ff.; VISMARA: Cristianesimo e dir. rom. (vgl. Anm. 1) 295ff. (La donazione nuziale nel dir. ebraico a nelle fonti cristiane in relazione al dir. rom. postclassico); bei ihnen weitere Lit.

<sup>10</sup> So zuerst ALIBRANDI: Opere I 595ff. Anders neuerdings wieder DUMONT: (s. o. Anm. 9) 1ff., dessen Gründe jedoch nicht stichhaltig sind; vgl. KADEN: (s. o. Anm. 9) 612ff.

<sup>11</sup> Zu Unrecht bestritten von DE MEDIO (Näheres bei RABEL: [s. o. Anm. 9]).

<sup>12</sup> Sie erfolgte, als Caracalla noch Mitregent seines Vaters Septimius Severus war. Vielleicht war dieser der eigentliche Urheber; vgl. SIBER: ZStSt. 53, 125.

<sup>13</sup> PERNICE, H.: Z. Lehre v. d. Insinuation d. Schenkungen (Diss. iur. Greifswald 1882); HIRSCHFELD, B.: Gesta municipalia (Diss. phil. Marburg 1904) 36ff., 50ff.

<sup>14</sup> Nach dem Goldwert gleich 6345 RM und etwa 10700 österr. Schilling. — Das gemeine Recht setzte den *solidus* dem Dukaten gleich und kam so zu dem Betrag von 4666<sup>2</sup>/<sub>3</sub> M. Vgl. RGZ I, 313.

<sup>1</sup> Vgl. über diese Kategorie § 119, 1; die Ansprüche aus Vormundschaft und Vermächtnis, die gleichfalls dazugehören, werden später im Zusammenhang des Familienrechts und des Erbrechts behandelt: § 191; § 221, 3b.

<sup>2</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 911ff. (§ 430). Dazu WLAŠAK: Z. Gesch. d. negotiorum gestio, 1879; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 667ff.; SEGRÈ: Studi Moriani II 289ff.; PETERS: ZStSt. 32, 263ff.; PARTSCH: Stud. z. negotiorum gestio (Sb. Akad. Heidelberg 1913, Nr. 12); KÜBLER: ZStSt. 39, 191ff.; RICCOBONO: Ann. Palermo 3/4, 167ff.; RABEL: Studi Bonfante IV 281ff.

<sup>3</sup> Hierzu und zu den Formeln vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 101ff.

zu sein, die Interessen eines Abwesenden vor Gericht wahrgenommen oder den Prozeß eines Verstorbenen weitergeführt hatte. Mit dieser ursprünglich *in factum* konzipierten *actio negotiorum gestorum* konnte sowohl der, den das Geschäft anging (der Geschäftsherr), die Herausgabe des vom Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit Erlangten wie der Geschäftsführer den Ersatz seiner Auslagen verlangen. Sie wurde bald auch in Fällen außerprozessualer Geschäftsführung gegeben, und neben die *formula in factum* trat schon am Ausgang der Republik eine *formula in ius concepta* mit der Klausel *ex fide bona*.

2. Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit der *actio negotiorum gestorum* war die Führung fremder Geschäfte. Wann ein fremdes Geschäft vorlag, entschied sich nach klassischem Recht in erster Linie an Hand von objektiven Kriterien<sup>4</sup>. Immerhin griff man in Zweifelsfällen auch auf subjektive Momente zurück, nämlich auf das Bewußtsein oder den Willen des Geschäftsführers, in fremder Sache zu handeln. Ein selbständiges Erfordernis war dieser subjektive Tatbestand jedoch nicht; seine Beachtung diente stets nur als Indiz für die Fremdheit des Geschäfts. Erst unter den Händen der nachklassischen Bearbeiter gewann die Willensrichtung des Geschäftsführers (*animus aliena negotia gerendi*) wenigstens theoretisch eine zentralere Stellung. Auch jetzt führte aber die Betonung des *animus* nicht zu praktischen Folgen für die Begrenzung der *negotiorum gestio*. Die Nachklassiker haben im Gegenteil den schon im klassischen Recht mit Hilfe von *actiones utiles* im Ergebnis sehr weitgesteckten Anwendungskreis der *negotiorum gestio* noch um zahlreiche Tatbestände vergrößert, in denen von einem *animus negotia aliena gerendi* nicht die Rede sein kann<sup>5</sup>.

3. Der Inhalt der *actio negotiorum gestorum* ergab sich, wenigstens soweit die *in ius* konzipierte Formel in Betracht kam, aus ihrer Natur als *bonae fidei iudicium*. Es ist anzunehmen, daß man aus der *bona fides* schon in klassischer Zeit grundsätzlich eine Haftung für unsorgfältige Geschäftsführung ableitete. Wer ganz allgemein die Geschäftsführung für einen anderen übernommen hatte, machte sich unter Umständen schon durch Nichterledigung einzelner zum Bereich der geführten Geschäfte gehörender Angelegenheiten verantwortlich (Ulp. 3, 5, 5, 14)<sup>6</sup>. Bei willkürlicher Abweichung von der Betätigungsweise des Geschäftsherrn haftete der Geschäftsführer sogar für solchen Schaden, der trotz sorgfältiger Geschäftsführung entstand (also für *casus*; Pomp. D. 3, 5, 10). — Der Gegenanspruch des Geschäftsführers auf Ersatz seiner Auslagen unterlag besonderen Anforderungen: Es mußte sich um eine „nützliche“ Geschäftsführung (*negotium utiliter gestum*) handeln, d. h. um eine Tätigkeit, die objektiv im Interesse des Geschäftsherrn lag; ob sie auch im Erfolg nutzbringend war, spielte keine Rolle (Ulp. D. 3, 5, 9, 1)<sup>7</sup>.

**§ 155. Bereicherungsansprüche (Kondiktionen)**<sup>1</sup>. 1. Wir sprechen von ungerechtfertigter Bereicherung, wenn jemand etwas ohne rechtlichen Grund aus dem Ver-

<sup>4</sup> Das Folgende beruht auf den Untersuchungen RABELS, die zwischen den einander entgegengesetzten Auffassungen von PARTSCH und RICCOBONO eine zweifellos zutreffende Mittellinie ziehen.

<sup>5</sup> Derartige nachklassische Ausweitungen der *negotiorum gestio* sind namentlich von RICCOBONO aufgezeigt worden.

<sup>6</sup> Die Stelle ist stark verfälscht; aber der Kern der Entscheidung ist sicher echt.

<sup>7</sup> Ob der Geschäftsführer die Absicht hatte, Ersatz zu verlangen (*animus recipiendi*), ist nach klassischem Recht unerheblich; die darauf abstellenden Quellen sind verfälscht: PRINGSHEIM: ZSSt. 42, 310ff.; zustimmend SIBER: Röm. R. II 193 und RABEL: Studi Bonfante IV 292 (vgl. aber auch dessen von PRINGSHEIM abweichende Würdigung der durch eine moralische Pflicht, die *pietas*, gebotenen Geschäftsführung: 295ff.).

<sup>1</sup> Prozessuale und materiellrechtliche Kondiktionenliteratur lassen sich nicht reinlich scheiden. Ältere Werke s. b. WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>o</sup> 865ff. (§ 421) und b. KIPP: RE 4, 858. Neuere Monographien: v. MAYR: D. conditio d. röm. Privatr., 1900; v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI: D. conditio als Bereicherungskl. im klass. röm. R. I, 1903; II, 1907. Vgl. ferner NABER: Mnemosyne 20, 182ff.; 311ff.; PFLÜGER: ZSSt. 18, 75ff.; Ciceros Rede pro Roscio com., 1904; Conditio u. kein Ende (Bonner Festschr. f. P. Krüger, 3ff., 1911); v. TUHR: Aus röm. u. bürgerl. R. (Festschr. f. Bekker, 1907) 293ff.; DUQUESNE: NRH 32, 213ff.; PEROZZI: Ist. II<sup>a</sup> 360ff.; 97ff.;

mögen eines anderen erlangt hat. Vielfach, aber nicht notwendig, handelt es sich dabei um eine Leistung des anderen Teils, auf die der Empfänger keinen Anspruch hatte und die in der irrigen Annahme einer Verbindlichkeit oder sonst unter unzutreffenden Voraussetzungen erfolgte. Wenn die Rechtsordnung eine solche Leistung oder sonst einen grundlosen Erwerb als wirksam behandelt, wozu sie sich namentlich im Interesse einer klaren Rechtslage genötigt sehen kann<sup>2</sup>, so bedarf es eines besonderen Rechtsmittels, um die Unbilligkeit der Bereicherung wieder auszugleichen. Diesem Zweck dienen im römischen Recht die Kondiktionen; sie sind Vorbilder auch des modernen Bereicherungsrechts.

2. Der geschichtliche Ausgangspunkt der römischen Bereicherungsansprüche liegt, wie wir schon in anderem Zusammenhange feststellen konnten (§ 117, 2c), in unmittelbarer Nachbarschaft des formlosen Darlehens (*mutuum*). Beide Rechtsinstitute waren mit den gleichen Klagformeln ausgestattet: der *actio* (oder *condictio certae creditae pecuniae*, wenn es sich um Geld handelte, der *condictio triticaria* (oder *certae rei*) im Falle des Naturaldarlehens und der Sachbereicherung; und noch Gaius (3, 91) erwog, ob die Leistung einer Nichtschuld nicht einen Realkontrakt darstelle. Geht man davon aus, daß ursprünglich nicht der übereinstimmende Parteiwille die Grundlage des Realkontrakts ausmachte, sondern ausschließlich die *res*, d. h. die unter den Parteien erfolgte Vermögensverschiebung, so verschwindet in der Tat die Schranke, die für das klassische und moderne Rechtsdenken zwischen der vertraglichen Darlehensverbindlichkeit und der außervertraglichen Bereicherung besteht. Die grundlose Bereicherung erscheint dann in genau dem gleichen Sinn als Quelle einer Realobligation, wie das Darlehen; ja man kann sagen, daß die Darlehensschuld in diesem Sinne nur einen Sonderfall der allgemeinen Bereicherungshaftung darstellt. Auch nachdem sich das römische Recht bereits von diesen ältesten Vorstellungen entfernt und die Bereicherungsansprüche aus dem Kontraktrecht ausgeschieden hatte, wirkte der Gedanke der Realobligation noch in der Abgrenzung der Bereicherungshaftung nach: Man verlangte grundsätzlich<sup>3</sup>, daß die Bereicherung durch eine Sach- oder Geldleistung (ein *dare*) des anderen Teils eingetreten sein müsse.

3. Die durch die *condictiones certae pecuniae* und *certae rei* bereinigten Bereicherungstatbestände waren im einzelnen recht verschiedener Art. So begreift es sich, daß neben allgemeinen Formulierungsversuchen<sup>4</sup> frühzeitig das Bestreben nach einer Gliederung in einzelnen Gruppen auftrat. Für das klassische Recht waren und blieben diese Einzelfälle der Bereicherungshaftung jedoch nur Erscheinungsformen ein und desselben Rechtsinstituts. Erst als die klassische Begriffswelt in den Händen der nachklassischen Theorie zu festen Formeln erstarrte, gewannen die klassischen Tatbestandsgruppen, ihrem Wesen zuwider, das Ansehen selbständiger Ansprüche<sup>5</sup>. Es handelt sich um folgende Fälle der Bereicherung:

SIBER: Röm. R. II 213 ff.; EHRHARDT: *Iusta causa traditionis*, 36ff., 1930. Zur *condictio incerti* s. auch u. Anm. 7. Über honorarrechtliche Bereicherungsansprüche vgl. § 106, Anm. 13.

<sup>2</sup> Hauptfall: die abstrakten Rechtsübertragungsgeschäfte. Im römischen Recht wirkte sowohl Manzipation und *in iure cessio* (§ 71, 1 u. 2) wie in weitem Umfang auch die Tradition (§ 71, 3a) abstrakt.

<sup>3</sup> Wichtigste Ausnahme des klassischen Rechts: die *condictio furtiva*; s. u. Ziff. 3 d.

<sup>4</sup> Nach Sabinus (in D. 12, 5, 6) haben schon die *veteres* (d. h. mindestens die Juristen um die Wende von der Republik zur Kaiserzeit) den Satz aufgestellt: *quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*.

<sup>5</sup> Auf dieser nachklassischen Systematisierung beruht die unerfreulich komplizierte Formulierung der Bereicherungstatbestände im dtsh. BGB § 812ff.; klarer schweiz. OR. Art. 62f., noch einfacher franz. cod. civ. Art. 1376ff. — Nachklassisch ist auch die von den meisten modernen Kodifikationen übernommene Beschränkung der Haftung des gutgläubigen Bereicherungsempfängers auf die z. Z. der Klagerhebung noch vorhandene Bereicherung (BGB § 818 III, schweiz. OR Art. 64, österr. ABGB § 1437 u. 329, ital. cod. civ. 1148, anders franz. cod. civ. Art. 1379f.). Sie beruht auf einer Vermengung der schuldrechtlichen Bereicherungshaftung mit der Haftung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer (hierüber s. § 78, 3f.). Näheres bei SIBER: Röm. R. II 220, 222.

a) Die Rückforderung einer in entschuldbarem Irrtum über das Bestehen einer Verpflichtung gezahlten Nichtschuld (*condictio indebiti*; D. 12, 6). Sie fand statt, sowohl wenn die vom Leistenden vorausgesetzte Verbindlichkeit nie bestanden hatte, wie wenn sie vor der Leistung aus anderem Grund erloschen oder wenn sie durch dauernde Einrede (*exceptio perpetua*, vgl. § 123, 1) entkräftet war.

b) Die Rückforderung einer Leistung, die zwar nicht die Tilgung einer Verbindlichkeit bezweckt hatte, aber mit Rücksicht auf einen Erfolg erbracht worden war, der dann nicht eintrat (*condictio ob rem* oder *ob causam datorum*, auch *condictio re bzw. causa non secuta*; D. 12, 4). Hierher gehörte z. B. die Zahlung einer Geldsumme als Mitgift für eine Ehe, die schließlich nicht zustandekam; ferner die Vorleistung im Rahmen einer auf Leistung und Gegenleistung gerichteten Vereinbarung, die nicht unter die vom klassischen Recht anerkannten Kontraktstypen fiel (§ 152, 1).

c) Die Rückforderung einer Leistung, deren Annahme seitens des Empfängers einen Verstoß gegen die guten Sitten oder die Rechtsordnung darstellte (*condictio ob turpem vel iniustam causam*; D. 12, 5). Ein solcher Bereicherungsanspruch stand z. B. demjenigen zu, der dem Verwahrer seiner Sache eine Summe hatte zahlen müssen, um die Sache wiederzubekommen (D. 12, 5, 2, 1); oder dem, der Geld gegeben hatte, um die Begehung eines Verbrechens zu verhindern (D. 12, 5, 2 pr.). Waren auch auf seiten des Leistenden unsittliche oder rechtswidrige Motive im Spiel, so entfiel die Kondiktion; so z. B. bei Zahlung einer Summe, um den anderen Teil zum Ehebruch zu verleiten oder um den Mitwisser eines Vergehens zum Schweigen zu veranlassen (D. 12, 6, 4 pr.)<sup>6</sup>.

d) Der Rückgabeanspruch des Eigentümers gegen den Dieb (*condictio furtiva*; D. 13, 1)<sup>7</sup>. Dieser Kondiktionsfall unterscheidet sich von allen anderen in doppelter Weise: einmal durch die Tatsache, daß die Bereicherung hier nicht auf einer Leistung des anderen Teils beruht; sodann dadurch, daß er grundsätzlich mit dem Eigentumsanspruch (*rei vindicatio*) konkurrierte (vgl. § 157, 3).

e) Als Sammelbecken für solche Bereicherungstatbestände, die nicht unter die bisher aufgeführten Kategorien fallen, ist offenbar die *condictio sine causa* gemeint, die bei Justinian als eigene Gattung der Bereicherungsklagen auftritt (D. 12, 7). Hierunter erscheint u. a. der Anspruch auf Rückgabe einer Leistung, deren Rechtsgrund zur Leistungszeit bestanden hatte, aber späterhin weggefallen war (*condictio ob causam finitam*; Beispiel: die durch Vertragserfüllung erledigte *arrha*, § 117, 4); ferner der Anspruch auf Rückgabe einer auf nichtigem Vertrage beruhenden Leistung (Beispiel: Schenkung ohne die erforderliche Insinuation; § 153, 3).

4. Die Formeln der *condictiones certae pecuniae* und *certae rei* gestatteten nur die Rückforderung einer bestimmten Geldsumme oder Sache. Schon im zweiten Jahrhundert n. Chr. scheint man aber in gewissem Umfang auch Ansprüche auf Herausgabe einer andersartigen Bereicherung zugelassen zu haben, z. B. auf Befreiung von einer ohne Rechtsgrund eingegangenen Verbindlichkeit. In solchen Fällen bedurfte es einer besonderen, auf ein *incertum* gestellten Formel (sog. *condictio incerta*)<sup>8</sup>. Mit

<sup>6</sup> Vgl. dtsh. BGB § 817, 2, österr. ABGB § 1174, schweiz. OR Art. 66.

<sup>7</sup> Vgl. BOSSOWSKI: Ann. Palermo 13, 343ff. und dazu BIONDI: Bull. 38, 257; SIBER: Studi Riccobono III 245, Anm. 8.

<sup>8</sup> Die Klassizität der *condictio incerta* ist sehr bestritten. Vgl. bes. die o. Anm. 1 genannten Arbeiten von PFLÜGER, dazu PARTSCH: ZSSSt. 32, 447ff.; ferner BENIGNI: Arch. giur. 75, 309ff.; LENEL: Ed. perp. 3 156ff.; DE FRANCISCI: *Συνάλλαγμα* I 58ff. (alle mit weiteren Literaturangaben); RABEL: Grundz. d. röm. Privatr. 471, Anm. 1; SIBER: Röm. R. II 215f. Daß sie materiell dem klassischen Rechte ganz gefehlt habe, ist jedoch schwerlich anzunehmen; der Name mag unklassisch sein (TRAMPEDACH: ZSSSt. 17, 97ff.), ebenso einzelne Anwendungsfälle. — Ob man freilich Gai. 4, 5 als einen Beleg für die Klassizität ansehen darf (JÖRS: i. d. Vorauf. 173, Anm. 1), erscheint fraglich: wenn hier alle *actiones in personam, quibus dari fierive oportere intendimus* als *condictiones* bezeichnet werden, so handelt es sich offenbar um eine allgemeinere Verwendung des Begriffs, die für Terminologie und Gestaltung der speziellen Bereicherungskonditionen noch

dieser Erweiterung aber war zugleich die Schranke durchbrochen, die bis dahin der Gedanke der Realverbindlichkeit dem Anwendungsgebiet der Konditionen gesetzt hatte (Ziff. 2). So war der Weg frei für zahlreiche nachklassische Neubildungen. Diese beschränkten sich nicht auf Einzeltatbestände<sup>9</sup>, vielmehr begegnen bei Justinian ganz neue Konditionstypen, so namentlich die *condictio ex lege*<sup>10</sup>, aus einem einzigen Satz des Paulus herausgesponnen (D. 13, 2), der zudem das Wort *condictio* überhaupt nicht enthält, und die sog. *condictio generalis* (D. 12, 1, 9 pr. ff.), die aus jedem Kontrakt, Quasikontrakt oder Delikt zulässig sein und stets auf ein *certum* lauten sollte<sup>11</sup>.

§ 156. Ansprüche auf Auseinandersetzung. 1. Eine eigentümliche Verbindung dinglicher und persönlicher Elemente kennzeichnet die sog. Teilungsklagen (*iudicia divisoria*)<sup>1</sup>. Mit ihnen konnte in bestimmten Fällen einer Rechtsgemeinschaft jeder der Mitberechtigten von den anderen die Aufhebung des Gemeinschaftsverhältnisses und die vermögensrechtliche Auseinandersetzung begehren. Der besondere Zweck dieser Ansprüche forderte außergewöhnliche Vollmachten für den Richter. Er mußte die Möglichkeit haben, eine reale Aufteilung der Gemeinschaftsgegenstände vorzunehmen<sup>2</sup> und die Gemeinschaftler durch rechtsgestaltenden Spruch zu Alleineigentümern der ihnen zufallenden Anteile zu machen; zu diesem Ende enthielt die Prozeßformel aller dieser Klagen eine sog. *adiudicatio* (*quantum adiudicare oportet, iudex Titio adiudicato*; Gai. 4, 42). Er mußte ferner durch sein Urteil die gesamten schuldrechtlichen Beziehungen aus der Gemeinschaft bereinigen<sup>3</sup> und unter Umständen auch neue Forderungsrechte zum Ausgleich für eine ungleichmäßige Bemessung der realen Anteile schaffen können; dabei konnte es vorkommen, daß nicht nur einer von den Gemeinschaftlern, und daß auch derjenige, der die Teilungsklage erhoben hatte, zu einer Geldleistung verurteilt werden mußte; dies ermöglichte die besonders gearterte *condemnatio* dieser Klagen (*quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet ex fide bona* [?] <sup>4</sup>, *eius iudex alterum alteri condemnato*). Vom Urteil aus gesehen, spielten also alle Prozeßbeteiligten gleichzeitig die Rolle des Klägers und des Beklagten.

2. Handelte es sich um die Rechtsgemeinschaft unter Miterben (§ 217), so vollzog

nichts beweist. Lediglich das eine darf man vielleicht daraus entnehmen, daß die Bildung des Terminus *condictio incerti* vom klassischen Sprachgebrauch aus nicht unmöglich war. Zu Gai. 4, 5 vgl. noch PARTSCH: ZSt. 32, 448 und SIBER: Röm. R. II 213, Anm. 2 (S. urteilt wie hier).

<sup>9</sup> Vgl. SIBER: Röm. R. II 213f., 216 (ob alles dort Aufgezählte nachklassisch ist, mag zweifelhaft sein).

<sup>10</sup> Sie sollte Anwendung finden, wenn ein Gesetz einen neuen schuldrechtlichen Anspruch schuf und nicht angab, welcher Art er sein sollte.

<sup>11</sup> MITTEIS: Jherings Jahrb. 39, 153ff.

<sup>1</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>9</sup> 933f. (§ 449), 945 (§ 450), III <sup>9</sup> 499ff. (§ 608) und bei R. LEONHARD: RE 4, 777ff., 6, 2325ff. Dazu LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 206ff. (*fam. herc.*), 210f. (*comm. div.*), 211f. (*fin. reg.*), 212ff. (*utilis comm. div.*); KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 455ff.; BERGER: Z. Entwicklungsgesch. d. Teilungskl., 1912; BRONDI: Ann. Perugia 3. Ser., 11, 367ff., 1913; ARANGIO-RUIZ: Riv. ital. sc. giur. 52, 223ff.; Bull. 32, 6ff.; FREZZA: Riv. ital. sc. giur. NS. 7, 1ff. (*comm. div.*).

<sup>2</sup> Der Richter konnte sowohl den einzelnen Gemeinschaftlern einzelne der gemeinschaftlichen Sachen zuweisen, wie eine teilbare Sache körperlich aufteilen. Ebensovohl konnte er natürlich einem der Gemeinschaftler die ganze Sache und den anderen eine Geldabfindung zu Lasten des ersten zusprechen, oder den Verkauf der Sache anordnen und den Erlös aufteilen. Welche Möglichkeit er wählen wollte, stand in seinem pflichtmäßigen Ermessen.

<sup>3</sup> Über die Haftung für Schaden im Bereich der Teilungsklagen vgl. § 109, 3 (für die klassische Zeit; nachklassisch ist die im Bereich der *actio familiae herciscundae* [D. 10, 2, 25, 16] erwähnte Beschränkung der Haftung auf *diligentia quam suis*).

<sup>4</sup> Ob die Teilungsklagen *bonae fidei iudicia* waren, ist sehr zweifelhaft. — Die älteren Aufzählungen (s. § 101, Anm. 11) der *iudicia bonae fidei*, einschließlich Gai. 4, 62, erwähnen sie nicht. Wohl aber werden sie als solche genannt bei Iul. D. 10, 3, 24 pr.; Gai. D. 41, 1, 45 (im wesentlichen gleichlautend); Ulp. D. 10, 3, 4, 2; Gordian C. 3, 36, 9 und I. 4, 6, 28. Daß alles das auf Interpolation beruhen sollte, ist wenig glaubhaft. Lit. am vollständigsten bei BERGER: (s. o. Anm. 1) 144f., Anm. 2; dazu BRONDI: Ann. Palermo 7, 218ff.; LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 208f.

sich die Auseinandersetzung im Wege der schon den Zwölf Tafeln bekannten *actio familiae herciscundae*<sup>5</sup>. Der Auseinandersetzung unter Miteigentümern diene die *actio communi dividundo*<sup>6</sup>. Eine besondere Rolle unter den Teilungsklagen spielte die *actio finium regundorum*<sup>7</sup> (deren Prozeßformel indessen denen der beiden anderen Teilungsklagen durchaus entsprach): Nach altem Herkommen waren Feldgrundstücke durch einen fünf Fuß breiten Grenzzaum (*confinium*) geschieden, der zweieinhalb Fuß breit zu jeder Seite der eigentlichen Grenzlinie lief und zugleich als Verbindungsweg benutzt wurde. Streitigkeiten, die dieses *confinium* betrafen (*controversiae de fine*), wurden im *iudicium finium regundorum* nach eigenen Grundsätzen erledigt<sup>8</sup>. Der Richter hatte zunächst die alte Grenze zu ermitteln und erst, wenn diese unauffindbar war oder ihm unzumutbar erschien, eine neue Feststellung des *confinium* vorzunehmen. Im nachklassischen Recht verschwand allmählich die Beschränkung dieser Klage auf das *confinium* und galten ihre Grundsätze für Grenzstreitigkeiten schlechthin.

## VII. Delikte.

### A. Zivilrechtliche Deliktstatbestände.

§ 157. Entwendung (*furtum*)<sup>1</sup>. 1. Es ist ungenau, wenn man den römischen Begriff des *furtum* mit „Diebstahl“ wiederzugeben pflegt. Unter Diebstahl verstehen wir die unerlaubte Aneignung einer fremden beweglichen Sache unter Bruch fremden Gewahrsams. Wer selbst Gewahrsam an der Sache hat, begeht durch die rechtswidrige Aneignung keinen Diebstahl, sondern eine Unterschlagung. Das römische *furtum* aber umfaßt sowohl den Diebstahl wie die Unterschlagung. Auch kannte das römische Recht eine bloße Gebrauchsentwendung (*furtum usus*), die nicht anders behandelt wurde als die Sachaneignung. Endlich zog man sogar viele Tatbestände unter den Begriff des *furtum*, die wir heute ganz anders, etwa als Fälle des Betruges, ansehen<sup>2</sup>. Dementsprechend bezeichnen die Römer als *furtum* jedes „unehrliche Antasten“ einer fremden (beweglichen)<sup>3</sup> Sache in gewinnsüchtiger Absicht (Paul. D. 47, 2, 1, 3: *furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*)<sup>4</sup>.

<sup>5</sup> Für die Zwölf Tafeln belegt in Gai. D. 10, 2, 1 pr. und in dem neuen Papyrusfragment der Gaiusinstitutionen PSI XI 1182, 194ff., wo wir erfahren, daß das Gesetz ein *agere per iudicis postulationem* vorschrieb.

<sup>6</sup> Für die Zwölf Tafeln nicht belegt; eine *lex Licinia* (auch in D. 4, 7, 12 bezeugt) schrieb die prozessuale Form der *legis actio per iudicis postulationem* vor: Gai. inst. PSI XI 1182, 198ff. — Für die Auseinandersetzung unter *bonorum possessores*, gegenüber dem Universalfideikommissar, dem Pfandgläubiger, Nießbraucher usw. gab der Prätor eine besonders proponierte *actio utilis communi dividundo*; vgl. BERGER: (s. o. Anm. 1) 12ff., 26ff.; LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 212 (hier in Anm. 9 und bei KUNKEL: Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel 65, Anm. 4, weitere Lit.).

<sup>7</sup> Sie war offenbar schon den Zwölf Tafeln bekannt: tab. VII 1ff.

<sup>8</sup> Erst wenn der Streit nicht den Grenzzaum als solchen, sondern das Recht an dem Grundstück überhaupt betraf (*controversia de loco*), kamen die gewöhnlichen possessorischen und petitorischen Rechtsmittel in Betracht.

<sup>1</sup> MOMMSEN: Röm. Strafr. 733ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 774ff.; HITZIG: RE 7, 384ff.; ZSST. 23, 315ff.; WLAŠAK: ZSSt. 25, 95ff.; KNIEP: Gaiuskomm. III 2, 437ff.; HUVELIN: Etudes sur le furtum dans le très ancien droit rom. I, 1915; DE VISSCHER: Etudes de droit rom. 133ff. (hierzu RABEL: ZSSt. 52, 473ff.); LUZZATTO: Per una ipotesi sulle origini e la natura delle obbl. rom. (Fond. Castelli 8, 1934) 148ff. Vgl. ferner LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 322ff. und die in den folgenden Anm. zitierte Lit. zu Einzelfragen.

<sup>2</sup> Beispiele: Ulp. D. 47, 2, 52, 11f. u. 21f. (Betrugstatbestände); vgl. ferner Labeo in D. 47, 2, 31, 1; Ulp. D. 47, 2, 27, 3 (Zerstörung von Schulddokumenten); auch Sab. bei Gell. 11, 18, 14.

<sup>3</sup> Daß Grundstücke nicht Gegenstand eines *furtum* sein konnten, war immerhin nicht unbestritten: Gai. D. 41, 3, 38; Ulp. D. 47, 2, 25 pr. u. 1; Sab. b. Gell. 11, 18, 13.

<sup>4</sup> Ähnliche Definitionen: Sab. b. Gell. 11, 18, 20f.; Gai. 3, 195; Paul. sent. 2, 31, 1. — In der Bezeichnung der *contrectatio* als *fraudulosa* kommt zum Ausdruck, daß das *furtum* stets ein vorsätzliches Handeln voraussetzt; vgl. noch Pedius in D. 47, 2, 50, 2 (*nemo furtum facit sine*



2. Unsere Kenntnis vom Rechte des *furtum* beginnt mit den Zwölftafeln, deren Vorschriften zwar in der späteren Praxis modernisiert wurden, im übrigen aber durch die ganze Entwicklung des römischen Rechts hindurch grundlegend blieben. Die Behandlung des *furtum* in den Zwölftafeln (tab. VIII 12ff.) zeigt noch sehr primitive Züge und läßt in verschiedener Hinsicht Parallelen zu anderen jugendlichen Rechten erkennen. So stimmt das Zwölftafelrecht vor allem in der grundsätzlichen Scheidung zwischen handhafter Tat (*furtum manifestum*) und heimlicher Tat (*furtum nec manifestum*) mit dem germanischen Recht überein<sup>5</sup>: Der auf frischer Tat ertappte Dieb (*fur manifestus*) wurde ergriffen und vor den Magistrat geschleppt; dort wurde er gestäupt (*verberari*) und dann durch magistratischen Spruch (*addictio*) in die Gewalt des Bestohlenen gegeben. Wurde der Dieb gar bei nächtlichem Diebstahl gefaßt<sup>6</sup> oder verteidigte er sich mit der Waffe in der Hand gegen seine Verfolger, so mochte man ihn ohne weiteres töten, nur mußte man dabei die Nachbarschaft zum Zeugnis herbeirufen (*endo plorare*)<sup>7</sup>. Vom *fur nec manifestus* hingegen konnte der Bestohlene stets nur eine Geldbuße im doppelten Wert der gestohlenen Sache verlangen. Wie ein *fur manifestus* wurde auch derjenige behandelt, bei dem das Diebsgut durch eine förmliche Haussuchung (*questio*) gefunden wurde. Eine derartige Haussuchung begegnet in teilweise sehr ähnlichen Formen sowohl in den germanischen Rechten, wie im griechischen Recht und auf slawischem und litauischem Boden<sup>8</sup>; sie scheint

*dolo malo*; Gai. und Paul. sent. (s. o.). — Im übrigen sind alle diese Definitionen doch wieder zu eng, um den ausgedehnten *furtum*-Begriff zum mindesten des klassischen und nachklassischen Rechts zu erfassen; so erkannte man z. B. auch einen Diebstahl der eigenen Sache (Pfandhinterziehung) und einen Diebstahl freier Personen (Menschenraub) an: Gai. 3, 199f.

<sup>5</sup> Zum deutschen Recht vgl. etwa BRUNNER-V. SCHWERIN: Dtsche Rechtsgesch. II<sup>2</sup> 626. Über den Begriff des *furtum manifestum* vgl. zuletzt RABEL: ZSt. 52, 473ff. (beifällige Kritik der Deutung von DE VISSCHER). Bezüglich der verschiedenen Behandlung des *furtum manifestum* und *nec manifestum* im Zwölftafelrecht hat neuerdings ARANGIO-RUIZ: La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain (Revue Al Qanoun Wal Iqtisad 2, Kairo 1932, 109ff.) eine ganz neue Theorie aufgestellt: Der Unterschied sei fast ausschließlich prozessualer Natur; gegen den *fur manifestus* sei ohne ein streitiges Verfahren die *manus iniectio* möglich gewesen, die zur Schuldknechtschaft führte, wenn sich der Bestohlene nicht auf eine Abfindung mit der gesetzlichen Diebstahlsbuße (dem *duplum*) einließ, die aber nach A.-R. ein Dieb im Regelfalle nicht bezahlen konnte. Im Fall des *furtum nec manifestum* habe es um der Feststellung des Tatbestands willen eines streitigen Prozesses bedurft, der die gesetzliche Buße zum Gegenstand hatte und, da der Dieb regelmäßig insolvent gewesen sei, auf längerem Weg zum gleichen Ergebnis geführt habe. Die vierfache Buße des *furtum manifestum* im jüngeren Recht (u. Ziff. 3) führt A.-R. auf die Litiskreszenz zurück: habe sich nämlich ein *vindex* des als *fur manifestus* der *manus iniectio* Unterworfenen angenommen und durch die Behauptung, daß kein *furtum manifestum* vorliege, die Sache in den streitigen Prozeß getrieben, so sei bei Obsiegen des Bestohlenen die *poena dupli* zur *poena quadrupli* geworden. Diese Theorie ist geistreich, aber m. E. nicht haltbar. Hier nur zwei Andeutungen: 1. Ist es wirklich wahr, daß im alten Rom ein Dieb so gut wie nie zahlen konnte? Der typische Fall ist in primitiv-bäuerlichen Verhältnissen der Viehdiebstahl (vgl. 2. Mos. 22, 3: Findet man aber bei ihm den Diebstahl lebendig, es sei Ochse, Esel oder Schaf, so soll ers zwiefältig wiedergeben); und am Vieh des Nachbarn vergriff sich wohl auch einmal ein begüterter Bauer; inwieweit gibt es überhaupt zur Zwölftafelzeit unter den römischen Bürgern ein völlig mittelloses Proletariat? — 2. A.-R. läßt außer acht, daß der bei der Tat oder auf der Verfolgung ergriffene Dieb auch in anderen primitiven Rechten viel strenger behandelt wird als der *fur nec manifestus*; vgl. außer dem germanischen Recht auch das mosaische (2. Mos. 22, 1f.). Grund ist nicht nur die stärkere Erregung des Verletzten (der Einwand aus der Gleichstellung des bei der Haussuchung überführten Besitzers von Diebsgut mit dem *fur manifestus* [A.-R. S. 111] entfällt, wenn man sich die Haussuchung als Abschluß der Spurfolge denkt; s. u. Anm. 11), sondern vor allem auch das Mißtrauen des primitiven Rechts gegenüber indirekten Beweisen.

<sup>6</sup> Qualifizierung des nächtlichen Diebstahls auch im griechischen Recht: LIPSIUS: Attisches Recht u. Rechtsverf. 439.

<sup>7</sup> Gai. D. 9, 2, 4, 1: *cum clamore testificare*. Es ist das „Gerüfte“ des deutschen Rechts.

<sup>8</sup> Rechtsvergleichende Untersuchung: v. SCHWERIN: D. Formen d. Haussuchung i. indogerm. Rechten (Rechtsgesch. Studien 1, 1924); dazu GOLDMANN: ZSt., germ. Abt., 45, 457ff. Speziell zur römischen Haussuchung, aber mit rechtsvergleichendem Material: DE VISSCHER: Etudes de droit rom. 217ff.; hierzu RABEL: ZSt. 53, 477ff.

also Gemeingut der indogermanischen Völker zu sein. Ihre Gestalt in den Zwölftafeln ist höchst altertümlich: Nackt, mit einem „Faden“ (*licium*) gegürtet und eine Schlüssel (*lanx*) in der Hand (daher *quaestio lance licioque*) mußte der Suchende in das verdächtige Haus eintreten. Die Römer der ausgehenden Republik haben den Sinn dieses eigentümlichen Aufzugs in ganz verschiedener Weise zu erklären gesucht<sup>9</sup>; vielleicht war er selbst der Zwölftafelzeit schon nicht mehr verständlich; auch die moderne Forschung hat eine sichere Deutung noch nicht zuwege gebracht<sup>10</sup>. Nicht völlig aufgeklärt ist ferner das Verhältnis zweier auf das *triplum* des Sachwerts gerichteter Klagen zur *quaestio lance licioque*: der *actio furti concepti* und der *actio furti oblata*. Jene richtete sich gegen den Hausherrn, bei dem das Diebesgut bei einer Haussuchung gefunden worden war, gleichgültig ob er der Dieb war oder nicht; diese war eine Regreßklage des bei einer Haussuchung überführten Besitzers gegen den, der ihm das Diebesgut untergeschoben hatte (Gai. 3, 186f.). Wie es scheint, handelt es sich hier um eine jüngere Form der Haussuchung, die der Förmlichkeit des *lance licioque quaerere* entbehrte und nur der Zuziehung von Zeugen bedurfte. Dies vorausgesetzt, liegt es nahe, anzunehmen, daß beide Klagen dem Zwölftafelrecht überhaupt noch fremd waren und einer jüngeren Entwicklungsschicht angehören<sup>11</sup>. Dem steht freilich das Zeugnis des Gaius (3, 191) entgegen.

3. Das Recht der späteren Republik und der Kaiserzeit behielt die Unterscheidung zwischen *furtum manifestum* und *furtum nec manifestum* bei<sup>12</sup>. Nur

<sup>9</sup> Für die *lanx* führte Gaius (3, 193) zwei Deutungsmöglichkeiten an: *sive ideo . . . ut manibus occupatis nihil subiciatur, sive ideo, ut, quod invenerit, ibi imponat*. Er meint aber selbst: *neutrum eorum procedit, si id, quae quaeratur, eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subici neque ibi imponi possit*. Das *licium* hält er „wahrscheinlich“ (*magis est*) für eine Art Schurzfell (*consuti genus*). Festus (p. 117) meint: *lancem . . . ante oculos tenebat propter matrum familiae aut virginum praesentiam*.

<sup>10</sup> Von den neueren Erklärungsversuchen seien die von v. SCHWERIN und GOLDMANN erwähnt. SCHWERIN führt die Nacktheit auf magische Zwecke zurück; für das *licium* erwägt er zunächst gleichfalls eine magische Erklärung als apotropäisches Mittel, für die *lanx* die Deutung als Opferschale; die Schwierigkeiten, die in der Hereinziehung des Sakralen (Opferschale!) liegen, veranlassen ihn aber schließlich, den Worten *lance licioque* eine ganz andere Deutung zu geben: Er greift auf ein bei Festus bezeugtes altes Wort *lax* = *fraus* zurück und übersetzt *lance licioque* mit „Verfolgung und Spur“, d.h. Spurfolge (s. u. Anm. 11). Dieser letzte Vorschlag erscheint indessen aus sprachlichen und sachlichen Gründen kaum möglich. GOLDMANN hält die *lanx* für einen Zauberspiegel; ein solcher ist jedoch gerade im römischen Kulturkreis bisher nicht nachgewiesen. — Sollte nicht am Ende doch eine „rationalistische“ Deutung vorzuziehen sein? Etwa so: Der Suchende durfte nicht mehr mitbringen, als er benötigte, um das gefundene Gut heimzubringen, eine Schale, etwa um die gestohlenen Lebensmittel oder Metallgegenstände hineinzu legen, eine Schnur, um das gestohlene Vieh zu binden oder daran abzuführen (H. FRÄNKEL). Dafür, daß *licium* nicht nur einen Faden, sondern, wenigstens in alter Sprache, auch eine stärkere Schnur bezeichnen konnte, vgl. Varr. de ling. Lat. 6, 86ff., wo *inlicium vocare* die Berufung des Volkes in das von einer Schnur umgrenzte Abstimmungsgelände bedeutet (MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 399, Anm. 3 übersetzt „Gurt“ in m. E. nicht gerechtfertigter Anlehnung an die Deutung des *licium* bei Gai. 3, 193).

<sup>11</sup> So HIRTZIG: ZSSt. 23, 328ff. (mit Referat über ältere Meinungen). DE VISSCHER: Etudes de droit rom. 217ff. hält zwar die bei Gai. 3, 186 erwähnte Haussuchung gleichfalls für eine jüngere Form, versucht aber der *actio furti concepti* auch im Zusammenhang der älteren *quaestio lance licioque* einen Platz zuzuweisen. Gegen die Aufstellungen, zu denen er dabei gelangt, wendet sich mit Recht RABEL: ZSSt. 53, 477ff. — Möglich erscheint mir allenfalls die Annahme, daß bereits die *quaestio lance licioque* der Zwölftafeln sowohl im unmittelbaren Anschluß an die Verfolgung des Diebs (die Spurfolge) als auch in größerem Zeitabstand auf bloße Verdachtsgründe hin (dann nur unter Zuziehung von Zeugen) zulässig war, und daß der Überführte nur im ersten Falle als *fur manifestus* behandelt wurde, im zweiten dagegen lediglich der *actio furti concepti* unterlag. Allein dafür bieten die Quellen wiederum keinen Anhalt. — Sicher ist andererseits, daß die (in den römischen Quellen freilich nicht erwähnte) Spurfolge irgendwann einmal absolute oder doch regelmäßige Voraussetzung der *quaestio lance licioque* gewesen sein muß. Vgl. v. SCHWERIN: Formen d. Haussuchung 47; RABEL: ZSSt 53, 478.

<sup>12</sup> Die Abgrenzung zwischen *furtum manifestum* und *nec manifestum* war in klassischer Zeit bestritten; vgl. Gai. 3, 184; Ulp. u. Paul. D. 47, 2, 3—5. Hierzu DE VISSCHER: Etudes de droit rom. 190ff.; RABEL: ZSSt. 53, 475ff. — Die Klagformel der *actio furti manifesti* ist nicht wieder-

setzte das prätorische Edikt auch für das *furtum manifestum* eine bloße Geldbuße an, und zwar in Höhe des vierfachen Wertes der gestohlenen Sache. Die Haussuchung blieb in jüngerer Gestalt ohne den alten Ritus, aber unter Mitwirkung von Zeugen (Ziff. 2 a. E.) bestehen. Wurde sie verwehrt, so gab der Prätor eine *actio furti prohibiti* auf das Vierfache (Gai. 3, 192). Bei erfolgreicher Haussuchung erwuchs dem Bestohlenen die *actio furti concepti*, dem überführten Besitzer des gestohlenen Guts als Regreßklage die *actio furti oblati*, beide auf das Dreifache des Wertes (s. Ziff. 2)<sup>13</sup>. Alle diese Klagen hatten reinen Bußcharakter. Deshalb war neben ihnen Raum für eine Rückforderung der gestohlenen Sache mit dem Eigentumsanspruch (*rei vindicatio*). Schließlich stand dem Bestohlenen gegen den Dieb noch die *condictio furtiva* (§ 155, 3d) zur Verfügung, die sich gleichfalls auf Herausgabe der Sache richtete und darum zwar neben der pönalen *actio furti*, aber nur wahlweise statt der *rei vindicatio* zulässig war<sup>14</sup>. Sie bot vor allem den Vorteil, daß der Dieb auch dann auf den Ersatz des Interesses verurteilt wurde, wenn die Sache ohne sein Verschulden untergegangen war; man begründete dies mit der Annahme, daß der Dieb schon mit der Entwendung in Verzug gerate (*fur semper in mora*: Tryph. D. 13, 1, 20; Ulp. D. 13, 1, 8, 1).

4. Als zivilrechtliche Klage konnte die *actio furti* an sich nur unter römischen Bürgern Platz greifen. Sie wurde indessen, gewiß schon sehr frühzeitig, mittels einer Fiktion des Bürgerrechts auch auf Peregrine erstreckt<sup>15</sup>. Beklagter konnte bei der *actio furti manifesti* stets nur der Dieb selbst sein (Paul. D. 17, 2, 34); die *actio furti nec manifesti* dagegen richtete sich auch gegen Anstifter und Gehilfen (*cuius ope consilio furtum factum est*; Gai. 3, 202). Für die Frage, wer zur Klagerhebung befugt war, galt für alle Diebstahlsklagen eine aus republikanischer Zeit stammende Regel<sup>16</sup>, wonach jeder, der ein Interesse hatte, zur Klage zugelassen war (*cuius interest rem salvam esse oder rem non subripi*). Genau genommen war diese Regel jedoch zu weit gefaßt. Das klassische Recht<sup>17</sup> gab die *actio furti* keineswegs schlechthin jedem Interessenten, sondern forderte ein besonders gelagertes Interesse. Natürlich kam in erster Linie der Eigentümer der gestohlenen Sache als Kläger in Betracht. An seine Stelle trat jedoch ein anderer, wenn dieser dem Eigentümer gegenüber generell für den Diebstahl verantwortlich war. Dies war bei solchen Fremdbesitzern der Fall, die für *custodia* einstanden (§ 109, 2a). In den Quellen erscheinen darum der Entleiher, gewisse Werkunternehmer und der Pfandgläubiger als legitimiert, die *actio furti* geltend zu machen (Gai. 3, 204ff.; Paul. D. 17, 2, 15 pr.). Nicht dazu befugt

herstellbar; die der *actio furti nec manifesti* lautete etwa: *Si paret A<sup>o</sup>A<sup>o</sup> a N<sup>o</sup>N<sup>o</sup> opeve consilio N<sup>i</sup>N<sup>i</sup> (vgl. Ziff. 4) furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem N<sup>m</sup>N<sup>m</sup> pro fure damnum decidere oportet, [quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae duplum iudex N<sup>m</sup>N<sup>m</sup> A<sup>o</sup>A<sup>o</sup> condemnato, s. n. p. a.]*. Der nicht eingeklammerte Teil ist aus der fiktizischen Formel in Gai. 4, 37 gewonnen; vgl. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 324ff. — Verurteilung auf Grund der *actio furti* führte zur Infamie: Ed. perp. in D. 3, 2, 1; Paul. sent. 2, 31, 15 (LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 77ff.).

<sup>13</sup> Justinian erwähnt (I. 4, 1, 4) noch eine *actio furti non exhibitii* gegen den, der sich weigerte, die bei der Haussuchung gefundene Sache herauszugeben. Er schließt die Bemerkung an, daß zu seiner Zeit die private Haussuchung und alle damit zusammenhängenden Klagen abgekommen seien. Demnach gab es nur noch eine *actio furti manifesti* und eine *actio furti nec manifesti*. Auch diese hatten übrigens schon in klassischer Zeit an Bedeutung verloren, weil die Verfolgung des Diebstahls im Wege der Polizeirechtspflege immer mehr in den Vordergrund trat: Ulp. D. 47, 2, 93 (verfälscht, vgl. ALBERTARIO: Filangieri 37, 523f.; BESELER: Beitr. V 74f.; ARANGIO-RUIZ: [s. o. Anm. 5] 134f. — Aber an der Klassizität des Inhalts ist nicht zu zweifeln).

<sup>14</sup> Pomp. D. 47, 2, 9, 1; hierzu LEVY: Konkurrenz d. Aktionen u. Personen II 1, 90ff.; ZSST. 42, 489f.; BETTI: Litis aestimatio I 44, 45; BESELER: ZSST. 44, 371.

<sup>15</sup> Eine sog. *formula ficticia* (vgl. § 101, 3); das Formular bei Gai. 4, 37.

<sup>16</sup> Zuerst nachweisbar bei Q. Mucius Scaevola (s. D. 47, 2, 77, 1); vgl. noch Gai. 3, 202; Ulp. (Sab. ?) D. 47, 2, 10.

<sup>17</sup> Viele neuere Untersuchungen: grundlegend SECKEL bei HEUMANN: Handlex. <sup>9</sup> 226 s. v. fur 1). Ferner SCHULZ: ZSSt. 32, 23ff.; Grünhuts Z. 38, 22ff.; Krit. Vjschr. 50, 66ff.; BESELER: Beitr. III 190ff.; KNIEP: Gaiuskomm. III (2) 468ff.; BUCKLAND: NRH 41, 5ff.; HAYMANN: ZSSt. 40, 213ff., 241ff., 273ff. und die übrige *custodia*-Lit., vgl. § 109, Anm. 4.

war dagegen, wer lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Leistung der Sache hatte, wie z. B. der Stipulationsgläubiger oder der Käufer, dem die Sache noch nicht übergeben war (Paul. D. 47, 2, 13; Ulp. eod. 14 pr. u. 1)<sup>18</sup>.

5. Als ein qualifizierter Fall des Diebstahls wurde in klassischer Zeit der Raub (*rapina*), d. h. die gewaltsame Entwendung fremder Sachen betrachtet. Das prätorische Edikt sah für ihn seit dem Ausgang der Republik eine besondere *actio vi bonorum raptorum* vor, die binnen Jahresfrist auf den vierfachen, danach auf den einfachen Wert des geraubten Gegenstands lautete (Gai. 3, 209)<sup>19</sup>.

§ 158. Sachbeschädigung (*damnum iniuria datum*)<sup>1</sup>. 1. Im Zwölftafelrecht war die Beschädigung fremder Sachen offenbar noch nicht als einheitliches Delikt erfaßt<sup>2</sup>. Wir kennen lediglich eine Reihe von Spezialtatbeständen, die in einer für den Kulturstand dieser alten Zeit charakteristischen Weise bestimmte typische Fälle der Sachbeschädigung regeln: die Brandstiftung an Haus und Fruchtvorräten (tab. VIII 10), die Beschädigung fremder Baumbestände (tab. VIII 11), den Schadenszauber an fremder Saat und fremder Frucht (tab. VIII 8) und das Abweiden fremden Bodens (tab. VIII 7). Die Verletzung eines fremden Sklaven war — auch dies ist für die Zeitverhältnisse bezeichnend — zusammen mit der Körperverletzung an Freien unter dem Gesichtspunkt der *iniuria* (§ 159, 1) geordnet: noch war der Sklave nicht Sache im konsequenten Sinne des späteren Rechts (vgl. § 40, 1). Weitere Einzeltatbestände der Sachbeschädigung waren gewiß vorhanden, sind aber durch die spätere Neuregelung völlig überdeckt worden und darum für uns verloren.

2. Eine einheitliche Regelung der Sachbeschädigung brachte dann die *lex Aquilia de damno*. Sie soll nach einer freilich sehr späten Nachricht (Theoph. inst. paraphr. 4, 3, 15) im Jahre 286 v. Chr. ergangen sein<sup>3</sup>, und angesichts ihres in vieler Hinsicht noch sehr altertümlichen Charakters erscheint jedenfalls die Zuschreibung an das dritte Jahrhundert v. Chr. durchaus glaubhaft. Das Gesetz<sup>4</sup> zerfiel in drei

<sup>18</sup> Die obigen Andeutungen sind nicht erschöpfend. Insgesamt bot das klassische Recht offenbar das Bild einer ziemlich verzweigten Kasuistik. Auch das justinianische Recht kannte nur Einzellösungen (s. WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>9</sup> 966ff.); nur sind hier die klassischen Entscheidungen (vor allem infolge des Verfalls der *custodia-Haftung*) vielfach verwirrt und verdorben.

<sup>19</sup> Ob dem Beraubten neben der *actio vi bonorum raptorum* die *condictio furtiva* nur wahlweise oder kumulativ zustehe, war in klassischer Zeit bestritten (Gai. 4, 8); vgl. dazu LEVY: Konkurrenz d. Aktionen u. Personen I 429ff. (hier zugleich Näheres über die Geschichte der *actio vi bonorum raptorum* und Literaturhinweise).

<sup>1</sup> PERNICE: Z. Lehre v. d. Sachbeschädigungen, 1867; LONGO: Studi sull'actio legis Aquiliae, 1889; PAMPALONI: Bull. 3, 241ff.; v. TUHR: Z. Schätzung d. Schadens b. d. lex Aquilia, 1892; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 793ff.; MOMMSEN: Röm. Strafr. 809ff.; LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 198ff.; DE MEDIO: Studi Scialoja I 27ff.; DEBRAY: NRH 33, 643ff.; SEGRÈ: Mélanges Girard II 511ff.; ROTONDI: Scr. giur. II 411ff., 465ff.; LEVY: Konkurrenz d. Aktionen u. Personen II 1, 1ff.; KUNKEL: ZSSt. 49, 158ff.; ARANGIO-RUIZ: Responsabilità contrattuale<sup>2</sup> 226ff.; CARRELLI: Riv. ital. sc. giur. NS 9, 356ff. Zur Terminologie vgl. auch die Miscelle von BUCKLAND: RH 4. Ser., 6, 120f. — Über die der *actio legis Aquiliae* nahe verwandte (honorarrechtliche) *actio servi corrupti* wegen moralischer Beschädigung eines fremden Sklaven (durch Unterstützung auf der Flucht, Bestechung oder Verführung zu Übeltaten) vgl. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 175; SCHILLER: Studi Riccobono IV 79ff., mit weiterer Lit. (Sch. behandelt die Klage unter dem Gesichtspunkt des gewerblichen Rechtsschutzes und sucht darzutun, daß sie auch gegen den Verrat von Geschäftsgeheimnissen Schutz geboten habe.)

<sup>2</sup> Wenn man aus den Zwölftafelglossen *rupit* in (Fest. p. 265) und *sarcito* (eod. 322) einen allgemeinen Sachbeschädigungstatbestand hat konstruieren wollen (tab. VIII 5), so ist dies ein ganz unbegründetes und unwahrscheinliches Unternehmen. Die Worte finden sich in anderen Bestimmungen des Gesetzes, die uns bezeugt sind (vgl. MOMMSEN: ad h. 1); sie können natürlich ebensowohl auch in irgendwelchen verlorenen Spezialnormen gestanden haben; jedenfalls ist alles unsicher. Vollends phantastisch ist die „*actio de rupitiis sarcientiis*“ von SELL, 1877.

<sup>3</sup> Das Bedenklichste dieser Nachricht ist die Tatsache, daß das Jahr 286 v. Chr. auch das der *lex Hortensia* ist, durch die die Plebiszite für das ganze Volk verbindlich wurden; das sieht stark nach Geschichtsklitterung aus. Zur Datierungsfrage zuletzt ARANGIO-RUIZ: Responsabilità contrattuale<sup>3</sup> 226, Anm. 3.

<sup>4</sup> Text von Kap. I u. 3 (entstellt) in D. 9, 2, 2 pr. u. 1 und D. 9, 2, 27, 5. Rekonstruktionsversuch bei BRUNS: Fontes I <sup>7</sup> 45f.

Kapitel, von denen aber nur das erste und dritte die Sachbeschädigung betraf<sup>5</sup>. Im ersten war die widerrechtliche Tötung von Sklaven und „vierfüßigen Herdentieren“ (*quadrupedes pecudes*), im dritten jede andere widerrechtliche Sachbeschädigung durch „Brennen, Brechen, Verderben“ (*urere, frangere, rumpere*) zum Gegenstand eines Bußanspruchs gemacht. Die Bemessung dieses Anspruchs war in beiden Kapiteln verschieden: bei der Tötung von Sklaven und Vieh hatte der Täter den Höchstwert zu zahlen, den das Objekt innerhalb des letzten Jahres vor dem Delikt gehabt hatte, bei sonstiger Sachbeschädigung nur den (Höchst-) Wert innerhalb der letzten dreißig Tage<sup>6</sup>.

3. Mit der *lex Aquilia* war die gesetzgeberische Entwicklung des Sachbeschädigungsrechts abgeschlossen. Auf ihren Grundlagen ruht das klassische wie das nachklassisch-justinianische Recht. Doch haben prätorische Praxis und Jurisprudenz ihren Inhalt in verschiedener Hinsicht ausgebaut und ergänzt:

a) Aus dem Erfordernis der „Widerrechtlichkeit“ (*iniuria*) leitete die Auslegung wohl schon in republikanischer Zeit den Grundsatz ab, daß nur für schuldhafte Sachbeschädigung gehaftet werde (vgl. § 109, 1a).

b) Als objektiven Tatbestand verlangte das Gesetz ein *occidere, urere, frangere, rumpere*. Zweifellos entsprach es den Vorstellungen des Gesetzgebers, wenn man noch in klassischer Zeit daran festhielt, daß mit diesen Ausdrücken eine aktive und unmittelbar auf das Objekt gerichtete Einwirkung (*\*damnum corpore corpori datum*) gemeint sei. Dementsprechend kam bei mittelbarer Verursachung und vollends bei Schadenstiftung durch Unterlassung eine direkte Anwendung der *lex Aquilia* nicht in Frage. Das klassische Recht gab jedoch in solchen Fällen *actiones in factum* nach dem Muster der aquilischen Klage, und damit war der enge Kausalitätsbegriff des Gesetzes wenigstens praktisch überwunden. Man ging aber noch weiter und gab auch dann eine *actio in factum*, wenn die Sache in ihrem Bestande unverletzt geblieben, aber etwa durch fremde Beimischungen in ihrem Werte gemindert<sup>7</sup>, oder wenn sie lediglich dem Berechtigten entzogen war, ohne daß die Voraussetzungen für eine *actio furti* gegeben waren<sup>8</sup>. In den justinianischen Quellen begegnet sogar eine *actio utilis* wegen Körperverletzung an freien Personen; sie ist in dieser Allgemeinheit aber zweifellos dem klassischen Rechte fremd<sup>9</sup>.

c) Durch analoge Anwendung der *lex Aquilia* wurde auch der Kreis der klagberechtigten Personen erweitert. Nach dem Gesetz selbst stand der Bußanspruch nur dem „Herren“ (*erus*, Ulp. D. 9, 2, 11, 6) der verletzten Sache zu. Die Auslegung verstand darunter den Eigentümer. Aber das klassische Recht schützte auch den Nießbraucher

<sup>5</sup> Das zweite, in klassischer Zeit bereits außer Anwendung gekommene Kapitel betraf einen Fall nicht der Sach-, sondern der Vermögensbeschädigung, nämlich die *acceptilatio* des *adstipulator in fraudem stipulatoris* (Gai. 3, 215).

<sup>6</sup> Der Anspruch war vielleicht sofort vollstreckbar (durch *manus iniectio*). Erst wenn der so Belagte sein Bestehen bestritt, kam es zum streitigen Verfahren und, falls der Kläger obsiegte, zur Verurteilung des Beklagten auf das *duplum* (Gai. D. 9, 2, 2, 1). Die Frage ist freilich bestritten; vgl. zuletzt WENGER: Institutionen d. röm. Zivilprozeßrechts 216, Anm. 12; ARANGIO-RUIZ: La repression du vol flagrant (Revue Al Qanoun wal iqtisad 2, 1932) 125ff.

<sup>7</sup> Cels. bei Ulp. D. 9, 2, 27, 14; die Stelle ist der Sache nach jedenfalls insoweit echt; vgl. u. Anm. 11.

<sup>8</sup> Sab. in D. 9, 2, 27, 21; Proc. D. 41, 1, 55; Quintus (?) in D. 4, 3, 7, 7 (vgl. I. 4, 3, 16 a. E.).

<sup>9</sup> Ulp. D. 9, 2, 13 pr. handelt wahrscheinlich von einem *homo liber bona fide serviens* (s. eod. § 1a und die nahe verwandten Tatbestände in § 1 u. 2f.). Da diesem bei Mißhandlung durch seinen vermeintlichen Herrn die *actio iniuriarum* versagt war (Ulp. D. 47, 10, 3, 4), bestand in solchen Fällen ein Bedürfnis nach anderweitigem Rechtsschutz. Der Schluß von D. 9, 2, 13 pr. (*directam enim ff.*) ist natürlich eine einfältige Glosse. Unecht ist vermutlich die (direkte) Anwendung der *lex Aquilia* in D. 9, 2, 5, 3 und D. 19, 2, 13, 4; die Schilderung des Klagziels in D. 9, 2, 7 pr. mag sich auf die von Julian zweifelnd gegebene *actio locati* beziehen. Im Ergebnis umgekehrt wie hier: SBER: Röm. R. II 232. Die herrschende Meinung hält alle Belege für die *actio legis Aquiliae* wegen Verletzung freier Personen für unecht (Belege im Index interp. zu den verschiedenen Stellen, auch Suppl.); für klassischen Ursprung tritt CARRELLI: (s. Anm. 1) 391 ff. ein.

und Gebrauchsberechtigten (Ulp. D. 9, 2, 11, 10; Paul. eod. 11), den Pfandgläubiger und den gutgläubigen Besitzer (Ulp. D. 9, 2, 17) durch *actiones utiles* oder *in factum*<sup>10</sup>. Ob auch die *actio in factum* des Pächters wegen Beschädigung seiner Saaten (Cels.-Ulp. D. 9, 2, 27, 14) schon dem klassischen Recht angehört, ist freilich zweifelhaft<sup>11</sup>. Wie die *actio furti* (§ 157, 4) erstreckte man ferner die an sich zivilrechtlich begründete und darum auf Bürger beschränkte aquilische Klage mittels einer *formula ficticia* auch auf Peregrine, derart, daß diese sowohl klagen wie verklagt werden konnten (Gai. 4, 37 a. E.).

d) Endlich erfuhr auch der Inhalt des aquilischen Anspruchs eine Veränderung. Der Gesetzgeber dachte bei seiner Regelung zweifellos nur an den objektiven Sachwert. Die Jurisprudenz dagegen legte ihren verfeinerten Begriff des *id, quod interest* (§ 106, 2a) zugrunde und gestattete deshalb z. B. auch die Geltendmachung eines entgangenen Gewinnes (Gai. 3, 212; Ulp. D. 9, 2, 21, 2)<sup>12</sup>.

§ 159. Verletzung der Persönlichkeit (*iniuria*)<sup>1</sup>. 1. Im Zwölftafelrecht war die Persönlichkeitsverletzung in ähnlicher Weise wie die Sachbeschädigung kasuistisch behandelt. Und zwar kannte das Gesetz, abgesehen von dem „Besingen mit bösen Zaubersprüchen“ (*mala carmina incantare*) und der öffentlichen Schmähung (*occen-tare*)<sup>2</sup>, nur Tatbestände einer Verletzung der körperlichen Integrität<sup>3</sup>. Der schwerste Fall dieser Art, die Verstümmelung eines Glieds (*membrum ruptum*, tab. VIII 2), war noch in einer Weise geregelt, die der urzeitlichen, durch keinen Machtspruch der Gemeinschaft gehemmten Privatrache unmittelbar nahesteht: der Verletzte durfte dem Täter das gleiche Übel antun, das er selbst erlitten hatte (*talis*, von *talis*)<sup>4</sup>; freilich machten die Zwölftafeln diese geregelte Rache davon abhängig, daß sich der Täter nicht dazu herbeiließ, eine vom Verletzten geforderte Buße zu zahlen; wir dürfen annehmen, daß es schon zur Zeit der Gesetzgebung in aller Regel zu einer Einigung der Parteien über eine solche Abfindung der Talion kam (*pactum*; vgl. § 123, 1). Für die minderen Personalverletzungen vollends schloß das Gesetz die Talion völlig aus und schrieb feste Geldbußen vor: bei einem „Knochenbruch“ (*os fractum*, tab. VIII 3), begangen an einem Freien, waren dreihundert As, wenn das gleiche Delikt an einem Unfreien begangen war, nur hundertfünfzig As zu zahlen. Jeder andere Eingriff in die körperliche Integrität, vom Gesetz schlechthin als „Unrechtat“ (*iniuria*, tab. VIII 4) bezeichnet, wurde mit fünfundzwanzig As gesühnt.

2. Es ist klar, daß dieses primitive System dem Fortschritt der Kultur auf die Dauer nicht standhalten konnte. Einer jüngeren Zeit mußte sowohl der Gedanke der

<sup>10</sup> Eine sachliche Scheidung darf hinter dem wechselnden Gebrauch von *actio utilis* und *actio in factum* nicht gesucht werden; vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 203.

<sup>11</sup> D. 9, 2, 27, 14 ist im ganzen stark zerrüttet; aber gerade die Worte *et si colonus — inquiet* sind besonders anstößig; immerhin ist auch hier mit der Möglichkeit klassischen Inhalts zu rechnen; vgl. zuletzt CARRELLI: (s. Anm. 1) 404ff.

<sup>12</sup> Die Formeln der *actio legis Aquiliae* sind nicht erhalten und nicht mit Sicherheit zu rekonstruieren; Vermutungen bei LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 200ff.

<sup>1</sup> LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 397ff. (§ 190ff.); JHERING: Jherings Jahrb. 23, 155ff.; LANDSBERG: *Iniuria* u. Beleidigung, 1886; PERNICE: *Labeo* II 1<sup>2</sup>, 19ff.; MOMMSEN: *Röm. Strafr.* 784ff.; HIRTZIG: *Iniuria*, 1899; KARLOWA: *Röm. Rechtsgesch.* II 788ff.; 1328ff.; R. LEONHARD: *D. Schutz d. Ehre i. alten Rom* (Rektoratsr. Breslau 1902); Z. ges. Strafrechtswiss. 32, 65ff.; MASCHKE: *D. Persönlichkeitsrechte d. röm. Injuriensystems*, 1903; VOS: *Iniuria* in *de actio iniuriarum* (1913; hierzu VAN KAN: *ZSSt.* 36, 434ff.); STEINWENTER: *RE* 9, 1555ff.; LUZZATTO: *Per una ipotesi sulle origini e la natura delle obbl. rom.* (Fond. Castelli 8, 1934) 173ff.; DONATUTI: *Studi Ratti* 511ff. Weitere Lit. zu Einzelfragen im folgenden.

<sup>2</sup> Lit. zu diesen Zwölftafelbestimmungen bei BECKMANN: *Zauberei u. Recht in Roms Frühzeit* (Diss. phil. Münster, 1923) 27f. B. selbst hält beide für identisch und deutet sie als Verbot der Schädigung durch Zaubersprüche (so vor ihm schon MASCHKE u. HUVELIN). Gegen seine Beweisführung vgl. jedoch E. FRAENKEL: *Gnomon* I 185ff.

<sup>3</sup> Rechtsvergleichend hierüber BINDING: *ZSSt.* 40, 106ff.

<sup>4</sup> Vgl. 2. Mose 21, 23ff.: . . . so soll er lassen Leben um Leben, Auge um Auge, Zahn um Zahn, Hand um Hand, Fuß um Fuß, Brandwunde um Brandwunde, Stichwunde um Stichwunde, Hiebwunde um Hiebwunde.

Talion wie die starre Fixierung der Geldbußen unerträglich erscheinen. Es kam hinzu, daß der Wandel der römischen Münzverhältnisse die Bußsätze der Zwölftafeln zu lächerlich geringen Beträgen herabsinken ließ<sup>5</sup>. Auch mußte sich das Bedürfnis nach Erweiterung der engen Einzelatbestände des Gesetzes immer mehr fühlbar machen. Da eine gesetzliche Neuordnung unterblieb, war es die prätorische Jurisdiktion, die das Zwölftafelrecht allmählich vollkommen umgestaltete. Als Vorbild diente dabei offenbar in weitem Umfang die Behandlung der Personalverletzung in den griechischen Stadtrechten<sup>6</sup>.

3. Das Ergebnis dieser Entwicklung war ein umfassender Schutz der Persönlichkeit, nicht nur gegen tätliche Beleidigung, sondern gegen jede Art der Ehrverletzung. Ihm lagen folgende Tatbestände des stadtrömischen Edikts zugrunde:

a) die öffentliche Schmähung (*convicium* = *convocium*, das gemeinsame Schreien mehrerer Personen). Es handelte sich bei diesem Tatbestand, der dem *occentare* der Zwölftafeln zu entsprechen scheint, in erster Linie um Vorgänge, wie sie uns in der römischen Literatur als typische Fälle italischer Volksjustiz entgegentreten<sup>7</sup>: Man veranstaltete vor dem Hause eines mißliebigen Mitbürgers und wo immer er sich in der Öffentlichkeit sehen ließ, ein Katzenkonzert von Schimpfwörtern und Spottversen. Täter und Anstifter einer solchen Aktion waren im prätorischen Edikt mit einer Bußklage bedroht, wenn ihre Handlungsweise gegen die guten Sitten verstieß (Text des Edikts in D. 47, 10, 15, 2);

b) der Angriff auf den sittlichen Ruf einer ehrbaren Frau oder eines noch nicht Erwachsenen (*adtemptata pudicitia*). Als einen derartigen Angriff betrachtete man es, wenn ihnen jemand den Begleiter entführte, ohne den sie sich dem Herkommen nach nicht in der Öffentlichkeit zeigen durften (*comitem abducere*), oder wenn sie jemand auf der Straße in unpassender Weise ansprach (*adpellare*) oder verfolgte (*adsectari*);

c) üble Nachrede und Verächtlichmachung (Edikt *ne quid infamandi causa fiat*; D. 47, 10, 15, 25). Hierunter fielen alle Handlungen, die geeignet waren, einen anderen vor der Mitwelt herabzusetzen. Der Kreis solcher Handlungen war sehr weit gezogen, denn das römische Ehrgefühl war äußerst empfindlich<sup>8</sup>;

d) endlich der Tatbestand der *iniuria* schlechthin. Ursprünglich vielleicht, entsprechend dem *iniuria*-Tatbestand der Zwölftafeln (Ziff. I a. E.), auf die tätliche Beleidigung beschränkt<sup>9</sup>, umschloß er nach klassischer Auffassung jedes Verhalten, in dem eine bewußte Mißachtung fremder Persönlichkeit (*contumelia*, von *contemnere*) und damit eine „Überhebung“ der eigenen Person (*ὑβρις*) zum Ausdruck kam<sup>10</sup>. Die vorher genannten Einzelfälle gingen in diesem allgemeinsten Tatbestand (*edictum generale*) sämtlich auf und werden darum von den klassischen Juristen selbst als im Grunde überflüssig bezeichnet. Sie erschienen ihnen nur noch als spezielle Anwendungsfälle der *iniuria*.

4. An die Stelle der starren Bußsätze des Zwölftafelrechts trat im prätorischen Recht eine freie Bemessung der Bußbeträge nach den Umständen des Einzelfalles (*actio iniuriarum aestimatoria*). Nach der Vorschrift des *edictum generale* mußte der Verletzte die ihm widerfahrene Ehrenkränkung schon bei der Verhandlung vor dem Prätor (*in iure*) genau bezeichnen und zugleich die Höhe der von ihm be-

<sup>5</sup> Vgl. die Erzählung Labeos bei Gell. 20, 1, 13.

<sup>6</sup> HIRTIG: *Iniuria* 60ff.; PARTSCH: *Arch. f. Pap. f.* 6, 54ff.; PRINGSHEIM: *ZSSSt.* 52, 86ff. (hier S. 86 weitere Literaturnachweise).

<sup>7</sup> Vgl. USENER: *Italische Volksjustiz* (Kl. Schr. IV 356ff.).

<sup>8</sup> Vgl. die Beispiele bei Ulp. D. 47, 10, 15, 27 a. E. — Die Musterformel im Edikt begann: *Quod Ns Ns illi* (d. h. einem Dritten) *libellum misit A i A i infamandi causa* (so von LENEL: *ZSSSt.* 20, 31f. aus Coll. 2, 6, 5 rekonstruiert).

<sup>9</sup> Darauf deutet der Tatbestand der im Edikt proponierten Musterformel hin: *Quod A i A i mala pugno percussa est* (Coll. 2, 6, 4).

<sup>10</sup> Gleichsetzung von *iniuria* mit *contumelia* und *ὑβρις* und Überblick über die anderen Bedeutungen des Wortes bei Paul. Coll. 2, 5, 1.

anspruchten Buße benennen. Beides wurde dann in die Prozeßformel aufgenommen, und die Richter<sup>11</sup> wurden angewiesen, den Beklagten auf den Betrag zu verurteilen, der ihnen angesichts des ermittelten Sachverhalts als „recht und billig“ (*aequum et bonum*) erscheinen werde, jedoch nicht über die vom Kläger begehrte Summe hinaus (Gai. 3, 224)<sup>12</sup>.

## B. Honorarrechtliche Deliktstatbestände.

§ 160. Arglistige Schädigung (*dolus malus*)<sup>1</sup>. 1. Die Klage wegen arglistiger Schädigung (*actio de dolo*) ist eine von dem Juristen C. Aquilius Gallus<sup>2</sup> angeregte Schöpfung des spätrepublikanischen Honorarrechts. Das Edikt<sup>3</sup> verhiess sie lediglich für den Fall, daß dem Geschädigten eine andere Klage nicht zur Verfügung stand; sie war also ein „subsidiärer“ Rechtsbehelf, der niemals mit anderen Ansprüchen in Konkurrenz treten konnte<sup>4</sup>. Mit dieser Eigenschaft hängt es zusammen, daß sie der Prätor stets nur nach vorgängiger Prüfung des Sachverhalts (*si iusta causa esse videbitur*) zur Verfügung stellte. Materielle Voraussetzung war nach spätrepublikanischer und frühklassischer Auffassung das Vorliegen einer bewußten Täuschungshandlung (Servius u. Labeo in D. 4, 3, 1, 2); späterhin ließ man, entsprechend der allgemeinen Ausweitung des *dolus*-Begriffs, wohl auch eine andersgeartete treuwidrige Schädigung genügen<sup>5</sup>. Die Prozeßformel<sup>6</sup> enthielt, wie die der Eigentumsklage (§ 78, 4), eine Restitutionsklausel (*clausula arbitraria*), die dem Beklagten die Möglichkeit eröffnete, die drohende Verurteilung durch Herausgabe des Erlangten abzuwenden. Folgte er der dahingehenden Aufforderung des Richters nicht, so wurde er auf den Betrag verurteilt, den der Kläger eidlich als den Schätzungswert seines Schadens bekundete; an die Verurteilung knüpfte sich die Folge der Infamie (Ed. perp. in D. 3, 2, 8). Die Geltendmachung der *actio de dolo* war an eine Ausschußfrist von einem Jahr gebunden<sup>7</sup>.

<sup>11</sup> Im Bereich der *actio iniuriarum* entschied statt des Einzelrichters ein Kollegium von *recuperatores*; vgl. Labeo b. Gell. 20, 1, 13 a. E. — Gegen die abweichende Meinung von GIRARD: *Mélanges Gérardin* 255ff. vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 397, Anm. 1; KÜBLER: ZSSt. 30, 425.

<sup>12</sup> Rekonstruktion der Formel bei LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 399. — Die Verurteilung auf Grund der *actio iniuriarum* hatte infamierende Wirkung; vgl. Ed. perp. in D. 3, 2, 1 u. Paul. sent. 5, 4, 9.

<sup>1</sup> H. KRÜGER: Beitr. z. Lehre v. d. *exceptio doli* I, 1892; COSTA: *L'exceptio doli*, 1897; PERNICE: Labeo II <sup>1</sup>, 197ff.; ZSSt. 17, 205ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1068ff.; MITTEIS: Röm. Privatr. I 318ff.; RICCOBONO: Ann. Palermo 3/4, 591ff.

<sup>2</sup> Cic. de off. 3, 60; de nat. deorum 3, 74; vgl. o. § 14, 5.

<sup>3</sup> Erhalten in D. 4, 3, 1, 1; vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 114ff. (§ 40). — Das Edikt de *dolo malo* stand im Titel *de in integrum restitutionibus*, obwohl vermutlich eine *restitutio in integrum* wegen *dolus* nicht vorgesehen war (anders JÖRS: i. d. Vorauf. § 145, 3 und neuerdings DUQUESNE: *Mélanges Fournier* 185ff., dem LEVY: ZSSt. 50, 648f. zuneigt; vgl. jedoch LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 115f.). Ein Versuch, diese Einordnung zu erklären, bei SCHULZ: ZSSt. 43, 237 Anm. 5.

<sup>4</sup> Über die Subsidiarität der *actio de dolo* vgl. PERNICE: Labeo II <sup>1</sup>, 204f.; PRINGSHEIM: ZSSt. 40, 252ff.; HAYMANN: ZSSt. 42, 383ff.; HELDRICH: Verschulden b. Vertragsabschl. (Leipzig, rechtsw. Studien 7) 1ff. Über die bei Ulp. D. 4, 2, 14, 13 erörterte Konkurrenz der *actio de dolo* mit der *actio quod metus causa* s. zuletzt MAIER: Prätör. Bereicherungsklagen (Romanist. Beitr. 5) 42f. (mit Lit.).

<sup>5</sup> Belege bei SIBER: Röm. R. II 235, Anm. 7. S. hält diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs schlechthin für nachklassisch; in einigen der in Frage kommenden Quellenstellen unterstellt er eine von vornherein bestehende Betrugsabsicht; ob mit Recht, erscheint mir zweifelhaft.

<sup>6</sup> Rekonstruktion bei LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 115. — Die Klassizität der Restitutionsklausel wird von BRONDI: *Studi sulle actiones arbitrariae*, 1913, und ALBERTARIO: Bull. 26, 102 wohl zu Unrecht bestritten. Der Quellenbeleg dafür, Paul. D. 4, 3, 18 pr., ist freilich stark verfälscht; vgl. die im Index interpol., suppl. I ad h. l. genannte Lit.

<sup>7</sup> Nach Ablauf des Jahres blieb jedoch eine prätorische Bereicherungsklage möglich; JÖRS: i. d. Vorauf. 182, Anm. 1 hielt diese Bereicherungsklage freilich für justinianisch, weil D. 4, 3, 28 a. E., wo sie bezeugt ist, formal Verdacht erregt; ebenso SIBER: Röm. Rechtsgesch. II 237; vgl. jedoch MAIER: Prätör. Bereicherungskl. 41f. (mit weiterer Lit.). Bei MAIER: 35ff. auch Näheres über die Bereicherungshaftung des Erben.



2. Das arglistige Verhalten des Gegners konnte auch einredeweise geltend gemacht werden. Die Einrede der Arglist (*exceptio doli*) besaß einen außerordentlich großen Anwendungsbereich; sie war die wichtigste aller Einreden. Ihr Formular lautete: *Si in ea re nihil dolo malo A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> factum sit neque fiat* (Gai. 4, 119). Deutlich treten in dieser Formel die beiden verschiedenartigen Gesichtspunkte hervor, die der *exceptio doli* zugrunde liegen konnten: Entweder berief sich der Beklagte darauf, daß der Kläger bei der Entstehung des klagbegründenden Rechtsverhältnisses arglistig gehandelt habe, daß er z. B. den Beklagten durch betrügerische Vorspiegelungen zur Eingehung der Verbindlichkeit veranlaßt habe (sog. *exceptio doli praeteriti* oder *specialis*: *si in ea re nihil dolo malo A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> factum sit*). Oder aber der Beklagte berief sich darauf, daß die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs als solche eine arglistige oder treuwidrige Handlung des Klägers darstellte (sog. *exceptio doli praesentis* oder *generalis*: *si in ea re nihil dolo malo A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> . . . fiat*). Dieser zweite Anwendungsfall der *exceptio doli* war z. B. gegeben, wenn der Erbe dem ihm bekannten, wenn auch nicht in bindender Form geäußerten Willen des Erblassers zuwider ein zur Erbschaft gehörendes Recht geltend machte (Iul. D. 39, 6, 18, 2; Marcell. eod. 28). Andere Tatbestände dieser Art sind uns bereits begegnet (§ 116, 2a; § 121, 2d; § 125, 2c; § 127, 2c). Überhaupt diente die *exceptio doli praesentis* ganz allgemein dazu, die Kraft des formalen Rechts zu brechen, wenn seine Durchsetzung als Verstoß gegen Treu und Glauben empfunden wurde<sup>8</sup>.

§ 161. Zwang (metus)<sup>1</sup>. 1. Um das Jahr 80 v. Chr. nahm als erster ein Prätor Octavius in sein Edikt eine Klage auf, die die Rückerstattung des durch Gewalt oder Drohung Erlangten (*quod per vim aut metum abstulissent*: Cic. in Verr. 2, 3, 152) zum Gegenstand hatte<sup>2</sup>. Diese *formula Octaviana* wurde der Ausgangspunkt des prätorischen Rechtsschutzes gegen Zwang. Wir wissen nicht, welche Entwicklung dieser Rechtsschutz in den folgenden zwei Jahrhunderten durchgemacht hat<sup>3</sup>, sondern kennen nur das Endergebnis, die Regelung im hadrianischen Edikt<sup>4</sup>. Dieses enthielt eine doppelte Ankündigung über die Behandlung des Zwanges, der zwei verschiedenartige Rechtsbehelfe entsprachen: Einmal erklärte der Prätor ganz allgemein, er werde Rechtshandlungen, die auf Zwang beruhten<sup>5</sup>, nicht gelten lassen (*quod metus*

<sup>8</sup> Bei den *iudicia bonae fidei* war die Aufnahme einer *exceptio doli* in die Klagformel überflüssig; *exceptio doli inest bonae fidei iudiciis*; vgl. § 101, 4b, bes. Anm. 13.

<sup>1</sup> Vgl. vor allem SCHULZ: ZSt. 43, 171 ff.; BESELER: ZSt. 44, 362 ff.; v. LÜBTOW: D. Ediktst. titel *Quod metus causa gestum erit*, 1932; MAIER: Prätorische Bereicherungsklagen (Romanist. Beitr. 5, 1932) 44 ff.; 91 ff.; KRELLER: ZSt. 53, 570 ff., 575 ff. (zu LÜBTOW u. MAIER); KASER: Krit. Vjschr. 3. F., 29, 74 ff. (zu MAIER); KADEN: D.Lit. Z. 1934, 1188 ff. (zu MAIER).

<sup>2</sup> Näheres bei SCHULZ: 216 ff.; v. LÜBTOW: 126 ff.; MAIER: 152, Anm. 4 (vgl. o. Anm. 1).

<sup>3</sup> Nur das eine erfahren wir von Ulp. D. 4, 2, 1, daß der erste Ediktssatz früher statt „*quod metus causa*“ „*quod vi metusve causa*“ begonnen habe. SCHULZ: (s. o. Anm. 1) 233 bezweifelt die Echtheit dieses Berichts und vermutet, daß die *vis* auch noch im hadrianischen Edikt genannt war; ebenso LENEL: Ed. perp. 3 110, Anm. 8. Dagegen m. E. mit Recht v. LÜBTOW: (s. o. Anm. 1) 100 f.

<sup>4</sup> LENEL: Ed. perp. 3 110 f.; v. LÜBTOW: (s. o. Anm. 1) 99 ff.

<sup>5</sup> So ist die ediktale Wendung „*quod metus causa gestum erit*“ trotz MAIER: (s. o. Anm. 1) 96 ff. zu verstehen. MAIERS finale Deutung („was zum Zweck der Furchterregung vorgenommen ist“) scheidet trotz scharfsinniger Begründung schon an dem Nachsatz „*ratum non habeo*“: Die vom Prätor in Aussicht gestellte Nichtanerkennung kann sich doch nur auf das erpreßte Rechtsgeschäft und nicht auf die erpresserische Handlung beziehen. Auch möchte ich, anders als MAIER: 103 f., annehmen, daß der Prätor nicht ohne Grund im ersten Ediktssatz von „*metus causa gestum*“, im zweiten und in den Formeln von „*metus causa factum*“ spricht; jenes bezeichnet offenbar nur das erpreßte Rechtsgeschäft (und nur ein solches war im allgemeinen der aus dem ersten Edikt abfließenden *in integrum restitutio* zugänglich), dieses jeden auf *metus* beruhenden Vorgang, durch den der Bedrohte geschädigt ist. Andererseits ist festzustellen, daß die Juristen (bes. Ulp. D. 44, 4, 4, 33 u. Gai. 4, 117) die Wendung *metus causa facere* gelegentlich in einer Weise verwenden, die eine finale Deutung fordert. Ein solcher vom Ediktssinne abweichender Gebrauch lag besonders im Hinblick auf das *dolo malo facere* nahe; er ist kein Beweis für die Annahme einer Verfälschung.

*causa gestum erit, ratum non habeo*; D. 4, 2, 1); aus diesem Satz ergab sich die Gewährung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*restitutio in integrum*) zugunsten des Gezwungenen. Sodann verhiess der Prätor in einem zweiten, nicht erhaltenen Ediktssatz für den Fall, daß das Erpreßte nicht freiwillig zurückerstattet wurde, dem Gezwungenen eine Strafklage (*actio quod metus causa*). Als dritten Rechtsbehelf enthielt das Edikt schließlich im Titel *de exceptionibus* eine *exceptio metus causa*. Sowohl die Ediktsankündigungen wie die Formulare der *actio* und der *exceptio* waren, wie die römischen Juristen sich ausdrückten, unpersönlich gefaßt (*in rem scriptae*), d. h., es war darin vom Vorliegen eines Zwanges die Rede, ohne daß dieser Zwang als die Tat einer bestimmten Person, etwa des Prozeßgegners, gekennzeichnet wurde; so lautete die Einrede: „*si in ea re nihil metus causa factum est*“ (D. 44, 4, 4, 32) und nicht etwa: „*si in ea re nihil ab A° A° metus causa factum est*“. Infolge dieser unpersönlichen Fassung konnte dem Gezwungenen der Rechtsschutz auch gegen solche Personen zur Verfügung gestellt werden, die durch den von einem anderen verübten Zwang bereichert waren<sup>6</sup>.

2. Sollte der prätorische Schutz gegen die Folgen des Zwangs Platz greifen, so mußte es sich um eine Einwirkung handeln, die die Freiheit des Entschlusses wirklich erheblich zu beeinträchtigen geeignet war<sup>7</sup>. Es genügte also nicht jede beliebige Drohung, sondern nur die Drohung mit einem beträchtlichen Übel (*maior malitas*, Labeo in D. 4, 2, 5). Auch kam es darauf an, daß die Befürchtung nicht unbegründet (*metus vani hominis*, Gai. D. 4, 2, 6) oder voreilig (Labeo in D. 4, 2, 9pr.), und daß das angedrohte Übel an sich oder doch im Hinblick auf den mit der Drohung verfolgten Zweck rechts- oder sittenwidrig war (Ulp. D. 4, 2, 3, 1; eod. 7, 1). Der unmittelbare physische Zwang kam nur insoweit in Betracht, als er nicht den Tatbestand eines anderen Delikts (Raub) erfüllte.

3. Die Tragweite der vom Prätor vorgesehenen Rechtsbehelfe war verschieden<sup>8</sup>. Eine *restitutio in integrum* konnte stattfinden, wo der Gezwungene sich eines Rechts begeben oder Rechtsfolgen auf sich gezogen hatte, die durch ein Eingreifen des Prätors ohne weiteres aufgehoben werden konnten. So wurde die erzwungene *mancipatio* oder *in iure cessio* vermutlich durch Wiederherstellung der dinglichen Klage in Gestalt einer *actio ficticia*, die erzwungene *acceptilatio* durch entsprechende Wiederherstellung der Klage aus dem aufgehobenen Forderungsrecht beseitigt<sup>9</sup>. Wer unter Zwang in förmlicher Weise eine Erbschaft angetreten hatte, erhielt vom Prätor die Befugnis, sich nachträglich davon loszusagen (*abstinere*, Paul. D. 4, 2, 21, 5). Bedurfte hingegen der Gezwungene eines Schutzes gegen die Geltendmachung einer erpreßten Verpflichtung, so erhielt er die *exceptio metus causa*. Die gleiche Einrede schützte auch den, der sein Eigentum erzwungenermaßen durch *mancipatio* oder *in iure cessio* übertragen und, weil er im Besitz des veräußerten Gegenstands war, die Eigentumsklage des Erwerbers zu gewärtigen hatte<sup>10</sup>. Am umfassendsten war das Gebiet der *actio quod metus causa*. Binnen Jahresfrist geltend gemacht, richtete sie sich auf das Vierfache, danach als subsidiäre Klage (vgl. § 160, 1) auf das Einfache des Interesses. In jedem Falle eröffnete aber eine Restitutionsklausel dem Beklagten, wie bei der *actio de dolo* (§ 160, 1), die Möglichkeit, einer Verurteilung durch Herausgabe des Erlangten zu entgehen. Mindestens seit dem zweiten nachchristlichen Jahr-

<sup>6</sup> Vgl. zu der Bedeutung des *in rem scriptum* MAIER: (s. o. Anm. 1) 117ff.

<sup>7</sup> Die hierauf bezüglichen Fragmente aus den Ediktskommentaren (D. 4, 2, 3, 2—9, 1) sind stark entstellt.

<sup>8</sup> Reste einer Abgrenzung, aus denen jedoch die *restitutio in integrum* gestrichen ist, bei Ulp. D. 4, 2, 9, 3. — Über das relative Alter der verschiedenen Rechtsbehelfe gibt es nur unsichere Vermutungen; vgl. v. LÜBTOW: (s. o. Anm. 1) 81ff.; MAIER: (s. o. Anm. 1) 92f.

<sup>9</sup> Ulp. D. 4, 2, 9, 4 (sog. reszissorische Klagen); über die Gestaltung der fiktizischen Formeln: LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 110; v. LÜBTOW: (s. o. Anm. 1) 120ff.

<sup>10</sup> Daher sagt Pomponius bei Ulp. D. 4, 2, 9, 3, daß bei *negotia perfecta* (wozu in erster Linie Verfügungsgeschäfte gehören) bisweilen eine *exceptio* gegeben werde.

hundert unterlag der *actio quod metus causa* auch der Dritte, der, ohne selbst Zwang verübt zu haben, bereichert war<sup>11</sup>. — Neben dieser weitreichenden Verwendung der *actio* mag schon in klassischer Zeit die *restitutio in integrum* stark in den Hintergrund getreten sein. Im nachklassischen Recht verschwand sie, die in ihrem Wesen eng mit dem klassischen Prozeß verknüpft war, so gut wie völlig<sup>12</sup>.

§ 162. Gläubigerbenachteiligung (*alienatio in fraudem creditorum*)<sup>1</sup>. 1. Wie schon bemerkt wurde (§ 102), richtete sich seit der spätrepublikanischen Zeit die Zwangsvollstreckung grundsätzlich in das gesamte Vermögen des Schuldners, nahm also regelmäßig die Form eines Konkurses an. Die Ausgestaltung dieser Vollstreckung war ein Werk der prätorischen Rechtsfortbildung. Vom Prätor geschaffen sind darum auch die Rechtsbehelfe, die dazu dienten, eine treuwidrige Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen durch Verminderung des Schuldnervermögens zu verhüten. Das hadrianische Edikt enthielt zwei darauf bezügliche Bestimmungen, die beide, wie es scheint, in stark entstelltem Zustand auf uns gekommen sind. Die eine (D. 42, 8, 10 pr.) enthielt den Befehl, die zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung erfolgte Veräußerung rückgängig zu machen (*interdictum fraudatorium*), die andere (D. 42, 8, 1 pr.) vermutlich nicht (wie der justinianische Text besagt) eine Klagverheißung, sondern die Verheißung einer *restitutio in integrum*<sup>2</sup>. Während das Interdikt offenbar von jedem Gläubiger geltend gemacht werden konnte, stand die *restitutio in integrum* anscheinend nur dem Konkursverwalter (*curator bonorum*) zu<sup>3</sup>.

2. Im justinianischen Recht sind beide Rechtsbehelfe, freilich auf eine in formaler Hinsicht unvollkommene Weise, zu einer einheitlichen „Anfechtungsklage“ verschmolzen, die man im Anschluß an D. 22, 1, 38, 4 als *actio Pauliana* zu bezeichnen pflegt<sup>4</sup>. Sie stand sowohl dem Konkursverwalter wie jedem einzelnen benachteiligten Gläubiger zu und richtete sich sowohl gegen den Schuldner (was freilich praktisch wenig bedeutete) wie gegen den Dritten, dem zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung etwas aus dem Vermögen des Schuldners zugewandt worden war. Grundsätzlich haftete der Dritte aber nur, wenn ihm die Benachteiligungsabsicht bekannt war (Edikt in D. 42, 8, 1 pr.: *qui fraudem non ignoravit*; vgl. D. 42, 8, 10, 2 f.), und zwar auf Herausgabe alles dessen, was dem Kläger entzogen worden war. Nur ausnahmsweise haftete auch der gutgläubige Dritte, so namentlich bei unentgeltlichem Erwerb, dann aber unter Beschränkung auf seine Bereicherung (D. 42, 8, 6, 11; C. 7, 75, 5).

<sup>11</sup> So MAIER: (s. o. Anm. 1) 110ff. überzeugend gegen SCHULZ: (s. o. Anm. 1) 240ff., der die *actio quod metus causa* gegen Dritte erst dem justinianischen Recht zuschreibt und aus der Verschmelzung mit der *restitutio in integrum* erwachsen läßt. — Die *actio quod metus causa* war, wie alle Deliktssklagen (vgl. § 106, 2 b a. E.), passiv unvererblich; der Erbe unterlag jedoch einer Bereicherungsklage (*in id quod ad eum pervenit*); vgl. MAIER: 44ff.

<sup>12</sup> Die justinianische Gesetzgebung enthält noch einzelne klare Anwendungsfälle der *restitutio* (vgl. SCHULZ: [s. o. Anm. 1] 237ff.), läßt aber in der Streichung des auf die *actio* bezüglichen Ediktsatzes und in der Verschmelzung der Kommentare zu dem Restitutions- und dem Klageedikt erkennen, daß sie grundsätzlich keine besondere *restitutio in integrum* mehr bestehen lassen will.

<sup>1</sup> Lit. bei WINDSCHEID-KRIPP: Pand. II<sup>9</sup> 1003ff. (§ 463); LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 435ff. (§ 225), 495ff. (§ 268) und in der ausführlichen Monographie von SOLAZZI: *La revoca degli atti fraudolenti nel dir. rom.* 2, 1934. Die folgende Darstellung beruht auf den Ergebnissen LENELs, deren hypothetischer Charakter indessen nicht verkannt werden darf; teilweise abweichend jetzt SOLAZZI: (vgl. Anm. 2 u. 3).

<sup>2</sup> Auch SOLAZZI nimmt jetzt, anders als früher (vgl. 51, Anm. 1), eine *restitutio in integrum* an, zu ihrer Ergänzung aber eine Klagverheißung für den *bonorum emptor* (s. u. Anm. 3).

<sup>3</sup> Nach SOLAZZI: (s. o. Anm. 1) bes. 39, 61 konnte die *restitutio in integrum* nur vor, das Interdikt nur nach der Veräußerung der Konkursmasse (*venditio bonorum*) geltend gemacht werden, und zwar jene nur durch den *curator bonorum* — mit der Folge, daß nach der *venditio bonorum* eine *actio rescissoria* für den Erwerber der Masse (*bonorum emptor*) entstand —, diese nur durch die Konkursgläubiger.

<sup>4</sup> Vgl. auch Theophilus zu I. 4, 6, 6. Die Bedeutung der Bezeichnung *actio Pauliana* im klassischen Recht ist nicht feststellbar. Vielleicht gehört sie dem klassischen Recht überhaupt nicht

## VIII. Der Vorweisungsanspruch (*actio ad exhibendum*)<sup>1</sup>.

§ 163. 1. Der Anspruch auf Vorweisung eines Gegenstands ist uns bereits im Zusammenhang des Eigentumsprozesses begegnet. Er diene zu dessen Vorbereitung, wenn derjenige, der zu klagen beabsichtigte, nicht sicher war, ob die im Besitz des Gegners befindliche Sache mit der von ihm in Anspruch genommenen identisch sei; oder wenn die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs eine vorherige Trennung der Sache von einer anderen voraussetzte, deren Bestandteil sie durch Verbindung oder Vermischung geworden war (§ 73, 4 u. 5 a). Er diene auch dazu, die Gegenwart der Sache vor dem Prätor zu erzwingen, wenn der Beklagte Miene machte, sich nicht auf den Eigentumsstreit einzulassen (§ 78, 3 b). In ähnlicher Weise stand die *actio ad exhibendum* auch dem zur Verfügung, der ein Nießbrauchs- oder Pfandrecht im Klagewege geltend machen wollte; ferner dem früheren Besitzer, der mit Hilfe des *interdictum utrubi* (§ 66, 2 b) vorzugehen beabsichtigte; dem Vermächtnisnehmer, der selbst oder zugunsten dessen ein Dritter den Vermächtnisgegenstand durch Wahl (*optio*, vgl. § 221, Anm. 7) bestimmen sollte (Ulp. D. 10, 4, 3, 6 u. 10)<sup>2</sup>.

2. Belangt werden konnte mit der *actio ad exhibendum* der Besitzer der vorzulegenden Sache, und zwar nicht nur der interdiktisch geschützte Besitzer, sondern jeder, der die Sache innehatte und zur Vorlegung imstande war<sup>3</sup>. Wer sich des Besitzes vorsätzlich entäußert hatte (*qui dolo desinit possidere*), konnte gleichwohl in Anspruch genommen werden, und zwar, anders als bei der *rei vindicatio* (§ 78, 3 d), schon in klassischer Zeit: hierin prägt sich der persönliche, schuldrechtliche Charakter der *actio ad exhibendum* aus.

3. Ziel der *actio ad exhibendum* war die Vorweisung des Gegenstands vor Gericht (*in iure*, also vor dem Prätor). Infolge des Prinzips der *condemnatio pecuniaria* konnte indessen in klassischer Zeit dieses Ziel hier ebensowenig wie bei der *rei vindicatio* (§ 78, 4) auf unmittelbarem Wege erreicht werden. Anstatt zur Vorweisung wurde der Beklagte vielmehr zu dem Geldbetrage verurteilt, auf den der Kläger sein Interesse eidlich veranschlagte<sup>4</sup>. Zuvor aber eröffnete der Richter, wie bei der Eigentumsklage, dem Beklagten gemäß einer in der Prozeßformel enthaltenen Anweisung (*nisi arbitrio iudicis exhibebitur*) die Möglichkeit, durch Erfüllung seiner Vorweisungspflicht der Verurteilung zu entgehen. — Im justinianischen Recht entfiel auch hier die Geldverurteilung (vgl. § 78, 4 a. E.), und der Vorweisungsbefehl wurde zum Endurteil, das mit staatlicher Hilfe vollstreckt werden konnte.

an; so nach dem Vorgang anderer LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 440; s. ferner PRINGSHEIM: ZSSt. 48, 739f.; SOLAZZI: (s. o. Anm. 1) 66ff.

<sup>1</sup> Vgl. bes. LENEL: Grünhuts Z. 37, 515ff. (bes. 546ff.); ZSSt. 37, 116ff.; Ed. perp. <sup>3</sup> 220ff.; SCHLOSSMANN: ZSSt. 24, 314ff.; SIBER: Passivlegitimation b. d. rei vindicatio 21ff., 1907; BESELER: Beitr. I 1ff.; II 128ff.; RICCOBONO: ZSSt. 32, 349ff.; LAST: Jherings Jahrb. 62, 120ff.; LEVY: ZSSt. 36, 1ff.; WLISSAK: ZSSt. 42, 435ff. — Zusammenhang mit der *δική εις εμφανών κατάστασιν* des attischen Rechts? Vgl. zuletzt MITTEIS: Röm. Privatr. I 19, Anm. 55; BESELER: Beitr. I 33. Über die griechische Klage vgl. LIPSIUS: Att. R. 585ff.; PARTSCH: Griech. Bürgerschaftsr. I 206, 308f., 340. Die Schwierigkeit für die Annahme eines Zusammenhangs liegt vor allem darin, daß die attische *δική* erheblich weiter reichte als die klassische *actio ad exhibendum*.

<sup>2</sup> Die Angabe, daß schlechthin jeder zur Erhebung der *actio ad exhibendum* befugt sei, der irgendein Interesse an der Vorweisung habe (D. 10, 4, 3, 9), ist eine nachklassische Verallgemeinerung. — Die hier gegebene Darstellung der Aktivlegitimation beruht auf den Untersuchungen von BESELER (s. o. Anm. 1).

<sup>3</sup> So LENEL: Grünhuts Z. 37, 515ff. gegen BESELER; vgl. auch KUNKEL: Symbolae Friburgenses in hon. O. LENEL 55, 65.

<sup>4</sup> Es ist zu beachten, daß diese Bemessung des Streitwertes dem Kläger dasselbe gab, was er auch im Hauptprozeß (z. B. im Eigentumsstreit) erhalten haben würde, wenn der Beklagte die ihm anheimgegebene Herausgabe (*restitutio*) verweigerte.

## Siebentes Kapitel.

## Haftung für Schulden der Gewaltunterworfenen.

I. Eigene Haftung der Gewaltunterworfenen<sup>1</sup>.

§ 164. 1. Wie schon früher bemerkt worden ist (§ 37, 3b), war der Gewaltunterworfene, der Sklave sowohl wie das Hauskind, grundsätzlich geschäftsfähig. Seine Rechtsgeschäfte waren gültig, aber da er eigenes Vermögen nicht haben konnte, fiel alles, was er durch sie erwarb, ohne weiteres in das Vermögen des Gewalthabers. Von der Seite des Erwerbs aus gesehen, war er also lediglich ein Organ des *pater familias*. Anders stand es mit den Verpflichtungen. Für die vom Gewaltunterworfenen eingegangenen Verpflichtungen haftete der *pater familias* nach Zivilrecht grundsätzlich überhaupt nicht. Sie belasteten umgekehrt nur den Gewaltunterworfenen selber. Dabei war die Rechtslage verschieden, je nachdem es sich um Verpflichtungen aus Rechtsgeschäft oder aus Delikt handelte, und je nachdem, ob der Gewaltunterworfene ein Haussohn, eine Haustochter oder ein Sklave war.

2. Der Haussohn konnte sich rechtsgeschäftlich wirksam verpflichten<sup>2</sup>; er konnte auch verklagt und verurteilt werden (vgl. z. B. Gai. D. 44, 7, 39). Nur scheiterte eine Zwangsvollstreckung in die Person an der *patria potestas* des Gewalthabers<sup>3</sup>, eine Vermögensvollstreckung, wenigstens, solange es kein freies Vermögen des Haussohnes gab (*peculium castrense*, § 185)<sup>4</sup>, an der Vermögensunfähigkeit des Verurteilten. Erst wenn die väterliche Gewalt erloschen war, hatte daher im Regelfalle der Gläubiger eine reale Vollstreckungsmöglichkeit, und selbst dann nur in beschränktem Ausmaße, weil dem ehemaligen Haussohn nunmehr das sog. *beneficium competentiae* zur Seite stand (Paul. D. 14, 5, 5 pr.; vgl. § 102 a. E.). Haustöchter (und die ihnen gleichgestellte gewaltunterworfene Ehefrau; vgl. § 37, 2a) waren überhaupt nicht fähig, sich geschäftlich zu verpflichten (Gai. 3, 104). Bei Sklaven scheiterte die Erzwingung einer Verpflichtung schon an der Tatsache, daß sie als Rechtsunfähige nicht vor Gericht stehen und daher nicht verklagt werden konnten. Seit der hochklassischen Zeit nahm man jedoch eine sog. Naturalobligation des Sklaven an (vgl. § 103), woraus man u. a. folgerte, daß die nach Freilassung oder durch einen Dritten bewirkte Erfüllung nicht als ungeschuldet zurückgefordert werden könne<sup>5</sup>.

3. Auch wegen eines Delikts konnte der Haussohn, wie es scheint, schon in klassischer Zeit persönlich verklagt und verurteilt werden (Ulp. D. 5, 1, 57; I. 4, 8, 7 a. E.)<sup>6</sup>. Für die Vollstreckung muß dabei das gleiche wie bei Geschäftsschulden gelten haben, abgesehen davon, daß hier das *beneficium competentiae* entfiel. Sklaven konnten, solange sie nicht freigelassen waren, aus Delikt natürlich ebensowenig wie aus einem Rechtsgeschäft gerichtlich belangt werden; der Freigelassene war für Delikte, die er als Sklave begangen hatte, voll verantwortlich (Ulp. D. 44, 7, 14). — Über die Auslieferung (*noxae deditio*) des gewaltunterworfenen Täters durch den Gewalthaber vgl. § 170.

<sup>1</sup> MANDRY: D. gem. Familiengüterrecht, 2 Bde, 1871—6; BONFANTE: Corso dir. rom. I 90ff.

<sup>2</sup> Nur nicht dem *pater familias* gegenüber: Gai. 3, 104.

<sup>3</sup> So wohl mit Recht die vorherrschende Meinung (Nachweise bei SIBER: Röm. R. II 310, Anm. 7). Unmittelbare Belege fehlen; indessen darf angenommen werden, daß die Fälle der Noxalhaftung die einzigen waren, in denen der Gläubiger eine Auslieferung der Person des Haussohnes verlangen konnte.

<sup>4</sup> Vollstreckung in ein *peculium castrense*: D. 42, 6, 1, 9.

<sup>5</sup> Paul. D. 12, 6, 13. Für eine Naturalobligation konnten auch Sicherheiten bestellt werden: Gai. 3, 119a.

<sup>6</sup> Manche, z. B. BONFANTE: Corso I 94, halten die Deliktsklage gegen den Haussohn für unklassisch. Gai. 4, 77 ist indessen kein Gegenbeweis, und umgekehrt ist kein stichhaltiger Grund vorhanden, den im Text zitierten Stellen zu mißtrauen. Vgl. auch SIBER: Röm. R. II 311, Anm. 8.

## II. Haftung des Gewalthabers für Geschäftsschulden der Gewaltunterworfenen.

§ 165. Grundlagen. Der zivilrechtliche Grundsatz, daß die Geschäftsschulden eines Gewaltunterworfenen den Gewalthaber überhaupt nicht berührten, mußte bei entwickelteren wirtschaftlichen Verhältnissen zu einer lästigen Fessel des Verkehrs werden. Gewaltunterworfenen, besonders Sklaven, standen vielfach in selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit. Ohne eine Haftung des Gewalthabers mußte ihnen jeder Kredit verschlossen bleiben, ein Umstand, der sich mittelbar auch zum Schaden des Gewalthabers auswirkte, da diesem ja der Erwerb des Gewaltunterworfenen zufiel. Der Prätor war es, der schon in einem verhältnismäßig frühen Zeitpunkt (spätestens wohl im 2. Jahrhundert v. Chr.) diesem Mißstande abhalf, indem er die gegen den Haussohn oder den Sklaven<sup>1</sup> gerichtete Forderung unter gewissen Voraussetzungen auch gegen den Gewalthaber gewährte. Der Gewalthaber haftete dabei nicht etwa an Stelle des Gewaltunterworfenen, sondern, wenigstens der Idee nach, neben ihm. Paul. D. 14, 1, 51 drückt dies mit den Worten aus: *hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur*. Danach nennt man seit der Glossatorenzeit die gegen den Gewalthaber gerichteten Ansprüche *actiones adiecticiae qualitatis* (zusätzliche Klagen). Versprach sich der Gläubiger von der Verfolgung seines Anspruchs gegen den gewaltunterworfenen Geschäftsgegner einen Erfolg, so blieb ihm diese unbenommen<sup>2</sup>. In aller Regel freilich hatte nur der Anspruch gegen den Gewalthaber praktischen Wert. — Im folgenden werden die einzelnen Erscheinungsformen der adjektizischen Klagen gesondert betrachtet<sup>3</sup>.

§ 166. *Actio de peculio* und *de in rem verso*. 1. Hatte der Gewalthaber seinem Gewaltunterworfenen ein Sondergut (*peculium*; § 37, 3b) zu eigener Bewirtschaftung überlassen, so ließ ihn der Prätor bis zum Betrage dieses Sonderguts (*dumtaxat de peculio*) für die Geschäftsschulden des Gewaltunterworfenen eintreten, und zwar auch für solche Schulden, die zu dem Sondergut in keiner Beziehung standen. Es handelte sich bei dieser adjektizischen *actio de peculio*<sup>1</sup> nicht etwa um eine gegenständlich beschränkte Haftung<sup>2</sup>, derart, daß der Gläubiger nur aus dem Sondergut hätte Befriedigung suchen können; der Gewalthaber haftete vielmehr mit seinem ganzen Vermögen, aber nur bis zu einer Summengrenze, die durch den Wert des *peculium* im Zeitpunkt der Urteilsfällung bestimmt wurde. Dabei wurde dem tatsächlichen Bestand des *peculium* hinzugerechnet, was der Gewalthaber, im Bewußtsein, die Gläubiger zu schädigen, daraus entnommen hatte<sup>3</sup>, und was er in das *peculium* „schuldete“, d. h. was er in der Absicht, es zurückzuerstatten, daraus empfangen hatte<sup>4</sup>. Umgekehrt wurden die „Schulden“ des Gewaltunterworfenen an den Gewalthaber abgezogen<sup>5</sup>. Jeder Gläubiger des Gewaltunterworfenen konnte seinen

<sup>1</sup> Als „Naturalobligation“; vgl. § 103.

<sup>2</sup> Möglich war sie freilich nur, wenn der Gewaltunterworfenen ein Haussohn war; vgl. § 164, 2.

<sup>3</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>9</sup> 1107f. (§ 482ff.). Von neueren Arbeiten vgl. bes. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 257ff.; ferner KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1121ff.; über die Konkurrenzprobleme LEVY: Konkurrenz d. Aktionen I 150ff. Vgl. schließlich die Literaturangaben in den folgenden Paragraphen.

<sup>1</sup> Zuder Lit. in § 165, Anm. 3 vgl. noch die Angaben bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>9</sup> 1121ff. (§ 484); ferner SOLAZZI: Bull. 17, 208ff.; 18, 228ff.; 20, 5ff.; Studi Fadda I 345ff.; Studi Moriani II 113ff.; Studi Brugi 203ff.; GRADENWITZ: ZSSSt. 27, 228ff.; SECKEL: Aus röm. u. bürgerl. R. (Festschr. f. Bekker) 325ff.; MRCOLIER: Pécule et capacité patrimoniale, bes. 651ff., 1932.

<sup>2</sup> Wie die beschränkte Haftung des Erben; vgl. u. § 220, Anm. 7.

<sup>3</sup> Ulp. D. 15, 1, 21 pr.: *quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset*. Hierunter fiel natürlich auch eine völlige Einziehung des Sonderguts (*ademptio peculii*).

<sup>4</sup> Ulp. D. 15, 1, 7, 6 (z. T. verfälscht). „Schulden“ waren dies natürlich nur im uneigentlichen Sinne; die Hoch- und Spätclassiker sprachen hier von Naturalobligationen.

<sup>5</sup> *Deductio*; vgl. Tubero u. Cels. D. 15, 1, 5, 4; Gai. 4, 73. Auch hier handelte es sich nur um Naturalobligationen; vgl. o. Anm. 4.

Anspruch als *actio de peculio* gegen den Gewalthaber geltend machen, bis das *peculium* erschöpft war. Der Gewalthaber hatte jeden zu befriedigen, wie er sich meldete. Wer erst nach Erschöpfung des *peculium* auftrat, fiel mit seiner Forderung aus<sup>6</sup>. Eine Verteilung und verhältnismäßige Befriedigung der mehreren Gläubiger fand nicht statt. — War das Gewaltverhältnis durch den Tod des Gewalthabers, durch Freilassung des Sklaven oder Emanzipation des Haussohns (§ 186, 4) beendet, so konnte der Gläubiger die *actio de peculio* binnen eines Jahres noch gegen den früheren Gewalthaber oder seine Erben geltend machen, wenn sich das ehemalige *peculium* in deren Händen befand (*actio annalis de peculio*; Ediktstext in D. 15, 2, 1 pr.; Ulp. eod. 1, 7; vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 277, 282f.).

2. Mit der gleichen Prozeßformel, die die Haftung des Gewalthabers bis zum Betrage des *peculium* vermittelte, konnte auch noch ein anderer Tatbestand der adjektivischen Haftung geltend gemacht werden: Die Formel enthielt nämlich neben der Klausel *dumtaxat de peculio* noch eine zweite: *vel si quid in rem N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> inde versum est (actio de in rem verso)*<sup>7</sup>. Hiernach haftete der Gewalthaber, wenn und soweit sein Eigenvermögen<sup>8</sup> durch das Verpflichtungsgeschäft des Gewaltunterworfenen bereichert war, sei es um einen positiven Gewinn, sei es durch eine Ersparnis (Gai. 4, 72a; Paul. sent. 2, 9). Daß der Gewaltunterworfene in der Absicht gehandelt haben müsse, Geschäfte zu führen, die das Eigenvermögen des Gewalthabers angingen, wird in klassischer Zeit nicht erfordert worden sein. D. 15, 3, 3, 2, wo dieser Gedanke anklingt, ist vermutlich verfälscht<sup>9</sup>. Sicher unklassisch ist die Ausdehnung der *actio de in rem verso* auf Bereicherungen durch Gewaltfreie (sog. *actio de in rem verso utilis*; C. 4, 26, 7, 3: *nisi*ff. itp.).

§ 167. *Actio tributoria*<sup>1</sup>. Besondere Grundsätze griffen Platz, wenn dem Gewaltunterworfenen ein *peculium* eingeräumt war, das er mit Wissen des Gewalthabers ganz oder teilweise zum Betrieb eines Handelsgeschäfts oder sonstigen Gewerbes verwandt hatte (*negotiarum merces peculiari*). In diesem Falle diente das Geschäftsvermögen, d. h. die *merx peculiaris* und alles, was im Betrieb des Geschäfts eingenommen oder sonst an Sachen oder Forderungen erworben war (Ulp. D. 14, 4, 5, 4ff.), zur ausschließlichen Befriedigung des Gewalthabers und derjenigen Gläubiger, denen der Gewaltunterworfene im Betrieb dieses Gewerbes etwas schuldig geworden war. Der Gewalthaber war verpflichtet, die Gläubiger nach dem Verhältnis ihrer Forderungen zu bezahlen, und konnte sich auch für seine eigenen (naturalen) Forderungen nur einen verhältnismäßigen Teil anrechnen. Hatte er bei der Verteilung (*tributio*) einen der Gläubiger wissentlich (*dolo malo*) benachteiligt, so konnte dieser mit der *actio tributoria* den Betrag verlangen, den er bei ordnungsmäßiger Verteilung erhalten hätte (Gai. 4, 72, 74a; Ulp. D. 14, 4, 5, 19; Paul. eod. 6).

§ 168. *Actio quod iussu*<sup>1</sup>. Wenn der Gewalthaber einen Dritten ermächtigte, mit dem Haussohn oder dem Sklaven ein Geschäft zu schließen, so haftete er dem Dritten in vollem Umfang (*in solidum*) für die aus diesem Geschäft erwachsenen Verbind-

<sup>6</sup> Gai. D. 15, 1, 10: *in actione de peculio occupantis melior est condicio*.

<sup>7</sup> Genau genommen müßte man, statt *actio de peculio* und *actio de in rem verso*: *condemnatio de peculio* und *condemnatio de in rem verso* sagen. Denn es handelt sich, wie die Gemeinsamkeit der Klagformel zeigt, um einen einzigen Anspruch (eine einzige *intentio*), bei dem die Haftung des Beklagten in doppelter Weise beschränkt war. Indessen sprachen schon die Römer von verschiedenen *actiones*.

<sup>8</sup> Vom Eigenvermögen wird hier im Gegensatz zum *peculium* gesprochen. Gemeint ist also dasjenige Vermögen des Gewalthabers, das nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich in seiner Hand und nicht in der Hand des Gewaltunterworfenen war.

<sup>9</sup> Vgl. BESELER: Beitr. III 193f.

<sup>1</sup> Lit. in § 165, Anm. 3; ferner bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>o</sup> 1125, Anm. 16.

<sup>1</sup> Nach dem Formelantfang genannt (vgl. die Rekonstruktion bei LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 278). — Lit., außer der in § 165, Anm. 3, genannten bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II <sup>o</sup> 1108f., Anm. 1 u. 6. Dazu MITTELS: Jherings Jahrb. 39, 167ff.; RABEL: Festschr. f. Zitelmann 24; STEINWENTER: RE 10, 1307f.

lichkeiten, und zwar, wie bei der *actio de peculio* und *de in rem verso*, adjektivisch, d. h. neben dem Gewaltunterworfenen. Ermächtigung (*iussum*) im Sinne dieses Haftungstatbestands war jede Erklärung an den Dritten<sup>2</sup>, aus der hervorging, daß der Gewalthaber das Geschäft mit dem Gewaltunterworfenen für sich selber gelten lassen wolle. Einer bestimmten Form bedurfte sie nicht (Ulp. D. 15, 4, 1 u. 4). Auch die nachträglich dem Dritten gegenüber geäußerte Billigung (*ratihabitio*) eines bereits abgeschlossenen Geschäfts genügte zur Begründung der *actio quod iussu* (Ulp. D. 15, 4, 1, 6).

§ 169. *Actio exercitoria* und *institoria*<sup>1</sup>. 1. Zu den bisher genannten Tatbeständen der adjektivischen Haftung kommen noch zwei weitere, die jedoch nicht auf Schulden Gewaltunterworfener beschränkt waren: die Haftung des Schiffreeders (*exercitor navis*, griech. *ναύκληρος*) für die vom Schiffskapitän (*magister navis*, *κυβερνήτης*) eingegangenen rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten, und die des Unternehmers für die Geschäftsschulden des von ihm als Leiter eines Ladens (*taberna*) oder eines sonstigen Handels- oder Gewerbebetriebs Angestellten (*institor*). In beiden Fällen gab der Prätor dem Drittkontrahenten neben den Ansprüchen gegen den Kapitän oder den *institor* eine auf den vollen Betrag der Forderung gerichtete *actio exercitoria* bzw. *institoria* gegen den Prinzipal. Dabei war es gleichgültig, ob der Kapitän oder *institor* gewaltunterworfen oder gewaltfrei war<sup>2</sup>. Voraussetzung war lediglich die sachliche Zugehörigkeit des Geschäfts zu dem Aufgabenkreis des Angestellten<sup>3</sup>.

2. An die *actio institoria* knüpfte das spätklassische Recht nach dem Vorgang Papinians (D. 14, 3, 19 pr. und D. 19, 1, 13, 25; beide Stellen teilweise verfälscht) eine bedeutsame Neuerung. Papinian gab nämlich, auch ohne daß die besonderen Voraussetzungen der *actio institoria* vorlagen, eine analoge Klage gegen den Geschäftsherrn, wenn es sich um rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten eines Vermögensverwalters (*procurator*) mit speziellem Tätigkeitsbereich handelte (*actio ad exemplum institoriae actionis*, nachklassisch *actio quasi institoria* genannt)<sup>4</sup>. Damit erfuhr der Gedanke der Ermächtigung, der in weitem Umfange die Grundlage für das Institut der adjektivischen Klagen bildete und auch sonst mannigfach hervortrat (§ 58, 3), eine erhebliche praktische Erstreckung.

<sup>2</sup> Eine Erklärung gegenüber dem Gewaltunterworfenen genügte nicht zur Begründung der *actio quod iussu*: alle überlieferten Einzelentscheidungen sprechen von einem *iussum* gegenüber dem Dritten. In anderem (strafrechtlichem, erbrechtlichem) Zusammenhang war auch das *iussum* an den Gewaltunterworfenen bedeutsam.

<sup>1</sup> Zu der in § 165, Anm. 3 genannten Lit. kommen noch die bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 1108, Anm. 2, genannten Arbeiten, ferner KLINGMÜLLER und STEINWENTER: RE 9, 1564f.; FABRICIUS: D. gewaltfreie Institor, Diss. jur. Freiburg 1926. Lit. zur *actio quasi institoria* s. u. Anm. 4.

<sup>2</sup> Daß der gewaltfreie *institor* erst im Laufe der klassischen Zeit und nur durch analoge Anwendung der *actio institoria* in den Bereich der adjektivischen Haftung einbezogen worden sei (FABRICIUS: [s. o. Anm. 1]), ist nicht anzunehmen. Es ist sogar zweifelhaft, ob die *actiones exercitoria* und *institoria* jemals, auch in republikanischer Zeit, auf Verbindlichkeiten Gewaltunterworfener beschränkt waren (so JÖRS i. d. Vorauf. 189); die besonderen Verkehrsbedürfnisse, denen beide Ansprüche ihr Dasein verdankten, waren von dem Bestehen eines Gewaltverhältnisses völlig unabhängig.

<sup>3</sup> Gleichgültig war es, ob der Drittkontrahent zur Zeit des Geschäftsabschlusses von dem Anstellungsverhältnis Kenntnis hatte oder nicht. Dies ist ausdrücklich bei Ulp. D. 14, 1, 1 pr. gesagt (wobei es wenig ausmacht, daß diese Stelle vielleicht nachklassischer Herkunft ist). Es ist aber auch sachlich einleuchtend: Man denke nur an den Fall, daß der Schiffer oder *institor* gewaltunterworfen war und der Dritte ihn für gewaltfrei hielt; hier hätte der Drittkontrahent, wenn er nicht gegen den Gewalthaber klagen konnte, regelmäßig das Nachsehen gehabt; denn gegen einen Sklaven konnte er nicht klagen, gegen einen Haussohn wenigstens nicht vollstrecken. Erkundigungen waren vielleicht im Falle des *institor*, selten aber in dem des *magister navis* möglich. Dennoch ist die Frage sehr bestritten; vgl. WINDSCHEID: Pand. II<sup>9</sup> § 482, Anm. 9; BRINZ: Pand. II<sup>2</sup> 225f.; IV<sup>2</sup> 368ff.; DERNBURG: Pand. II §13, Anm. 12; MANDRY: Familiengüterrecht II 601ff.; MITTEIS: Stellvertretung 25ff.; SCHLOSSMANN: Kontrahieren mit offener Vollmacht, Kieler Festg. f. Jhering 217ff.; Jherings Jahrb. 33, 138ff.; LENEL: Jherings Jahrb. 36, 131f.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 1128ff.

<sup>4</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II<sup>9</sup> 1110f., Anm. 8. Dazu WENGER: D. Stell-



### III. Haftung des Gewalthabers für Delikte seiner Gewaltunterworfenen<sup>1</sup>.

§ 170. 1. Die deliktische Tat des Gewaltunterworfenen berührte den Gewalthaber ursprünglich nur insofern, als er gehalten war, dem Verletzten die Rache an dem Täter freizugeben. Nur wenn er sich dieser Rache in den Weg stellte und die Auslieferung (*noxae deditio*) des Gewaltunterworfenen verweigerte, machte er sich selbst für die Tat verantwortlich. Noch im Zwölftafelrecht war es dabei gleichgültig, ob er um das Delikt des Gewaltunterworfenen gewußt hatte (Cels. D. 9, 4, 2, 1). Erst das Recht der jüngeren Republik mit seinen vertieften Vorstellungen von Verursachung und Schuld ließ den Gewalthaber wie für ein in eigener Person begangenes Delikt haften, wenn er das Vorhaben des Gewaltunterworfenen gekannt und nicht verhindert hatte<sup>2</sup>. Im übrigen blieb es bei dem älteren Rechtszustande, nur kehrte sich im Bewußtsein der jüngeren Zeit das Verhältnis zwischen *noxae deditio* und Verantwortlichkeit des Gewalthabers um: Man ging jetzt davon aus, daß der Gewalthaber grundsätzlich für die Tat des Gewaltunterworfenen eintreten müsse, sich aber von dieser seiner Haftung durch die Auslieferung des Täters befreien könne<sup>3</sup>.

2. In diesem Sinne gab das klassische Recht aus allen Delikten der Gewaltunterworfenen Deliktssklagen<sup>4</sup> mit besonderer Formelgestaltung, die sich alternativ auf

vertretung i. Rechte d. Papyri 161, 163ff., 1906; SOLAZZI: Bull. 23, 153ff.; ALBERTARIO: L'actio quasi institoria, 1912; RABEL: Festschr. f. Zitelmann (Ein Ruhmesblatt Papinians). — Die Bezeichnung als *actio quasi institoria* findet sich in D. 17, 10, 5 (Irb.).

<sup>1</sup> Lit.: LENEL: Ed. perp. 3 159ff.; ZSSt 20, 5ff.; 47, 1ff.; GIBARD: NRH 11, 408ff.; 12, 31ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 104ff., 1167ff.; DE VISSCHER: Rev. gén. du droit 41, 325ff.; 42, 12ff., 92ff., 153ff., 197ff., 292ff.; RH 4, Ser., 1, 411ff. (hier 444ff. Rechtsvergleichung, 455ff. Noxalhaftung im römischen Völkerrecht); BRONDI: Le actiones noxales nel dir. rom. class. (Ann. Palermo 10; hierzu HELDRICH: ZSSt. 46, 424ff. und LENEL: ZSSt. 47, 1ff.; Erwiderung von BRONDI: Bull. 86, 99ff.); BESELER: ZSSt. 46, 104ff.; LUZZATTO: Per una ipotesi sulle origini e la natura delle obl. rom. (Fond. Castelli 8, 1934) 63ff., 102ff. (mit umfassender Rechtsvergleichung). — Speziallit. zur *actio de pauperie* s. u. Anm. 8.

<sup>2</sup> Sicher bezeugt ist das durch Ulp. D. 9, 4, 2 allerdings nur für die *actio legis Aquiliae*; die klassische Tragweite der ganz allgemein redenden fr. 3—5 eod. ist angesichts ihrer Herkunft aus den Kommentaren zum Ediktstitel *de iurisdictione (de albo corrupto)* sehr zweifelhaft; vgl. LENEL: Ed. perp. 3 57.

<sup>3</sup> Daß die Noxalhaftung nicht von einer primären Verantwortlichkeit der Familie bzw. des Familienhauptes für den Täter ausgeht, sondern erst aus dem Konflikt zwischen dem Racherecht des Verletzten am Täter und dem Gewaltrecht des Familienhauptes erwächst, wird heute mehr und mehr angenommen; vgl. zuletzt DE VISSCHER: RH 4, Ser., 9, 411 u. 467ff.; LUZZATTO: (s. o. Anm. 1). Noch im klassischen Recht finden sich dafür gewisse Anhaltspunkte: vor allem die Tatsache, daß nicht der Gewalthaber zur Zeit der Tat, sondern der Gewalthaber zur Zeit der Rechtsverfolgung von der Noxalhaftung betroffen wurde (vgl. u. Ziff. 3); ferner der zweifellos sehr alte Grundsatz, daß der Gewalthaber sich durch Auslieferung der Leiche des Täters befreien könne (Gai. v. Autun 4, 82f.; anders allerdings im Falle der Noxalhaftung für Tiere; eine Begründung hierfür versucht JOBBÉ-DUVAL: Les morts malfaisants, larvæ leumures, d'après le droit et les croyances populaires des romains 305ff., 1924, vgl. FLINTAUX: RH 4, Ser., 5, 120). Demgegenüber zeigt sich die veränderte Auffassung des klassischen Rechts z. B. in der Motivierung, die Gai. 4, 75 für die Noxalhaftung gibt: *erat enim iniquum nequitiam eorum* (der Gewaltunterworfenen) *ultra ipsorum corpora parentibus dominisque damnosam esse*. Gaius geht hier sichtlich von dem Gedanken aus, daß der Gewalthaber grundsätzlich und ohne weiteres für seine Leute eintreten müsse (für unecht hält den Satz BESELER: Beitr. III 64).

<sup>4</sup> In besonderen Fällen konnte auch eine nichtdeliktische Klage Noxalcharakter annehmen, so die *actio communi dividundo*, wenn einer der Miteigentümer vom gemeinsamen Sklaven bestohlen worden war, ebenso die Pfandklage u. a. m. Vgl. bes. Afr. D. 47, 2, 62pr. ff. (stark verfälscht, aber im Fundament klassisch), ferner Neratius in D. 17, 1, 26, 7 (insoweit echt). Für nachklassisch halten alles dies: BRONDI: Ann. Palermo 7, 100ff.; 10, 42ff.; HELDRICH: Verschulden b. Vertragsabschluß 24ff.; ZSSt. 46, 425ff.; SIBER: Röm. R. II 229. Anders und mit Recht: LEVY: Konkurrenz d. Aktionen I 278f.; II 71ff.; KUNKEL: ZSSt. 46, 436f.; FREZZA: Riv. it. sc. giur. NS 7, 65ff. (gründliche Untersuchung für den Fall der *actio communi dividundo*; zutreffend wohl auch die Begründung aus dem Wesen der *noxae deditio* 84f.).

Bußzahlung oder *noxae deditio* richtete<sup>5</sup> (*actiones noxales*). Der Beklagte, der sich vor dem Prätor als Gewalthaber bekannte<sup>6</sup>, konnte einen Prozeß von vornherein dadurch abwenden, daß er den Täter durch Manzipation in die Gewalt des Verletzten übertrug. Entschied er sich dafür, den Gewaltunterworfenen zu verteidigen, und unterlag er im Rechtsstreit, so wurde er alternativ auf Bußzahlung oder *noxae deditio* verurteilt. Demgemäß konnte er sich immer noch, auch noch gegenüber der Vollstreckungsklage (*actio iudicati*; § 124, 3), durch Manzipation des Gewaltunterworfenen<sup>7</sup> von der Bußpflicht befreien (Ulp. 42, 1, 6, 1). Verweigerte er sowohl die Manzipation wie die Einlassung auf die Noxalklage, so drohte ihm eine Deliktsklage *sine noxae deditio*: er verwirkte also durch ein solches Verhalten die Möglichkeit, sich durch Auslieferung des Täters zu befreien.

3. Die Noxalklage traf den Gewalthaber nur in dieser seiner Eigenschaft. Die Tat selbst haftete nicht an ihm, sondern an dem gewaltunterworfenen Täter. Sie folgte darum dem Täter auch in ein anderes Gewaltverhältnis (*noxam caput sequitur*): Wurde z. B. der Sklave an einen Dritten übereignet, das Hauskind von einem Dritten adoptiert, so richtete sich der noxale Deliktsanspruch von diesem Augenblick an nicht mehr gegen den bisherigen, sondern gegen den neuen Gewalthaber. Wurde der Täter gewaltfrei, der Sklave z. B. freigelassen, das Hauskind emanzipiert, so verschwand die Noxalklage überhaupt, und der Verletzte blieb auf den Anspruch gegen den Täter selbst angewiesen (vgl. § 164, 3).

4. (Anhang.) Die Grundsätze der Noxalhaftung galten auch für den Bereich des Tierschadens<sup>8</sup>. Die Rache des Primitiven richtet sich auch gegen den tierischen Täter<sup>9</sup>. Eine alte, für die Zwölf Tafeln ausdrücklich bezeugte (Ulp. D. 9, 1, 1 pr.) *actio de pauperie*<sup>10</sup> zwang darum den Eigentümer eines schadenstiftenden Vierfüßlers (*quadrupes*), wenn er die Auslieferung (*noxae deditio*) verweigerte, zum Ersatz des angerichteten Schadens. Vermutlich verstanden die Zwölf Tafeln unter *quadrupes* nur zahme Haustiere: Pferde, Rindvieh, Ziegen u. dgl.; selbst auf Hunde scheint man die Anwendbarkeit des Zwölf Tafelgesetzes erst durch ein besonderes Gesetz erstreckt zu haben (*lex Pesolamia*? Paul. sent. 1, 15, 1). Die klassische, alternativ auf Schadensersatz oder *noxae deditio* gerichtete *actio de pauperie* da-

<sup>5</sup> Der Text gibt hier und im folgenden die von LENEL: ZSSt. 47, 1ff. erfolgreich gegen BIONDI: (Ann. Palermo 10) verteidigten Ansichten wieder; teilweise anders jetzt wieder DE VISSCHER: RH 4. Ser., 9, 412ff.

<sup>6</sup> Über die diesbezügliche *interrogatio de iure* und die (bei Abwesenheit des Gewaltunterworfenen erforderliche) *interrogatio, an in potestate sit* vgl. LENEL: Ed. perp. 3 159ff.

<sup>7</sup> Bzw. durch Hingabe seiner Leiche oder von Teilen seiner Leiche; vgl. o. Anm. 3. — Im Falle der *actio iniuriarum noxalis* wegen eines Sklaven bedurfte es unter Umständen nicht der Übertragung des Gewaltverhältnisses durch Manzipation, sondern nur der Auslieferung des Sklaven zum Zwecke der körperlichen Züchtigung (Ulp. D. 47, 10, 17 4 f.); hierüber bestand ein eigenes Edikt (LENEL: Ed. perp. 3 401f.), das, wie überhaupt die honorarische Regelung der *iniuria*, unmittelbare Beziehungen zum hellenistischen Recht aufweist; vgl. das alexandrinische Stadtrecht, Pap. Hal. 196ff., und den Kommentar dazu (*Δικαίωμα στα* S. 110ff.); s. ferner HIRTZIG: *Iniuria* 82ff.; PARTSCH: Arch. f. Pap. 6, bes. 65ff.; DE VISSCHER: Etudes de droit rom. 126ff., 329ff.

<sup>8</sup> Ältere Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. II 9 985. Dazu LENEL: Ed. perp. 3 195ff.; ZSSt. 47, 2ff.; MONSOHN: *Actio de pauperie*, 1911; HAYMANN: ZSSt. 42, 357ff.; BIONDI: Ann. Palermo 10, 3ff. (behauptet, die *actio de pauperie* gehöre nicht zu den Noxalklagen im klassischen Sinne; überzeugend widerlegt von LENEL: ZSSt. 47, 1ff.); ROBBE: Riv. it. sc. giur. NS 7, 327ff.

<sup>9</sup> Von tierischem Verschulden (so auch JÖRS: i. d. Vorauf. 178, Anm. 5) spricht man wohl besser nicht, da der moderne Verschuldensbegriff dem primitiven Rechte fremd ist. — Rechtsvergleichendes Material über das tierische Delikt, über Tierstrafen und Tierprozesse bei HAYMANN: (s. o. Anm. 8) 367f. (dessen weitere Betrachtungen 368ff. indessen dem Problem nicht gerecht werden).

<sup>10</sup> *Pauperies* hängt mit *pauper* zusammen und bedeutet demnach „Schaden“. Wie es zu der speziellen Bedeutung „Tierschaden“ kommt, wissen wir nicht. Vgl. Ulp. D. 9, 1, 1, 3: *pauperies est damnum sine iniuria datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret*: dies ist natürlich spätere Deutung.

gegen dürfte nicht auf Haustiere beschränkt gewesen sein<sup>11</sup>. Sie entfiel, wenn das schadenstiftende Verhalten des Tiers auf unmittelbarer menschlicher Einwirkung beruhte<sup>12</sup>.

### Fünfter Teil.

## Familienrecht.

### Erstes Kapitel.

## Die Ehe.

### I. Persönliches Eherecht<sup>1</sup>.

§ 171. Grundcharakter der römischen Ehe. 1. Während das moderne Eherecht der west- und mitteleuropäischen Staaten auch in seiner weltlichen Ausgestaltung den tiefen Einfluß der christlichen Religion nicht verleugnet, waren in Rom die Beziehungen zwischen Eherecht und Religion von jeher verhältnismäßig locker und vollends im Recht der früheren Kaiserzeit fast ganz verschwunden. Das römische Recht kannte freilich eine sakrale Form der Eheschließung (die *confarreatio*, § 175, 1); soweit wir indessen die Geschichte der römischen Ehe in die Vergangenheit zurückverfolgen können, standen daneben andere Formen, die des religiösen Charakters durchaus entbehrten. Schon in republikanischer Zeit war überdies die sakrale Eheschließung so gut wie ganz aus dem tatsächlichen Rechtsleben verschwunden, derart, daß sie in der Kaiserzeit aus kultischen Gründen künstlich wiederbelebt werden mußte. Sieht man von ihr ab, so waren zwar zu allen Zeiten des römischen Heidentums mancherlei Bräuche religiöser oder magischer Natur bei der Eheschließung und im Verlauf des ehelichen Lebens in Übung; sie standen aber sämtlich außerhalb der Sphäre des Rechts, zum mindesten des nichtsakralen Rechts, mit dem wir es hier allein zu tun haben. Während also das moderne Eherecht von religiös-ethischen Prinzipien aus geschaffen wurde, ist das römische nichts anderes als der äußere, vom praktischen Rechtsleben geformte Rahmen für eine, ihrerseits freilich durch die religiöse und sittliche Tradition bestimmte, rein tatsächliche Gestaltung des ehelichen Gemeinschaftslebens. Darum vermögen die eherechtlichen Normen des römischen Rechts noch weniger als die anderer Rechtsordnungen ein vollständiges Bild der wirklichen Lebensverhältnisse zu geben. Insbesondere wäre es verfehlt, aus der lockeren Bindung des klassischen Eherechts ohne weiteres auf das Fehlen eines ehe-

<sup>11</sup> Die Frage ist zweifelhaft. Einerseits enthält der Titel D. 9, 1 (außer fr. 1, 10) nur solche Tatbestände, in denen es sich um Haustiere handelt. Andererseits erklärt Ulp. D. 9, 1, 1, 2, daß die *actio* auf alle *quadrupedes* Anwendung finde, und Paul. D. 9, 1, 4, daß sie als *actio utilis* auch den von anderen (als vierfüßigen) Tieren angerichteten Schaden erfasse. Vgl. auch I. 4, 9, 1, wo von der Konkurrenz mit dem ädilizischen Edikt *de feris* (LENEL: Ed. perp. § 566) die Rede ist, ohne daß eine Beschränkung auf Haustiere erwähnt würde. D. 9, 1, 1, 10, wo am Anfang generell gesagt wird, *bestiae* seien ausgeschlossen, ist wahrscheinlich verfälscht (HAYMANN: ZSSt. 42, 373ff.; LEVY: Konkurrenz d. Aktionen II 1, 226, Anm. 6).

<sup>12</sup> Vgl. des näheren HAYMANN: ZSSt. 43, 358ff. — Das Erfordernis, daß das Tier *contra naturam fera mota* den Schaden angerichtet habe, ist in seiner Bedeutung lebhaft umstritten und vielleicht unklassisch (D. 9, 1, 1, 7 itp. ?; so HAYMANN: [s. o. Anm. 11] 364ff.; LEVY: [s. o. Anm. 11] 226, Anm. 7; 227, Anm. 1). Für klassische Herkunft JÖRS: i. d. Vorauf. 178, bes. Anm. 5.

<sup>1</sup> Aus der Lit. seien hier schon angeführt: ROSSBACH: Unters. üb. d. röm. Ehe, 1853; BRINT: *Matrimonio e divorzio nel dir. rom.*, 4 Bde (1887—89); LEVY: D. Hergang d. röm. Ehescheidung, 1925; Gedächtnisschr. f. E. Seckel 145ff., 1925 (beide Arbeiten enthalten grundlegende Feststellungen über das Wesen der römischen Ehe); BONFANTE: *Corso dir. rom.* I 39ff. (bedeutendste neuere Gesamtdarstellung); MANIGK: RE 14, 1377ff.; KUNKEL: RE 14, 2259ff.; CORBETT: *The Roman law of marriage*, 1930 (hierzu LEVY: ZSSt. 52, 529ff.).

lichen Gemeinschaftsgeistes zu schließen. Selbst in einer Zeit, aus der wir massenhafte Zeugnisse für den Zerfall der ehelichen Moral besitzen, hat die Strenge altrömischer Zucht in weiten Kreisen offenbar noch fortgewirkt. Es ist auch bezeichnend, daß das Eindringen christlicher Vorstellungen das römische Eherecht zwar in zahlreichen Einzelheiten beeinflußt hat, seine eigenartigen Grundlagen aber in der Hauptsache noch unberührt ließ. Die Neugestaltung des Eherechts aus den Prinzipien christlicher Moral blieb vielmehr im wesentlichen dem kirchlichen Recht des Mittelalters vorbehalten.

2. Wie das römische Privatrecht überhaupt, so war auch das römische Eherecht grundsätzlich eine Angelegenheit nur der römischen Bürger. Nur unter Bürgern (und solchen, die den Bürgern durch Verleihung des *conubium* besonders gleichgestellt waren, vgl. § 34, 1) konnte eine Ehe zustandekommen, die vor dem römischen Recht als volle Ehe galt (*matrimonium iustum*). Nur die in solcher Ehe geborenen Kinder wurden römische Bürger und unterstanden der *patria potestas* ihres Vaters (Gai. I, 55; I, 76); nur sie waren imstande, die Familie ihres Vaters nach dessen Tode fortzusetzen; sie allein waren darum auch seine geborenen Erben (*sui heredes*, § 194, 1), die schon im Hause waren und nicht erst zur Nachfolge hineingerufen werden mußten. Natürlich konnte aber das römische Recht eine Ehe unter Ausländern (*peregrini*), die in deren Heimat als Ehe galt, nicht einfach als nicht vorhanden ansehen; in der Kaiserzeit sah sich die römische Gesetzgebung sogar veranlaßt, zur Klarstellung des Personenstands der Kinder besondere Vorschriften für solche Ehen zu erlassen, die unter peregrinen Reichsangehörigen aus verschiedenen Heimatgemeinden geschlossen waren<sup>2</sup>. Seit alters aber beschäftigte sich das römische Recht mit Ehen zwischen römischen Bürgern und Peregrinen<sup>3</sup>: Eine *lex Minicia* aus dem ersten Jahrhundert v. Chr. schrieb vor, daß Kinder aus solchen Ehen stets der ärgeren Hand folgen, also stets die Rechtsstellung des nichtbürgerlichen Teils erhalten sollten (Gai. I, 78f.)<sup>4</sup>. Im Gegensatz zum *matrimonium iustum* werden alle diese Ehen in unseren Quellen als *matrimonia iniusta* (*non iusta, non legitima*) bezeichnet (Ulp. D. 38, 11, 1 pr.; Call. D. 50, 1, 37, 2; vgl. Ulp. fr. Vat. 194); moderne Darstellungen gebrauchen statt dessen auch die Bezeichnung *matrimonium iuris gentium*<sup>5</sup>.

§ 172. Ehevoraussetzungen und Ehehindernisse<sup>1</sup>. 1. Voraussetzung einer rechten Ehe (*iustum matrimonium*) war, wie bereits angedeutet wurde (§ 171, 2), die Ehegemeinschaft (*conubium*) unter den Gatten.

a) Sie war regelmäßig gegeben, wenn beide Teile das römische Bürgerrecht besaßen. Doch gab es zu allen Zeiten Ausnahmen von dieser Regel: Zwischen den Angehörigen des patrizischen Adels und den plebeischen Bürgerfamilien wurde das

<sup>2</sup> Ulp. D. 50, 1, 1, 2; für Ägypten vgl. den Gnomon des Idios Logos (BGU V) § 38ff., dazu SECKEL-MEYER: Sb. Akad. Berlin 1928, 26, 446ff.; Graf UXKULL-GYLLENBAND: BGU V 2, 48ff.

<sup>3</sup> Gemeint sind hier solche Peregrine, die nicht das *ius conubi*, d. h. die Ehegemeinschaft mit römischen Bürgern, besaßen (vgl. o. im Text u. § 172, 1). — Eine bekannte Ehe dieser Art ist die des Antonius mit der ägyptischen Königin Kleopatra (Belege bei DRUMANN: Gesch. Roms I<sup>2</sup> 380, Anm. 10; GARDTHAUSEN: Augustus II 174f., Anm. 14); allerdings konnte sie nach römischem Recht ebenso wie nach griechischen oder ägyptischem erst von dem Augenblicke an als wirkliche Ehe gelten, in dem Antonius die Scheidung von seiner in Rom lebenden *iusta uxor* Octavia vollzogen hatte (32 v. Chr.). — Belege für Ehen zwischen Römern und Peregrinen aus ägyptischen Urkunden bei TAUBENSCHLAG: Studi Bonfante I 387, Anm. 112.

<sup>4</sup> Über Einzelheiten s. KUNKEL: RE 14, 2263f.

<sup>5</sup> Gegen diesen Begriff CORBETT: LQR 44, 305ff. — Das Geschlechtsverhältnis unter Sklaven und zwischen Freien und Sklaven (*contubernium*) war vom Standpunkt des Rechts aus gesehen überhaupt keine Ehe. In den Quellen, namentlich in Grabinschriften, finden sich zahllose Belege für solche Sklavenehen; vgl. z. B. CIL VI (Rom) 4350, 4370, 4464—66, 5178, 5192, 5198, 5558, 5884, 6596, 7287 (*contu[bernali]coniugi*), 8453a (*domino et coniugi*), 11859, 12053, 13297, 13738; CIL V 93 (Pola), 629 (Triest); CIL IX 3845 (Antium); aus den Rechtsquellen z. B. Paul. D. 16, 3, 27. Bei der Betrachtung der inschriftlichen Zeugnisse fällt auf, wie oft gerade die Frau Römerin ist; der Sklavengatte ist dann allerdings meist kaiserlicher Beamter.

<sup>1</sup> Vollständigere Darstellung bei KUNKEL: RE 14, 2262ff.

*conubium* erst durch eine *lex Canuleia* vom Jahre 445 v. Chr. eingeführt; länger, vielleicht bis zu dem sog. Bundesgenossenkrieg (95—79 v. Chr.), blieb einem Teil der mit minderem Bürgerrecht (*civitas sine suffragio*) ausgestatteten italischen Stadtgemeinden das *conubium* versagt<sup>2</sup>. Seit alters galt ferner der Satz, daß zwischen Freigeborenen (*ingenui*) und Freigelassenen (*libertini*) keine Ehegemeinschaft bestehe<sup>3</sup>; er scheint in spätrepublikanischer Zeit außer Anwendung gekommen zu sein und wurde unter Augustus lediglich im Verhältnis zwischen Personen senatorischen Standes und Freigelassenen wiederhergestellt, im übrigen aber ausdrücklich aufgehoben (*lex Papia Poppaea* in Paul. D. 23, 2, 23; vgl. Cels. eod. 44). Zugleich errichtete die augusteische Ehegesetzgebung eine Reihe von weiteren Schranken für die Ehe unter Bürgern (das Nähere in § 173, 3).

b) Zwischen römischen Bürgern und Nichtbürgern (*peregrini*) bestand ein *conubium* nur kraft besonderer Verleihung. Mitunter wurde das *conubium* ganzen Gemeinden gewährt (vgl. z. B. Liv. 8, 13; 23, 4), zumeist aber, und vor allem in späterer Zeit, nur einzelnen Persönlichkeiten; insbesondere pflegten die Kaiser des ersten und zweiten Jahrhunderts den Veteranen, die römische Bürger waren oder das Bürgerrecht beim Ausscheiden aus dem Militärdienst erhielten, das *conubium* mit einer beliebigen peregrinischen Frau zu erteilen (Gai. 1, 57; zahlreiche Urkunden, vgl. z. B. BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 274ff.).

c) Durch die Ausdehnung des Bürgerrechts in der Kaiserzeit, insbesondere durch die große Bürgerrechtsverleihung Caracallas (*constitutio Antoniniana*, 212 n. Chr.; vgl. § 33, 2) verlor das Erfordernis des *conubium* wesentlich an Bedeutung, ohne jedoch ganz zu verschwinden.

2. Auch unter Personen, die das *conubium* besaßen, konnten einer Ehe Verbotsnormen im Wege stehen, die man im Anschluß an die Begriffsbildung des kanonischen Rechts als Ehehindernisse<sup>4</sup> bezeichnen mag. Von ihnen sollen hier nur die wichtigsten genannt werden, die in klassischer Zeit in Geltung waren:

a) Die Eingehung einer Ehe setzte Geschäftsfähigkeit voraus. Nichtig war deshalb die von einem Unmündigen<sup>5</sup> oder Geisteskranken<sup>6</sup> geschlossene Ehe.

b) Gewaltunterworfenen bedurften zur Eheschließung der Zustimmung des Gewalthabers; eine ohne diese Zustimmung geschlossene Ehe war nichtig (Ulp. 5, 2; D. 23, 2, 35; Paul. D. 23, 2, 2). Doch schuf schon die augusteische *lex Iulia de maritandis ordinibus* (§ 173, 1) eine Möglichkeit, den grundlos widerstrebenden Gewalthaber zur Zustimmung zu zwingen (Marcian D. 23, 2, 19)<sup>7</sup>.

c) Wer in einer gültigen Ehe lebte, konnte, solange diese bestand, eine zweite Ehe nicht eingehen (Ehehindernis der Doppelhehe). Polygamie hat es in Rom, soweit wir wissen, nie gegeben.

d) Verwandtschaft und Schwägerschaft bildeten ein Ehehindernis<sup>8</sup>, dessen Mißachtung Ehenichtigkeit und Bestrafung wegen Inzestes zur Folge hatte. Die Grenze zwischen erlaubter und verbotener Verwandtenehe hat wiederholt gewechselt. Die Ehe unter Blutsverwandten (*cognati*)<sup>9</sup> scheint ursprünglich bis zum sechsten Grade verboten gewesen zu sein; seit dem dritten Jahrhundert v. Chr. wurde das Verbot stufenweise eingeschränkt, derart, daß in klassischer Zeit nur noch die Ver-

<sup>2</sup> Vgl. MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 577.

<sup>3</sup> MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 429ff.

<sup>4</sup> Dazu KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 172ff.; MARQUARDT: Privatleben d. Römer<sup>2</sup> 28ff.; MOMMSEN: Röm. Strafr. 682ff. — In einem weiteren Sinne sprechen die römischen Quellen auch hier vom Bestehen oder Nichtbestehen des *conubium*; vgl. z. B. Gai. 1, 59.

<sup>5</sup> Vgl. I. 1, 10 pr.; Iul. in D. 23, 1, 9; vgl. § 51, 1.

<sup>6</sup> Ulp. D. 1, 6, 8 pr.; vgl. 51, 2.

<sup>7</sup> Die Stelle ist verstümmelt, vgl. MORIAUD: Mélanges Girard II 291ff.; BESELER: Beitr. III 14; CASTELLI: Scr. giur. 130ff.

<sup>8</sup> Vgl. WEISS: ZSSt. 29, 340ff.

<sup>9</sup> Vgl. § 39. Auch die außereheliche Verwandtschaft, selbst die sonst im Rechtssinn nicht existierende Verwandtschaft zwischen dem Vater und seiner unehelichen Tochter, kam hierbei in Betracht; desgleichen die *servilis cognatio* (Paul. D. 23, 2, 14, 2ff.).

wandtschaft in gerader Linie (Vorfahren und Nachkommen) und die Seitenverwandtschaft bis zum dritten Grade einschließlich (Geschwister, Onkel und Nichte, Tante und Neffe) der Ehe im Wege stand. Gelegentlich der Verheiratung des Kaisers Claudius mit seiner Nichte Agrippina wurde auch noch die Ehe zwischen Onkel und Bruderstochter durch einen Senatsbeschluß für statthaft erklärt (Tac. ann. 12, 5ff.; Suet. Claud. 26, 3; Gai. 1, 62); Konstantin hob diese Bestimmung wieder auf (C. Th. 3, 12, 1, 342 n. Chr.). Andere Erweiterungen des Bereichs der verbotenen Verwandtenehe, die das nachklassische Kaiserrecht einföhrte, waren nicht von Dauer. Wie die Blutsverwandtschaft bildete auch die Adoptivverwandtschaft ein Ehehindernis; bei Adoptivverwandtschaft in der Seitenlinie entfiel jedoch das Eheverbot, wenn das Adoptionsverhältnis aufgehoben wurde (Gai. 1, 59, u. 61)<sup>10</sup>. Ein Ehehindernis der Schwägerschaft bestand in klassischer Zeit nur zwischen Ver Schwägerten in grader Linie (Stiefeltern und Stiefkinder, Schwiegereltern und Schwiegerkinder; vgl. Gai. 1, 63); erst das nachklassische Kaiserrecht verbot auch die Ehe zwischen Schwager und Schwägerin (Constantius u. Constans C. Th. 3, 12, 2; 355 n. Chr.).

e) Ein Senatsbeschluß unter Mark Aurel und Kommodus (175—80 n. Chr.) untersagte aus naheliegenden Gründen die Ehe zwischen Vormund und Mündel; Zuwiderhandlung föhrte zur Nichtigkeit der Ehe (Paul. D. 23, 2, 59 u. 66).

f) Das Kaiserrecht der beiden ersten Jahrhunderte n. Chr. verbot im Interesse der militärischen Disziplin dem Soldaten die Eingehung einer Ehe schlechthin; gegen Ende des zweiten Jahrhunderts, vermutlich unter Septimius Severus (vgl. Herodian 3, 8, 5), wurde dieses Eheverbot aufgehoben<sup>11</sup>.

§ 173. Die Ehegesetzgebung des Augustus<sup>1</sup>. 1. In dem großen politischen und sozialen Reformwerk des Augustus nimmt seine Ehegesetzgebung eine hervorragende Stelle ein. Ihr Ziel war die Regeneration der römischen Bürgerschaft, des Standes, der das römische Reich geschaffen hatte und es nach dem Willen des Augustus auch künftig beherrschen und erhalten sollte. Darum sollten die Verfallserscheinungen bekämpft werden, die sich im sittlichen Leben der spätrepublikanischen Zeit gezeigt hatten: das ungebundene und unverantwortliche Dasein der oberen Schichten, die Scheu vor der Ehe und die Kinderlosigkeit. Augustus hat bei diesen Bestrebungen<sup>2</sup>,

<sup>10</sup> Zum Ehehindernis der Adoptivverwandtschaft vgl. ALBERTARIO: Studi. dir. rom. I 133ff.

<sup>11</sup> Reichhaltiges Material zu diesem Eheverbot in den Papyrusurkunden; vgl. bes. die interessante Sammlung von Urteilssprüchen in MITTEIS: Chrest. Nr. 372f. (BGU 114 u. Pap. Catt. R.). Die umfangreiche Lit. bei MITTEIS: Grundzüge d. Papyrusk. 281, Anm. 1; P. M. MEYER: Jur. Pap. Nr. 22, Einl. Vgl. ferner P. M. MEYER: ZSt. 46, 321; 50, 517.

<sup>1</sup> Jörs: Üb. d. Verhältnis d. lex Iulia de maritandis ordinibus z. lex Papia Poppaea (Diss. Bonn 1882); D. Ehegesetze d. Augustus (Festschr. f. Mommsen 1893); KÜBLER: ZSt. 30, 154ff.; 31, 176ff.; LÉVY: D. Hergang d. röm. Ehescheidung 137ff.

<sup>2</sup> Wie in vielen anderen Punkten seiner politischen Wirksamkeit knüpfte Augustus auch hierbei an die Ideale des alten Römertums und an Bestrebungen an, die schon in republikanischer Zeit hervorgetreten waren. Schon im Jahre 131 v. Chr. hielt der Zensor Q. Metellus Numidicus eine Rede, in der er dem Volk die Notwendigkeit der Ehe und der Kinderzeugung vor Augen hielt; bezeichnenderweise erkannte er dabei die „Beschwerlichkeit“ (*molestia*) des ehelichen Lebens ausdrücklich an. Augustus verlas diese Rede im Senat bei der Beratung der *lex Iulia de maritandis ordinibus* (Liv. per. 59; Suet. Aug. 89). In seinem großen Rechenschaftsbericht (Mon. Anc. lat. 2, 12ff., besser erhalten graec. 5, 3ff.) sagt der Kaiser, er habe durch neue Gesetze vielen Vorbildern aus der römischen Vergangenheit, die schon zu erlöschen drohten, neues Leben gegeben und sich selbst dadurch künftigen Geschlechtern als Vorbild hingestellt. — Um die moralischen Zustände der augusteischen Zeit und damit die Voraussetzungen der augusteischen Ehegesetzgebung zu erfassen, darf man gewiß nicht die zahlreichen Skandalgeschichten unserer Überlieferung verallgemeinern und eine Sittengeschichte Roms etwa auf Grund von Ovids *ars amatoria* oder gar von Martials Epigrammen und Iuvenals Satiren als schlechthin maßgebenden Quellen schreiben wollen. Es gab auch damals Kreise, in denen eine strenge, altrömische Sittlichkeit lebendig war. Der Tochter und der Enkelin des Augustus sollte man stets die Cornelia gegenüberstellen, der Properz in seiner „Königin der Elegien“ (5, 11) ein Denkmal gesetzt hat, oder die Turia, die Gattin des Konsulars Q. Lucretius Vespillo, deren wunder-

die sich durch seine ganze Regierungszeit hindurch verfolgen lassen, manchen Mißerfolg erlitten und manchen seiner Pläne fallen lassen müssen. Als dauerndes Ergebnis aber blieben zwei Gesetze, deren Inhalt das klassische Recht in vieler Hinsicht maßgebend bestimmt hat: die vom Kaiser selbst im Jahre 18 v. Chr. kraft seiner tribunizischen Gewalt rogierte *lex Iulia de maritandis ordinibus*<sup>3</sup> und die von den Konsuln des Jahres 9 n. Chr. eingebrachte *lex Papia Poppaea*. Erst als das Schwergewicht des Reiches endgültig von Rom und Italien wegverlegt war und das Christentum mit ganz anderen Ehevorstellungen auf den Plan trat, verloren diese Gesetze ihre Wirksamkeit; im Justinianischen Recht waren nur noch geringe Reste von ihren Vorschriften in Geltung.

2. Die augusteischen Ehegesetze schufen einen Zwang zur Ehe. Nach der *lex Iulia* sollte jeder Römer im ehefähigen Alter verheiratet sein, die Männer vom fünfundzwanzigsten bis zum sechzigsten, die Frauen vom zwanzigsten bis zum fünfzigsten Lebensjahre (Ulp. 16, 1). Die *lex Papia Poppaea* forderte außerdem das Vorhandensein ehelicher Kinder, bei Freigeborenen bis zu drei, bei Freigelassenen bis zu vier. Wer verheiratet gewesen, aber durch den Tod des anderen Gatten oder durch Scheidung ehelos geworden war, mußte sich wieder verheiraten<sup>4</sup>; nur den Frauen wurden dabei Fristen von sechs Monaten bis zu zwei Jahren gewährt (Ulp. 14). An die Nichtbefolgung dieser Vorschriften knüpften sich personenrechtliche und erbrechtliche Nachteile, während umgekehrt die Eltern von drei bzw. vier ehelichen Kindern in verschiedener Hinsicht, vor allem bei der Bewerbung um Ämter, bevorzugt wurden<sup>5</sup>. Ein Dispens von den Ehegeboten war möglich: bei der Eigenart der hier in Frage stehenden Vorschriften war die Zulassung von Ausnahmen nicht zu vermeiden; ebenso konnte die Vorrangstellung eines Kinderreichen (*ius trium vel quattuor liberorum*) gnadenweise verliehen werden<sup>6</sup>. Zuständig war ursprünglich der Senat, später der Kaiser.

3. Zu den Ehegeboten traten Eheverbote, die den Zweck hatten, den Stand der römischen Bürger und insbesondere den senatorischen Adel von unwürdigen Elementen freizuhalten. Allen freigeborenen Bürgern war es untersagt, gewisse bescholtene Frauen zu ehelichen, so namentlich Dirnen, Kupplerinnen und Frauen, die beim Ehebruch ertappt worden waren (Ulp. 13, 2; D. 23, 2, 43). Senatoren und Abkömmlinge von Senatoren (bis zum Urenkel) durften darüber hinaus keine Ehe mit Freigelassenen und mit Schauspielerinnen oder Töchtern von Schauspielern eingehen; Entsprechendes galt für die weiblichen Nachkommen eines Senators (*lex Iulia* in D. 23, 2, 44). — Der Verstoß gegen diese Eheverbote scheint keine Nichtigkeit der Ehe zur Folge gehabt zu haben<sup>7</sup>; offenbar war die verbotswidrige Ehe vielmehr ein

volle Grabschrift uns inschriftlich erhalten ist (CIL VI 1527 = BRUNS: Fontes I<sup>7</sup>, Nr. 126); und neben Valeria Messalina steht Arria (*Paete, non dolet*). Alle diese Beispiele ließen sich leicht vermehren. Trotzdem war die Sorge des Horaz begründet: *aetas parentum, peior avis, tulit nos nequiores, mox daturos progeniem vitiosorem* (od. 3, 6, 45ff.); man lese bei MOMMSEN: Reden u. Aufsätze 279ff., was es für eine *progenies* war, die am 22. Mai 39 n. Chr. das Fest der Ackerbrüder (*fratres arvales*) beging, einer Genossenschaft, auf der der Abglanz einer ehrwürdigen Vergangenheit ruhte: jetzt „die namhaftesten Wüstlinge der Aristokratie“, Kaiser Gaius an der Spitze.

<sup>3</sup> *Ordines* sind die verschiedenen Stände der römischen Bürgerschaft.

<sup>4</sup> Für die Frauen war das ein schwerempfundener Schlag gegen das Herkommen. Das Lob der Frauen, die nur einem Gatten angehört hatten (*univiriae*) war weit verbreitet. Vgl. z. B. Fest. p. 242b, 30; Propert. 5, 11, 36 (68); Verg. Aen. 4, 28f.; Liv. 10, 23; Val. Max. 2, 1, 3; Tac. Ann. 2, 86; Plut. Quaest. Rom. 105 und folgende Grabsteine: CIL II 78; III 3572; V 7763; VI 2318; 3604; 13299; 13303; VIII 7384; 7537; IX 3158; X 3058; 3351; XI 1800; 2538; XIV 418f.; 839.

<sup>5</sup> Nachweise bei JÖRS: Üb. d. Verhältnis d. *lex Iulia* z. *lex Papia Poppaea* § 13—18. — Vgl. auch u. § 192, 4; § 213.

<sup>6</sup> Hierüber insbes. JÖRS: (s. o. Anm. 5) 59ff.; KÜBLER: ZSSSt. 30, 154ff.; 31, 176ff.; TURCHI: Atene e Roma 17, 333ff.

<sup>7</sup> So JÖRS: Ehegesetze 20ff. Nichtigkeitswirkung nahm MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 472, Anm. 3, an.

*matrimonium iustum* mit dessen normalen Wirkungen: nur befreite sie die Ehegatten nicht von den Nachteilen, die die augusteische Ehegesetzgebung an die Ehe- und Kinderlosigkeit knüpfte, sie war kein *matrimonium secundum legem Iuliam et legem Papiam Poppaeam contractum*. Erst ein Senatsbeschluß unter Mark Aurel und Kommodus (176—80 n. Chr.) scheint solche Ehen — mindestens die Ehe zwischen Personen senatorischen Standes und Freigelassenen — für nichtig erklärt zu haben (Paul. D. 23, 2, 16 pr.; Ulp. D. 23, 1, 16, Schluß itp.).

§ 174. **Verlöbniß**<sup>1</sup>. Der Eheschließung konnte ein Eheversprechen vorausgehen.

1. In älterer Zeit erfolgte ein solches Eheversprechen (Verlöbniß) stets im Wege wechselseitiger Stipulationen (*sponsiones*)<sup>2</sup>; daher heißt das Verlöbniß *sponsalia*, der Bräutigam *sponsus*, die Braut *sponsa*. Partner der Verlöbnißstipulationen waren nicht die künftigen Ehegatten, sondern der Gewalthaber der Braut und der Bräutigam oder dessen Gewalthaber<sup>3</sup>. Vermutlich erzeugten die Stipulationen einstmals eine klagbare Verpflichtung. In Rom selbst muß jedoch die Klagbarkeit des Verlöbnisses schon frühzeitig abgekommen sein; dagegen hielt sie sich im Rechte der latinischen Nachbargemeinden Roms solange, bis diese durch die *lex Iulia* vom Jahre 90 v. Chr. ausnahmslos in den römischen Bürgerverband aufgenommen wurden<sup>4</sup>.

2. In klassischer und nachklassischer Zeit bedurfte das Verlöbniß nicht mehr der alten Förmlichkeit: es genügte jedwede Einigung über die künftige Eheschließung (Ulp. D. 23, 1, 4, 1; Paul. eod. 7 pr.)<sup>5</sup>. Verlobung der Hauskinder durch den Gewalthaber kam noch vielfach vor (vgl. z. B. Suet. Caes. 21), war aber vom Einverständnis der Brautleute abhängig (Iul., Ulp., Paul. D. 23, 1, 11—13)<sup>6</sup>; ebensowohl konnte jedoch die Verlobung unter den Brautleuten selbst stattfinden, die dann ihrerseits der Zustimmung ihrer Gewalthaber in gleichem Umfang bedurften wie bei der Eheschließung (Paul. D. 31, 1, 7, 1). Das Verlöbniß war, wie schon in der jüngeren Republik (vgl. o. Ziff. 1), frei löslich (Diocl. u. Maxim. C. 5, 1, 1; vgl. Iuvenal 6, 200ff.). Es gab keinerlei Ansprüche auf Schadloshaltung wegen Verlöbnißbruchs; selbst einer besonders vereinbarten Vertragsstrafe stand die *exceptio doli* entgegen, weil man sie als eine unsittliche Bindung empfand (Paul. D. 45, 1, 134 pr.). Erst im nachklassischen Kaiserrecht drang aus der kirchlichen Rechtspraxis der östlichen Reichshälfte die Sitte ein, durch Hingabe einer *arra sponsalicia*<sup>7</sup> eine vermögensrechtliche

<sup>1</sup> KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 176ff.; MARQUARDT: Privatleben d. Römer 38ff.; FRIEDLÄNDER: Sittengesch. I<sup>o</sup> 273ff.; IV<sup>o</sup> 133ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. I 225ff.; VOLTERRA: Riv. it. sc. giur. NS 2, 581ff.; 4, 3ff.; 5, 155ff. (über die *arra sponsalicia*; enthält aber auch wertvolle und reichhaltige Ausführungen über das ältere römische Verlöbnißrecht: 2, 585ff.); Bull. 40, 87ff. (geht in dem Bestreben, das klassische Verlöbniß als eine rein soziale, nicht rechtliche Erscheinung zu erweisen, mitunter zu weit).

<sup>2</sup> Vgl. Serv. b. Gell. 4, 4 (Text emendiert von MOMMSEN: Jur. Schr. II 89; handelt von dem Verlöbniß des latinischen Rechts, das aber dem altrömischen durchaus entsprechen dürfte); Varro, de ling. Lat. 6, 70—72; Ulp. D. 23, 1, 2; vgl. auch Flor. D. 23, 1, 1: *Sponsalia sunt mentio (1. sponsio?) et repromissio nuptiarum futurarum*. Zeugnisse aus nichtjuristischen Quellen bei VOLTERRA: Riv. ital. sc. giur. NS 2, 591f.

<sup>3</sup> Vielfach verlobte man Kinder; vgl. Dio Cass. 54, 16; Nepos v. Att. 19. Weitere Belege bei FRIEDLÄNDER: Sittengesch. I<sup>o</sup> 270ff.; IV<sup>o</sup> 133ff.

<sup>4</sup> Serv. b. Gell. 4, 4, a. E.

<sup>5</sup> Die Hingabe eines Rings zum Zeichen der Verlobung war schon in republikanischer und klassischer Zeit üblich; vgl. z. B. Iuvenal 6, 25; Plin. hist. nat. 33, 12 (*ferreus anulus sine gemma*); s. auch VOLTERRA: Riv. ital. sc. giur. NS 2, 609, Anm. 2. Doch handelte es sich hierbei um eine bloße Verlobungssitte, die für die rechtliche Gestaltung des Verlöbnisses keine Bedeutung hatte. Als Wurzel für die nachklassische *arra sponsalicia* kommt sie keinesfalls in Betracht.

<sup>6</sup> Daß das Einverständnis der Haustochter erforderlich gewesen sei, bestreitet für die klassische Zeit SOLAZZI: Atti Accad. Torino 51, 759ff., Anm. 2; Studi Albertoni I 49f.; hiergegen BONFANTE: Corso dir. rom. I 227, Anm. 5. Vgl. auch VOLTERRA: Sul consenso della filia familias agli sponsali, 1929 (zit. nach Riv. ital. sc. giur. 5, 229, Anm. 1).

<sup>7</sup> Vgl. bes. KOSCHAKER: ZSSt. 33, 383ff.; VOLTERRA: Riv. ital. (s. o. Anm. 1). — Wie VOLTERRA zeigt, hat das Institut der *arra sponsalicia* von Hause aus mit der *arra* des Obligationenrechts (§ 117, 4) nichts zu tun; es handelt sich vielmehr um den zum Symbol gewordenen



Bindung und damit eine Strafe für den Bruch des Verlöbnisses zu schaffen. Bei Justinian steht dieses fremde Rechtsinstitut unvermittelt neben den Zeugnissen des klassischen Verlöbnisrechts, die wohl schon damals nicht sehr viel mehr als theoretische Bedeutung hatten. In byzantinischer Zeit setzten sich dann die christlichen Vorstellungen vom Verlöbnis und seiner prinzipiellen Unlöslichkeit mehr und mehr auch in der staatlichen Gesetzgebung durch.

§ 175. **Eheschließung.** Seit alters kannte das römische Recht drei ganz verschiedenartige Erscheinungsformen der Eheschließung: Eine von ihnen, die *confarreatio*, trug ausgesprochen sakralen Charakter; die zweite, die *coemptio*, war ein Akt der Gewaltübertragung durch Manzipation, vielleicht das verblaßte Abbild eines wirklichen Brautkaufs, wie ihn das germanische Recht und viele andere jugendliche Rechte kennen; die dritte entbehrte jeder Förmlichkeit und bestand schlechthin in der Aufnahme der ehelichen Gemeinschaft. Alle Mutmaßungen über das geschichtliche Verhältnis dieser drei Eheschließungsarten sind mehr oder weniger unsicher. Lediglich das eine ist gewiß, daß sie alle, auch die formlose Eheschließung, schon in dem Zeitpunkt vorhanden waren, in dem unsere geschichtliche Kenntnis einsetzt.

1. Die *confarreatio* vollzog sich nach einem umfangreichen Ritual<sup>1</sup>. Im Mittelpunkt stand ein dem Juppiter dargebrachtes Opfer, bei dem u. a. ein Spelbtrot (*panis farreus*) verwendet wurde. Es bedurfte der Mitwirkung der beiden obersten Priester, des *pontifex maximus* und des *flamen dialis*, und der Anwesenheit von zehn Zeugen. Sinn dieses Rituals war offenbar die Verbindung der Gatten zu (ursprünglich unauflöslicher?) Gemeinschaft nach menschlichem und göttlichem Recht; die unter dem Namen des Modestin überlieferte Definition, die eine solche Gemeinschaft als das Wesen der Ehe bezeichnet (D. 23, 2, 1), bezog sich ursprünglich wohl speziell auf die konfarreierete Ehe<sup>2</sup>. Als feierlichste Form der Eheschließung, die die Gegenwart der höchsten priesterlichen Würdenträger forderte, wird die *confarreatio* stets ein Vorrecht der patrizischen Adelsgeschlechter gewesen sein. Zu Beginn der Kaiserzeit war sie fast völlig aus dem praktischen Leben verschwunden und mußte unter Augustus und Tiberius aus sakralrechtlichen Gründen<sup>3</sup> künstlich belebt werden (Gai. 1, 136; Tac. ann. 4, 16). Im engen Rahmen der sakralen Bedürfnisse blieb sie dann noch geraume Zeit erhalten, sicher bis gegen das Ende des zweiten, vielleicht bis ins vierte nachchristliche Jahrhundert<sup>4</sup>.

2. Die *coemptio*<sup>5</sup> gehört in die Reihe der Gewaltübertragungsakte *per aes et libram* (§ 54, 2b). Ursprünglich war es wohl der Gewalthaber der Braut, der sein Gewaltrecht vor fünf Zeugen und mit Erz und Waage für einen Scheinkaufpreis (*nummus unus*) auf den Bräutigam übertrug<sup>6</sup>. In klassischer Zeit dagegen scheint die Braut selbst die Manzipation mit dem Bräutigam vollzogen zu haben. An den eigentlichen Koemptionsakt knüpfte sich ein stipulationsartiges Wortformular, das die

Kaufpreis der semitischen Kaufehe (vgl. § 175 Anf.), der erst im römischen Recht mit der *arra* in Parallele gestellt und deshalb als *arra sponsalicia* bezeichnet wurde.

<sup>1</sup> Vgl. Gai. 1, 112; Ulp. 9, 1; Serv. in Verg. Georg. 1, 31; in Aen. 4, 103, 374.

<sup>2</sup> Vgl. dazu Dionys. Hal. 2, 25, 1: *γυναικα γαμετήν τήν κατά γά ουσ* (überliefert *νόμους*) *ἱεροῦς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ κοινωόντων ἀπάντων εἶναι γρημάτων τε καὶ ἱερῶν*. — Mod. D. 23, 2, 1 ist jüngst von SOLAZZI: *Consortium omnis vitae* (Estr. Ann. Macerata 5, 1929) für eine nachklassische, christlich gefärbte Ehedefinition erklärt worden; hiergegen mit Recht ALBERTARIO: *Studi dir. rom.* I 181ff.

<sup>3</sup> Gewisse Priestertümer (die höheren Flamine, vgl. WISSOWA: *Rel. u. Kultus d. Römer* <sup>2</sup> 22f., 504) durften nur mit Persönlichkeiten besetzt werden, die aus konfarreierter Ehe stammten. — Seit der Reform begründete die *confarreatio* nicht mehr die ehemännliche Gewalt über die Frau (vgl. § 176, 4). — Zur Erneuerung der *confarreatio* vgl. BRASSLOFF: *Studi Bonfante II* 363ff.

<sup>4</sup> Näheres bei KUNKEL: *RE* 14, 2271.

<sup>5</sup> Vgl. Gai. 1, 113; Serv. in Aen. 4, 103; Isid. orig. 5, 24, 26.

<sup>6</sup> Die Annahme SOLAZZIS (*Atti Acc. Torino* 51, 759, Anm. 2; *Bull.* 34, 1ff.; *Studi Albertoni I* 41ff.), daß der Gewalthaber seine Haustochter noch in klassischer Zeit entgegen ihrem Willen habe zur Ehe geben können, ist nicht haltbar.

Begründung der Ehegemeinschaft zum Ausdruck brachte: Mann und Frau befragten sich gegenseitig, ob sie einander Ehegenossen sein wollten (*an sibi mater* bzw. *pater familias esse vellet*, Ulp. b. Boeth. ad Cic. top. 14). Die *coemptio* war jedenfalls in klassischer Zeit noch lebendes Recht; im Verhältnis zu der formlosen Eheschließung (s. u. Ziff. 3) wird sie damals freilich nicht mehr sonderlich häufig vorgekommen sein. Wohl in der Mehrzahl ihrer Anwendungsfälle diente sie überdies nicht der Eheschließung, sondern lediglich dem Wechsel in der Person des Geschlechtsvormunds der Frau (§ 192, 3b) und der Testamentserrichtung (§ 205, 2). Wann die *coemptio* endgültig aus dem praktischen Rechtsleben verschwunden ist, vermögen wir nicht näher zu bestimmen. Dem justinianischen Recht war sie nicht mehr bekannt.

3. Schon zur Zwölftafelzeit konnte eine Ehe auch ohne *confarreatio* oder *coemptio* durch Betätigung des beiderseitigen Ehemillens, d. h. durch Aufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft, begründet werden. Als äußeres Kennzeichen für die Herstellung dieser Lebensgemeinschaft kam unter zahlreichen Hochzeitsbräuchen<sup>7</sup> in erster Linie die Heimführung der Braut in das Haus des Mannes, die (*in*) *domum deductio* in Betracht<sup>8</sup>. Sie galt darum als der Zeitpunkt des Ehebeginns<sup>9</sup>, aber nicht im Sinne eines rechtsgeschäftlichen Formalakts, sondern in ihrer Eigenschaft als Verwirklichung des Ehekonsenses; war sie nicht von dem Ehemillens beider Gatten getragen<sup>10</sup>, so kam keine Ehe zustande. In älterer Zeit wohl der *confarreatio* und der *coemptio* an praktischer Bedeutung nachstehend, wurde die unförmliche Eheschließung seit dem Ausgang der Republik zur Regel. Auch in der nachklassischen Periode blieb sie die normale Form der Ehebegründung<sup>11</sup>; die kirchliche Eheschließung setzte sich so-

<sup>7</sup> Z. B. Aufnahme der Frau in die Gemeinschaft von Feuer und Wasser (*aqua et igni accipere* Fest. p. 2 s. v. *aqua*; Scaev. D. 24, 1, 66, 1), Versiegelung der Heiratsurkunde (*tabularum signatio*: Tac. ann. 11, 27; 30; Quintil. 5, 11, 32; Scaev. D. 24, 1, 66 pr.; Probus C. 5, 4, 9; vgl. KÜBLER: RE 4A, 1949ff.), Wortformeln (Plut. quaest. Rom. 30; Cic. pro Mur. 27: *ἄρον σὺ Γαίος ἐνὶ τῷ Γαίῳ*; vgl. über das Alter dieser Formel MOMMSEN: Röm. Forschungen I 11 f.; BICKEL: Rhein. Mus. NF 65, 578ff.). — Lit. über röm. Hochzeitsbräuche: ROSSBACH: Unters. üb. d. röm. Ehe 254ff.; MARQUARDT: Privatleben d. Römer<sup>2</sup> 28ff.; BLÜMNER: Röm. Privataltertümer 349; SAMTER: Familienfeste d. Griechen u. Römer, 1901; E. PERNICE: Röm. Privatleben (bei Gerke-Norden, Einl. i. d. Altertumswiss. II<sup>2</sup> 58ff.).

<sup>8</sup> Auch die *domum deductio* war wiederum von allerlei hergebrachten Formen umgeben: Am Hochzeitstage, wenn der Abendstern aufging, riß der Bräutigam die Braut aus den Armen ihrer Mutter (Catull 62, 1ff.; Fest. p. 289 s. v. *rapi*). Auf der Straße warteten seine Gesellen und geleiteten das Paar in frohem Zuge bei Fackelschein und Flötenspiel und unter dem Gesang von oft recht anzüglichen Liedern (*lescennini versus*; vgl. WISSOWA: RE 6, 2222f.) zum Hause des Bräutigams. Dort sträubte sich die Braut einzutreten und mußte über die Schwelle gehoben werden (Plut. quaest. Rom. 29). Dann bekränzte und salbte sie die Türpfosten und betete am Ehebett (*lectus genialis*) zu dem Genius des Geschlechtes ihres Mannes (Fest. p. 94 s. v. *genialis*), daß es ihr vergönnt sein möge, seine Familie fortzupflanzen (Serv. in Aen. 6, 603; Arnob. 2, 67). — Daß man in dieser Gestaltung der *domum deductio* eine zum Ritus und zur Lustbarkeit gewordene urzeitliche Raubehe zu sehen habe, wie manche annehmen (z. B. ROSSBACH: Unters. üb. d. röm. Ehe 360, auch JÖRS i. d. Vorauf. 197f.), ist unwahrscheinlich; vgl. SAMTER: Geburt, Hochzeit u. Tod 136ff., 1911; WESTRUP: Z. vgl. Rechtswiss. 42, 143ff. Auch im Bereich des germanischen Rechts denkt man heute über die Bedeutung der Raubehe anders als früher; vgl. z. B. v. SCHWERIN: Dtsche Rechtsgesch.<sup>2</sup> (Grundrisse d. Geschichtswiss. II 5, 1915) 126f. und BRUNNER: Quellen u. Gesch. d. dtsh. Rechts (Enzykl. v. Holtzendorff u. Kohler I<sup>7</sup>) 142 mit BRUNNER-V. SCHWERIN: Grundz. d. dtsh. Rechtsgesch. 222, Anm. 1, 1930.

<sup>9</sup> Vgl. Pomp. D. 23, 2, 5; Ulp. D. 35, 1, 15. — Scaev. D. 24, 1, 66 pr. u. 1 ist verfälscht. — Die Bedeutung der *domum deductio* für die Begründung der unförmlichen Ehe ist von LEVY: Hergang d. röm. Ehescheidung 68ff. klargestellt worden. Nach der bis dahin herrschenden Auffassung genügte der rein subjektive Ehekonsens; so auch noch JÖRS i. d. Vorauf. 197.

<sup>10</sup> Ob er vorhanden war, entschied man nach objektiven Kriterien; vgl. LEVY: (s. o. Anm. 9) 75. — Über den Ehekonsens der *filia familias* s. o. Anm. 6.

<sup>11</sup> Diocl. u. Maximian C. 5, 4, 13; Theod. u. Valentinian C. 5, 4, 22; 5, 17, 8 pr. — Nur trat jetzt, entsprechend der allgemeinen Richtung, das subjektive Element des Ehekonsens mehr in den Vordergrund. — Die von Justinian für die höheren Bevölkerungsschichten eingeführten Eheschließungsformen waren nur kurze Zeit in Geltung; Näheres bei KUNKEL: RE 14, 2272.

wohl im Osten wie im Westen des römischen Kulturgebiets erst im Mittelalter durch<sup>12</sup>.

**§ 176. Persönliche Wirkungen der Ehe.** 1. Schon die Zwölftafeln (vgl. u. Ziff. 3) bezeugen das Vorhandensein von zwei verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der ehelichen Gemeinschaft: es gab Ehen, bei denen die Frau aus ihrer eigenen Familie in die Familie ihres Gatten übertrat, und Ehen, bei denen ein solcher Wechsel der Familienzugehörigkeit nicht stattfand<sup>1</sup>. Jene erste Eheform war ursprünglich die Regel; schon im Laufe der republikanischen Zeit aber kehrte sich das Verhältnis um, und im klassischen Recht herrschte die zweite Form durchaus vor. Noch vor Justinian, vermutlich im vierten Jahrhundert n. Chr., ist schließlich die mit einem Wechsel der Familienzugehörigkeit verbundene Ehe ganz verschwunden.

2. Trat die Frau in die Familie des Mannes über, so erlosch zugleich mit der Zugehörigkeit zu ihrer elterlichen Familie auch ihr bisheriges Gewaltverhältnis<sup>2</sup>, und sie unterstand fortan der Gewalt des Ehemanns oder, wenn der Ehemann selbst noch gewaltunterworfen war, seines *pater familias*. Die ehemännliche Gewalt (*manus*)<sup>3</sup> aber war ihrem Wesen nach nichts anderes als ein spezieller Anwendungsfall der allgemeinen Hausgewalt (§ 37, 3): noch in der Kaiserzeit galt der Grundsatz, daß die Frau durch den Eintritt in die Gewalt des Mannes (*in manum conventio*) die Rechtsstellung einer Tochter erlange (*filiae locum optinet*, Gai. 1, 111, 114; 2, 159). Immerhin hat die Sitte schon in sehr früher Zeit die tatsächliche Ausübung der ehemännlichen Gewalt in erheblichem Maße beschränkt; schon die Rücksicht auf die elterliche Familie der Frau wird das ihre dazu getan haben, ganz abgesehen von der Würde, die die Hausfrau und Mutter (*mater familias*) seit alters vor den übrigen Hausgenossen auszeichnete. So war die Veräußerung der Gattin schon in ältester Zeit verpönt und, wenn wir der Überlieferung glauben dürfen (Plut. quaest. Rom. 22 i. f.), mit schwerster sakraler Strafe bedroht. Zu dem Hausgericht, das nach alter Sitte vor der Bestrafung freier Hausgenossen über ihre Schuld zu befinden hatte, wurden im Falle der Ehefrau auch Angehörige ihrer elterlichen Familie zugezogen<sup>4</sup>.

3. blieb die Frau in ihrer bisherigen Familie und ihrem bisherigen Gewaltverhältnis, so entbehrte die eheliche Gemeinschaft jeder besonderen rechtlichen Ausprägung. Sie war, hierin dem Besitz (§ 64) vergleichbar, lediglich ein von der Rechtsordnung anerkanntes und mit gewissen Folgen ausgestattetes tatsächliches Verhältnis, dem kein Herrschaftsrecht des Ehemanns zugrunde lag<sup>5</sup>. Dem entspricht es, daß noch zu Beginn der Kaiserzeit der Gewalthaber der Frau jederzeit in stande war, durch Geltendmachung seines Gewaltrechts die Herausgabe der Frau gegenüber dem Ehemann durchzusetzen (*interdictum de liberis exhibendis item ducendis*, vgl. § 184, 2); erst Antoninus Pius gestattete dem Manne einen solchen Anspruch gegenüber die Einrede, daß die Ehe harmonisch (*matrimonium bene concordans*) und darum das

<sup>12</sup> Über das Eindringen der kirchlichen Eheschließung in Byzanz (unter Leo d. Weisen, 886—911 n. Chr.) vgl. FERRARI: Byz. Z. 18, 157ff. Über die Entwicklung im Westen s. d. bei HÜBNER: Grundzüge d. dtsh. Privatr. <sup>5</sup> 624, Anm. 1, zitierte Literatur.

<sup>1</sup> Der Dualismus dieser beiden Eheformen ist durch Vergleichung mit dem germanischen Recht (Muntehe und Friedelehe) geklärt und beleuchtet worden von H. MEYER: ZSSSt., germ. Abt., 47, 198ff. Über einen ähnlichen Dualismus der Eheformen im assyrischen Recht vgl. SAN NICOLÒ: Beitr. z. Rechtsgesch. i. Bereich d. keilschriftl. Rechtsquellen (Oslo 1931) 91ff. (mit Lit.).

<sup>2</sup> D. h.: es erlosch sowohl die bis dahin bestehende *patria potestas* wie die bis dahin bestehende Vormundschaft. Es erloschen ferner die agnatischen Rechte der Frau in ihrer bisherigen Familie, insbes. ihr Erbrecht gegenüber ihren Angehörigen. Der Übertritt in die Familie des Mannes war ein Fall der *capitis deminutio (minima)*, vgl. § 42, 3).

<sup>3</sup> Vgl. MANIGK: RE 14, 1377ff.

<sup>4</sup> Vgl. Dionys. Halic. 2, 25, 6. — Belege für das Hausgericht aus der Kaiserzeit: Tac. ann. 13, 32; Suet. Tib. 35, 1.

<sup>5</sup> Über das Wesen der gewaltlosen Ehe vgl. bes. LEVY: Hergang d. röm. Ehescheidung 67f., 93f. und die dort 67, Anm. 2, zitierte Lit.; ferner LEVY: Gedächtnisschr. f. Emil Seckel 164; ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 213ff.

Verlangen des Gewalthabers ungerechtfertigt sei<sup>6</sup>. Umgekehrt stand dem Manne ein Anspruch auf Herausgabe seiner Gattin zunächst überhaupt nicht zu; erst das spät-klassische Recht gab ihm ein *interdictum de uxore exhibenda ac ducenda* und bestimmte, daß er damit selbst gegen den Gewalthaber der Frau durchdringen könne, wenn dieser sie ihm grundlos vorenthielt<sup>7</sup>. Die seit alters anerkannten Rechtswirkungen der gewaltlosen Ehe lagen vornehmlich<sup>8</sup> im Verhältnis zu den Kindern. Die Tatsache, daß die Kinder aus solcher Ehe den Personenstand ihres Vaters erlangten und in seiner Gewalt standen, kennzeichnete die gewaltlose Ehe als ein zivilrechtlich anerkanntes eheliches Verhältnis (*matrimonium iustum*, vgl. § 171, 2), das der Gewaltehe in diesem entscheidenden Punkte durchaus gleichstand<sup>9</sup>.

4. Von den verschiedenen Arten der Eheschließung (§ 175) führten *confarreatio* (bis zum Beginn der Kaiserzeit) und *coemptio* ohne weiteres den Eintritt der Frau in Familie und Gewalt des Mannes herbei<sup>10</sup>. Anders die formlose Eheschließung durch Herstellung der ehelichen Gemeinschaft: war diese Art der Eheschließung gewählt worden, so erwarb der Mann das Gewaltrecht erst durch einjährige, ununterbrochene Zugehörigkeit der Frau zu seinem Haushalt, also durch eine Art von Ersitzung (*usus*)<sup>11</sup>. Schon das Recht der Zwölftafeln<sup>12</sup> aber wies einen Weg, wie man die Vollendung dieser Ersitzung und damit die Entstehung der Ehegewalt beliebig lange verhindern konnte: die Frau verweilte alljährlich während dreier aufeinanderfolgender Nächten (*trinoctium usurpandi gratia*) außerhalb der ehelichen Wohnung, vermutlich in ihrem Elternhause, wo sie am elterlichen Familienkult teilnahm. In diesem Fernsein der Frau sah man eine Unterbrechung der Ersitzung (*usurpatio*), durch die die Entstehung der *manus* aufgehalten wurde. — Gewaltersitzung und *trinoctium* erhielten sich als geltendes Recht bis in die letzte Zeit der Republik<sup>13</sup>; dann verschwanden sie, teils durch Gesetze, teils durch Nichtanwendung aufgehoben (Gai. 1, 111 i. f.), und die formlos geschlossene Ehe konnte nun überhaupt nicht mehr zum Eintritt der Frau in die Familie des Mannes und zur Begründung der ehelichen Gewalt führen. Formlose Eheschließung und gewaltlose Ehe gehörten darum in klassischer und nachklassischer Zeit schlechthin zusammen.

**§ 177. Ehescheidung.** Die römische Ehe wurde beendet durch Tod, Verschollenheit<sup>1</sup>, Änderung des Personenstands<sup>2</sup> und Scheidung (*divortium*). Nur von der Scheidung soll im folgenden des näheren die Rede sein<sup>3</sup>.

<sup>6</sup> Paul. sent. 5, 6, 15; Ulp. D. 43, 30, 1, 5; vgl. SOLAZZI: Bull. 34, 10ff.; LEVY: Hergang d. röm. Ehescheidung 145ff.; G. LONGO: Bull. 40, 201ff.

<sup>7</sup> Hermog. D. 43, 30, 2; Diocl. u. Maximian C. 5, 4, 11; vgl. LENEL: Ed. perp. 3 488, Anm. 4.

<sup>8</sup> Über andere Wirkungen der gewaltlosen Ehe vgl. KUNKEL: RE 14, 2283f. — Eine Strafgewalt des Ehemanns über die Frau wurde im älteren Recht vielleicht durch das sog. *iudicium de moribus* vermittelt; vgl. WOLFF: ZSt. 54, 315ff.

<sup>9</sup> Ob dies von jeher der Fall war, wissen wir nicht; vgl. KUNKEL: RE 14, 2261.

<sup>10</sup> Die *coemptio* war überhaupt in ihrem Kern ein Akt der Gewaltbegründung, nicht eigentlich der Eheschließung.

<sup>11</sup> Gai. 1, 111. — Hierzu und zum *trinoctium usurpandi gratia* vgl. WESTRUP: Quelques observations sur les origines du mariage par *usus* et du mariage sans *manus* dans l'ancien droit rom., 1926. — Über eine Parallele zur römischen *usus*-Ehe im altassyrischen Recht s. KOSCHAKER: ZSt. 41, 289f.

<sup>12</sup> Das seinerseits vermutlich auf älterem Gewohnheitsrecht beruht; so schon JÖRS i. d. Vorauf. 199.

<sup>13</sup> Q. Mucius Scaevola (gest. 82 v. Chr.) bei Gell. 3, 2, 12 und Cicero (pro Flacco 84, aus dem Jahre 59 v. Chr.) behandeln *usus* und *trinoctium* noch als geltendes Recht.

<sup>1</sup> Vgl. hierüber LEVY: Gedächtnisschr. f. E. Seckel (Abh. d. Berliner Jur. Fak. 4) 145ff.

<sup>2</sup> Vgl. GIRARD-MAYE: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 176f.; BONFANTE: Corso dir. rom. I 240ff.; DESSERTAUX: Etudes sur la formation hist. de la capitis deminutio III 52ff.; KUNKEL: RE 14, 2273ff.

<sup>3</sup> Grundlegend jetzt LEVY: Hergang d. röm. Ehescheidung, 1925, dessen Ergebnisse der folgenden Darstellung im wesentlichen zugrunde liegen. Die seitherige Lit. bei LEVY: ZSt. 52, 530ff; dazu jetzt noch VOLTERRA: Studi Riccobono III 203ff. (Sul divorzio della liberta).

1. Daß die römische Ehe jemals allgemein unscheidbar gewesen sei<sup>4</sup>, ist wenig wahrscheinlich. Lediglich für die sakrale, durch *confarreatio* begründete Ehegemeinschaft läßt sich dergleichen vielleicht vermuten; aber auch hier war jedenfalls in historischer Zeit die Scheidung stets zulässig<sup>5</sup>, und es bestand dafür eine besondere, der *confarreatio* nach dem Prinzip des *contrarius actus* (§ 120, 3) genau entsprechende Scheidungsform, die *diffarreatio*. Seit alters galt also der Satz, daß grundsätzlich jede Ehe scheidbar sei: *libera matrimonia esse antiquitus placuit* (Alex. Sev. C. 8, 38, 2). Auch die Ehegatten selbst konnten die Scheidung nicht vertraglich ausschließen oder durch Vereinbarung einer Vertragsstrafe erschweren (Alex. Sev. ebenda). Der Grundsatz der Scheidungsfreiheit galt aber noch in einer anderen Hinsicht: Niemals war in Rom die Scheidbarkeit der Ehe vom Vorliegen bestimmter Scheidungsgründe abhängig. Zwar hat die Sitte die grundlose Scheidung stets mißbilligt, und an die schuldhafte Scheidung knüpften sich für die Frau güterrechtliche Nachteile (vgl. § 182, 3b); auch stellte das nachklassische Kaiserrecht unter christlichem Einfluß wiederholt Scheidungsverbote auf, z. T. mit kriminellen Strafen<sup>6</sup>. Aber die Wirksamkeit der Scheidung wurde durch alles das nicht berührt.

2. Scheidungsbefugt war in der Gewalthehe des alten Rechts lediglich der Ehemann bzw. sein Gewalthaber. Als Träger der *manus* konnte er seine Gattin jederzeit verstoßen, wobei freilich die Sitte frühzeitig seine Willkür eingeschränkt haben wird (§ 176, 2). Bei der gewaltlosen Ehe hingegen bestand wohl stets eine beiderseitige Scheidungsmöglichkeit: auch der Gewalthaber der Frau konnte sein Hauskind, wenn es ihm beliebte, von ihrem Gatten heimholen (§ 176, 3), und die gewaltfreie Frau konnte ihren Mann aus eigenem Entschluß verlassen. Schon in der späteren Republik erstreckte sich die beiderseitige Scheidungsbefugnis auch auf die Gewalthehe, und die weitere Entwicklung drängte die Rechte der Gewalthaber immer mehr zugunsten der Ehegatten in den Hintergrund. So waren schließlich in spätklassischer Zeit bei Gewalthehe wie bei gewaltloser Ehe stets beide Gatten und nur die Gatten zur Scheidung befugt.

3. Die Scheidung der Konfarreatiosehe vollzog sich, wie schon gesagt (s. o. Ziff. 1), im Wege eines eigenen Sakralakts, der *diffarreatio* (Paul. ex Fest. p. 74; Plut. quaest. Rom. 50); hierbei ist es für diese Eheform geblieben, solange sie bestand. Im übrigen wurde die Gewalthehe ursprünglich wohl stets durch Aufhebung der *manus* geschieden, d. h. durch Rückübertragung der Frau an ihren früheren Gewalthaber oder auch durch Übertragung an einen Strohmann, der sie dann seinerseits aus der Gewalt entließ (*remancipatio, dimissio ex manu*: Gai. I, 137; Fest. p. 277); frühzeitig aber hat sich offenbar die Scheidungsform der gewaltlosen Ehe auch auf die durch *coemptio* oder *usus* begründete Gewalthehe übertragen. Bei der gewaltlosen Ehe kam natürlich eine Manzipation der Frau nicht in Frage. Statt dessen war anscheinend in den Zwölftafeln eine besondere Scheidungsform vorgesehen, von der wir aber nur undeutliche Spuren haben<sup>7</sup>. Späterhin, sicher jedenfalls in klassischer Zeit, bedurfte es überhaupt nicht mehr eines Formalakts, sondern nur der einfachen Erklärung des

<sup>4</sup> Die Überlieferung behauptet freilich, die erste Ehescheidung in Rom sei die des Sp. Carvilius Ruga gewesen (227 v. Chr.; vgl. Gell. 4, 3, 1; 17, 21, 44; Dionys. Hal. 2, 25; Plut. Romulus 6; Numa 3; quaest. Rom. 14, 59; Val. Max. 2, 1, 4. Dazu SAVIGNY: Verm. Schr. I 81 ff.; BRINT: *Matrimonio e divorzio* II 1 ff.; BICKEL: Rhein. Mus. NF 65, 601 ff.). Daß eine Scheidung vorher rechtlich nicht möglich gewesen sei, darf man daraus keinesfalls schließen.

<sup>5</sup> Mit einer Ausnahme: untrennbar war die Ehe der Opferpriester (*flamines*); vgl. Paul. ex Fest. 89; Serv. in Aen. 4, 29; Gell. 10, 15, 23).

<sup>6</sup> Näheres bei BONFANTE: Corso dir. rom. I 264 ff.; KUNKEL: RE 14, 2277.

<sup>7</sup> Wir kennen eine alte Wortformel, mit der die Frau aufgefordert wurde, das Haus des Mannes zu verlassen (*baete foras mulier*), eine andere, die die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ankündigte (*tuas res tibi habeto*), und hören von der Wegnahme der Schlüssel (*claves adimere*). Die Zwölftafeln werden in diesem Zusammenhang bei Cic. Phil. 2, 69 erwähnt; vgl. auch die aus dem Zwölftafelkommentar stammende Gaiusstelle D. 48, 5, 44. — Genauere Quellenangaben bei BRUNS: Fontes I 7 22.

Scheidungswillens (*repudium*), verbunden mit tatsächlicher Aufhebung der Ehegemeinschaft<sup>8</sup>. Unterblieb diese Aufhebung oder nahmen die Gatten nach vorübergehender Trennung die eheliche Gemeinschaft wieder auf, so war die Scheidungserklärung wirkungslos. Die Scheidungserklärung selbst konnte persönlich, brieflich oder durch einen Boten übermittelt werden. Von diesen Möglichkeiten war die letzte am beliebtesten, derart, daß *nuntium remittere* die technische Bedeutung „sich scheiden“ erlangte<sup>9</sup>. Die Schriftform dagegen scheint in klassischer Zeit verhältnismäßig selten gewesen zu sein; erst das nachklassische Recht hat den im Osten des Reichs schon verbreiteten Scheidebrief (*libellus repudii*) zur notwendigen Form der Scheidung erhoben<sup>10</sup>. Im Rahmen der Gewalthehe bedeutete die formlose Scheidung stets nur die Beseitigung der Ehegemeinschaft, nicht auch die des Gewaltverhältnisses. Um auch die ehemännliche Gewalt aufzuheben, bedurfte es außerdem der *remancipatio* (s. o.). Zu ihr konnte der Mann auch gegen seinen Willen gezwungen werden, wenn er die Frau nach vollzogener Scheidung nicht freigeben wollte (Gai. 1, 137 a). Weigerte sich umgekehrt die Frau, beim Manzipationsakte mitzuwirken oder war sie abwesend, so konnte die Entlassung aus der *manus* auf Grund der augusteischen *lex Iulia de adulteriis* auch ohne die Frau vor sieben Zeugen vorgenommen werden. Aus dieser Form für die Entlassung aus der *manus* hat das nachklassische Recht (Justinian ?) eine Scheidungsform gemacht<sup>11</sup>, die in den justinianischen Quellen neben der des Scheidebriefs steht, zum Unterschied von dieser aber kaum jemals praktische Bedeutung gehabt haben wird.

§ 178. Konkubinat<sup>1</sup>. Das römische Recht kannte noch eine andere Form dauernder Geschlechtsgemeinschaft, den Konkubinat. Er unterschied sich von der Ehe sowohl hinsichtlich der sozialen Stellung der Frau wie hinsichtlich der Rechtsstellung der Kinder: die Konkubine genoß nicht die Ehre einer Ehefrau, es fehlte der *honor matrimonii*<sup>2</sup>. Die Konkubinenkinder gelangten gleich anderen außerehelichen Kindern<sup>3</sup> nicht in die Gewalt und in die Familie ihres Vaters, sondern folgten dem Personenstand der Mutter. Ein Konkubinat war nur mit Freigelassenen und bescholtenen Frauen möglich, mit denen ein Geschlechtsverkehr ohne Verstoß gegen die augusteische *lex Iulia de adulteriis*<sup>4</sup> stattfinden konnte. Da die Ehegesetzgebung des Augustus eine Ehe mit solchen Frauen in weitem Umfange und gerade für die gehobenen Stände verbot (§ 173, 3), den Konkubinat mit ihnen aber — vermutlich stillschweigend — zuließ, gewann der Konkubinat in der Kaiserzeit eine verhältnismäßig große praktische Bedeutung: selbst Kaiser haben es nicht verschmäht, ein solches Verhältnis einzugehen (Vespasian: Suet. v. Vesp. 3 i. f.; Mark Aurel: Hist. Aug. v. Marci 29, 10). Erst die christliche Kaiserzeit betrachtete den Konkubinat als sittlich anstößig. Konstantin knüpfte an ihn schwere Rechtsnachteile (C. Th. 4, 6, 2 u. 3) und versuchte die Überführung derartiger Geschlechtsverbindungen in rechte Ehen zu fördern, indem er die nachträgliche Eheschließung mit der Wirkung

<sup>8</sup> Iav. D. 24, 1, 64; Marcian. D. 23, 2, 33; Pap. D. 23, 4, 26, 5; Paul. D. 24, 2, 3; fr. Vat. 107.

<sup>9</sup> LEVY: Ehescheidung 55 ff.

<sup>10</sup> Noch Diocletian hat den Scheidebrief für unerheblich erklärt: C. 5, 17, 6 (294 n. Chr.; *vel cognitus* ist unecht, vgl. LEVY: Ehescheidung 62 ff.). Theodosius II. und Valentinian III. (Nov. Theod. 12 pr. = C. 5, 17, 8 pr., 449 n. Chr.) erhoben ihn zur notwendigen Form. Über die Zusammenhänge vgl. LEVY: 105 ff.

<sup>11</sup> Paul. D. 24, 2, 9; klassischer Inhalt rekonstruiert von LEVY: Ehescheidung 46 f.

<sup>1</sup> P. M. MEYER: D. röm. Konkubinat, 1895; COSTA: Bull. 11, 233 ff.; MITTEIS: ZSSt. 23, 304 ff.; CASTELLI: Scr. giur. 143 ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. I 231 ff.; Scr. giur. var. IV 563 ff.

<sup>2</sup> Vgl. ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 197 ff.

<sup>3</sup> Erst in der nachklassischen Gesetzgebung seit Konstantin (s. u.) wurden die Konkubinenkinder als *liberi naturales* von den sonstigen außerehelichen Kindern (*velgo quæsitii, spurii*) begrifflich geschieden.

<sup>4</sup> Dieses Gesetz verfolgte nicht nur den Ehebruch, sondern auch das geschlechtliche Vergehen gegen unverheiratete ehrbare Frauen (*stuprum*). Vgl. MOMMSEN: Röm. Strafr. 688 ff.

einer Legitimation<sup>5</sup> der Konkubinenkinder ausstattete (vgl. C. 5, 27, 5): die im Konkubinat erzeugten Kinder erlangten auf diese Weise die Stellung ehelicher Kinder, traten also in Familie und Hausgewalt ihres Vaters ein (*\*legitimatío per subsequens matrimonium*). Justinian schließlich hat einen anderen Weg beschritten, um dem Konkubinat das Anstößige zu nehmen: er hat ihn der Ehe weithin angenähert und geradezu zu einer zweiten, minderen Eheform ausgebaut. Zugleich entwickelte er auch das Institut der Legitimation weiter, wobei er namentlich eine Legitimation durch kaiserlichen Gnadentakt zuließ, wenn die Konkubine bereits gestorben und darum die Eheschließung nicht mehr möglich war, oder wenn dem Mann die Ehe mit der Konkubine wegen ihres Verhaltens nicht zugemutet werden konnte (*\*legitimatío per rescriptum principis*; Nov. 74)<sup>6</sup>.

## II. Ehegüterrecht.

### A. Grundlagen des Güterrechts.

§ 179. Auch für die Gestaltung des Ehegüterrechts war der Unterschied zwischen Gewalthehe und gewaltloser Ehe (§ 176) von grundlegender Bedeutung:

1. Trat die Frau in die *manus* ihres Gatten ein, so fiel alles, was sie vor der Ehe gehörte<sup>1</sup>, und alles, was sie im Laufe der Ehe erwarb, in das Eigentum ihres Mannes oder seines Gewalthabers. Sie selbst war schlechthin vermögensunfähig. Nach dem Tode ihres Mannes beerbte sie ihn gleich einer Tochter (Gai. 3, 3 = Coll. 16, 2, 3; Ulp. 22, 14; Gell. 18, 6, 9). Ihr Erbrecht in der eigenen Familie dagegen war durch den Übertritt in die Familie des Mannes erloschen.

2. Für die gewaltlose Ehe ergab sich aus der Tatsache, daß die Frau in der Familie ihrer Eltern verblieb, im Prinzip ein System reiner Gütertrennung: War die Frau noch gewaltunterworfen, so gehörte alles, was sie erwarb, ihrem Gewalthaber. War sie gewaltfrei, so stand ihr, was sie besaß oder erwarb, zu vollem und freiem Rechte zu<sup>2</sup>; der Ehemann hatte kein Verwaltungs- und Nutzungsrecht daran; soweit ihm die Frau freiwillig die Verwaltung überließ, führte er sie nicht kraft Eherechts, sondern als Beauftragter<sup>3</sup>. Umgekehrt stand der Frau auch kein Unterhaltsanspruch gegen den Mann zu<sup>4</sup>. Desgleichen fehlte ein gesetzliches Erbrecht unter den Gatten nach Zivilrecht völlig; das prätorische Recht berief den Ehegatten erst an letzter Stelle hinter sämtlichen Verwandten (vgl. § 197, 1d), und dabei ließ es auch die justinianische Erbfolgeordnung in der Hauptsache bewenden.

3. Die bisher dargestellten Grundsätze des römischen Ehegüterrechts erfuhren in ihrer praktischen Anwendung eine erhebliche Beschränkung und Abwandlung durch das Institut der Mitgift (*dos*); davon handeln die folgenden Paragraphen.

<sup>5</sup> Vollständigere Darstellung der Legitimation: BONFANTE: Corso dir. rom. I 273ff.

<sup>6</sup> Die Ausdehnung der Legitimation auf alle unehelichen Kinder erfolgte erst im kirchlichen Recht des Mittelalters.

<sup>1</sup> Voreheliches Vermögen konnte die Frau nur haben, wenn sie zur Zeit der Eheschließung nicht gewaltunterworfen war; andernfalls war sie (als *filia familias*) vermögensunfähig.

<sup>2</sup> Nach einer auf den spätrepublikanischen Juristen Q. Mucius Scaevola zurückgehenden Beweisregel galten Gegenstände, die in den Händen der Frau waren, im Zweifel als aus dem Vermögen des Mannes erlangt (Pomp. D. 24, 1, 51; sog. *praesumptio Muciana*). Die ursprüngliche Bedeutung dieses Satzes ist nicht klar. Im Verein mit dem möglicherweise jüngeren (§ 153, 2) Verbot der Schenkung unter Ehegatten bewirkte er in klassischer Zeit, daß mangels eines Gegenbeweises Eigentum des Mannes an diesen Gegenständen angenommen wurde. — Der Schluß von D. 24, 1, 51 dürfte nicht klassisch sein; vgl. BESELER: Beitr. III 50; SIBER: Röm. R. II 302; anders DUMONT: Les donations entre époux 212, Anm. 4.

<sup>3</sup> Ulp. D. 23, 3, 9, 3 (z. T. verfälscht). Die hier erwähnte griechische Bezeichnung *παράφραγα* war wohl dem klassischen Text noch fremd. Das justinianische Recht (C. 5, 14, 11) hat das Paraphernalgut der *dos* angenähert. Vgl. CASTELLI: *Παράφραγα* nei papiri greco-egizii e nelle fonti romane, 1913 (= Scr. giur. 1ff.); BONFANTE: Corso dir. rom. I 373ff.; s. auch EHRHARDT: *Iusta causa traditionis* 96ff.

<sup>4</sup> Hierzu zuletzt KOSCHAKER: Studi Bonfante IV 1ff. (dort S. 1 ältere Lit.).

B. Dotalrecht<sup>1</sup>.

§ 180. Wesen der *dos*. 1. Als den Urfall der römischen Mitgift darf man wohl die *dos profecticia* ansehen. Sie wurde dem Ehemann vom bisherigen Gewalthaber der Frau bestellt und bedeutete im Rahmen der altrömischen Gewalthehe eine Abfindung für den Erbteil, den die Frau durch ihr Ausscheiden aus der elterlichen Familie verlor. Darüber hinaus gewann die *dos* jedoch gewiß schon frühzeitig den allgemeineren Charakter eines Beitrags zur Begründung und Erhaltung des ehelichen Hausstands (*onera matrimonii*), m. a. W., den Charakter einer Ausstattung der Frau<sup>2</sup>. Demgemäß verband sie sich auch mit der gewaltlosen Ehe und konnte auch von anderen Personen als dem Gewalthaber der Frau, (z. B. von der Mutter, von einem Bruder oder Oheim), ja auch von der Frau selbst bestellt werden (*dos adventicia*)<sup>3</sup>. Die Gewährung einer solchen Ausstattung war für die Angehörigen der Frau eine selbstverständliche Ehrenpflicht; einen rechtlichen Zwang zur Dotierung kannte jedoch erst die nachklassische Zeit<sup>4</sup>.

2. Die *dos* stand im Eigentum des Ehemannes. In der Gewalthehe war eine andere Gestaltung der rechtlichen Zuständigkeit gar nicht möglich, da die Frau als Gewaltunterworfenen vermögensunfähig war. Aber auch für die gewaltlose Ehe hielt man an dem Eigentum des Mannes fest. Die für uns naheliegende Vorstellung eines eigenützigen Verwaltungsvertrags an fremdem Gut blieb dem römischen Dotalrecht unbekannt, allerdings mehr dem Begriff als der Sache nach: denn schon in republikanischer Zeit begann eine Entwicklung, die zwar das Eigentum des Mannes an der *dos* nicht zu erschüttern vermochte, aber doch mehr und mehr dem Gedanken Rechnung trug, daß die Mitgift, wirtschaftlich gesehen, Frauengut (*res uxoria*) sei<sup>5</sup>. Dementsprechend fand eine grundsätzliche Rückerstattungspflicht des Mannes nach beendeter Ehe Anerkennung (§ 182). Zur Gewährleistung des Rückforderungsrechts bestimmte die augusteische *lex Iulia de fundo dotali*, daß der Ehemann ein Dotal-

<sup>1</sup> BECHMANN: D. röm. Dotalrecht (2 Bde, 1863—67); CZYHLARZ: D. röm. Dotalrecht, 1870; BONFANTE: Corso dir. rom. I 283ff. Moderne Speziallit. s. in den folgenden Anm. — Nicht behandelt werden im folgenden die Einwirkungen der augusteischen Ehegesetzgebung auf das Dotalrecht; vgl. hierüber Ulp. 16, 3f.; Gnomon d. Idios Logos (BGU V) 24ff.

<sup>2</sup> Vgl. bes. Paul. D. 23, 3, 56, 1: *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*. Die von ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 295ff. vertretene Annahme, daß die Bezugnahme auf die *onera matrimonii* in dieser Stelle und in den übrigen Belegen nachklassischer Herkunft und aus einem spätrömischen Dotalbegriff erwachsen sei, ist nicht haltbar. Immerhin dürfte die Bestimmung der *dos* als Beitrag zu den Ehekosten in klassischer Zeit nicht mehr als ein gelegentlich herangezogener Gesichtspunkt für die Entscheidung einzelner konkreter Fragen gewesen sein, wie sich denn überhaupt die Entwicklung des Verhältnisses der Frau zum Dotalgut im wesentlichen in einer immer mehr verfeinerten Kasuistik ausprägte, die die Grundlinien der altüberkommenen Prinzipien bestehen ließ (s. u. Ziff. 2). Zur Frage der *onera matrimonii* vgl. (nach ALBERTARIO): BONFANTE: Corso dir. rom. I 512f.; SIBER: Röm. R. II 302, Anm. 8; KOSCHAKER: ZSSt. 49, 464, Anm. 3 und vor allem WOLFF: ZSSt. 53, 360ff., dessen Auffassung beizutreten ist.

<sup>3</sup> Die Bezeichnung *dos adventicia* (Ulp. 6, 3 u. 5; D. 23, 3, 5, 9 u. 11) hat ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 283ff. für nachklassisch erklärt. In der Tat sind die Belege sämtlich verdächtig. Daß der Terminus aber dem klassischen Recht vollkommen fremd war, ist damit noch nicht sicher erwiesen, es ist m. E. sogar unwahrscheinlich. Vgl. die sonstige Verwendung von *adventicius*: VIR s. h. v.

<sup>4</sup> CASTELLI: Filangieri 33, 57ff.; Bull. 26, 164ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 514, zu Anm. 4; BONFANTE: Corso dir. rom. I 297ff.; SIBER: Röm. R. II 303.

<sup>5</sup> Zwischen den extremen Ansichten, daß das Eigentum des Mannes an der *dos* schon im klassischen Recht lediglich formaler Natur gewesen sei (RICCOBONO) und, daß alles, was das Vollrecht des Mannes in Frage stellen könnte, von der Rückgabepflicht abgesehen, erst nachklassischer Herkunft sei (ALBERTARIO), trifft eine mittlere Auffassung das Richtige. Vgl. WOLFF: ZSSt. 53, 297ff. (mit Lit.; die Arbeiten von ALBERTARIO: jetzt in Studi dir. rom. I 295ff., bes. 371ff.). In dem Sinne einer wirtschaftlichen Zugehörigkeit zum Frauengut wird auch der Anspruch Tryphonins (D. 23, 3, 75) aufzufassen sein: *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*; gegen die Echtheit dieser Stelle sprechen keine entscheidenden Gründe, für sie die Übereinstimmung mit Boeth. in Cic. top. 17, 65 (dessen Quelle wahrscheinlich Paulus war). S. WOLFF: ZSSt. 53, 358ff. — Vgl. auch das in § 182, 4 über die Haftung des Ehemanns Bemerkte.



grundstück italischen Bodens ohne Zustimmung der Frau nicht veräußern könne (Gai. 2, 63; Paul. sent. 2, 21 b, 2)<sup>6</sup>. Versuchte die Frau bei bevorstehender Scheidung ihr Rückforderungsrecht im Wege der Selbsthilfe, d. h. durch Wegnahme von Dotalsachen zu verwirklichen, so betrachtete man dies nicht als Diebstahl und gab dem Manne statt der *actio furti* nur eine prätorische Bereicherungsklage (*actio rerum amotarum*)<sup>7</sup>. Wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst wurde, kam bei der Behandlung seines Nachlasses die wirtschaftliche Zugehörigkeit der *dos* zum Frauenvermögen in einer gewissen Absonderung des Dotalguts zum Ausdruck<sup>8</sup>. Überließ der Mann der Frau Früchte der Mitgift zum Zwecke des Unterhalts, so galt dies nicht als eine verbotene Ehegattenschenkung, da die Sitte eine solche Verwendung der Dotalfrüchte forderte<sup>9</sup>. — Noch stärker als in diesen und in anderen Einzellösungen des klassischen Rechts trat das Recht der Frau an der Mitgift schließlich in der justinianischen Gestaltung des Dotalrechts hervor; über sie wird später (§ 183) zu handeln sein.

§ 181. Bestellung der dos. Eine *dos* konnte durch unmittelbare Zuwendung des Dotalguts und durch Verpflichtungsgeschäft bestellt werden<sup>1</sup>.

1. Im ersten Fall kam die *dos* durch Übertragung der einzelnen zur Mitgift bestimmten Vermögensgegenstände zur Entstehung (*datio dotis*): durch Übereignung der Dotal Sachen im Wege der *mancipatio*, *in iure cessio* oder *traditio*, durch Zession von Forderungen usw.; auch der Erlaß einer dem Ehemann obliegenden Verbindlichkeit konnte der Mitgiftbestellung dienen (Iav. D. 12, 5, 10; Ulp. D. 23, 3, 43 pr. u. 1<sup>2</sup>). Erfolgte die *datio dotis* vor Eingehung der Ehe, so erwarb der Ehemann nach klassischem Recht regelmäßig sofort das volle Recht an den Dotalgegenständen, unterlag aber, wenn die Ehe nicht zustandekam, einem Anspruch wegen grundloser Bereicherung<sup>3</sup>.

2. Die Bestellung der *dos* durch Verpflichtungsgeschäft trat im republikanisch-klassischen Recht in zwei verschiedenen Gestalten auf<sup>4</sup>: als normale Stipulation (*promissio dotis*) und als einseitiges mündliches Leistungsversprechen (*dotis dictio*; vgl. Proculus D. 50, 16, 125: *dotis filiae meae tibi erunt sestertium milia centum*)<sup>5</sup>.

<sup>6</sup> Paul. sent. 2, 21 b, 2 spricht von der *lex Iulia de adulteriis*; vielleicht handelt es sich um ein Kapitel dieses Gesetzes. Da das Verbot von Manzipationen und Ersitzung sprach, bezog man es zunächst nur auf den *fundus italicus*; ob es auch für provinzielle Dotalgrundstücke entsprechende Geltung habe, war z. Z. des Gaius bestritten (SOLAZZI: Glosse a Gaio II [s. § 19, Anm. 14] 376ff. hält den diesbezüglichen Satz für ein spätes Glossem). Justinian C. 5, 13, 1, 15 erstreckte das Verbot ausdrücklich auch auf Provinzialboden und verstärkte es zu einem einschränkungslosen Verbot der Veräußerung und Verpfändung (vgl. auch § 183, 3). — Vgl. NOAILLES: Annales Univ. Grenoble 30, 451ff.; 31, 161ff. (dazu PRINGSHEIM: ZStSt. 44, 551ff.); BONFANTE: Corso dir. rom. I 329ff.

<sup>7</sup> LEVY: Privatstrafe u. Schadensersatz 114ff., bes. 126ff.; LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 308ff. (mit weiterer Lit.).

<sup>8</sup> Belege bei RICCOBONO: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 9, 27f.

<sup>9</sup> KOSCHAKER: Studi Bonfante IV 1ff., bes. 7f.

<sup>1</sup> Zu den im folgenden aufgezählten Tatbeständen der *dotis datio*, *dictio* und *promissio* kommt noch das Dotalvermächtnis; vgl. Urseius-Iul. D. 23, 3, 48; Pap. D. 35, 1, 71, 3.

<sup>2</sup> Die letztgenannte Stelle ist weitgehend verfälscht; BESELER: ZStSt. 45, 469.

<sup>3</sup> ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 319ff.; EHRHARDT: Iusta causa traditionis 79ff.

<sup>4</sup> Ulp. 6, 1f.; Gai. epit. 2, 9, 3. — Inhaltliche Bestimmtheit des Dotalversprechens (bzw. Dotalvermächtnisses) fordert Alex. Sev. C. 5, 11, 1; anders Gordian C. 5, 11, 3 (Schluß justinianische Zutat, vgl. schol. Heimb. III 429 o.). — Diese und andere Stellen, die eine Dotalverpflichtung nach billigem Ermessen gelten lassen (Pap. D. 23, 3, 69, 4; Cels. D. 32, 43), erklärt ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 339ff. für interpoliert (?); vgl. auch BONFANTE: Corso dir. rom. I 312ff.

<sup>5</sup> Ursprünglich war die *dotis dictio* wohl eine bei Gelegenheit der Verlobung gegebene Zusage (*lex sponsalibus dicta*); daher scheint sie auch nur vor der Eheschließung möglich gewesen zu sein (Ulp. 6, 2; anders allerdings Gai. epit. 2, 9, 3). Vgl. hierzu und zur *dotis dictio* überhaupt: BECHMANN: Dotalrecht II 88ff.; CZYHLARZ: Dotalrecht 113ff.; ferner BERTOLINI: Appunti didattici I 18ff.; COLLINET: Etudes hist. sur le droit justinien I 219ff.; RICCOBONO: Mélanges Cornil II 308f.

Von diesen beiden Formen war die zweite in ihrem personalen Anwendungskreis beschränkt: nur der Vater oder ein anderer männlicher Vorfahr der Frau, die Frau selbst und, auf ihre Anweisung, auch ihr Schuldner konnten sich der *dotis dictio* bedienen. Wer sonst eine Mitgift versprechen wollte, war auf die Stipulationsform angewiesen. — In nachklassischer Zeit verfielen die klassischen Formalgeschäfte, wie anderwärts, so auch im Bereiche des Dotalversprechens. Theodosius II. und Valentinian III. bestimmten, daß die Zusage einer *dos* (*pollicitatio dotis*) der Form der *dictio* oder der *promissio* nicht bedürfe (C. Th. 3, 13, 4; 428 n. Chr.). In der justinianischen Gesetzgebung ist der Ausdruck *dotis dictio* (bzw. *dotem dicere*) ausgemerzt, und *dotis promissio* (*dotem promittere*) bedeutet jedes, auch ein formloses Mitgiftversprechen (vgl. die justinianische Fassung der theodosianischen Konstitution: C. 5, 11, 6).

§ 182. Ansprüche auf Rückerstattung der *dos* im klassischen Recht<sup>1</sup>. 1. Ausgangspunkt für die Entwicklung einer Pflicht zur Rückgabe der *dos* war vermutlich der Fall der Ehescheidung: bei der freien Gestaltung des römischen Scheidungsrechts bestand für die Ehefrau stets die Gefahr, daß sie von ihrem Gatten verstoßen und dadurch einem mittellosen Dasein ausgesetzt wurde. Es mag sein, daß die Strenge der altrömischen Sitte, die bei der Verstoßung der der Gewalt des Mannes unterworfenen Gattin eine Mitwirkung des Hausgerichts forderte (§ 176, 2; § 177, 2), diese Gefahr in alter Zeit nur sehr selten praktisch werden ließ. Auch mag es für den Mann Ehrensache gewesen sein, bei einer Scheidung die Mitgift oder einen angemessenen Teil davon (*quod melius aequius erit*, s. u. Ziff. 2) herauszugeben. Jedenfalls empfand man aber schon frühzeitig das Bedürfnis, die Frau durch besondere Vereinbarung vermögensrechtlich sicherzustellen. Zu diesem Zweck ließ sich der Besteller der *dos* vom Manne die Rückgabe im Scheidungsfalle versprechen (*cautio rei uxoriae*; Gell. 4, 3, 2)<sup>2</sup>. Darüber hinaus entwickelte sich dann, wahrscheinlich in der Praxis des Prätors<sup>3</sup>, eine Verpflichtung zur Rückgabe auch für solche Fälle, in denen eine derartige Abrede nicht getroffen war; zugleich erstreckte sich die Rückgabepflicht über den Tatbestand der Scheidung hinaus auf die Beendigung der Ehe durch den Tod der Frau. — Diese Entwicklung spiegelt sich im klassischen Rechtszustand, der im folgenden darzustellen ist.

2. Das klassische Recht kannte zwei Klagen auf Rückerstattung der *dos*: Für den Fall, daß bei der Bestellung der Mitgift eine Rückgabestipulation abgeschlossen worden war, wurde der Anspruch mit der *actio ex stipulatu* verfolgt; war eine solche Stipulation unterblieben, so griff die *actio rei uxoriae* Platz. Jenes war die übliche Klage aus einem auf ein *incertum* gerichteten Leistungsversprechen in Stipulationsform (§ 134, 2); sie wies dementsprechend keine dotalrechtlichen Besonderheiten auf<sup>4</sup>. Die *actio rei uxoriae* dagegen war eine eigens für den besonderen Tatbestand der Dotalrückforderung geformte Klage<sup>5</sup>, deren Formel in *bonum et aequum* konzipiert, d. h. vom Prinzip der Billigkeit beherrscht war: seit alters schrieb sie dem Richter vor, sein Urteil auf das zu richten, *quod melius aequius erit*. Praktisch gesehen verlieh diese Formelgestaltung der Klage ungefähr die gleichen Wirkungen, wie sie den *iudicia bonae fidei* eigen waren (§ 101, 4b), und es ist darum nicht verwunder-

<sup>1</sup> SOLAZZI: La restituzione della dote (1899); BONFANTE: Corso dir. rom. I 338ff. Vgl. auch SIBER: Studi Riccobono III 243ff. (*retentio propter res donatas*).

<sup>2</sup> Es handelt sich wohl um eine Rückgabestipulation, wie sie im klassischen Recht als Grundlage der *actio ex stipulatu* erscheint (Ziff. 2). Anderer Ansicht MITTEIS: Röm. Privatr. I 53, Anm. 31, der in der republikanischen *cautio rei uxoriae* ein *pactum praetorium* und den Ausgangspunkt der *actio rei uxoriae* sieht.

<sup>3</sup> Vgl. ESMEIN: NRH 17, 152, 164; MITTEIS: (s. o. Anm. 2); LEVY: Privatstr. u. Schadensers. 35, Anm. 1 (mit weiterer Lit.).

<sup>4</sup> Anders natürlich, wenn etwa die Rückgabestipulation auf den Inhalt der gesetzlichen Herausgabepflicht gestellt war (*quod iudicio rei uxoriae mulier consecutura fuerit*).

<sup>5</sup> Über die Formelgestaltung s. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 303ff.

lich, daß sie bei Gaius (4, 62) geradezu unter dieser Kategorie von Ansprüchen erscheint<sup>6</sup>.

3. Das der *actio rei uxoriae* zugrundeliegende Billigkeitsprinzip zeigte sich in erster Linie bei der Abgrenzung der Herausgabepflicht (Ulp. 6, 4ff.). Während nämlich die *actio ex stipulatu* im Normalfalle schlechthin auf Rückerstattung der *dos* ging, erfuhr bei der *actio rei uxoriae* die Rückgabepflicht unter gewissen von der Praxis festgelegten Voraussetzungen erhebliche Einschränkungen; in manchen Fällen entfiel sie sogar ganz<sup>7</sup>.

a) Das letzte begegnete allerdings nur, wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst wurde: dann verblieb die sog. *dos adventicia* (§ 180, 1) schlechthin dem Mann<sup>8</sup>, die *dos profecticia* dann, wenn der Besteller schon vor der Frau gestorben war; lebte der Besteller der *dos profecticia* noch, so konnte er die Herausgabe mit der *actio rei uxoriae* verlangen, doch durfte der Mann für jedes aus der Ehe stammende Kind ein Fünftel der *dos* zurückbehalten.

b) Allgemein bestand eine Rückerstattungspflicht, wenn die Ehe durch Scheidung gelöst worden war. Rückforderungsberechtigt war die Frau, wenn sie zur Zeit der Scheidung nicht mehr in der Gewalt ihres Hausvaters stand, sonst ihr Gwalthaber, jedoch nur mit Zustimmung der Frau (*pater adiuncta filiae persona*; Ulp. 6, 6f.)<sup>9</sup>. War die gewaltfreie Frau nach der Scheidung gestorben, so ging der Anspruch nur dann auf ihre Erben über, wenn der Mann mit der Herausgabe in Verzug geraten war (§ 115); andernfalls behielt der Mann die *dos*. — In allen Fällen standen dem Manne unter bestimmten Voraussetzungen Abzugsrechte zu: beruhte die Scheidung auf einem Verschulden der Frau oder ihres Gwalthabers, so konnte er für jedes Kind ein Sechstel, insgesamt jedoch nicht mehr als die Hälfte einbehalten (*retentio propter liberos*). War ein Ehebruch der Frau Anlaß für die Scheidung (*mores graviore*s), so durfte er außerdem ein Sechstel, bei geringeren Vergehen ein Achtel der *dos* abziehen (*retentio propter mores*)<sup>10</sup>.

c) War die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst worden, so galt das gleiche wie im Falle der Scheidung, nur entfielen hier die Abzugsrechte (sowohl *propter liberos* wie *propter mores*). Hatte der Mann seine Frau mit einer letztwilligen Zuwendung bedacht, so ließ ihr der Prätor die Wahl zwischen dieser Zuwendung und der Rückforderung der Mitgift; beides zugleich konnte sie nicht beanspruchen (*edictum de alterutro*)<sup>11</sup>.

4. Unvertretbare Mitgiftsgegenstände (z. B. Grundstücke) mußte der Mann alsbald nach Auflösung der Ehe herausgeben. Soweit dagegen die *dos* aus vertretbaren Sachen bestand (§ 46, 6), hatte er im Rahmen der *actio rei uxoriae* Sachen gleicher Art und Menge (also nicht notwendig dieselben Sachen, die er empfangen hatte) in drei Jahreszielen zurückzuerstatten (*annua bima trima die*; Ulp. 6, 8)<sup>12</sup>. Die Haftung

<sup>6</sup> Dies war bestritten, steht aber jetzt dank einer Nachprüfung der Gaiushandschrift von Verona fest: vgl. LEVY: ZSSSt. 49, 472f.

<sup>7</sup> Ausführlichere Darstellungen: BECHMANN: Dotalrecht I 86ff.; II 326ff.; CZYHLARZ: Dotalrecht 334f.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 222ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. I 343ff.

<sup>8</sup> Ausgenommen den Fall, daß die Rückgabe durch Stipulation zugesichert war; war dies geschehen, so nannte man die adventizische Mitgift *dos recepticia* (Ulp. 6, 5).

<sup>9</sup> Über die näheren Voraussetzungen der *actio adiuncta filiae persona* vgl. WOLFF: ZSSSt. 53, 301 ff.

<sup>10</sup> Über das in diesem Zusammenhang in den Quellen erwähnte *iudicium de moribus* vgl. zuletzt WOLFF: ZSSSt. 54, 315ff. (mit weiterer Lit.).

<sup>11</sup> Quellen nur Iust. C. 5, 13, 1, 3a; Theodos. C. Th. 4, 4, 7pr.; vgl. LENEL: Ed. perp. 3 308.

<sup>12</sup> War die Mitgift zu einem Schätzwert hingegeben, mit der Abrede, daß der Ehemann nach Beendigung der Ehe nicht die Dotalsachen in Natur, sondern diesen Schätzwert in Geld erstatten solle (*dos aestimata*), so fanden in weitem Umfange die Grundsätze des Kaufrechts Anwendung: Gefahrtragung, Ersitzung durch den Ehemann, Eviktionshaftung des Bestellers der *dos* gestalteten sich wie beim Kauf; vgl. D. 23, 3, 10ff.; Diocl. C. 5, 12, 10. — Lit.: BECHMANN: Dotalr. II 242ff.; BESELER: ZSSSt. 45, 257ff.; EHRHARDT: Iusta causa traditionis 91ff. (über die *dos aest. ante nuptias data*); ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 401ff.

des Ehemannes für den Verlust von Dotalsachen umfaßte im Bereich der *actio rei uxoriae* schon nach spätrepublikanischer Lehre<sup>13</sup> auch das unvorsätzliche Verschulden (*culpa*). Sie stand damit der Haftung des Nichteigentümers für Verlust oder Beschädigung fremder Sachen gleich (vgl. § 109, 3) und bietet einen weiteren Beleg für die mehr und mehr hervortretende Auffassung, daß das Dotalgut wirtschaftlich zum Vermögen der Frau gehöre (§ 180, 2)<sup>14</sup>. Andererseits konnte der Mann gegenüber der *actio rei uxoriae* das *beneficium competentiae* (§ 102) geltend machen (Ulp. D. 24, 3, 12; schol. Sin. 12; Mod. D. 42, 1, 20).

§ 183. Justinianisches Dotalrecht. 1. Im Laufe der justinianischen Gesetzgebung erfuhr das Dotalrecht durch eine Konstitution vom 1. November 530 (C. 5, 13, 1) eine umfassende Umgestaltung, bei der die Stellung der Frau zur Mitgift gegenüber dem klassischen Recht noch entscheidend verstärkt und das (formal auch weiterhin anerkannte) Eigentum des Mannes am Dotalgut praktisch zur bloßen Nutznießung abgeschwächt wurde<sup>1</sup>.

2. Die Reformen Justinians betrafen vor allem die Pflicht zur Rückerstattung der *dos*: Es verschwanden nunmehr alle Fälle, in denen der Ehemann die Mitgift nach klassischem Recht hatte behalten dürfen; es verschwanden ferner alle Abzugsrechte; es verschwand auch das *edictum de alterutro*, das der Frau nur die Wahl zwischen der Rückerstattung der Mitgift und einer letztwilligen Zuwendung des Mannes ließ. Die beiden *actiones*, die der Durchsetzung des Rückgabeanpruchs gedient hatten, die *actio ex stipulatu* und die *actio rei uxoriae*, wurden zu einer einzigen Klage verschmolzen, die den Namen der *actio ex stipulatu* weiterführen sollte. Dabei ging Justinian davon aus, daß auch in solchen Fällen, in denen bei der Bestellung der *dos* keine Rückgabestipulation stattgefunden hatte, eine solche Abrede von Gesetzeswegen zu unterstellen sei; er knüpfte dabei wohl an die östliche Rechtspraxis an, in der die Vereinbarung einer Rückerstattung selbstverständlicher Bestandteil jeder Mitgiftbestellung war<sup>2</sup>. Im übrigen hat Justinian die *actio ex stipulatu* wohl auch darum gewählt, weil sie die unbeschränktere Form des Herausgabeanpruchs darstellte, ihrem Wesen nach also den Reformbestrebungen des Kaisers näherstand. Sie wurde indessen ihrer strengrechtlichen Natur entkleidet und zum *bonae fidei iudicium* erklärt; zugleich aber wurde sie „mit den Schönheiten der alten *actio rei uxoriae* geschmückt“, d. h. sie erhielt diejenigen Eigenschaften der anderen Klage, die der Kaiser für zweckmäßig und gerecht befand: so wurden das *beneficium competentiae* und die Ausgestaltung als *actio patris adiuncta filiae persona* auf sie übertragen. Es entfiel auch die der alten *actio ex stipulatu* eigene Fristlosigkeit der Rückerstattungspflicht, wobei aber statt der drei Jahresziele der *actio rei uxoriae* nunmehr für Mobilien die Herausgabe innerhalb eines Jahres vorgeschrieben wurde; Grundstücke waren alsbald nach Lösung der Ehe herauszugeben.

3. Zur Sicherung der Frau wurde das Veräußerungsverbot der *lex Iulia* (§ 180, 2) verstärkt: es bezog sich nunmehr auf Grundstücke aller Art und untersagte sowohl die Veräußerung wie die Verpfändung ohne Rücksicht auf das Einverständnis der

<sup>13</sup> Iav. D. 24, 3, 66pr.: *In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait. ea sententia Publii Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxorē statuit, quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere.* — Vgl. ferner z. B. Paul. D. 23, 3, 72, 1; schol. Sin. 31. Die *diligentia quam suis* in Paul. D. 23, 3, 17pr. ist nachklassische Zutat. — ARANGIO-RUIZ: Responsabilità contrattuale<sup>2</sup> 201 ff., 246 f.

<sup>14</sup> Vgl. auch die von RICOBONO: Ann. Palermo 3/4, 370 ff. aufgezeigte Parallele zwischen dem Auslagensatz bei der *dos* und bei dem Herausgabeanpruch des Eigentümers. — Über den Erbsatz von Aufwendungen vgl. ferner SCHULZ: ZSt. 34, 57 ff. (hiergegen RICOBONO: 370, Ann. 4); RICOBONO: 409 ff.; BRONDI: Iudicia bonae fidei 189 ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. I 362 ff.

<sup>1</sup> Dies entsprach den Rechtsanschauungen des hellenistischen Ostens: TRIPICIONE: L'actio rei uxoriae e l'actio ex stipulatu nella restituzione della dote sec. il dir. di Giustiniano, 1920.

<sup>2</sup> Vgl. TRIPICIONE: (s. o. Ann. 1).

Frau<sup>3</sup>. Die Frau erhielt ferner eine Generalhypothek am Vermögen des Mannes, wie auch umgekehrt die Ansprüche des Mannes auf Empfang der zugesagten Mitgift und Gewährleistung wegen Eviktion von Dotalgegenständen durch eine solche Generalhypothek geschützt wurden.

## Zweites Kapitel.

# Die väterliche Gewalt.

§ 184. Inhalt der väterlichen Gewalt<sup>1</sup>. Der Aufbau der römischen Familie und der Grundcharakter der römischen Hausgewalt sind bereits im Zusammenhang des Personenrechts dargestellt worden (§ 37). Als spezielle Erscheinungsform der Hausgewalt ist uns ferner im Eherecht die ehemännliche Gewalt (*manus*) über die Gattin entgegengetreten (§ 176, 2). Hier steht nunmehr die Gewalt des Hausvaters über seine in rechter Ehe erzeugten Kinder und Kindeskinde (*patria potestas*) zur Erörterung.

1. Auch die *patria potestas* ist von Hause aus nur ein Anwendungsfall der einheitlichen und unbeschränkten Herrschaftsmacht, die der *pater familias* gleichmäßig über Personen und Sachen, über freie und unfreie Hausgenossen ausübte. Die Absonderung der *patria potestas* von den sachenrechtlichen Herrschaftsrechten an Grund und Boden, totem und lebendem Inventar und ihre Ausgestaltung als eigenartige familienrechtliche Berechtigung ist erst das Ergebnis einer allmählichen Differenzierung (§ 37, 1; § 67, 3b); einer Differenzierung, die übrigens die Spuren jener älteren Auffassung keineswegs zu verwischen vermochte.

2. Dritten gegenüber, die dem *pater familias* das Hauskind vorenthielten, wirkte sich die *patria potestas* in einem Herausgabeanspruch aus. Ursprünglich diente dazu, wie bei Sachen, eine *vindicatio*. Noch Ulpian erwähnt diese Form der Klage als möglich<sup>2</sup>, und im nachgeformten Rechtsgeschäft der Adoption (§ 186, 3) war die *vindicatio patriae potestatis* im klassischen Recht in voller Übung. Für das streitige Verfahren hatte indessen die prätorische Praxis längst eine besondere prozessuale Form geschaffen: das *interdictum de liberis exhibendis, item ducendis* (D. 43, 30).

3. Im Verhältnis zum Hauskind stand dem *pater familias* das Recht über Leben und Tod zu (*ius vitae necisque*). Die Sitte forderte allerdings schon frühzeitig, daß der Gewalthaber schwere Strafen und namentlich die Tötung des Hauskindes nicht nach Willkür, sondern als Richter und unter Zuziehung eines Familienrates verhängen solle (*iudicium domesticum*)<sup>3</sup>; auch wurde im Recht der früheren Kaiserzeit ein Mißbrauch des Tötungsrechts kriminell geahndet<sup>4</sup>. Aber das *ius vitae necisque* als solches blieb bis in die christliche Zeit erhalten: noch Konstantin erwähnt es als

<sup>3</sup> NOAILLES: L'inaliénabilité dotale et la Nouvelle 61 (dazu PRINGSHEIM: ZSt. 44, 551 ff.) BOYÉ: RH 4. Ser., 3, 473 ff. (Les destinées de la nov. 61 chez les romanistes et les canonistes du moyen âge).

<sup>1</sup> CORNIL: NRH 21, 416 ff.; WENGER: Hausgewalt u. Staatsgewalt i. röm. Altertum, Miscellanea Francesco Ehrle, 1 ff., 1924; BONFANTE: Corso dir. rom. I 69 ff.; PEROZZI I<sup>2</sup> 421 ff.; ROBERT: Studi Albertoni I 259 ff. (über den Einfluß des Christentums in der Spätzeit). Über die *patria potestas* in den Papyrusurkunden: TAUBENSCHLAG: ZSt. 37, 177 ff.

<sup>2</sup> D. 6, 1, 1, 2; die Stelle ist in der überlieferten Form wohl nicht unverfälscht (vgl. den Ind. interp.), ihr Inhalt aber unverdächtig.

<sup>3</sup> Vgl. z. B. Cic. de fin. 1, 24; Val. Max. 5, 8, 2. — Alte, von der Überlieferung auf Königssatzung zurückgeführte Normen der Sitte oder des Sakralrechts beschränkten ferner in gewissem Umfang die Tötung und Aussetzung von Neugeborenen: Dionys. Hal. 2, 15, 2. Ob in klassischer Zeit die Aussetzung untersagt war, wie es nach Paul. D. 25, 3, 4 den Anschein hat, ist bestritten; vgl. den Ind. interp. — Über das Recht der Spätzeit vgl. COSTA: La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino, Rend. Accad. Bologna 1910, 117 ff.

<sup>4</sup> Marcian D. 48, 9, 5 (Hadrian); Ulp. D. 48, 8, 2 (von *sed* an itp., vgl. u. Anm. 6).

lebendes Recht (C. Th. 4, 8, 6; 323 n. Chr.)<sup>5</sup>. Erst Valentinian I. hob es auf und verwies die Bestrafung des Hauskindes wegen schwerer Vergehen an den öffentlichen Richter (C. Th. 9, 13, 1 = C. 9, 15, 1; 365 n. Chr.)<sup>6</sup>.

4. Sehr viel schneller verkümmerte das Recht des *pater familias* zur Veräußerung des Hauskindes (*ius vendendi*)<sup>7</sup>. In alter Zeit hat es offenbar erhebliche praktische Bedeutung besessen. Der *pater familias* konnte sein Kind wie einen Unfreien veräußern. Verkaufte er das Hauskind *trans Tiberim*, d. h. ins Ausland, so wurde es Sklave und erlangte auch durch die Rückkehr nach Rom sein Bürgerrecht und seine Freiheit nicht wieder (Cic. pro Caec. 98). Anders dagegen, wenn er es in Rom selbst veräußerte: für diesen Fall galt seit alters der Satz, daß ein römischer Bürger in Rom nicht Sklave sein könne. Demgemäß behielt das in Rom veräußerte Hauskind sein Bürgerrecht und geriet lediglich in einen Zustand rein privatrechtlicher Unfreiheit; es wurde nicht Sklave, sondern war nur *servi loco*. Auch die Gewalt seines *pater familias* erlosch nicht schlechthin durch die Veräußerung; sie ruhte lediglich, solange das sklavenähnliche Verhältnis bestand, lebte aber sofort wieder auf, wenn der Erwerber das Hauskind aus seiner Gewalt entließ. Da sich die Veräußerung des Hauskindes, nicht anders als die eines Sklaven, im Wege der Manzipation vollzog, nannte man eine derartige Quasisklaverei *in mancipio esse* (Gai. I, 116ff.)<sup>8</sup>. Die Gründe, die den *pater familias* veranlassen konnten, sein Hauskind *in mancipium* zu geben, mögen verschiedener Art gewesen sein: Einmal bot das *ius vendendi* die Möglichkeit, die Arbeitskraft der Kinder außerhalb des eigenen Hauses nutzbar zu machen; so wird das *dare in mancipium* eine älteste Form der Verdingung freier Arbeiter gewesen sein, lange bevor sich der konsensuale Dienstvertrag (*locatio conductio operarum*, § 148) herausgebildet hatte. In armen Familien mag dabei auch der Gesichtspunkt eine Rolle gespielt haben, daß das Kind im fremden Hause eine Versorgung fand, die der eigene *pater familias* ihm nicht gewähren konnte. Sodann war aber die *datio in mancipium* auch die gegebene Form der Auslieferung eines Hauskindes, das einem Dritten Schaden zugefügt hatte (*noxae deditio*, § 170). Schon in sehr alter Zeit suchte man einem Mißbrauch des *ius vendendi* zu steuern. In diesem Sinn dürfen wir wohl eine Norm verstehen, die in unserer Überlieferung schon den alten Königsgesetzen (§ 3) zugeschrieben wird (Dionys. Hal. 2, 27), jedenfalls aber in der Zwölftafelgesetzgebung (tab. IV 2) enthalten war; sie schrieb vor, daß ein Haussohn, der dreimal *in mancipium* gegeben worden war, wenn er aus der Gewalt des letzten Erwerbers entlassen wurde, nicht mehr in die *patria potestas* zurückfallen, sondern gewaltfrei sein solle (*si pater filium ter venum duit (= vendiderit), filius a patre liber esto*)<sup>9</sup>. Wie wir sehen werden (§ 186, 4), bildete diese Vorschrift den Ausgangspunkt für die Entwicklung einer rechtsgeschäftlichen Loslösung des Hauskindes aus der väterlichen Gewalt. — Als ernstgemeinte Veräußerung im alten Sinne kam die *datio in mancipium* seit der ausgehenden Republik im wesentlichen nur noch im Rahmen der *noxae deditio* vor<sup>10</sup>; das justinianische Recht kannte sie überhaupt nicht mehr.

<sup>5</sup> Deshalb kann das frühere Gesetz Konstantins, in dem die Tötung des Kindes durch den Vater als *parricidium* mit der Strafe der Säckung bedroht wird (C. Th. 9, 15, 1 = C. 9, 17, 1, 319 n. Chr.), nur solche Fälle getroffen haben, in denen es sich entweder um einen Mißbrauch des *ius vitae necisque* handelte oder das Kind nicht in der Gewalt des Vaters stand: BONFANTE: Corso dir. rom. I 81.

<sup>6</sup> Danach itp.: D. 48, 8, 2 und C. 8, 46, 10 (= C. Th. 4, 8, 6, s. o. i. Text).

<sup>7</sup> BONFANTE: Scr. giur. var. I 64ff.; Corso dir. rom. I 80; COSTA: (s. o. Anm. 3).

<sup>8</sup> PAMPALONI: Bull. 17, 123ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. I 136ff.; STEINWENTER: RE 14, 1010ff. Über die Verwendung des *mancipium* als Rechtsform für den Lehrlingsvertrag s. CUGIA: Profili del tirocinio industriale, 1921; vgl. das Referat von STOLL: ZSt. 47, 531.

<sup>9</sup> Eine andere, gleichfalls auf die *leges regiae* zurückgeführte Norm untersagte dem Vater die Veräußerung eines Sohnes, der sich mit seiner Einwilligung verhehlicht hatt: Dionys. Hal. 2, 27.

<sup>10</sup> In den Notzeiten des dritten und vierten Jahrhunderts n. Chr. drang die Sitte der Veräußerung von Kindern wieder vor und wurde sogar von Konstantin gesetzlich sanktioniert, wohl um die schlimmere Sitte der Aussetzung einzudämmen: C. 4, 43, 2 (= C. Th. 5, 10, 1; 329 n. Chr.). Streng ablehnend dagegen noch Diocl. C. 4, 43, 1 (294 n. Chr.); vgl. auch Paul. sent. 5, 1, 1.

5. In vermögensrechtlicher Hinsicht folgte aus dem monarchischen Aufbau der römischen Familie, daß allein der *pater familias* zur Verfügung über das Familiengut imstande war. Die Hauskinder galten zwar nach alter Auffassung als Mitberechtigte, hatten aber keinerlei Verfügungsmacht. Eine jüngere, im Laufe der Republik hervortretende Betrachtungsweise, die die Verfügungsmacht mit dem Recht an der Sache identifizierte, sah den *pater familias* geradezu als den alleinigen Eigentümer des Hausvermögens, das Hauskind aber als vermögensunfähig an<sup>11</sup>. Hierbei blieb es in der Theorie, obwohl das Recht der Kaiserzeit die alleinige Verfügungsmacht des *pater familias* mehr und mehr durchlöcherte und damit die überlieferten Grundsätze allmählich in ihr Gegenteil verkehrte; hierüber im folgenden Paragraphen<sup>12</sup>.

6. Da die *patria potestas* den Charakter eines reinen Machtverhältnisses trug, konnten Pflichten des Hausvaters aus ihr nicht erwachsen. Eine Verpflichtung zum Unterhalt<sup>13</sup> der Kinder und Kindeskinde entwickelte sich erst in der Kaiserzeit, und zwar außerhalb des altüberkommenen Rechtssystems im Bereiche der *extraordinaria cognitio* der Konsuln. Sie umfaßte zunächst vielleicht nur die Unterhaltung der gewaltunterworfenen Familienangehörigen; mindestens seit Ausgang des zweiten Jahrhunderts n. Chr. waren aber auch die aus der *patria potestas* ausgeschiedenen Abkömmlinge unterhaltsberechtig. Der Unterhaltungspflicht des Vaters und der übrigen Aszendenten entsprach umgekehrt auch ein Unterhaltsrecht dieser Personen gegenüber den Abkömmlingen<sup>14</sup>.

§ 185. Freies Vermögen der Hauskinder<sup>1</sup>. 1. Die Rechtsentwicklung, durch die im Laufe der Kaiserzeit die Alleinherrschaft des *pater familias* über das gesamte Familienvermögen gebrochen wurde, knüpfte zunächst an den Begriff des *peculium* an. Während aber das eigentliche *peculium* (§ 37, 3 b; § 166, 1) ein freiwillig vom *pater familias* eingeräumtes Sondergut war, das jederzeit wieder eingezogen werden konnte und somit nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich Vermögen des *pater familias* blieb, handelte es sich bei den Neubildungen des Kaiserrechts um Gütermassen, deren freie Verwaltung dem Hauskind ohne Rücksicht auf den Willen des Gwalt habers zufiel und auch nicht mehr entzogen werden konnte.

a) Der älteste Fall eines solchen Sondervermögens war das *peculium castrense*<sup>2</sup>. Schon Augustus verlieh den Angehörigen des Soldatenstandes, die unter väterlicher Gewalt standen, das Recht zu selbständiger Verfügung von Todeswegen über das im Heeresdienst (*in castris*) erworbene Vermögen (Ulp. 20, 10; I. 2, 12 pr.). Auf Grund dieses Privilegs entwickelte die kaiserzeitliche Jurisprudenz das *peculium castrense* zu einem völlig freien Vermögen des Hauskindes, an dem der Gwalt haber keinerlei Rechte geltend machen konnte<sup>3</sup>. Nur in einem Falle galt für dieses Sondervermögen

<sup>11</sup> Doch wirkte die ältere Vorstellung auch in klassischer Zeit noch nach; vgl. die o. § 37, Anm. 6 zitierten Quellenstellen.

<sup>12</sup> Über die Verbindlichkeiten der Hauskinder vgl. §§ 104 ff.

<sup>13</sup> Hauptquellen: Ulp. D. 25, 3, 5; C. 5, 25 (*iudex stets itp. für consul*). Vgl. BONFANTE: Corso dir. rom. I 279 ff.; ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 249 ff. Für das Recht der Papyri: TAUBENSCHLAG: Studi Riccobono I 507 ff. (zit. nach ALBERTARIO).

<sup>14</sup> Ob das klassische Recht bereits eine Unterhaltungspflicht der ehelichen Mutter gekannt hat, ist zweifelhaft: die maßgebende Stelle (D. 25, 3, 5, 2) ist sicher in der Entscheidung verfälscht (ALBERTARIO, BESELER); indessen spricht der Fortgang des Ulpiantextes dafür, daß die grundsätzliche Bejahung der Unterhaltungspflicht dem klassischen Recht entspricht, und es erscheint an sich durchaus glaublich, daß die konsularische Jurisdiktion sich auch in diesem Punkte über die Grenzen der agnatischen Familie hinweggesetzt hat. — Die Klassizität der Unterhaltsansprüche zwischen der unehelichen Mutter und ihren Abkömmlingen (eod. § 4) dürfte außer Frage stehen.

<sup>1</sup> BONFANTE: Corso dir. rom. I 98 ff.

<sup>2</sup> FITTING: D. castrense peculium (1871); APPLETON: NRH 85, 593 ff.; ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 159 ff.

<sup>3</sup> Der Umfang des zum *peculium castrense* gehörenden Vermögens wurde offenbar im Laufe der klassischen Zeit erweitert: Eine Reihe von Juristen der severischen Zeit zählt dazu auch die Zuwendungen, die der Haussohn beim Eintritt in den Militärdienst von seinen Angehörigen erhielt (Belege bei ALBERTARIO: Studi dir. rom. I 162 ff.); nicht unwahrscheinlich, daß dies auf

das gewöhnliche Pekuliarrecht: Starb nämlich der Haussohn ohne Hinterlassung eines Testaments, so unterlag sein *peculium castrense* nicht der gesetzlichen Erbfolge, sondern es fiel, wie ein einfaches *peculium*, in das Vermögen des Vaters. Erst Justinian hat diese Besonderheit beseitigt, indem er in der Novelle 118 jeden Unterschied zwischen der Beerbung eines Gewaltfreien und eines Gewaltunterworfenen aufhob (543 n. Chr.).

b) Dem *peculium castrense* wurde durch eine Reihe von Kaisergesetzen seit Konstantin<sup>4</sup> das Vermögen gleichgestellt, das ein Hauskind aus einer sog. *militia inermis*, d. h. im Hof- oder Staatsdienst oder als Anwalt erwarb, ferner aller Erwerb im geistlichen Berufe und schließlich auch die Schenkungen, die das Hauskind vom Kaiser oder von der Kaiserin empfing (*peculium quasi castrense*).

2. Konstantin war es auch, der eine zweite Entwicklung einleitete, durch die die vermögensrechtliche Stellung des *pater familias* entscheidende Beschränkungen erfuhr: Er entzog nämlich das von der Mutter ererbte Kindesgut (*bona materna*) der freien Verfügung des Hausvaters. Diesem blieb nur noch das Recht zur Nutznießung; die Veräußerung war ihm untersagt, und nach seinem Tode vererbten sich die *bona materna* nicht mit seinem übrigen Nachlaß, sondern fielen vorweg an das Kind (C. Th. 8, 18, 1)<sup>5</sup>. Spätere Kaiser dehnten diese Behandlung auf jeden unentgeltlichen Erwerb des Kindes von der Mutter oder von den mütterlichen Verwandten<sup>6</sup> und schließlich auch auf den Erwerb vom Ehegatten oder Verlobten aus<sup>7</sup>. Während nun Konstantin noch von der Vorstellung ausgegangen war, daß dem *pater familias* an den *bona materna* ein, wenn auch beschränktes, Eigentumsrecht zustehe, trat in den Kaisergesetzen des fünften Jahrhunderts mehr und mehr die Auffassung hervor, daß umgekehrt das Kind der Eigentümer, der Vater dagegen nur Träger eines Verwaltungs- und Nutzungsrechtes an fremder Sache sei. In der justinianischen Gesetzgebung ist diese Auffassung die allein maßgebende<sup>8</sup>. Im übrigen hat Justinian den Anwendungskreis der für die *bona materna* geltenden Grundsätze ein letztes Mal erweitert: er unterstellte ihnen alles, was das Hauskind nicht aus dem Vermögen des Gewalthabers (*non ex substantia patris*), sondern durch Zuwendungen Dritter oder durch eigene Arbeit erwarb (*\*bona adventicia*). Alles dies war jetzt Eigentum des Kindes und lediglich mit einem Nutzungsrecht des *pater familias* belastet. Darüber hinaus entfiel sogar unter gewissen Voraussetzungen die Verwaltungs- und Nutzungsbefugnis des *pater familias*: so namentlich dann, wenn es sich um die Zuwendung eines Dritten handelte und dieser die Rechte des Hausvaters besonders ausgeschlossen hatte (Nov. 117, 1); ferner, wenn der *pater familias* und das Hauskind gleichzeitig als gesetzliche Erben der zweiten Klasse (Aszendenten und Geschwister, vgl. § 199, 2)

einer Konstitution des Septimius Severus und des Caracalla beruht, die dann um das Jahr 200 n. Chr. ergangen sein mußte (FITTING, ALBERTARIO). Eine ganz irreguläre Ausdehnung erfuhr das *peculium castrense* durch eine Konstitution Hadrians, die auch die testamentarisch hinterlassene Erbschaft der Frau einbezog (Pap. D. 49, 17, 13; eod. 16pr. — ALBERTARIO: 172ff. sieht darin eine justinianische Verfälschung; hiergegen mit Recht WOLFF: ZSt. 53, 366f.). Hadrian hat auch den persönlichen Anwendungsbereich des *peculium castrense* erweitert, indem er es auch den Veteranen zubilligte (I. 2, 12pr.).

<sup>4</sup> Const. C. Th. 6, 36, 1 = C. 12, 30, 1; Honor. et Theod. C. Th. 2, 10, 6 = C. 2, 7, 4; Leo et Anthem. C. 1, 3, 33; Anast. C. 12, 16, 5pr.

<sup>5</sup> Im Falle der Emanzipation (§ 186, 4) hatte der *pater familias* die *bona materna* herauszugeben; das Hauskind mußte ihm aber ein Drittel als Anerkennung für die vom Vater geführte Verwaltung überlassen; anders später Justinian C. 6, 61, 6, 3. — Das Gesetz steht unter dem Einfluß hellenistischer Rechtsanschauung, vgl. MITTEIS: Reichsr. u. Volksr. 238ff.

<sup>6</sup> Gratian, Valentinian, Theodos. C. Th. 8, 18, 6; Arcad. et Honor. C. Th. 8, 18, 7 = C. 6, 60, 2; Theodos. et Valentinian. C. Th. 8, 18, 9 = C. 6, 60, 3; Leo C. 6, 60, 4.

<sup>7</sup> Theod. et Valent. C. Th. 8, 19, 1 = C. 6, 61, 1; Leo et Anthem. C. 6, 61, 4 u. 5.

<sup>8</sup> Daher ist das grundlegende Gesetz Konstantins in C. 6, 60, 1 interpoliert wiedergegeben: C. Th. 8, 18, 1, 1: . . . *ita sint in parentum potestate atque dominio, ut fruenti pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur*; C. 6, 60, 1 pr.: . . . *ita sint in parentum potestate, ut fruenti dumtaxat habeant facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente*.



berufen waren: in diesem Falle sollte der Erbteil des *pater familias* die Rechte am Kindesgut gewissermaßen ablösen (Nov. 118, 2). Selbstverständlich blieb es schließlich auch nach justinianischem Recht bei der freien Verfügungsmacht des Hauskindes über das *peculium castrense* und *quasi castrense*.

3. Somit ergibt sich am Ende der römischen Rechtsentwicklung folgendes Gesamtbild:

a) Was das Hauskind nicht aus dem Vermögen des *pater familias* erwarb, wurde im Regelfalle sein Eigentum, war aber mit dem Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Gwalthabers belastet. In gewissen Ausnahmefällen wurde es freies Eigentum des Kindes.

b) Was das Hauskind vom *pater familias* erhielt, verblieb in dessen Eigentum und konnte dem Kind jederzeit wieder entzogen werden; hierfür, und nur noch hierfür, blieben die alten Grundsätze über das echte *peculium* in Geltung (\**peculium profectivum*).

**§ 186. Entstehung und Beendigung der väterlichen Gewalt<sup>1</sup>.** 1. Die *patria potestas* begann mit der Geburt des Hauskindes und dauerte grundsätzlich bis zum Tode des Gwalthabers: Wenn der *pater familias* starb, wurden Söhne und Töchter, die bis dahin in seiner Gewalt gestanden hatten, gewaltfrei. Zugleich erwarben die Söhne nunmehr ihrerseits die *patria potestas* über ihre Kinder und Kindeskinde. Mit dem Tode des *pater familias* spaltete sich also die Großfamilie in so viele neue Familien, als Söhne vorhanden waren.

2. Neben den natürlichen Entstehungs- und Beendigungsgründen gab es seit alters gewisse Tatbestände rechtsgeschäftlicher Begründung oder Aufhebung der *patria potestas*. Uralt ist zweifellos die Ablösung der väterlichen Gewalt über die Tochter durch die Gewalt des Ehegatten im Falle der *in manum conventio* (§ 176). Uralt sind auch die Auswirkungen des *ius vendendi*, das bei einer Veräußerung des Hauskindes auf römischem Boden freilich nur ausnahmsweise zum endgültigen Untergang der *patria potestas* führen konnte (§ 184, 6). In eine sehr frühe Zeit dürfte schließlich auch das Institut der Annahme an Kindesstatt (*adoptio* im weiteren Sinne) hinaufreichen.

3. Die Adoption<sup>2</sup> ist eine Erscheinung, die im Leben primitiver Völker eine andere, ungleich bedeutsamere Rolle spielt als in der modernen Umwelt. Sind es heute im allgemeinen Gründe persönlichster Art, durch die sich jemand zur Annahme eines Kindes bestimmen läßt, so steht für jene Stufe menschlicher Kultur das objektive Interesse der Familie im Vordergrund, das Interesse am Fortleben des Geschlechts, mit dem wiederum die Pflege des Familienkults untrennbar zusammenhing; da der Familienkult in erster Linie ein Ahnenkult war und nach primitivem Glauben der Verstorbene von diesem Ahnenkult abhing, bedeutete das Aussterben des Geschlechts eine Katastrophe, die es unter allen Umständen zu vermeiden galt. Wenn darum die natürliche Fortpflanzung versagte, griff man zur Erhaltung der Familie durch Adoption.

a) Von den beiden Erscheinungsformen der Adoption im römischen Recht ist die *arrogatio* (Gell. 5, 19; Gai. 1, 98ff.) sichtlich die ältere und ursprünglichere. Sie

<sup>1</sup> Vgl. auch § 178 (Legitimation von Konkubinenkindern).

<sup>2</sup> Vgl. bes. MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 36ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. I 12ff. — Über die testamentarische Adoption s. CUIAZ: Obs. 7, 7; MOMMSEN: Staatsr. III 39f.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 246ff.; LEFAS: NRH 21, 721ff.; BONFANTE: Corso I 19ff.; SIBER: Röm. R. II 41, Anm. 1. Sie begegnet häufig in den außerjuristischen Quellen, niemals in den Rechtsquellen. Schon darum kann sie schwerlich eine von der Rechtsordnung anerkannte besondere Adoptionsform sein. Der berühmteste Fall ist die Adoption des Oktavian durch Caesar; von ihr wissen wir durch Appian (bell. civ. 3, 94) und Cassius Dio (46, 47), daß Oktavian seine Aufnahme in das julische Geschlecht durch eine *lex curiata* bestätigen ließ; demnach handelt es sich offenbar um eine *arrogatio*, bei der das Einverständnis des Arrogierenden durch sein Testament vertreten wird (MOMMSEN). Schwierigkeiten machen indessen die in den Quellen gelegentlich erwähnten Fälle testamentarischer Adoption durch Frauen.

trägt noch ganz die Züge des engen Gemeinschaftslebens einer hocharchaischen Zeit. Nach einer Vorprüfung im Pontifikalkollegium erfolgte die Arrogation durch den vom *pontifex maximus* als Versammlungsleiter rogierten<sup>3</sup> Beschluß der Volksgemeinde (daher *arrogatio per populum*), und zwar der Kuriatkomitien, also der ältesten Form der römischen Volksversammlung, deren Kompetenz in historischer Zeit nur noch uralte Sakralakte umschloß. Durch Arrogation konnten nur gewaltfreie, erwachsene Männer an Kindesstatt angenommen werden: Frauen und Unmündige waren vielleicht schon darum von ihr ausgeschlossen, weil sie an den Komitien nicht teilnehmen konnten<sup>4</sup>. Gewaltunterworfenen mußten im Wege der eigentlichen Adoption (s. u. b.) in die Hausgewalt des Annehmenden übertragen werden. Als Komitialakt war die Arrogation streng an Rom gebunden; in den Provinzen konnte sie überhaupt nicht stattfinden. Erst das jüngere Kaiserrecht schuf hier die Möglichkeit einer *arrogatio per rescriptum principis*, die die gleichen Wirkungen haben sollte wie die alte Arrogation durch Volksbeschluß (Diocl. C. 8, 47, 2, 1); sie erstreckte sich aber auch auf Unmündige (Diocl. eod. pr.). Vermutlich hat die *arrogatio per populum* noch eine Weile neben dieser neuen Form des Kaiserrechts weiterbestanden, um dann im Laufe des vierten Jahrhunderts n. Chr. endgültig zu verschwinden<sup>5</sup>.

b) Jünger als die *arrogatio per populum* ist offenbar die *adoptio* im engeren Sinn, die der Annahme eines fremden Hauskinds an Kindesstatt diente. Sie ist ein sehr kompliziertes „nachgeformtes“ Rechtsgeschäft (§ 52, 2), das sich in zwei Akten vollzog. Der erste bezweckte die Lösung des Hauskinds aus seinem bisherigen Gewaltverhältnis. Dazu bedurfte es nach dem Zwölftafelsatz *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* bei Söhnen einer dreimaligen Veräußerung in fremdes *mancipium* (vgl. § 184, 4). Demgemäß übertrug der *pater familias* den Sohn dreimal hintereinander durch Manzipation, sei es an den Adoptierenden selbst, sei es an einen Dritten. Nach der ersten und zweiten Manzipation wurde der Sohn vom Erwerber wieder aus dem *mancipium* entlassen<sup>6</sup>; beide Male fiel er in das alte Gewaltverhältnis zurück; erst die dritte Manzipation brachte dieses Gewaltverhältnis endgültig zum Erlöschen. Bei Töchtern und Enkelkindern hielt man in schlauer Buchstabeninterpretation des Zwölftafelsatzes, der nur vom *filius* sprach, eine einmalige Manzipation für hinreichend. War die Vernichtung der alten *patria potestas* bewirkt, so konnte der zweite Teil des Adoptionsgeschäfts beginnen, der die Begründung der Hausgewalt des Adoptierenden zum Ziele hatte. Je nachdem, ob das Hauskind dem Adoptierenden selbst oder einem Dritten manzipiert worden war, vindizierte es der Adoptierende vom ehemaligen Gewalthaber (dem er es dann vorher zurückmanzipieren mußte) oder von dem Dritten mit der Behauptung, es sei sein Gewaltunterworfener. Der Gegner unterließ die *contravindicatio*, und der Magistrat erteilte dem Vindizierenden seinen Beispruch. Dieser zweite Teil der Adoption ist also seinem Wesen nach ein Anwendungsfall der *in iure cessio* (§ 54, 2). Anders als die *arrogatio* konnte eine derartige Adoption überall stattfinden, wo ein römischer Magistrat mit voller Jurisdiktionsgewalt<sup>7</sup> wirkte, also auch in den Provinzen vor dem Provinzialstatthalter. Die Zähig-

<sup>3</sup> Wortlaut der Rogation (bei Gell. 5, 19, 9): *Velitis, iubetis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita uti dixi, ita vos Quirites rogo.*

<sup>4</sup> So bezüglich der Frauen Gell. 5, 19, 10. Es kommt hinzu, daß die Annahme einer Frau an Kindesstatt nicht zur Erhaltung des Geschlechts dienlich sein konnte und deshalb dem ursprünglichen Sinne der Arrogation widersprach. — Daß Gewaltunterworfenen und Unmündigen zu allen Zeiten von der *arrogatio* ausgeschlossen waren, ist nicht schlechthin sicher. Denn die Vermutung BONFANTES Corso I 16, in ältester Zeit, d. h. vor Schaffung der *adoptio* im engeren Sinne, seien nur gewaltfreie, weil von ihren Familien ausgestoßene Personen als Objekt einer Adoption in Betracht gekommen, ist doch wohl bedenklich.

<sup>5</sup> CASTELLI: Scr. giur. 189ff.

<sup>6</sup> Durch *manumissio vindicta* (§ 41, 2a), also vor dem Magistrat.

<sup>7</sup> *Apud quem plena legisactio est*, vgl. Gordian C. 8, 47, 1. — Also nicht vor einem Magistrat, dem nur eine spezielle Jurisdiktionsgewalt zustand, z. B. dem Ädil.

keit, mit der sich dieser umständliche Formalakt am Leben erhielt, der aus dem Geist einer für die Spätzeit lange zurückliegenden Entwicklungsperiode geschaffen war, ist nicht minder erstaunlich als die lange Lebensdauer der *arrogatio*: erst Justinian schaffte die alte Adoptionsform ab und ersetzte sie durch eine Erklärung des bisherigen Gewalthabers vor Gericht, bei der der Adoptierende und das Hauskind zugegen sein mußten und nicht widersprechen durften (C. 8, 47, 11)<sup>8</sup>.

4. Mit der *adoptio* im Formular nahe verwandt und offenbar auf der gleichen Stufe der Rechtsentwicklung entstanden ist die Entlassung der Hauskinder aus der *patria potestas* durch *emancipatio* (Gai. 1, 132; epit. 1, 6, 3ff.)<sup>9</sup>. Auch hierbei handelt es sich um ein nachgeformtes Rechtsgeschäft, das von dem Zwölftafelsatz über das Erlöschen der *patria potestas* bei dreimaliger Veräußerung des *filius* ins *mancipium* ausgeht. Im Grunde ist die *emancipatio* identisch mit dem ersten Teile des Adoptionsformulars: Der Sohn wurde dreimal vom *pater familias* an einen Dritten manzipiert und zweimal von diesem Dritten wieder freigelassen; bei der dritten Manzipation ging die *patria potestas* unter, und es bedurfte nur noch einer dritten Freilassung, um den Sohn auch aus dem *mancipium* zu befreien und damit zum *homo sui iuris* zu machen. Da man aber die Vorstellung hatte, daß derjenige, der diese letzte Freilassung vornahm, ähnlich wie bei der Sklavenfreilassung eine Art von Patronatsrecht an dem Emanzipierten erwerbe<sup>10</sup>, wurde der Sohn zuvor noch einmal an den *pater familias* zurückmanzipiert und dann von diesem freigelassen. Auf diese Weise erwarb der *pater familias* jenes Quasipatronatsrecht (als *parens manumissor*) und nicht der Dritte, der den Emanzipierten nichts anging und nur der Form wegen bei dem Geschäft zugezogen war. Bei Töchtern und Enkelkindern des Gewalthabers hielt man, wie bei der Adoption, eine einmalige Veräußerung ins *mancipium* für ausreichend; an sie schloß sich sogleich die *remancipatio* an den *pater familias* und die endgültige Freilassung an. — Während nun die *adoptio* nur eine jüngere Ausgestaltung eines uralten Rechtsinstituts darstellt, ist die Emanzipation auch ihrem Zwecke nach ein relativ jüngeres Gebilde: Das Bedürfnis nach einer Form für die Entlassung aus der *patria potestas* wird erst in einem Zeitpunkt hervorgetreten sein, in dem sich die enge Verbundenheit des einzelnen mit seiner Familie bereits zu lockern begann. Dies zeigt sich auch darin, daß die *emancipatio*, anders als die *adoptio*, nach ihrer formalen Ausgestaltung benannt ist: denn *emancipare* bedeutet „aus der *patria potestas* herausmanzipieren“. Der Begriff der Entlassung aus der Hausgewalt und seine formale Ausgestaltung als nachgeformtes Geschäft werden also gleichzeitig und zwar vermutlich erst in der Zeit nach der Zwölftafelgesetzgebung entstanden sein. —

<sup>8</sup> Von Justinian entsprechend seiner Neuordnung interpoliert: Gai. inst. i. D. 1, 7, 2pr. — Justinian veränderte auch die Wirkungen der Adoption: nur die *arrogatio* sollte stets zur Begründung einer *patria potestas* des Adoptivvaters führen, die *adoptio* dagegen nur ausnahmsweise (wenn sie unter nahen Verwandten stattfand; sog. *adoptio plena*; vgl. MONIER: RH 4. Ser., 6, 596f.); im Regelfalle führte sie nur zu einem Erbrecht des Adoptivkindes gegenüber dem Adoptivvater (nicht auch umgekehrt): C. 8, 47, 10. — Eine Vorstufe zu dieser (hellenistisch bestimmten?) Denaturierung der Adoption im justinianischen Recht bildete ein Reskript Diokletians (C. 8, 47, 5), das Frauen trotz ihrer Unfähigkeit zur *patria potestas* die Möglichkeit eröffnete, mit besonderer kaiserlicher Bewilligung zu adoptieren. Allerdings hält ALBERTARIO: La donna adottante (Sonderabdr. aus Mnemosyna Pappulias 1934) das Reskript für interpoliert; seine Gründe sind jedoch nicht überzeugend: sprachliche Kritik kann gegenüber dem Kanzleistil Diokletians nur mit besonderer Vorsicht zur Geltung gebracht werden; daß ein Fragment der *opiniones Ulpiani* (D. 5, 2, 29, 3) auf das Reskript anspielt, spricht eher gegen als für die Ansicht ALBERTARIOS, da diese Schrift so gut wie sicher aus frühnachklassischer Zeit stammt; endlich beweist auch C. 7, 33, 8 nichts, da die Unfähigkeit der Frauen zu adoptieren durch jenes erste Reskript keineswegs grundsätzlich aufgehoben war.

<sup>9</sup> Vgl. BONFANTE: Corso dir. rom. I 59ff. Hier auch über die Frage, ob es im ältesten Rom eine Verstoßung des Hauskindes nach der Art der griechischen ἀποκήρυξις gab. Spuren sind nicht vorhanden.

<sup>10</sup> Wobei man als praktische Folge, wie bei dem Patronatsrecht gegenüber dem ehemaligen Sklaven, ein gesetzliches Erbrecht des Patrons im Auge hatte; vgl. Gai. ep. 1, 6, 4 und die im cod. Veron. p. 36 erhaltenen Worte: *patrono in bonis liberti*.

Die nachgeformte *emancipatio* blieb bis ins sechste Jahrhundert n. Chr. in Übung. Erst Kaiser Anastasius gestattete daneben eine Entlassung aus der *patria potestas* durch Erklärung des Gewalthabers vor Gericht, vorausgesetzt, daß das Hauskind zustimmte, und daß der Gewalthaber dem Richter ein kaiserliches Reskript vorlegen konnte, in dem die Entlassung des Hauskinds genehmigt war (C. 8, 48, 5; 502 n. Chr.). Justinian beseitigte dann die alte *emancipatio* ganz und erhob das von Anastasius eingeführte Verfahren zur alleinigen Emanzipationsform, wobei er gleichzeitig das Erfordernis eines kaiserlichen Reskripts abschaffte (C. eod. 6; 531 n. Chr.).

### Drittes Kapitel.

## Vormundschaft<sup>1</sup>.

### I. Wesen der Vormundschaft.

§ 187. 1. Unmündige (*impuberes*; § 51, 1), die nicht der *patria potestas*, und Frauen, die weder der *patria potestas* noch der *manus* eines *pater familias* unterworfen waren, standen unter Vormundschaft (*tutela*).

2. Die römische Vormundschaft war von Hause aus ein reines Gewaltverhältnis wie die *patria potestas*<sup>2</sup>. Der Vormund beherrschte das Mündelgut *domini loco* (Paul. D. 26, 7, 27). Gleich einem *pater familias* konnte er vermutlich bei der älteren Form der Tutel, der *tutela legitima* (§ 188, 1), sein Recht am Mündel Dritten gegenüber im Wege der Vindikation geltend machen<sup>3</sup>. Aber seine Befugnisse waren von vornherein enger als die des *pater familias*: Es fehlte ihm das *ius vitae necisque*; trotz der Vormundschaft galt der Mündel als *homo sui iuris* (§ 37, 4) und war als solcher fähig, selbst Vermögenssubjekt zu sein. Vor allem aber trug die Tutel von Anfang an den Charakter einer anvertrauten Gewalt. Zwar war ursprünglich (bei der *tutela legitima*) der Vormund regelmäßig zugleich nächster gesetzlicher Erbe des Mündels, und seine Gewalt erhielt dadurch einen Zug von Eigennützigkeit. Allein man darf diese Seite des ältesten Vormundschaftsrechts in ihrer Bedeutung nicht überschätzen<sup>4</sup>. Schon der Name der Tutel (= Aufsicht, Obhut) läßt erkennen, daß das Recht des Vor-

<sup>1</sup> Grundlegende gemeinrechtliche Monographie: RUDORFF: D. Recht d. Vormundschaft, 3 Bde, 1833/4. Moderne quellenkritische Untersuchungen vor allem von SOLAZZI in zahlreichen Einzelschriften; diese sind vollständig verzeichnet bei BONFANTE: Corso dir. rom. I 403, Anm. 1; dazu seither vor allem: Studi sulla tutela (Pubbl. fac. di giurispr. di Modena 9 u. 13, 1925/6); Istituti tutelari, 1929. S. ferner TAUBENSCHLAG: Vormundschaftsrechtl. Studien, 1913. Weitere Spezialliteratur im folgenden. Zusammenfassende Darstellung bei BONFANTE: Corso I 403 ff.

<sup>2</sup> Vgl. noch den spätrepublikanischen Juristen Serv. Sulp. bei Paul. D. 26, 1, 1 pr.: *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam (sua Hal.) sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*. Nach ARANGIO-RUIZ: Ist. <sup>3</sup> 477, Anm. 2 bezog sich diese Definition nur auf die *tutela legitima*; außerdem hält er *ad tuendum* — *nequit* für unklassisch. Das erste ist zweifelhaft (vgl. auch BONFANTE: Corso dir. rom. I 405, Anm. 1); das zweite kaum zutreffend, da in den spätrepublikanischen und frühklassischen Definitionen die Worterklärung (hier *tutela* von *tueri*, vgl. auch § 1 der Stelle) eine sehr wesentliche Rolle spielt.

<sup>3</sup> Dies darf man wohl daraus schließen, daß der *tutor legitimus* die Tutel im Wege der *in iure cessio* übertragen konnte; vgl. Gai. I, 168 und u. § 188, 1.

<sup>4</sup> Dazu dürfte ein Teil der modernen Darstellungen neigen. Man pflegt darauf hinzuweisen, daß die Tutel „schon“ zur Zeit Ciceros (de off. 1, 85) dem Schutze des Mündels gedient habe (vgl. z. B. SIBER: Röm. R. II 313). Aber die *tutela testamentaria* und der Rechtsschutz gegen den ungetreuen Vormund, in denen zuerst die Rücksicht auf das Interesse des Mündels einen, wenn auch unvollkommenen Ausdruck fand, gehen bereits auf die Zwölftafeln zurück (hierauf verweist mit Recht SOLAZZI: Istituti tutelari 9 ff.); und wenn Cicero in der angeführten Stelle den (für seine Zeit sehr beherzigenswerten) Satz, daß der Staatsmann das Wohl seiner Mitbürger und nicht den eigenen Vorteil im Auge haben müsse, durch eine Parallele mit der Vormundschaft beleuchtet, so beweist das eben, daß der altruistische Charakter der Tutel damals eine seit langem eingewurzelte und unbestreitbare Selbstverständlichkeit war.

munds von vornherein mindestens ebensowohl im Interesse des Mündels wie in dem der Familie und des Vormunds selbst bestand. Und wenn die Pflichtseite der Vormundschaft in ältester Zeit so gut wie gar keine rechtliche Ausprägung fand, so kann dies angesichts der allgemeinen Neigung primitiver Rechte zur einseitigen Betonung der Gewaltbefugnisse nicht verwundern. Die Treupflicht des Vormunds (*officium tutoris*) wird trotzdem, wenn auch nur im Bereich der Sitte und als innere Angelegenheit der Familie, von jeher vorhanden gewesen sein.

3. Im Laufe der geschichtlichen Entwicklung traten dann das Interesse des Mündels und die Verpflichtung des Vormunds zur Wahrung dieses Interesses mehr und mehr auch im Rahmen der Rechtsordnung hervor: Es entstanden neue Arten der Berufung zur Vormundschaft, die den Interessen des Mündels in höherem Grade gerecht werden sollten. Der Staat begann die Fürsorge für den Mündel als eine öffentliche Angelegenheit zu betrachten und sich um Bestellung und Geschäftsführung des Vormunds zu kümmern. Es erwuchsen Rechtsansprüche zwischen Vormund und Mündel, die der Vormundschaft den Charakter einer fremdnützigen Verwaltung des Mündelguts aufprägten. Die Vormundschaft wurde zur öffentlichen Pflicht (*munus*), der man sich nur aus bestimmten, gesetzlich zugelassenen Gründen entziehen konnte. Das alles gilt indessen nur für die Vormundschaft über Unmündige. Die Frauentutel machte diese Entwicklung nicht mit; sie begann vielmehr schon in hochrepublikanischer Zeit mehr und mehr zu verkümmern, da sie unter veränderten sozialen Verhältnissen ihre Daseinsberechtigung verlor. Im Laufe der Kaiserzeit ist sie dann gänzlich abgekommen.

4. Die folgende Darstellung versucht zunächst, ein einheitliches Bild der Vormundschaft im alten Recht zu geben und schildert dann in gesonderten Abschnitten die weitere Entwicklung der Vormundschaft über Unmündige und über Frauen.

## II. Die Vormundschaft im ältesten Recht.

§ 188. 1. Die älteste Gestalt der römischen Vormundschaft ist die sog. *tutela legitima*. Sie stand nach den Zwölftafeln, die darin zweifellos dem altüberlieferten Gewohnheitsrechte folgten, bei Freigeborenen in erster Linie dem gradnächsten Agnaten zu (Gai. 1, 55; Ulp. 11, 3). Waren keine Agnaten vorhanden, so fiel sie an die Geschlechtsgenossen (*gentiles*)<sup>1</sup>. Die Berufung zur Vormundschaft entsprach also genau der Gestaltung des gesetzlichen Erbrechts (§ 196), nur daß Frauen schlechthin von der Vormundschaft ausgeschlossen waren, da sie selbst eines Vormunds bedurften. Hinsichtlich der Vormundschaft über Freigelassene enthielten die Zwölftafeln keine ausdrücklichen Bestimmungen; die Auslegung nahm aber an — sicherlich im Sinne des Gesetzes — daß auch hier die Analogie zum Erbrecht gelten müsse, und schrieb darum dem Patron und seinen gradnächsten Leibeserben die *tutela legitima* zu (Gai. 1, 165; Ulp. 11, 3)<sup>2</sup>. — Der *tutor legitimus* erwarb die Vormundschaft in dem Augenblick, in dem der Unmündige oder die Frau gewaltfrei und damit eines Vormunds bedürftig wurde. Er konnte sie nicht ausschlagen, wohl aber durch *in iure cessio* auf andere übertragen (Gai. 1, 168ff.). Die *tutela legitima* erlosch, wenn der Vormund eine *capitis deminutio* (sei es auch nur *minima*) erlitt, weil dadurch die agnatische Verwandtschaft zerstört wurde, auf der die Berufung zur Vormundschaft beruhte (Gai. 1, 163; vgl. § 42).

<sup>1</sup> Die *tutela legitima* der Gentilen wird bei Ulpian nicht mehr erwähnt; bei Gaius ist sie offenbar in der Überlieferung ausgefallen (hinter 1,164); sie war übrigens damals gleich dem Erbrecht der Gentilen längst aus dem praktischen Rechtsleben verschwunden (Gai. 3, 17). Bezeugt ist sie noch für das Ende der republikanischen Zeit durch die *laudatio Turiae* (BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 126, 21ff.); vgl. MOMMSEN: Jur. Schr. I 411.

<sup>2</sup> Wie der Patron eines freigelassenen Sklaven wurde auch derjenige behandelt, der einen römischen Bürger aus dem *mancipium* entlassen hatte (§ 186, 3b u. 4); in diesem Fall sprach man von einer *tutela fiduciaria*: Gai. 1, 166.

2. Neben die *tutela legitima* trat frühzeitig, jedenfalls schon in den Zwölftafeln (Gai. D. 26, 2, 1 pr.; Paul. D. eod. 20, 1; Ulp. 11, 14), die *tutela testamentaria* oder *dativa*<sup>3</sup>: Dem *pater familias* war es gestattet, in seinem Testamente für diejenigen seiner Gewaltunterworfenen, die durch seinen Tod gewaltfrei wurden<sup>4</sup>, einen Vormund zu ernennen (Gai. 1, 144ff.; Ulp. 11, 14ff.). Einem solchen *tutor testamentarius* fiel die Vormundschaft zu, sobald das Testament durch Eintritt der darin angeordneten Erbfolge wirksam geworden war (vgl. § 211f); er konnte sie, anders als der *tutor legitimus*, nicht übertragen. Wohl aber durfte er sie ablehnen (*abdicare*; Ulp. 11, 17); tat er dies, so griff die *tutela legitima* Platz. Die testamentarische Vormundschaft erlosch bei einer Änderung des Personenstands des Vormunds nur dann, wenn der Vormund dabei das Bürgerrecht einbüßte, nicht auch schon bei einem bloßen Wechsel seiner Familienzugehörigkeit (*capitis deminutio minima*).

3. Die Gewalt des Vormunds ist für die ältere Zeit nur als eine Gewalt über das Vermögen des Mündels erfaßbar. Es entspricht dem Wesen der römischen Vormundschaft, daß der Vormund das Mündelgut nicht als Vertreter des Mündels, sondern als Herr und kraft eigenen Rechts verwaltete. Hieraus folgt einerseits, daß er den Mündel nicht durch seine Geschäfte verpflichten konnte: alle Verbindlichkeiten aus solchen Geschäften trafen vielmehr den Vormund selbst. Desgleichen fiel der Erwerb, den der Vormund im Interesse des Mündels erzielte, wenigstens nach altem Recht<sup>5</sup>, zunächst in sein eigenes Vermögen und nicht in das Vermögen des Mündels. Andererseits ergab sich aus der Herrenstellung des Vormunds die Befugnis, wie ein Eigentümer über die dem Mündel gehörenden Gegenstände zu verfügen: der Vormund konnte sie nach seinem Ermessen veräußern und verpfänden<sup>6</sup>. Erst das Recht der klassischen Zeit legte ihm hierin einschneidende Beschränkungen auf (§ 190, 2). — Durch diese umfassende Herrschaftsmacht des Vormunds war aber nun keineswegs der Mündel von der Verfügung über sein Vermögen völlig ausgeschlossen. Es wurde im Gegenteil offenbar frühzeitig üblich, ihn seine Rechtsgeschäfte in eigener Person vornehmen zu lassen, wenn er dazu imstande, d. h. vor allem, wenn er über das Kindesalter (*infantia*; § 51, 1 b) hinausgelangt war. In diesem Fall beschränkte sich die Tätigkeit des Vormunds auf die Erteilung seines Vollworts (*auctoritas*); sie war stets erforderlich, wo das Geschäft dem Mündel nicht ausschließlich eine Vermögensmehrung brachte. Im jüngeren Recht zu einer formlosen Genehmigung abgeblaßt (Paul. D. 26, 8, 3), war das Vollwort des Vormunds ursprünglich zweifellos ein Formalakt: Der Vormund erklärte, vermutlich auf Befragen des Geschäftsgegners, daß er das Geschäft „bekräftige“ (*auctor fio*). Diese Erklärung war unmittelbarer und unentbehrlicher Bestandteil des Rechtsgeschäfts: noch im klassischen und justinianischen Recht mußte sie, anders als die Zustimmung des modernen Rechts (§ 107f., 182ff.

<sup>3</sup> Über das ursprüngliche Wesen der testamentarischen Tutel, insbes. über ihr Verhältnis zur Erbfolge vgl. BONFANTE: Corso dir. rom. I 405ff.; VI 117ff.; SOLAZZI: Scr. Arnò (Pubbl. Fac. di giurispr. Modena 30) 46ff.; Dir. ered. rom. I 125ff. (beide für notwendige Identität von Testamentsvormund und Testamentserbe); LA PIRA: Studi Bonfante III 271ff. (verknüpft die testamentarische Tutel mit der Pupillarsubstitution); RABEL: ZSSt. 50, 316ff. (gegen SOLAZZI); ARANGIO-RUIZ: Erede e tutore (in Atti Accad. Napoli 53, 1; hält den testamentarischen Vormund für einen treuhänderischen Erwerber des Mündelguts); DE VISSCHER: Etudes de droit rom. 103ff. (gegen SOLAZZI). — Am glaubhaftesten ist wohl die Lehre von ARANGIO-RUIZ; über Hypothesen ist indessen nicht hinauszukommen. — Über die Bestätigung des unwirksam bestellten Testamentsvormunds durch den Magistrat (*confirmatio tutoris*) vgl. SOLAZZI: Rend. Ist. lomb. 53, 359ff.; Istituti tutelari 69ff.

<sup>4</sup> Den Abkömmlingen, die beim Tode des *pater familias* lebten, stellte man in Anwendung des Satzes *conceptus pro iam nato habetur* (vgl. § 195, 2) die nachgeborenen Kinder und Kindeskinde (*postumi*) gleich: Gai. 1, 147.

<sup>5</sup> Über die Frage der Vertretungsmacht des Vormunds beim Besitz- und Eigentumserwerb im klassischen Recht vgl. § 58, Anm. 5.

<sup>6</sup> S. bes. Iul. D. 47, 2, 57, 4; Cels. D. 27, 5, 2; Paul. D. 12, 2, 17, 2; Hermog. D. 26, 7, 48. Vgl. GÉRARDIN: NRH 13, 1 ff.

BGB), bei der Vornahme des Geschäfts selbst abgegeben werden; nachträglich erteilt, war sie wirkungslos (Gai. D. 26, 8, 95).

4. Rechtsbehelfe zum Schutze des Mündels gab es im alten Recht nur auf deliktischer Grundlage. Das Zwölfafelrecht (tab. VIII 20) kannte ihrer zwei: Einmal die *accusatio suspecti tutoris*<sup>7</sup>, ein kriminelles Verfahren, das sich auf Beseitigung des ungetreuen Vormunds richtete. Der Mündel selbst konnte es nicht in Gang setzen (Ulp. D. 26, 10, 7 pr.), wohl aber jeder Dritte, der sich der Sache annehmen wollte (Ulp. D. 26, 10, 1, 6<sup>8</sup>): die *accusatio* war also eine Popularklage (§ 118, 3a. E.). Es ist wahrscheinlich<sup>9</sup>, daß sie sich ursprünglich nur gegen den testamentarisch bestellten Vormund richtete, und daß umgekehrt der zweite Rechtsbehelf, die *actio rationibus distrahendis*<sup>10</sup>, ausschließlich bei der *tutela legitima* anwendbar war. Diese *actio* war eine private Bußklage gegen den Vormund, der Mündelgut hinterzogen hatte; mit ihr forderte der Mündel (und nur er) Rechnungslegung und den doppelten Schätzungswert des hinterzogenen Vermögens.

### III. Die Vormundschaft seit der jüngeren Republik.

#### A. Tutela impuberum.

§ 189. Berufung zur Vormundschaft. 1. *Tutela legitima* und *tutela testamentaria* blieben bis ans Ende der römischen Rechtsentwicklung lebendiges Recht; nur ver schwand zu Beginn der Kaiserzeit mit dem gentilizischen Erbrecht auch die Vormundschaft der Gentilen, und Justinian übertrug bei der Umwandlung der agnatischen Erbfolge in eine rein kognatische (§ 199) auch die *tutela legitima* auf die männlichen Blutsverwandten (Nov. 118, 5).

2. Neben den *tutor legitimus* und den *tutor testamentarius* trat indessen frühzeitig als dritte Erscheinungsform der Vormundschaft der behördlich bestellte Vormund. Nach einer *lex Atilia* (vor 186 v. Chr.)<sup>1</sup> erhielten solche Mündel, denen kein gesetzlicher oder testamentarischer Vormund zur Seite stand, einen Vormund durch den Stadtprätor im Einverständnis mit der Mehrzahl der Volkstribune (*tutor Atilianus*; Gai. I, 185); zwei spätere Gesetze, eine *lex Titia* und eine *lex Iulia*<sup>2</sup>, dehnten diese Bestimmung auch auf die Provinzen aus, mit der Maßgabe, daß hier die Statthalter zur Bestellung des Vormunds befugt sein sollten. In Rom selbst waren seit Claudius

<sup>7</sup> Vgl. SOLAZZI: *Minore età* 259ff.; Bull. 28, 131ff.; Istituti tutelari 207ff.; TAUBENSCHLAG: *Vormundschftsstudien* 27ff.; BERGER: *ZSSSt.* 35, 39ff.; LEVY: *ZSSSt.* 37, 35, Anm. 1; LAPRAT: *Le crimen suspecti tutoris*, 1926, dazu KADEN: *ZSSSt.* 48, 699ff.

<sup>8</sup> Daß der Inhalt dieser Stelle auch für das ältere und das klassische Recht zutrifft, ist zweifellos, mag auch die sprachliche Fassung verdächtig sein (BESELER: *ZSSSt.* 43, 546).

<sup>9</sup> Dafür spricht, daß Ulp. D. 26, 10, 1, 5 besagt, die *accusatio suspecti tutoris* treffe nicht nur testamentarische Vormünder, sondern auch andere, insbesondere die *tutores legitimi*, während es umgekehrt in Ulp. D. 27, 3, 1, 19 heißt, die *actio rationibus distrahendis* richte sich nicht nur gegen die *tutores legitimi*, sondern gegen alle Vormünder, die Geschäfte des Mündels geführt haben. Dies sieht nach einer späteren Erstreckung beider Rechtsbehelfe aus; in welchem Umfang sie schon für das klassische Recht anzunehmen ist, wird in § 191, 1 zu erörtern sein.

<sup>10</sup> SOLAZZI: *Rend. Ist. lomb.* 50, 187ff.; 53, 121ff. Lit. über die Konkurrenz mit der *actio tutelae* in § 191, Anm. 3.

<sup>1</sup> Aus diesem Jahr stammt das *senatus consultum de Bacchanalibus*, im Zusammenhang mit dem bereits ein nach der *lex Atilia* bestellter Vormund erwähnt wird (Liv. 39, 9, 7). — Daß die *lex Atilia* die behördliche Bestellung eines Vormunds neu eingeführt habe, ist übrigens kaum anzunehmen; vielleicht bezweckte sie nur eine Einschränkung der Gewalt des Prätors, der vorher allein dazu befugt war und nunmehr an die Mitwirkung der Volkstribunen gebunden wurde: MITTEIS: *Röm. Privatr.* I 41, Anm. 4; vgl. auch BONFANTE: *Corso dir. rom.* I 421.

<sup>2</sup> Gai. I, 185 sagt, daß die Bestellung des Vormunds in der Provinz *ex lege Iulia et Titia* erfolge; wahrscheinlich handelt es sich nicht um ein, sondern um zwei Gesetze; dafür spricht auch, daß im schol. Sin. 20 nur von einer *lex Titia* gesprochen wird (ebenso in der *ZSSSt.* 54, 312 wiedergegebenen Inschrift). Vgl. ROTONDI: *Leges publicae populi Romani* 333 u. 439f.; ZOCCO-ROSA: *La questione dell'unicità o duplicità della lex Julia et Titia* (Istituto di storia del dir. rom. Catania, 1914).

die Konsuln zuständig (Suet. v. Claudii 23), wie es scheint, neben dem Stadtprätor und neben den Volkstribunen; seit Mark Aurel gab es dann einen besonderen *praetor tutelarius*, neben dem wiederum die Konsuln weiterhin kompetent blieben<sup>3</sup>.

3. Der behördlich bestellte Vormund konnte die Vormundschaft weder auf andere übertragen, wie im älteren Recht der *tutor legitimus*, noch ihrer nach Belieben entsagen, wie ursprünglich der *tutor testamentarius*; ihm stand nur die Möglichkeit offen, sie unter Berufung auf bestimmte anerkannte Entschuldigungsgründe (*excusationes*) oder unter Benennung eines besser geeigneten (*potioris nominatio*) abzulehnen<sup>4</sup>. Hierin zeigt sich, daß diese Art von Vormundschaft von Anbeginn den Charakter einer öffentlichen Last trug, die dem Berufenen vom Staat zum Wohl des Mündels auferlegt wurde. Insofern bedeutete die Einführung der behördlich geordneten Vormundschaft eine wichtige Epoche in der Umbildung der Tutel zu einem Pflichtrecht.

4. Die weitere Entwicklung ging nun dahin, auch die anderen Erscheinungsformen der Vormundschaft diesem Typus anzunähern. So verlor der *tutor testamentarius* schon im ersten oder zu Beginn des zweiten Jahrhunderts n. Chr. die Befugnis zu beliebiger Ausschlagung der Tutel und wurde genötigt, sich gleich dem behördlich bestellten Vormund unter Angabe von Gründen zu entschuldigen (vgl. Gai. I, 182)<sup>5</sup>. Auf die *tutela legitima* wurde die Möglichkeit einer Entschuldigung von der Tutel wohl erst in nachklassischer Zeit erstreckt<sup>6</sup>, wie denn überhaupt diese Form der Vormundschaft am zähesten ihre Eigenart bewahrte. Immerhin ging auch hier, und zwar vermutlich schon in einem verhältnismäßig frühen Zeitpunkt, eine Besonderheit verloren, nämlich das Recht zur Übertragung der Vormundschaft an Dritte: Gaius kennt es nur noch im Bereich der Frauentutel (Gai. I, 168).

§ 190. Führung der Vormundschaft. 1. Bei der *tutela impuberum* des klassischen Rechts gehörte neben der Vermögensverwaltung auch die Sorge für die Person des Mündels zu den Aufgaben des Vormunds. Freilich nicht in dem Sinne, daß der Vormund verpflichtet gewesen wäre, selbst die Erziehung zu leiten und dem Mündel aus eigenen Mitteln Unterhalt zu gewähren. Aber es lag ihm ob, zu bestimmen, wo der Mündel untergebracht und erzogen werden solle, und er hatte aus dem Mündelgut angemessene Beträge als Unterhalt und für die Erziehung zu erstatten. Die letzte Entscheidung über die Unterbringung und die Bemessung des Unterhalts stand jedoch beim Magistrat (D. 27, 2; Paul. D. 26, 7, 12, 3).

2. Die Verwaltung des Mündelguts (*administratio*) beruhte auch noch in klassischer Zeit auf den gleichen Grundlagen, wie im ältesten Recht. Was ihr indessen ein ganz anderes Gesicht gab, war die Aufsicht des Magistrats. Dieser konnte den Vormund nach seinem Ermessen sowohl zur Führung der vormundlichen Geschäfte zwingen wie ihm die Geschäftsführung entziehen. Er konnte vor der Zulassung zur Geschäftsführung von dem Vormund Sicherheitsleistung zugunsten des Mündels verlangen (*cautio rem pupilli salvam fore*)<sup>1</sup>, und er konnte auch außerhalb des gesetz-

<sup>3</sup> Die Regelung der Zuständigkeit seit Claudius ist bestritten; vgl. zuletzt SOLAZZI: Istituti tutelari 54ff., dessen Ergebnis im Texte angenommen ist. — Außerdem bestand, wie es scheint, in den italischen Landgemeinden eine Zuständigkeit der von Mark Aurel eingesetzten *iuridici*; vgl. fr. Vat. 232, 241. Für das justinianische Recht vgl. I. 1, 20, 4f.; C. 1, 4, 30.

<sup>4</sup> Über *excusatio* und *potioris nominatio* vgl. des näheren WINDSCHEID: Pand. II § 435; VANGEROW: Pand. I 7 504ff.; BRINZ: Pand. III<sup>2</sup> 855ff.; DERNBURG: Pand. III § 46; RUDORFF: Vormundschaft II 43ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. I 432ff.

<sup>5</sup> Diese Entwicklung, die zur Zeit des von Gaius erwähnten Senatsbeschlusses bereits vollzogen war, ist offenbar das Werk der Konsuln, die den *tutor testamentarius* für den Schaden verantwortlich machten, wenn er sich unentschuldigt von der Führung der Vormundschaft zurückzog, vgl. fr. Vat. 155 a. E. So SOLAZZI: Atti Torino 54, 955ff.; Istituti tutelari 12ff. — Die *abdicatione* des *tutor testamentarius* ist als geltendes Recht noch bezeugt durch BGU 1113 (= MITHREIS: Chrest. 169; 14 v. Chr.); die Erwähnung bei Ulp. 11, 17 kann sich nur auf die Frauentutel beziehen.

<sup>6</sup> Vgl. SOLAZZI: Minore età 272ff.

<sup>1</sup> Eine solche Sicherheitsleistung forderte der Magistrat stets von dem *tutor legitimus*, dessen Berufung lediglich auf seinem Verwandtschaftsverhältnis oder seinem Patronatsrecht beruhte,



lichen Rahmens (§ 189, 2) nach Bedarf einen („prätorischen“) Vormund bestellen oder neben den Vormund einen *curator* (§ 192) einsetzen. Im Rahmen dieser magistratischen Aufsicht und auf der Grundlage der zum Schutze des Mündels dienenden Rechtsbehelfe, insbesondere der *actio tutelae*, entwickelte das klassische Recht eine Reihe von festen Grundsätzen für die Führung der vormundschaftlichen Verwaltung: So über die Inventarisierung des Mündelguts (Ulp. D. 26, 7, 7 pr., teilweise itp.), über die Veräußerung verderblicher und entbehrlicher Gegenstände (Ulp. eod. 7, 1; Gai. eod. 13, 1), über die Anlage des Kapitals, die tunlichst in Grundstücken erfolgen sollte (Ulp. eod. 5 pr.; 7, 1 ff.)<sup>2</sup>, über die Verzinsung der in Händen des Vormunds befindlichen Summen (Ulp. eod. 7, 4 ff.) und über die Berichtigung von Verbindlichkeiten und die Einziehung unsicherer Forderungen (Ulp. eod. 9, 1 ff.). Zu solchen Richtlinien, für deren Befolgung der Vormund verantwortlich war, kamen schließlich unmittelbare Beschränkungen seiner Verfügungsmacht, die seiner alten Herrenstellung gegenüber dem Mündelgut tatsächlich ein Ende machten: Praxis und Jurisprudenz stellten den Satz auf, daß der Vormund zu Schenkungen aus dem Mündelgut nicht befugt sei, soweit sie nicht einer üblichen gesellschaftlichen Verpflichtung entsprachen (Paul. D. 26, 7, 12, 2 f.; 22; 46, 7). Vor allem aber verbot eine *oratio* des Septimius Severus (in D. 27, 9, 1, 2; 195 n. Chr.) die Veräußerung und Verpfändung von ländlichen und vor der Stadt gelegenen Grundstücken (*praedia rustica et suburbana*) des Mündels ohne vorherige Erlaubnis des Stadtprätors (an dessen Stelle in den Provinzen der Statthalter trat; Ulp. D. 27, 9, 9)<sup>3</sup>. Konstantin schließlich dehnte diese Vorschrift auf bewegliche und unbewegliche Sachen aller Art aus (C. 5, 37, 22; 326 n. Chr.)<sup>4</sup>. Der Verstoß gegen alle diese Verbote führte zur Unwirksamkeit der vom Vormund vollzogenen Veräußerungshandlungen.

3. Bei allen Arten der Tutel konnte es vorkommen, daß eine Mehrzahl von Personen als Vormünder berufen waren: Im Falle der *tutela legitima* geschah dies immer dann, wenn mehrere gleichnahe Agnaten als Nächstverwandte in Betracht kamen. Testamentarische Vormünder konnten in beliebiger Zahl ernannt werden<sup>5</sup>; und ebenso konnte der Magistrat, wenn er es für gut hielt, mehrere Vormünder

und dessen Eignung zur Führung vormundschaftlicher Geschäfte darum nicht irgendwie gewährleistet war. Dagegen brauchte der *tutor testamentarius*, der durch das besondere Vertrauen des Testators berufen war, keine Kautionsleistung; doch erhielt unter mehreren testamentarischen Vormündern bei der Erteilung der Geschäftsführung derjenige den Vorzug, der sich freiwillig zur Sicherheitsleistung erbot. Der magistratisch bestellte Vormund brauchte im Regelfalle wohl ebenfalls keine Sicherheit zu leisten, da ihn der Magistrat nach seiner Eignung aussuchen konnte (hierzu s. SOLAZZI: Studi sulla tutela I 34, Anm. 1). Vgl. Gai. I, 199f.; Ulp. D. 26, 4, 5, 1; D. 26, 2, 17 pr. — Über die Gestaltung des Edikts über die Sicherheitsleistung und des Kautionsformulars vgl. LENEL: Ed. perp. 3 316f., 640f. S. ferner SOLAZZI: Istituti tutelari 88ff. (hält die *satisfactio voluntaria* des *tutor testamentarius* für eine prätorische, die *satisfactio necessaria* des *tutor legitimus* für eine konsularische Schöpfung und schlägt, S. 127ff., eine von LENEL abweichende Fassung des Kautionsformulars vor; gegen dies letzte vgl. KUNKEL: ZSt. 50, 641).

<sup>2</sup> Die Kapitalanlage in Grundbesitz erschien bei den antiken Kreditverhältnissen sicherer als das Ausleihen von barem Geld; man bedenke die Unzulänglichkeit des römischen Realkredits (vgl. § 132, Anm. 2) und die hohe Verzinsung (§ 112, 4), die auf ein starkes Risiko des Geldgebers schließen läßt. Vgl. auch das Verbot zur Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke (s. u. i. Text).

<sup>3</sup> Die Genehmigung des Magistrats war nicht erforderlich, wenn die *parentes* des Mündels die Veräußerung letztwillig angeordnet hatten, oder wenn es sich um die vom Mitberechtigten des Mündels betriebene Auseinandersetzung einer Gemeinschaft handelte. Auch blieb den bei Beginn der Vormundschaft vorhandenen Pfandgläubigern ihr Recht zur Befriedigung unbenommen. Vgl. den Text der *oratio*.

<sup>4</sup> Auch hier liegen wirtschaftliche Motive zugrunde: die seit dem dritten Jahrhundert mehr und mehr vordringende Geldentwertung ließ die Erhaltung der Sachwerte im Mündelgut unter allen Umständen notwendig erscheinen.

<sup>5</sup> Gelegentlich machte der Erblasser von dieser Möglichkeit Gebrauch, um gewisse Personen durch die Ernennung zu ehren, ohne ihnen jedoch die Last des vormundschaftlichen Amtes auferlegen zu wollen. Solche *tutores honoris causa dati* waren von vornherein von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Vgl. LEVY: ZSt. 37, 71ff. (mit weiterer Lit.).

berufen. Die Tendenz der klassischen Praxis ging indessen dahin, wenigstens die Geschäftsführung tunlichst in der Person eines einzigen Vormunds zu konzentrieren; der Prätor konnte zu diesem Zweck die mehreren Vormünder zu einer Vereinbarung zwingen oder auch unmittelbar die Geschäftsführungsmacht auf einzelne beschränken (Ulp. D. 26, 7, 3, 7). Mitunter freilich mochte sich auch die Geschäftsführung mehrerer Tutoren mit getrenntem Wirkungsbereich als zweckmäßig erweisen (Ulp. eod. 3, 9 u. 4), insbesondere dann, wenn das Mündelgut räumlich weit verstreut war<sup>6</sup>.

**§ 191. Ansprüche aus der Vormundschaft.** Das Hervortreten der Pflichtseite in der Vormundschaft spiegelt sich besonders deutlich in der Entwicklung der vormundtschaftlichen Klagen.

1. Die *actio rationibus distrahendis* und die *accusatio suspecti tutoris* (§ 188, 4) blieben erhalten; ihr Anwendungsbereich wurde sogar erweitert: Während jene sich ursprünglich wohl nur gegen den ungetreuen *tutor legitimus*, diese nur gegen den ungetreuen Testamentsvormund richtete, standen sie im justinianischen Recht beide gegen Vormünder aller Art zur Verfügung (D. 26, 10, 1, 5; D. 27, 2, 1, 19). In welchem Umfang diese Ausdehnung bereits dem klassischen Recht angehört, ist freilich zweifelhaft<sup>1</sup>.

2. Neben ihnen erwuchs schon in republikanischer Zeit ein weiterer Rechtsbehelf, in dem die Pflichtseite der Vormundschaft ihren vollkommensten Ausdruck fand und der darum im Mittelpunkt der weiteren Entwicklung zu stehen berufen war. Schon Q. Mucius kannte diese Klage, die *actio tutelae*<sup>2</sup>, als ein *iudicium bonae fidei* (Cic. de off. 3, 70). Sie gründete sich nicht auf die bloße Tatsache der Berufung zur Vormundschaft, sondern auf die Führung vormundtschaftlicher Geschäfte (*gestio*); sie war also eine Geschäftsführungsklage gleich der *actio negotiorum gestorum* und der *actio mandati* (§§ 139; 154). Wie diese konnte sie erst nach Beendigung der Geschäftsführung erhoben werden. Sie stand dem Geschäftsherrn, d. h. dem Mündel, zu und richtete sich auf Erstattung alles dessen, was dem Mündel nach Treu und Glauben gebührte. In diesem elastischen Rahmen konnte das spätrepublikanisch-klassische Recht die dem Vormund obliegenden Einzelpflichten frei entwickeln; auf dem Prinzip der *bona fides* beruhte insbesondere auch die klassische Gestaltung der Haftung für Schäden, die dem Mündel durch Handlungen oder Unterlassungen des Vormunds erwachsen waren<sup>3</sup>. Diese Haftung war im voll entwickelten klassischen Recht verhältnismäßig streng — und darin kommt die Pflichtseite der Vormundschaft, das *officium tutoris*, nachdrücklich zur Geltung: Der Vormund stand nicht etwa nur für

<sup>6</sup> Über die Haftung mehrerer Vormünder vgl. § 191, 3.

<sup>1</sup> Für nachklassischen Ursprung der Ausdehnung beider Rechtsbehelfe: SOLAZZI: *Curator impuberis* 50ff.; Rend. Ist. Lomb. 53, 366; Istituti tutelari 207, Anm. 1; BONFANTE: Corso dir. rom. I 449, bes. Anm. 3 (bezügl. der *accusatio susp.*), — SOLAZZI: Rend. Ist. lomb. 50, 178; BONFANTE: Corso dir. rom. I 453, Anm. 2 (bezügl. der *actio rationibus distr.*; anders SIBER: Röm. R. II 319). Der Bearbeiter ist von der sachlichen Unechtheit der entscheidenden (im Text genannten) Quellenstellen nicht überzeugt. — Über die Annahme von TAUBENSCHLAG (Vormundschaftsrechtl. Studien 27ff.) und SOLAZZI (zuletzt Istituti tutelari 207ff.), daß es im klassischen Recht neben der *accusatio suspecti tutoris* noch eine besondere *remotio* wegen doloser Verfehlungen gegeben habe, vgl. KUNKEL: ZSt. 50, 642 mit weiterer Lit.

<sup>2</sup> Über die Prozeßformel s. LENEL: Ed. perp. 3 318. — Die zuerst von SOLAZZI: Rend. Ist. lomb. 53, 128 aufgestellte, von BONFANTE: Corso dir. rom. I 455 und SIBER: Röm. R. II 318 übernommene Behauptung, daß sich die *actio tutelae* ursprünglich nur auf den behördlich bestellten Vormund bezogen habe, halte ich nicht für wahrscheinlich. Ebensowenig glaube ich, daß der *tutor legitimus* noch in klassischer Zeit nur im außerordentlichen Verfahren (der *extraordinaria cognitio*, vgl. u. WENGER: § 20) analog der *actio tutelae* belangt werden konnte; vgl. SOLAZZI: Istituti tutelari 243ff. u. dazu KUNKEL: ZSt. 50, 642f.

<sup>3</sup> Das Folgende beruht auf den Untersuchungen von LAURIA: Studi Riccobono III 3ff. (dort 5, Anm. 8—12 ausführliche Literaturangaben). — Da im Formular der *cautio rem pupilli salvam fore* (§ 190, bes. Anm. 1) *intentio* und *demonstratio* der *actio tutelae* enthalten waren (LENEL: Ed. perp. 3 540f.; anders SOLAZZI: Istituti tutelari 128ff., hiergegen KUNKEL: ZSt. 50, 641; LAURIA: Studi Riccobono III 23, Anm. 95), galten die dort entwickelten Haftungsgrundsätze auch im Rahmen einer auf die *cautio* gegründeten Klage.

vorsätzliche Schädigung ein, wie man behauptet hat<sup>4</sup>, vielmehr hatte er umgekehrt das Risiko der Geschäftsführung zu tragen (*periculo suo esse*), soweit nicht Treu und Glauben seine Entlastung forderten<sup>5</sup>. Erst in spätklassischer Zeit scheint man diese von objektiven Kriterien aus entwickelte Haftungsabgrenzung mit dem Begriff der *culpa* umschrieben zu haben<sup>6</sup>. — Das besondere Treuverhältnis zwischen Vormund und Mündel bewirkte, daß die Verurteilung auf Grund der *actio tutelae* eine Minderung der bürgerlichen Ehre (*infamia*) nach sich zog (Ed. perp. in D. 3, 2, 1).

3. Besonderes galt für die Haftung solcher Vormünder, die sich der Geschäftsführung ganz entzogen hatten, und für die Verantwortlichkeit mehrerer Mitvormünder. Da die *actio tutelae* ihrem Wesen nach auf der Geschäftsführung beruhte, konnte sie gegen den Vormund, der überhaupt nicht geriert hatte (*tutor cessans*), nicht wirksam werden<sup>7</sup>. Gegen ihn vermochte in früh- und hochklassischer Zeit lediglich der Magistrat mit einem Zwang zur Geschäftsführung einzuschreiten (Ulp. D. 26, 7, 1 pr.). Seit Mark Aurel wurde dann der *tutor cessans*, der sich nicht binnen fünfzig Tagen entschuldigte, ohne weiteres für den Schaden verantwortlich gemacht (*actio tutelae utilis*; vgl. Ulp. fr. Vat. 155f.; D. 26, 7, 1 pr. u. 1; Paul. D. 23, 2, 60, 3). Waren neben ihm jedoch Mitvormünder vorhanden, die geriert hatten, so haftete er nur subsidiär hinter ihnen (Pap. D. 26, 7, 37, 11; Diocl. u. Maximian C. 5, 52, 3). Vormünder, die als *tutores honorarii* oder kraft der Verteilung der Geschäftsführungsbefugnisse von der *gestio* ausgeschlossen waren, hafteten in klassischer Zeit überhaupt nicht; erst das justinianische Recht hat im Interesse einer stärkeren Sicherung des Mündels auch ihnen die subsidiäre Haftung auferlegt<sup>8</sup>.

4. Als *iudicium contrarium* (vgl. § 130, 2) diente die *actio tutelae* auch dem Vormund zur Geltendmachung seiner Ansprüche auf Ersatz von Auslagen, die er im wohlverstandenen Interesse des Mündels auf sich genommen hatte<sup>9</sup>.

## B. Tutela mulierum.

§ 192. 1. Die Vormundschaft über erwachsene Frauen bot schon in der jüngeren Republik ein Bild des Verfalls. In einer Zeit, in der die Geschlossenheit des alten Familienverbands verloren ging, in der die ehemännliche Gewalt aus der Regel mehr und mehr zur Ausnahme wurde, und in der die Frau sich auch im Wirtschaftsleben freier zu bewegen begann, konnte die Frauentutel nur noch als lästige Fessel empfunden werden.

<sup>4</sup> MITTENS: Röm. Privatr. I 325ff. und die anderen bei LAURIA: Studi Riccobono III 5, Anm. 11, Genannten, aber auch BONFANTE: Corso dir. rom. I 458; SIBER: Röm. R. II 319. — Richtig dürfte sein, daß die Haftung aus der *actio tutelae* wie bei den anderen *bonae fidei iudicia* ursprünglich von der treuwidrigen Schädigung ausgegangen ist (vgl. § 109, 2b).

<sup>5</sup> Hiermit durchaus vereinbar sind eine Reihe von Quellenstellen, die von dem Vormund *fidem et diligentiam* forderten; vgl. Gai. 1, 200; Pomp. D. 27, 5, 4 u. die anderen bei KUNDEL: ZSSt. 45, 287, Anm. 1, genannten Zeugnisse. Die Hinzufügung der *diligentia* zu der im *bonae fidei iudicium* selbstverständlichen *fides* zeigt, wie die Entwicklung über die Haftung für bloße Treuwidrigkeit im engeren Sinne hinausgriff, s. o. Anm. 4. Im nachklassisch-justinianischen Recht boten diese Stellen die Grundlage für die Eingliederung der vormundschaftsrechtlichen Haftung in ein allgemeines System der Verschuldens- und Sorgfaltshaftung, vgl. § 110, 2 u. u. Anm. 6.

<sup>6</sup> Vermutlich war es Papinian, von dem diese neue Formulierung ausging; vgl. z. B. D. 26, 7, 39, 2, 3 u. 7, dazu KUNDEL: ZSSt. 45, 291, Anm. 3; LAURIA: Studi Riccobono III 30ff. — Die Einführung des *culpa*-Begriffs ist der zweite Ansatzpunkt für die nachklassische Systematik der vormundshaftlichen Haftung, deren Zeugnisse übrigens widersprüchlich sind; vgl. vor allem D. 27, 3, 1 pr. (*diligentia quam suis*) und D. 50, 17, 23 (*diligentia* schlechthin).

<sup>7</sup> Man dehnte darum zunächst den Begriff des *gerere* möglichst weit aus; grundsätzlich genügte jeder einzelne Geschäftsführungsakt, um die Verantwortlichkeit des Vormunds auch für alle nachfolgenden Unterlassungen zu begründen; vgl. LEVY: ZSSt. 37, 19f.

<sup>8</sup> Grundlegend über die Haftung mehrerer Vormünder LEVY: ZSSt. 37, 14ff., dem auch BONFANTE: Corso dir. rom. I 464ff. im wesentlichen folgt.

<sup>9</sup> Vgl. LENEL: Ed. perp. 3 318f. (gegen PARTSCH: Studien zur negotiorum gestio I 47f., der die Existenz einer besonderen Konträrformel leugnet; s. auch § 130, Anm. 4).

2. Darum blieb die *tutela mulierum* im wesentlichen unberührt von dem Umgestaltungsprozeß, der die Vormundschaft über Unmündige zu einem fremdnützigem Verwaltungsrecht mit stark betonter Pflichtseite werden ließ. Der *tutor mulieris* verlor im Gegenteil frühzeitig jede Befugnis zur Sorge für die Person und zur eigenen Verwaltung des Vermögens; was ihm blieb, war lediglich die Mitwirkung bei Rechtsgeschäften der Frau (Gai. I, 190; Ulp. II, 25). Einer solchen Mitwirkung, der *auctoritas tutoris* (§ 188, 3), bedurfte die Frau allerdings gerade bei Geschäften von besonderer Wichtigkeit: so zur Veräußerung von *res Mancipi*, zu allen Verpflichtungsgeschäften, zur *acceptilatio* (§ 122, 2), zur Testamentserrichtung, zum Erbschaftsantritt und zur Freilassung von Sklaven (Gai. I, 192; Ulp. II, 22). Indessen konnte sie in klassischer Zeit die Erteilung der *auctoritas* ohne Rücksicht auf den Willen des Vormunds mit Hilfe des Prätors erzwingen (Gai. I, 190 a. E.)<sup>1</sup>, und damit wurde die Tätigkeit des Vormunds zur reinen Formalität ohne jede Daseinsberechtigung: *feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur* (Gai. I, 190).

3. Die Berufung zur Frauenvormundschaft beruhte auf den gleichen Grundsätzen wie bei der *tutela impuberum*: neben der *tutela legitima* der Agnaten und Gentilen stand die testamentarische Vormundschaft und die magistratische Tutel auf Grund der *lex Atilia*. Trotzdem spiegelt sich die Entwicklung der Frauenvormundschaft auch hier in besonderen Bildungen:

a) Schon in republikanischer Zeit konnte der Gewalthaber der Frau nicht nur eine bestimmte Person für den Fall seines Todes zum Vormund bestellen, sondern der Frau auch die Wahl eines Vormunds freigegeben (*tutela optiva*; Gai. I, 150ff.), einmal oder selbst zu wiederholten Malen; im letzten Fall hatte die Frau die Möglichkeit, den selbstgewählten Vormund wieder zu beseitigen und durch einen anderen zu ersetzen.

b) Ein Wechsel des Vormunds nach den Willen der Frau war auch sonst möglich: Die Kautelarjurisprudenz der jüngeren Republik fand den Weg dazu in einer *coemptio fiduciaria*: die Frau begab sich *fiduciae causa* in die ehemännliche Gewalt eines Dritten<sup>2</sup>, natürlich, ohne in Wahrheit seine Gattin zu werden, und dieser Dritte übertrug sie in das *mancipium* desjenigen, der die Vormundschaft übernehmen sollte. Wenn dieser sie dann aus dem *mancipium* entließ, erwarb er als Quasipatron die *tutela legitima* (*tutor fiduciarius*; Gai. I, 166).

4. In der Kaiserzeit begann die Frauentutel allmählich zu verschwinden. Zunächst befreite die augusteische Ehegesetzgebung (*lex Iulia* und *lex Papia Poppaea*, vgl. § 173) freigeborene Frauen mit mindestens drei und freigelassene Frauen mit mindestens vier Kindern schlechthin von der Vormundschaft (Gai. I, 145)<sup>3</sup>. Sodann hob eine *lex Claudia* die *tutela legitima* der Agnaten auf (Gai. I, 157; Ulp. II, 8). Im übrigen bestand die Frauenvormundschaft noch bis in den Anfang der nachklassischen Periode: zur Zeit Diokletians war sie noch geltendes Recht (vgl. fr. Vat. 325). Danach aber muß sie bald verschwunden sein: schon der *codex Theodosianus* weiß nichts mehr von ihr<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Nur bei der *tutela legitima* des Patrons über seine Freigelassene war dieses Recht der Frau durch das Erfordernis eines wichtigen Grundes beschränkt (Gai. I, 192).

<sup>2</sup> Dazu bedurfte sie allerdings der *auctoritas* ihres bisherigen Vormunds; aber diese konnte mit Hilfe des Prätors erzwungen werden (s. o.).

<sup>3</sup> Zahlreiche urkundliche Zeugnisse: vgl. z. B. BRUNS: Fontes I 7 Nr. 137 (*Stitia Irene* mancipiert ein Grundstück ohne Vormund „*ius liberorum habens*“; in Nr. 138 hingegen handelt *Iulia Monime* „*tutore C. Memmio Orione*“); Papyrusurkunden s. bei KÜBLER: ZSSt. 30, 175ff.; MEYER, P. M.: Jur. Pap. Nr. 14, Anm. zu Z. 6f.; ZSSt. 48, 602.

<sup>4</sup> Über justinianische Interpolationen zwecks Austilgung der Geschlechtvormundschaft in der klassischen Rechtsliteratur vgl. SOLAZZI: Studi sulla tutela I 16ff.

## Viertes Kapitel.

## Pflehschaft.

§ 193. 1. Der Vormundschaft nahe verwandt war die Pflehschaft über gewaltfreie Personen (*cura*; Ulp. 12). Sie hat auch eine ähnliche Entwicklung durchlaufen wie jene: In ihren älteren Erscheinungsformen war sie zunächst ein reines Herrschaftsrecht<sup>1</sup>, das dem Pfleger (*curator*) ebensowohl im Interesse der Gesamtfamilie wie im Interesse des Pfleglings zustand; dann trat, schneller und entschiedener noch als bei der Vormundschaft, die Pflichtseite in den Vordergrund, und die Pflehschaft wurde zu einem unter behördlicher Aufsicht stehenden Amt.

2. Die ältesten Anwendungsfälle der Pflehschaft sind die *cura furiosi* und die *cura prodigi*<sup>2</sup>: Schon nach den Zwölftafeln (tab. V 7) standen Geisteskranke (§ 51, 2) und entmündigte Verschwender (§ 51, 3) in der Gewalt ihrer Agnaten und Gentilen (*cura legitima*). Wie bei der Vormundschaft ist dies wohl so zu verstehen, daß die Pflehschaft zunächst dem *proximus agnatus* zufiel und erst beim Fehlen von Agnaten die Gentilen berufen waren. Fehlte es an einem *curator legitimus* oder erwies er sich als untauglich, so erwählte und bestellte der Magistrat den Pfleger (*curator honorarius*; vgl. Gai. D. 27, 10, 13). Eine testamentarische Berufung zum *curator* gab es nicht; doch pflegte der Magistrat den letzten Willen des Gewalthabers bei der Auswahl des Pflegers zu berücksichtigen (Tryph. D. 27, 10, 16 pr.; Mod. D. 26, 3, 1, 3). Von der alten Gewalt des *curator furiosi* über die Person des Geisteskranken ist in klassischer Zeit kaum mehr die Rede<sup>3</sup>; seine Amtsführung beschränkte sich offenbar im wesentlichen auf die Vermögensverwaltung. Dasselbe gilt natürlich erst recht vom *curator prodigi*<sup>4</sup>.

3. Anders als die *cura furiosi* und die *cura prodigi* trug die wesentlich jüngere Pflehschaft über Minderjährige (*cura minorum*)<sup>5</sup> von vornherein den Charakter eines lediglich im Interesse des Pfleglings geschaffenen Amtes. Dem entspricht es, daß es in ihrem Bereich eine gesetzliche Berufung der Agnaten und Gentilen niemals gegeben hat: der *curator minoris* wurde stets vom Magistrat erwählt und ernannt.

a) Den Ausgangspunkt für die Entwicklung der *cura minorum* bildete die um 200 v. Chr. ergangene *lex Plaetoria*<sup>6</sup>. Sie bedrohte denjenigen, der einen noch

<sup>1</sup> Vgl. XII tab. V 7a: *adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*; ferner Ulp. D. 27, 10, 1: *in potestate curatorum* (echt?); Antonius Pius in D. 26, 5, 12, 2: *regat*. Auch der Name *cura* zeigt den ursprünglichen Charakter als Herrschaftsrecht: altlat. *coera*, verw. mit griech. *κόλαρος*. — Über das Verhältnis zwischen *cura* und Tutel vgl. DE VISSCHER: *Etudes de droit rom.* 7ff.: *cura* sei gegenüber der Tutel eine außerordentliche Gewalt, die von Hause aus nur in abnormen Fällen (Geisteskrankheit, Verschwendungssucht) Platz gegriffen habe.

<sup>2</sup> Lit. zur *cura furiosi* u. *prodigi*: AUDIBERT: NRH 14, 521 ff. (*c. prodigi*); 15, 310 ff. (*c. legitima*); 16, 5 ff. (testamentar. Berufung des *curator prodigi*); *Etudes sur l'hist. du dr. rom.* I, La folie et la prodigalité, 1892; APPLETON: *Rev. gén. du dr.* 17, 136 ff., 222 ff. (zu den Arbeiten von AUDIBERT); MITTEIS: *Sb.* Leipzig 62, 264 ff. (*c. prodigi*); PFAFF: *Z. Gesch. d. Prodigalitätserkl.*, 1911; SOLAZZI: *Rend. Ist. lomb.* 55, 381 ff.; *Studi Bonfante* I 47 ff. (beides zur *c. prodigi*); DE VISSCHER: *Etudes de dr. rom.* 21 ff. (*c. prodigi*); BONFANTE: *Corso dir. rom.* I 473 ff.; SIBER: *Röm. R.* II 322 ff.

<sup>3</sup> Iul. D. 27, 10, 7 pr. besagt, daß sich der *curator* auch um die Person und das Ergehen des Geisteskranken zu kümmern habe; Echtheit bezweifelt, vgl. Index interp.

<sup>4</sup> Für Rechtsgeschäfte des *curator* galt das Prinzip der mittelbaren Vertretung (§ 58, 2); daß eigene Geschäfte des Verschwenders durch Zustimmung des Pflegers wirksam werden konnten (so u. a. JÖRS i. d. Vorauf. 215), ist nicht bezeugt.

<sup>5</sup> Lit.: SOLAZZI: *Minore età*, 1913; *Atti Ist. veneto* 75, 2, 1599 ff.; PARTSCH: *Studien z. negotiorum gestio* I 72 ff.; DE FRANCISCI: *Saggi romanistici* I 1 ff.; LENEL: *ZSSt.* 35, 129 ff.; ALBERTARIO: *Studi di dir. rom.* I 407 ff., 427 ff., 475 ff., 499 ff., 511 ff.; BONFANTE: *Corso dir. rom.* I 491 ff.; SIBER: *Röm. R.* II 325 ff.

<sup>6</sup> So offenbar richtig *lex Iulia municipalis* 112 (BRUNS: *Fontes I* 7 108). Später findet sich regelmäßig die Form *Laetoria*: *fragmentum de formula Fabiana* 4; *hist. Aug. v. Marci* 10; *Papyr. BGU* 378, 21 (MRTTEIS: *Chrest.* Nr. 60); *Papyr. Oxy.* 1274, 13. — Für die Datierung maßgebend sind *Plaut. Pseud.* 303 f., *Rud.* 1381 f. — Lit. bei ROTONDI: *Leges publ. populi rom.* 271 f., dazu DEBRAY: *Mélanges Girard* I 265 ff.

nicht Fünfundzwanzigjährigen (*minor XXV annorum*; vgl. § 51, 2) unter Ausnützung seiner Unerfahrenheit oder seines Leichtsinns geschäftlich übervorteilt hatte, wie es scheint, mit einem Deliktsanspruch und einer Popularklage (§ 118, 3 a. E.)<sup>7</sup>. Nur dann traten diese Folgen nicht ein, wenn ein vom Prätor bestellter Pfleger dem Geschäft des Minderjährigen zugestimmt hatte<sup>8</sup>. Anders als im Falle der *auctoritas tutoris* bedurfte es nicht einer Mitwirkung des Pflegers bei dem Rechtsgeschäft selbst; es genügte vielmehr, wenn der *curator* sein Einverständnis in beliebiger Weise vorher oder nachher erklärt hatte.

b) Der von der *lex Plaetoria* geschaffene Schutz des Minderjährigen wurde durch das Honorarrecht weiter fortgebildet. Einmal gewährte der Prätor dem Minderjährigen, wenn er von seinem Geschäftsgegner belangt wurde, eine *exceptio legis Plaetoriae* (Paul. D. 44, 1, 7, 1); außerdem aber schuf er eine *restitutio in integrum propter minorem aetatem* (D. 4, 4, 1, 1), die nicht nur bei wissentlicher Ausbeutung gewährt werden konnte, sondern auch dann, wenn nur objektiv der Tatbestand einer Übervorteilung vorlag.

c) Der Pfleger wurde dem Minderjährigen nicht aufgedrungen; er mußte von ihm erbeten werden. In der Kaiserzeit konnte auch der Prozeßgegner des Minderjährigen von sich aus die Bestellung eines Pflegers beantragen (Caracalla C. 5, 31, 1). In einen wie im andern Falle bedurfte der Antrag ursprünglich besonderer Begründung. Erst Mark Aurel traf die Bestimmung, daß auf Nachsuchen der Minderjährigen auch ohne Angabe von Gründen ein Pfleger zu bestellen sei (Hist. Aug. v. Marci 10). Diese Neuerung war offenbar von weittragender Bedeutung für die Entwicklung der *cura minorum*. Nun erst wurde sie aus einer Pflegerchaft für spezielle Angelegenheiten zu einer allgemeinen und dauernden Fürsorge für die Vermögensinteressen des Minderjährigen, und es wurde mehr und mehr zur Regel, daß dem Minderjährigen ein *curator* zur Seite stand. Obligatorisch allerdings ist die *cura minorum* im Altertum nie geworden; noch unter Justinian trat sie nur auf Antrag ein<sup>9</sup>. Seit Mark Aurel werden auch die Befugnisse des Pflegers keineswegs auf die beratende und genehmigende Mitwirkung bei den Rechtsgeschäften des Minderjährigen beschränkt geblieben sein: vielmehr ist unverdächtig bezeugt, daß ihm auch die Verwaltung des Vermögens des Minderjährigen unmittelbar oblag oder zum mindesten obliegen konnte<sup>10</sup>. So begann sich die *cura minorum* schon in klassischer Zeit der *tutela impuberum* anzunähern. Das nachklassische Recht zog die Parallele noch stärker; zu einer begrifflichen Vereinigung beider Institute ist es jedoch auch im justinianischen Recht nicht gekommen.

4. Neben den bisher genannten Pflegerchaften standen noch andere Fälle: so die Pflegerchaft für Gebrechliche, die ihre Vermögensangelegenheiten nicht selbst besorgen konnten, (*cura debilium personarum*)<sup>11</sup>; ferner die *cura impuberis*<sup>12</sup>,

<sup>7</sup> Die *lex Iulia municipalis* 112 unterscheidet eine *condemnatio lege Plaetoria* und eine *condemnatio quod adversus eam legem fecerit*. Vgl. auch Cic. de nat. deor. 3, 74: *iudicium publicum rei privatae*. Dazu SAVIGNY: Verm. Schr. II 333ff.; JHERING: Geist d. röm. R. III 118ff.; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II 307; GIRARD: ZSt. 14, 25, Anm. 3; DEBRAY: (s. o. Anm. 6) 305ff.

<sup>8</sup> Ob das Gesetz selbst den *curator* vorsah, oder ob ihn erst der Prätor im Anschluß an das Gesetz einführt, ist ungewiß; das letzte ist trotz v. Marci 10 wahrscheinlicher.

<sup>9</sup> I. 1, 23, 2; SIBER: Röm. R. II 326 behauptet, daß Gordian C. 5, 31, 7 dem *tutor impuberis* zur Pflicht gemacht habe, den Mündiggewordenen zum Antrag auf Pflegerbestellung zu veranlassen. Die Konstitution will indessen dem Vormund lediglich den Weg zeigen, wie er möglichst rasch und ohne die Folgen der *lex Plaetoria* fürchten zu müssen, zur Rechnungslegung über seine Amtsführung und damit zur Entlastung kommen könne.

<sup>10</sup> Sehr bestritten. Vgl. die Lit. in o. Anm. 5. Der Text folgt der Ansicht von LENEL und SIBER. Anders PARTSCH, SOLAZZI, ALBERTARIO, BONFANTE u. a. Immerhin gibt BONFANTE: 498, Ziff. 7 die Möglichkeit einer Verwaltung durch den *curator* zu; sie sei dann aber als *negotiorum gestio* und nicht als Ausübung der *cura* im eigentlichen Sinne zu verstehen.

<sup>11</sup> Ulp. D. 3, 1, 3, 3 (Taube und Stumme), Paul. u. Ulp. eod. 4 u. 5 (andere Gebrechliche).

<sup>12</sup> TAUBENSCHLAG: Vormundschaftsrechtl. Studien 47ff.; SOLAZZI: *Curator impuberis*, 1917; BONFANTE: Corso dir. rom. I 487ff.

die bei Behinderung oder mangelnder Eignung<sup>13</sup> des Vormunds angeordnet werden konnte.

5. Für die Ansprüche zwischen Pfleger und Pflingling standen besondere Klagformeln nicht zur Verfügung; sie wurden mit den Formeln der *actio negotiorum gestorum* geltend gemacht (Paul. D. 27, 3, 4, 3; Ulp. D. 27, 3, 13 a. E.)<sup>14</sup>.

## Sechster Teil.

# Erbrecht<sup>1</sup>.

## Erstes Kapitel.

### Geschichtliche Grundlegung<sup>2</sup>.

§ 194. 1. Den Ausgangspunkt der Erbrechtsentwicklung wird, wie anderwärts, so auch in Rom, die „gesetzliche“ Erbfolge der Hausgenossen (*sui heredes*) gebildet haben: Mit dem Tode des *pater familias* zerfiel der Familienverband in so viele neue Gewaltverhältnisse, als Stämme der Deszendenz vorhanden waren, und die Herr-

<sup>13</sup> Vgl. LEVY: ZSSt. 37, 35 Anm. 1.

<sup>14</sup> Vgl. dazu WLASSAK: *Negotiorum gestio* 85ff.; ALIBRANDI: Bull. 2, 151ff.; PARTSCH: Studien z. *negotiorum gestio* I 35ff.; PETERS: ZSSt. 32, 273ff.; LENEL: Ed. perp. 3 319f.

<sup>1</sup> VERING: Röm. Erbr., 1861; KÖPPEN: Syst. d. heut. röm. Erbr., 1862—4; Lehrb. d. heut. röm. Erbr., 1886—95; FADDA: *Concetti fondamentali di dir. ereditario rom.* (2 Bde, 1900—7); SCIALOJA: *Dir. ered. rom.* I, 1914; BONFANTE: *Corso dir. rom.* VI (Le successioni, parte generale); SEGRÈ, A.: *Ricerche di dir. ered. rom.* (1930; Grundbegriffe namentlich des älteren Erbrechts, Rechtsvergleichung); SOLAZZI: *Dir. ered. rom.* (2 Bde, 1932/3; nur allgemeine Lehren). Vgl. auch MANGK: RE 8, 622ff. (*hereditarium ius*).

<sup>2</sup> Wesen und Vorgeschichte des römischen Erbrechts sind Gegenstand zahlreicher, einander vielfach widerstreitender Hypothesen. Einen Überblick über die älteren Erbrechtstheorien vermittelt v. WOESS: *D. röm. Erbr. u. d. Erbanwärter* 2ff., 1911. Von tiefem Einfluß auf die jüngere Forschung waren die Arbeiten von BONFANTE, jetzt gesammelt in *Scr. giur. var. I*; Darstellung und Kritik der Hauptgesichtspunkte bei RABEL: ZSSt. 50, 295ff. Nach BONFANTE ist die römische Erbfolge ihrem Wesen nach ursprünglich eine Nachfolge in die als politische Gewalt gedachte Herrschaftsmacht des Hauptes einer agnatischen Großfamilie oder (so zuletzt, vgl. *Corso VI* 87f.) des Hauptes der *gens*; der Erwerb des hinterlassenen Vermögens durch den Erben ist nur eine Folge dieser Nachfolge in die „Souveränität“; das Testament gehört bereits dem Urrecht an und diente ursprünglich der Auswahl des Nachfolgers unter den Gewaltunterworfenen. Von diesen Grundgedanken aus deutet BONFANTE den gesamten Aufbau des römischen Erbrechts der geschichtlichen Zeit. — Der Erbrechtstheorie BONFANTES folgt die Mehrzahl der italienischen Forscher (immerhin scheint die Zahl der Gegner auch in Italien zu wachsen; vgl. z. B. PEROZZI: *Ist. II* 2 442ff.; ARANGIO-RUIZ: *Le genti e la città*, Progr. Messina 1914; *Ist.* 3 489ff.; COLI: *Lo sviluppo delle varie forme di legato* 32ff.; SEGRÈ, A.: *Ricerche di dir. ered. rom.*, bes. 100ff.). Die deutsche Forschung dagegen zeigt der Lehre BONFANTES gegenüber starke Zurückhaltung und teilweise ganz andere Grundvorstellungen; so vertritt insbes. LENEL: *Essays in legal history* 120ff., 1913; ZSSt. 37, 129ff. die Meinung, daß das Vermögen, und zwar nicht als abstrakte Einheit, sondern in seiner konkreten Erscheinung als eine Summe von einzelnen Gegenständen, den ursprünglichen Inhalt der Erbfolge gebildet habe („materialistische“ Erbrechtstheorie); das Testament ist nach LENEL sekundär und diente ursprünglich nur der Vergabung einzelner Nachlaßgegenstände (der Verteilung des Nachlasses, Legatentestament). Der Auffassung LENELS steht nahe KOROŠEC: *D. Erbenhaftung nach röm. R. I* (Leipz. rechtswiss. Stud. 29) 12ff., bes. 21ff., der im übrigen die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten als eine junge Neubildung dartun will (gegen ihn BONFANTE: *Arch. giur.* 100, 129ff.; RABEL: ZSSt. 49, 580ff.). Dagegen stimmen SBERER *Röm. R. II* 328ff.; *Acta Academiae universalis iurisprudentiae comparativae* I 986ff. und RABEL: *Grundzüge d. röm. Privatr.* 517ff.; ZSSt. 50, 295ff., insoweit mit BONFANTE überein, als sie die Nachfolge in die Familiengewalt als Ausgangspunkt der Erbfolge ansehen; im übrigen schlagen sie jedoch in weitem Umfang andere Wege ein. Ihnen verwandt auch MITTEIS: *Röm. Privatr.* I 93ff., der aber mehr den engen Familienexus zwischen Eltern und Kindern, die „transzendente Vorstellung der Unsterblichkeit des Individuums in seinem Samen“ als Grundprinzip des römischen Erbrechts in den Vordergrund stellt.

schaft über Personen und Sachen verteilte sich auf die Häupter der neuentstandenen Teilfamilien; zugleich gingen auch gewisse mit der Familiengewalt verbundene Lasten und Rechte auf die neuen Gewalthaber über: die Pflichten des Hauskults (*sacra*), die Treuverhältnisse zu den Freigelassenen, Klienten (§ 41, 1 u. 7) und Gastfreunden (34, 1)<sup>3</sup> und vermutlich auch die Schulden, für die der Erblasser als Familienhaupt eingestanden hatte (§ 220). Somit war die Erbfolge der *sui heredes* von Hause aus nichts anderes als das Erstarken des schon bei Lebzeiten des alten *pater familias* latent vorhandenen Mitrechts der nächsten Nachkommen zur vollen Hausgewalt über ihre eigenen Frauen und Abkömmlinge und über ihren Anteil am Hausvermögen<sup>4</sup>. Spuren dieser alten Gewaltnachfolge haben sich im Erbrecht der *sui heredes* noch bis in die helle geschichtliche Zeit hinein erhalten (vgl. § 211). Im übrigen aber hat sich der Begriff der Erbfolge frühzeitig verengert. Statt der Vorstellung der Familienaufspaltung und der Gewaltnachfolge trat der Übergang des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens auf die Erben in den Vordergrund. Dementsprechend lösten sich auch die mit der Familiengewalt verbundenen Lasten und Rechte mehr oder weniger von der Erbfolge und gingen ihre eigenen Wege: Die *sacra* wurden erst von den *pontifices* wieder mit der Erbschaft verknüpft, damit der Familienkult in jedem Falle, auch beim Aussterben des Hauses, erhalten bliebe (Cic. de leg. 2, 48ff.); die Treuverhältnisse blieben auf den Kreis der Familienangehörigen beschränkt und gingen nicht als Bestandteil der Erbschaft auf die „Aussenerben“ (*extranei*, s. u. Ziff. 2) über. Nur die Schuldenhaftung blieb mit der Erbfolge dauernd verbunden: Die unbeschränkte Verantwortlichkeit des Erben für die vom Erblasser hinterlassenen Verbindlichkeiten ist ein charakteristischer Zug des römischen Erbrechts bis auf die justinianische Gesetzgebung. Zeigt sich hierin eine Nachwirkung der alten Gewaltnachfolge, so gilt das gleiche auch von dem Prinzip der Universalsukzession<sup>5</sup>, dessen strenge Durchführung dem römischen Erbrecht zu allen Zeiten eigentümlich war. Der Erbe erwarb das Erbgut als Ganzes und auf einmal, nicht die einzelnen Erbschaftsgegenstände oder einzelne Gütermassen besonders. Auf dieser Vorstellung beruht die scharfe Scheidung zwischen Erbfolge (*hereditas*) und letztwilligem Erwerb einzelner Sachen und Rechte (Vermächtnis, *legatum*).

2. Die Wandlung von der alten Gewaltnachfolge zur Erbfolge in das Vermögen muß von der Erbberechtigung solcher Personen ausgegangen sein, die nicht zu den Hausgenossen gehörten und darum nicht zur Fortsetzung der Familie und zur Nachfolge in die Familiengewalt berufen waren (*heredes extranei*, Aussenerben). Ein uralter Fall dieser Art ist das Erbrecht der agnatischen Seitenverwandten: Besaß der Erblasser keine Abkömmlinge, die als *sui heredes* in Betracht kamen, so fiel die Hinterlassenschaft an den nächsten Agnaten und in Ermangelung von Agnaten an die Gentilen (§ 196). In diesem Fall erlosch mit dem Tode des Erblassers

<sup>3</sup> Hierzu vgl. BONFANTE: *Scr. giur. var.* I 234ff.; *Corso dir. rom.* VI 86f., 103ff.; PEROZZI: *Ist. II* <sup>2</sup> 444ff.; RABEL: *ZSSt* 50, 310ff.; SIBER: *Acta* (s. o. Anm. 2 a. E.) 988f.

<sup>4</sup> Die weiblichen *sui heredes* (Tochter und Enkelinnen, *uxor in manu*) wurden lediglich gewaltfrei und an der Herrschaft über das Familiengut beteiligt; sie unterlagen der Gewalt eines Vormunds (§ 192). Zweifel an der Ursprünglichkeit ihrer Erbberechtigung finden in der Überlieferung keine Stütze; vgl. KÜBLER: *ZSSt* 41, 15ff. (mit Lit.); BRASLOFF: *Studien z. röm. Rechtsgesch.* I 35ff., 1925; SEGRÈ, A.: *Ricerche di dir. ered. rom.* 63ff., 1930. — Über die ungeteilte Erbengemeinschaft des altrömischen Rechts vgl. § 151, 1; § 217, 2.

<sup>5</sup> Der Gedanke der Universalsukzession findet sich im römischen Recht auch außerhalb des Erbrechts, nämlich da, wo ein Gewaltfreier durch Adoption oder Ehe in die Gewalt eines anderen eintritt; hierüber vgl. BONFANTE: *Corso dir. rom.* VI 18ff. — Die klassische Bezeichnung für die Universalsukzession war einfach *successio*. Erst das nachklassische Recht sprach von *successio in universitatem* oder *in universum ius*, weil man nun auch eine Singularsukzession (z. B. bei der Übereignung) kannte. Vgl. das o. § 70, 2 über den Begriff des abgeleiteten Rechtserwerbs Gesagte. Vgl. LONGO: *Bull.* 14, 127ff., 224ff.; 15, 283ff.; BONFANTE: *Scr. giur. var.* I 250ff.; *Corso dir. rom.* I 3ff.



sein Haus und damit auch die Hausgewalt. Der Erbe seinerseits gehörte einer anderen Hausgemeinschaft mit eigener Hausgewalt und eigenem Familienkult an. Was auf ihn übergehen konnte, war lediglich der sachliche Herrschaftsbereich des Erblassers, sein Vermögen. Bezeichnenderweise erwarb er dieses Vermögen auch nicht, wie der *suus heres*, ohne sein Zutun im Augenblick des Todes des Erblassers, sondern erst, wenn er sich den Nachlaß aneignete (*adire hereditatem*); bis dahin bildete das Erbgut eine herrenlose Masse (*hereditas iacens*), deren sich auch ein Dritter, zur Erbfolge nicht Berufener, mit der Aussicht auf Ersitzung bemächtigen konnte (*usucapio pro herede*; § 212, 2).

3. Nicht anders war grundsätzlich die Lage des Testamentserben. Das römische Testament<sup>6</sup> reicht in sehr alte Zeiten hinauf. Seine älteste Form, das Komitialtestament, scheint eine Art Adoption von Todes wegen gewesen zu sein: trifft diese Annahme zu, so diente es ausschließlich oder doch in erster Linie dem Kinderlosen dazu, den Untergang seines Hauses und des Familienkults zu verhindern und damit zugleich die Erbfolge der Agnaten und Gentilen auszuschließen. Dem vom Erblasser berufenen Adoptiverben dürfte dann wohl die Stellung eines *suus heres*, also die Gewaltnachfolge im alten Sinne, zugefallen sein. Anders hingegen war die Sachlage bei dem jüngeren *testamentum per aes et libram*. Diese Testamentform, der allein die Zukunft gehörte, stellte ursprünglich eine treuhänderische Veräußerung unter Lebenden dar: Der Treuhänder (*familiae emptor*) erwarb das Erbgut vom Erblasser mit der Auflage, es nach dem Tode des Erblassers an die vom Erblasser benannten Personen herauszugeben. Vermutlich diente das *testamentum per aes et libram* ursprünglich nur der Vergabung von Einzelgegenständen (also dem Vermächtnis, s. o. Ziff. 1 a. E.). In dem Augenblick aber, in dem es auch die Berufung zur Erbfolge in sich aufnahm, war der für das römische Erbrecht charakteristische Grundsatz der unbeschränkten Testierfreiheit geschaffen: Es stand nun in der Macht des Erblassers, seinen Erben nach freier Wahl zu bestimmen; nur im Interesse seiner *sui heredes* waren ihm dabei gewisse formale Bindungen auferlegt, die er beachten mußte, wenn er sie von der Erbfolge ausschließen wollte (sog. formelles Noterbrecht, § 208). Erst die ausgehende Republik hat einen wirksameren Schutz der nächsten Angehörigen in Gestalt einer Anfechtungsklage entwickelt (sog. materielles Noterbrecht, § 209). Der Ursprung und die Eigenart des *testamentum per aes et libram* schlossen nun die Idee einer Gewaltnachfolge noch entschiedener aus, als die Stellung des agnatischen Außenerben: Zwischen den Erblasser und den Erben schob sich hier der treuhänderische Erwerber des Erbguts ein, der seinerseits als Gewaltnachfolger nicht in Betracht kam. Wenn späterhin die testamentarisch berufenen *sui heredes* nach den gleichen Grundsätzen behandelt wurden wie im Falle ihrer gesetzlichen Erbfolge, so wird es sich dabei um eine nachträgliche Angleichung handeln, die erst möglich wurde, nachdem der Treuhänder zur bloßen Solennitätsperson geworden und die Vorstellung eines unmittelbaren Übergangs der Erbschaft vom Erblasser auf den Testamentserben durchgedrungen war.

4. Im Rechte der geschichtlichen Zeit steht die testamentarische Erbfolge voran; sie bildete die Regel, die gesetzliche Erbfolge hingegen die Ausnahme; es ist bezeichnend, daß die gesetzliche Erbfolge bei den Römern die rein negative Bezeichnung *successio ab intestato* erhielt. Diese Verteilung des Schwergewichts, die das römische Recht übrigens mit dem anglo-amerikanischen Rechte teilt, kann verschiedene Gründe haben. Sicher hat einmal die absolute Gewalt des *pater familias* den Gedanken der Testierfreiheit wesentlich gefördert. Sodann mögen die sozialen Verhältnisse mitgewirkt haben: Das römische Erbrecht war das Erbrecht einer Herrenschicht von Grundbesitzern, für die die Erhaltung des Familienguts als Grundlage der politischen Macht von entscheidender Bedeutung war; die Testierfreiheit konnte im

<sup>6</sup> Nähere Begründung der folgenden Ausführungen s. u. § 200.

Rahmen einer strengen Tradition diesem Ziele dienstbar sein<sup>7</sup>. Schließlich aber wird auch die Unzulänglichkeit der gesetzlichen Erbfolgeordnung zu der Vorherrschaft des Testaments beigetragen haben. Die Erbfolgeordnung der Zwölf Tafeln beruhte auf den Prinzipien der Hausgemeinschaft und der Agnation. Beide waren schon in der jüngeren Republik von der Entwicklung überholt. Man empfand es nun als unbillig, daß die durch Emanzipation oder sonstige *capitis deminutio minima* (§ 42, 3) aus ihrem Familienverband ausgeschiedenen Hauskinder und Agnaten und daß die kognatischen Blutsverwandten von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen waren (Gai. 3, 18ff.)<sup>8</sup>. Eine gesetzliche Neuregelung der Erbfolgeordnung unterblieb indessen. So war es schließlich der Prätor, der durch eigenmächtige Abwandlung der zivilen Erbfolge den veränderten Verhältnissen wenigstens einigermaßen Rechnung trug. Neben die zivilrechtliche Berufung zur gesetzlichen Erbfolge (*hereditas*) trat damit die honorarrechtliche Berufung zur *bonorum possessio*<sup>9</sup>.

5. In ihren Anfängen allerdings trug diese Schöpfung des Prätors noch nicht den Charakter einer Korrektur des zivilen Erbrechts. Ihr Ausgangspunkt war vermutlich die Verteilung der Parteirollen im Erbschaftsstreit: Seit Einführung des Formularverfahrens (s. u. WENGER: § 9) war im Erbschaftsstreit, nicht anders als im Eigentumsprozeß (vgl. § 66, 2), der Besitzer des Streitobjekts stets in der bevorzugten Lage des Beklagten. Darum bedurfte es in Zweifelsfällen zunächst einer Feststellung der Besitzlage. Sie wurde nach summarischer Prüfung durch ein Dekret des Prätors getroffen, das einen der streitenden Teile als Erbschaftsbesitzer (*bonorum possessor*) anerkannte. War dies der in Wahrheit nicht Erbberechtigte, so unterlag er im nachfolgenden Erbschaftsprozeß und mußte die Erbschaft herausgeben; seine *bonorum possessio* war, wie man sich in der klassischen Zeit ausdrückte, *sine re*, d. h. sie gewährleistete ihm nicht, daß er die Erbschaft endgültig behalten durfte. Als dann der Prätor dazu überging, auch solchen Personen die *bonorum possessio* zu verleihen, die nach zivilem Recht als Erben nicht in Betracht kamen, ergab sich die Notwendigkeit eines Rechtsschutzes gegen den zivilrechtlich legitimierten Erben, wenn anders die vom Prätor beabsichtigte Reform der zivilen Erbfolgeordnung nicht eine halbe Maßnahme bleiben sollte. Darum versagte der Prätor in einem solchen Falle dem zivilrechtlich zur Erbschaft Berufenen entweder schlechthin die Geltendmachung seines Rechts (*dene-gatio actionis*), oder er stellte dem *bonorum possessor* eine *exceptio doli* zur Verfügung, mit der er der Erbschaftsklage erfolgreich begegnen konnte. Damit war neben die *bonorum possessio sine re* eine solche *cum re* getreten, ein honorarrechtlich anerkannter Erbschaftsbesitz, der dem Besitzer materiell die gleiche Stellung verlieh, wie sie dem zivilen Erben von Zivilrechts wegen zukam. Es entstand also im Bereiche des Erbrechts eine ähnliche Zwiespältigkeit der Rechtsordnung wie im Eigentumsrecht: wie es neben dem zivilen Eigentum einen honorarrechtlich geschützten Eigenbesitz gab, dem der Prätor unter Umständen den vollen Schutz des Eigentums gewährte, so stand hier dem zivilen Erbrecht die honorarische *bonorum possessio* unter be-

<sup>7</sup> WEBER, M.: Röm. Agrargesch. 67ff.

<sup>8</sup> Auf das Fehlen eines ausreichenden gesetzlichen Ehegattenerbrechts und auf eine die Töchter gegenüber den Söhnen benachteiligende Erbsitte führt v. WOESS: D. röm. Erbr. u. d. Erbanwärter 45ff. das Übergewicht der testamentarischen Erbfolge zurück. Beides kommt jedoch wohl erst für die späte Republik und die Kaiserzeit in Betracht, und damals dürfte die Vorherrschaft des Testaments schon eine feststehende Tatsache gewesen sein. Zudem ist der Nachweis aus der Kasuistik der klassischen Rechtsliteratur nicht sicher erbracht und auch kaum sicher zu erbringen; vgl. RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 528, Anm. 3.

<sup>9</sup> LEIST bei GLÜCK: Komm. z. d. Pand. 37/8 I—V, 1870—9; SCHMIDT: ZSt. 17, 324ff.; ALIBRANDI: Opere I 65ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. VI 416ff.; LA PIRA: La successione ereditaria intestata e contro il testamento in dir. rom. (Pubbl. fac. di giurispr. Firenze 3) 229ff. — Der Text gibt im folgenden (Ziff. 5) eine zuerst von FABRICIUS: Urspr. u. Entw. d. bon. poss., 1837, entwickelte Hypothese über den Ursprung der *bonorum possessio* wieder, die heute als herrschende Meinung gelten darf.

stimmten Voraussetzungen<sup>10</sup> unangreifbar gegenüber. — Es war aber nun nicht so, daß der Prätor die zivile Erbfolgeordnung durch ein geschlossenes System der Berufung zur *bonorum possessio* völlig außer Kraft setzte. Er baute vielmehr die zivile Ordnung in seine Schöpfung ein, derart, daß die Erteilung der *bonorum possessio* bald nur der Verwirklichung des zivilen Erbrechts diene (*bonorum possessio iuris civilis adiuvandi gratia*), bald die zivilrechtliche Erbfolge ergänzte, ohne sich mit ihr in Widerspruch zu setzen (*bonorum possessio iuris civilis supplendi gratia*), bald schließlich das Zivilrecht abänderte (*bonorum possessio iuris civilis corrigendi gratia*). So entstand ein buntscheckiges System, das zugleich von den alten Prinzipien der Hausgemeinschaft und der Agnation und von dem neuen Prinzip der kognatischen Verwandtschaft beherrscht war, daneben übrigens auch die Ehe als Grund für die Berufung zur *bonorum possessio* einführte. Es war ein System, das wohl den praktischen Bedürfnissen einigermaßen Rechnung trug, aber von organischer Klarheit weit entfernt war.

6. Noch verwickelter wurde diese Erbfolgsordnung durch die Gesetzgebung der Kaiserzeit, die an gewissen Einzelpunkten sowohl in die zivilen wie in die prätorischen Normen mit Reformen eingriff, damit zugleich die Verschmelzung beider Ordnungen vorbereitend. Vollzogen wurde diese Verschmelzung erst in nachklassischer Zeit; und erst im letzten Stadium der justinianischen Gesetzgebung, in den Novellen 118 u. 127, wurde eine grundsätzliche Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge unternommen, die das Prinzip der kognatischen Verwandtschaft endgültig zum Siege führte<sup>11</sup>. Auch das justinianische Erbfolgesystem erscheint uns freilich unorganisch im Vergleich mit der deutschrechtlichen Parentelenordnung, die darum von den meisten modernen Kodifikationen übernommen worden ist.

7. Es bleibt schließlich noch zu bemerken, daß der Gegensatz zwischen ziviler *hereditas* und prätorischer *bonorum possessio* nicht auf das Gebiet der gesetzlichen Erbfolge beschränkt geblieben ist, sondern auch im Bereich der testamentarischen Erbfolge und des sog. formellen Noterbrechts (s. o. Ziff. 3) wirksam wurde. — Nimmt man nun noch hinzu, daß auch die Jurisprudenz mit grundsätzlichen Aufstellungen und kasuistischer Rechtsfortbildung mannigfach in die Erbrechtsentwicklung eingegriffen hat, und daß das Kaiserrecht, neben zahlreichen anderen Neuerungen, vor allem durch die Schaffung des Fideikommißrechts einen ganzen Zweig des Erbrechts neu hinzugefügt hat, so hat man einen ungefähren ersten Eindruck von der vielfachen Schichtung und dem komplizierten Aufbau des römischen Erbrechts.

## Zweites Kapitel.

# Berufung zur Erbfolge.

## I. Allgemeines.

§ 195. 1. Wie sich bereits aus dem Vorgehenden ergibt, erfolgte die Berufung zur Erbfolge im römischen Recht der geschichtlichen Zeit entweder im Rahmen der „gesetzlichen“ Erbfolgeordnung (*successio ab intestato*) oder auf Grund testamentarischer Bestimmung. Die gesetzliche Erbfolgeordnung beruhte auf den Vorschriften des Zwölftafelrechts und der kaiserzeitlichen Gesetzgebung und auf den Normen des prätorischen Edikts. Das Testament war ein förmliches Rechtsgeschäft, durch das der Erblasser über das Schicksal seines Nachlasses letztwillig verfügte.

a) Die testamentarische Berufung ging der gesetzlichen Erbfolge vor; diese griff grundsätzlich nur dann Platz, wenn ein Testament fehlte oder das vorhandene Testa-

<sup>10</sup> Es gab auch noch im klassischen Recht Fälle der *bonorum possessio sine re*; vgl. § 201, 1.

<sup>11</sup> Für das Ehegattenerbrecht blieb es grundsätzlich bei der prätorischen Berufung zur *bonorum possessio unde vir et uxor*; vgl. § 199.

ment ungültig war oder nachträglich unwirksam wurde (§ 206). Nur im Interesse der nächsten gesetzlichen Erben gelangte die gesetzliche Erbfolge unter Umständen auch gegen das Testament zum Zuge (Noterbfolge, § 208ff.).

b) Testamentarische und gesetzliche Erbfolge schlossen sich grundsätzlich gegenseitig aus: der Erblasser konnte nicht über einen Teil seiner Hinterlassenschaft testamentarisch verfügen und im übrigen der Intestaterbfolge Raum lassen (*\*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*; vgl. Cic. de inv. 2, 63; Pomp. D. 50, 17, 7)<sup>1</sup>. Wenn darum die vom Erblasser verfügten Erbeinsetzungen den Nachlaß nicht erschöpften, fielen die freigebliebenen Teile nicht an die gesetzlichen Erben, sondern wuchsen den Testamentserben zu (*ad crescere*, § 218). Nur die Noterbfolge konnte unter bestimmten Voraussetzungen ein Nebeneinander von gesetzlicher und testamentarischer Erbfolge herbeiführen (§ 208, 1 b; 209, 4).

2. Die Berufung zur Erbfolge erfolgte grundsätzlich<sup>2</sup> im Augenblick des Todes des Erblassers. Erbe konnte darum nur werden, wer diesen Zeitpunkt erlebte, d. h. wer gleichzeitig mit dem Erblasser und noch nach seinem Tode am Leben war. Wer jedoch beim Tode des Erblassers bereits erzeugt, aber noch nicht geboren war, konnte gleichwohl Erbe werden (Iul. D. 1, 5, 26: *Qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse: nam et legitimae hereditates his restituantur . . .*).

3. Die Berufung begründete stets eine dauernde Erbfolge. Wer einmal Erbe war, blieb endgültig Erbe (*\* semel heres semper heres*). Auflösende Bedingungen und Zeitbestimmungen, die einer testamentarischen Erbeinsetzung hinzugefügt waren, galten *pro non scripto*, d. h. sie waren ungültig<sup>3</sup>.

4. Fand der Nachlaß keinen Erben, so bestimmte schon in republikanischer Zeit das prätorische Edikt<sup>4</sup>, daß die Gläubiger des Erblassers durch den Magistrat die Einweisung in den Nachlaß (*bona vacantia*) erlangen und sich im Wege des Nachlaßkonkurses (*bonorum venditio*) befriedigen durften. Später wies die *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 v. Chr.) den erblosen Nachlaß als sog. *caducum* („verfallenes“ Gut) der römischen Staatskasse<sup>5</sup> zu (Ulp. 28, 7). Der Staat galt als Gesamtnachfolger (er war *heredis loco*); er mußte also die Gläubiger befriedigen und auch die vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse erfüllen. Doch griff der Prätor im Interesse der Staatskasse mit der Bestimmung ein, daß im Falle einer Überschuldung der Erbschaft trotz des Heimfalls an den Staat die Gläubiger in den Nachlaß einzuweisen seien, so daß tatsächlich nur solche Erbschaften in die Staatskasse fielen, die einen Überschub über die Verbindlichkeiten ergaben (Call. D. 49, 14, 1, 1).

## II. Gesetzliche Erbfolge (Intestaterbfolge)<sup>1</sup>.

§ 196. Die altzivile Erbfolgeordnung. 1. Die Erbfolgeordnung der Zwölftafeln, zweifellos nur ein Niederschlag älteren Gewohnheitsrechts, beruhte wie bereits fest-

<sup>1</sup> Über diesen Grundsatz, den Gegenstand zahlloser Erklärungsversuche, vgl. zuletzt RABEL: ZSSt. 50, 306ff. RABEL weist ihn, m. E. zutreffend, der republikanischen Jurisprudenz zu, die mit ihrer formalistischen Methode zur Bildung starrer Regeln neigen mußte.

<sup>2</sup> Anders bei Erbeinsetzung unter aufschiebender Bedingung, bei der Berufung der Ersatz-erben (§ 204, 4) und bei der sukzessiven Berufung des honorarischen Rechts (§ 197, 2).

<sup>3</sup> Das römische Recht kannte also keine Nacherbfolge im Sinne von BGB §§ 2100ff., schweiz. ZGB Art. 488ff. Vgl. jedoch das kaiserzeitliche Universalfideikommiß, das praktisch dieselbe Wirkung erreichte, u. § 227.

<sup>4</sup> *Edictum Cui heres non extabit*; LENEL: Ed. perp. 3 416f.

<sup>5</sup> Und zwar ursprünglich der republikanischen Staatskasse (*aerarium populi Romani*, vgl. § 44, Anm. 3), später dem  *fiscus Caesaris*; Näheres bei HIRSCHFELD: Kaiserliche Verwaltungsbeamte bis auf Diokl. 2 116; vgl. auch VASSALLI: Studi Senesi 25, 77, Anm. 8. — Über die erbrechtliche Stellung des Fiskus s. WEISS: ZSSt. 53, 256ff.

<sup>1</sup> Die Bezeichnung der Intestaterbfolge als gesetzliche Erbfolge (*successio legitima*) ist vom Standpunkt des römischen Rechts, vor allem mit Rücksicht auf die Rechtsnatur der prätorischen Erbfolgeordnung, nicht korrekt. Sie empfiehlt sich jedoch angesichts des modernrechtlichen Sprachgebrauchs durch ihre leichtere Verständlichkeit. — Allgemein über die gesetzliche Erb-

gestellt wurde (§ 194, 4), ausschließlich auf den Prinzipien der Hausgemeinschaft und der agnatischen Verwandtschaft. Nach unserer Überlieferung lauteten die Bestimmungen des Gesetzes folgendermaßen (tab. V 4f.): *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.* Eine weitere Zwölf Tafelnorm (tab. V 8), nach der die Erbschaft eines ohne *sui heredes* verstorbenen Freigelassenen an den Patron fiel, ist nur dem Sinn nach überliefert.

a) Die Erbfolge der *sui heredes* (Gai. 3, 1ff.) wurde vom Gesetz gar nicht besonders angeordnet, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt: ein Beweis für die Kraft des alten Gedankens der Gewaltnachfolge (§ 194, 1). *Sui heredes* waren nur diejenigen Hausgenossen, die beim Tode des *pater familias* gewaltfrei wurden: die Söhne und Töchter, die bis dahin in seiner Gewalt gestanden hatten (auch Adoptivkinder); die Kinder der Söhne dann, wenn ihre Väter vor dem Erbfall verstorben oder aus der Hausgewalt des Erblassers entlassen worden waren<sup>2</sup>; die gewaltunterworfenen Ehefrau des Erblassers und die gewaltunterworfenen Ehefrauen der verstorbenen oder gewaltentlassenen Söhne. Hinsichtlich der Erbquote bestand kein Unterschied zwischen den männlichen und den weiblichen Hausgenossen. Söhne, Töchter und Ehefrau des Erblassers erbten zu gleichen Teilen. Kinder und Ehefrauen verstorbenen oder gewaltentlassener Söhne traten in deren Kopfteil wiederum zu gleichen Teilen ein<sup>3</sup> (Prinzip der Repräsentation, Erbfolge nach Stämmen).

b) Hinterließ der Erblasser keine *sui heredes*, so war als Erbe eines freigebohrenen römischen Bürgers der gradnächste agnatische Verwandte berufen (Gai. 3, 9ff.). Und zwar kamen offenbar ursprünglich männliche und weibliche Agnaten in gleicher Weise in Betracht (Paul. sent. 4, 8, 20; I. 3, 2, 3a). Erst die Jurisprudenz der hochrepublikanischen Zeit beschränkte das Erbrecht der weiblichen Agnaten auf die Schwestern des Erblassers (*consanguineae*) und seine Mutter, vorausgesetzt, daß diese in der ehelichen Gewalt ihres Gatten gestanden hatte (Gai. 3, 14). Mehrere gleichnahe Agnaten teilten nach Köpfen, auch wenn sie verschiedenen Stämmen angehörten<sup>4</sup>. Bei der Erbschaft eines Freigelassenen entfiel die Berufung der Agnaten, weil die Sklavenverwandtschaft nach römischem Recht keinerlei Wirkung äußerte. Statt der Agnaten war der Patron und seine agnatische Nachkommenschaft berufen. Auch hier entschied Gradenähe: in erster Linie erbte der Patron selbst; war er zur Zeit des Erbfalls bereits verstorben, seine Kinder; nach den Kindern die Enkel usw. Die patronatische Erbfolge galt auch für Personen, die aus dem *mancipium* entlassen waren, insbesondere also für emanzipierte Hauskinder (§ 186, 4).

c) Fehlte es an Agnaten, so berief das Gesetz als Erben eines Freigebohrenen dessen Gentilen. Über die nähere Ausgestaltung des gentilizischen Erbrechts sind wir nicht unterrichtet. Insbesondere wissen wir nicht, ob alle Gentilen erbten, und wie sie sich in die Erbschaft teilten. Spätestens zu Beginn der Kaiserzeit ist das gentilizische Erbrecht verschwunden (Gai. 3, 17; vgl. § 189, 1)<sup>5</sup>.

2. Das Zivilrecht kannte keine sukzessive Berufung der nächsten und der ferneren Erbanwärter (Ulp. 26, 5: *in legitimis hereditatibus successio non est*). Nur der zur Zeit des Erbfalls Nächste konnte Erbe werden; erwarb er die Erbschaft nicht, etwa, weil

folge: LA PIRA: La successione ereditaria intestata e contro il testamento in dir. rom. (Pubbl. Fac. di giurispr. Firenze 3); treffende Kritik dieses Werks bei KRELLER: ZSSSt. 52, 485ff. Über die altzivilrechtliche Erbfolge (§ 196) s. außer der § 194, Anm. 2 aufgeführten Lit., bes. WLASSAK: Studien z. altröm. Erb- u. Vermächtnisr. I, zu dessen Hauptthese in § 37, Anm. 7, Stellung genommen ist (vgl. auch § 200, Anm. 6). S. endlich auch MANIGK: RE 4A, 664ff. (Art. *sui heredes*).

<sup>2</sup> Entsprechendes galt für die Urenkel des Erblassers im Mannesstamm.

<sup>3</sup> Ebenso die Urenkel des Erblassers und die Ehefrauen der Enkel.

<sup>4</sup> Beispiel: ein Oheim und zwei Neffen des Erblassers, alle drei im dritten Grad verwandt, erbten je ein Drittel des Nachlasses.

<sup>5</sup> Vgl. KÜBLER: RE 7, 1188ff.

er vor dem Antritt (§ 212) starb, oder weil er ausschlug (§ 211 f.), so wurde der Nachlaß erblos.

**§ 197. Die prätorische Erbfolgeordnung (bonorum possessio intestati).** 1. Das prätorische Edikt<sup>1</sup> ordnete die Anwärter zur *bonorum possessio intestati* in verschiedene Klassen, die nacheinander berufen waren. Bei der Beerbung eines freigebornen römischen Bürgers<sup>2</sup> waren es folgende Klassen (Ulp. D. 38, 6, 1, 1):

a) Die Klasse *unde liberi* (sc. *vocantur*). Sie stellte eine Erweiterung des Kreises der *sui heredes* dar: demgemäß umfaßte sie zunächst einmal alle *sui heredes*, darüber hinaus aber auch diejenigen Abkömmlinge des Erblassers, die durch Emanzipation oder sonstige *capitis deminutio minima* (§ 42, 3) aus seiner Hausgewalt ausgeschieden waren; ausgeschlossen waren nur die von Dritten adoptierten Abkömmlinge (Paul. D. 38, 6, 4)<sup>3</sup>. Die *liberi* teilten, wie die *sui heredes* der altzivilen Erbfolgeordnung nach Stämmen (§ 196, 1a).

b) Die Klasse *unde legitimi*. An dieser Stelle waren die gesetzlichen Erben des Zivilrechts berufen (Ulp. D. 38, 7, 2, 4); also noch einmal die *sui heredes* (nicht aber die aus der Hausgewalt des Erblassers ausgeschiedenen Abkömmlinge); wenn keine *sui heredes* vorhanden waren, der nächste Agnat; beim Fehlen von Agnaten in republikanischer Zeit die Gentilen (§ 196).

c) Die Klasse *unde cognati*. Sie umfaßte die Blutsverwandten des Erblassers im Mannesstamme und in der Frauenlinie, und zwar bis zum sechsten Grade, von den Verwandten siebten Grades noch die Kinder von Urenkeln der Urgroßeltern des Erblassers (*sobrino et sobrinae nati et natae*; Ulp. D. 38, 8, 1, 3)<sup>4</sup>. Mehrere gleichnahe Kognaten teilten nach Köpfen (Ulp. D. 38, 8, 1, 10).

d) Die Klasse *unde vir et uxor*. An dieser letzten Stelle berief das Edikt den Ehegatten, der mit dem Erblasser bis zu dessen Tode in rechter Ehe (*iustum matrimonium*, § 171, 2) gelebt hatte (Ulp. D. 38, 11, 1).

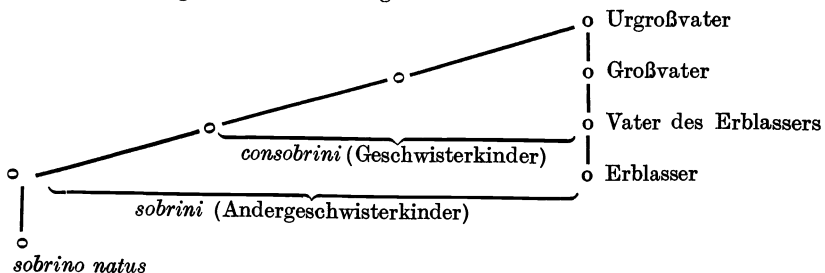
2. Anders als im Rahmen der zivilen Erbfolgeordnung (§ 196, 2) fanden nach prätorischem Recht mehrfache, aufeinanderfolgende Berufungen statt<sup>5</sup>. Nach Maßgabe des sog. *edictum successorium* wurde nämlich die *bonorum possessio* zunächst den Anwärtern der früheren Klasse offengehalten. Ließen diese die ihnen gesetzte Frist (§ 214, 2) ungenutzt verstreichen, so erfolgte die Zulassung der nächsten Klasse (*successio ordinum*); wer mehreren Klassen zugleich angehörte (z. B. als *suus heres* den Klassen *unde liberi* und *unde legitimi*), erhielt auf diese Weise eine wieder-

<sup>1</sup> LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 355ff. — Über die geschichtliche Entwicklung der *bonorum possessio* vgl. § 194, 5.

<sup>2</sup> Für die *bonorum possessio* am Nachlaß eines Freigelassenen traten vor der Klasse *unde vir et uxor* noch zwei weitere (*unde familia patroni* und *unde patronus patroni*) und hinter ihr noch eine Klasse (*unde cognati manumissoris*) hinzu; sie alle dienten dem Ausbau des patronatischen Erbrechts. Vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 357ff.

<sup>3</sup> Die Adoptivkinder des Erblassers zählten nur dann zu den *liberi*, wenn sie zur Zeit des Erbfalls noch in seiner Gewalt standen, also *sui heredes* waren: Paul. eod.

<sup>4</sup> Graphische Darstellung zur Verdeutlichung:



<sup>5</sup> Ulp. D. 38, 9, 1, 10; Pap. D. 38, 9, 2; Paul. D. 22, 6, 1, 3. Vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 361 (§ 165).

holte Berufung. Innerhalb der Klasse *unde cognati*<sup>6</sup> wurden wiederum Gradnähere und Gradfernere in der gleichen Weise nacheinander berufen, in der die verschiedenen Klassen aufeinanderfolgten (*successio graduum*).

**§ 198. Die Fortbildung der Erbfolgeordnung in der Kaiserzeit.** 1. Die Reformgesetzgebung der Kaiserzeit setzte zunächst bei der Erbfolge zwischen Mutter und Kind ein. Nach altzivilem Recht bestand eine solche Erbfolge, wenn die Mutter in die Gewalt ihres Gatten und damit in die Agnation ihrer Kinder eingetreten war. In diesem Falle waren sowohl die Mutter zur Erbschaft der Kinder wie die Kinder zur Erbschaft der Mutter als Agnaten berufen; in der prätorischen Erbfolgeordnung beerbten sie einander in der zweiten Klasse *unde legitimi*. Nachdem nun aber schon zu Beginn der Kaiserzeit die ehemännliche Gewalt zur seltenen Ausnahme geworden war, kam für eine Erbschaft zwischen Mutter und Kind praktisch nur noch die dritte Klasse des prätorischen Erbrechts (*unde cognati*) in Betracht. Da man dies als unbillig empfand, wurde durch zwei Senatsbeschlüsse Abhilfe geschaffen: das *senatus consultum Tertullianum*, unter Hadrian, verlieh einer Mutter, die das *ius trium vel quattuor liberorum* (§ 173, 2) besaß<sup>1</sup>, ein Erbrecht gegenüber ihren Kindern unter den Agnaten. Doch sollten ihr, abgesehen von den *sui heredes* und den *liberi* des Erblassers, auch der Vater und die Brüder (*consanguinei*) vorgehen; mit den Schwestern des Erblassers (*consanguineae*) sollte sie die Erbschaft teilen (Ulp. 26, 8). Umgekehrt bestimmte das im Jahre 178 n. Chr. ergangene *senatus consultum Orfitianum*, daß Kinder ihre Mutter vor allen Agnaten beerben sollten (Ulp. 26, 7). Da die Senatsbeschlüsse nach der Anschauung der klassischen Jurisprudenz ziviles Recht schufen, bedeuteten diese Reformen den Einbruch des Kognationsprinzips in die agnatische Zivilerbfolge.

2. Das Recht der nachklassischen Kaiserkonstitutionen brach dem Kognationsprinzip in zahlreichen weiteren Punkten Bahn<sup>2</sup>, derart, daß schließlich ein höchst undurchsichtiges System von Erbfolgenormen entstand, deren Grundlage aber immer noch die altzivile Erbfolgeordnung und die ediktale Berufung zur *bonorum possessio* blieben. Selbst Justinian hielt hieran zunächst noch fest. Erst nach Abschluß seines großen Kodifikationswerks schuf er eine neue, ausschließlich auf die Blutsverwandtschaft gegründete Erbfolgeordnung.

**§ 199. Die justinianische Erbfolgeordnung.** Die justinianische Erbfolgeordnung der Novelle 118 vom Jahre 543 (ergänzt durch Novelle 127 vom Jahre 548) betrifft nur die Verwandtenerbfolge; für das Erbrecht des Ehegatten blieb es bei der prätorischen Berufung zur *bonorum possessio unde vir et uxor* (§ 197, 1d); der Ehegatte stand also nach wie vor an letzter Stelle hinter allen Verwandten<sup>1</sup>. Die Berufung der Verwandten erfolgte in vier Klassen:

1. In der ersten Klasse erbten die Nachkommen (Deszendenten) des Erblassers. Sie teilten nach Stämmen, derart, daß die lebenden Nachkommen die von ihnen abstammenden entfernteren ausschlossen, während die Abkömmlinge vorverstorbenen Nachkommen in deren Erbteil eintraten. Auf jedes lebende Kind des Erblassers und auf jedes vorverstorbene Kind, von dem Abkömmlinge vorhanden waren, wurde dabei ein Kopfteil gerechnet.

<sup>6</sup> Für die Klasse *unde vir et uxor* kam eine *successio graduum* überhaupt nicht in Betracht. In den Klassen *unde liberi* und *unde legitimi* war sie wegen der Anlehnung an die zivile Erbfolgeordnung ausgeschlossen; bezüglich der Klasse *unde legitimi* war dies allerdings nicht unbestritten; vgl. Gal. 3, 28 (*gradus* hier = Klasse); I. 3, 2, 7.

<sup>1</sup> Dieses Erfordernis beseitigte erst Justinian: C. 8, 58, 2; I. 3, 3, 4.

<sup>2</sup> Näheres bei VANGEROV: Pand. II 7 33ff.

<sup>1</sup> Da im justinianischen Erbfogerecht die Beschränkung des Verwandtenerbrechts auf die sechs (bzw. sieben) ersten Grade der Verwandtschaft entfiel (vgl. § 197, 1c und u. Ziff. 4), bedeutete die Neuordnung Justinians noch eine Verschlechterung der Stellung des Ehegatten. Nur die „arme Witwe“, d. h. die überlebende Ehefrau ohne Mitgift, erhielt durch Nov. 53, 6 ein Erbrecht auch neben den Deszendenten.

2. Fehlte es an Nachkommen des Erblassers, so waren in der zweiten Klasse seine Eltern und Voreltern (Aszendenten), seine vollbürtigen Geschwister<sup>2</sup> und die Kinder (nicht auch die entfernteren Abkömmlinge) seiner vorverstorbenen vollbürtigen Geschwister berufen. Unter den Aszendenten schloß dabei der nähere Grad den entfernteren aus. Großeltern erbten also z. B. neben den Eltern überhaupt nicht. Unter gleichnahen Aszendenten fiel die Hälfte der väterlichen, die Hälfte der mütterlichen Linie zu; innerhalb der Linien wurde nach Köpfen geteilt. Geschwister allein oder mit Geschwisterkindern zusammen teilten nach Stämmen<sup>3</sup>. Trafen schließlich Geschwister mit Eltern oder Voreltern zusammen, so wurde nach Köpfen geteilt; wenn dann noch Geschwisterkinder hinzukamen, erhielten sie den Kopfteil ihres verstorbenen Elternteils.

3. Die dritte Klasse umfaßte die halbbürtigen Geschwister und die Kinder von vorverstorbenen halbbürtigen Geschwistern. Sie erbten, gleich den vollbürtigen Geschwistern, nach Stämmen.

4. In der vierten und letzten Klasse waren alle übrigen Seitenverwandten des Erblassers berufen. Eine Begrenzung auf bestimmte Grade der Verwandtschaft war dem Gesetz unbekannt; es konnten also auch die entferntesten Seitenverwandten zur Erbfolge berufen sein. Im übrigen galten hinsichtlich des Kreises der Berufungen und der Art der Teilung die gleichen Grundsätze wie bei der prätorischen Berufung in der Klasse *unde cognati* (§ 197, 1 c).

### III. Das Testament.

#### A. Erscheinungsformen des Testaments<sup>1</sup>.

§ 200. Ordentliche Testamentsformen des Zivilrechts. 1. Von der ältesten Gestalt des römischen Testaments berichten uns die Quellen nur das eine, daß es vor den Kuriatkomitien errichtet wurde, die sich zu diesem Zweck zweimal im Jahre versammelten, wahrscheinlich am 24. März und am 24. Mai (*comitia calata*; daher *testamentum calatis comitiis*)<sup>2</sup>. Es kann nun — namentlich angesichts dessen, was wir von der *adrogatio* wissen (§ 186, 3 a) — kaum zweifelhaft sein, daß das ver-

<sup>2</sup> D. h. die Geschwister, die mit dem Erblasser beide Elternteile gemeinsam hatten. Den Gegensatz bildeten die halbbürtigen Geschwister, die mit dem Erblasser nur einen Elternteil gemeinsam hatten; sie erbten erst in der dritten Klasse; vgl. o. Ziff. 3.

<sup>3</sup> Für die Geschwister allein war Stamm- und Kopfteilung natürlich dasselbe. — Nach dem obigen Grundsatz kann kaum ein Zweifel bestehen, daß im Sinne des justinianischen Gesetzes Geschwisterkinder, die allein berufen waren, nach Stämmen zu teilen hatten. Für das gemeine Recht hat aber der Reichsabschied von Speyer (1529) diese Frage im entgegengesetzten Sinne entschieden.

<sup>1</sup> Neuere Lit.: EHRlich: Z. vgl. Rechtswiss. 17, 99ff.; Cuq: NRH 10, 533ff.; Lambert: La tradition rom. sur la succession des formes du test., 1901; Appleton: Le test. rom., 1903; Lenel: Essays in legal history 120ff., 1913; Bruck: Grünhuts Z. 40, 533ff.; Partsch: Abh. Akad. Leipzig 92, 740f., Anm. 2; Levy-Bruhl: NRH 45, 634ff.; Weiss: ZSt. 42, 102ff.; Beseler: ZSt. 43, 535f. (gegen Partsch); Goldmann: ZSt. 51, 223ff.; Segre, A.: Ricerche di dir. ered. rom. 27ff., 1930; Kübler: RE 5A, 985ff. Vgl. auch die Lit. in den folgenden Anm. — Wir besitzen eine größere Anzahl römischer Testamente aus der Kaiserzeit, teils inschriftlich (vgl. z. B. das Testament des *Dasumius* vom Jahre 108 n. Chr., CIL VI 10229 = Bruns: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 117), zum größeren Teile aber auf ägyptischen Papyri (z. B. das Testament des *C. Longinus Castor* mit nachfolgendem Kodizill vom Jahre 189 n. Chr., Pap. BGU 326 = Mitteis: Chrest. d. Papyrusk. Nr. 316 = Meyer, P. M.: Jur. Pap. Nr. 25 = Bruns: Fontes I<sup>7</sup> Nr. 119). Eingehende Nachweise des Papyrusmaterials bei Kreller: Erbrechtl. Unters. auf Grund d. gräko-ägypt. Papyrusurk. 279ff., 1919. Dazu seither insbes.: Pap. Berol. 7124 (lateinisch, 131 n. Chr., hg. von Seymour de Ricci: Comptes Rendus Acad. des Inscr. et Belles-lettres 1914, 524ff., auch bei Castelli: Scr. giur. 221ff. und Weiss: ZSt. 45, 568f., Berichtigungen bei P. M. Meyer: Z. vgl. Rechtswiss. 35, 83f.); Pap. Hamb. 73 (2. Jahrh. n. Chr.); BGU. VII 1655 (169 n. Chr.); 1695 (Wachstafel, lateinisch, 157 n. Chr.); 1696 (Wachstafel, lateinisch, 2. Jahrh. n. Chr.); Studi Bonfante III 430ff. (Testament der *Sabinia Apollinaria*, 2. Hälfte d. 2. Jahrh.).

<sup>2</sup> Über das Alter dieser Bezeichnung vgl. u. Anm. 6.



sammelte Volk nicht nur die Rolle eines Zeugen spielte, sondern berufen war, den letzten Willen des Erblassers gutzuheißen oder zu verwerfen<sup>3</sup>. Geht man hiervon aus, so ergibt sich von selbst, daß die Errichtung eines solchen Testaments, zum mindesten ursprünglich, nur dann zugelassen wurde, wenn der Erblasser besondere Gründe hatte, sich einen Erben zu setzen. In erster Linie wird es dem Kinderlosen auf diese Weise ermöglicht worden sein, die Fortdauer seines Hauses und seines Familienkults zu sichern (vgl. schon § 194, 3); vielleicht durfte aber auch derjenige ein solches Testament errichten, der gerechten Anlaß hatte, seinen Abkömmlingen die Erbfolge zu entziehen<sup>4</sup>. Wie lange das *testamentum calatis comitiis* in praktischer Übung war, wissen wir nicht. Daß es jemals ausdrücklich abgeschafft worden sei, ist nicht anzunehmen. Vermutlich ist es von dem jüngeren *testamentum per aes et libram* allmählich verdrängt worden. Zur Zeit des Gaius war es jedenfalls längst außer Gebrauch gekommen (Gai. 2, 103).

2. Im Gegensatz zu jener älteren Testamentsform verleugnet das jüngere *testamentum per aes et libram* nicht seine Herkunft aus einer, wenn auch sehr alten, Schicht der Kautelarjurisprudenz. In seiner ursprünglichen Gestalt überbrückte es den Erbfall durch zwei Rechtsgeschäfte unter Lebenden: Der Erblasser übertrug sein Vermögen im Wege der Manzipation auf einen Treuhänder, den *familiae emptor*; dieser wiederum händigte das erworbene Gut nach dem Tode des Erblassers entsprechend den von diesem in der *nuncupatio* (§ 54, 3b) des Manzipationsakts getroffenen Bestimmungen an die bedachten Personen aus. Der Übergang des Vermögens auf den Treuhänder war, wie uns Gaius (2, 105ff.) mit überzeugenden Beweisen<sup>5</sup> aus dem Rechtszustande seiner eigenen Zeit darlegt, zunächst ganz real gedacht: Der Treuhänder war der eigentliche Rechtsnachfolger des Erblassers, er war *heredis loco*; die Bedachten hingegen leiteten ihr Recht nicht vom Erblasser unmittelbar, sondern vom Treuhänder ab. Hiernach ist es so gut wie sicher, daß den Bedachten durch ein derartiges Geschäft ursprünglich nur einzelne Nachlaßgegenstände, nicht auch die Erbfolge in das Gesamtvermögen zugewendet werden konnte, daß das *testamentum per aes et libram* also von Hause aus ein reines Legatentestament war (vgl. § 194, 1 a. E.). Auch wird man annehmen müssen, daß die Ausführung der vom Erblasser angeord-

<sup>3</sup> In der Literatur ist dies freilich bestritten. Für die Annahme eines Komitialbeschlusses u. a. JHERING: Geist d. röm. R. I<sup>4</sup> 145ff.; MOMMSEN: Röm. Staatsr. III 319ff.; PERNICE: Formelle Gesetze (Berliner Festg. f. Gneist) 127ff.; WLASSAK: ZSt. 31, 210ff.; ARANGIO-RUIZ: Le genti e la città (Progr. Messina 1914) 70; SIBER: Röm. R. II 329 (mit weiteren Nachweisen); auch Jörs i. d. Vorauf. 224. Dagegen für bloßes Zeugnis: HÖLDER: Beitr. zur Gesch. d. röm. Erbr. 36ff., 1881; ZSt. 30, 68; KARLOWA: Röm. Rechtsgesch. II, 850; KÜBLER: RE 3, 1333; KNIEP: Gaiuskomm. II 2, 92ff. — Daß in der Überlieferung, anders als im Falle der Arrogation, von einer Beschlußfassung der Komitien nicht die Rede ist, kann auf mangelnder Kenntnis unserer Gewährleute beruhen, für die das *testamentum comitiis calatis* ein bereits vollkommen veraltetes Rechtsinstitut gewesen sein muß. Vielleicht ist aber auch der Komitialbeschluß in einem späteren Entwicklungsstadium dieser Testamentsform weggefallen; vgl. APPLETON: (s. o. Anm. 1) 82ff.; GIRARD-V. MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 874f.

<sup>4</sup> Nach der im Text vertretenen Auffassung war also Gegenstand des Komitialtestaments in erster Linie, wenn nicht gar ausschließlich, die Einsetzung eines Erben (anders LENEL: Essays in legal history 125f., der auch das Komitialtestament für ein Legatentestament hält). Die Erbinsetzung vor den Komitien aber stand offenbar der Arrogation im Wesen sehr nahe, ohne daß man jedoch genötigt wäre, beide Rechtsinstitute schlechthin gleichzusetzen. Für den Adoptionscharakter des *test. cal. com.* hat zuerst SCHULIN (D. griech. Testament verglichen m. d. röm. 1882) die Rechtsvergleichung angeführt. Heute tritt die Mehrzahl der Forscher dafür ein; dagegen vor allem BONFANTE, zuletzt Corso dir. rom. VI 60ff. Weitere Angaben über den Stand der Meinungen bei SIBER: Röm. R. II 329, Anm. 8, u. A. SEGRÉ: Ricerche di dir. ered. rom. 48, Anm. 2.

<sup>5</sup> Gewaltunterworfenen oder Gewalthaber des *familiae emptor* waren unfähig, als Zeugen mitzuwirken; umgekehrt waren Gewalthaber oder Gewaltunterworfenen des eingesetzten Erben grundsätzlich zeugnisfähig, wiewohl die klassische Zeit ihre Zuziehung mißbilligte. Hieraus ergibt sich eindeutig, daß ursprünglich der *familiae emptor* und nicht der Erbe vom Erblasser erwarb.

neten Zuwendungen ursprünglich vom guten Willen des Treuhänders abhing und lediglich durch seine Vertrauenswürdigkeit garantiert war.

3. Die weitere Entwicklung<sup>6</sup> überwand diese Schwächen des alten Treuhandgeschäfts, indem sie die Person des Treuhänders immer mehr zurückdrängte, ihn aus einem wirklichen Mittelsmann zur bloßen Formperson werden ließ. Damit gewann das Treuhandgeschäft den Charakter einer echten Verfügung von Todes wegen mit unmittelbarer Wirkung zugunsten der Bedachten. Der eigentliche Manzipationsakt wurde zur leeren Form, als das allein Wesentliche aber trat die Verkündigung des letzten Willens, die *nuncupatio*, in den Vordergrund. Der Kreis der letztwilligen Verfügungen blieb aber nicht mehr auf Vermächtnisse beschränkt, vielmehr wurde es jetzt möglich, auch über die Erbfolge selbst im *testamentum per aes et libram* zu verfügen. Damit war das zivile Testament der spätrepublikanisch-klassischen Zeit geschaffen.

4. Die Errichtung dieses jüngeren Testaments *per aes et libram* schildert uns Gaius (3, 104ff.) folgendermaßen: Vor den fünf Zeugen und dem *libripens* des Manzipationsformulars sprach der *familiae emptor*: *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta*. Nachdem er mit einem Kupferstück auf die Waage geschlagen und das Kupferstück dem Erblasser gegeben hatte, sprach der Erblasser die *nuncupatio*. Diese enthielt ursprünglich die Aufzählung der einzelnen letztwilligen Verfügungen. Es wurde jedoch frühzeitig üblich, den letzten Willen schriftlich festzulegen, einmal wohl im Interesse einer besseren Beweissicherung, sodann aber auch, um den Inhalt bei Lebzeiten des Erblassers geheimhalten zu können<sup>7</sup>. In einem solchen Falle beschränkte sich die mündliche Rede des Erblassers beim Errichtungsakt auf die Erklärung, daß die Urkunde, die er in der Hand hielt, seinen letzten Willen enthalte: *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*<sup>8</sup>. Die Ur-

<sup>6</sup> Welchen Punkt in der Entwicklung des *testamentum per aes et libram* die Zwölfafelgesetzgebung einnimmt, ist nicht sicher zu bestimmen. MITTEIS, WLASSAK (früher), SCIALOJA, SIBER (Nachweise b. SIBER: Acta acad. univ. iur. comp. I 990, Anm. 4), SOLAZZI (Dir. ered. rom. I 91, Anm. 1) und BESELER (ZSSt. 54, 322) nehmen an, daß die Zwölfafeln diese Testamentsform überhaupt noch nicht gekannt haben. WLASSAK: Stud. z. altröm. Erb- u. Vermächtnisr., bezieht den Satz *uti legassit suae rei, ita ius esto* (tab. V 3) auf die Vergabung des „Eigenguts“ (vgl. § 37, Anm. 7) im Wege eines Legatentestaments, d. h. wohl im Wege des *testamentum per aes et libram*, die Worte *si intestato moritur cui suus heres nec escit* (tab. V 4) dagegen auf die Berufung eines Erben für das „Familiengut“ durch Komitialtestament. JÖRS i. d. Voraufl. 225 vermutet, daß der Satz *uti legassit* usw. die Rechtsverbindlichkeit des *testamentum per aes et libram* angeordnet habe; dieses war jedoch nach seiner Meinung zur Zwölfafelzeit noch ein reines Legatentestament. — Hier soll nur auf folgende Gesichtspunkte hingewiesen werden: Die Bezeichnung *testamentum* ist von dem Begriff des Zeugengeschäfts (*testatio*, § 57, 3) nicht zu trennen; es liegt daher nahe zu vermuten, daß sie von Hause aus nur das *testamentum per aes et libram* betraf und erst nachträglich auch auf das Komitialtestament bezogen wurde (vgl. auch WEISS: ZSSt. 42, 105f.; ARANGIO-RUIZ: Ist. <sup>3</sup> 500, Anm. 1). Geht man hiervon aus, so muß sich der Satz *si intestato moritur* (vorausgesetzt, daß er den Wortlaut des Zwölfafeltextes treu wiedergibt, was nicht schlechthin gewiß ist), gerade auf das *testamentum per aes et libram* bezogen haben. Dieses braucht darum zur Zwölfafelzeit noch nicht den Charakter eines Erbeinsetzungstestaments gehabt zu haben: denn schon die Veräußerung des Nachlasses an den *familiae emptor* (der *heredis loco* war) wird eine Intestaterbfolge ausgeschlossen haben. Die Nichterwähnung des Komitialtestaments aber ließe sich dadurch erklären, daß der darin eingesetzte Erbe ursprünglich und vielleicht auch noch zur Zwölfafelzeit die Stellung eines *suus heres* erlangt haben mag (vgl. § 194, 3). Das *testamentum per aes et libram* wäre danach älter als die Zwölfafeln (vgl. auch die sprachlichen Erwägungen bei GOLDMANN: ZSSt. 51, 226ff., bes. 228, Anm. 1), seine Entwicklung zum Erbeinsetzungstestament und die Gleichordnung mit dem Komitialtestament hingegen jünger. Auch dies ist natürlich nicht mehr als eine Möglichkeit.

<sup>7</sup> Daneben blieben jedoch mündliche Testamente weiterhin möglich; vgl. DAVID: Stud. z. heredis institutio ex re certa (Leipz. Stud. 44) 6f. (mit Nachweisen).

<sup>8</sup> Die Worte *ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* sollen nach einer verbreiteten Meinung aus dem Formular des Komitialtestaments übernommen sein

kunde wurde danach mit einer Schnur verschlossen und die Schnur versiegelt; und zwar siegelten mindestens die fünf Manzipationszeugen, im Regelfalle aber außerdem der *familiae emptor* und der *libripens*, die ja durch die Entwicklung des *testamentum per aes et libram* gleichfalls den Charakter von Formpersonen angenommen hatten. Demnach zeigte die Testamentsurkunde im allgemeinen sieben Zeugensiegel, denen die Namen der Sieglere beigeschrieben waren.

### § 201. Die *bonorum possessio secundum tabulas* und das prätorische Testament.

1. Wie neben die zivile Intestaterbfolge eine prätorische Berufung zur *bonorum possessio intestati* trat, so entwickelten sich auch auf dem Gebiet der testamentarischen Erbfolge besondere Grundsätze des Honorarrechts. Der Prätor verhiess nämlich im Edikt demjenigen die Zuweisung des Erbschaftsbesitzes (*bonorum possessio secundum tabulas*), der in einer Testamentsurkunde zum Erben eingesetzt war, die die gesetzliche Zahl von Zeugensiegeln aufwies (Cic. in Verr. 2, 1, 117). Späterhin forderte das Edikt die Siegel aller sieben Formpersonen, die bei der Testamenterrichtung mitgewirkt hatten: der fünf Zeugen, des *familiae emptor* und des *libripens* (*testamentum septem signis signatum*: Gai. 2, 119; 147; Ulp. 23, 6; 28, 6). Zweck dieser Ediktsgesetze kann zunächst nur gewesen sein, dem Testamentserben den Beweis der Gültigkeit des Testaments zu erleichtern: Konnte er eine Urkunde vorlegen, die im Sinne des Edikts äußerlich in Ordnung war, so gelangte er durch die Erteilung der *bonorum possessio* in die bevorzugte Lage des Besitzers, dem der Prozeßgegner im Erbschaftsstreit die Ungültigkeit des Testaments nachweisen mußte. Wenn freilich dieser Nachweis gelang, wenn etwa der zivilrechtlich zur Erbschaft Berufene dartun konnte, daß bei der Testamenterrichtung der Manzipationsakt unterblieben war<sup>1</sup>, so unterlag der Testamentserbe und mußte den Nachlaß an den zivilen Erben herausgeben; seine *bonorum possessio* war also *sine re*, d. h. sie gewährleistete nicht den endgültigen Erwerb der Erbschaft (§ 194, 5). Dies wurde erst anders, als Antoninus Pius dem *bonorum possessor secundum tabulas* eine *exceptio doli* gegen den Anspruch des zivilen Erben gewährte (Gai. 2, 120). Nunmehr war der Erbschaftsbesitzer ein *bonorum possessor cum re*, und das nach den Grundsätzen des prätorischen Edikts ordnungsgemäße Testament war praktisch unangreifbar. Infolgedessen stellte man in spätklassischer Zeit das beurkundete und siebenfach versiegelte Testament, soweit es nicht zugleich den Anforderungen des Zivilrechts genügte, dem zivilen Manzipationstestament als *testamentum iure praetorio factum* gegenüber (Paul. sent. 4, 8, 2).

2. Die *bonorum possessio secundum tabulas* wurde den testamentarisch Berufenen binnen bestimmter Fristen (§ 214, 2) offengehalten. Wurde sie nicht rechtzeitig beim Prätor nachgesucht, so ließ dieser die Intestaterben nach der Erbfolgeordnung des Edikts (§ 197) zur *bonorum possessio intestati* zu.

§ 202. Nachklassische Testierformen. 1. Das Testierrecht des vierten und des beginnenden fünften Jahrhunderts ist zum großen Teile noch ungeklärt. Man kannte schriftliche und mündliche Testamente:

a) Das schriftliche Testament konnte „zivil“ oder „prätorisch“ sein. Im ersten

(vgl. z. B. GIRARD-V. MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 873, Anm. 2; 880; LENEL: Essays in legal history 126f.; JÖRS i. d. Vorauf. 224). Allein dies verträgt sich ebenso schlecht mit der Auffassung des Komitialtestaments als Erbeinsetzungs- (Adoptions-) Testament wie mit der Annahme, daß die Komitien nicht Zeuge, sondern beschlußfassende Körperschaft waren. Andererseits ist es durchaus nicht notwendig, daß die Anrede *Quirites* sich ursprünglich auf das Gesamtvolk und nicht auf die Zeugen bezogen habe, und die Behauptung, die Ansprache des Erblassers an die Zeugen wirke als lächerliche Feierlichkeit (GIRARD 880), ist ganz unbegründet: auf dem *testimonium* der Zeugen ruhte die Anerkennung des Testaments; daher war es sehr wohl gerechtfertigt, wenn der Erblasser sie mit Nachdruck zum Zeugnis aufrief. Der Annahme jüngeren Ursprungs dieser Formel steht somit nichts im Wege.

<sup>1</sup> Auch das *sine tutoris auctoritate* errichtete Testament einer Frau (§ 192, 2) legitimierte zwar zur *bonorum possessio secundum tabulas*, war aber zivilrechtlich ungültig. Weitere Fälle s. u. § 206, 2a und 3a.

Falle forderte man fünf, im zweiten sieben Zeugen. Der Manzipationsakt des alten Zivilrechts kam für das prätorische Testament als Gültigkeitsvoraussetzung natürlich ebenso wenig in Frage wie in klassischer Zeit; er scheint aber auch im zivilen Testament bald außer Übung gekommen zu sein. Somit unterschieden sich beide Testierformen schließlich nur noch durch die Zeugenzahl<sup>1</sup>.

b) Das mündlich (*per nuncupationem*, vgl. C. Th. 4, 4, 7 pr., 424 n. Chr.) errichtete Testament ist uns nicht näher bekannt. Es kann indessen nicht zweifelhaft sein, daß auch hier die *mancipatio familiae* ungebräuchlich wurde.

2. Eine Konstitution Theodosius des Zweiten (Nov. Theod. 16 = C. 6, 23, 21, 439 n. Chr.) gestattete dem Testator, zum Zwecke der Geheimhaltung des Testamentsinhalts<sup>2</sup> den Zeugen eine bereits verschlossene Urkunde als sein Testament vorzulegen, forderte aber für diesen Fall die eigenhändige Unterschrift des Erblassers oder seines Schreibvertreters (§ 57, 3) neben den Unterschriften der Zeugen; zugleich schrieb sie für das mündliche Testament gleichfalls die Zuziehung von sieben Zeugen vor. Im einen wie im anderen Falle bedurfte es einer einheitlichen und ununterbrochenen Mitwirkung der Testamentszeugen. Im Anschluß an diese Konstitution wurde im Recht des Ostriches die im Grunde schon längst antiquierte Unterscheidung zwischen dem „prätorischen“ und dem „zivilen“ Testament aufgegeben und nur noch ein schriftliches oder mündliches Testament vor sieben Zeugen anerkannt<sup>3</sup>, für dessen Form Justinian die von Theodosius erlassenen Bestimmungen im wesentlichen übernahm<sup>4</sup>. Im Westen dagegen hielt man weiterhin an dem Nebeneinander eines Siebenzeugentestaments und eines Fünfzeugentestaments fest<sup>5</sup>: bis ins Mittelalter hinein begegnen hier Testamentsurkunden mit nur fünf Zeugen.

3. Die in spätrömischer Zeit aufkommende öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften (§ 57, 4) griff auch auf das Testamentsrecht über: Dementsprechend konnten Testamente auch durch Erklärung zu Protokoll eines Gerichts oder einer anderen, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugten Behörde und durch Einreichung an den Kaiser errichtet werden (C. 6, 23, 19, 413 n. Chr.).

**§ 203. Soldatentestamente.** 1. Schon das altrömische Recht kannte neben dem *testamentum calatis comitiis* eine stark erleichterte Testierform für den im Felde stehenden Bürger: Wenn das Heer zur Schlacht angetreten war und die Einholung der letz-

<sup>1</sup> Der Versuch DAVIDS (ZSSst. 52, 314ff.), das prätorische Testament der Spätzeit als allographes, das zivile als eigenhändiges Testament zu erweisen, ist nach Ansicht des Bearbeiters nicht gelungen. Vielleicht aber darf man vermuten, daß auch noch im nachklassischen Recht ein Unterschied in der Wirkung beider Testamentsformen bestanden hat, daß also nur das prätorische Testament zur *bonorum possessio secundum tabulas* legitimierte. In der Tat zeigt eine Konstitution Theodosius' II. (C. Th. 4, 4, 7 pr. = C. 6, 36, 8, 424 n. Chr.), daß man noch im fünften Jahrhundert zwischen einer *bonorum possessio secundum tabulas*, *secundum nuncupationem* usw. unterschied.

<sup>2</sup> In der vorausgehenden Zeit war, wie der Kaiser in § 1 berichtet, die Meinung aufgekommen, daß der Testator den Zeugen den Inhalt des Testaments mitteilen müsse; gegen diese Meinung hatte sich schon Konstantin gewandt, vgl. C. Th. 4, 4, 3, 1f. — Nicht ganz treffend die Polemik DAVIDS: ZSSst. 52, 320, Anm. 5, gegen die Voraufkl. dieses Werks.

<sup>3</sup> Die Zuziehung von fünf Zeugen genügte nach einer Konstitution Justinians (C. 6, 23, 31, 3) nur in besonderem Notfalle (sog. *testamentum ruri conditum*). Über dieses und die anderen außerordentlichen Testamente der Spätzeit vgl. WINDSCHEID: Pand. III § 543ff.; BRINZ: Pand. III<sup>2</sup> 59ff.; KÖPPEL: Röm. Erbr. 445ff.

<sup>4</sup> Die wichtigste Neuerung Justinians ist die Vorschrift, daß der Testator den Erben in seiner Unterschrift nennen oder den Zeugen bekanntgeben müsse (C. 6, 23, 29, vgl. o. Anm. 2); ferner erließ er nähere Bestimmungen über die Einheit des Errichtungsaktes (C. 6, 23, 28). — Das Siebenzeugentestament der Spätzeit heißt *testamentum tripertitum*, da nach I. 2, 10, 3 die verschiedenen Erfordernisse (Einheit des Errichtungsaktes, Zuziehung und Unterschrift der sieben Zeugen, Zeugensiegel) von drei verschiedenen Rechtsquellen (dem alten Zivilrecht, dem Konstitutionsrecht und dem prätorischen Edikt) herrührten.

<sup>5</sup> Vgl. die *interpretatio* zu Nov. Theod. 16 und Nov. Valent. 21, 1, 2 u. 4. — Der Westen kannte ferner ein eigenhändiges („holographes“) Testament ohne Zeugen: Nov. Valent. 21, 2, 1 (446 n. Chr.).

ten Vorzeichen für den günstigen Ausgang erwartete, war es dem Bürger gestattet, vor den zunächststehenden Kameraden seinen letzten Willen zu erklären. Dieses *testamentum in procinctu*<sup>1</sup> läßt sich bis um das Jahr 150 v. Chr. nachweisen. Am Ende der Republik war es verschwunden: in Caesars gallischem Feldzug wurden die Testamente der Soldaten versiegelt (bell. Gall. 1, 39), also *per aes et libram* errichtet.

2. Gerade auf Cäsar geht aber eine jüngere Form des Soldatentestaments zurück, die, durch Konstitutionen der frühen Kaiserzeit weiterentwickelt, seit Trajan den Charakter einer dauernden Einrichtung annahm (Ulp. D. 29, 1, 1). Vom alten *testamentum in procinctu* unterschied sich dieses kaiserzeitliche *testamentum militis*<sup>2</sup> in verschiedenen Punkten: Einmal war es ein Vorrecht des Soldatenstandes schlechthin und konnte darum nicht bloß vor der Schlacht, sondern jederzeit, auch im Frieden errichtet werden. Erst Justinian beschränkte seine Anwendung wieder auf die Zeit des Feldzugs, gestattete seine Errichtung aber auch nichtkämpfenden Feldzugsteilnehmern (C. 6, 21, 17). Während ferner das *testamentum in procinctu* durch mündliche Erklärung vor Kameraden in der Schlachtlinie zustandekam, erforderte das jüngere Soldatentestament überhaupt keine bestimmte Form; jede mündliche oder schriftliche Willenserklärung genügte. Endlich schloß das Vorrecht zur Errichtung eines solchen Testaments auch wichtige materielle Vergünstigungen in sich. So konnte der Soldat, wenn er wollte, nur über einen Teil seines Nachlasses verfügen und den Rest für die Intestaterbfolge freilassen (vgl. § 195, 2b); auch an das Noterbrecht (§ 208ff.) und die *lex Falcidia* (§ 224, 2) war er nicht gebunden<sup>3</sup>.

## B. Der Inhalt des Testaments, insbesondere die Erbeinsetzung.

§ 204. 1. Den notwendigen Grundbestandteil des Testaments (*caput et fundamentum testamenti*, Gai. 2, 229) bildete, wenn man von dem älteren Entwicklungsstadium des *testamentum per aes et libram* absieht, zu allen Zeiten die Erbeinsetzung (*heredis institutio*), d. h. die Bestimmung eines Gesamtnachfolgers. Alle anderen Verfügungen, die der Erblasser etwa traf — Vermächnisse (§ 221ff.), Freilassungen, Vormundsbestellungen (§ 188, 2) — waren von dem Vorhandensein einer gültigen und wirksamen Erbeinsetzung abhängig und darum ohne eine solche hinfällig. Ja selbst, wenn eine gültige Erbeinsetzung vorlag, konnten jene anderen Verfügungen nur insoweit Kraft gewinnen, als sie räumlich nach der Erbeinsetzung angeordnet waren. Alles, was vor der Erbeinsetzung geschrieben stand, galt als nicht vorhanden (*pro non scripto*).

2. Noch das klassische Recht forderte für die Gültigkeit letztwilliger Verfügungen den Gebrauch ganz bestimmter Wortformeln<sup>1</sup>, und zwar mußten es zumeist *verba imperativa et directa* sein: so bei der Erbeinsetzung *Titius heres esto* (Gai. 2, 117),

<sup>1</sup> *Procingere* ist das Aufschürzen der Toga vor dem Kampf, *classis procincta* oder einfach *procinctus* also das kampfbereite Heer. — Zum *test. in procinctu* vgl. ZOCCO-ROSA in mehreren Schriften, zuletzt Riv. ital. sc. giur. 35, 302ff.; Il test. in proc. nella storia del dir. rom. (Istituto di storia del dir. rom. Catania 1910).

<sup>2</sup> Hierzu ARANGIO-RUIZ: Bull. 18, 157ff., vgl. auch Ist. 3 503; ARANGIO-RUIZ sieht im *test. militis* in erster Linie eine Anerkennung peregrinischer, insbes. griechischer Testierformen zugunsten der nichtrömischen Elemente im Heer. Dies wird bis zu einem gewissen Grade bestätigt durch den Gnomon des Idios Logos (s. u. Anm. 3). Vgl. ferner CALDERINI: Atene e Roma 1915, 259ff. (Testamenti di soldati nei papiri greco-egizii).

<sup>3</sup> Der Text gibt die Grundsätze wieder, die in den Rechtsquellen und insbesondere in der grundlegenden Konstitution Trajans (D. 29, 1, 1 pr.) entwickelt sind. Für das in Ägypten stehende Militär scheinen erheblich abweichende Sondernormen gegolten zu haben; vgl. den Gnomon der Idios Logos (BGU V 1210), § 34 und dazu SECKEL: Sb. Akad. Berlin 1928, 444.

<sup>1</sup> Und zwar in lateinischer Sprache; vgl. Gai. 2, 281; Ulp. 25, 9; Gnomon des Idios Logos § 8. Griechisch verfaßte Testamente gestattete zuerst Alexander Severus (nur für Ägypten?); vgl. KRELLER: Erbrechtl. Unters. auf Grund d. gräko-ägyptischen Papyrusurk. 331; Graf UXKULL-GYLLENBAND: BGU V 2, 30. Über eine Ausnahme unter Hadrian vgl. STEINWENTER: ZSSt. 51, 404ff.; BESELER: ZSSt. 52, 284ff.

beim (Damnations-)Vermächtnis<sup>2</sup> *heres meus Titio Stichum hominem dare damnas esto* (Gai. 2, 201), bei der Freilassung *Stichus servus meus liber esto*. Immerhin machte sich schon in der früheren Kaiserzeit eine gewisse Abschwächung der Formstrenge bemerkbar: so ließ man schon zur Zeit des Gaius auch ein *Titium heredem esse iubeo* als Erbeinsetzung gelten (Gai. 2, 117). In nachklassischer Zeit schließlich wurde durch ein Gesetz Konstantins des Großen oder eines seiner Söhne der alte Formalismus gänzlich beseitigt und jeder Wortlaut zugelassen, der den Willen des Erblassers zu klarem Ausdruck brachte (C. 6, 23, 15 + C. 6, 9, 9 + C. 6, 37, 21)<sup>3</sup>.

3. Aus dem Wesen der Erbfolge als Gesamtnachfolge ergab sich, daß die Erbeinsetzung stets die Erbschaft als solche und nicht einzelne Nachlaßgegenstände betreffen konnte. Hatte der Erblasser eine Erbeinsetzung mit Beschränkung auf einzelne Nachlaßgegenstände verfügt (*heredis institutio ex re certa*)<sup>4</sup>, so wurde sie unter Streichung dieser Beschränkung aufrechterhalten. Enthielt demnach das Testament nur diese eine Erbeinsetzung, so wurde der *heres ex re certa* Alleinerbe (Pap. D. 28, 6, 41, 8; Ulp. D. 28, 5, 1, 4); neben Miterben wurde er zu einem Bruchteil der Erbschaft berufen (Iav. D. 28, 5, 11); erst das spätklassische Recht ließ in diesem zweiten Fall die Erwähnung der *certa res* wenigstens als Teilungsanordnung gelten.

4. Der Erbeinsetzung konnte die Einsetzung eines Ersatzerben angefügt werden, die dann wirksam wurde, wenn der an erster Stelle Berufene die Erbschaft (bzw. den Erbteil) nicht erwarb (*substitutio vulgaris*, Gai. 2, 174ff.); ebenso konnte dem ersten Ersatzerben wiederum ein zweiter zur Seite gestellt werden usw. Der Ersatzerbe galt im Zweifel als berufen, sowohl, wenn sein Vormann nicht Erbe werden konnte (etwa, weil er noch vor dem Erblasser gestorben war), wie auch dann, wenn er nicht Erbe werden wollte (z. B., wenn er die Erbschaft ausschlug, § 211f.).

5. Wer einen unmündigen Gewaltunterworfenen hinterließ, durfte auch für den Fall, daß das Kind nach ihm, aber vor erreichter Mündigkeit sterben würde, einen Ersatzerben ernennen (*substitutio pupillaris*<sup>5</sup>; Gai. 2, 179ff.). Diesem fiel dann nicht nur die Hinterlassenschaft des Testators, sondern auch das späterhin von dem Unmündigen erworbene Vermögen zu. Offenbar handelt es sich dabei um einen uralten Rechtssatz, dem von Hause aus die Vorstellung zugrunde lag, daß das unmündige Kind noch nicht Erbe im Sinne der alten Gewaltnachfolge (§ 194, 1) sein könne. Dem entspricht es, wenn noch in klassischer Zeit der Pupillarsubstitut in mancher Hinsicht als Erbe nicht des Kindes, sondern des Testators behandelt wurde<sup>6</sup>. Auch mußte der Erblasser stets zugleich sich selbst einen (unmittelbaren) Erben im Testament ernennen, und die Anordnung der Pupillarsubstitution bildete, selbst wenn sie in einer besonderen Urkunde enthalten war<sup>7</sup>, einen Bestandteil des

<sup>2</sup> Das sog. Vindikationsvermächtnis hatte in seiner gebräuchlichsten Gestalt keine imperativische Form, vgl. Gai. 1, 149.

<sup>3</sup> Die drei Kodexkonstitutionen sind offensichtlich Stücke eines und desselben Gesetzes, das nach der überlieferten Datierung 339 n. Chr. zu Serdica (Sofia) ergangen ist. Damals regierten die Söhne Konstantins des Großen. Der als Gesetzgeber genannte Constantinus mußte demnach Konstantin II. sein, der zwar nur im Westen herrschte, vielleicht aber eine Art vormundschaftlicher Oberherrschaft über seine jüngeren Brüder ausübte (vgl. STEIN: Gesch. d. spätrömische Reiches I, 1928, 203ff.). Möglicherweise ist jedoch die Überlieferung nicht in Ordnung, und zwar könnte einmal der Name des Gesetzgebers infolge falscher Auflösung einer Abkürzung unrichtig sein, oder aber die Datierung. Im ersten Falle wäre wohl an Constantius II. zu denken, im zweiten an das Jahr 320 und damit an Konstantin den Großen als Gesetzgeber; das letzte hat m. E. die größere Wahrscheinlichkeit für sich. Vgl. KRÜGER: Kl. Codexausg., App. I, bei den Jahren: 320 und 339.

<sup>4</sup> Zuletzt behandelt von DAVID: Studien z. heredis institutio ex re certa im klass. röm. u. justinianischen R. (Leipz. rechtswiss. Stud. 44, 1930); dazu KUNKEL: ZSSt. 51, 535ff.

<sup>5</sup> Hierüber zuletzt LA PRA: Studi BONFANTE III 273ff. Vgl. ferner RE 4A, 506ff.

<sup>6</sup> War z. B. der Substitut ein anderer Abkömmling des Testators und damit diesem gegenüber *heres necessarius* (vgl. § 211), so galt er auch dem *pupillus* gegenüber als *heres necessarius*: Ulp. D. 28, 6, 2, 4.

<sup>7</sup> Dies geschah in der Regel, und zwar im Interesse der Geheimhaltung der Substitution: Gai. 2, 181.

Haupttestaments und war von dessen Gültigkeit in ihrem Bestande abhängig (Ul. D. 28, 6, 2, 4). Daneben aber steht im klassischen Recht auch die entgegengesetzte Vorstellung, daß der Substitut Erbe des Kindes sei; nur von ihr aus erklärt sich die Regel, daß der Erblasser seinem Gewaltunterworfenen auch dann einen Pupillarsubstituten bestellen konnte, wenn er ihn enterbt hatte (Gai. 2, 182). In diesem Falle bezog sich die Substitution nur auf das Vermögen, das der Unmündige etwa nach dem Tode des Testators durch Schenkung, Erbfolge usw. erwarb.

6. In einem berühmten Prozeß der sullanischen Zeit, der *causa Curiana*, stritt man darüber, ob die Anordnung einer Pupillarsubstitution zugleich die einer Vulgarsubstitution in sich schließe (Cic. de orat. 1, 180; vgl. o. § 49, 1). In der Kaiserzeit wurde nicht nur diese Frage bejaht, sondern auch umgekehrt angenommen, daß der Vulgarsubstitution eine Pupillarsubstitution innewohnen könne (Mark Aurel u. Verus in D. 28, 6, 4 pr.).

7. Vulgar- und Pupillarsubstitution sind Fälle einer aufschiebend bedingten Erbeinsetzung. Eine solche war auch über diese Sonderfälle hinaus zulässig, desgleichen eine auflösende Bedingung in dem Sinne, daß schon die Berufung zur Erbfolge bei Bedingungseintritt hinfällig werden solle<sup>8</sup>; dagegen konnte die einmal eingetretene Erbfolge des Testamentserben nicht durch eine auflösende Bedingung beschränkt werden: eine solche Bedingung stand im Widerspruch mit dem Satze *semel heres semper heres* und galt darum *pro non scripto* (vgl. schon § 195, 3). Eine Befristung der Erbeinsetzung war überhaupt nicht zulässig; doch wurde ein unbestimmter Anfangstermin als aufschiebende Bedingung gedeutet und aufrechterhalten (Pap. D. 35, 1, 75)<sup>9</sup>.

### C. Persönliche Voraussetzungen der Testamentserrichtung (*testamenti factio*)<sup>1</sup>.

§ 205. 1. Die Wirksamkeit der Testamentserrichtung hing von gewissen persönlichen Voraussetzungen ab, die teils den Erblasser selbst, teils die bei der Errichtung mitwirkenden Formpersonen (Zeugen, *familiae emptor*, *libripens*), teils schließlich die im Testament als Erben, Vermächtnisnehmer oder Vormünder benannten Personen betrafen. Die Römer sprachen in diesem Zusammenhang von *testamenti factio*<sup>2</sup>. Wörtlich genommen bedeutet dieser Ausdruck nichts anderes als „Testamentserrichtung“; in übertragenem Sinne verstand man darunter die Fähigkeit zur Testamentserrichtung. Dementsprechend wurde der Begriff in klassischer Zeit stets auf den Erblasser bezogen: Fehlte dem Erblasser selbst eine persönliche Voraussetzung der Testamentserrichtung, so ermangelte er der *testamenti factio* schlechthin; fehlten einer der vom Erblasser zugezogenen Formpersonen die nötigen Qualitäten, oder konnte eine der vom Erblasser im Testament als Erbe, Vermächtnisnehmer oder Vormund benannten Personen nicht wirksam berufen werden, so sprach man davon, daß der Erblasser „mit dieser Person“ nicht die *testamenti factio* habe (*testamenti factio cum aliquo*). Erst ein degenerierter Sprachgebrauch, der vermutlich durchweg der nachklassischen Zeit angehört, bezog den Begriff der *testamenti factio* unmittelbar auf den im Testament Berufenen. Von diesem Sprachgebrauch ausgehend unterschied dann die gemeinrechtliche Terminologie zwischen einer *testamenti factio activa* des Erblassers und einer *testamenti factio passiva* der im Testament berufenen Personen, ganz ebenso, wie wir heute zwischen aktivem und passivem Wahlrecht unterschieden. Für die *testamenti factio* der Formpersonen fehlt ein entsprechender Ausdruck.

<sup>8</sup> So im Falle der testamentarisch angeordneten *cretio* (§ 212, 1 a): *quod ni ita creveris, exheres esto* (Gai. 2, 165).

<sup>9</sup> Hierüber APPLETON: Rev. gén. du droit 50, 176ff.

<sup>1</sup> Hierüber ausführlich BONFANTE: Corso dir. rom. VI 273ff.

<sup>2</sup> Hierzu H. KRÜGER: ZSSSt. 53, 505ff., dessen Ausführungen dem folgenden zugrunde liegen.

2. Die *testamenti factio activa* (Ulp. 20, 10ff.; Paul. sent. 3, 4a, 1ff.), also die Fähigkeit, als Erblasser ein Testament zu errichten, besaßen alle mündigen römischen Bürger<sup>3</sup> mit Ausnahme der Hauskinder (sofern diese nicht über ihr *peculium castrense* testierten, vgl. § 185),<sup>4</sup> mit Ausnahme ferner der ihres Vernunftgebrauchs nicht mächtigen Personen (§ 51, 2)<sup>4</sup>, der entmündigten Verschwender (§ 51, 3) und solcher Personen, denen das Testierrecht zur Strafe entzogen war<sup>5</sup>. Freigeborene Frauen, die unter Geschlechtsvormundschaft standen, konnten bis auf Hadrian nur dann testieren, wenn sie sich zu diesem Zweck in die fiduziarische Ehegewalt eines Mannes begaben (*coemptio testamenti faciendi causa*; vgl. § 175, 2); seit Hadrian bedurften sie lediglich der *auctoritas tutoris* (§ 192, 2): Gai. 2, 112.

3. Die *testamenti factio passiva*, d. h. die Fähigkeit, durch Testament wirksam zur Erbfolge, zum Erwerb von Vermächtnissen oder zur Vormundschaft berufen zu werden, ist hier nur hinsichtlich der Erbfolge zu erörtern<sup>6</sup>. Als Erben konnten grundsätzlich alle römischen Bürger eingesetzt werden. Für Frauen galt jedoch seit einer *lex Voconia* (wahrscheinlich 169 v. Chr.) insofern eine Einschränkung, als es den Angehörigen der ersten Zensusklasse, also den Reichsten, verboten war, sie als Erben einzusetzen (Gai. 2, 274; Gell. 6, 13)<sup>7</sup>; in der Kaiserzeit verschwand diese Vorschrift aus dem praktischen Rechtsleben<sup>8</sup>. Eigene Sklaven des Erblassers konnten als Erben eingesetzt werden, wenn ihnen zugleich die Freiheit gegeben wurde (Gai. 2, 185)<sup>9</sup>; fremde Sklaven, wenn ihr Herr (für den sie erwarben) einsetzungsfähig war (Gai. 2, 189; Ulp. 22, 9). Unzulässig war die Einsetzung „unbestimmter Personen“ (*personae incertae*; Ulp. 22, 4). Aus diesem Grunde konnten auch, abgesehen vom römischen Staate, juristische Personen nicht zur Erbfolge berufen werden (Ulp. 22, 5: *municipium*)<sup>10</sup>. Erst in christlicher Zeit wurde die Einsetzung der Kirche (Konstantin C. Th. 16, 2, 4 = C. 1, 2, 1), der „Armen“ (Valentinian II. und Marcian C. 1, 3, 24; 455 n. Chr.), der „Klöster und wohlthätigen Stiftungen“, der Gemeinde und anderer „unbestimmter Personen“ (Justinian C. 1, 2, 23) durch die Kaisergesetzgebung zugelassen. Private Körperschaften bedurften auch in nachklassischer Zeit eines besonderen kaiserlichen Privilegs, um erbfähig zu sein (Diocl. C. 6, 24, 8). Die Einsetzbarkeit von Personen, die zur Zeit des Erbfalls noch nicht geboren waren (*postumi*), wurde nur im Laufe einer sehr allmählichen, von der ausgehenden Republik bis in die hochklassische Zeit reichenden Entwicklung anerkannt<sup>11</sup>, und auch dann nur mit

<sup>3</sup> Von den Sklaven durften die Staatssklaven (*servi publici*) in der Kaiserzeit über die Hälfte ihres *peculium* testieren: Ulp. 20, 16.

<sup>4</sup> Auch Taube und Stumme konnten nach älterem Recht nicht testieren, noch in klassischer Zeit nur auf Grund eines besonderen kaiserlichen Reskripts (Macer D. 28, 1, 7). Das justinianische Recht beschränkte die Testierunfähigkeit auf taubstumm Geborene (C. 6, 22, 10).

<sup>5</sup> Vgl. z. B. Ulp. D. 28, 1, 18, 1; Theodos. C. Th. 16, 5, 40, 5 = C. 1, 5, 4, 5 (407 n. Chr.).

<sup>6</sup> Über die Fähigkeit zum Erwerb von Vermächtnissen s. § 221, 2b. — Ausführliche Behandlung der Zeitpunkte, in denen die Erbeinsetzungsfähigkeit vorhanden sein mußte, bei SCHULZ: ZSSt. 85, 112ff.

<sup>7</sup> Vgl. v. WOESS: D. röm. Erbr. u. d. Erbanwärter 70ff.; KÜBLER: ZSSt. 41, 23ff.; BRASSLOFF: Studien z. röm. Rechtsgesch. I 66ff. Bei ihnen weitere Literaturnachweise.

<sup>8</sup> Vermutlich in Verbindung mit dem Abkommen des Zensus; so GIRARD-v. MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 892. Vgl. auch MOMMSEN: Jur. Schr. III 192f.

<sup>9</sup> Nach justinianischem Recht ergab sich die Freilassung aus der Erbeinsetzung: C. 6, 27, 5.

<sup>10</sup> Auch die *testamenti factio passiva* des römischen Staats wird von SCIALOJA (Studi Moriani II 20 u. anderw.) bestritten; eine Sache für sich ist dabei die Berufung des römischen Staats zur Rechtsnachfolge in den Testamenten hellenistischer Könige (so in dem Testament des Attalos von Pergamon und in dem jüngst durch eine Inschrift bekanntgewordenen des Ptolemäus Neoteros von Kyrene; Lit. zu diesem bei P. M. MEYER: ZSSt. 54, 349f. und PIGANIOL: RH 4. Ser., 12, 409ff. — Über die (erst der Kaiserzeit angehörende) Zulassung der Erbeinsetzung von Göttern (Ulp. 22, 6) vgl. MOMMSEN: Röm. Staatsr. II<sup>8</sup> 61f.; SCIALOJA: Studi Fadda II 1ff. (hier weitere Lit.).

<sup>11</sup> Hauptquelle: Scaev. D. 28, 2, 29. Die vermutlich unter Tiberius in diesem Zusammenhang ergangene *lex Iunia Vellea* ist rekonstruiert bei BRUNS: Fontes I<sup>7</sup> 116f. Ausführliche Darstellung des Entwicklungsganges bei GIRARD-v. MAYR: Gesch. u. Syst. d. röm. R. 931f.



Beschränkung auf den Kreis der *sui heredes* und deren Deszendenz<sup>12</sup>, bis schließlich Justinian die Einsetzung aller *postumi* zuließ (C. 6, 48, 1; I. 3, 9 pr.).

4. Für die *testamenti factio* der Formpersonen wurde grundsätzlich das Bürgerrecht gefordert, ferner Mündigkeit, Unbescholtenheit und die Fähigkeit, den Testierakt wahrzunehmen und zu verstehen; sie durften außerdem nicht mit dem Erblasser und, nach älterem Recht, nicht mit dem *familiae emptor* (vgl. § 200, 2), nach jüngerem Recht nicht mit dem eingesetzten Erben durch ein Gewaltverhältnis verbunden sein (Gai. 2, 105ff.; Ulp. 20, 2ff.)<sup>13</sup>.

#### D. Unwirksamkeit und Aufhebung des Testaments.

§ 206. 1. Ein Testament war von Anfang an nichtig (*testamentum nullum*), wenn dem Erblasser zur Zeit der Errichtung die *testamenti factio activa* fehlte (§ 205, 2), wenn die Testierformen nicht gewahrt waren und wenn das Testament inhaltlich nicht den Anforderungen der Rechtsordnung entsprach, etwa weil die Erbeinsetzung fehlte (§ 204, 1) oder ein Haussohn des Erblassers weder zum Erben eingesetzt noch formgerecht enterbt war (§ 208, 1 b).

2. War das Testament zunächst gültig errichtet, so konnte es aus verschiedenen Gründen späterhin unwirksam werden:

a) durch *capitis deminutio* des Erblassers, sei es, daß sie den Verlust des Bürgerrechts mit sich brachte, sei es, daß sie dem Erblasser nur die Stellung eines Gewaltfreien (*homo sui iuris*) nahm (*testamentum irritum*). Doch gab der Prätor auf Grund eines solchen Testaments die *bonorum possessio*, wenn es nur den Anforderungen des Edikts genügte (§ 201, 1) und der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes wieder römischer Bürger und gewaltfrei gewesen war (Gai. 2, 145; 147).

b) Wenn keiner der eingesetzten Erben die Erbschaft erwerben konnte oder wollte, etwa weil ihnen die *testamenti factio passiva* fehlte, oder weil sie schon vor dem Erblasser verstorben waren, oder schließlich, weil sie die Erbschaft ausschlugen (sog. *testamentum destitutum*; Ulp. 23, 4; Pomp. D. 26, 2, 9; Paul. D. 50, 17, 181).

c) wenn dem Erblasser nach der Testamentserrichtung ein *suus heres* entstand, den er nicht vorsorglich berücksichtigt, d. h. nicht zum Erben eingesetzt oder enterbt hatte (*agnatio postumi*; *testamentum ruptum*; Gai. 2, 138ff.; Ulp. 23, 2f.);

d) endlich durch Widerruf seitens des Erblassers (hierüber s. u. Ziff. 3).

3. Der Widerruf seines Testaments stand dem Erblasser jederzeit frei<sup>1</sup>. Er konnte jedoch nicht durch beliebige Willenserklärung, sondern nur in ganz bestimmter Weise erfolgen, nämlich:

a) durch Errichtung eines neuen zivilrechtlich gültig zustande gekommenen Testaments (Gai. 2, 144). Ein solches neues Testament beseitigte das alte nicht bloß insofern, als es mit ihm in Widerspruch stand, sondern schlechthin, und zwar auch dann, wenn keine seiner Erbeinsetzungen zur Wirksamkeit gelangte: es genügte, daß der Erwerb aus ihm möglich gewesen wäre. Entsprach das neue Testament nicht den Anforderungen des Zivilrechts, genügte es aber denen des Edikts, so gab der Prätor daraus die *bonorum possessio secundum tabulas* (und zwar seit Antoninus Pius *cum re*, vgl. § 201, 1);

b) durch willentliche Zerstörung der Testamentsurkunde, Zerschneiden der Verschlussschnur oder Abreißen der Siegel<sup>2</sup>. Nach Zivilrecht wurde allerdings dadurch.

<sup>12</sup> Dagegen erhielten auch die eingesetzten *postumi alieni* die *bonorum possessio*, vgl. Paul. D. 37, 11, 3; Iust. I. 3, 9pr. — Über I. 2, 20, 28 vgl. BUCKLAND: NRH 44, 560f.

<sup>13</sup> Näheres bei VANGEROW: Pand. II 7 138ff.; WINDSCHEID: Pand. III § 542; KÖPPEN: Röm. Erbr. 435 ff.

<sup>1</sup> Die hierzu in der Vorauf. 229 angeführten Stellen (Ulp. D. 24, 1, 32, 3; D. 34, 4, 4) beziehen sich nicht auf den Widerruf des Testaments und sind überdies von zweifelhafter Echtheit (nicht nur wegen des Worts *ambulatorius*, vgl. BESELER: Beitr. IV 161f.).

<sup>2</sup> Auch wenn ein Dritter diese Zerstörungshandlungen mit Willen des Erblassers vornahm.

das Testament nicht aufgehoben, denn für das Zivilrecht war die Testamentsurkunde nur Beweismittel, das Testament also gültig, wenn nur der mündliche Akt *per aes et libram* und die Nunkupation ordnungsmäßig erfolgt waren. Hingegen mußte der Prätor, der bei der Erteilung der *bonorum possessio* vom Vorliegen einer ordnungsmäßigen Testamentsurkunde ausging, die *bonorum possessio secundum tabulas* verweigern, das Testament also als unwirksam behandeln und die (prätorischen) Intestat-erben zum Erbschaftsbesitz berufen (Gai. 2, 151f.; Ulp. D. 38, 6, 1, 8)<sup>3</sup>.

4. In nachklassischer Zeit erklärten die Kaiser Honorius und Theodosius II. ein Testament für unwirksam, wenn seit seiner Errichtung zehn Jahre verstrichen waren, ohne daß es erneuert worden war (C. Th. 4, 4, 6). Justinian (C. 6, 23, 27) hob diese Vorschrift auf, gestattete aber dem Erblasser nach dem Ablauf der zehn Jahre den Widerruf durch Erklärung vor mindestens drei Zeugen oder zu Protokoll einer Behörde mit *ius actorum conficiendorum* (vgl. § 57, 4).

### E. (Anhang). Das Kodizill.

§ 207. 1. Das Recht der Kaiserzeit kannte neben dem Testament noch eine zweite, minder förmliche Art der letztwilligen Verfügung, das Kodizill (*codicilli*). Die Entwicklung dieses Rechtsinstituts reicht bis auf Augustus zurück, der zuerst in einem Einzelfalle den formlosen Nachtrag zu einem Testament als gültige Verfügung von Todes wegen behandelte (I. 2, 25pr.); damit legte er den Grund, auf der die Kaisergesetzgebung und das Juristenrecht alsbald weiterbauten.

2. Wie schon der Name sagt, war das Kodizill ein formloser Schriftsatz mit letztwilligen Anordnungen, der vielfach als Brief an den Belasteten stilisiert war (*codicilli* sind die Wachstäfelchen eines Briefs)<sup>1</sup>. Erst das nachklassische Recht, in dem Testament und Kodizill stark aneinander angenähert wurden, unterwarf auch das Kodizill gewissen Formvorschriften<sup>2</sup>. Zuletzt forderte Justinian die Zuziehung von fünf Zeugen, ließ aber zugleich auch die mündliche Errichtung zu — womit das ursprüngliche Wesen des Kodizills ganz verwischt und eine abgeschwächte Testamentsform daraus geworden war (C. 6, 36, 8, 3 itp.; 6, 4, 3 pr.; 6, 23, 28, 6 a. E.).

3. Das vollentwickelte Kodizillarrecht seit der hochklassischen Zeit (vgl. Iul. D. 28, 7, 3pr.) gestattete die Errichtung von Kodizillen sowohl in Ergänzung eines Testaments wie auch ohne Beziehung auf eine testamentarische Verfügung. War das Kodizill durch ein späteres Testament bestätigt, oder war seine Errichtung in einem vorausgehenden Testament vorbehalten (*codicilli testamento confirmati*), so galt es als Bestandteil des Testaments<sup>3</sup>. Infolgedessen war es von der Gültigkeit der testamentarischen Erbeinsetzung ganz ebenso abhängig wie der übrige Inhalt der eigentlichen Testamentsurkunde. Auch konnte es, gleich dem Testament, letztwillige Verfügungen aller Art aufnehmen, mit Ausnahme der Erbeinsetzung und der Enterbung, die dem Testamente selbst vorbehalten waren<sup>4</sup>. Anders das testamentarisch nicht bestätigte Kodizill (*codicilli testamento non confirmati*, Intestatkodizill): in ihm kann-

<sup>3</sup> Vgl. hierzu die Kontroverse zwischen P. KRÜGER: Krit. Versuche 1ff.; ZSSt. 1, 53ff.; 7, 91ff. und SCHIRMER: ZSSt. 7, 1ff.; 8, 99ff.

<sup>1</sup> Beispiele: CIL X 7457 (= BRUNS: Fontes I 7 316, Nr. 122); BGU 326 II 15ff. (= MITTEIS: Chrest. d. Papyruskunde Nr. 316).

<sup>2</sup> Die Entwicklung der nachklassischen Kodizillarformen ist schwer zu verfolgen. Während die bisher herrschende Auffassung annahm, daß Konstantin C. Th. 4, 4, 1 (326 n. Chr. ?) für Intestatkodizille allgemein die Testamentsform (5—7 Zeugen) eingeführt habe, vermutet neuerdings DAVID: Studien z. heredis institutio ex re certa (Leipz. rechtswiss. Stud. 44) 58ff., diese Bestimmung betreffe nur solche Kodizille, die, einer nachklassischen Praxis entsprechend, Erbeinsetzungen enthielten. Bei DAVID auch weitere Quellenzeugnisse.

<sup>3</sup> Iul. D. 29, 7, 2, 2: *Codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent*. Näheres über die Tragweite dieser sog. kodizillarrechtlichen Fiktion bei FEIN in GLÜCKS Komm. z. d. Pand. 44, 233ff.; WINDSCHEID: Pand. III § 630 a. E.; VANGEROW: Pand. II 7 441ff.; DERNBURG: Pand. III § 66, Anm. 14.

<sup>4</sup> I. 2, 25, 2: *Codicillis hereditas neque dari neque adimi potest*.

ten nur fideikommissarische Anordnungen gültig getroffen werden (Vermächtnisse, mittelbare Freilassungen, vgl. § 226; § 41, 2c).

4. Die Errichtung eines Kodizills setzte Testierfähigkeit des Erblassers voraus; und zwar mußte sie stets im Augenblick der Errichtung vorhanden sein<sup>5</sup>, auch dann, wenn das Kodizill sich an ein gültiges Testament anlehnte<sup>6</sup>. Ein später errichtetes Kodizill hob das frühere nur insoweit auf, als es inhaltlich damit in Widerspruch stand (Diocl. C. 6, 36, 3).

5. Besondere praktische Bedeutung gewann das Kodizill dadurch, daß es die Möglichkeit bot, das Testament gegen etwaige Unwirksamkeitsgründe zu schützen. Der Erblasser pflegte nämlich seinem Testament die Klausel anzufügen, es solle als Kodizill aufrecht gehalten werden, falls es als Testament nicht Bestand haben könne. Diese sog. Kodizillarklausel konnte das Testament jedoch nur dann retten, wenn es wenigstens den Anforderungen des Kodizillarrechts genüge. Sie vermochte also z. B. den Mangel der Testierfähigkeit nicht zu beseitigen (vgl. Ziff. 4). Hauptsächlich schützte sie gegen Formfehler des Testaments. Im klassischen Recht war dies von größter Wichtigkeit, da das Kodizill überhaupt keiner besonderen Form bedurfte. Anders in nachklassischer Zeit, als auch das Kodizill den Charakter eines Formalgeschäftes angenommen hatte (s. o. Ziff. 2)<sup>7</sup>.

#### IV. Noterbrecht<sup>1</sup>.

§ 208. Formelles Noterbrecht. 1. Gegenüber der unumschränkten Testierfreiheit des Erblassers kannte schon das ältere Zivilrecht einen, wenn auch nur formellen Schutz zugunsten der nächsten gesetzlichen Erben, der *sui heredes*. Dieses sog. formelle Noterbrecht wird in seinem Kern kaum jünger sein als die absolute Testierfreiheit selbst; vermutlich trat es bereits in dem Augenblick hervor, in dem die Möglichkeit Anerkennung fand, auch beim Vorhandensein von *sui heredes* die Erbfolge testamentarisch zu ordnen<sup>2</sup>. Grundprinzip des formellen Noterbrechts war der Satz, daß der Erblasser die *sui heredes* wohl ausdrücklich von der Erbfolge ausschließen, nicht aber in seinem Testament mit Stillschweigen übergehen könne. Was dabei für die zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen *sui heredes* galt, das galt, von gewissen Besonderheiten abgesehen, auch für die später hinzugekommenen *sui heredes*, die *postumi* (§ 205, 3).

a) Ein *suus heres* war übergegangen, wenn er weder gehörig zum Erben eingesetzt, noch formgerecht enterbt war. Handelte es sich um einen Sohn, so mußte er bei der Enterbung einzeln genannt werden (*nominatim exheredare*; Gai. 2, 127; Ulp. 22, 16), gleichviel, ob mit oder ohne Erwähnung des Namens: *filius meus* oder *Lucius filius meus exheres esto*. Bei den übrigen *sui heredes*, also bei Töchtern, bei der gewaltunterworfenen Ehefrau und bei Enkelkindern, genügte gemeinsame Enterbung: *ceteri omnes exheredes sunt* (*inter ceteros exheredare*; Gai. 2, 128; Ulp. 22, 22)<sup>3</sup>. Einer Begründung bedurfte die Enterbung in keinem Falle.

<sup>5</sup> Bei nachträglichem Erwerb der *testamenti factio* ordnete wohl erst Justinian die Aufrechterhaltung des Kodizills an: D. 32, 1, 5 itp.; vgl. BRONDI zit. bei KRÜGER: ad h. 1.

<sup>6</sup> Dies bedeutete eine Durchbrechung der Regel, daß Testament und Kodizill als Einheit anzusehen seien (s. o. Ziff. 3).

<sup>7</sup> Gelangte die Kodizillarklausel zur Wirkung, so wurden die Erbeinsetzungen in Universal-fideikommisse (§ 227) umgedeutet, und zwar regelmäßig zu Lasten des Intestaterben, die übrigen Verfügungen des Testaments (z. B. Vermächtnisse und Freilassungen) in Fideikommisse, die ihrerseits wieder den Universal-fideikommissar belasteten.

<sup>1</sup> FRANCKE: D. Recht d. Noterben u. Pflichtteilsberechtigten, 1831; SCHMIDT, A.: D. formelle Recht d. Noterben, 1862; LEIST b. GLÜCK: Komm. z. d. Pand. 37/38, III 80ff.; v. WOESS: D. röm. Erbr. u. d. Erbanwärter 129ff., 1911; BESELER: Beitr. II, 33, Anm.; LA PIRA: La successione ereditaria intestata e contro il testamento (Pubbl. Fac. di giurispr. Firenze 3) 95ff., 309ff.

<sup>2</sup> Anders v. WOESS: (s. o. Anm. 1) 152ff.; hiergegen BESELER: (s. o. Anm. 1); RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 529.

<sup>3</sup> Von den *postumi* mußten in der Kaiserzeit (seit der in § 205, Anm. 11 zit. *lex Iunia Vellaea*)

b) War ein Sohn übergangen, so war das Testament seinem ganzen Umfange nach nichtig, und es trat Intestaterbfolge ein (Gai. 2, 123; Ulp. 22, 16). Die Übergangung anderer *sui heredes* dagegen beseitigte das Testament nicht, führte aber dazu, daß die Übergangenen neben den Testamentserben zur Erbfolge gelangten. Die Übergangenen wuchsen also, wie die Römer sagten, zu den Testamentserben hinzu (*adrescere*): und zwar erhielten sie (je ?) einen Kopfteil, wenn der eingesetzte Erbe seinerseits ein *suus heres* war, sonst schlechthin die Hälfte der Erbschaft (Gai. 2, 124)<sup>4</sup>.

2. Dem formellen Noterbrecht des Zivilrechts entsprach im Rahmen der prätorischen Erbfolgeordnung ein prätorisches Noterbrecht<sup>5</sup>.

a) Prätorische Noterben waren die im Testament übergangenen *liberi* (§ 197, 1 a). Männliche *liberi* (also auch Enkelkinder) galten nach Honorarrecht dann als übergangen, wenn sie weder als Erben eingesetzt noch einzeln (*nominatim*) enterbt waren; nur bei den weiblichen *liberi* genügte die Enterbung *inter ceteros* (Gai. 2, 135; Ulp. 22, 23).

b) War ein Sohn des Erblassers übergangen, der zu der zivilrechtlichen Klasse der *sui heredes* gehörte, so behandelte der Prätor das Testament, dem Zivilrecht folgend, als nichtig und berief die *liberi* zur *bonorum possessio ab intestato*; da das Testament seinem ganzen Inhalt nach entfiel, gelangten in diesem Falle selbst die formgerecht enterbten *liberi* zur Intestaterbfolge (Marcian D. 28, 2, 32; Ulp. D. 38, 6, 1, 9). In allen übrigen Fällen hielt der Prätor das Testament aufrecht, soweit es Enterbungen (Ulp. D. 37, 4, 10, 5), Pupillarsubstitutionen (Afric. D. 28, 6, 34, 2) und z.T. auch, soweit es Vermächtnisse betraf (vgl. des näheren Ulp. D. 37, 5, 1 pr.; Afric. D. 28, 6, 34, 2). Hingegen entfielen sämtliche Erbeinsetzungen, wenn die übergangenen *liberi* binnen Jahresfrist die *bonorum possessio contra tabulas*<sup>6</sup> erbat und erhielten, und alle nicht enterbten *liberi*, die übergangenen sowohl wie die eingesetzten, erhielten den Nachlaßbesitz zu denselben Bruchteilen wie bei der Intestaterbfolge. Eingesetzte Erben, die nicht zu den *liberi* gehörten (*extranei*), erhielten gar nichts (Gai. 2, 125)<sup>7</sup>.

3. Justinian schrieb noch vor Erlaß seiner umfassenden Neuordnung des gesamten Noterbrechts (§ 210) für die Enterbung aller *sui heredes* und *liberi* die besondere Erwähnung jedes einzelnen vor (C. 6, 28, 4). Damit war die Enterbung *inter ceteros* überhaupt beseitigt.

§ 209. Materielles Noterbrecht<sup>1</sup>. 1. Das formelle Noterbrecht bot den nächsten gesetzlichen Erben weder in der zivilrechtlichen noch in der honorarrechtlichen Aus-

die männlichen stets *nominatim* enterbt werden. Für die weiblichen genügte eine Enterbung *inter ceteros*, wenn ihnen wenigstens ein Vermächtnis ausgesetzt war (Gai. 2, 134).

<sup>4</sup> Das Hinzukommen eines übergangenen *postumus* vernichtete unter allen Umständen das Testament; auf Verwandtschaftsnähe und Geschlecht kam es dabei nicht an: Ulp. 22, 18; vgl. § 206, 1 c.

<sup>5</sup> Im folgenden ist das prätorische Noterbrecht nur insoweit dargestellt, als es sich auf die Beerbung eines freigeborenen Bürgers bezieht. Daneben entwickelte der Prätor ein Noterbrecht auch zugunsten des Patrons eines freigelassenen Erblassers; die hierfür geltenden Normen nähern sich stark dem durch die *querella inofficiosi testamenti* vermittelten materiellen Noterbrecht der Verwandten (vgl. § 209); hierüber vgl. A. SCHMIDT: D. Pflichtteilsr. des patronus u. des parens manumissor, 1868; LA PIRA: (s. o. Anm. 1) 376 ff.; LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 350 ff.

<sup>6</sup> Vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 343 f.

<sup>7</sup> Die o. dargestellten Wirkungen des prätorischen Noterbrechts wurden durch ein Reskript des Antoninus Pius (Gai. 2, 126; nicht haltbar ist die Annahme KNEIFs: Gaiuskomm. II 2, 210 ff., daß es sich um Caracalla handle) zuungunsten der weiblichen *liberi* modifiziert: diese konnten danach im Rahmen der *bonorum possessio contra tabulas* nicht mehr erhalten als auf Grund des zivilen Noterbrechts.

<sup>1</sup> Entwicklung und Einzelausgestaltung in klassischer Zeit sind angesichts der verhältnismäßig dürftigen und oft unzuverlässigen Überlieferung in weitem Umfang bestritten. Reiches Schrifttum; vgl. bes. HARTMANN: Üb. d. *querella inofficiosi testamenti* (Akad. Progr. Basel 1864); UNZNER: D. *querella inofficiosi* nach d. Rechte vor der Nov. 115, 1891; EISELE: ZSt. 16, 256 ff.; BRUG: Mélanges Fitting I 113 ff.; JOBBÉ-DUVAL: Mélanges Fitting I 437 ff.; Mélanges Gérardin 355 ff.; NRH 31, 755 ff.; HELLWIG, H.: Erbrechtsfeststellung u. Reszission d. Erbschafts-

gestaltung einen sicheren Schutz gegen die Willkür des Erblassers. Als die uralten Vorstellungen der Gewaltnachfolge und des Familieneigentums, aus denen es erwachsen war, längst verblaßt waren und die soziale Zerrüttung der spätrepublikanischen Zeit die Bindung an überkommene Testiersitten zerstört hatte, trat darum das Bedürfnis nach einem wirksameren Schutz der übergangenen Angehörigen hervor. So entwickelte sich seit dem Ausgang der Republik die Vorstellung, daß ein Testament, in dem die nächsten Angehörigen gar nicht oder nur in allzu geringem Maße bedacht waren, als „lieblos“ (*inofficiosum*) angefochten werden könne<sup>2</sup>. Sie fand in den Urteilen des für die Erbschaftsprozesse zuständigen Zentumviralgerichtshofs, in prätorischen Dekreten und namentlich auch in Dekreten der Kaiser einen zunächst wohl vereinzelt und verschiedenartigen Ausdruck<sup>3</sup>. In den Händen der klassischen Jurisprudenz und der Kaisergesetzgebung gewann sie dann allmählich immer festere Gestalt, sodaß schließlich im zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit ein in mancher Hinsicht zwar noch schwankendes, in den Grundzügen jedoch feststehendes materielles Noterbrecht vorhanden war, das sowohl vor dem ordentlichen Richter (insbesondere dem Zentumviralhof) wie auch vor dem Beamten im Verfahren der *extraordinaria cognitio* (vgl. WENGER: § 20) geltend gemacht werden konnte (*querella* oder *accusatio inofficiosi testamenti*)<sup>4</sup>.

2. Noterben im Sinne des materiellen Noterbrechts waren unbestritten die Abkömmlinge und die Aszendenten des Erblassers. Von den Seitenverwandten hatten in klassischer Zeit jedenfalls die Geschwister Aussicht auf erfolgreiche Durchsetzung der *querella*. Anderen Seitenverwandten gibt Ulp. D. 5, 2, 1 (echt?) den Rat, sich lieber unnötige Kosten zu ersparen. Konstantin (C. Th. 2, 19, 1 u. 3 = C. 3, 28, 27) beschränkte überdies das Recht der Geschwister auf solche, die mit dem Erblasser den Vater gemeinsam hatten und erkannte auch diese nur dann als Noterben an, wenn ihnen eine bescholtene Person vorgezogen war. Alle die genannten Angehörigen des Erblassers aber waren nur dann zur Anfechtung des Testaments berechtigt, wenn sie zugleich die zivilen gesetzlichen Erben waren, oder wenn ihnen als prätorischen Intestaterben die *bonorum possessio*<sup>5</sup> verliehen worden war, und wenn ihre Benachteiligung

erwerbs, 1908; WLASSAK: RE 6, 1935ff.; v. WOESS: D. röm. Erbr. u. d. Erbanwärter 178ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 529ff.; SIBER: Röm. R. II 374ff.; LA PIRA: La succ. ereditaria (vgl. § 208, Anm. 1) 412ff. und hierzu KRELLER: ZStSt. 52, 486ff.

<sup>2</sup> Von den vor dem Zentumviralgerichtshof plädierenden Rhetoren wurde dabei das Testament vielfach als die Verfügung eines Wahnsinnigen hingestellt, weil sich nur so die Übergehung der nächsten Angehörigen erklären lasse (Quint. inst. orat. 9, 29; Val. Max. 7, 8, 2; Apul. de mag. 100; über die Zusammenhänge v. WOESS: [s. o. Anm. 1] 178ff.). Es mag sein, daß diese Argumentation für die Durchsetzung des materiellen Noterbrechts nicht ohne Bedeutung gewesen ist. Die Juristen der hoch- und spätklassischen Zeit indessen werden zur Rechtfertigung und Erklärung der Testamentsanfechtung kaum noch ernsthaft auf einen derart fragwürdigen Gedanken zurückgegriffen haben; sämtliche Zeugnisse des „*color insaniae*“ in den Digesten sind denn auch von sehr zweifelhafter Echtheit (vgl. BESELER: Studi Bonfante II 82f.; LA PIRA: [s. o. Anm. 1] 437ff., anders KRELLER: ZStSt. 52, 490; zu D. 5, 2, 13 u. D. 32, 36 vgl. jetzt SCHULZ: Symbolae Friburgenses in hon. O. Lenel 197ff.). Erst die nachklassischen Bearbeiter scheinen also die ihnen vertraute rhetorische Figur in das klassische Schrifttum eingeschleppt zu haben. — Unhaltbar ist der Versuch SIBERS: (s. o. Anm. 1), in den Quellen zwischen einer *hereditatis petitio* gegenüber dem nichtigen Testament eines Geistesgestörten und einer Anfechtungsklage wegen Lieblosigkeit des Testaments zu scheiden; er führt zu der ungläubhaften Annahme schwerster Eingriffe in den Bestand der klassischen Überlieferung: vgl. 379, Anm. 23 zu D. 5, 2, 17 und 378 zu D. 5, 2, 19. In der letztgenannten Stelle ist freilich das meiste unecht: m. E. ist *itaque dici* ff. ganz oder doch größtenteils ein nachklassischer Traktat; SIBER läßt gerade davon einiges als klassisch stehen und verändert am Anfang [*inofficiosi*] < *furore matris apud centum viros lege?* > *egit*.

<sup>3</sup> *Centumviri*: Val. Max. 7, 7, 2; *praetor*: eod. 5; Kaiser Augustus: eod. 3—4.

<sup>4</sup> Die Möglichkeit eines Kognitionsverfahrens erkannte EISELE: (s. o. Anm. 1). — Rechtsnatur (*hereditatis petitio* oder besonderer Anspruch?) und rechtliche Grundlage (Gewohnheit, Jurisdiktion oder Gesetz?), vgl. die fragwürdige *lex Glitia* in der Inschrift von Gai. D. 5, 2, 4) sind bestritten und noch ungeklärt.

<sup>5</sup> Sie diente hier als *bonorum possessio litis ordinandi gratia* (Ulp. D. 5, 2, 8pr.) lediglich der

gung durch den Erblasser eine unverdiente Zurückweisung bedeutete. Daß dies letzte der Fall war, hatte der Noterbe zu beweisen (Marcell. D. 5, 2, 5). Doch konnte sich der Beweis in der Regel nur auf das allgemeine Wohlverhalten des Noterben beziehen, oder darauf, daß der Grund des etwa vorhandenen Zerwürfnisses beim Erblasser gelegen habe, daß dieser z. B. den Aufreizungen Dritter nachgegeben oder einen unbegründeten Verdacht gegen den Noterben gefaßt habe. Dem eingesetzten Erben blieb demgegenüber stets der Gegenbeweis bestimmter Verfehlungen des Noterben offen. Gesetzlich geregelte Ausschließungsgründe kannte das klassische Recht nicht: ob das Testament lieblos war, hatte der Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden.

3. Das Mindestmaß dessen, was dem Noterben hinterlassen werden mußte, um die Anfechtung des Testaments auszuschließen (der sog. Pflichtteil), wurde von der Praxis in Anlehnung an die *lex Falcidia* (§ 224, 2; vgl. Iust. C. 3, 28, 31) auf ein Viertel des Intestaterbteils festgesetzt (Plin. ep. 5, 1, 9; I. 2, 18, 6). Justinian (Nov. 18) erhöhte den Pflichtteil der Kinder, wenn der Erblasser nicht mehr als vier Kinder hinterließ, auf ein Drittel des gesetzlichen Erbteils; bei mehr als vier Kindern auf die Hälfte. Für die übrigen Noterben sollten diese Grundsätze entsprechend gelten. Somit konnte jeder Noterbe, dessen Intestaterbteil ein Viertel oder mehr betrug, ein Drittel dieses Erbteils, jeder, dessen Intestaterbteil geringer als ein Viertel war, die Hälfte davon als Pflichtteil beanspruchen. In welcher Form dem Noterben der Pflichtteil zugewendet wurde, war gleichgültig: Erbeinsetzung konnte der Noterbe nicht begehren; auch durch Vermächtnisse und Schenkungen von Todes wegen (vgl. § 229) in entsprechender Höhe war sein Pflichtteil gedeckt (I. 2, 18, 6). Das formelle Noterbrecht wurde hiervon jedoch nicht berührt, wie denn überhaupt das materielle Noterbrecht erst in Betracht kam, wenn jenes versagte.

4. Die *querella inofficiosi testamenti* richtete sich gegen die Erben, die im Testament eingesetzt waren und die Erbschaft erworben hatten; bevor sie sie erworben hatten, war deshalb für die Geltendmachung der Klage kein Raum. Drang die Klage durch, so verlor das für lieblos erklärte Testament ohne weiteres seine Wirkung (*ipso iure rescissum*: Ulp. D. 5, 2, 8, 16), und der siegreiche Noterbe wurde zur Intestaterbfolge zugelassen; doch erstreckte man die Unwirksamkeit keineswegs immer auf den ganzen Testamentsinhalt. Vielmehr konnte das Gericht, wie es scheint, nach freiem Ermessen sowohl Erbeinsetzungen ganz oder teilweise aufrechterhalten, wie auch die Gültigkeit anderer Verfügungen vorbehalten<sup>6</sup>.

5. Justinian ließ die *querella* nur für den Fall bestehen, daß dem Noterben überhaupt nichts zugewendet war. Hatte er etwas erhalten, aber weniger als seinen Pflichtteil, so konnte er von dem eingesetzten Erben lediglich die Ergänzung des Pflichtteils fordern (C. 3, 28, 30). Dieser Ergänzungsanspruch (*actio ad supplementam legitimam*) berührte also die Gültigkeit des Testaments überhaupt nicht: sie gab dem Berechtigten keinen Erbanspruch, sondern nur einen persönlichen Anspruch auf Auszahlung des am Pflichtteil fehlenden Betrags.

**§ 210. Das Noterbrecht der justinianischen Novelle 115.** 1. Nachdem Justinian bereits durch eine Reihe von Einzelvorschriften in die Gestaltung des Noterbrechts

Ermöglichung der *querella*; das *interdictum quorum bonorum* (§ 216) konnte nicht daraus hergeleitet werden (Sept. Sev. u. Carac. C. 3, 28, 2).

<sup>6</sup> Die Überlieferung ist zu dürftig und zu undurchsichtig, um uns ein zweifelfreies Bild zu geben: vgl. z. B. Scaev. D. 5, 2, 15, 2; Paul. D. 5, 2, 17 (schwierig, z. T. wohl verfälscht); D. 5, 2, 19 (die berichtigte *lex damnata*, größtenteils unecht, s. o. Anm. 2). — Die Annahme von LA PIRA (s. o. Anm. 1) 437ff., 462ff., daß die Teilreszission des Testaments das klassische, die vollständige Reszission das nachklassische (aber vorjustinianische), vom Gedanken des *color insaniae* (s. o. Anm. 2) geleitete Prinzip sei, läßt sich in dieser Grundsätzlichkeit nicht aufrechterhalten; s. auch KRELLER: ZSSr 52, 490f. Über die Meinung SIBERS, der beide Wirkungen zwei verschiedenen klassischen Klagen zuweist, vgl. o. Anm. 2 a. E.

eingegriffen hatte (§ 208, 3; § 209, 3 u. 5), unterzog er durch ein Gesetz vom Jahre 542 n. Chr. (Nov. 115, 3—5 pr.) das ganze Rechtsgebiet nochmals einer tiefgreifenden Umgestaltung<sup>1</sup>.

a) Nach dieser Neuregelung durften Eltern und Voreltern ihre Abkömmlinge, und Abkömmlinge ihre Eltern und Voreltern im Testamente weder übergehen noch enterben, es sei denn, daß bestimmte, vom Gesetz aufgeführte Gründe vorlagen und im Testament ausdrücklich namhaft gemacht waren. Wurde der vom Erblasser angegebene Grund bestritten, so mußte er vom eingesetzten Erben nachgewiesen werden. Solche Enterbungsgründe waren z. B. Lebensnachstellung, Ketzerei, Vernachlässigung des Erblassers während einer Geisteskrankheit, Versäumung des Loskaufs aus der Gefangenschaft, Verhinderung der Testamentserrichtung, Geschlechtsverkehr mit der Ehefrau oder der Konkubine des Erblassers, alles dies für beide Teile; ferner tätliche oder grobe wörtliche Beleidigung der Eltern durch die Kinder u. a. m. (c. 3, 1—14; c. 4, 1—8).

b) War ein Noterbe grundlos übergangen oder enterbt, so sollte das Testament hinsichtlich der Erbeinsetzung „kraftlos sein“ (*μηδεμίαν δύναμιν ἔχειν*), „ungültig werden“ (*ἀκυροῦσθαι*), „umgestürzt werden“ (*ἀνατρέπεσθαι*); die übrigen Verfügungen dagegen, namentlich Vermächtnisse, Ernennungen von Vormündern und Freilassungen, sollten aufrechterhalten bleiben. Wie jene Ungültigkeit des Testaments aufzufassen sei, bringt das Gesetz nicht deutlich zum Ausdruck. Immerhin heißt es, daß durch das Testament dem Rechte der enterbten Kinder (Eltern und Voreltern) nicht „vorgegriffen“ werden sollte (*μηδὲν γίνεσθαι πρόκριμα τοῖς ἀπὸ κληρονομῶν γραφεῖσι παισί*), und daß durch die Vorschriften der Novelle Eltern und Kinder von der Kränkung (*ὑβρις*, vgl. § 209) befreit werden sollten, die sie durch die Übergehung oder Enterbung erfahren hatten. Wahrscheinlich wollte demnach die Novelle die Gültigkeit der Erbeinsetzungen vom Willen des Noterben abhängig machen und Dritten die Berufung auf die Kraftlosigkeit des Testaments nur dann gestatten, wenn der Noterbe seinerseits sein Recht geltend gemacht hatte. Trifft diese Deutung zu, so war das Recht, das die Nov. 115 dem Noterben verlieh, ein Anfechtungsrecht, das im Klagwege verfolgt werden mußte, mit anderen Worten: eine umgestaltete *querella inofficiosi testamenti*<sup>2</sup>.

c) War der Noterbe zwar zum Erben eingesetzt, hatte er aber nicht seinen vollen Pflichtteil erhalten, ohne daß einer der gesetzlich anerkannten Enterbungsgründe vorlag und im Testamente namhaft gemacht war<sup>3</sup>, so bewendete es bei der *\*actio ad supplendam legitimam* (§ 209, 5).

2. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß der Noterbe nach dem Recht der Nov. 115 sowohl die Einsetzung als Erbe wie die Zuwendung des Pflichtteils begehren konnte. Augenscheinlich bezweckte Justinian mit diesem doppelten Erfordernis eine Verschmelzung des formellen und des materiellen Noterbrechts. Den Grundsätzen des formellen Noterbrechts entsprach es, wenn die Übergehung des Noterben bei der Erbeinsetzung für unzulässig erklärt wurde; nur war jetzt der Kreis der Berechtigten ein anderer, und die Enterbung war nicht mehr unbeschränkt zulässig, sondern hatte den Charakter einer Strafe für bestimmte Verfehlungen des Noterben

<sup>1</sup> Über die geschichtlichen Zusammenhänge vgl. v. WOESS: D. röm. Erbr. u. d. Erbanwärter 256ff. (Anlehnung an hellenistische Vorstellungen); LA PIRA: La successione ereditaria intestata e contro il testamento 486ff. (Zusammenhänge mit der von LA PIRA behaupteten nachklassischen Ausgestaltung der *querella inofficiosi testamenti*; vgl. § 209, Anm. 6). — Die einzelnen Enterbungsgründe Justinians knüpfen z. T. an die Tatbestände der klassischen Erbnurwürdigkeit an; vgl. über diese § 213, Anm. 1.

<sup>2</sup> Im gemeinen Recht war dies sehr bestritten. Lit. bei WINDSCHEID: Pand. III § 591; VANGEROW: Pand. II 7 290ff.; KÖPPEN: Röm. Erbr. 617ff.

<sup>3</sup> Im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, aber entsprechend Ziff. 1a anzunehmen; vgl. WINDSCHEID: Pand. III § 589, Anm. 11.

angenommen<sup>4</sup>. Aus dem materiellen Noterbrecht stammte das Pflichtteilsrecht des Noterben.

3. Das Noterbrecht der Geschwister ist in der Nov. 115 überhaupt nicht erwähnt. Demnach muß angenommen werden, daß es, von den Neuerungen dieses Gesetzes nicht berührt, in seiner alten Gestalt (vgl. § 197) fortbestand: ein freilich sehr wenig befriedigendes Ergebnis.

### Drittes Kapitel.

## Erwerb der Erbschaft<sup>1</sup>.

### I. Erwerb nach Zivilrecht.

§ 211. Die Hauserben. Der Erwerb der Erbschaft vollzog sich in verschiedener Weise bei den Hauserben und bei den Außenerben. Hauserben (*heredes domestici*) waren die *sui heredes* (einschließlich der *postumi*), gleichviel, ob sie durch Testament oder als gesetzliche Erben berufen waren; ferner die Sklaven des Erblassers, die er im Testamente freigelassen und zugleich als Erben eingesetzt hatte. Nach Zivilrecht fiel diesen Hauserben die Erbschaft — noch ganz im Sinne der alten Gewaltnachfolge (§ 194, 1) — von Rechts wegen (*ipso iure*) und ohne, ja selbst gegen ihren Willen zu<sup>2</sup>. Sie brauchten sie nicht erst durch eine Antrittshandlung zu erwerben, konnten sich ihrer aber auch nicht entschlagen. Sie waren also Zwangserben (*heredes necessarii*; Gai. 2, 152ff.) und als solche insbesondere auch ohne weiteres dem Zugriff der Erbschaftsgläubiger unterworfen. Freilich kam der Prätor in dieser Hinsicht den *sui heredes* (nicht auch den freigelassenen Haussklaven) zuhulfe, indem er ihnen gestattetete, sich der Erbschaft zu enthalten (*beneficium abstinendi*)<sup>3</sup>. Tat dies der *sui heres*, so wurde er vom Prätor so behandelt, als ob er überhaupt nicht Erbe geworden wäre; vor allem aber wurde den Erbschaftsgläubigern die prozessuale Geltendmachung ihrer Rechte gegen ihn verweigert (Gai. D. 29, 2, 57pr.). Das *beneficium abstinendi* ging jedoch verloren, wenn der *sui heres* eine Handlung vornahm, in der der Wille zutage trat, die Erbschaft zu behalten (*se immiscere hereditati*)<sup>4</sup>, oder wenn er gar eine ausdrückliche Erklärung dieses Inhalts abgab (Gai. 2, 158; Ulp. D. 29, 2, 12).

§ 212. Die Außenerben. 1. Alle anderen Erben außer den *sui heredes* und den im Testamente freigelassenen und zur Erbfolge berufenen Sklaven des Erblassers waren Außenerben (*heredes extranei*). Ihnen fiel durch die Berufung nicht, wie den Hauserben, unmittelbar die Erbschaft zu; sie erlangten vielmehr lediglich die Möglichkeit, Erben zu werden. Ob sie davon Gebrauch machen wollten, stand in ihrem Ermessen (daher *\*heredes voluntarii*): Wollten sie es, so mußten sie die Erbschaft antreten (*adire*)<sup>1</sup>. Nach spätrepublikanisch-klassischem Recht konnte dies auf zwei verschiedene Arten geschehen:

<sup>4</sup> Wegen dieser verschiedenen Grundlagen ist auch nicht anzunehmen, daß Justinian für die *sui heredes* und die *liberi* das ältere formelle Noterbrecht noch neben der Nov. 115 habe aufrechterhalten wollen (sei es vollständig, sei es mit Beschränkung auf die Formvorschriften); auch diese Frage war im gemeinen Recht streitig; vgl. die Lit. bei WINDSCHEID: Pand. III § 592; VANGEROW: Pand. II 7 296ff.; KÖPPEN: Röm. Erbr. 620ff.

<sup>1</sup> Vgl. BONFANTE: Corso dir. rom. VI 182ff.; SOLAZZI: Dir. ered. rom. II.

<sup>2</sup> Doch konnte der Erblasser den Erwerb der Erbschaft durch bedingte Erbeinsetzung vom Willen der Hauserben abhängig machen: Hermog. D. 28, 7, 12 (*Maevius, si volet, heres esto*).

<sup>3</sup> Vgl. BONFANTE: Corso VI 388ff.; SOLAZZI: Dir. ered. rom. II 221ff.

<sup>4</sup> Hierunter ist nichts anderes zu verstehen, als unter dem *pro herede gerere* des *heres voluntarius* (§ 212, 1 b); vgl. Pap. D. 29, 2, 87 pr.

<sup>1</sup> SOLAZZI: I modi di accettazione dell' eredità nel dir. rom., Studi Pavia 5, 1ff.; Dir. ered. rom. II 15ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. VI 182ff.; DULCKEIT: Erblasserwille u. Erwerbswille bei Antretung d. Erbschaft, 1934.



a) durch einen Formalakt, die *cretio* (= Entscheidung, von *cernere* = *decernere*: Gai. 2, 164)<sup>2</sup>. Der Berufene erklärte vor Zeugen<sup>3</sup> in förmlicher Weise, daß er die Erbschaft antrete: *quod me P. Maeuius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque* (Gai. 2, 166). Dieser Formalakt war grundsätzlich nur bei testamentarischer Berufung erforderlich<sup>4</sup>, und nur dann, wenn der Erblasser seine Vornahme unter Bestimmung einer Frist — gewöhnlich waren es hundert Tage — angeordnet hatte. Ließ der Berufene die Frist ungenutzt verstreichen, so war er endgültig von der Erbschaft ausgeschlossen (*praetermittere hereditatem*). Solange dagegen die Frist noch lief, konnte er die *cretio* jederzeit vornehmen; eine Ausschlagung der Erbschaft gab es in diesem Falle nicht. Im nachklassischen Recht kam die *cretio* außer Übung<sup>5</sup>.

b) durch formlose Antrittshandlung (*pro herede gestio*). Sofern nicht der Erblasser ausdrücklich die *cretio* gefordert hatte, genügte zum Erwerb der Erbschaft jedes Verhalten, aus dem sich ein entsprechender Wille des Berufenen erschließen ließ<sup>6</sup>: so z. B. der Gebrauch oder die Veräußerung erbschaftlicher Gegenstände, die Geltendmachung erbschaftlicher Ansprüche, Anordnungen über die Bewirtschaftung der zur Erbschaft gehörenden Grundstücke und überhaupt jede Fürsorgemaßnahme, die ein Eigentümer seiner Sache, der Träger eines Rechts seinem Rechte angeeignet

<sup>2</sup> Hierzu bes. BUCKLAND: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 3, 239ff. Urkundliche Zeugnisse: BRUNS: Fontes I 7 319f. = P. M. MEYER: Jur. Pap. Nr. 26 (*cretio* der Valeria Serapias, 170 n. Chr., Ägypten); PSI IX 1027 (hierzu SANDERS: Ägyptus II, 185ff.; DE ZULUETA: RH 4. Ser., II 491ff., beide mit Text; *cretio* der Herennia Helene, 151 n. Chr., Ägypten).

<sup>3</sup> Vielleicht vor den Zeugen des Testaments (so Jörs: i. d. Vorauf. 234). Die Zuziehung von Zeugen war übrigens von Rechts wegen anscheinend nicht erforderlich; wohl aber war sie allgemein üblich und durch die Natur des Geschäfts geboten. Vgl. BUCKLAND: (s. o. Anm. 2) 241ff. (mit weiterer Lit.); SOLAZZI: Dir. ered. rom. II 36ff.

<sup>4</sup> Nach SOLAZZI: Dir. ered. rom. II 40ff. war die *cretio* ferner notwendig, wenn Hauskinder die Erbschaft ihrer Mutter antreten wollten.

<sup>5</sup> Ob Arcadius, Honorius u. Theodosius II. C. Th. 8, 18, 8, 1 (407 n. Chr.) die *cretio* schlechthin oder nur für den Erbschaftsantritt eines Haussohnes abschaffen wollten, ist zweifelhaft. Justinian jedenfalls gab dem Stück dieser Konstitution, das er in C. 6, 30, 17 aufnahm, ganz allgemeine Bedeutung und tilgte dementsprechend auch in den Klassikerfragmenten, die er in seine Digesten aufnahm, jede Erwähnung des Instituts.

<sup>6</sup> Anders als vermutlich im ältesten Recht (s. Ziff. 2) war also das tragende Element der klassischen und nachklassischen *pro herede gestio* der in dem Verhalten des Berufenen hervortretende Wille, Erbe zu werden. Allein auf diesen Willen kam es an, nicht darauf, ob und in welchem Umfange der Berufene die Erbschaft tatsächlich in seinen Besitz brachte. Die *pro herede gestio* (und ebenso die Ausschlagung) war aber auch kein Rechtsgeschäft im strengen Sinne, bei dem der objektive Inhalt der Erklärung im Vordergrund stand und eine Abweichung des Willens von der Erklärung nur in gewissen Grenzen berücksichtigt wurde. Sie gehörte vielmehr zu den Handlungen, *quae animi destinatione agenda sunt* (Pap. D. 50, 17, 76, auf die *pro herede gestio* bezüglich, vgl. LENEL: Pal. fr. Pap. 314; s. auch Diocl. C. 6, 30, 6). Diesen war es eigen, daß jeder Irrtum oder Zweifel des Handelnden ihnen die Wirkung nahm (Pap. D. 50, 17, 76). — Die Tatsache, daß hier nur der Wille gewürdigt wurde, meint auch Gaius (2, 167 u. 169), wenn er sagt, der Berufene könne *nuda voluntate* zum Erwerb der Erbschaft gelangen oder die Erbschaft ausschlagen. Natürlich mußte es ein geäußertes Wille sein; aber es genügte jede schlüssige Willensäußerung, selbst dann, wenn sie nicht einmal ein eigentliches *gerere*, d. h. eine Behandlung erbschaftlicher Angelegenheiten darstellte (vgl. den Fall bei Diocl. C. 6, 30, 6: Der Berufene wendet die Erbschaft in seinem eigenen Testamente einem Dritten zu). Gai. 2, 167 erweckt freilich zunächst den Anschein, als ob von drei verschiedenen Arten des Antritts die Rede sei: der *cretio*, der *pro herede gestio* und einer besonderen Antrittsform, der *nuda voluntas*. Aber nur *cretio* und *pro herede gestio* sind durch das disjunktive *aut . . . aut* als wesensverschieden getrennt; die *nuda voluntas* dagegen ist mit *vel etiam* mit der *pro herede gestio* verknüpft, und *vel etiam* bedeutet hier, wie sonst in den Gaiusinstitutionen (die Belege bei SOLAZZI: Dir. ered. rom. II 22, Anm. 4) keine Scheidung, sondern eine Weiterentwicklung des Gesagten in der eingeschlagenen Richtung. Demnach ergibt sich für Gai. 2, 167 folgender Sinn: Wo nicht die *cretio* gefordert wird, kann der Berufene die Erbschaft durch *cretio* oder durch Auftreten als Erbe, sogar durch eine Willensäußerung erwerben, die keine tatsächliche Besitzergreifung an Nachlaß darstellt. Wie hier, im Grunde auch PEROZZI: Ist. II 2 627, Anm. 1. Anders SOLAZZI: Dir. ered. rom. II 22, der die *nuda voluntas* in beiden Gaiusstellen, m. E. zu Unrecht, für Zutat eines Glossators hält.

läßt (Ulp. 22, 26; Paul. sent. 4, 8, 23). Umgekehrt konnte der Berufene aber auch durch sein Verhalten zum Ausdruck bringen, daß er die Erbschaft nicht erwerben wolle (Ausschlagung, *repudiare* oder *omittere hereditatem*; vgl. Gai. 2, 169; Ulp. 22, 29). Tat er das, so war er endgültig von der Erbschaft ausgeschlossen, eine spätere Antrittshandlung also wirkungslos. Doch bedurfte es nach klassischem Recht<sup>7</sup> der Ausschlagung nicht, um der Erbfolge zu entgehen, es genügte dazu bereits die Unterlassung der Antrittshandlung.

2. Von den beiden Erscheinungsformen des Erbschaftsantritts dürfte die *cretio* trotz ihres formalen Charakters verhältnismäßig jungen Ursprungs sein<sup>8</sup>. Die *pro herede gestio* aber war von Hause aus mehr als eine bloße Willensäußerung durch schlüssiges Verhalten. Sie war die Inbesitznahme der herrenlosen Nachlaßgegenstände, also ein Akt der Aneignung, zu dem übrigens nicht nur der zur Erbfolge Berufene, sondern auch jeder Dritte imstande war, dem ein gesetzliches oder testamentarisches Erbrecht nicht zur Seite stand. Nur konnte einem solchen Dritten der Besitz von dem Erbberechtigten wieder abgestritten werden, es sei denn, daß er ihn ein Jahr lang ungestört innegehabt hatte. War diese Frist verstrichen, so hatte der Dritte die Nachlaßgegenstände ersessen (*usucapio pro herede*<sup>9</sup>; Gai. 2, 52ff.), und der berufene Erbe hatte sein Recht verwirkt. Noch bis ins zweite Jahrhundert der Kaiserzeit ist dieser altertümliche Anwendungsfall der Ersitzung, der weder guten Glauben noch einen rechtmäßigen Erwerbsgrund voraussetzte (vgl. § 75, 1 a. E.), in Geltung geblieben. Erst Hadrian nahm der *usucapio pro herede* ihre Kraft, indem er vorschrieb, daß der Anspruch des Erbberechtigten gegen den Erbschaftsbesitzer trotz vollendeter Ersitzung durchdringen solle (Gai. 2, 57).

3. Auch abgesehen von dem Institut der *usucapio pro herede* hat das römische Recht mit Zähigkeit an dem Gedanken festgehalten, daß der Nachlaß beim Fehlen von Hauserven zunächst herrenlos sei und erst mit dem Antritt des Erben ein Rechtssubjekt erhalte: dieser Gedanke lag nicht nur dem klassischen Recht zugrunde, sondern fand auch noch Eingang in die justinianische Gesetzgebung (Gai. D. 1, 8, 1 pr.). Freilich ergaben sich aus ihm schon für die klassischen Juristen erhebliche Schwierigkeiten. Praktische Bedürfnisse führten dazu, daß man anerkannte, die herrenlose Erbschaft (*hereditas iacens*)<sup>10</sup> könne sich durch Fruchtgewinn, Sklavenerwerb, Vollendung einer vom Erblasser begonnenen Ersitzung usw. vermehren und — z. B. durch Delikte der Sklaven — mit Verbindlichkeiten belastet werden. Mit der Annahme eines subjektlosen Vermögens war dies schwer vereinbar. Man versuchte es mit verschiedenen Hilfsvorstellungen: entweder unterstellte man, daß der Erwerb des antretenden Erben auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückwirke, daß also von vornherein der Erbe Träger der inzwischen erwachsenen Rechte und Pflichten sei (Gai. D. 45, 3, 28, 4; Flor. D. 29, 2, 54), oder man erklärte die Fähigkeit der Erbschaft, sich zu mehren und Verpflichtungen zu erfahren, vom Erblasser her, dessen Rechtspersönlichkeit die Erbschaft gewissermaßen bis zum Antritt des Erben „aufrechterhalte“ (*sustinere*; vgl. Iul. bei Ulp. D. 44, 1, 33, 2; Gai. D. 28, 5, 1, unecht ist hier *dominam esse*, s. u.; Ulp. D. 41, 1, 34). Im Zusammenhang solcher Erörterungen mögen schon die klassischen Juristen gelegentlich den Ausdruck gebraucht haben, daß die Erbschaft an Stelle des Berechtigten stehe (*pro domino haberi*: Herm. D. 41, 1, 61 pr.); wenn aber darüber hinaus in der justinianischen Überlieferung die Erbschaft geradezu als eigenes Rechtssubjekt, als juristische Person, erscheint und

<sup>7</sup> Über das justinianische Recht s. u. Ziff. 4 a. E.

<sup>8</sup> Der Text folgt hierin und in der Beurteilung der ursprünglichen Bedeutung der *pro herede gestio* LENEL: Essays in legal history 123; ZSSt. 37, 129ff.

<sup>9</sup> Vgl. H. KRÜGER: ZSSt. 54, 80ff.

<sup>10</sup> Neuere Lit.: DI MARZO: Studi Scialoja II, 53ff.; RABEL: Grundzüge d. röm. Privatr. 532f.; PEROZZI: Ist. II<sup>2</sup> 499ff.; SCADUTO: Ann. Palermo 8, 3ff.; SIBER: Röm. R. II 387f.; BONFANTE: Corso dir. rom. VI 203ff.

mit den Körperschaften auf eine Stufe gestellt wird (vgl. bes. D. 46, 1, 22)<sup>11</sup>, so ist dies zweifellos eine nachklassische Entstellung, die aus den gleichnishaften Formulierungen der Klassiker ein starres Dogma werden läßt.

4. Ein unmittelbarer Zwang für den Berufenen, sich binnen bestimmter Frist über den Antritt der Erbschaft zu entscheiden, bestand nach Zivilrecht nur dann, wenn der Erblasser ausdrücklich die *cretio* vorgeschrieben hatte. Doch wird die Gefahr einer Ersitzung des Nachlaßgutes durch Dritte (vgl. o. Ziff. 2) es dem Berufenen im allgemeinen nahegelegt haben, die Besitzergreifung nicht unnötig hinauszuschieben. Die Beschleunigung des Erbschaftsantritts im Interesse des Familienkults und der Nachlaßgläubiger erschien sogar dem Gaius (2, 55) als der eigentliche Sinn der für das klassische Rechtsempfinden äußerst unbilligen Erbschaftsersitzung. Zugunsten der Nachlaßgläubiger griff schließlich der Prätor ein<sup>12</sup>: er gestattete ihnen, den zur Erbfolge Berufenen *in iure* zu befragen, ob er Erbe werden wolle. Konnte der Befragte sich nicht sofort entscheiden, so gab ihm der Prätor eine Überlegungsfrist (*spatium deliberandi*), innerhalb deren er antreten mußte, wenn er die Erbschaft nicht endgültig verlieren wollte. War nämlich die Frist verstrichen, ohne daß er angetreten hatte, so wurden die Nächsterberufenen zum Erwerb der Erbschaft zugelassen oder, wenn es an weiteren Erbberechtigten fehlte, der Nachlaß den Gläubigern zu ihrer Befriedigung überantwortet (Gai. 2, 167<sup>13</sup>; Ulp. D. 28, 8, 5 pr.; vgl. § 195, 4). Den Erstberufenen aber berührte das Schicksal der Erbschaft nicht mehr: weder wurde er selbst zur Geltendmachung erbschaftlicher Rechte zugelassen, noch wurde den Nachlaßgläubigern die Verfolgung ihrer Ansprüche gegen ihn gestattet. Justinian, der die Überlegungsfrist des prätorischen Rechts durch sein *beneficium inventarii* (§ 220, 3b) stark in den Hintergrund drängte, gab dem Fristablauf die umgekehrte Bedeutung: schlug der Erbe nicht innerhalb der Frist aus, so wurde er nunmehr so behandelt, als ob er die Erbschaft angetreten habe (C. 6, 30, 22, 14a).

5. Das Recht des Berufenen war höchstpersönlicher Natur und darum weder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, noch durch Erbfolge übertragbar. Indessen ließ dieser Grundsatz gewisse Ausnahmen zu<sup>14</sup>:

a) Schon in republikanischer Zeit konnten die zu gesetzlicher Erbfolge berufenen Agnaten und Gentilen ihr Recht im Wege der *in iure cessio* auf einen anderen Bürger übertragen, der auf diese Weise die Erbschaft erwarb, wie wenn er selbst berufen gewesen wäre und angetreten hätte (Gai. 2, 35; 3, 85)<sup>15</sup>. In das justinianische Recht ist diese Übertragungsmöglichkeit nicht übergegangen.

b) Dem Erben des Berufenen gestattete das klassische Recht nur ganz ausnahmsweise (mittels einer *restitutio in integrum*), den von seinem Erblasser aus besonderem Anlaß versäumten Erwerb der Erbschaft nachzuholen<sup>16</sup>. Erst Theodosius II. (C. 6, 52, 1; 450 n. Chr.) führte darüber hinaus für einen weiteren Sonderfall den Übergang

<sup>11</sup> Die übrigen verfälschten Stellen bei RABEL: Grundz. d. röm. Privatr. 533, Anm. 3.

<sup>12</sup> Zum folgenden LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 417f.; BONFANTE: Corso dir. rom. VI 200ff.; SOLAZZI: Dir. ered. rom. II 161ff.; Spatium deliberandi, 1912.

<sup>13</sup> Das hier geschilderte Verfahren weicht anscheinend von dem normalen etwas ab: vgl. SOLAZZI u. LENEL: (s. o. Anm. 12).

<sup>14</sup> Zum folgenden BONFANTE: Corso dir. rom. VI 240ff. — Von der Übertragung und Vererbung der Berufung zur Erbfolge ist scharf zu scheiden die Übertragung und Vererbung einer bereits erworbenen Erbschaft. — Die Übertragung einer bereits erworbenen Erbschaft konnte zwar nach klassischem Recht durch einen einheitlichen Iniurezessionsakt vorgenommen werden (Näheres bei Gai. 2, 35—37; 3, 85—87), führte aber stets nur zur Einzelnachfolge in die Nachlaßgegenstände. S. darüber WINDSCHEID: Pand. II § 621; SCHEURL: Beitr. z. röm. R. I 94ff.; KÖPPEN: Röm. Erbr. 279ff.; PERNICE: Labeo I 338ff.; AVENARIUS: Erbschafts Kauf, 1877.

<sup>15</sup> Die *in iure cessio* der noch nicht angetretenen Erbschaft konnte insbesondere auch dazu dienen, einem entfernteren Agnaten den Erwerb der Erbschaft zu ermöglichen und damit das Fehlen einer sukzessiven Berufung im Rahmen der zivilen Erbfolge (§ 196, 2) im Einzelfalle auszugleichen. — Vgl. übrigens auch die analoge *in iure cessio* der *tutela legitima* (§ 188, 1).

<sup>16</sup> Einzelheiten hierzu und zum folgenden bei BONFANTE: Corso dir. rom. VI 244ff. Ältere Lit. bei WINDSCHEID: Pand. III § 600.

der Berufung auf den Erben des Berufenen ein. Justinian schließlich verkehrte das Prinzip der Unvererblichkeit praktisch in sein Gegenteil, indem er dem Erben stets den Erwerb der seinem Erblasser zugefallenen Erbschaft gestattete, freilich nur innerhalb bestimmter zeitlicher Grenzen: Im Regelfalle mußte der Erbeserbe binnen eines Jahres nach Kenntniserlangung antreten, wenn der Berufene jedoch eine Überlegungsfrist erhalten hatte (s. o. Ziff. 4), innerhalb dieser Überlegungsfrist (C. 6, 30, 19).

§ 213. Erwerbsunfähigkeit<sup>1</sup>. 1. Die soziale Gesetzgebung des Augustus, vor allem seine Ehegesetzgebung (§ 173), erklärte gewisse Personen für unfähig, das ihnen testamentarisch Hinterlassene zu erwerben (*incapaces*). Es handelte sich dabei nicht etwa um ein Fehlen der *testamenti factio passiva* (§ 205, 3), vielmehr konnten derart Erwerbsunfähige gültig als Erben eingesetzt und mit Vermächtnissen bedacht werden; nur waren sie nicht imstande, die Erbschaft wirksam anzutreten oder, wenn es sich um ein Vermächtnis handelte, das Vermächtnis zu erwerben<sup>2</sup>.

2. Hauptgründe dieser Erwerbsunfähigkeit waren Ehelosigkeit und Kinderlosigkeit<sup>3</sup>. Wer nicht gemäß den Vorschriften der *lex Iulia de maritandis ordinibus* verheiratet war, war regelmäßig ganz erwerbsunfähig (*caelebs nihil capit*), es sei denn, daß er innerhalb von hundert Tagen eine vorschriftsmäßige Ehe einging. Wer zwar verheiratet war, aber nicht wenigstens ein Kind aus seiner Ehe hatte, konnte nach der *lex Papia Poppaea* nur die Hälfte des ihm Hinterlassenen erwerben (*orbis dimidium capit*).

3. Die für das klassische Recht sehr bedeutsamen Tatbestände der Erwerbsunfähigkeit wurden zum großen Teil durch Konstantin beseitigt (C. Th. 8, 16, 1 = C. 8, 57, 1, 320 n. Chr.). Im justinianischen Recht spielt die Erwerbsunfähigkeit nur noch eine ganz untergeordnete Rolle<sup>4</sup>.

## II. Erwerb nach Honorarrecht.

§ 214. 1. Der honorarische Erbschaftsbesitz, die *bonorum possessio* (§ 194, 5), wurde in keinem Fall ohne Zutun des Berufenen erworben. Nach klassischem Recht mußte ihn der Berufene unter Angabe des Berufungsgrundes (Testament, Zugehörigkeit zu den *liberi, legitimi* usw.) beim Magistrate nachsuchen (*petere*, auch *adgnoscerre* = „wahrnehmen“)<sup>1</sup>. Der Magistrat verlieh dann die *bonorum possessio* ohne nähere

<sup>1</sup> BONFANTE: Corso dir. rom. VI 281f., 329ff. — Von der Erwerbsunfähigkeit unterscheidet sich wiederum die Erbnunwürdigkeit (D. 34, 9), sowohl den Voraussetzungen wie den Wirkungen nach: Erbnunwürdig (*indignus*) war z. B., wer den Erblasser ermordet hatte, wer ein Testament des Erblässers beseitigt oder den Erblasser an der Errichtung eines Testaments hindert hatte usw. Der Erbnunwürdige konnte gültig zum Erben berufen werden und auch die Erbschaft erwerben; aber das Erlangte wurde ihm von Staats wegen entzogen, und zwar im Verfahren der *extraordinaria cognitio* und zugunsten der Staatskasse (*bona ereptoria*). Ausführlich über die zahlreichen Erbnunwürdigkeitstatbestände der Kaiserzeit: BONFANTE: Corso VI 331ff.; über das Wesen der Erbnunwürdigkeit: ders. 282f.: s. ferner LUZZATTO: Studi Ratti 545ff., bes. 572ff.

<sup>2</sup> Über das Schicksal der vom Erbnunfähigen nicht erworbenen Zuwendungen vgl. § 218, 3. <sup>3</sup> Gai. 2, 111, 286f. Vgl. auch Ulp. 14—16 und den Gnomon des Idios Logos (BGU V §§ 27 bis 32; z. T. mit merkwürdigen Abweichungen von der sonstigen Überlieferung). — Erwerbsunfähig waren auch die *Latini Iuniani* (§ 41, 3), denen jedoch, wie dem Ehelosen, eine Frist von hundert Tagen verstattet war, innerhalb deren sie die Erwerbsunfähigkeit durch Erlangung des römischen Bürgerrechts beheben konnten (Ulp. 17, 1, vgl. den Gnomon § 19f.). Ferner seit Domitian übelbeumdete Frauen (Suet. Dom. 8; Hadr. in D. 29, 1, 41, 1).

<sup>4</sup> Der einzige im justinianischen Recht noch praktische Fall war die Erwerbsunfähigkeit der schlechtbeumdeten Frau; s. o. Anm. 3.

<sup>1</sup> Einige Gesuche um Verleihung der *bonorum possessio* sind uns urkundlich erhalten: Pap. Giss. bibl. univ. inv. 40 (EGGER: ZSSSt. 32, 378ff. = P. M. MEYER: Jur. Pap. Nr. 27; 249 n. Chr., Ägypten, vom Statthalter bewilligt mit den Worten *ex edicto: recognovi*); Pap. Oxy. IX 1201 (258 n. Chr., gleichfalls bewilligt); PSI X 1101 (griech. Abschrift, 271 n. Chr.); ein weiteres, noch unveröffentlichtes Exemplar in Gießen, vgl. P. M. MEYER: ZSSSt. 50, 518. S. auch KRELLER: Erbr. Unters. auf Grund d. gräko-ägypt. Papyrusurk. 124ff.

Prüfung der vorgebrachten Gründe<sup>2</sup>, falls nur kein Näherberechtigter aufgetreten war. Seit Konstantin genügte es, wenn der Berufene vor einem Richter oder vor der Gemeindebehörde erklärte, daß er die *bonorum possessio* erwerben wolle; mit dieser Erklärung erwarb er sie; eine Verleihung durch die Behörde fand nicht mehr statt (C. 6, 9, 9).

2. Das prätorische Edikt sorgte von vornherein dafür, daß sich der Berufene schnell entscheiden mußte, und daß der Nachlaß, wenn irgend möglich, einen Erben fand. Sämtliche zur *bonorum possessio* berechtigten Personen waren, wie wir bereits sahen (§ 197, 2), nach Klassen und innerhalb der Klassen zum Teile wieder nach Graden hintereinandergeordnet. An erster Stelle waren die *liberi* als Noterben (*contra tabulas*, § 208, 2) berufen, dann der Testamentserbe (*secundum tabulas*, § 201, 1), nach ihm die prätorischen Intestaterben, beginnend wiederum mit den *liberi* und endend mit dem Ehegatten (§ 197, 1). Jeder Klasse und — soweit innerhalb einer Klasse wiederum verschiedene Grade von Verwandten nacheinander berufen waren — jedem Grade stand die Erlangung der *bonorum possessio* nur binnen einer Frist von hundert Tagen offen (Ulp. D. 38, 9, 1, 9); nur für die Erbfolge zwischen Eltern und Kindern betrug die Frist ein Jahr (Ulp. eod. 12). Wer mehreren Klassen angehörte, konnte sich, wenn er es in der früheren versäumt hatte, auch in der späteren noch melden (Ulp. D. 38, 9, 1, 11).

3. Wer die *bonorum possessio* erlangt hatte, war zwar nicht Erbe im Sinne des Zivilrechts, wurde aber vom Prätor wie ein Erbe, d. h. also als Gesamtnachfolger des Erblassers behandelt. Er konnte demgemäß die Nachlaßgegenstände in Besitz nehmen und nötigenfalls Dritten gegenüber ihre Herausgabe mit Hilfe des *interdictum quorum bonorum* erzwingen (§ 216, 1). Nach einjährigem Besitz erwarb er die Nachlaßsachen durch *usucapio pro herede* (§ 212, 2) zu zivilem Eigentum<sup>3</sup>; bis dahin wurde sein Ersitzungsbesitz als „bonitarisches Eigentum“ (§ 68, 2) geschützt. Die vom Erblasser hinterlassenen Ansprüche konnte er mittels einer sog. *formula ficticia* (§ 101, 3) geltend machen: Der Magistrat stellte ihm eine Prozeßformel zur Verfügung, in der der Richter angewiesen wurde, so zu urteilen, wie er müßte, wenn der Kläger ziviler Erbe wäre. Auf die gleiche Weise wurde auch den Nachlaßgläubigern die Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen den *bonorum possessor* ermöglicht<sup>4</sup>.

#### Viertes Kapitel.

## Rechtsstellung des Erben.

### I. Schutz des Erbrechts.

§ 215. Schutz des zivilen Erbrechts (hereditatis petitio)<sup>1</sup>. 1. Zum Schutz seines Erbrechts stand dem zivilen Erben<sup>2</sup> die *hereditatis petitio* (*vindicatio hereditatis*) zu. Sie richtete sich gegen den Besitzer, sei es des ganzen Nachlasses, sei es einzelner

<sup>2</sup> Über die sog. *bonorum possessio decretalis* (Ulp. D. 38, 9, 1, 7), die anscheinend nicht nach den Normen des Edikts, sondern auf Grund einer individuellen Würdigung des Einzelfalles und demnach wohl erst nach näherer Prüfung erteilt wurde, vgl. VANGEROW: Pand. II<sup>7</sup> 21 ff.; LEIST b. GLÜCK: Komm. z. d. Pand. 37, 38 II 193 ff., 264 ff.; SCHIRMER: Erbr. I 82 ff. und (auf interpolationenkrit. Grundlage) SOLAZZI: Arch. giur. 100, 17 ff.

<sup>3</sup> Einjährige Ersitzungsfrist auch für Nachlaßgrundstücke: Gai. 2, 54.

<sup>4</sup> Gai. 4, 34; vgl. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 182 f.

<sup>1</sup> FRANCKE: Kommentar üb. d. Pandektentitel de her. pet., 1864; LAMMFROMM: Z. Gesch. d. Erbschaftskl., 1887; BESELER: Beitr. IV 4 ff.; LENEL: ZSt. 46, 1 ff.; Ed. perp.<sup>3</sup> 176 ff.; G. LONGO Riv. ital. sc. giur. NS 4, 171 ff.; L'hereditatis petitio (Studi di dir. priv. II, 1933); PEROZZI: Ist. II<sup>2</sup> 643 ff.; SIBER: Röm. R. II 389 ff.; BONFANTE: Corso dir. rom. VI 424 ff.

<sup>2</sup> Über die der *her. pet.* nachgebildete Klage des Universalfideikommissars (*her. pet. fidei-commissaria*) vgl. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 183 ff.; über die sog. *her. pet. possessoria* des *bonorum possessor* s. u. § 216, 1.

Nachlaßgegenstände; jedoch nicht schlechthin gegen jeden Besitzer, sondern nur gegen den, der sich nicht auf einen speziellen Rechtstitel (Eigentum, Pfandrecht usw.) berufen konnte, der also, wenn er sich gegen den Kläger verteidigen wollte, dessen Erbrecht bestreiten mußte<sup>3</sup>. Ursprünglich war der Kreis der mit der *hereditatis petitio* belangbaren Personen sogar noch enger gezogen: Zur Zeit des alten Legisaktionenprozesses nämlich war die *hereditatis petitio* gleich der *rei vindicatio* (§ 78, 3a) doppelseitig, d. h. es mußte der Rechtsbehauptung (*vindicatio*) des Klägers vom Beklagten die Gegenbehauptung (*contravindicatio*) eigenen Erbrechts entgegengesetzt werden, wenn es zur Austragung des Rechtsstreites kommen sollte. Somit konnte damals nur der mit der *hereditatis petitio* erfolgreich belangt werden, der den Willen hatte, selbst Erbe zu sein und aus diesem Grunde dem wahren Erben den Nachlaßbesitz vorenthielt. Die Geltendmachung gegen den Erbrechtsprätendenten blieb auch späterhin die Regel. Da aber die *hereditatis petitio* im klassischen Formularprozeß nicht mehr doppelseitig war<sup>4</sup>, also nicht mehr voraussetzte, daß auch der Beklagte Erbe zu sein behauptete, so konnte sie sich jetzt auch gegen denjenigen richten, der Nachlaßgegenstände ohne jeden Rechtstitel besaß und sich lediglich dadurch verteidigen konnte, daß er das Erbrecht des Klägers bestritt. Den Kreis der belangbaren Personen schied man nun in solche, die sich selbst für Erben hielten (*pro herede possidentes*), und solche, die wußten, daß sie nicht Erben waren (*pro possessore possidentes*), gleichviel, ob sie ihr Erbrecht wider besseres Wissen behaupteten, oder ob sie sich darauf beschränkten, das Recht ihres Gegners zu bestreiten (Gai. 4, 144)<sup>5</sup>.

2. Wie bei der *rei vindicatio* (§ 78, 3b), so herrschte auch bei der *hereditatis petitio* Einlassungsfreiheit: Der Beklagte brauchte nicht über das Erbrecht zu streiten. Seinen Nachlaßbesitz jedoch konnte er durch die Verweigerung der Einlassung nicht retten. Dem Erben stand in diesem Fall das *interdictum quam hereditatem* zur Seite, durch das der Prätor dem Besitzer die Herausgabe der Erbschaft aufgab (Ulp. fr. Vindobonense 4). Gegenüber diesem Befehl konnte der Besitzer nun nicht mehr einwenden, daß sein Gegner nicht Erbe sei; durch seine Einlassungsweigerung hatte er sich dieser Verteidigung begeben.

3. Gegenstand der *hereditatis petitio* war alles, was der Beklagte aus dem Nachlaß besaß, und zwar in einem sehr weiten Sinne: Nicht nur solche Sachen waren herauszugeben, die zur Zeit des Erbfalls im zivilen oder bonitarischen Eigentum des Erblassers gestanden hatten, sondern auch solche, die der Erblasser als Nießbraucher oder Pfandgläubiger besessen hatte, und solche, die er geliehen und in Verwahrung genommen hatte und für die er darum einem Dritten gegenüber haftbar war (Paul. D. 5, 3, 19 pr.); ferner waren Nachlaßfrüchte (Ulp. D. 5, 3, 13, 7) und von den Erbschaftsschuldnern erbrachte Leistungen zu erstatten (Ulp. eod. 16, 1). Auch der Nachlaßschuldner selbst konnte mit der *hereditatis petitio* belangt werden, wenn er seinerseits die Erbschaft für sich in Anspruch nahm und aus diesem Grunde die Erfüllung seiner Verbindlichkeit verweigerte<sup>6</sup>.

4. Der Bestand des Nachlasses konnte sich in den Händen des Erbschaftsbesitzers verändert haben, sei es durch den Untergang oder durch Beschädigung von Nachlaßsachen, sei es durch Veräußerung vorhandener oder durch Anschaffung neuer

<sup>3</sup> Über das Verhältnis der *her. pet.* zu den Einzelklagen, die dem Erben aus den ererbten Rechten (Eigentum, Forderungsrechte usw.) zustanden, vgl. DERNBURG: D. Verhältnis d. *her. pet.* zu den erbenschaftlichen Singularklagen, 1852; LEVY: Konkurrenz d. Aktionen u. Personen I 122ff.; SIBER: Röm. R. II 393ff.

<sup>4</sup> Über die (nicht überlieferte) Prozeßformel der *her. pet.* vgl. LENEL: Ed. perp. <sup>3</sup> 176ff. (mit Lit.); dazu G. LONGO: L'hereditatis petitio 20ff.

<sup>5</sup> Vgl. bes. LENEL: ZSt. 46, 4ff. Nach D. 5, 3, 11 könnte es freilich den Anschein haben, als ob auch derjenige Erbschaftsbesitzer, der wider besseres Wissen Erbe zu sein behauptet, ein *possessor pro herede* (und nicht *pro possessore*) sei; die Stelle ist jedoch sicher in entstellter Form überliefert.

<sup>6</sup> Ulp. D. 5, 3, 13, 15. Der Begriff der *possessio iuris* dürfte hier und sonst im Bereich der *her. pet.* unklassisch sein; vgl. zuerst DI MARZO: Studi Moriani II 25ff.

Sachen mit Mitteln der Erbschaft. Für die Frage, wie sich in solchem Falle die Haftung des Erbschaftsbesitzers gestaltete, gewann ein unter Hadrian ergangener Senatsbeschluß entscheidende Bedeutung, den man nach dem einen der beiden Antragsteller, dem bekannten Juristen P. Iuventius Celsus (§ 19, 3), als *senatus consultum Iuventianum* zu bezeichnen pflegt (Text in D. 5, 3, 30, 6ff.). Anlässlich der Entscheidung eines vom Kaiser dem Senate vorgelegten Prozesses<sup>7</sup> wurde hier eine verschiedene Behandlung des gutgläubigen und des schlechtgläubigen Erbschaftsbesitzers vorgeschrieben<sup>8</sup>.

a) Für die vor Prozeßbeginn (*ante litem contestatam*) eingetretenen Veränderungen im Nachlaßbestand haftete in vollem Umfang nur der Schlechtgläubige, d. h. derjenige Erbschaftsbesitzer, der sich der Tatsache bewußt war, daß ihm kein Recht an der Erbschaft zustehe. Er hatte für jedes Verschulden einzustehen, mußte also namentlich auch den Wert der schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen erstatten. Für veräußerte und verbrauchte Nachlaßgegenstände hatte er den vollen Wert zu ersetzen. Anders der gutgläubige Besitzer. Er brauchte den Nachlaß grundsätzlich nur in dem Zustande herauszugeben, in dem er sich im Augenblick des Prozeßbeginns befand. Hatte er Nachlaßsachen veräußert, so hatte er nicht ihren Wert, sondern lediglich den Preis zu erstatten, den er dafür erhalten hatte, und zwar ohne Verzinsung; hatte er umgekehrt mit Nachlaßmitteln neue Gegenstände erworben, so hatte er diese herauszugeben und nicht den verausgabten Betrag zu erstatten (*res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*). Wenn er es versäumt hatte, Nutzungen zu ziehen, war er dafür nicht verantwortlich; soweit er durch gezogene Nutzungen bereichert war, hatte er die Bereicherung herauszugeben.

b) Für solche Veränderungen im Bestande des Nachlasses, die erst nach der *litis contestatio* eintraten, haftete auch der gutgläubige Erbschaftsbesitzer nach strengeren Grundsätzen, da er nunmehr mit der Möglichkeit rechnen mußte, daß er vielleicht fremdes Gut in den Händen habe. Nach dem Wortlaute der dem *senatus consultum Iuventianum* voraufgehenden *oratio* des Kaisers Hadrian hatte sogar jeder Erbschafts-

<sup>7</sup> Es handelt sich um eine *vindictio caducorum* (vgl. § 218, 3) zugunsten des *aerarium populi Romani*; die Erwähnung des *fiscus* im Texte des Senatsbeschlusses wird auf Grund des späteren Rechtszustands interpoliert sein.

<sup>8</sup> Ob das *senatus consultum* von vornherein auch auf private Erbschaftsprozesse betraf und ob, wenn dies nicht der Fall war, schon die klassische Jurisprudenz seine Vorschriften auch auf solche Prozesse bezog, ist äußerst bestritten und noch nicht endgültig aufgeklärt. WLASSAK: Anklage u. Streitbefestigung 153ff. (dem Jörs: i. d. Vorauf. 238f. und G. LONGO: L'hereditatis petitio 104 beitreten) vermutet, daß der überlieferte Text des *senatus consultum* aus zwei verschiedenen Stücken zusammengesetzt sei, von denen sich das eine (§ 6a u. 6d) auf den o. Anm. 7 erwähnten Rechtsstreit des Ärsars bezogen, das andere dagegen allgemeine Vorschriften für private Erbschaftsprozesse enthalten habe; dies ist jedoch nicht wahrscheinlich, vgl. LEWALD: ZSt. 48, 639f. Noch minder glaubhaft ist die Ansicht von DÉNOYER: Le sénatus-consulte Juventien, 1926, der ganze § 6c sei interpoliert und die Regelung des *senatus consultum* ursprünglich nur für fiskalische Prozesse bestimmt gewesen, dann aber zuerst in den Provinzen, später in Rom, auch für die Behandlung privater Erbschaftstreitigkeiten maßgebend geworden; hierzu LEWALD: ZSt. 48, 640f., 642. BESLER: Beitr. IV 13ff. hingegen, dem SIBER: Röm. R. II 389ff. im wesentlichen folgt und dessen Meinung auch LEWALD: ZSt. 48, 642 zuneigt, hält nur die auf den ordentlichen Prozeß unter Privaten anspielende Erwähnung der *litis contestatio* in § 6c für interpoliert, glaubt aber, daß die Grundsätze des *senatus consultum* in klassischer Zeit stets auf den fiskalischen Prozeß beschränkt geblieben seien, und muß von diesem Standpunkt aus Ulp. D. 5, 3, 20, 9 und Antoninus Pius C. 3, 31, 1 pr., zwei Stellen, die ausdrücklich die Anwendbarkeit des *senatus consultum* auf Privatprozesse bezeugen, als interpoliert aus dem Wege räumen. Eine derart radikale Textkritik vermeidet wiederum APPLETON: RH. 4. Ser., 9, 1ff. durch die — freilich auch recht zweifelhafte — Annahme, daß die Kompilatoren das *Iuventianum* (nach A. kein eigentlicher Senatsbeschluß) mit dem bei Gai. 2, 57 erwähnten Senatuskonsult verwechselt und auf diese Weise unabsichtlich die Erstreckung der iuventianischen Grundsätze herbeigeführt hätten. — Nur eine erneute eindringende Untersuchung der spät-klassischen Kasuistik kann weiterführen; auf Grund einer Prüfung dieses Materials ist neustens G. LONGO: L'her. pet. 108ff.) zu der Auffassung gelangt, daß schon das klassische Recht die iuventianischen Grundsätze auf Privatprozesse angewendet habe.

besitzer — der schlechtgläubige sowohl wie der gutgläubige — dem Erben alles das zu erstatten, was dieser gehabt haben würde, wenn ihm die Erbschaft schon im Augenblick der *litis contestatio* herausgegeben worden wäre (Paul. D. 5, 3, 40 pr.); indessen scheint die spätklassische Jurisprudenz diese Haftung, die auch ein Entstehen für Zufall in sich schloß, auf den schlechtgläubigen Besitzer beschränkt und den gutgläubigen im wesentlichen so behandelt zu haben wie den schlechtgläubigen vor der *litis contestatio*<sup>9</sup>.

§ 216. Schutz der *bonorum possessio*. 1. Wer vom Prätor die *bonorum possessio* erhalten hatte, konnte die Herausgabe des Nachlasses mit Hilfe eines prätorischen Interdikts, des *interdictum quorum bonorum*<sup>1</sup>, erzwingen, und zwar sowohl gegenüber dem *possessor pro herede* — ein solcher war hier u. U. auch der wirkliche zivile Erbe<sup>2</sup> — wie gegenüber dem *possessor pro possessore*<sup>3</sup> (Gai. 4, 144; Wortlaut des Interdikts in D. 43, 2, 1 pr.). Außerdem stellte ihm der Prätor auch die Einzelansprüche aus den ererbten Rechten (Eigentum, Nießbrauch, Forderungsrechte usw.) als *actiones utiles* zur Verfügung, indem er in die Prozeßformel die Klausel einfügte, der *bonorum possessor* sei so zu behandeln, als ob er ziviler Erbe sei (*formula ficticia*, vgl. § 101, 3; Gai. 4, 34). Nach der justinianischen Überlieferung konnte der *bonorum possessor* sogar auch die *hereditatis petitio* als *actio utilis* geltend machen (sog. *hereditatis petitio possessoria*; D. 5, 5); dem klassischen Recht scheint indessen dieser dritte Rechtsbehelf noch fremd gewesen zu sein<sup>4</sup>.

2. Anders als der zivile Erbe bedurfte der *bonorum possessor* auch einer defensiven Waffe, nämlich zum Schutz gegen die *hereditatis petitio* des zivilen Erben. Wie wir bereits sahen (§ 194, 5), sicherte ihn der Prätor in dieser Richtung, indem er die *hereditatis petitio* entweder überhaupt nicht zuließ oder mit einer *exceptio* zugunsten des *bonorum possessor* belastete<sup>5</sup>.

## II. Rechtsverhältnisse unter Miterben.

§ 217. Erbteil und Erbengemeinschaft. 1. Waren mehrere Erben nebeneinander zur Erbfolge berufen, so entstand unter diesen Miterben ein Verhältnis, das in seinem Wesen dem Miteigentum nach Bruchteilen (§ 67, 2) entsprach: Jeder der Miterben war grundsätzlich in den ganzen Nachlaß berufen. Aber infolge der Konkurrenz der Mitberufenen beschränkte sich sein Recht auf einen ideellen Bruchteil, den Erbteil<sup>1</sup>. Der Erbteil des einzelnen Miterben stellte also nicht einen realen Teil der Erbschaft dar, sondern lediglich das Maß der Mitberechtigung oder, was dasselbe bedeutet, das Maß der Beschränkung, die dem einzelnen um der Mitberechtigung willen auferlegt war.

2. Aus dem eben Gesagten ergibt sich bereits, daß die Erbschaft zunächst als ungeteiltes Ganzes auf die Miterben übergang. Sie konnte ungeteilt bleiben und von den Miterben gemeinschaftlich bewirtschaftet werden (*consortium, societas hercto non*

<sup>9</sup> Der entscheidende Schlußteil von D. 5, 3, 40 pr. ist freilich nachklassischer Überarbeitung stark verdächtig.

<sup>1</sup> Lit. bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. III<sup>9</sup> 557 (§ 617); vgl. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 452.

<sup>2</sup> Wenn nämlich verschiedene Personen zur zivilen Erbfolge und zur *bonorum possessio* berufen waren. Der zivile Erbe unterlag im Interdiktenverfahren sogar dem *bonorum possessor sine re* (vgl. § 195, 5); er mochte sein Recht mit der *hereditatis petitio* geltend machen, nachdem er zunächst einmal den Nachlaß herausgegeben hatte (vgl. Ziff. 2).

<sup>3</sup> Vermöge einer besonderen Klausel des Interdikts drang der *bonorum possessor* auch gegen denjenigen durch, der die in seinem Besitz befindlichen Nachlaßgegenstände bereits durch *usucapio pro herede* eressen hatte (§ 212, 2); dies war schon deshalb erforderlich, weil der prätorische Erbe die *bonorum possessio* infolge der sukzessiven Berufung (§ 214, 2) oft erst geraume Zeit nach dem Erbfall erlangen konnte.

<sup>4</sup> Vgl. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 180 ff. (mit weiteren Hinweisen).

<sup>5</sup> Vorausgesetzt, daß es sich um einen *bonorum possessor cum re* handelte (vgl. o. Anm. 2).

<sup>1</sup> Cels. D. 32, 80: . . . *totam hereditatem . . . singulis data esse, partes autem concursu fieri.*



cito, vgl. § 151, 1); aber jeder der Miterben konnte auch die Auseinandersetzung verlangen, die dann im Wege der *actio familiae herciscundae* durchgeführt wurde (§ 156).

3. Besonderes galt für die ererbten Forderungen und Verbindlichkeiten (*nomina*). Wie uns überliefert wird, verteilten sie sich schon nach einer Bestimmung der Zwölf-tafeln (tab. V 9)<sup>2</sup> von selbst (*ipso iure*) auf die Miterben. Sie fielen also nicht in die Erbengemeinschaft und unterlagen darum auch nicht der Auseinandersetzung im *iudicium familiae herciscundae*. Die spätere Entwicklung hat an diesem Grundsatz stets festgehalten.

§ 218. Anwachsung<sup>1</sup>. 1. Da, wie wir soeben sahen, der einzelne Miterbe grundsätzlich in den ganzen Nachlaß berufen und lediglich durch die Konkurrenz der anderen auf eine Erbquote beschränkt war, mußte sich sein Anteil notwendig erhöhen, wenn ein Bruchteil der Erbschaft freigebieben oder freigeworden war. Hierauf beruht das Prinzip der sog. Anwachsung. Hatte der Erblasser in seinem Testament über einen Bruchteil der Erbschaft nicht verfügt, oder war die Einsetzung eines Miterben aus irgendwelchen Gründen unwirksam, so wuchs der freigebiebene Erbteil den übrigen Miterben an (*adcrecere*). Ebenso, wenn ein Erbteil nachträglich dadurch frei wurde, daß einer der — testamentarisch oder kraft gesetzlicher Erbfolge berufenen — Miterben die Erbschaft ausschlug oder vor dem Erbschaftsantritt starb, oder daß die Bedingung ausfiel, unter der er eingesetzt war. Die Anwachsung vollzog sich von selbst, ohne Rücksicht auf den Willen des anwachsberechtigten Miterben: hatte der als Miterbe Berufene die Erbschaft noch nicht angetreten, so stand ihm nunmehr der Erwerb des vergrößerten Erbteils und die Ausschlagung zur Wahl, nicht dagegen auch der Erwerb des ursprünglichen, kleineren Erbteils. Hatte er bereits angetreten, so bedurfte es weder einer neuen Antrittshandlung für den Anwachsungsbruchteil, noch konnte er den Anwachsungsbruchteil ausschlagen. Der Erblasser seinerseits konnte die Anwachsung nur durch die Ernennung eines Ersatzerben ausschließen, nicht aber schlechthin verbieten<sup>2</sup>.

2. In gewissen Fällen griff eine engere Anwachsung Platz:

a) bei testamentarischer Erbfolge, wenn der Erblasser einen Teil der Erben in näherer Verbindung miteinander eingesetzt hatte. Dies war unstreitig dann der Fall, wenn sie der Erblasser sowohl auf einen und denselben Bruchteil eingesetzt, wie auch äußerlich den andern gegenüber zusammengefaßt hatte (*re et verbis coniuncti*)<sup>3</sup>. Aber auch wo die äußere Zusammenfassung fehlte, die Auslegung jedoch ergab, daß der Erblasser mehrere der Miterben auf denselben Bruchteil der Erbschaft hatte einsetzen wollen, neigten die klassischen Juristen zu der Annahme, daß eine gemeinsame Einsetzung und folglich auch die engere Anwachsung gegeben sei (*re coniuncti*)<sup>4</sup>. Nur dann griff die engere Anwachsung nicht Platz, wenn die Einsetzung sich auf verschiedene Erbteile bezog und lediglich der Wortlaut des Testaments den Anschein einer näheren Verbindung gewisser Miterben hervorrief (*verbis coniuncti*)<sup>5</sup>.

b) bei der Intestaterbfolge, falls die Berufung nach Stämmen erfolgte und von

<sup>2</sup> Daß der Satz schon dem Zwölf-tafelrecht angehöre, ist mehrfach bezweifelt worden, am entschiedensten von KOROŠEC: D. Erbenhaftung n. röm. R. (Leipz. rechtswiss. Stud. 29) 52ff. Doch ist seiner radikalen Kritik nicht beizutreten; vgl. BONFANTE: Arch. giur. 100, 131ff.; RABEL: ZSSt. 49, 584; SOLAZZI: Dir. ered. rom. I 77ff. Für KOROŠEC: SIBER: Röm. R. II 399 (mit m. E. unhaltbaren weiteren Vermutungen).

<sup>1</sup> Vgl. BONFANTE: Corso dir. röm. VI 253ff. (hier 253, Anm. 1, ältere Lit.).

<sup>2</sup> Wer als Rechtsnachfolger des Berufenen in die noch unerledigte Berufung eintrat (§ 212, 5), ging sowohl dem Ersatzerben wie den Anwachsungsberechtigten vor.

<sup>3</sup> Beispiel: *Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunt; Sempronius ex parte dimidia heres esto*. Fiel hier *Titius* weg, so wuchs sein Teil nur dem *Maevius* an; erst wenn sowohl *Titius* wie *Maevius* wegfielen, war *Sempronius* anwachsberechtigt. Vgl. hierzu Paul. D. 50, 16, 142.

<sup>4</sup> Beispiel: *Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte, qua Titium heredem institui, heres esto; Sempronius ex parte dimidia heres esto*; Iul. bei Paul. D. 50, 16, 142.

<sup>5</sup> Beispiel: *Titius heres esto; Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunt*; vgl. Pomp. D. 28, 5, 67.

mehreren Linien eines Stammes die eine wegfiel; in diesem Fall waren nur die Miterben gleichen Stammes anwachsberechtigt (Gai. D. 37, 4, 12 pr.)<sup>6</sup>.

3. In der Kaiserzeit wurde die praktische Bedeutung der Anwachsung durch die Ehegesetzgebung des Augustus (§ 173) in starkem Maße eingeschränkt. Erst Justinian stellte sie in dem alten Umfange wieder her (C. 6, 51, 1; 534 n. Chr.). Jene Einschränkungen bezogen sich auf solche Erbteile (und Vermächtnisse), die nach dem Sprachgebrauch der Ehegesetze *caduca* („verfallen“) waren: dies waren einmal die Zuwendungen an Erwerbsunfähige (*incapaces*; § 213, 1), ferner aber auch — nach der *lex Papia Poppaea* — solche Zuwendungen, die aus einem anderen nach der Testamentserrichtung eintretenden Grunde erfolglos blieben (*deficere*)<sup>7</sup>. Für die *caduca* trat grundsätzlich<sup>8</sup> kein Anwachsungsrecht ein. Handelte es sich um einen Erbteil, so wies ihn die *lex Papia Poppaea* zunächst denjenigen Miterben zu, die mindestens ein Kind aus einer von dem Gesetz anerkannten Ehe hatten; fehlten solche Miterben, so erhielten ihn die in dem Testament bedachten Vermächtnisnehmer, die jener Anforderung entsprachen (*patres legatarii*); wenn auch keine Vermächtnisnehmer in Betracht kamen, erwarb der Staat den verfallenen Erbteil<sup>9</sup>.

§ 219. Kollationspflichten<sup>1</sup>. 1. Wenn der Prätor zur *bonorum possessio contra tabulas* und *ab intestato* neben den *sui heredes* auch die gewaltentlassenen Abkömmlinge des Erblassers berief (§ 197, 1 a; § 208, 2 a), so konnten sich dabei insofern Unbilligkeiten ergeben, als der Erwerb der gewaltunterworfenen Abkömmlinge dem Gewalthaber zugefallen war und darum den Nachlaß vermehrt hatte, während die emanzipierten Abkömmlinge für sich selbst erworben und auf diese Weise schon bei Lebzeiten des Erblassers Gelegenheit gehabt hatten, ein eigenes Vermögen anzusammeln. Darum forderte der Prätor, daß die Emanzipierten, soweit sie die *bonorum possessio* erbeten hatten, ihr zur Zeit des Erbfalls vorhandenes Eigenvermögen nach Abzug der Schulden zur Teilungsmasse beibringen sollten (*conferre, collatio bonorum* oder *emancipati*; vgl. Ulp. D. 37, 6, 1 pr.).

a) Der emanzipierte Abkömmling hatte den *sui heredes* gegenüber durch Stipulation (*cautio*) zu versprechen, daß er sein Vermögen nach billigem Ermessen (*boni viri arbitrato*) zur Teilungsmasse beibringen werde; die Erfüllung dieses Versprechens konnte dann mit Hilfe der *actio ex stipulatu* (§ 134, 2) erzwungen werden. Nach klassischem Recht genügte es aber auch, wenn der Emanzipierte sein Vermögen ohne vorherige Stipulation tatsächlich beibrachte. Ferner konnte er den Ausgleich auch dadurch herbeiführen, daß er sich das ausgleichungspflichtige Eigenvermögen auf seinen Erbteil anrechnen ließ.

b) Der Prätor machte die Erteilung der *bonorum possessio* in der Regel nicht von der Leistung des Bebringungsversprechens abhängig. Verweigerte der Emanzipierte aber dann auf Verlangen der *sui heredes* die Abgabe des Versprechens, so wurde ihm die Geltendmachung erbschaftlicher Rechte versagt — falls er nicht etwa das Versprechen nachholte, solange ihm noch die *bonorum possessio* offenstand (§ 214, 2) —, und die Erbschaft verblieb allein den *sui heredes*.

c) In der Spätzeit verlor die *collatio emancipati* infolge der Umbildung des Familiengüterrechts (§ 185) erheblich an Bedeutung. Trotzdem, und obwohl sich neben ihr

<sup>6</sup> Das gleiche muß im justinianischen Recht für die in demselben Stamm berufenen Aszendenten (§ 199, 1) gelten.

<sup>7</sup> So, wenn der Bedachte ausschlug oder starb, oder wenn die Bedingung ausfiel, an die die Zuwendung geknüpft war. Einzelheiten können hier nicht erörtert werden. Vgl. Jörs: *Üb. d. Verhältnis d. lex Iulia de maritandis ordinibus zur lex Papia Poppaea* (Diss. Bonn 1882) 46f.

<sup>8</sup> Ausnahmsweise aufrecht erhalten wurde das „*ius antiquum*“ für die Vorfahren und Nachkommen des Erblassers bis zum dritten Grade: Ulp. 18.

<sup>9</sup> Und zwar ursprünglich das *aerarium populi Romani*, seit Caracalla der Fiskus; vgl. Ulp. 17, 2, vgl. zur Auslegung dieser Stelle GIRARD-V. MAYR: *Gesch. u. Syst. d. röm. R.* 961, Anm. 3; SCHULZ: *Epitome Ulpiani ad h. l.* (mit weiteren Literaturangaben).

<sup>1</sup> FEIN: *D. Recht d. Collation*, 1842; LEIST b. GLÜCK: *Komm. z. d. Pand.* 37—38 III 201 ff. Zu Ziff. 1 u. 2 vgl. ferner LENEL: *Ed. perp.* 3 345f., 346.

ein auf anderer Grundlage beruhendes Ausgleichsrecht entwickelt hatte (Ziff. 3), erscheint sie noch in der justinianischen Gesetzgebung als geltendes Recht (D. 37, 6). Erst als Justinian in den Novellen 115 und 118 alle Nachkommen hinsichtlich der Intestaterbfolge und des Noterbrechts gleichstellte, wurde sie gänzlich gegenstandslos.

2. In einer ähnlichen Lage wie der emanzipierte Abkömmling befand sich die Haustochter, der eine Mitgift bestellt war. Mit dem Tode ihres Gwalt habers stand es fest, daß die Mitgift nicht in dessen Nachlaß fallen werde; denn der dem Gewalt habener unter gewissen Voraussetzungen zustehende Herausgabeanspruch (§ 182, 3) ging niemals auf seine Erben über. Soweit nach seinem Tode überhaupt eine Rückforderung in Frage kam, stand sie allein der Tochter zu. Diese hatte also zwar kein gegenwärtiges selbständiges Vermögen wie der emanzipierte Abkömmling, aber doch ein Anrecht an dem Dotalgut (vgl. § 180, 2), insbesondere aber einen Anspruch oder eine Anwartschaft auf seine Rückerstattung. Deshalb verlangte das prätorische Edikt auch von ihr, wenn sie die *bonorum possessio contra tabulas* oder *ab intestato* begehrte, daß sie die Mitgift zugunsten der *sui heredes* (vgl. aber u. Ziff. 3) in die Nachlaßmasse einbringen solle (*collatio dotis*)<sup>2</sup>. Seit Antoninus Pius (vgl. Ulp. D. 37, 7, 1 pr.) konnte eine solche *collatio dotis* auch dann gefordert werden, wenn die Tochter zwar nicht die *bonorum possessio* begehrte, aber doch die zivile Erbfolge als *sua heres* angetreten hatte; sie wurde in diesem Fall im Wege der Erbteilungsklage erzwungen.

3. Schon durch diese Neuerung war die *collatio dotis* in gewissem Umfange von ihrer ediktalen Grundlage gelöst. Eine weitere Erstreckung erfuhr sie am Ausgang der klassischen Zeit: Nachdem bereits die Jurisprudenz die Frage aufgeworfen hatte ob nicht auch die emanzipierten Abkömmlinge die Beibringung der Mitgift zu fordern berechtigt seien, entschied Kaiser Gordian III. (C. 6, 20, 4; 239 n. Chr.) im Einklang mit der herrschenden Meinung, daß die vom Erblasser herrührende Mitgift (die *dos profecticia*; § 180, 1) sowohl gegenüber den *sui heredes* wie gegenüber den *emancipati* der Kollationspflicht unterliege. Damit war, zunächst auf beschränktem Gebiet, ein wesentlich neuer Gesichtspunkt zum Durchbruch gelangt: Die Anknüpfung an den Unterschied zwischen den zivilen *sui heredes* und den prätorischen Erben der Klasse *unde liberi* war aufgegeben; die Abkömmlinge als solche konnten die Kollation fordern, aber nur, soweit es sich um ein vom Erblasser vorempfangenes Gut handelte. Länger als zwei Jahrhunderte ist dieser Gedanke eine Ausnahme geblieben. Erst als das selbständige Vermögen der Hauskinder an Ausdehnung zunahm und damit das alte Kollationsrecht immer mehr seine Grundlage verlor, wurde es zur Regel erhoben. Den entscheidenden Schritt tat Kaiser Leo (C. 6, 20, 17; 472 n. Chr.); die weitere Ausgestaltung dieser sog. neueren Kollation ist das Werk Justinians (C. 6, 20, 19 u. 20).

a) Nach dem Recht des *codex Iustinianus* war jeder Abkömmling, der den Erblasser nach Zivil- oder Honorarrecht *ab intestato* beerbte oder der die *bonorum possessio contra tabulas* oder die *querella inofficiosi testamenti* geltend machte, allen anderen Abkömmlingen gegenüber, die in gleicher Weise erbberechtigt waren, zur Kollation verpflichtet. Gegenstand der Kollationspflicht war einmal die vom Erblasser empfangene Mitgift oder Schenkung anläßlich der Ehe (*donatio ante* bzw. *propter nuptias*); sodann der Wert einer ihm vom Erblasser verschafften (käuflichen) Anstellung im öffentlichen Dienst (*militia*); endlich eine gewöhnliche Schenkung dann, wenn der Erblasser die Kollation vorgeschrieben hatte oder ein anderer erbberechtigter Abkömmling seinerseits zur Kollation einer Mitgift oder einer Schenkung verpflichtet war<sup>3</sup>. Der leitende Gesichtspunkt dieser Regelung war demnach, daß nach

<sup>2</sup> Über das Verfahren bei der *collatio dotis* sind wir schlecht unterrichtet. Auch hier bildete offenbar die Verpflichtung durch Stipulation die Regel.

<sup>3</sup> Die *militia* wird in dieser Beziehung nicht erwähnt, ist aber zweifellos im Sinne Justinians hinzuzufügen.

dem mutmaßlichen Willen des Erblassers alle Abkömmlinge mit gleichem Maß zu messen und deshalb die genannten Zuwendungen, die sie von ihm bei seinen Lebzeiten gewissermaßen im voraus aus der zukünftigen Erbschaft erhalten hatten, nach dem Erbfall zur Ausgleichung zu bringen seien. Die Durchführung der Kollation geschah in derselben Weise, wie im klassischen Recht (*cautione aut re*); doch scheint jetzt die Anrechnung auf den Erbteil die Regel gewesen zu sein.

b) In der Novelle 18, 6 hat Justinian die Kollationspflicht schließlich auch auf den Fall erstreckt, daß die Abkömmlinge im Testamente — gemeint ist wohl: zu ihren gesetzlichen Erbteilen — zu Erben eingesetzt waren; doch konnte der Erblasser die Kollation ausdrücklich ausschließen.

### III. Nachlaßverbindlichkeiten<sup>1</sup>.

§ 220. 1. Nachlaßverbindlichkeiten sind einmal die Schulden des Erblassers, soweit sie nach dessen Tode auf den Erben übergehen, sodann die den Erben als solchen belastenden Verbindlichkeiten, insbesondere die ihm vom Erblasser letztwillig aufgelegten Vermächtnisse. Für die folgenden Erörterungen steht jene erste Gruppe der Nachlaßverbindlichkeiten im Vordergrund; über die Vermächtnisse wird in § 221 ff. gehandelt werden.

2. Daß der Erbe für die vom Erblasser hinterlassenen Schulden hafte, dürfte, wie bereits früher bemerkt wurde (§ 194, 1), im Prinzip schon auf der ältesten Entwicklungsstufe des römischen Erbrechts anerkannt gewesen sein und sich ursprünglich aus dem Gedanken der Nachfolge in die Familiengewalt erklären<sup>2</sup>. Der Kreis der Verbindlichkeiten, für die dieser Grundsatz galt, war aber zweifellos in alter Zeit ziemlich beschränkt. Auch späterhin blieben gewisse Schulden des Erblassers, vor allem die große Gruppe der Deliktsbußen (§ 106, 2b), von der Vererblichkeit ausgeschlossen. Da nun im alten Recht die Deliktshaftung auch zahlreiche Ansprüche umschloß, die nachher unter den Gesichtspunkt der vertraglichen Haftung fielen (§ 106, 1), kann es sich nur um verhältnismäßig wenige Verbindlichkeiten handeln, die von alters her auch den Erben belasteten<sup>3</sup>. Erst die Verbreiterung der kontraktlichen Haftung auf Kosten der deliktischen ließ die Erbenhaftung praktisch zur Regel, die Unvererblichkeit gewisser Verbindlichkeiten zur Ausnahme werden.

3. Aus der Tatsache, daß sich mit dem Erwerb der Erbschaft durch den Erben zwei Vermögensmassen, der Nachlaß und das Eigenvermögen des Erben, miteinander vereinigen, ergeben sich für die Gestaltung der Erbenhaftung zwei Probleme: Können sich die Nachlaßgläubiger gegen den Zugriff der Eigengläubiger eines überschuldeten Erben auf den Nachlaß wehren? und: Kann der Erbe eines überschuldeten Nachlasses, oder können seine Gläubiger das Eigenvermögen gegen den Zugriff der Nachlaßgläubiger schützen?

a) Für die erste dieser Fragen hat bereits das prätorische Edikt eine Antwort gefunden, die für das römische Recht endgültig blieb. Der Prätor gewährte nämlich

<sup>1</sup> BONFANTE: Corso dir. rom. VI 118f., 125ff., 344ff.; Arch. giur. 100, 129ff.; SIBER: Acta academiae universalis iurisprudentiae comparativae I 986ff.; Röm. R. II 396ff.; KOROŠEC: D. Erbenhaftung n. röm. R. (Leipz. rechtswiss. Stud. 29, 1927); RABEL: ZSSr. 49, 580ff.; A. SEGRÈ: Ricerche di dir. ered. rom. 112ff., 1930; SOLAZZI: Dir. ered. rom. II 202ff.

<sup>2</sup> Jungen Ursprung der Erbenhaftung (im honorarischen Recht!) behauptet KOROŠEC: (s. o. Anm. 1). Das ist nicht haltbar; vgl. BONFANTE: Arch. giur. (s. o. Anm. 1), RABEL: (s. o. Anm. 1) und A. SEGRÈ: (s. o. Anm. 1). Die von K. 85ff. für das altrömische Zivilrecht angenommene Leichnamshaftung ist erst im 4. Jahrh. n. Chr. nachweisbar (Ambrosius, de Tobia 10), ihr römischer Ursprung keineswegs sicher; vgl. MITTEIS: Röm. Privatr. I 98, Anm. 11, dessen Beurteilung beizutreten ist.

<sup>3</sup> Allerdings zweifelt BONFANTE: Corso dir. rom. VI 127, ob die Unvererblichkeit der Deliktsbußen ursprünglich sei. Sichere Anhaltspunkte für das Gegenteil bestehen jedoch nicht; vielmehr spricht die Rechtsvergleichung für eine ursprüngliche Unvererblichkeit: vgl. für das deutsche Recht v. SCHWERIN: Dtsche Rechtsgesch. <sup>2</sup> 143 und die dort Zitierten.

den Nachlaßgläubigern, wenn ihre Befriedigung durch die Vermögensverhältnisse des Erben gefährdet war, auf Antrag die *separatio bonorum*<sup>4</sup>. Dadurch wurde der Nachlaß dem Zugriff der Eigengläubiger verschlossen und lediglich den Nachlaßgläubigern vorbehalten, die dann freilich ihrerseits auch nicht mehr in das Eigenvermögen des Erben vollstrecken konnten. Auch Vermächtnisnehmer konnten die *separatio bonorum* beantragen, jedoch nur so, daß sie erst nach den Gläubigern des Erblassers ihre Befriedigung aus dem Nachlaß suchen durften (Iul. D. 42, 6, 6 pr.).

b) Den Eigengläubigern des Erben gewährte das Edikt nur insofern einen Schutz, als die den Nachlaßgläubigern gewährte *separatio bonorum* auch zu ihren Gunsten wirkte (s. o. 3 a); sie selbst konnten die *separatio* nicht beantragen (Ulp. D. 42, 6, 1, 2); dabei blieb es auch späterhin. Der Erbe selbst vermochte sich in klassischer Zeit gegen den Zugriff der Erbschaftsgläubiger auf sein Eigenvermögen grundsätzlich nur dadurch zu schützen, daß er die Antretung einer überschuldeten Erbschaft unterließ oder, wenn er *suus heres* war, vom *beneficium abstinendi* Gebrauch machte (vgl. § 211f.)<sup>5</sup>. Lediglich dem letztwillig freigelassenen und zum Erben eingesetzten Sklaven des Erblassers, dem keiner von diesen beiden Wegen offenstand, gestattete der Prätor ausnahmsweise, die *separatio bonorum* seinerseits zu beantragen (Gai. 2, 154f.; Ulp. D. 42, 6, 1, 18). Erst Justinian hat diesen Rechtszustand entscheidend geändert<sup>6</sup>, indem er das *beneficium inventarii* schuf (C. 6, 30, 22): Wer nunmehr die Erbschaft antrat, ohne sich eine Überlegungsfrist zu erbitten (§ 212, 4), konnte seine Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern auf den Nachlaß beschränken<sup>7</sup>, indem er binnen einer bestimmten Frist<sup>8</sup> ein ordnungsmäßiges und formgerechtes Verzeichnis der gesamten Nachlaßgegenstände (*inventarium*) aufstellte. Die Errichtung dieses Inventars hatte ohne weiteres<sup>9</sup> die Folge, daß der Erbe die Nachlaßgläubiger nur solange zu befriedigen brauchte, als der Nachlaß noch nicht erschöpft war. Ein irgendwie geregeltes Verfahren der Nachlaßliquidation fand nicht statt: wer sich

<sup>4</sup> BONFANTE: Ser. giur. var. I 363ff.; Corso dir. rom. VI 354ff.; BAVIERA: Studi e documenti di storia e diritto 20, 1899, 1ff.; Il commodum separationis 11ff., 1901; FERRINI: Opere IV 167ff., 175ff., 183ff.; SOLAZZI: Bull. 13, 247ff.; TUMEDI: La separazione dei beni ereditari (Sem. giur. Bologna 5, 1917; mit starker Betonung des geltenden Rechts); SIBER: Röm. R. II 397; LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 433. — Über die gleichfalls im Edikt vorgesehene Gläubigersicherung durch Sicherheitsleistung des *heres suspectus* (d.h. des Erben, gegen den der Verdacht besteht, daß er den Nachlaß zum Schaden des Gläubigers verschlechtern werde) vgl. BONFANTE: Corso dir. rom. VI 351ff.; LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 421. — Auf die einzelnen Streitfragen, die bezüglich der *separatio bonorum* und der Sicherheitsleistung des *heres suspectus* bestehen, kann hier nicht eingegangen werden.

<sup>5</sup> Dies führte dazu, daß sich der Erbe vielfach vor dem Erwerb der Erbschaft von den Gläubigern eine Beschränkung ihrer Forderungen zusichern ließ; Ulp. D. 2, 14, 7, 17; Iul. D. 17, 1, 32; Ulp. D. 44, 4, 4 pr. Über die juristischen Gestaltungsmöglichkeiten solcher Abreden (*mandatum, pactum*) vgl. BONFANTE: Corso dir. rom. VI 394ff.; SOLAZZI: L'estinzione della obbligazione 179ff., 1931.

<sup>6</sup> In einem Einzelfall (dem des *miles, qui per ignorantiam hereditatem adierit*) hatte schon Gordian eine auf den Nachlaß beschränkte Haftung eingeführt; vgl. Iust. C. 6, 30, 22 pr.

<sup>7</sup> Der Bearbeiter entscheidet sich in dem Streit um die Natur der justinianischen Erbenhaftung für die Annahme einer auf den Nachlaß als solchen, also gegenständlich beschränkten Haftung (*cum viribus hereditatis*). Das Gesetz Justinians ist freilich in diesem Punkte wenig klar, und die Worte *in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant* sprechen bei strenger Auslegung zugunsten einer Haftung in Höhe des Nachlaßwertes (*pro viribus hereditatis*); aber eine so wörtliche Auslegung ist bei der mangelhaften Präzision der justinianischen Gesetzesprache nicht angebracht, und der Gesamtinhalt des Gesetzes zeigt deutlich, daß der Kaiser nur die Befriedigung der Gläubiger mit Mitteln des Nachlasses im Auge hatte; vgl. des näheren BONFANTE: Corso dir. rom. VI 398ff., der ebenso urteilt. Anders die herrschende Meinung, auch JÖRS, der die hier vertretene Ansicht ausdrücklich ablehnt (Voraufl. 243, Anm. 3). Zweifelnd SIBER: Röm. R. II 399, Anm. 32. — Die gemeinschaftliche Praxis nahm eine gegenständlich beschränkte Haftung an (*cum viribus hereditatis*).

<sup>8</sup> Im Regelfalle mußte die Errichtung des Inventars binnen 30 Tagen nach Kenntnis der Berufung zur Erbfolge begonnen und binnen weiterer 60 Tage vollendet sein.

<sup>9</sup> Es bedurfte also insbesondere nicht — wie im gemeinen Recht — eines Vorbehalts bei der Antretung der Erbschaft.

zuerst meldete, wurde, ohne Rücksicht auf die späteren, in vollem Umfange befriedigt. Nur konnten hypothekarisch gesicherte Gläubiger ihr Sicherungsobjekt von solchen Nachlaßgläubigern herausverlangen, denen es vom Erben zur Befriedigung überlassen worden war, und unterlagen Vermächtnisnehmer einer ähnlichen Herausgabepflicht zugunsten der übrigen Nachlaßgläubiger. Erben, die die Inventarerrichtung versäumt oder vor der Antretung eine Überlegungsfrist erbeten hatten, hafteten den Nachlaßgläubigern unbeschränkt mit Nachlaß und Eigenvermögen.

## Fünftes Kapitel.

# Vermächtnisse<sup>1</sup>.

## I. Legate.

§ 221. **Wesen und Erscheinungsformen.** 1. Das Vermächtnis steht im römischen Recht seit alters in einem klaren begrifflichen Gegensatz zur Erbeinsetzung: Handelt es sich dort um die Berufung eines Gesamtnachfolgers durch den letzten Willen des Erblassers, so stellt sich das Vermächtnis grundsätzlich als eine letztwillige Zuwendung einzelner Vermögensgegenstände zu Lasten des Gesamtnachfolgers dar. Die dem römischen Recht seit seiner Frühzeit geläufige Form des Vermächtnisses ist das *legatum*. In der Kaiserzeit kam als zweite, freier gestaltete Form das *fideicommissum* hinzu.

2. Das *legatum* tritt uns im klassischen Recht in mehreren Unterarten entgegen, deren geschichtliches Verhältnis nicht sicher festgestellt ist<sup>2</sup>, und die sich sowohl ihren Voraussetzungen als auch ihren Wirkungen nach unterschieden<sup>3</sup>. Gewisse Grundsätze jedoch waren ihnen allen gemeinsam.

a) Legate konnten nur in Testamenten und testamentarisch bestätigten Kodizillen (§ 207, 3) errichtet werden; hieraus folgt einmal, daß ihre Errichtung stets die Testierfähigkeit des Erblassers voraussetzte (§ 205, 2), sodann aber auch — da jedes Testament notwendigerweise die Berufung eines Gesamtnachfolgers enthielt und seinem ganzen Inhalt nach von deren Wirksamkeit abhängig war (§ 204, 1) — daß nur gewillkürte, nicht auch gesetzliche Erben mit einem Legat belastet werden konnten.

b) Der Bedachte mußte grundsätzlich, wie der Erbe, die *testamenti factio passiva* besitzen (§ 205, 3; vgl. I. 2, 20, 24); doch bestanden in dieser Hinsicht für das Vermächtnis gewisse Besonderheiten<sup>4</sup>. Vor allem konnte nach römischer Auffassung der

<sup>1</sup> Gemeinrechtliches Schrifttum bei WINDSCHEID-KIPP: Pand. III <sup>9</sup> 572 (§ 623); wichtigste Gesamtdarstellung: FERRINI: Teoria generale dei legati e dei fedecommissi, 1889; Lit. zu Einzelfragen im folgenden.

<sup>2</sup> Die Entwicklungsgeschichte der verschiedenen Legatstypen ist oft behandelt und heute noch durchaus bestritten. Die Hauptfrage ist das Altersverhältnis von Vindikations- und Damnationslegat. Für die Priorität des Vindikationslegats ist die herrschende Meinung, vgl. bes. FADDA: Studi e questioni di dir. rom. I 65ff.; FERRINI: Opere IV 193ff.; BONFANTE: Scr. giur. var. I 101ff.; WLASSAK: ZSt. 31, 198ff.; BIONDI: Annali Perugia 3, Ser., 12, 188ff., 1914; A. SEGRÈ: Ricerche di dir. ered. rom. 85ff., 1930. Das Gegenteil wird ausführlich und mit beachtlichen Gründen vertreten von COLI: Lo sviluppo delle varie forme di legato nel dir. rom. (Ricerche sulla storia e sul dir. rom. 3). Keinen Altersunterschied nimmt an PEROZZI: Ist. II <sup>2</sup> 477, 661. — Zwingende Beweise sind bisher nicht erbracht worden und lassen sich vielleicht gar nicht erbringen. Keine sicheren Stützen sind insbesondere die aus der Zwölftafelüberlieferung (tab. V 3) gezogenen Schlüsse; denn ob *legare* in den Zwölftafeln schon die spätere technische Bedeutung hat, ist ganz ungewiß; vgl. hierzu FERRENI: 197; COLI: 30ff., bes. 48ff.; BESELER: ZSt. 54, 322.

<sup>3</sup> Infolge des nachklassisch-justinianischen Verschmelzungsprozesses (Ziff. 5) ist im Vermächtnisrecht der Digesten oft sehr schwer festzustellen, welche Form des Legats den Entscheidungen der klassischen Juristen jeweils zugrundeliegt; Anhaltspunkte für eine solche Feststellung gibt SEGRÈ: Studi Scialoja I 241ff.

<sup>4</sup> Vgl. des näheren Gai. 2, 238ff.; Ulp. 24, 18ff.; 25, 7; Paul. sent. 3, 6, 13; I. 2, 20, 24ff.

Bedachte nicht auch zugleich der Beschwerde sein. Einem Erben konnte darum ein Vermächtnis nur zu Lasten seiner Miterben zugewendet werden (Ulp. 24, 22), und wenn der Erblasser einem von mehreren Miterben einen bestimmten Gegenstand vorweg vermacht hatte (*praelegatum*<sup>5</sup>), so galt dies nur insoweit als ein wirksames Vermächtnis, als davon die Erbteile der anderen betroffen waren; zu dem Bruchteile, der seinen eigenen Erbteil belastete, erwarb der Bedachte den Gegenstand als Erbe und nicht als Vermächtnisnehmer.

c) Wie dem Erben ein Ersatzerbe, so konnte auch dem Vermächtnisnehmer ein Ersatzvermächtnisnehmer durch Vulgarsubstitution (§ 204, 4) nachgeordnet werden.

3. Unter den verschiedenen Arten des Legats erscheinen das *legatum per vindicationem* und das *legatum per damnationem* als die beiden auch praktisch durchaus vorherrschenden Grundformen. Jenes verschaffte dem Bedachten unmittelbar den zugewendeten Gegenstand selbst, derart, daß er ihn mit der dinglichen Klage (*vindicatio*) vom Erben herausverlangen konnte; dieses dagegen begründete nur einen schuldrechtlichen Anspruch des Bedachten gegen den Erben.

a) Das Formular für das *legatum per vindicationem* lautete regelmäßig: *L. Titio hominem Stichum do lego*; daneben waren in klassischer Zeit auch noch andere Formeln zulässig: *L. Titius hominem Stichum sumito, capito oder sibi habeto* (Gai. 2, 193). Der dinglichen Wirkung wegen konnten nur Sachen Gegenstand solchen Vermächtnisses sein, und zwar nur Sachen, die im zivilen Eigentum des Erblassers standen. Handelte es sich um vertretbare Sachen (Wein, Getreide, Geld u. dgl.), so brauchte dieses Eigentum erst im Augenblick des Erbfalls vorhanden zu sein; ein Vindikationslegat von unvertretbaren Sachen (Sklaven, Grundstücke usw.) dagegen war nur gültig, wenn der Erblasser sowohl im Zeitpunkt der Testamentserrichtung als auch bei seinem Tode Eigentümer war (Gai. 2, 196; Ulp. 24, 7). Statt des Eigentums an der Sache konnte auch nur der Nießbrauch (Paul. sent. 3, 6, 17 ff.)<sup>6</sup> oder eine Grunddienstbarkeit (Pomp. D. 8, 6, 19, 1) *per vindicationem* vermacht werden. Je nach dem vermachten Rechte verfolgte der Bedachte das Vermächtnis mit der *rei vindicatio* oder der *vindicatio usus fructus* bzw. *servitutis* (*actio confessoria*, vgl. § 88, 1)<sup>7</sup>.

b) Das *legatum per damnationem* wurde herkömmlicherweise mit folgender Formel errichtet: *heres meus L. Titio Stichum servum meum dare damnas esto*<sup>8</sup> (Gai. 2, 201); in klassischer Zeit genügten aber auch die Worte *heres meus . . . dato* oder *heredem meum . . . dare iubeo*. Der schuldrechtliche Anspruch gegen den Erben, der dem Bedachten aus einem solchen Vermächtnis erwuchs, wurde mit der streng-

<sup>5</sup> Zu unterscheiden vom *legatum per praeceptionem*, das im Gegensatz zum Prälegat einen speziellen Legatstyp darstellt (vgl. u. Ziff. 4b). Über das Prälegat und sein Verhältnis zum *legatum per praeceptionem* vgl. BUCHHOLZ: D. Lehre v. d. Prälegaten, 1850; ARNDTS b. GLÜCK: Komm. z. d. Pand. 47, 1 ff.; KRETSCHMAR: D. Natur d. Prälegats n. röm. R., 1874; BERNSTEIN: ZSSSt. 15, 26 ff.; FERRINI: Teoria generale (s. o. Anm. 1) 184 ff.; Opere IV 237 ff.; BONFANTE: Scr. giur. var. I 430 ff., 443 ff. (445, Anm. 1—3 weitere italienische Lit.).

<sup>6</sup> Über das Vermächtnis der *nuda proprietas*, d. h. des mit einem Nießbrauch belasteten Eigentums, vgl. PAMPALONI: Mélanges Girard II 331 ff.

<sup>7</sup> Über den Zeitpunkt, in dem der Bedachte das Vindikationsvermächtnis erwarb, vgl. § 222. — Zum *legatum optionis*, d. h. dem Vindikationsvermächtnis, bei dem dem Bedachten die Wahl zwischen mehreren Gegenständen gelassen war, vgl. BERNSTEIN: ZSSSt. 1, 151 ff.; FERRINI: Teoria generale (s. o. Anm. 1) 249 ff.; Opere IV 269 ff.; ASCOLI: Bull. 1, 83 ff.

<sup>8</sup> Die Formel *dare damnas esto*, von der das Damnatonslegat seinen Namen trägt, begegnet auch in der *lex Aquilia* (§ 158); vgl. D. 9, 2, 2 pr. a. E.; eod. 27, 5 a. E. Vielleicht bedeutet sie, daß es ursprünglich im Falle der Nichterfüllung keines richterlichen Urteils mehr bedurfte, die Schuldner vielmehr kraft der vom Gesetz bzw. vom Erblasser ausgesprochenen *damnatio* (= *condemnatio*) der sofortigen Vollstreckung durch *manus iniectio* unterlag. Dem scheint es zu entsprechen, daß noch im klassischen Recht sowohl die *actio legis Aquiliae* als auch die *actio ex testamento* (falls sie sich auf ein *certum* richtete), ebenso wie die Klage aus der Urteilsschuld *actio iudicati*, vgl. WENGER: § 18), zur Verurteilung auf das *duplum* führte, wenn der Beklagte den Anspruch ableugnete. Vgl. Gai. 4, 9; 4, 171; o. § 158, Anm. 6, und die dort angeführte Lit.

rechtlichen (§ 101, 4a) *actio ex testamento* verfolgt und ähnelte dem Anspruch aus der Stipulation<sup>9</sup>. Wie diese wird auch das Damnationslegat ursprünglich auf eine genau bestimmte Leistung (*certum*, vgl. § 134, 1) beschränkt gewesen sein, vielleicht sogar auf die Leistung einer bestimmten Geldsumme (*certa pecunia*). Aber schon für die spätrepublikanische Zeit sind Damnationslegate bezeugt, deren Leistungsinhalt sich erst durch die Umstände näher bestimmte, die also ein *incertum* zum Gegenstand hatten (s. u. über die sog. *partitio legata*). Das klassische Recht vollends ließ grundsätzlich jeden Inhalt zu, der überhaupt als Gegenstand einer schuldrechtlichen Leistungspflicht in Betracht kam: so z. B. die künftigen Früchte eines Grundstücks (Gai. 2, 203), ferner jedes Tun oder Unterlassen des Erben, etwa die Erbauung eines Hauses (Paul. sent. 3, 6, 10), den Abschluß eines Kauf- oder Pfandvertrags (Gai. D. 30, 66; Paul. D. 30, 49, 8f.), die Abtretung eines Forderungsrechts (*legatum nominis*) oder die Befreiung des Bedachten von einer Verbindlichkeit (*legatum liberationis*)<sup>10</sup>. Dementsprechend kamen auch für das Vermächtnis von Sachen nicht — wie beim Vindikationslegat — nur diejenigen Gegenstände in Betracht, die dem Erblasser selbst gehörten, sondern auch solche, die im Eigentum des Erben oder eines Dritten standen<sup>11</sup>. Handelte es sich um Sachen eines Dritten, so war der Erbe verpflichtet, sie seinerseits zu erwerben und dann an den Bedachten zu übertragen (sog. Verschaffungsvermächtnis); doch konnte er den Bedachten mit dem Schätzwerte abfinden, wenn die Sache dem Dritten überhaupt nicht oder nur zu einem übermäßigen Preise feil war (Labeo D. 32, 30, 6; Iav. D. 35, 2, 61; Ulp. D. 30, 71, 3). War freilich die vermachte Sache dem Privatrechtsverkehr von Rechts wegen entzogen (§ 46, 4), so war das Vermächtnis unwirksam; ebenso dann, wenn der Erblasser geglaubt hatte, es sei seine eigene Sache, während sie in Wahrheit einem Dritten gehörte (I. 2, 20, 4). — Selbst ein Bruchteil der Erbschaft konnte Gegenstand des *legatum per damnationem* sein (sog. *partitio legata*; Gai. 2, 254; Ulp. 24, 25). Vermächtnisse dieser Art sind schon in der späteren Republik nachweisbar<sup>12</sup> und haben wohl gerade damals, als das Fideikommissrecht noch nicht entwickelt war, eine erhebliche praktische Rolle gespielt<sup>13</sup>. Im wirtschaftlichen Ergebnis vermittelten sie — wie die Erbeinsetzung — eine Beteiligung am ganzen Nachlaß; rechtlich betrachtet war indessen auch in solchem Falle allein der Erbe Gesamtnachfolger; der Vermächtnisnehmer hatte lediglich einen mit der *actio ex testamento* (*incerti*) verfolgbar schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe seiner Nachlaßquote. Ob er Teilung der Nachlaßgegenstände oder lediglich Erstattung des Wertes verlangen könne, war zwischen Prokulianern und Sabinianern bestritten; eine vermittelnde Lösung, die wohl erst dem justinianischen Recht angehört, gab dem Erben die Wahl zwischen beiden Möglichkeiten (D. 30, 26, 2; Schluß itp.). Da nur der Erbe als Gesamtnachfolger imstande war, die Ansprüche des Erblassers geltend zu machen, und nur er den Nachgläubigern haftete, bedurfte es besonderer Maßnahmen, um den Vermächtnisnehmer an den Forderungen und Schulden zu beteiligen: Der Erbe mußte dem Vermächtnisnehmer versprechen, ihn an den eingegangenen Zahlungen im Verhältnis seiner Quote zu beteiligen, und umgekehrt der Vermächtnisnehmer dem Erben, daß

<sup>9</sup> Wie die Klage aus der Stipulation, besaß die *actio ex testamento* je nach dem Inhalt des Vermächtnisses (s. das im Text folgende) entweder eine *intentio certa* oder *incerta*. Die von den klassischen Juristen gezogenen Parallelen zwischen Stipulationsschuld und Vermächtnisschuld, sowie die Möglichkeiten gegenseitiger Beeinflussung untersucht MITTEIS: ZSSt. 32, 1 ff.

<sup>10</sup> Über *legatum nominis* und *liberationis* vgl. WINDSCHEID: Pand. III § 657; VANGEROW: Pand. II <sup>7</sup> 542 ff.; BRINZ: Pand. III 326 ff.; KRÜGER: Z. Grünhut 21, 289 ff.

<sup>11</sup> Hingegen war das Vermächtnis von Sachen, die dem Bedachten gehörten, gegenstandslos.

<sup>12</sup> Cic. de legibus 2, c. 20f.; pro Cluent. 7, 21; pro Caec. 4, 12; Lab. D. 32, 29, 1.

<sup>13</sup> Man benutzte die *partitio legata* einmal dazu, dem Bedachten die Vorteile der Erbenstellung ohne deren Nachteile, d. h. insbesondere ohne die Belastung mit dem Hauskult (*sacra*), zuzuwenden, sodann zur Umgehung der *lex Voconia*, die in gewissem Umfange die Erbeinsetzung von Frauen verbot (§ 205, 3); vgl. MOMMSEN: Jur. Schr. III 516 ff.



er zur Deckung der Verbindlichkeiten entsprechend beitragen werde (*stipulationes partis et pro parte*).

4. Von geringerer Bedeutung waren zwei weitere Formen des Legats:

a) das *legatum sinendi modo*<sup>14</sup> mit der Formel: *heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem sumere sibi que habere* (Gai. 2, 209; Ulp. 24, 5). Gleich dem Damnationslegat begründete diese Vermächtnisform eine Verpflichtung des Erben, und zwar nach älterer Auffassung nur eine Verpflichtung zum Dulden oder Unterlassen. Danach hatte also der Erbe den Vermächtnisgegenstand nicht an den Vermächtnisnehmer zu übertragen, sondern lediglich zu dulden (*sinere*), daß dieser ihn sich aneignete; eine jüngere Meinung dagegen nahm an, daß der Erbe auch positiv zur Übertragung des Vermächtnisgegenstands verpflichtet sei; von diesem Standpunkt aus unterschied sich das *legatum sinendi modo* nur noch in Einzelpunkten vom Damnationslegat. Verstanden werden aber können die Besonderheiten des *legatum sinendi modum* nur von der älteren Auffassung her: So die Tatsache, daß ein solches Vermächtnis nur solche Sachen zum Gegenstand haben konnte, die beim Tode des Erblassers entweder in dessen Vermögen oder im Vermögen des Erben vorhanden waren; ferner, daß als Klage des Vermächtnisnehmers stets nur die *actio incerti ex testamento* in Betracht kam, auch dann, wenn der Vermögensgegenstand selbst ein *certum* war (vgl. o. Ziff. 3b); das *sinere* im Sinne einer bloßen Duldungs- oder Unterlassungspflicht war eben stets ein *incertum*.

b) das *legatum per praeceptionem* (Gai. 2, 216ff.)<sup>15</sup>. Seine Natur war zwischen den beiden frühklassischen Rechtsschulen bestritten. Die Sabinianer behaupteten, mit den Worten *L. Titius hominem Stichum praecipito* könne nur jemand bedacht werden, der zugleich auch als Miterbe berufen sei; denn nur ein Miterbe könne einen Gegenstand aus dem Nachlaß „vorweg erhalten“. Zur Durchsetzung des Präzeptionslegats aber komme nur die Erbteilungsklage (*actio familiae erciscundae*; § 156, 2) in Frage<sup>16</sup>. Anders die Prokulianer: Sie behandelten das Präzeptionslegat, wenn der Bedachte nicht zugleich Miterbe war, wie ein Vindikationslegat, indem sie „*praecipito*“ mit dem einfachen „*capito*“ dieser Vermächtnisform gleichsetzten. Man behauptete, daß die prokulianische Lehre durch eine Konstitution Hadrians bestätigt worden sei (Gai. 2, 221)<sup>17</sup>.

5. Schon aus dem bisher Gesagten geht hervor, daß der Formalismus des Legatenrechts bereits in klassischer Zeit erhebliche Abschwächungen erfuhr, teils, indem neben den älteren Vermächtnisformularen andere Formeln zugelassen wurden, teils, indem die Praxis die verschiedenen Legattypen einander annäherte. Einen entscheidenden Schritt in der Richtung einer Ausglei chung der Verschiedenheiten bildete ein vom Kaiser Nero veranlaßtes *senatus consultum Neronianum*<sup>18</sup> (zwischen

<sup>14</sup> FERRINI: Opere IV 217ff. Über die geschichtliche Stellung des *legatum sinendi modo* vgl. WLASSAK: ZSSSt. 31, 218f. und die dort 219, Anm. 1 zitierten Autoren; COLI: Sviluppo delle varie forme di legato (s. o. Anm. 2); 13ff., 95ff., 140ff.

<sup>15</sup> Vgl. die Lit. o. Anm. 5, dazu COLI: Sviluppo delle varie forme di legato 15f., 99ff., 147ff.

<sup>16</sup> Demnach handelt es sich nur formell um ein Vermächtnis, materiell aber um eine Anordnung des Erblassers über die Durchführung der Erbauseinandersetzung.

<sup>17</sup> Auch abgesehen von dieser offenbar nicht unbestrittenen Deutung der Kaiserentscheidung verlor die Kontroverse viel an praktischer Bedeutung, als Julian die von der sabinianischen Theorie bis dahin abgelehnte Anwendung des *senatus consultum Neronianum* (Ziff. 5) auf das Präzeptionslegat an den Nichterben zuließ (Gai. 2, 218, 220).

<sup>18</sup> CIAPESSONI: Studi Bonfante III 651ff. — Der Text folgt der bisher herrschenden Auffassung des *Neronianum*, wiewohl C. in eindringender Untersuchung eine andere Deutung vorschlägt, nach der das Senatuskonsult eine wesentlich beschränktere Bedeutung gehabt hätte. Insbesondere soll nach C. ein Vindikationslegat in dem von Gai. 2, 197 und Ulp. 24, 11a erörterten Falle nicht als Damnationslegat, sondern mit Hilfe einer *actio utilis* (vgl. Ulp. fr. Vat. 85) honorarrechtlich nach den für das Vindikationslegat geltenden Grundsätzen aufrechterhalten worden sein. Die Verweisung auf das Damnationslegat bei Gaius und Pseudoulpian (*optimum autem* ff.) sei nachklassische Zutat. Auch wenn man die Möglichkeit dieser textkritischen Annahme zugibt — sie wird freilich durch die Übereinstimmung beider Quellen erschwert — scheidert

54 u. 68 n. Chr.; Gai. 2, 197; Ulp. 24, 11 a). Hiernach sollte ein Legat, für das der Erblasser eine Form gewählt hatte, in der es nicht bestehen konnte, so behandelt werden, als wäre es mit voller Wirksamkeit errichtet worden<sup>19</sup>. Praktisch bedeutete das eine Umdeutung in die für den Inhalt des Legats geeignete Form, und da von allen Legatstypen das Damnationslegat weitaus die meisten Anwendungsmöglichkeiten bot, führte der Senatsbeschluß regelmäßig dazu, daß die fehlerhaften Vermächtnisse als Damnationslegate behandelt wurden. In nachklassischer Zeit ist die Entwicklung weitergegangen und hat bald das *senatusconsultum Neronianum* überholt. Als durch Konstantin den Großen oder einen seiner Söhne der Formalismus der testamentarischen Verfügungen und insbesondere auch des Legats (C. 6, 37, 21) schlechthin beseitigt wurde (vgl. § 204, 2), verlor das *Neronianum* jede Bedeutung; in der justinianischen Gesetzgebung wird es darum überhaupt nicht mehr erwähnt. Da im übrigen die nachklassische Entwicklung auch zu einer Verschmelzung der Legate mit den Fideikommissen führte, wird auf sie erst später genauer einzugehen sein (§ 228).

§ 222. Erwerb des Legats. 1. Da die Wirksamkeit der Legate vom Eintritt der testamentarischen Erbfolge abhing (§ 221, 2 a), konnte der Bedachte das Legat erst erwerben, wenn die Entscheidung über die Erbfolge gefallen war. War nun der Testamentserbe ein Hauserbe, der unmittelbar mit dem Erbfall in die Erbenstellung eintrat (§ 211), so vollzog sich auch der Erwerb des Legats grundsätzlich schon in diesem Zeitpunkt. Anders dagegen, wenn der Erbe als Außenerbe erst durch eine Antrittshandlung in die Erbenstellung gelangen konnte (§ 212). In diesem Falle erwarb der Bedachte mit dem Erbfall zunächst nicht mehr als eine ungeklärte Anwartschaft, die allerdings schon vererblich war; das volle Recht aus dem Vermächtnis konnte ihm (oder seinen Erben) nicht zufallen, ehe nicht der Testamentserbe angetreten hatte. Der Erwerb eines Legats vollzog sich also, wenn der Beschwerter ein Außenerbe war, in zwei Stufen, deren zeitliche Ausgangspunkte man als *dies cedens* und *dies veniens legati* bezeichnet. Jener erste Zeitpunkt begründete nur eine vererbliche Anwartschaft, der zweite den endgültigen Erwerb des Legats<sup>1</sup>. War das Legat unbedingt und unbetagt, so fiel der *dies cedens*, dem bisher Gesagten entsprechend, grundsätzlich<sup>2</sup> mit dem Zeitpunkt des Erbfalls, der *dies veniens* stets mit

m. E. die These C. s sowohl an der weiten Fassung des bei Ulp. 24, 11 a vermutlich annähernd wörtlich zitierten Senatuskonsults (vgl. u. Anm. 19) als auch an den Worten des Gaius *quae eius numquam fuerit*: hierunter fallen notwendig auch Sachen, die im Augenblick des Erbfalls einem Dritten gehörten, ein Vindikationslegat an solchen Sachen aber konnte nur als Damnationslegat aufrechterhalten werden. Daß die Sitte, alle im Testament angeordneten Legate durch eine generelle *damnatio* vor der Unwirksamkeit zu schützen, auch noch nach dem *Neronianum* lange Zeit nachweisbar ist (C. 680 ff.), wird niemand überraschen, der die Zähigkeit überkommener Urkundenformulare kennt, zumal die Urkunden der Kaiserzeit im allgemeinen nicht, wie C. anzunehmen scheint, von Juristen verfaßt wurden, die auf der vollen Höhe der zeitgenössischen Jurisprudenz standen. Umgekehrt trägt jene Testiersitte wesentlich zum Verständnis der im Senatuskonsult angeordneten Umdeutung bei. — Ausführlicher gegen CIAPESSONI: GROSSO: Arch. giur. 107, 103 ff.

<sup>19</sup> *Ut, quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit ac si optimo iure legatum esset* (Ulp. 24, 11 a); *aptis* ist die nächstliegende Emendation des überlieferten *pactis* (anderer Ansicht SCHULZ: Epitome Ulpiani ad h. l.).

<sup>1</sup> SIBER: Röm. R. II 403 (vgl. auch ZSSt. 48, 761 f.) will den *dies veniens* nur auf Damnationslegate beziehen und darin das Fälligwerden der Vermächtnisforderung sehen, während der Erwerb des Vermächtnisses schon mit der Erbschaftsanretung stattfindet. Aber er selbst bemerkt (Anm. 6), daß die Quellen auch außerhalb des Damnationslegats vom *dies veniens* sprechen: Gai. D. 30, 68, 3 (testamentarische Freilassung); Pomp. D. 31, 45, 1 (Vindikationslegat); Ulp. D. 7, 3, 1, 3 (Vindikationslegat eines Nießbrauchs). Im übrigen ist es richtig, daß die durch Damnationslegat begründete Forderung unter Umständen vor dem *dies veniens* erfüllbar war; vgl. Anm. 3. — Über die Verwendung der Begriffe *dies cedens* und *dies veniens* bei der Stipulationsschuld vgl. MIRREIS: ZSSt. 32, 5 ff. — S. ferner über den *dies cedens* SOMMER: ZSSt. 34, 394 ff. (Bericht über ein in tschechischer Sprache geschriebenes Buch des Verf.).

<sup>2</sup> Im klassischen Recht trat infolge einer besonderen Bestimmung der *lex Papia Poppaea* (§ 173, 1) der *dies cedens* erst mit der Eröffnung des Testaments ein: Ulp. 24, 31.

dem Augenblick der Erbschaftsantrittung zusammen. Bei Vermächtnissen, die an einen fest bestimmten Termin geknüpft waren, trat der *dies cedens* gleichfalls mit dem Erbfall, der *dies veniens* dagegen erst mit der Erreichung des Termins ein<sup>3</sup>. Stand endlich das Vermächtnis unter einer Bedingung oder war es an einen unbestimmten Termin gebunden, so bildete der Eintritt der Bedingung oder des Termins, sofern er später fiel als Erbfall und Erbschaftsantrittung, sowohl den *dies cedens* wie den *dies veniens*.

2. War der *dies veniens* eingetreten, so erwarb der Bedachte das Damnationslegat unmittelbar und ohne sein Zutun (Gai. 2, 204); wollte er davon keinen Gebrauch machen, so mochte er die Geltendmachung der *actio ex testamento* unterlassen oder mit dem Erben einen Erlaßvertrag schließen. Für das Vindikationslegat nahm die sabinianische Schule gleichfalls einen Erwerb ohne Zutun des Bedachten an: der Bedachte wurde nach dieser Auffassung sofort und selbst ohne sein Wissen Eigentümer der vermachten Sache oder Träger der vermachten Dienstbarkeit, vorbehaltlich jedoch der Möglichkeit, das Legat auszuschlagen (*repudiare*); schlug er aus, so galt sein Erwerb als nicht eingetreten, und der Gegenstand des Vermächtnisses gehörte mit Rückwirkung auf den *dies veniens* dem Erben. Nach der Ansicht der Prokulianer dagegen trat der Rechtserwerb aus dem Vindikationslegat erst ein, wenn der Bedachte irgendwie seinen Erwerbwillen äußerte (*si legatum ad se pertinere voluerit*), und die vermachte Sache war in der Zwischenzeit herrenlos (Gai. 2, 200; Nerat. D. 47, 2, 65). Gaius, der von diesem Schulenstreit berichtet (2, 195), hielt die prokulianische Lehre für herrschend, weil sie durch ein Reskript des Kaisers Pius gebilligt worden sei. Indessen hat die spätere Jurisprudenz die sabinianische Theorie keineswegs aufgegeben, vielmehr ausgebaut und dabei freilich der prokulianischen genähert<sup>4</sup>.

3. Wenn ein und derselbe Gegenstand mehreren Personen (*collegatarii*) vermacht war und etwa eine von ihnen vor dem *dies cedens* wegfiel oder späterhin das Legat ausschlug, so gestaltete sich die Rechtslage je nach der Art des Legats verschieden:

a) Aus dem Vindikationslegat erwarben mehrere Bedachte stets ein Mitrecht an dem vermachten Gegenstände. War das Eigentum an einer Sache vermacht, so wurden sie Miteigentümer; handelte es sich um einen Nießbrauch oder um eine Dienstbarkeit, so fiel ihnen dieses Recht gemeinschaftlich zu. Hieraus folgte, daß der freiwerdende Anteil eines Bedachten den übrigen grundsätzlich im Verhältnis ihrer Teile anwuchs (Gai. 2, 199), wobei es gleichgültig war, ob der Erblasser die Bedachten gemeinsam genannt hatte (*coniunctim legare*, z. B. *Titio et Seio hominem Stichum do lego*), oder ob er sie voneinander getrennt zu dem gleichen Vermächtnisgegenstand berufen hatte (*disiunctim legare*, z. B. *Titio hominem Stichum do lego, Seio eundem hominem do lego*). Hatte er aber einzelne Vermächtnisnehmer *coniunctim* bedacht, die anderen von ihnen getrennt, so trat unter jenen eine engere Anwachsung ein (Iul. bei Ulp. fr. Vat. 76; Beispiel: *Titio et Seio hominem Stichum do lego, Maevio eundem hominem do lego*).

b) Beim Damnationslegat kannte das klassische Recht keine Anwachsung. Hier verteilte sich vielmehr die aus dem Legat erwachsende Forderung anteilmäßig auf

<sup>3</sup> Doch konnte die Forderung aus einem Damnationslegat mit bestimmtem Termin schon vom Zeitpunkt des Erbschaftsantritts an erfüllt werden, weil von da an ihre künftige Existenz genau feststand: Pomp. D. 35, 1, 1, 1.

<sup>4</sup> Näheres bei WLASSAK: ZSt. 31, 196ff., bes. 220ff.; COLI: Sviluppo delle varie forme di legato 150ff., bes. 150, Anm. 2; SIBER: Röm. R. II 403f. — Mit SIBER u. COLI ist der Bearbeiter der Ansicht, daß Julian (D. 30, 86, 2 u. a.) die sabinianische Theorie durch Annahme einer Eigentumsschwebung begrifflich vertieft, aber in ihren praktischen Auswirkungen nicht wesentlich verändert hat. [Neuerdings hat ROMANO: Sull' acquisto del leg. per vind., 1933, nachzuweisen versucht, daß sich die nachjulianischen Juristen allgemein der prokulianischen Lehre angeschlossen hätten, und daß demnach der Bericht des Gaius durchaus zutreffe.]

mehrere *coniunctim* bedachte Vermächtnisnehmer (Ulp. fr. Vat. 85: *damnatio partes facit*); von mehreren *disiunctim* Bedachten konnte jeder die volle Vermächtnisforderung geltend machen (Gai. 2, 205). Dem *coniunctim* Bedachten hatte der Erbe also nur einen entsprechenden Teil der ganzen Vermächtnisleistung zu erbringen, dem *disiunctim* Bedachten die ganze Leistung oder, wenn er dazu nicht mehr in stande war, weil er sie bereits an den Mitvermächtnisnehmer geleistet hatte, den Wert des vermachten Gegenstands. In beiden Fällen kam der Wegfall eines der Mitvermächtnisnehmer dem Erben zugute. Justinian beseitigte diese Grundsätze und ließ für sein vereinheitlichtes Vermächtnisrecht (§ 228) die oben dargelegten Grundsätze des klassischen Vindikationslegats gelten (C. 6, 51, 11—11 b).

4. Der Vermächtnisnehmer konnte sein Recht nur im Rechtswege durchsetzen. Setzte er sich eigenmächtig in den Besitz des vermachten Gegenstands, so konnte derjenige, dem der Prätor die *bonorum possessio* verliehen hatte (§ 214), mit dem *interdictum quod legatorum* die Herausgabe erzwingen. Justinian gestattete die Geltendmachung des Interdikts jedem Erben<sup>5</sup>.

**§ 223. Unwirksamkeit und Aufhebung der Legate.** 1. Da das Legat stets in einem gültigen Testament errichtet oder doch durch ein gültiges Testament bestätigt sein mußte (vgl. § 221, 2a), entfiel seine Wirksamkeit stets mit der Wirksamkeit des Testaments. Das tragende Fundament des Testaments aber war, wie wir sahen, die Erbeinsetzung (vgl. § 204, 1). War darum die Erbeinsetzung von vornherein ungültig oder verlor sie nachträglich ihre Wirkung, etwa weil der Berufene vorzeitig starb oder ausschlug und kein testamentarischer Ersatzerbe vorhanden war, so entfielen grundsätzlich alle Legate. Hiervon galten jedoch gewisse Ausnahmen<sup>1</sup>:

a) Soweit die Erbeinsetzung wegen Verstoßes gegen das materielle Noterbrecht beseitigt wurde, konnten schon im klassischen Recht die Legate in einem gewissen Umfange aufrechterhalten werden (§ 209, 4); das justinianische Recht beschränkt die Unwirksamkeit des vom Noterben erfolgreich angegriffenen Testaments schlechthin auf die Erbeinsetzungen (§ 210, 1b), ließ also die Vermächtnisse stets bestehen.

b) War der testamentarisch berufene Erbe zugleich der nächste Intestaterbe, und schlug er die Berufung aus dem Testamente aus, um dann die Erbschaft *ab intestato* und damit frei von Vermächtnissen zu erwerben, so griff der Prätor zugunsten der um ihr Recht betrogenen Vermächtnisnehmer ein, indem er ihnen nach Prüfung des Sachverhalts (*causa cognita*) gleichwohl die Verfolgung ihrer Ansprüche gestattete<sup>2</sup>.

2. Auch ohne daß das Testament im ganzen unwirksam war oder unwirksam wurde, konnten die darin angeordneten Legate entfallen:

a) Ein Legat war von vornherein nichtig, wenn es der nötigen Form ermangelte<sup>3</sup>, einen unmöglichen, unsittlichen oder verbotenen Inhalt hatte<sup>4</sup>, oder wenn der Bedachte der *testamenti factio passiva* entbehrte (§ 221, 2b). Nach einer alten, auf die Anfänge der republikanischen Jurisprudenz zurückgehenden Rechtsregel, der nach

<sup>5</sup> Durch zahlreiche Interpolationen, so insbesondere in dem in D. 43, 3, 1, 11 wiedergegebenen Stück des Edikttextes (vgl. fr. Vat. 90 rubr.). S. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 453f., dort weitere Lit. und Rekonstruktion des Interdikts.

<sup>1</sup> Über die Aufrechterhaltung von Legaten durch die Kodizillarklausel vgl. § 207, Anm. 7.

<sup>2</sup> Mittels einer *actio ficticia*: der Richter wurde angewiesen, so zu urteilen, wie wenn der Erbe die Erbschaft auf Grund der testamentarischen Berufung angetreten hätte; vgl. LENEL: Ed. perp.<sup>3</sup> 363f. mit Rekonstruktion des Edikts.

<sup>3</sup> Wenn sie nicht mit den zulässigen Formeln errichtet waren (hier half jedoch vielfach das *senatus consultum Neronianum*; § 221, 5), oder wenn sie im Testamentstext vor der Erbeinsetzung standen (§ 204, 1).

<sup>4</sup> Unsittlicher oder verbotener Inhalt: Marcian D. 30, 112, 3. Verboten war z. B. (durch einen Senatsbeschluß vom Jahre 122 n. Chr.) das Vermächtnis von Sachen, die mit einem Gebäude fest verbunden waren; ferner waren grundsätzlich solche Legate unzulässig, die den Charakter einer Strafbestimmung für den Erben trugen (Gai. 2, 235f.; über die Abgrenzung dieses Verbotes vgl. MARCHI: Bull. 21, 5ff.).

ihrem Urheber<sup>5</sup> sog. *regula Catoniana*<sup>6</sup>, war dabei stets nur der Zeitpunkt der Testamenterrichtung maßgebend: das Vermächtnis wurde so beurteilt, als ob der Erblasser schon in diesem Zeitpunkt gestorben wäre (Cels. D. 34, 7, 1 pr.: *Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere*; vgl. ferner Gai. 2, 244); ein späteres Fortfallen des Nichtigkeitsgrundes, etwa das nachträgliche Möglichwerden der Leistung, vermochte also den einmal vorhandenen Mangel nicht mehr zu heilen. Das klassische Recht hat die Geltung dieser Regel auf solche Legate beschränkt, deren *dies cedens* schon mit dem Erbfall eintrat (Pap. D. 34, 7, 3).

b) Ein zunächst gültig errichtetes Legat wurde nachträglich unwirksam, wenn der Bedachte vor dem *dies cedens* gestorben war (§ 222, 1), und wenn der Erblasser es widerrief (*ademptio legati*)<sup>7</sup>. Ein Widerruf war nach altem Zivilrecht freilich nur durch formelle Erklärung des Erblassers im Testamente selbst oder in einem testamentarisch bestätigten Kodizill möglich (*non do non lego*: I. 2, 21 pr.; *heres meus ne dato*: Ulp. D. 34, 4, 3, 8). Fehlte es an einem solchen förmlichen Widerruf, so blieb insbesondere ein Damnationislegat auch dann wirksam, wenn der Erblasser selbst den vermachten Gegenstand späterhin veräußert hatte<sup>8</sup>; noch Q. Mucius Scaevola (bei Pomp. D. 34, 2, 34, 1) ließ es bei dieser Entscheidung bewenden. Die Juristen der hochklassischen Zeit<sup>9</sup> jedoch gewährten in solchem Falle dem Erben gegenüber dem Anspruch des Vermächtnisnehmers eine *exceptio doli*, da sie in der Veräußerung eine Betätigung des Widerrufungswillens erblickten (Gai. 2, 198). Den gleichen Rechtsbehelf gab man, wenn der Erblasser auf eine andere schlüssige Weise den Willen zum Widerruf geäußert hatte (Pap. D. 29, 1, 36, 3; D. 34, 4, 22). — Der Erblasser konnte schließlich auch das Legat durch ein anderes ersetzen, sei es unter Wechsel des Beschwerten oder des Bedachten, sei es mit Veränderung des Inhalts (*translatio legati*)<sup>10</sup>; soweit sich bei derartigen Anordnungen ergab, daß wirklich das alte Legat durch ein neues ersetzt und nicht vielmehr das neue zum alten hinzugefügt werden sollte, wurde das alte Legat dadurch *ipso iure* beseitigt (Paul. D. 34, 4, 6).

<sup>5</sup> Vermutlich der jüngere Cato (Licinianus); vgl. § 14, 3. LAMBERT: (s. u. Anm. 6) 21 ff. kommt nach eingehender Erwägung dazu, die Entscheidung zwischen dem Zensor Cato und seinem Sohne Licinianus offenzulassen.

<sup>6</sup> Ausführliche Behandlung: LAMBERT: La règle Catonienne (o. J. [1925]), dazu KRELLER: ZSt. 47, 436 ff.; s. ferner APPLETON: Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis 11, 19 ff.; die zahlreiche ältere Lit. findet man bei LAMBERT im Literaturverzeichnis (207 ff.). — Die von LAMBERT (73 ff.) entwickelte Lehre über den sachlichen Ursprung der Regel (Entstehung in einer Zeit, in der die *mancipatio familiae* noch eine reale Veräußerung des Nachlasses an den *familiae emptor* war, vgl. o. § 200, 2) ist m. E. sehr fragwürdig. Stark hypothetisch sind auch die Ausführungen von APPLETON, der u. a. behauptet, daß die Regel im justinianischen Recht keine praktische Geltung mehr gehabt habe.

<sup>7</sup> Lit.: MESSINA-VITRANO: Ann. Palermo 3/4, 3 ff.; 6, 195 ff.; Ann. Perugia 32, 191 ff.; ALBERTARIO: Sulla revoca tacita dei legati e dei fedecommissi nel dir. rom. (Studi nelle scienze giur. e soc. Pavia 5, 1919): Referat über die bisher genannten Arbeiten bei WEISS: ZSt. 45, 578 ff.; s. ferner BESELER: ZSt. 43, 419 f.; BOHÁČEK: Ademptio legati (1925, tschechisch); RICCIBONO: Mélanges Cornil II 353 ff.

<sup>8</sup> Ein Vindikationslegat wurde in diesem Falle unwirksam, zunächst freilich nicht wegen des Aufhebungswillens, sondern weil hier der Erblasser sowohl im Zeitpunkt der Testamenterrichtung wie in dem des Erbfalls Eigentümer sein mußte (§ 221, 3a); man hätte es allerdings auf Grund des *senatus consultum Neronianum* aufrechterhalten können (§ 221, 5); dies tat man jedoch im vorliegenden Falle nicht, und zwar nunmehr mit Rücksicht auf den Aufhebungswillen des Erblassers: Gai. 2, 198. — Bloße Verpfändung der vermachten Sache beeinträchtigte die Gültigkeit des Legats nicht: Sev. u. Carac. C. 6, 37, 3; Paul. sent. 3, 6, 16.

<sup>9</sup> Zur Zeit des Gaius trat bereits die Mehrzahl der Juristen für die Gewährung der *exceptio doli* ein. Der Gedanke scheint auf Celsus zurückzugehen (vgl. I. 2, 20, 12; D. 31, 22). Die Betonung des Erblasserwillens ist an einigen Stellen unklassisch; aber daß die klassische Entscheidung auf der Berücksichtigung dieses Willens beruht, darf nicht bestritten werden (vgl. insbes. den Schluß der Gaiusstelle).

<sup>10</sup> Vgl. MARCHI: Bull. 21, 76 ff.; SOMMER: ZSt. 34, 399.

§ 224. Gesetzliche Beschränkungen der Legate. 1. Gegen Ausgang der republikanischen Zeit fand die römische Gesetzgebung Veranlassung, gegen die Überlastung des Erben mit Legaten einzuschreiten. Die Sitte, Näher- und Fernerstehende mit Vermächtnissen zu bedenken, wurde zu einer gesellschaftlichen Konvention, die nicht nur eine Zerstreung des Familienguts zur Folge hatte, sondern auch den Bestand der Vermächtnisse gefährdete; denn der Erbe war in einem solchen Falle leicht geneigt, die Erbschaft auszuschlagen und damit den Eintritt der Intestaterbfolge herbeizuführen, bei der die Vermächtnisse entfielen. Die ersten Maßnahmen der Gesetzgebung blieben freilich in ihrer Wirkung unvollkommen, da sie sich nur gegen die Höhe der einzelnen Vermächtnisse richteten und überdies nicht einmal die Unwirksamkeit der verbotenen Zuwendungen anordneten<sup>1</sup>.

a) Eine *lex Furia testamentaria*<sup>2</sup> bestimmte, daß niemand mehr als 1000 As als Legat annehmen dürfe (Gai. 2, 225); sie gab dem Erben gegen den Zuwiderhandelnden einen sofort vollstreckbaren Anspruch auf das Vierfache des verbotenen Überschusses (Gai. 4, 23; Ulp. 1, 2). Von dem Verbote ausgenommen waren die Blutsverwandten des Erblassers in demselben Umfange, in dem sie für die prätorische Intestaterbfolge in der Klasse *unde cognati* (§ 197, 1c) in Betracht kamen, also die Verwandten bis zum sechsten Grade, und vom siebten die *sobrino nati* (Paul. fr. Vat. 301).

b) Ein zweites Gesetz, die *lex Voconia*<sup>3</sup> (169 v. Chr.), verbot dem Bedachten, aus dem Vermächtnis eines Bürgers der ersten Zensusklasse (Cic. in Verr. 2, 1, 110) mehr anzunehmen, als der Erbe oder die Erben insgesamt erhielten. Die Folgen des Verstoßes gegen diese Bestimmung sind nicht sicher bekannt: vielleicht fiel der Überschuß an die Staatskasse (Plin. paneg. 42)<sup>4</sup>.

2. Sowohl die *lex Furia* wie die *lex Voconia* ließ dem Erblasser noch die Möglichkeit, seinen Nachlaß durch zahlreiche kleine Vermächtnisse übermäßig zu belasten. Erst die *lex Falcidia* vom Jahre 40 v. Chr. (Gai. 2, 227; Wortlaut bei Paul. D. 35, 2, 1 pr.) brachte die endgültige Regelung. Sie gab dem Erblasser Freiheit, Legate nach seinem Belieben zu errichten, sofern er nur dafür sorgte, daß die Erben nicht weniger als ein Viertel des Nachlasses erhielten. Somit mußte jeder Erbteil zu einem Viertel seines Wertes (*quarta Falcidia*) von Legaten freibleiben. Soweit auch dieses Viertel belastet war, waren die Legate ohne weiteres unwirksam, d. h. sie minderten sich im Verhältnis ihres Wertes<sup>5</sup>. War der vermachte Gegenstand nicht teilbar, so

<sup>1</sup> Bezüglich der *lex Voconia* ist dies freilich nicht sicher; vgl. unter b.

<sup>2</sup> Plebiszit unbekanntes Datums, jedenfalls aber älter als die *lex Voconia* (b); BRUNS: Kl. Schr. II 311 hält das Gesetz für jünger als die *lex Cincia* (§ 153, 2), setzt es also zwischen 204 u. 169 v. Chr. an; dagegen MTTREIS: Röm. Privatr. I 52, Anm. 30.

<sup>3</sup> Dasselbe Gesetz verbot den Angehörigen der ersten Zensusklasse die Erbeinsetzung von Frauen, vgl. § 205, 3.

<sup>4</sup> Vgl. ROTONDI: *Leges publicae populi Rom. 284* (mit Lit.); bedenklich ist nur, daß die *lex Falcidia* (Ziff. 2) offenbar die Beschränkung der älteren Gesetze aufgehoben hat, während Plinius doch wohl eine Einnahmequelle des Fiskus im Auge hat, die noch in seiner Zeit von Bedeutung war. MOMMSEN: *Jur. Sch. III 516* (zurückhaltender: Röm. Staatsr. III 1123, 1235, Anm. 1) dachte mit BACHOFEN: (Die *lex Voconia*, 1853, 121) an eine Erbschaftsteuer; dagegen HIRSCHFELD: *D. kaiserl. Verwaltungsbeamten* 2 96; LENEL-PARTSCH: *Sb. Akad. Heidelberg 1920*, 1, 25, Anm. 3.

<sup>5</sup> Ausgangspunkt für die Berechnung war der Wert, den der Nachlaß nach Abzug der Schulden im Augenblicke des Erbfalls besaß. Hieraus wurde der Wert des Erbteils errechnet und davon der Gesamtwert der darauf ruhenden Legate abgezogen. Wenn sich dann ein Rest ergab, der geringer war als ein Viertel des für den Erbteil festgestellten Wertes, wurden die Legate um die Differenz anteilmäßig gekürzt. Beispiel: Nachlaßwert 360; Erbteil  $\frac{1}{3}$ , sein Wert also 120, die *quarta Falcidia* betrug danach 30. Legate  $40 + 60 = 100$ ; unbelasteter Wert des Erbteils  $120 - 100 = 20$ ; Differenz zwischen Quart und unbelastetem Wert des Erbteils 10; Kürzung der Legate um 4 und 6 auf 36 und 54. — Über die Behandlung bedingter Erbschaftsansprüche und -schulden und bedingter Legate bei der Berechnung der Quart vgl. PAMPALONI: *Bull. 21*, 180ff.; VASSALLI: *Bull. 26*, 52ff. Nach der glaubhafteren Ansicht von VASSALLI hat das klassische Recht hier stets mit Kautionen gearbeitet, während die in D. 35, 2, 73, 1 erwähnte Abschätzung des Verkaufswerts der bedingten Forderung nachklassisch ist.

gebührte er dem Bedachten ganz, aber der Erbe konnte der Klage aus dem Vermächtnis die *exceptio doli* entgegensetzen, solange sich der Bedachte nicht bereit fand, einen dem Kürzungswert entsprechenden Geldbetrag herauszuzahlen. Was der Erbe unwissentlich zuviel geleistet hatte, durfte er mit der *condictio indebiti* zurückfordern. Die Vorschrift der *lex Falcidia* war zwingendes Recht. Erst Justinian gestattete dem Erblasser, ihre Anwendung durch ausdrückliche Verfügung auszuschließen; zugleich bestimmte er, daß der Erbe sich auf das Gesetz nur berufen könne, wenn er ein Nachlaßinventar errichtet habe (Nov. 1, 2).

## II. Fideikommiss.

**§ 225. Begriff und Errichtung des Fideikommisses.** 1. Im Gegensatz zu den förmlichen Legaten war das *fideicommissum* eine formlose Bitte des Erblassers. Es war ursprünglich nicht klagbar, seine Erfüllung hing vielmehr ganz von der Pietät und Gewissenhaftigkeit (*fides*) des Belasteten ab. Als erster hat dann Augustus, zunächst in einigen Einzelfällen, derartige Anordnungen des Erblassers den Konsuln zur Entscheidung überwiesen; dies fand Nachfolge, und binnen kurzem setzte sich die Klagbarkeit fideikommissarischer Zuwendungen durch (I. 2, 23, 1). Der ordentliche Rechtsweg blieb allerdings verschlossen, da man formal an dem Gedanken festhielt, daß es sich um eine moralische und nicht um eine rechtliche Verpflichtung handle<sup>1</sup>. Aber der Bedachte konnte sein Recht im außerordentlichen Verfahren suchen, zunächst nur vor den Konsuln, seit Klaudius in Rom je nach der Bedeutung des Streitgegenstands vor den Konsuln oder einem besonderen *praetor fideicommissarius*, in den Provinzen aber vor dem Provinzialstatthalter<sup>2</sup>. Nachdem das Fideikomiß als rechtswirksame Verfügung von Todes wegen anerkannt war, folgte die Entwicklung besonderer Grundsätze für diese Vermächtnisart auf dem Fuße. Schon in klassischer Zeit findet sich indessen eine Tendenz zur Angleichung an das Recht des Legats, die dann schließlich zur Verschmelzung beider Rechtsinstitute im justinianischen Rechte geführt hat (§ 228).

2. Die persönlichen Voraussetzungen für die Errichtung eines Fideikommisses waren hinsichtlich des Erben die gleichen wie beim Legat, d. h. es wurde die *testamenti factio activa* gefordert (§ 205, 2; vgl. Ulp. 25, 4). Beschwerzt werden konnte dagegen nicht nur, wie beim Legat, der testamentarisch berufene Erbe, sondern grundsätzlich jeder, der etwas aus dem Nachlaß erhielt, insbesondere also auch der gesetzliche Erbe und wer mit einem Legat oder Fideikomiß bedacht war; sogar dem Fiskus als Empfänger des erblosen Nachlasses konnten Fideikommisses auferlegt werden (Marcian D. 30, 114, 2)<sup>3</sup>. Desgleichen war ursprünglich der Kreis der Bedachten unbeschränkt: das Fideikomiß diente vielfach gerade dazu, Personen am Nachlaß zu beteiligen, die man weder zu Erben einsetzen noch mit einem Legat bedenken konnte<sup>4</sup>. Allerdings zeigte sich bald das Bestreben, in diesem Punkt Grundsätze des Legatenrechts anzuwenden; doch blieb es in klassischer Zeit bei einzelnen gesetzlichen Einschränkungen<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Verwandt ist hierin die Behandlung der Honoraransprüche aus höheren Dienstleistungen (§ 139, 1 c).

<sup>2</sup> Gai. 2, 278; Ulp. 25, 12; Pomp. D. 1, 2, 2, 32; Suet. Claud. 23. Über die Zuständigkeit der Konsuln und des *praetor fideicommissarius*: Quint. inst. or. 3, 6, 70.

<sup>3</sup> D. 32, 5, 1, wonach auch die Erben eines Erben oder eines Vermächtnisnehmers beschwert werden konnten, dürfte verfälscht sein: ALBERTARIO: Bull. 33, 69.

<sup>4</sup> Insbesondere auch Peregrinen; vgl. Gai. 2, 285; *et fere haec fuit origo fideicommissorum*; s. auch u. Anm. 5.

<sup>5</sup> Das *senatus consultum Pegasionum* (unter Vespasian; vgl. § 227, 4) erstreckte die Kaduzitätsnormen der augusteischen Ehegesetze (§ 213) auch auf Fideikommisses (Gai. 2, 286 f.). Ein Senatsbeschluß unter Hadrian beseitigte praktisch die Möglichkeit, Peregrine (nicht auch Latiner: Gai. 2, 275) fideikommissarisch zu bedenken, indem er die Einziehung eines solchen Vermächtnisses an die Staatskasse anordnete (Gai. 2, 285; nach dem Gnomon des Idios Logos § 18 hatte

3. Fideikommiss konnten nicht nur in Testamenten oder Kodizillen (sowohl testamentarisch bestätigten wie Intestatkodizillen), sondern auch mündlich errichtet werden (Iul. D. 40, 5, 47, 4). Im justinianischen Recht wurde das mündliche Fideikommiß erneut anerkannt: es genügte jetzt die zeugenlose Kundgebung an den Beschwerten (sog. Oralfideikommiß). Stritt der Beschwerde das Vermächtnis ab, so konnte ihm der Bedachte, falls er selbst bereit war, seine Redlichkeit zu beschwören (*ius iurandum calumniae*), den Eid darüber zuschieben, daß ihm der Erblasser dergleichen nicht aufgetragen habe (*quod nihil tale a testatore audivit*). Wenn der Beschwerte den Eid verweigerte, mußte er das Vermächtnis entrichten, schwor er, so wurde der Kläger abgewiesen. Jeder andere Beweis, namentlich der Beweis durch Zeugen, war ausgeschlossen (C. 6, 42, 32; I. 2, 23, 12).

4. Anders als beim Legat war auch der Gebrauch bestimmter Formeln für das Fideikommiß nicht erforderlich. Üblich war die Form der Bitte (*rogo, peto*), daneben die Formulierung, die dem Fideikommiß den Namen gab: *fidei tuae committo* (ich überlasse es deiner Gewissenhaftigkeit); aber auch andere Ausdrücke genügten<sup>6</sup>. Ebenso war die Sprache gleichgültig (Gai. 2, 281; Ulp. D. 32, 11 pr.), während Legate in klassischer Zeit nur in lateinischer Sprache errichtet werden konnten (vgl. § 204, Anm. 1). Selbst bloße Gebärden ohne Worte wurden, wenn sie schlüssig waren, als Fideikommiß verstanden (Ulp. 25, 3; Paul. sent. 4, 1, 6a). Endlich konnte sich ein Fideikommiß auch mittelbar aus dem Wortlaut einer letztwilligen Verfügung ergeben: so z. B., wenn der Erblasser den Erben gebeten hatte, sich mit einem Teile der Erbschaft oder mit einer bestimmten Sache zu begnügen (*contentus sis illa re; sufficient tibi vineae* od. dgl.); man fand hierin ein Universalfideikommiß (§ 226, 1; § 227) auf Herausgabe der Erbschaft an einen Dritten, dessen Person vielfach ebenfalls erst durch Willensauslegung ermittelt werden mußte<sup>7</sup>.

5. Wie die Errichtung, so erforderte auch der Widerruf eines Fideikommisses keine Form (Ulp. D. 34, 4, 3, 11); er wirkte *ipso iure*, d. h. es bedurfte nicht, wie beim formlosen Widerruf des Legats (§ 223, 2b), einer *exceptio doli* zugunsten des Beschwerten.

**§ 226. Inhalt des Fideikommisses.** 1. Durch Fideikommiß konnte die Herausgabe der ganzen Erbschaft oder eines Erbschaftsbruchteils (Universalfideikommiß, § 227), die Freilassung eines Sklaven (*manumissio fideicommissaria*, § 41, 2c) und — in gleichem Umfange wie durch Damnationslegat (Ulp. 25, 5; vgl. § 221, 3b) — die Leistung einzelner Vermögensgegenstände angeordnet werden. Es entstand stets nur ein Forderungsrecht des Bedachten, kein dinglicher Anspruch wie beim Vindikationslegat. Weil aber die Forderung aus dem Fideikommiß im Wege der *extraordinaria cognitio* verfolgt wurde, unterschied sie sich in wesentlichen Punkten von dem zivilrechtlichen Anspruch aus dem Damnationslegat. So einmal durch umfassende Ausgestaltung der Verzugsfolgen (Gai. 2, 280)<sup>1</sup>, weiterhin aber auch durch die eigenartige Tatsache, daß der fideikommissarisch Bedachte unter Umständen auch gegen einen Dritten vorgehen konnte, der den vermachten Gegenstand vom Erben erlangt hatte<sup>2</sup>.

bereits Vespasian eine derartige Bestimmung getroffen, vgl. dazu Graf UKKULL-GYLLENBAND: BGU V 2, 33 mit weiterer Lit.). Ein anderes Senatuskonsult, gleichfalls unter Hadrian, verbot Fideikommiss an *incertae personae* (Gai. 2, 287).

<sup>6</sup> Die bloße „Empfehlung“ einer Person (*illum tibi commendo*) genügte nicht zur Begründung eines Fideikommisses (Reskript des Pius b. Ulp. D. 32, 11, 2; vgl. Paul. sent. 4, 1, 6). Ebenso war nach Paul. sent. 4, 1, 6 das Wort *relinquo* ungeeignet. Schwerlich kann man aber dieser Entscheidungen wegen von einem Formalismus bei der Errichtung des Fideikommisses reden (so STBER: Röm. R. II 357).

<sup>7</sup> S. auch die von Scaev. D. 31, 89, 3 und Paul. D. 36, 1, 76 pr. behandelten Fälle, sowie den Senatsbeschluß bei Ulp. D. 36, 1, 18 pr.

<sup>1</sup> Die für das Fideikommiß geltende Regelung wurde seit Julian auch beim *legatum sinendi modo* angenommen; Gai. 2, 280.

<sup>2</sup> Voraussetzung war grundsätzlich, daß der Dritterwerber das Fideikommiß kannte; die Verwirklichung des Rechts aus dem Fideikommiß geschah durch magistratische Besitzeinweisung (*missio in possessionem*); s. bes. Paul. sent. 4, 1, 15; Scaev. D. 31, 89, 7. Vgl. MITTEIS: Röm. Privatr. I 88; KLINGMÜLLER: ZSt. 44, 211ff.



Diese letzte Besonderheit, die völlig alleinsteht<sup>3</sup>, zeigt, wie unabhängig die Rechtsfindung im außerordentlichen Verfahren selbst gegenüber den Grundvorstellungen des Zivilrechts war: Der Magistrat entschied grundsätzlich nur nach Gesichtspunkten der Billigkeit. Dem entsprach auch die Freiheit der Auslegung, die in zweifelhaften Fällen oft mit großer Kühnheit ein gültiges Fideikommiß annahm und seinen Inhalt nach den Umständen bestimmte (vgl. o. § 225, 4)<sup>4</sup>.

2. Eine Substitution war beim Fideikommiß in weiterem Umfange möglich als bei Erbinsetzung (§ 201, 4f.) und Legat (§ 221, 2c), nämlich nicht nur im Sinne einer Ersatzberufung (Vulgarsubstitution) für den Fall, daß der zunächst Bedachte die Zuwendung nicht erwarb, sondern ganz allgemein auch als Nachberufung in dem Sinne, daß der Vermächtnisgegenstand zunächst an den Erstbedachten und erst in einem späteren Zeitpunkte, insbesondere nach dem Tode des Erstbedachten, an die Nachvermächtnisnehmer fallen sollte (*\*substitutio fideicommissaria*; Gai. 2, 277)<sup>5</sup>.

3. Die Belastung mit Fideikommissen fand eine Grenze ursprünglich nur in dem Grundsatz, daß der Beschwerte nicht mehr zu leisten brauche, als er selbst aus dem Nachlasse erhielt (Gai. 2, 261). Dem beschwerten Erben gab jedoch das *senatus consultum Pegasianum* (§ 227, 4) das Recht, die Fideikommisse gleich den Legaten um die falzidische Quart (§ 224, 2) zu kürzen.

4. Für den Erwerb des Fideikommisses galt das gleiche wie beim Damnationslegat (vgl. § 222, 1 u. 2)<sup>6</sup>, ebenso für den Fall, daß derselbe Gegenstand mehreren Personen zugleich vermacht war (Ulp. fr. Vat. 85 a. E.; vgl. § 222, 3b).

§ 227. Universalfideikommisse im besonderen. 1. Das auf Herausgabe der ganzen Erbschaft oder eines Erbschaftsbruchteils gerichtete Universalfideikommiß (vgl. § 226, 1) ist ebenso alt wie das Fideikommiß überhaupt. Es konnte jedem Gesamtnachfolger auferlegt werden, in erster Linie also einem Erben, sodann aber auch demjenigen, der seinerseits die Erbschaft oder einen Erbschaftsbruchteil durch Universalfideikommiß erlangt hatte<sup>1</sup>.

2. Für die Wirkungen eines Universalfideikommisses war ursprünglich der gleiche Grundsatz maßgebend, der auch bei der *partitio legata* (§ 221, 3b) galt: Nur der belastete Erbe war Gesamtnachfolger; er allein war in folgedessen befugt, die zur Erbschaft gehörenden Forderungen geltend zu machen, und er allein haftete den Nachlaßgläubigern. Während es aber bei der *partitio legata* auch praktisch bei diesem Grundsatz blieb und namentlich die Beteiligung des Legatars an den Forderungen

<sup>3</sup> Es ist der einzige Fall, in dem das römische Recht eine Art *ius ad rem* entwickelt hat: MITTEIS: Röm. Privatr. I 88.

<sup>4</sup> Hierher gehören auch die Fälle, in denen der Erblasser das Fideikommiß durch Wendungen wie: *si putaveris, si utile tibi fuerit visum* oder *si videbitur* eingeschränkt hatte. Die Quellen (bes. Ulp. D. 32, 11, 7f. und D. 40, 5, 46) sind freilich stark verfälscht, und ihr klassischer Gehalt ist stark bestritten; vgl. einerseits BESELER: Beitr. III 198ff.; ALBERTARIO, zuletzt: L'arbitrium boni viri nell' onerato di un fedecommissso (in Studi Zanzucchi, Pubbl. univ. catt. del sacro cuore 2. Ser., 14), andererseits RICCOBONO: Mélanges Cornil II 310ff. M. E. geht es nicht an, mit ALBERTARIO in allen diesen Fällen die Überlieferung in ihr Gegenteil zu verkehren und für das klassische Recht die Ungültigkeit des Fideikommisses zu behaupten; mit Ausnahme der Klausel *si volueris* scheint man vielmehr derartige Einschränkungen nur als eine Abschwächung der Bitte an den Belasteten, nicht aber als Gewährung freien Beliebens aufgefaßt zu haben. Die Motivierung freilich, daß dem Belasteten dadurch kein *liberum arbitrium*, sondern nur ein *arbitrium boni viri* zugestanden sei, ist überall formal so verdächtig, daß sie wohl als nachklassische Zutat angesehen werden muß (anderer Ansicht RICCOBONO).

<sup>5</sup> In solchem Falle konnte als Nachvermächtnisnehmer auch eine Person in Betracht kommen, die zur Zeit des Erbfalls weder erzeugt noch geboren war. — Auf der *substitutio fideicommissaria* beruht das *fideicommissum familiae relictum*, an das die Entwicklung des deutschrechtlichen Fideikommisses anknüpfte. Vgl. WINDSCHEID: Pand. III § 637; BRINZ: Pand. III<sup>2</sup> 380ff.; KÖPPEN: Röm. Erbr. 724ff.; LEWIS: Recht d. Familienfideikommiss., 3ff., 439ff., 1868; JHERING: Jahrb. f. Dogm. 10, 511ff.; DÉCLAREUIL: Mélanges Gérardin 135ff.

<sup>6</sup> Über gewisse Besonderheiten vgl. SIBER: ZSt. 48, 762; Röm. R. II 405f.

<sup>1</sup> Im folgenden wird, der Einfachheit halber, nur der Fall ins Auge gefaßt, daß ein Erbe mit dem Universalfideikommiß belastet war.

und Schulden der Erbschaft ausschließlich im Innenverhältnis zwischen ihm und dem Erben geregelt wurde, zeigte sich beim Universalfideikommiß von vornherein das Bestreben, den Bedachten möglichst vollständig und auch nach außen hin an die Stelle des eigentlichen Gesamtnachfolgers zu setzen. Der Erbe hatte hier die Erbschaft oder den Erbschaftsbruchteil mittels einer *mancipatio nummo uno* auf den Bedachten zu übertragen. Zugleich mußten beide Teile einander durch die beim Erbschafts Kauf üblichen *stipulationes emptae venditae hereditatis* wegen der Erbschaftsforderungen und -schulden Garantie leisten, und zwar nicht nur in dem Sinne, daß sich der Erbe zur Herausgabe der an ihn erbrachten Leistungen, der Bedachte zur Schadloshaltung des Erben für die von ihm beglichenen Nachlaßverbindlichkeiten verpflichtete; vielmehr mußte der Bedachte als *cognitor* oder *procurator in rem suam* (§ 127, 1) für den beklagten Erben in die Prozesse über Nachlaßverbindlichkeiten eintreten und gegebenenfalls selbst die Verurteilung erleiden, der Erbe aber die erbschaftlichen Ansprüche zu eigener Geltendmachung an den Bedachten übertragen (Gai. 2, 252). Der Bedachte war also verpflichtet und berechtigt, auch nach außen hin — wenngleich nur als prozessualer Stellvertreter — statt des Erben zu handeln.

3. Hierbei blieb es jedoch nicht, und zwar aus folgendem Grunde: Solange der Erbe nur ein obligatorisches Recht auf den Eintritt des Bedachten in die gegen ihn selbst gerichteten Nachlaßprozesse besaß, bedeutete die Antretung der Erbschaft für ihn ein erhebliches Risiko, namentlich, wenn er etwa die ganze Erbschaft oder seinen ganzen Erbteil an den Bedachten herausgeben mußte. Kam nämlich der Bedachte seiner Verpflichtung nicht nach, so mußte der Erbe die Nachlaßverbindlichkeiten aus eigenen Mitteln erfüllen und blieb auf einen bloßen Erstattungsanspruch gegen den Bedachten beschränkt. Infolgedessen lag es für ihn außerordentlich nahe, die Erbschaft überhaupt nicht anzutreten und sich auf diese Weise allen Weiterungen zu entziehen. Damit wurde aber unter Umständen<sup>2</sup> auch das Fideikommiß hinfällig, und der Bedachte hatte das Nachsehen. Sowohl das Interesse des Erben wie das des fideikommissarisch Bedachten erforderte also, daß der Erbe von jenem Risiko befreit werde (Ulp. D. 36, 1, 1, 3). Dies geschah durch das *senatus consultum Trebellianum* (56 oder 57 n. Chr.; Wortlaut in D. 36, 1, 1, 2; vgl. Gai. 2, 253). Hiernach war der Erbe, sobald er den Nachlaß an den Bedachten herausgegeben hatte<sup>3</sup>, von jeder Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern, aber auch von der Geltendmachung erbschaftlicher Ansprüche ausgeschlossen<sup>4</sup>. An seine Stelle trat der Bedachte, der nunmehr, praktisch gesehen, in vollem Umfange als Gesamtnachfolger des Erblassers (*heredis loco*, Gai. 2, 251) auftrat, sei es allein (wenn ihm die ganze Erbschaft zugewendet war), sei es neben den Erben oder den fideikommissarischen Empfängern der übrigen Bruchteile (wenn er nur einen Erbteil erhalten hatte)<sup>5</sup>.

4. Noch immer aber war die Entwicklung nicht abgeschlossen, auch nicht für die klassische Zeit. Zwar waren nun Antretung und Herausgabe der Erbschaft für den Erben gefahrlos geworden; aber wenn ihm die Erstattung alles dessen auferlegt war, was er selbst durch die Erbfolge erhielt, mochte der Erbe immer noch die Antretung unterlassen, weil er davon keinerlei Vorteil hatte. Deshalb gewährte ihm ein weiterer Senatsbeschluß, das vermutlich unter Hadrian ergangene *senatus consultum Pegasianum*<sup>6</sup>, das Recht zum Abzug der falzidischen Quart. Zugleich aber setzte

<sup>2</sup> Dann nicht, wenn auch die ferner berufenen Erben mit dem Fideikommiß belastet waren.

<sup>3</sup> Die Herausgabe geschah formlos, selbst durch stillschweigende Duldung: Ulp. D. 36, 1, 38 pr.

<sup>4</sup> Er blieb Erbe, aber sein Recht war inhaltlos. Wollte er einen erbschaftlichen Anspruch geltend machen, so stand ihm die *exceptio doli* entgegen; mit derselben Einrede konnte er sich gegen Ansprüche der Nachlaßgläubiger verteidigen: Ulp. D. 36, 1, 1, 4.

<sup>5</sup> Die Auseinandersetzung mit den Miterben bzw. Mitbedachten erfolgte durch ein *iudicium amiliae heriscundae utile*: Gai. D. 10, 2, 40.

<sup>6</sup> Ergangen *Pegaso et Pusione consulibus*; vielleicht ist Pegasus der auch sonst bekannte Jurist dieses Namens (§ 18, Anm. 5); vgl. Schol. zu Iuv. 44, 77f. (p. 223 Jahn).

es für eine Reihe von Fällen die *trebellianische* Regelung wieder außer Kraft. Im einzelnen ergab sich nunmehr folgender ziemlich verwickelte Rechtszustand (Gai. 2, 254ff.):

a) Betraf das Fideikommiß nicht mehr als drei Viertel des Erbteils, so blieb es bei den Grundsätzen des *Trebellianum*.

b) Wenn der Erbe dagegen mehr als drei Viertel seines Erbteils herauszugeben hatte, kam es zunächst darauf an, ob er freiwillig die Erbschaft antrat und das Fideikommiß erfüllte, oder nicht.

α) Tat er es freiwillig, so durfte er die *falcidische* Quart einbehalten, und wenn er von diesem Recht Gebrauch machte, erfolgte der Ausgleich der Nachlaßforderungen und -schulden, wie bei der *partitio legata*, durch *stipulationes partis et pro parte*; der Erbe blieb also nach außen hin Gesamtnachfolger, und die Beteiligung des Bedachten an Forderungen und Schulden beschränkte sich ganz auf das Innenverhältnis. Etwas anders gestaltete sich die Regelung, wenn der Erbe auf den Abzug der Quart verzichtete; auch in diesem Falle blieb er Gesamtnachfolger, aber er wurde insofern stärker geschützt, als an Stelle der *stipulationes partis et pro parte* Kautionsformulare nach dem Muster der *stipulationes emptae venditae hereditatis* verwendet wurden<sup>7</sup>, durch die der Bedachte die Pflicht und das Recht erhielt, für den Erben in die Erbschaftsprozesse einzutreten (Ziff. 2).

β) Verweigerte der Erbe die Antretung und die Herausgabe der Erbschaft, so wurde er auf Verlangen des Bedachten vom Magistrate dazu gezwungen<sup>8</sup>. Er verlor dabei sein Recht auf die Quart, und das *Trebellianum* fand Anwendung, d. h. die Rolle des Gesamtnachfolgers ging vollständig auf den Bedachten über.

5. Diese Regelung wurde schließlich von Justinian (I. 2, 23, 7) wiederum erheblich vereinfacht. Er stellte zunächst die Wirkungen des *Trebellianum* in vollem Umfange wieder her; der Bedachte trat also stets als Gesamtnachfolger an die Stelle des Erben, sobald ihm die Erbschaft oder der Erbschaftsbruchteil herausgegeben worden war. Aus dem *Pegasianum* wurden nur zwei Bestimmungen aufrechterhalten: das Recht des Erben auf die Quart und der Zwang zur Antretung und Herausgabe der Erbschaft<sup>9</sup>.

### III. Verschmelzung von Legat und Fideikommiß in nachklassischer Zeit.

§ 228. 1. Wie schon bemerkt wurde (§ 225, 1) erfolgte bereits in klassischer Zeit eine gewisse Angleichung des Fideikommißrechts an die beim Legat geltenden Grundsätze; sie blieb jedoch auf Einzelpunkte beschränkt<sup>1</sup>, und auch im spätklassischen Recht überwogen durchaus die Verschiedenheiten — Verschiedenheiten, die nicht zufälliger Art waren, sondern auf tiefreichenden Gegensätzen beruhten: auf dem Gegensatz zwischen der Formgebundenheit des Legats und der Formlosigkeit des Fideikommisses und auf dem Gegensatz zwischen dem ordentlichen Prozeßverfahren in Legatssachen und der *extraordinaria cognitio* über Fideikommisse.

<sup>7</sup> Dies steht ausdrücklich bei Gai. 2, 257 a. E. Unrichtig daher SIBER: Röm. R. II 363, Anm. 4. Das *Damnationslegat* auf Herausgabe der ganzen Erbschaft, von dem SIBER in diesem Zusammenhange spricht, ist nirgends bezeugt, auch nicht in Ulp. 24, 25.

<sup>8</sup> Der Zwang war Sache des magistratischen *imperium*; in welcher Weise er geübt wurde, ist unbekannt.

<sup>9</sup> In den *Digesten* ist das *Pegasianum* getilgt.

<sup>1</sup> Beispiele: Die Übertragung gewisser persönlicher Wirksamkeitsvoraussetzungen vom Legat auf das Fideikommiß (§ 225, 2, bes. Anm. 5); die Erstreckung der *lex Falcidia* auf Fideikommisse (§ 226, 3; 227, 4); die Anwendung der für die *partitio legata* geschaffenen *stipulationes partis et pro parte* im Bereich des Universalfideikommisses (§ 227, 4 b). — Über Einflüsse der freien Willensauslegung im Fideikommißrecht auf die Entwicklung des Legatenrechts vgl. RICCOBONO: *Mélanges Cornil* II 348 ff., bes. 363 ff.

2. Erst als im nachklassischen Recht diese grundlegenden Unterscheidungen hinfällig wurden, war die Entwicklung reif für eine Verschmelzung. Der ordentliche Prozeß kam außer Übung; Legate und Fideikommiss wurden jetzt im gleichen Verfahren vor dem beamteten Richter erledigt. Konstantin der Große oder einer seiner Söhne schaffte den Formalismus des Legatenrechts ab (C. 6, 37, 21; vgl. § 221, 5; 204, 2); jede letztwillige Einzelzuwendung, die in einem Testament oder einem testamentarisch bestätigten Kodizill enthalten war, konnte nun ebensowohl als Legat wie als Fideikommiß behandelt werden. Damit waren die Voraussetzungen gegeben, aus denen freilich erst Justinian in vollem Umfange die Folgerungen zog.

3. Justinian vollzog die Verschmelzung von Legaten und Fideikommissen in zwei Gesetzen, indem er zugleich auch den Unterschied zwischen den verschiedenen Arten des Legats aufhob.

a) Das erste Gesetz (C. 6, 43, 1; 529 n. Chr.) bestimmte, daß jedes Legat oder Fideikommiß sowohl einen persönlichen Anspruch wie eine dingliche Klage begründen sollte<sup>2</sup>; außerdem wurde der persönliche Anspruch noch durch eine gesetzliche Hypothek an dem gesamten Nachlaßerbwerb des Beschwerden gesichert. Hiermit waren einmal die verschiedenen Formen des Legats zu einem Einheitstypus zusammengefaßt, der gleichzeitig die Wirkungen des Vindikationslegats und die des Damationslegats auslöste. Zugleich aber war jetzt auch das Fideikommiß hinsichtlich seiner Wirkung gegen Dritte dem Legate gleichgestellt<sup>3</sup>.

b) Das zweite Gesetz (C. 6, 43, 2; 531 n. Chr.) beseitigte ganz allgemein jeden Unterschied zwischen Legaten und Fideikommissen. Was für das Legat galt, sollte auch für das Fideikommiß maßgebend sein und umgekehrt. Bei Unvereinbarkeit der beiderseitigen Grundsätze sollte das Fideikommißrecht als die mildere Regelung den Vorzug haben. Es gab also von nun an nur ein einheitliches Vermächtnis, das zum überwiegenden Teile die Züge des klassischen Fideikommisses trug<sup>4</sup>. Die klassische Überlieferung in den Digesten wurde dementsprechend verändert, ohne daß freilich auch in diesem Falle mehr erreicht wurde als eine oberflächliche Verwischung und Verwirrung der klassischen Fragestellungen und Entscheidungen.

#### IV. (Anhang). Schenkung von Todeswegen<sup>1</sup>.

§ 229. 1. Schon in republikanischer und klassischer Zeit wurde den Vermächtnissen die Schenkung von Todeswegen (*donatio mortis causa*) in gewissen Beziehungen gleichgestellt. Es handelte sich dabei stets um eine echte Schenkung, die nur insofern eine Besonderheit aufwies, als der Schenker sie ausschließlich mit Rücksicht auf seinen bevorstehenden Tod vollzog und darum ihre Geltung davon abhängig machen wollte, daß ihn der Beschenkte überlebte<sup>2</sup>. Sie kam vor allem dann vor, wenn dem Schenker eine unmittelbare Lebensgefahr bevorstand (schwere Krankheit,

<sup>2</sup> Justinian drückt sich so aus, als ob diese dingliche Klage aus jedem Legat oder Fideikommiß möglich sein sollte. Doch unterliegt es keinem Zweifel, daß hierbei der Ausdruck zu weit greift; denn eine dingliche Klage war nur dann sinnvoll, wenn der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfallens dem Erblasser gehört hatte.

<sup>3</sup> Die eigentümliche Ausgestaltung des klassischen Fideikommißanspruchs gegenüber dem Dritterwerber der vermachten Sache (§ 226, 1, bes. Anm. 2) wurde von Justinian ausdrücklich beseitigt.

<sup>4</sup> RICCOBONO: *Mélanges Cornil* II 349.

<sup>1</sup> PERNICE: *Labeo* III 263ff.; CUGIA: *Indagini sulla dottr. della causa del negozio giur., l'espressione „mortis causa“* (1910; Bericht darüber: BRUCK: *ZSSt.* 33, 569ff.); WENGER: *ZSSt.* 32, 325ff. und *Pap. München* 91ff. (über eine Urkunde aus byz. Zeit); SENN: *Etudes sur le droit des obligations I, La donation à cause de mort* (1914; grundlegend); BIONDI: *Annali Perugia* 3. Ser., 12, 173ff., 1914; KOSCHAKER: *ZSSt.* 37, 325ff.; HAYMANN: *ZSSt.* 38, 209ff.; EHRHARDT: *Iusta causa traditionis* 99ff., 1930; WEISS: *RE* 16, 321f. (*mortis causa capio*).

<sup>2</sup> Vgl. Marccian D. 39, 6, 1 pr. (= I. 2, 7, 1 i. f.): *Mortis causa donatio est, cum <magis> quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum.*

Krieg, gefährliche Reise u. dgl.; vgl. Iul. b. Ulp. D. 39, 6, 2; Paul. eod. 35, 4); in solchem Falle war sie regelmäßig nicht nur vom Überleben des Beschenkten abhängig, sondern auch davon, daß der Schenker in dieser Gefahr seinen Tod fand. Starb der Beschenkte vor dem Schenker, oder überstand der Schenker die Lebensgefahr, deretwegen er die Schenkung vorgenommen hatte, so konnte die Rückgabe des Geschenkten gefordert werden<sup>3</sup>. Dabei war die Natur des Rückforderungsrechts je nach der juristischen Gestaltung der Schenkung verschieden: Wenn etwa beim Vollzug der Schenkung der Tod des Schenkers in der bevorstehenden Lebensgefahr zur (aufschiebenden) Bedingung erhoben war (vgl. Iul. b. Ulp. D. 39, 6, 2 a. E.), wurde die Schenkung beim Ausfalle dieser Bedingung überhaupt nicht wirksam, und der Schenker konnte die geschenkte Sache mit der dinglichen Klage herausverlangen. Wurde hingegen die Schenkung unbedingt vollzogen, so beruhte die Rückforderung zumeist auf besonderen Abreden<sup>4</sup>, in Ermangelung solcher Abreden erfolgte sie mit der *condictio ob causam datorum* (§ 155, 3b)<sup>5</sup>.

2. Die Gleichstellung der Schenkung von Todeswegen mit den Vermächtnissen bezog sich zunächst auf die Anwendung der Gesetze gegen die Überlastung des Erben mit Legaten (§ 224); von ihnen waren die *lex Furia* und die *lex Voconia* so gefaßt, daß darunter von vornherein auch Schenkungen fielen (Gai. 2, 225: *legatorum nomine mortisve causa capere*)<sup>6</sup>; nur die *lex Falcidia* wurde erst von Septimius Severus auf Schenkungstatbestände erstreckt (vgl. C. 6, 50, 5; Pap. D. 39, 6, 42, 1). Auf Grund eines besonderen Senatsbeschlusses (Paul. D. 39, 6, 35 pr.) wurde die Schenkung von Todeswegen ferner den Vorschriften der augusteischen Ehegesetze über die Erwerbsunfähigkeit von Unverheirateten und Kinderlosen unterworfen (§ 213). Auch konnte der von Todeswegen Beschenkte mit einem Fideikommiß belastet werden (Pap. D. 31, 77, 1)<sup>7</sup> u. a. m. Zumeist handelt es sich um Tatbestände, in denen die Einbeziehung der Schenkung von Todeswegen schon darum erforderlich war, weil sonst eine Umgehung erbrechtlicher Vorschriften möglich gewesen wäre. Über den Bereich solcher Notwendigkeiten wird das klassische Recht kaum wesentlich hinausgegangen sein. Für den klassischen Betrachter war und blieb die Schenkung auf den Todesfall eine echte Schenkung und kein Vermächtnis. Darum dürfte z. B. das Recht zu freiem Widerruf, das dem Schenker in einer Reihe von Digestenfragmenten zugesprochen wird (vgl. bes. Iul. D. 29, 6, 16), erst auf justinianischer Verallgemeinerung beruhen und eine Reihe von klassischen Tatbeständen zur Grundlage haben, die sich ausschließlich aus dem Schenkungsrecht erklären<sup>8</sup>. Auch sonst zeigt das justinianische Recht die Tendenz zu stärkerer Gleichstellung: Insbesondere forderte Justinian (C. 8, 56, 4) für die Errichtung der Schenkung von Todeswegen nicht, wie bei der Schenkung unter Lebenden, die Insinuation (§ 153, 3), sondern die Zuziehung von fünf Zeugen, d. h. die Form des Kodizills (§ 207, 2); bei dieser Gelegenheit spricht er sogar ganz allgemein den Satz aus, daß zwischen der Schenkung von Todeswegen und den letztwilligen Zuwendungen in keiner Hinsicht ein Unterschied bestehe<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Über das Recht des Schenkers zum Widerruf („Reurecht“) vgl. Ziff. 2.

<sup>4</sup> Z. B. auf einer Stipulation oder, wenn die Schenkung durch Manzipation vollzogen wurde, auf einem *pactum fiduciae*.

<sup>5</sup> Sabinianische Lehre bei Paul. D. 39, 6, 35, 3. — Die Behauptung, daß der Schenker auch nach unbedingtem Vollzuge der Schenkung beim Entfallen der Voraussetzung eine dingliche Klage habe (D. 39, 6, 29), ist zweifellos unklassisch; so zuerst MANCALEONI: *Contr. allo studio della rei vindicatio utilis* (Studi Sassaesi 1, 1900) 22f.

<sup>6</sup> Der Begriff der *mortis causa capere* umfaßt außer der Schenkung von Todeswegen auch noch weitere Tatbestände: vgl. Gai. D. 39, 6, 31 pr. u. 2.

<sup>7</sup> Ebenso jeder andere, der *mortis causa capit* (s. o. Anm. 6); vgl. z. B. Iul. D. 30, 96, 4.

<sup>8</sup> HAYMANN: *ZSSt.* 38, 233ff.

<sup>9</sup> Vgl. auch D. 39, 6, 37 pr.; die hier zugrundeliegende Äußerung Ulpians kann sich nur auf die Gleichstellung bei der Anwendung der augusteischen Ehegesetze (s. im Text) bezogen haben; vgl. die Inschrift von der Stelle. — Eine Übersicht über den wirklichen Rechtszustand unter Justinian bei VANGEROW: *Pand. II* 7 562ff.

**ABRISS DES RÖMISCHEN  
ZIVILPROZESSRECHTS**

VON

**DR. IUR. ET PHIL. LEOPOLD WENGER**  
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN

ZWEITE AUFLAGE

# Einleitung.

§ 1. **Vorbemerkung.** Eine Darstellung des römischen Zivilprozeßrechts, die ein einigermaßen abgerundetes Bild dieses schwierigen Gegenstandes bieten soll, ist auf den wenigen Blättern, wie sie in dieser Sammlung zu Gebote stehen, nicht möglich. Ich habe daher eine buchmäßige Darstellung in den „Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts“<sup>1</sup> zu geben versucht. Auf dieses Buch, wo alle bis dahin vorhandenen Quellen- und Literaturnachweise<sup>2</sup> zu finden sind, und wo versucht wird, den hier nur angedeuteten Problemen einigermaßen auf den Grund zu gehen, darf ich hier deshalb ein für allemal verweisen, weil eine andere monographische Darstellung unseres gegenwärtigen Standes des Wissens in deutscher Sprache fehlt. In diesem kurzen Abriss kann nur auf die wichtigsten Fragen des klassischen Prozeßrechts kurz eingegangen werden, für die vorklassische Zeit und die Zeit des sog. Kognitionsverfahrens muß es bei einigen Andeutungen verbleiben.

## Erster Abschnitt.

### Allgemeines.

§ 2. **Selbsthilfe und Staatshilfe.** Die primitivste und heute noch, sowie irgendwo die staatliche Ordnung gelöst oder auch nur erschüttert wird, sofort sich regende Form der Durchsetzung seiner Privatrechte ist die Selbsthilfe des Betroffenen: sei es, daß er fremde Angriffe abwehrt, sei es, daß er selber zum Angriff schreitet, um sein wirkliches oder vermeintliches Recht durchzusetzen. Demgegenüber muß es aber jeder Staat als selbstverständliche Äußerung seines Daseins empfinden, daß er solchem Faustrecht steuere, dafür aber auch die Aufrechterhaltung der privatrechtlichen Ordnung durch ein staatliches Verfahren garantiere.

Ganz freilich kann die Selbsthilfe nicht ausgeschaltet werden; auch in Rom ist sie als Notwehr, d. h. als notwendige Verteidigung gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff, ja ausnahmsweise, so bei Fluchtverdacht des Schuldners, sogar in der Offensive anerkannt geblieben. Aber darüber hinaus wird Selbsthilfe zur verbotenen Eigenmacht. Seit den wilden Zeiten der ausgehenden Republik und seit der

---

<sup>1</sup> München: Hueber 1925, XI. 355 S. Eine von mir auf den heutigen Stand der römischen Prozeßrechtswissenschaft gebrachte Übersetzung in englischer Sprache ist freundlicherweise von Herrn Dr. OTIS H. FISK, Cambridge Mass., in Vorbereitung.

<sup>2</sup> Auch dieser Abriss fußt wie mein oben genanntes Buch sowohl in den wesentlichen Fragen, als auch in vielen Einzelheiten auf den prozeßrechtlichen Arbeiten von MORIZ WLAŠSAK. Seit meinen „Institutionen“ ist eine weitere Arbeit dieses Gelehrten „Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit.“ I. Teil. Sb. d. Wien. Akad. Wiss. 202, 3 (1924) hinzugekommen. Ich selbst nehme in einer Schrift „Prätor und Formel“. Sb. d. Bayer. Akad. Wiss. 1926 zu einigen Fragen neuerlich Stellung. Diesen Abriss hat mein amerikanischer Kollege Herr Professor A. ARTHUR SCHILLER, Columbia University, (Tulane Law Review, Vol. V, No. 3, 1931) ins Englische übersetzt und durch zahlreiche Quellen- und Literaturnachweise sowie sachliche Anmerkungen in dankenswerter Weise ergänzt. Auf diese beiden englisch-amerikanischen Bearbeitungen muß für Quellen und Literatur auch in der vorliegenden Neuauflage des Abrisses aus Raumangel verwiesen werden.

Restauration der staatlichen Ordnung unter Augustus gibt es strafrechtliche Ahndung der Gewalt (*vis*), während in der Prinzipats- und Kaiserzeit, namentlich im Anschluß an ein Dekret des Kaisers Mark Aurel der Gedanke der Rechtsverwirkung sich durchsetzt: wer, wenn er auch das Recht hat, es gewaltsam ertrotzt, verliert es zur Strafe für seine Gewalttat.

Das notwendige Korrelat zum Verbot der Selbsthilfe ist, wie gesagt, die Staatshilfe. Wo ein starker König als Richter auftritt, da muß sich jeder Untertane seinem Richterspruche beugen. So ist es vermutlich in der Zeit der Könige, wenigstens derjenigen unter ihnen gewesen, die als absolute Herrscher regierten und wohl ein etruskisch-orientalisches Regiment führten. Doch sind wir über diese Dinge recht schlecht unterrichtet, und es ist hier nicht der Ort, Hypothesen auch nur anzudeuten. Dagegen sehen wir besonders seit der Prinzipatszeit und namentlich in stets steigendem Maße in der absoluten Kaiserzeit auch im römischen Reich ein Gerichtswesen entstehen, das insofern durchaus unseren heutigen Vorstellungen entspricht, als mit kaiserlichen Beamten besetzte Gerichte über die nach bestimmten Zuständigkeitsregeln vor sie gehörenden Fälle entscheiden und das in diesen Entscheidungen ausgesprochene Recht auch gegen den Willen des Unterlegenen zwangsweise durchsetzen.

§ 3. Das *iudicium privatum*. In der Entwicklung des römischen Zivilprozeßrechts spielt nun aber ein anderer Gedanke eine hervorragende, ja entscheidende Rolle: das Schiedsgericht. Die Parteien selbst können auf gewaltsame Entscheidung des zwischen ihnen bestehenden Zwistes verzichten und sich auf einen Schiedsrichter einigen, der den Fall untersuchen und ein Urteil fällen soll. Das kommt zu allen Zeiten und bei allen Völkern vor und ist natürlich nichts dem römischen Recht Eigentümliches. Ein derartiges Schiedsgericht konnte auch in Rom unter der Geltung aller Prozeßarten von den Parteien bestellt werden. Es frug sich dabei nur, ob der *arbiter ex compromisso* das Amt übernehmen und ob der Unterliegende sich dem Schiedsspruch fügen wollte. Bekannte privatrechtliche Einrichtungen (*compromissum* und *receptum arbitri*) sollten dafür sorgen, daß die einmal erfolgte Unterwerfung unter das Schiedsgericht bzw. die einmal erfolgte Übernahme des Amtes keiner nachträglichen Sinnesänderung von Partei oder Schiedsrichter ausgesetzt waren.

Aber wie, wenn der in Aussicht genommene Schiedsmann dankend ablehnte? Hier setzt eine eigenartige römische Prozeßeinrichtung ein, deren Anfänge wir nur mehr zu vermuten vermögen — die Anschauungen hierüber gehen auch heute noch manchmal stark auseinander —, die aber für das ganze klassische Prozeßrecht bestimmend gewesen ist. Wir können die Einrichtung als ein staatlich autorisiertes Schiedsgericht bezeichnen. Es ist das *iudicium privatum* des klassischen Rechts. Durch den Parteienakt der Litiskontestation, durch einen formellen Prozeßvertrag, vereinbaren die Parteien, ihren in einer Spruchformel (*legis actio*) oder später einer Schriftformel (auch *iudicium* genannt) genau formulierten Rechtsstreit einem Mitbürger, dem *iudex*, zur Entscheidung zu unterbreiten. Die Parteien sind es, die sich also den Richter wählen und den Gewählten zum Richter bestellen. Soweit ist das entscheidende Charakteristikum des Schiedsgerichts — im Gegensatz zu einem von Staats wegen einseitig und ohne Rücksicht auf den Gefallen der Parteien aufgestellten amtlichen Gericht — vollkommen gewahrt. Aber die oben angedeutete Schwäche der Einrichtung des privaten Schiedsgerichts ist hier beseitigt. Denn der Staat stellt in einer Liste von Volksrichtern (s. u. § 7.2.) eine Reihe von Bürgern zusammen, die es sich gefallen lassen müssen, als Richter bestellt zu werden und die durch staatliche Zwangsmittel zur Übernahme des Schiedsamts und Durchführung der Verhandlung sowie zur Urteilsfällung verhalten sind. Ein solches Urteil aber ist in seiner Durchsetzung (Exekution) staatlich garantiert. Es wird, wenn es nicht freiwillig erfüllt wird, zwangsweise vollstreckt.

§ 4. Das *iudicium legitimum* und das *iudicium, quod imperio continetur*. Das staatliche Prozeßrecht ist für die Bürger der römischen Republik, und nur für sie da:



das ist ein selbstverständlicher Grundsatz. Prozesse zwischen Fremden, für deren Einsetzung neben den alten städtischen Prätor der Fremdenprätor trat, stehen unter anderem Recht als Prozesse unter Bürgern. Auch Prozesse zwischen Bürgern und Fremden fallen außerhalb des Geltungsbereichs des reinen Bürgerprozesses. Dieser allein ist durch Gesetz geregelt; im Fremdenrecht entscheidet das Imperium des Magistrats. So unterscheidet die römische Prozeßrechtswissenschaft scharf zwischen dem *iudicium legitimum*, dem in Rom oder innerhalb der ersten Bannmeile (*domi*) unter römischen Bürgern mit Bestellung eines römischen Einzelrichters (*unus iudex*) durch Litiskontestation begründeten Privatprozeß; und zwischen dem *iudicium, quod imperio continetur*, bei dem eines dieser Erfordernisse fehlt. Wir beschränken uns im folgenden auf das *iudicium legitimum* und bemerken dazu nur gleich, daß eine Reihe von Verfahrensgrundsätzen für beide Prozeßarten gelten, daß aber in wichtigen Fragen, so namentlich was die Wirkung von Litiskontestation und Urteil betrifft, der Fremdenprozeß vom *iudicium legitimum* abweicht. Bei diesem allein ist der Bürger durch Gesetz gegen die im Imperium enthaltene Willkür des Beamten gefeit: beim *iudicium legitimum* darf der Beamte kraft Gesetzes nicht das Urteil selber sprechen, sondern muß die Urteilsfällung einem Mitbürger der beiden streitenden Bürger überlassen.

§ 5. Die Zweiteilung des Prozesses. Schon das Gesagte führt uns eine eigentümliche Erscheinung des klassischen Prozeßrechts vor Augen: wir sind gewöhnt, daß sich ein Prozeß von Anfang bis zu Ende vor einem Gerichte in organischer Entwicklung abspiele. Im römischen *iudicium legitimum* spielt sich nur der erste Akt vor dem Prätor, dem Gerichtsherrn, ab. Dieser leitet den Rechtsstreit bis zur Litiskontestation. Von da ab beginnt, aber an einem anderen Ort und vor einem anderen Manne, vor dem *iudex*<sup>1</sup>, der zweite Akt, während dessen nach einem in der Litiskontestation aufgestellten Prozeßprogramm die Behauptungen der Parteien auf ihre Wahrheit, bzw. Wahrscheinlichkeit geprüft werden, um die Grundlage für das vom Judex zu sprechende Urteil abzugeben. Man bezeichnet den ersten Akt als das Verfahren *in iure* — nach dem Worte „*iur*“ im Sinne „Gerichtsstätte“ des Prätors — den zweiten Akt als Verfahren *apud iudicem*<sup>2</sup>.

Das Verfahren *in iure* gipfelt in der Litiskontestation, einem Formalgeschäfte, mit welchem der Prozeß durch einverständige Handlung beider Parteien begründet wird. Denn auch der Prozeßbegründungsakt ist ein Parteienakt. Freilich tritt dazu der Befehl des Gerichtsherrn (Prätors) an den ausgewählten Judex, sich der Beurteilung des Falles zu unterziehen. Diesen Auftrag pflegen wir seit Wlassak in Anlehnung an die Quellsprache als Judikationsbefehl zu bezeichnen.

So erhält das *iudicium privatum* einen eigenartig zwitterhaften Charakter, indem es zwar grundsätzlich nicht zustandekommen kann, ohne daß beide Parteien zusammenwirken. Während aber die Parteien allein wohl ein privates Schiedsgericht vereinbaren können, bei dem sie die Annahme des Schiedsamtes dem Wohlwollen des zum Schiedsmann Ausersehenen anheimstellen müssen, wirkt im *iudicium privatum* der Jurisdiktionsherr mit, indem er das von den Parteien vereinbarte Schiedsgericht autorisiert und den von ihm zugelassenen Judex mit der Untersuchung und Urteilsfällung beauftragt. So hat der Judex ein doppeltes Mandat: eines von den Parteien und eines vom Beamten. Hätte er nur das der Parteien, so wäre er ein gewöhnlicher *arbiter ex compromisso*, hätte er nur den Auftrag des Gerichtsmagistrats, so wäre er ein *iudex datus* oder *delegatus*, ein bloßer Gehilfe des Magistrats.

§ 6. *Legis actio* und *iudicium*. Im Verfahren *in iure* muß der Rechtsstreit formuliert werden. Zu dieser Formulierung, die in der Litiskontestation in endgültige Er-

<sup>1</sup> Der weithin übliche deutsche Terminus „Geschworener“, sollte besser zur Vermeidung von Mißverständnissen durch „Volksrichter“ ersetzt werden.

<sup>2</sup> Die heute noch weithin übliche Bezeichnung Verfahren „*in iudicio*“ ist irrtümlich und irreführend zugleich.

scheinung tritt und zu der alles, was an Verhandlungen *in iure* vorangeht (vgl. unten Abschn. III. A.) nur eine Vorbereitung bedeutet, bedienen sich die Parteien entweder mündlicher formeller Sprüche (Spruchformeln), die *legis actiones* heißen, oder der Schrifturkunden (Schriftformeln), die mit dem mehrdeutigen Ausdruck *iudicia* bezeichnet werden. Sowohl im älteren Spruchformel-, wie auch im jüngeren Schriftformelverfahren ist in den Formeln in präziser kunstvoller Sprache das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zum Ausdruck gebracht.

Dabei ist die Schriftformel wandlungs- und anpassungsfähiger, aber auch weniger gefährlich, als der formelle, mündliche Parteianspruch. Es ist wahrscheinlich, daß der Gebrauch der Schriftformeln sich zuerst im freien Gericht des Fremdenprätors ausgebildet und von da als fortgeschrittenere Prozeßform ins Bürgergericht Eingang gefunden habe. Für das *iudicium legitimum* mit Schriftformel sind einige Prozeßgesetze bedeutsam, die der ausgehenden Republik, bzw. der Zeit des Augustus angehören. Eine *lex Aebutia* (2. Jahrh. v. Chr.) hat das Schriftformelverfahren im Bürgerprozeß überall fakultativ neben dem zulässig gebliebenen Legisaktionsverfahren gestattet, während eine augusteische *lex Julia iudiciorum privatorum* die Entwicklung zu Ende geführt, das Legisaktionsverfahren fast ganz beseitigt und im Rechtsstreit durch das obligatorische Schriftformelverfahren ersetzt hat.

§ 7. Jurisdiktionsmagistrate und Geschworene. 1. *Iurisdictio* (Gerichtsbarkheit) ist eine Betätigung des Imperiums des Beamten. Sie ist im *iudicium legitimum* durch Gesetz (*lex*, Volksgesetz) in der schon geschilderten Weise eingengt, daß der Magistrat den Prozeß nicht durch Urteil selber erledigen darf, daß das Verfahren *in iure* vielmehr mit der Litiskontestation abschließt. Auch außerhalb des *iudicium legitimum* kann durch ediktale Selbstbeschränkung der Magistrat die Urteilsfällung an einen Spruchrichter überweisen. Dann beruht aber die Beschränkung auf dem Imperium selbst, nicht auf Volksgesetz. Wo durch solche Rechtsordnungen die Jurisdiktion nicht der Urteilsfällung beraubt ist, steht naturgemäß dem Beamten die volle Judikationsbefugnis als Ausfluß seines Imperiums zu. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der Beamte Unterbeamte als Hilfsrichter zuziehen kann, wie dies im Kognitionsverfahren gewöhnlich der Fall ist.

Für das klassische Prozeßrecht, für das *iudicium privatum*, ist die Teilung aber charakteristisch. Solcherart ist die für unsere eingeschränkte Betrachtung allein heranzuziehende Stellung des römischen Stadtprätors. Sie wird im folgenden als der typische Fall des *iudicium privatum* mit notwendiger Teilung des Verfahrens vorausgesetzt.

Auf die anderen Jurisdiktionsmagistrate, namentlich auf die Statthalter, kann hier nicht eingegangen werden. Das Vorkommen von Volksrichtern und die volksgesetzliche, bzw. ediktale Grundlage dieses Vorkommens gestaltet sich hier sehr kompliziert und ist unserer Erkenntnis auch noch nicht hinlänglich und überall zugänglich.

2. Volksrichter. Fähig zum Richteramt ist grundsätzlich der erwachsene, geistig gesunde, körperlich fähige männliche Römer. In der Regel nahm man die Richter aber aus der Zahl der in besonderen Listen (*album iudicum selectorum*) zusammengestellten Männer. Die Listenzusammensetzung war angesichts der hohen Bedeutung der richterlichen Tätigkeit ein Politikum, wobei besonders Senatoren und Ritter rivalisierten.

Im Einzelfalle urteilt entweder wie von altersher und später noch in der Regel der Einzelrichter (*unus iudex*) oder ein Kollegium. Bald als Einzelrichter bald im Kollegium begegnet der *arbiter*, wie vermutlich der Richter dann heißt, wenn er nach freierem Ermessen (*arbitrium*) den Spruch fällen kann. Zunächst dem völkerrechtlichen Verkehr gehören die *recuperatores* an, deren Kollegia später aber auch unter Römern namentlich wegen des schnelleren Verfahrens beliebt werden. Einen eigenartigen staatlichen Kollegialgerichtshof bildeten die Hundertmänner (*cen-*

*tumviri*), die seit dem 2. Jahrhundert in gewissen Fällen (namentlich sachen-, erb- und familienrechtlicher Natur) auf Parteienwunsch statt des Einzelrichters als vornehmes Gericht in Senaten fungierten.

### Zweiter Abschnitt.

## Legisaktionen und Schriftformeln.

Ehe wir in raschem Überblick den Gang des Verfahrens *in iure* und vor dem *Judex* schildern, empfiehlt es sich, näher auf jene charakteristischen Formeln einzugehen, die im Verfahren *in iure* als „Prozeßmittel“ verwendet werden, um den Rechtsstreit zu formulieren, der vereinbarungsgemäß einem staatlich zu autorisierenden Schiedsrichter zu unterbreiten ist.

§ 8. Die *legis actiones* (Spruchformeln) sind feierliche bis aufs einzelne Wort vorgesehene, zuweilen mit feierlichen Handlungen verbundene Sprüche, welche die Parteien aufzusagen haben, um einen Prozeß zu begründen. Verfasser, Kenner und Verwalter dieser Sprüche, also einzige Vermittler richtiger Prozeßführung, sind lange Zeit die priesterlichen Juristen gewesen. Ein Gn. Flavius hat den Geheimbesitz preisgegeben, ein Sex. Aelius neue Formeln entworfen, wo Bedarf sich eingestellt hatte. Manche formelhafte Wendung war in Gesetzesworten begründet oder hatte sich gewohnheitsmäßig festgelegt. Immer halfen im einzelnen Fall die Juristen der recht-suchenden Partei. Immer war es der Prätor, der letztlich über die Zulassung der *legis actio* entschied. Einige dieser Legisaktionen dienen auch der Urteilsvollstreckung; wir werden ihrer später (Abschn. IV) gedenken. Unter den Prozeßlegisaktionen ist die aus den Quellen bis vor kurzem bekannteste die *legis actio sacramento*, die je nach dem Gegenstande, dessen Verfolgung sie dient, als *legis actio sacramento in personam* zur Verfolgung obligatorischer Ansprüche oder als *l. a. s. in rem* zum Schutze des Eigentums auftritt. Ihren Namen hat diese *legis actio* wohl daher, daß ursprünglich beide Parteien unter Zeugenaufruf sich eidlich für die (subjektive) Richtigkeit ihrer (objektiv) gegenteiligen Behauptungen einsetzten. In historischer Zeit ist an Stelle des Eides eine (nun ebenfalls *sacramentum* genannte) Prozeßwette getreten. Diese wurde *in sacro* hinterlegt und nur der Gewinnende erhielt sie zurück, während, wer den Prozeß verspielte, auch die Wette, diese zugunsten des Staates, einbüßte. Die zunächst in unmittelbarem Anschluß an die Legisaktion erfolgende Richterbestellung wurde später durch eine *lex Pinaria* um 30 Tage hinausgeschoben, wohl mit dem prozessualpolitischen Zweck, den Parteien die Möglichkeit zu friedlichem Ausgleich in diesem Monate zu geben.

Ein rasch berühmt gewordenes, 1933 in Kairo von der Papyrologin Norsa erworbenes Fragment eines Pergamentbuches mit Partien aus den Institutionen des Gaius<sup>1</sup> bringt reiche Erweiterung unserer bisher sehr dürftigen Kenntnis zweier weiterer Legisaktionen. Danach ist beispielsweise durch gesetzliche Vorschriften der Zwölfafeln und eines späteren Gesetzes die *legis actio per iudicis postulationem* für die Klage *ex sponsione*, dann für den Teilungsprozeß unter Miterben und Sachgemeinschaftern vorgesehen. Der Kläger mußte mit formeller Angabe der entsprechenden *causa* — des Rechtsgrundes der Klage (z. B. also *ex sponsione*) — seinen Anspruch geltend machen. Gab der Beklagte nicht gleich zu, so kam es wie im alten Verfahren sofort zur Richterbestellung. Der große Vorteil lag vor allem für beide Teile in der Ersparung der Prozeßwette mit dem drohenden Sakramentverlust. Die *legis actio per condictionem* war ebenfalls durch bestimmte Spezialgesetze aber für Klagen wegen abstrakt formulierter Ansprüche (*aito te mihi sestertiorum decem milia dare oportere*) eingeführt. Dem Leugnenden wurde Richterbestellung nach 30 Tagen angesagt. Eine Sakramentspön entfiel auch hier.

<sup>1</sup> ARANGIO-RUIZ, Frammenti di Gaius. Florenz 1933. Seither bereits viel Literatur,

Der neue Text hat manche Fragen geklärt, andere erst aufgeworfen, die ganze Problematik des Legisaktionenverfahrens aber noch nicht gelöst.

**§ 9. Formulae. Iudicia. Schriftformeln.** Der Wandel vom Spruchformel- zum jüngeren Schriftformelverfahren bedeutet keine grundsätzliche Änderung mit Bezug auf Bereitstellung und Zulassung des Formelinhaltes. Nur wird jetzt die Formel schriftlich redigiert und damit gegenüber der von alters her strengeren Spruchformel dem konkreten Bedürfnis anpassungsfähiger und leichter abänderlich. Nach wie vor sind es, wie wir jetzt wissen, die Juristen, die die Parteien in der Verwertung der für den konkreten Fall brauchbaren Formel beraten, muß doch der Kläger schon beim Beginn des Rechtsstreits einen Formelentwurf als Prozeßprogramm bereit haben. Recht und Aufgabe des Prätors ist es aber, die Formel auf ihre Zulässigkeit für den konkreten Fall zu prüfen und danach durch Dekret entweder *actionem dare* oder *denegare*. Jetzt beteiligt sich der Prätor an der Fortbildung des Schriftformelwesens auch selber in stärkerem Maße. Er stellt nämlich in seinem Album sowohl die Rechtsätze auf, durch die er das Zivilrecht ergänzt oder korrigiert, als auch für die Zivilrechtssätze und für seine eigenen prätorischen Rechtssätze die Blankette der Klageformeln, welche die Parteien in gewöhnlichen Fällen auf Rat ihrer beratenden Juristen vernünftigerweise anwenden werden, um ein vom Prätor autorisiertes Schiedsgericht zustandezubringen. So gibt es *actiones civiles*, die einer schon bestehenden Norm des Zivilrechts zur prozessualen Durchführung verhelfen und nicht auf ein Edikt sich stützen müssen, und *actiones honorariae*, Klageformeln, die erst einem prätorischen Edikt entsprechend Hilfe gewährleisten. Endlich begegnet noch eine besondere Form prätorischer Aktionen, die *actiones in factum*, wenn der Prätor selbst ohne ediktalen Rechtssatz von Fall zu Fall für ein ihm schutzbedürftig scheinendes Parteieninteresse eine von den Parteien in Aussicht genommene Formel zuläßt. Hier ist ein besonderes Anwendungsfeld für Juristenarbeit gegeben, aus der der Prätor das Brauchbare im einzelnen Falle zuläßt, ja auch aus Anlaß dieses Falles generell im Edikt verwertet. Man begreift so die Bedeutung, welche die römische Jurisprudenz der Theorie dieser Formeln beimaß.

Da in der Formel die Parteien vereinbaren, daß der Judex — wir verwerthen in der Folge diese Hapterscheinung des Richters als Regelfall — beim Vorliegen bestimmter Tatbestände zu verurteilen, sonst freizusprechen habe, so gewinnt die Formel notwendig den Charakter eines Konditionalsatzes. Die Parteien vereinbaren: X soll unser Judex sein. Wenn er findet, daß der Tatbestand a vorliegt, soll er den Beklagten verurteilen, sonst ihn freisprechen. Handelt es sich also etwa um die Frage, ob der Beklagte dem Kläger 100 schuldig ist und infolge dieser Schuld zur Zahlung von 100 verurteilt werden soll, so würde die Formel unter Anwendung der Blankettnamen *A<sup>s</sup>. A<sup>s</sup>. (Aulus Agerius)* für den Kläger, *N<sup>s</sup>. N<sup>s</sup>. (Numerius Negidius)* für den Beklagten, zu lauten haben: *Titius iudex esto. Si paret N<sup>m</sup>. N<sup>m</sup>. A<sup>o</sup>. A<sup>o</sup>. centum dare oportere, N<sup>m</sup>. N<sup>m</sup>. A<sup>o</sup>. A<sup>o</sup>. centum condemnato. Si non paret absolvito*. Da die Parteien aber keine Macht über den Judex haben, so eignet sich der Prätor im Judikationsbefehl diese — ja unter seiner Mitwirkung zustandegebrachte — Formulierung zu und weist den Judex entsprechend dieser formelhaften Parteienvereinbarung zu judizieren an. Es ist dies die Formel der abstrakt gehaltenen *actio certae creditae pecuniae*. Sie kann uns wiederholt als einfaches Muster einer Formel dienen. Zergliedert man diese Formel, so ergeben sich zunächst in ihrer angegebenen einfachsten Gestalt zwei Bestandteile, nämlich die *intentio: si paret C dare oportere*. In ihr ist die eigentliche Prozeßfrage formuliert, von deren Beantwortung das Urteil abhängt. Sodann die *condemnatio*: wenn der Tatbestand a (eben das *C dare oportere*) zutrifft, so soll der Judex entsprechend verurteilen. In anderen Fällen kompliziert sich der Formelmechanismus. Immer aber können wir auf diesen einfachsten Fall zurückgreifen.

Man pflegt heute die Formelbestandteile in ordentliche, d.h. solche zu unter-

scheiden, welche bei einer bestimmten Art von *actiones* vorhanden sein müssen, und außerordentliche, die auf Wunsch der Parteien eingefügt werden können, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Ordentliche Formelbestandteile sind *intentio*, *demonstratio*, *adiudicatio*, *condemnatio*; außerordentliche *exceptio* und *praescriptio*.

1. Die *intentio*. Sie formuliert, wie schon gesagt, das klägerische Begehren, und ist — von möglichen Ausnahmen, auf die nicht eingegangen zu werden braucht, abgesehen — notwendiger Formelteil jeder Formel. Ist das klägerische Begehren nur auf Feststellung einer Tatsache (z. B. *an A<sup>s</sup>. A<sup>s</sup>. ingenuus sit*) gerichtet (Feststellungsklagen), so hat der Judex einfach diese Frage zu bejahen oder zu verneinen — hier kann sinngemäß von einer Verurteilung des Gegners formell gar nicht gesprochen werden. Freilich „verspielt“ er. Gewöhnlich sind die Klagen aber Leistungsklagen. Dabei wird entweder die Frage aufgeworfen, ob *N<sup>s</sup>. N<sup>s</sup>*. dem *A<sup>s</sup>. A<sup>s</sup>*. hundert schulde (*intentio certa*, weil von vornherein auf eine bestimmte Summe gehend); oder es ist auch die Leistungssumme noch nicht bestimmt, sondern erst vom Judex zu bestimmen, z. B. ob und wieviel ein Schuldner dem Gläubiger als Schadensersatz schulde (*intentio incerta*). Diese *intentio incerta* kann also noch nicht ziffernmäßig genau den klägerischen Anspruch ausdrücken, sie kann nicht auf *decem* oder *centum dare oportere* lauten, sondern sie muß sich einer unbestimmten Umschreibung bedienen; in der Sprache der Quellen heißt es: *quidquid N<sup>m</sup>. N<sup>m</sup>. A<sup>o</sup>. A<sup>o</sup>. dare facere oportet*, evtl. bei *bonae fidei* Aktionen mit dem Zusatz *ex fide bona*.

2. Die *demonstratio* soll bei der *intentio incerta* den klägerischen Anspruch näher bestimmen. Sie kommt also nur bei Klagen mit *intentio incerta*, bei solchen aber notwendig vor und wird sprachlich mit einem *quod*-Satze zum Ausdruck gebracht. So würde eine *actio depositi*, eine Klage des Hinterlegers gegen den Verwahrer lauten: *Quod A<sup>s</sup>. A<sup>s</sup>. apud N<sup>m</sup>. N<sup>m</sup>. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur (Demonstratio), quidquid ob eam rem N<sup>m</sup>. N<sup>m</sup>. A<sup>o</sup>. A<sup>o</sup>. dare facere oportet ex fide bona (Intentio incerta), eius iudex N<sup>m</sup>. N<sup>m</sup>. condemnato, si non paret absolvito*.

3. Die *adiudicatio* ist die bei den Klagen auf Teilung eines Nachlasses oder einer einzelnen mehreren Miteigentümern gehörigen Sache dem Judex gegebene Ermächtigung, die nötigen Zuweisungen bestimmter abgrenzbarer Gemeinschaftsteile oder einer ganzen unteilbaren Sache an eine der Parteien gegen evtl. im Gefolge der Sachteilungen nötig werdende Entschädigung des anderen Miterben oder Miteigentümers vorzunehmen. Hier wird also dem Judex die Möglichkeit gegeben, rechtsgestaltend einzugreifen.

4. Die *condemnatio*. Während *demonstratio* und *adiudicatio* nur gewissen Aktionen eigentümlich sind, ist die *condemnatio* bei allen außer den Feststellungsklagen notwendiger Formelbestandteil. Eine noch nicht hinreichend geklärte, aber nach einer ansprechenden Vermutung mit der Ablösung des ursprünglich der Nichterfüllung folgenden Racheverfahrens durch Zahlung einer Buße zusammenhängende und darum vielleicht schon in die Legisaktionenepoche zurückreichende Regel des klassischen Rechts bestimmt, daß jede *condemnatio* auf Geld gerichtet sein muß (*condemnatio pecuniaria*). Dort, wo schon die *intentio* auf eine bestimmte Geldsumme ging, ist natürlich auch schon in der Formel dieselbe Summe als Kondemnationssumme gegeben (*condemnatio certa*). Z. B. *S. p. N<sup>m</sup>. A<sup>o</sup>. C dare oportere, N<sup>m</sup>. A<sup>o</sup>. C condemnato*. Wo aber die *intentio* eine *incerta* ist (*quidquid dare facere oportet*) oder wo sie auf Leistung einer Spezies oder einer Quantität geht, sowie endlich bei allen dinglichen Klagen, ist die *condemnatio* eine *incerta*. Sie lautet auf *quanti ea res est tantam pecuniam condemnato* oder ähnlich. Der Judex muß dann erst die Geldsumme errechnen, also nicht bloß das Ob, sondern auch das Wieviel der Leistung des Beklagten feststellen. Dabei kann sein Ermessen durch die Formel im Wege einer Taxation (z. B. bis höchstens 1000) begrenzt sein oder ganz unbegrenzt bleiben.

Die obligatorische Regel der Geldkondemnation führt zu Schwierigkeiten besonderer Art. So kann der Beklagte die Sachleistung verweigern, wenn er einen ge-

nügend großen Geldsack hat, um jede *condemnatio pecuniaria* in beliebiger Höhe zu riskieren. Freilich kann die Summe auch sehr hoch gegriffen sein, und der Judex kann in manchen Fällen sogar den Kläger schwören lassen, wieviel er an Geld haben wolle (*iusiurandum in litem*) und danach urteilen. Aber die Geldkondemnation kann auch einen völlig ehrlichen Beklagten, der subjektiv durchaus im Rechte zu sein glaubt, sehr gefährden. Müßte er doch den Prozeß vermeiden, wenn er nicht Gefahr laufen wollte, etwa wegen Herausgabe einer Sache, die er für die seinige hält, im Prozeß zu unterliegen und eine hohe Geldsumme zahlen zu müssen, obwohl er, nachdem der Judex einmal gegen ihn erkannte, die Sache eher herausgegeben, als sie um soviel Geld behalten hätte. Hier haben die Römer das Abhilfemittel des *arbitrium de restituendo*, der *clausula arbitraria* oder des *arbitratus iudicis* erdacht. Das typische Beispiel ist die sog. *formula petitoria*, mit der die *rei vindicatio* durchgeführt wird. Hier untersucht der Judex zunächst die Eigentumslage. Findet er, daß der Kläger Recht habe, so spricht er diese Feststellung gemäß der genannten Klausel aus und überläßt es dem Gegner des Eigentümers diesem die Sache freiwillig zu restituieren. Geschieht dies, so ist die naturgemäße und auch dem Formelaufbau entsprechende logische Konsequenz Freispruch des Beklagten, da ja der Kläger tatsächlich schon befriedigt ist. Außer den dinglichen Klagen ist noch eine Reihe anderer Aktionen mit der Arbiträrklausel ausgestattet. So die *actio doli*, um dem Beklagten noch eine goldene Brücke zu bauen, der drohenden Infamie, die mit der Verurteilung verbunden ist, zu entgehen. Die Klagen mit unserer Klausel heißen *actiones arbitrariae*<sup>1</sup>.

5. Die *exceptio*. Während die bisher genannten Formelteile im Dienste des Klägers stehen, hilft die *exceptio* der Verteidigung des Beklagten. Leugnet dieser die Richtigkeit der *intentio*, so braucht er keine besondere Schutzmaßnahmen in der Formel zu ergreifen, denn wenn die *intentio* nicht zutrifft, greift ja das „*si non paret absolvito*“ Platz und der Judex spricht frei. Aber es gibt juristische Tatsachen, die, ohne die Richtigkeit der *intentio* in Frage zu stellen, dennoch eine Verurteilung auszuschließen in der Lage sind, wenn der Beklagte sie geltend macht. Dann heißt es in der Formel: „Wenn der Tatbestand a vorliegt (*intentio*), nicht aber auch der Tatbestand b vorliegt (*exceptio*), soll der Judex kondemnieren, sonst freisprechen.“ Beispiele von Exzeptionen bietet das römische Privatrecht hinlänglich viele und bekannte. Es sei nur an die *exceptio senatusconsulti Macedoniani*, an die *exceptio pacti de non petendo*, an die wichtige *exceptio doli* erinnert. Unter den verschiedenen Einteilungen der Exzeptionen ist am wichtigsten die in *exceptiones peremptoriae*, die den Beklagten dauernd schützen, und in *exceptiones dilatorias*, welche den Beklagten nur eine bestimmte Zeitlang (z. B. ein Stundungsversprechen so und so viele Tage, Monate, Jahre) vor Verurteilung behüten.

Diese Formellehre ist zunächst bei den Zivilklagen ausgebildet worden. Aber auch die prätorischen Klagen passen sich dem geschilderten Aufbau an. Man sucht zunächst in Anlehnung an die Formen des Zivilrechts durchzukommen und hilft, wenn der Intentionstatbestand einer Zivilklage nicht oder doch nicht ganz gegeben ist, mit Fiktionen (*actiones ficticiae*; bekanntestes Beispiel: *actio Publiciana*) oder man hilft mit Umstellung der Subjekte, indem man ein Formular erfindet, bei welchem in der *condemnatio* ein anderer Kläger oder anderer Beklagter genannt wird als in der *intentio* (Prozeßvertretung; adjektivische Klagen). Nur wo solche Mittel nicht ausreichen, greift die Jurisprudenz zur selbständigen Formulierung einer sog. *actio in factum*: wenn der (zivilrechtlich für Rechtsdurchsetzung nicht ausreichende, aber vom Prätor für seinen Machtbereich ausreichend befundene) Tatbestand a vorliegt, läßt der Prätor in solchen Fällen eine von den Juristen formulierte *actio* zu, bei der an einen solchen zivilrechtlich nicht ausreichenden Tatbestand die *condemnatio* geknüpft wird.

<sup>1</sup> Zur Lehre von den Arbiträrklagen ist in neuester Zeit eine reiche Literatur erwachsen, auf deren Streitfragen hier einzugehen es an Raum gebricht. Ich habe es darum vorgezogen, die frühere Formulierung einstweilen kurzweg zu belassen.

## Dritter Abschnitt.

## Der Gang des Verfahrens bis zum Urteil.

Überblicken wir nach dieser Einsichtnahme in das Wesen der Formeln nunmehr den Gang des Verfahrens bei einem römischen Rechtsstreite, so können wir auch nach der Auffassung der klassischen römischen Prozeßlehre am treffendsten vom *iudicium legitimum* ausgehen. Vieles ist auch bei den *iudicia imperio continentia* ähnlich, auf die wichtigsten Verschiedenheiten kann kurz hingewiesen werden. Die Darstellung eines klassischen Prozeßganges muß die beiden Abschnitte, das Verfahren *in iure* (A) und das Verfahren *apud iudicem* (B) grundsätzlich scharf auseinanderhalten. Ersteres bezweckt die Prozeßbegründung durch den Akt der Litiskontestation, letzteres die Untersuchung des Falls und das Urteil. Die dem Urteil nötigenfalls folgende Vollstreckung wird im IV. Abschnitte gesondert zu besprechen sein.

**§ 10. Die Parteien.** Vorher hier aber noch ein Wort über die Prozeßparteien. Römischer Eigenart entspricht es ebenso wie dem weitverbreiteten Personalitätsprinzip auch im Prozeßrecht, daß das echt römische Verfahren durch Legisaktionen und Schriftformeln das *iudicium legitimum*, nur Römern zugänglich ist. Latiner und Peregrinen können nur im *iudicium quod imperio continetur* agieren. Gewaltuntergebene Freie sind allmählich zur Prozeßfähigkeit gelangt; Sklaven grundsätzlich ausgeschlossen geblieben. *Reus* heißt die Partei schlechthin, sowohl der Kläger als auch der Beklagte, allmählich wird das Wort aber nur mehr für den Beklagten gebraucht. Der Kläger heißt im genauen Sprachgebrauch erst von der Litiskontestation ab *actor*, früher *is qui agere vult*. Regelmäßig sind Kläger- und Beklagtenrolle sauber voneinander geschieden, ausnahmsweise ist im selben Rechtstreit jeder Kläger und Beklagter (Teilungsklagen). Es können auf der einen oder anderen Seite statt der mindestens einen Person auch mehrere auftreten (Streitgenossen); oder es kann sein, daß eine Partei sich eines Streitgehilfen erfreut (Verkäufer als Gewährsmann, *auctor*, des Käufers, wenn diesem die gekaufte Sache von einem Dritten evinziert wird).

Die Parteien können sowohl vor dem Prätor, als auch vor dem Judex rechtsgelehrte Beistände (*oratores, patroni, advocati*) mitbringen, welche ihre Klienten beraten oder für sie Reden halten; aber — anders als bei uns — den Prozeß führt grundsätzlich die Partei selbst. Erst allmählich entwickelt sich im Schriftformelverfahren eine Prozeßvertretung in dem von uns darunter verstandenen Sinne. Die Vertreter heißen *cognitores* oder *procuratores*. Für das Auftreten beider sind allmählich verschiedene nicht einfache Grundsätze ausgebildet worden. Namentlich muß der Prozeßgegner gegen Nachteile geschützt werden, die ihm aus der Tatsache erwachsen oder doch drohen könnten, daß die andere Partei nicht persönlich im Prozesse auftritt. Diesen Schutz vermitteln Prozeßkautionen (u. § 19. I.), auf der Klägerseite leistet der Prokurator eine *cautio ratam rem dominum habiturum*, daß der Geschäftsherr die Vertretung in der Klage genehmigen werde, mag der Prozeß wie immer ausgehen, auf der Beklagtenseite begegnet eine entsprechende *cautio iudicatum solvi*, ein Urteilserfüllungsgelöbnis. Diese Kautionen sind vom Prätor veranlaßte Stipulationen (vgl. unten Abschn. V unter I), grundsätzlich mit Bürgschaftsstellung. Besondere Vorschriften werden dann notwendig, wenn ein Unmündiger durch seinen Tutor oder eine Korporation durch ihr Organ Prozeß führt.

## A. Das Verfahren in iure.

**§ 11. Prozeßeinleitung.** Der ganze innere Gegensatz eines Verfahrens mit Parteienbetrieb, d. h. eines Verfahrens, bei dem das Gericht zusieht, wie die Parteien durch eigene Tatkraft den Prozeß weiterbewegen, und eines Verfahrens mit Offi-

zialbetrieb, bei dem das Gericht den Prozeß vorwärts und zu Ende leitet, zeigt sich schon bei der Prozeßeinleitung. Das erstere System, das dem klassischen Recht das charakteristische Gepräge gibt, überläßt es der Partei, den Gegner vor Gericht zu stellen, während im späteren amtlichen Kognitionsverfahren das Gericht die Parteien vorladet. So unterscheidet sich die private von der amtlichen Ladung. Schon die Zwölf Tafeln geben in ihrer bekannten ersten Tafel dem Kläger die Pflicht auf, selber, wenn nötig mit Bracchialgewalt den Gegner vor den Gerichtsherrn zu bringen. Das nennt man *in ius vocatio*. Niemand kann sich ihr entziehen, es sei denn, daß ein eigenartiger Bürge, der *vindex*, für ihn eintrete. Später wird diese grobe Art der Prozeßeinleitung durch das zivilisierte Verfahren mit *vadimonium* abgelöst, d. h. mit einem in verschiedener Weise sichergestellten Versprechen vor Gericht zu erscheinen. Dabei ist regelmäßig der *in ius vocatio* eine außergerichtliche *editio actionis*, d. h. eine Angabe des Streitgegenstandes seitens des Klägers an den Beklagten, vorangegangen. Durch Vadimonien werden auch später notwendige Termine im ganzen Rechtsstreit sichergestellt.

**§ 12. Vor dem Prätor bis zur Litiskontestation.** Sind die Parteien vor dem Prätor erschienen, so muß natürlich der Kläger die *editio actionis*, auch wenn diese schon außergerichtlich erfolgt war, vornehmen, muß doch auch der Prätor wissen, worum es sich dreht. Jetzt werden zunächst eine Reihe von Vorfragen erledigt, deren Bejahung überhaupt Voraussetzung des Weitergangs des Verfahrens ist. So die Zuständigkeit des Gerichts, die Prozeßfähigkeit und Prozeßlegitimation der Parteien. Zuweilen sind hier wieder sichernde Kauttionen am Platze. Sind die Prozeßvoraussetzungen nicht gegeben, oder gibt es im materiellen Zivilrecht und im Rechte, das der Prätor ergänzend bereitstellt, für ein Anliegen, wie es der Kläger vorbringt, überhaupt keinen Rechtsschutz, so verweigert der Prätor seine Mitwirkung bei einer beabsichtigten Prozeßbegründung. Ein derartiger Beschluß heißt *denegatio actionis*. Der gegenteilige Fall führt zum *dare actionem*, dem Zulassen der Prozeßbegründung.

Tritt so die Tätigkeit des Prätors in Erscheinung, so dürfen wir aber nie des Charakters des römischen klassischen *iudicium privatum* als einer Schiedsgerichtsvereinbarung vergessen. Wenn nicht beide Parteien wollen, kommt ein *iudicium privatum* nicht zustande. Das scheint auf den ersten Blick verblüffend, sieht es doch so aus, als ob der Beklagte einfach jede Prozeßbegründung verweigern und damit dem Prozeß und Urteil entgehen könnte. Und in gewissem Sinne haben die Römer diese merkwürdige Konsequenz auch gezogen. Ein Prozeß, ein Urteil, kommt ohne Mitwirkung des Reus bei der Prozeßbegründung nicht zustande. Aber es wäre sonderbar, wenn es die praktischen römischen Juristen bei dieser Konsequenz hätten bewenden lassen. Und in der Tat, sie fanden einen brauchbaren Ausweg, ohne den theoretischen Satz anzutasten. Der Beklagte, der sich auf den ihm angebotenen Rechtsstreit nicht einläßt, obwohl ihn eine Einlassungspflicht (s. u.) trifft, ist *indefensus*. Diesem aber droht der Prätor Einweisung des Klägers in sein Vermögen (*missio in bona*) mit folgendem Verkauf an. Das ist in der Regel ein schlimmeres Übel als der schlimmste Prozeßausgang. Also wird der Beklagte sich lieber in den ihm angesagten Prozeß einlassen.

Eine solche Einlassungspflicht mit drohender Missionsfolge besteht aber nicht gegenüber jedweder *actio* des Klägers, sondern nur bei einer *actio in personam*. Bei der *actio in rem* kann der Beklagte zu allen Zeiten, selbst noch nach justinianischem Recht, sich einfach für uninteressiert erklären und die Sache verteidigungslos preisgeben. Folge solchen Verhaltens ist Besitzübergang an der Sache auf den Kläger. Überlegt sich der Beklagte später die Sache anders und will er nunmehr den Eigentumsprozeß übernehmen, so steht dem nichts im Wege; freilich muß er nunmehr die Klägerrolle übernehmen und hat damit die ungünstigere Position, die er eben seiner früheren passiven Haltung zuzuschreiben hat.



Wer sich aber in den Prozeß einläßt, sei es bei bestehender Einlassungspflicht unter dem Drucke drohender Indefensionsfolgen, sei es bei bestehender Einlassungsfreiheit freiwillig, der kann naturgemäß ein doppeltes Verhalten an den Tag legen. Er kann entweder der Behauptung des Klägers widersprechen evtl. eine *exceptio* geltend machen, oder er kann die klägerische These anerkennen. Tut er dies gegenüber der *legis actio sacramento in rem*, so liegt der aus dem Privatrecht bekannte Fall einer *in iure cessio* vor. Es ist dies ein Vorgang, der bekanntlich auch dazu verwendet werden kann, freiwillig im Wege der *iurisdictio voluntaria* unter Zuhilfenahme der prätorischen *addictio* durch ein nur anscheinend rechtsstreitiges Verfahren Eigentum zu übertragen. Bei der persönlichen Klage aber (und auch bei der sich ihr in etwa nähernden dinglichen *formula petitoria*) nimmt das Anerkenntnis einen persönlich rechtlichen Charakter an und bedeutet die Erklärung, dem Kläger das schuldig zu sein, was dieser in der Klage behauptet. Über Form und Anwendungsgebiet der *confessio in iure* oder des Anspruchsgeständnisses bestehen eine Reihe von Zweifeln und Streitfragen<sup>1</sup>. Am einfachsten gestaltet sich die Sachlage beim Anerkenntnis einer bestimmten Geldsumme. Dann gilt der Geständige wie ein Verurteilter, das Anerkenntnis ersetzt das Urteil und ist wie ein solches unmittelbar vollstreckbar. Schwieriger wird die Sache dann, wenn der Beklagte zwar das Bestehen des klägerischen Anspruchs, z. B. einer Schadensersatzforderung, zugesteht, nicht aber die Höhe derselben. Dann muß sich erst ein Schätzungsverfahren anschließen.

Wie so die *confessio in iure* den Rechtsstreit erledigen kann, ehe es zu einer Prozeßbegründung durch Litiskontestation kommt, so dient in eigenartigen Fällen, insbesondere bei der *actio certae creditae pecuniae* auf eine bestimmte Geldsumme, das *iusiurandum in iure delatum* dazu, den Rechtsstreit abzuschneiden und zu erledigen. Es ist dies ein dem Schuldner vom Kläger zugesobener Eid darüber, ob die Schuld bestehe. Der Schuldner muß sich dann entweder von der Schuld losschwören oder zahlen. In weiterer Entwicklung dieses Eidesinstituts wird dann dem Beklagten die Möglichkeit geboten, den Eid zurückzuschieben, d. h. statt selber zu schwören, daß die Schuld nicht bestehe, den Kläger zum Beschwören der Schuld zu veranlassen.

Mit diesem Zwangseide, der auf wenige Fälle beschränkt ist, darf nicht das *iusiurandum voluntarium* zusammengeworfen werden, d. h. ein von den Parteien frei nach Person des Eidleisters und Thema vereinbarter Eid. Eine solche Vereinbarung kann auch außerhalb der Gerichtsstätte geschehen. Die Wirkungen dieses Eides sind schwächer; hat der Kläger ihn geschworen, so ist ein solcher Schwur niemals vollstreckbar, sondern nur wieder Grund für eine *actio ex iureiurando*.

**§ 13. Die Litiskontestation.** Verläuft der Rechtsstreit bisher ohne Zwischenfälle — wie Denegation, *confessio in iure* oder *iusiurandum in iure delatum* —, so steuert das Verfahren *in iure* naturgemäß auf die Prozeßbegründung zu. Im Schriftformelverfahren kommt es nun darauf an, daß eine Formel gefunden werde, die sowohl den Beifall beider meist von Juristen beratenen Parteien, als auch den des Prätors finde. So sehr formell der Rechtsstreit und seine Formulierung Sache der Parteien ist, so zeigt sich doch gerade jetzt die Macht des Prätors. Denn ohne ihn bringen es die Parteien eben zu keinem staatlich autorisierten, sondern höchstens zu einem privaten Schiedsgericht. Dabei hat es der Prätor in der Hand, dem eigensinnigen Kläger einfach die *actio* zu denegieren; dieser kommt dann eben nicht zu seinem Ziele. Weigert sich der Beklagte — nach prätorischem Ermessen grundlos — auf die vorgeschlagene Formel hin die Litiskontestation zu vollziehen, so kann ihn der

<sup>1</sup> Die neueste Abhandlung zu diesen Fragen stammt von M. Wlassak: *Konfessio in Jure und Defensionsweigerung nach der lex Rubria de Gallia Cisalpina*. Sb. Bayer. Akad. d. Wissensch. 1934, 8. Abh. Vgl. auch die vom Autor verfaßte eingehende Inhaltsangabe im Schlußheft der Sb. 1934.

Prätor für indefens erklären und die Missionswirkungen (unten Abschn. V § 19, 2) gegen ihn spielen lassen. Einfacher ist die Formelgestaltung dann, wenn das schon im Edikt des Prätors vorgesehene Blankett nur mit den Namen der Parteien und dem konkreten Streitgegenstand ausgefüllt, evtl. noch eine auch schon im Edikt vorgesehene Exzeption eingeschaltet zu werden braucht. Schwieriger dann, wenn im Edikt der konkrete Streitfall noch nicht vorgesehen ist und erst unter Beihilfe der Juristen eine *actio in factum* gefunden werden muß, die auch dem Prätor zur Zulassung genehm ist. Ist eine Formel gefunden, deren Text die Zustimmung beider Parteien und die Billigung des Prätors gefunden hat, so muß noch ein Judex bestimmt werden, der nach dem in Aussicht genommenen Formelprogramm judizieren soll. Dieser wird entweder aus überhaupt zum Richteramt fähigen Römern ausgewählt oder in der Regel nur aus den Listenrichtern (o. § 7, 2) ausgelost und muß ebenfalls die Billigung des Prätors finden. Denn sein Name kommt ja an die Spitze der Formel und an ihn richtet sich der inhaltlich der Formel parallele, aber vom Prätor ausgehende Judikationsbefehl.

Nun kann zur *litis contestatio* geschritten werden. Sie ist ein zwischen den Parteien geschlossenes Formalgeschäft und besteht in der unter Zeugenziehung geschehenden formellen Übergabe (*edere iudicium*) und Entgegennahme (*accipere iudicium*) der Schrifturkunde.

An diese Litiskontestation knüpft nun das römische Privatprozeßrecht eine Reihe der wichtigsten Folgen. Dahin gehört in erster Linie die sog. Ausschlußwirkung der Litiskontestation, die im alten Rechtsspruchwort „*de eadem re ne bis sit actio*“ oder in der uns geläufigeren Formulierung „*ne bis in idem*“ ihren Ausdruck findet. Dabei ist zwischen zwei Gruppen von Aktionen zu unterscheiden. Bei obligatorischen Klagen mit einer *intentio in ius concepta*, die in einem *iudicium legitimum* verhandelt werden, tritt die eigentliche Konsumptionswirkung ein. Nach einmal vollzogener Litiskontestation ist der materiellrechtliche Anspruch aufgezehrt und in eine Prozeßobligation verwandelt, die ihrerseits binnen 1 ½ Jahren längstens durch Urteil erledigt sein muß, soll nicht der Prozeß dauernd unerledigt bleiben. Diese Prozeßbefristung verhütet eine Prozeßverschleppung. Die Konsumtion des obligatorischen Anspruchs schloß jede neuerliche Litiskontestation *ipso iure* aus, mochten auch beide Teile den nicht erledigten Prozeß von neuem zu beginnen Lust gehabt haben. Bei *iudicia quae imperio continentur* und bei dinglichen Klagen sowie bei obligatorischen *actiones in factum* trat diese Wirkung nicht von Rechts wegen ein, sondern nur wenn der Beklagte durch *exceptio rei in iudicium deductae* sich auf die bereits erfolgte Litiskontestation berief.

Die weiteren Wirkungen der Litiskontestation lassen sich auf das Prinzip zurückführen, daß der Kläger genau das bekommen soll, was er hätte, wenn er im Moment der Prozeßbegründung schon befriedigt worden wäre. Die der Unvollkommenheit aller staatlichen Einrichtungen, also auch der Dauer des Prozesses bis zum Urteil, anhaftenden Wirkungen sollen so möglichst paralysiert werden. Daher die verschiedenen Vorschriften über Früchteherausgabe bei der Reivindikation, über Prozeßzinsen, über Vererblichkeit sonst unvererblicher, aber noch rechtzeitig kontestierter Ansprüche, über Unveräußerlichkeit der *res litigiosa* und anderes.

Zuweilen ist es bedenklich, den Prozeß entstehen zu lassen. Wer z. B. bei einer *actio legis Aquiliae* es auch nur bis zur Litiskontestation kommen läßt, muß diese hartnäckige Leugnung des Klageanspruchs im Falle der Verurteilung mit dem Doppelten büßen (*lis infititando crescit in duplum; poenae temere litigantium*).

## B. Das Verfahren apud iudicem.

§ 14. Das Verfahren bis zum Urteil. In der Formel ist dem Judex das Prozeßprogramm mitgeteilt, d. h. die Voraussetzungen, unter denen er ein verurteilendes

Erkenntnis zu fällen, bei deren Fehlen er freizusprechen hat. Der Judikationsbefehl des Prätors macht ihm die Übernahme des Richteramts zur staatlichen Bürgerpflicht. Jetzt gilt es, die Voraussetzungen für das Urteil zu prüfen; die Parteien müssen zu diesem Zwecke dem Richter die Richtigkeit ihrer Behauptungen zu erweisen trachten. Die Parteien, bzw. ihre Redner, halten dazu Vorträge, in denen sie zunächst ihren Standpunkt festlegen, dann aber jeweils das Ergebnis der Beweisaufnahme verwerthen, wohl auch so zu färben trachten, wie es für die Partei paßt. Das Verfahren ist von den Grundsätzen des beiderseitigen Gehörs, der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, auch der Öffentlichkeit beherrscht. Das beiderseitige Gehör garantiert aber jeder Partei nur gehört zu werden, wenn sie da ist und spricht. Ausbleiben vor dem Judex führt zum Versäumnisverfahren und zum Richterspruch im Sinne der Darlegungen des unwiderlegt bleibenden Anwesenden.

Den Hauptinhalt des Verfahrens vor dem Judex bildet die Beweisaufnahme. Beweislast und Beweisthema ist im großen und ganzen schon in der Formel vorgesehen. Der Kläger muß z.B. bei einer *actio certae creditae pecuniae* nach der Formel *Si paret N<sup>m</sup>. N<sup>m</sup>. A<sup>o</sup>. A<sup>o</sup>. centum dare oportere N<sup>m</sup>. N<sup>m</sup>. A<sup>o</sup>. A<sup>o</sup>. centum condemnato* beweisen, daß eine Schuld von 100 zustandegekommen ist, sei es durch Darlehen oder Stipulation; der Beklagte, welcher etwa behauptet, daß das Darlehen zurückgezahlt sei (rechtsaufhebende Tatsache), muß das beweisen; ebenso natürlich eine *exceptio*, z.B. ein Stundungsversprechen des Klägers. Beweisgründe erwachsen aus der Verwertung der verschiedenen Beweismittel, so aus der Person des herbeigeholten Zeugen dessen den Richter überzeugende Aussage. Die vornehmlichsten Beweisgründe sind Zeugenaussagen, in Urkunden niedergelegte Erklärungen, Augenschein, Gutachten Sachverständiger, aber auch die Aussagen der Parteien selbst. Bei aller gebotenen Skepsis gegen Erklärungen, welche die Parteien selbst in eigener Sache abgeben, sind diese doch nie als Beweisgründe ganz zu umgehen, ja oft genug sind sie die wichtigsten, wenn nicht zuweilen die einzigen Beweisgründe. Dabei können sich die Parteien auch vor dem Judex Eide zuschieben und solche zurückschieben. Gegen den Willen einer Partei und unbekümmert um das Verhalten des Gegners, also auch ohne Parteienantrag überhaupt, dürfte aber der Richter in der klassischen Zeit eine Eidesverfügung noch nicht haben treffen können. Das nachklassische Recht kennt auch ein solches *iusiurandum iudiciale*. Denn obwohl der Richter im klassischen Recht in der Beurteilung der von den Parteien vorgebrachten Beweisgründe vollkommen frei ist (Theorie der freien Beweiswürdigung), ist er doch vermutlich noch an die von den Parteien beigebrachten Beweisgründe gebunden gewesen (Verhandlungsmaxime) und hat wohl noch nicht durch eigene Initiative inquisitionsweise neues Beweismaterial herbeischaffen dürfen. Ein gegenteiliger Ausspruch Ulpian's dürfte interpoliert sein (Dig. 11, 1, 21).

Ist das Beweisverfahren geschlossen, so halten die Parteien, bzw. deren Vertreter ihre letzten Wechselreden, worauf das Urteil gefällt wird.

§ 15. Das Urteil (*sententia*; nach der inhaltlichen Seite betrachtet: *res iudicata*) ist je nach der Art der Klage entweder Feststellungs-, oder (bei Teilungsklagen) Rechtsänderungs-, oder in der Regel (bei Leistungsklagen) kondemnatorisches Leistungsurteil, bzw. absolutorisches Urteil (Freispruch des Leistungsbeklagten). Das Urteil soll den Prozeß erledigen. Auf Grund des kondemnatorischen Leistungsurteils verlangt der siegreiche Kläger Erfüllung des Urteils, andernfalls er zur Vollstreckung schreiten wird.

Es ist ein allgemeiner Erfahrungssatz zu allen Zeiten: kaum jemals sind beide Parteien mit dem Urteil zufrieden, meist wünscht die eine von ihnen neuerliche Untersuchung. Der zufriedene Teil hat aber das Interesse, daß der Prozeß ein für allemal erledigt sei. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die endgültige Erledigung eines Rechtsstreits ohne Möglichkeit einer Neuaufrollung angenommen werden soll, führt uns vor das Problem der sog. Rechtskraft des Urteils, und

der damit zusammenhängenden Rechtsmittellehre. Wenn wir heute von Rechtsmitteln sprechen, so denken wir an eine übergeordnete Gerichtsinstanz, welche das Urteil des Unterrichters zu überprüfen berufen ist. Es ist demgegenüber bei einer Gerichtsverfassung, wie der des klassischen römischen Prozesses, wo der Bürger über den Streit der Bürger geurteilt hat, wo es über dem Bürgergericht kein höheres Bürgergericht gibt, nur logisch, daß eine Appellation gegen das Urteil des *Judex* ausgeschlossen ist. Erst in der Beamtengerichtsbarkeit kann sich ein Rechtszug vom niederen zum höheren und schließlich höchsten (kaiserlichen) Gericht ausbilden. Von da ab ist möglicherweise die Appellation auch ins Formularverfahren eingedrungen. Dagegen kann schon das Urteil des Volksrichters mit einer Nichtigkeitsbeschwerde deshalb angegriffen werden, weil es von Rechts wegen nicht ein verfehltes, sondern überhaupt gar kein Urteil sei; z. B. etwa die eine *Patrei* geisteskrank und daher nicht prozeßfähig war, oder der Richter die eine Partei nicht hatte zu Wort kommen lassen, oder die Weisung in der Formel eigenmächtig übertreten hatte. Eine solche Nichtigkeitsbeschwerde war aber mit dem *periculum dupli* verbunden. Außerdem konnten nur noch die außerordentlichen Rechtsmittel der *restitutio in integrum* gegen ein erflossenes Urteil, und der Interzession gegen die Ausführung des Judikationsbefehls helfen. Endlich gab es gegen den *iudex qui litem suam fecit* eine Ersatzklage.

Ist kein Rechtsmittel möglich oder sind die Rechtsmittel alle erschöpft, so wird das Urteil rechtskräftig. Im klassischen römischen Prozeßrecht tritt die Bedeutung des Urteils gegenüber der schon geschilderten Bedeutung der Litiskontestation zurück. Diese hatte, wie wir gesehen haben, Ausschlußwirkung, die sich bei obligatorischen Klagen mit *intentio in ius concepta* im *iudicium legitimum* zur *ipso iure*-Konsumptionswirkung steigerte, während beim Fehlen einer dieser drei Voraussetzungen nur die *ope exceptionis*-Wirkung der *exceptio rei in iudicium deductae* eintrat. Durchaus parallel dazu wirkte im einen Falle das Urteil *ipso iure*, während im anderen Falle der Sieger im ersten Prozeß gegen neuerliches Prozeßbegehren die *exceptio rei iudicatae* schon gleich *in iure* erheben und in die Formel einschalten lassen mußte. Diese *exceptio* wurde mit der vorgenannten gegen Erneuerung der Litiskontestation zur einheitlichen *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* zusammengefaßt. Die ganze Frage aber ist beherrscht vom Gedanken des Prozesses als Parteiensache, zu der die amtliche Autorisation nur hinzutritt. Der Beklagte, der, obwohl schon freigesprochen, ein zweites Mal zum Prozeß vom Kläger herausgefordert wird, muß sich die Frage vorlegen: kann ich den neuen Prozeß ohne Exzeption riskieren oder soll ich deren Einschaltung erwirken? Die Geltendmachung der entschiedenen Rechtssache erscheint so zunächst mehr als eine Angelegenheit der dadurch bedrohten Partei. Allmählich erst macht sich daneben ein anderer Gesichtspunkt bemerkbar, der das Staatsinteresse an der endgültigen Erledigung einer einmal entschiedenen Streitsache in den Vordergrund stellt und das Urteil von Amts wegen berücksichtigt.

Heute pflegen wir, um auch diese Frage noch zu berühren, von der formellen die materielle Rechtskraft des Urteils zu unterscheiden. Das bisher Gesagte ging auf die formelle Rechtskraft: das einmal gefällte Urteil kann im ordentlichen Rechtswege nicht mehr angegriffen werden, ja es kann nicht nur kein zweites Mal judiziert, es kann auch schon kein zweites Mal mehr *lis* kontestiert werden: *bis de eadem re ne sit actio*. Fragen wir nun aber positiv: worüber und zwischen welchen Personen hat das Urteil über die erste *actio* ein für allemal Schluß gemacht, so stehen wir vor dem Problem der sog. materiellen Rechtskraft. Dort wo die formelle Rechtskraftlehre nicht ausreicht, z. B. wenn der mit der *rei vindicatio* verurteilte Beklagte nunmehr seinerseits die *rei vindicatio* gegen den siegreichen Gegner erheben würde — ein Fall, bei dem man kaum wird sagen können, das sei *eadem actio* — zeigt sich die Schwierigkeit. Die Frage ist fürs römische Prozeßrecht nicht erledigt und

auch die mit ihr zusammenhängende andere Frage, ob das Urteil nur zwischen den Parteien wirkt, oder auch auf andere Personen Einfluß hat oder doch Reflexwirkungen äußert, hat, wie neuerliche Untersuchungen zeigen, mehr kasuistische als erfolgreiche prinzipielle Lösungen gezeitigt. Allgemein darf bemerkt werden, daß die Parteien und deren Rechtsnachfolger durch das Urteil gebunden sind.

#### Vierter Abschnitt.

### Die Exekution.

§ 16. **Allgemeines.** Geht das Urteil auf eine Leistung des verurteilten Beklagten, so ist dem Kläger mit der bloßen Feststellung der Leistungspflicht nicht immer gedient. Häufig freilich erfüllt der Verurteilte freiwillig. Wie aber, wenn das nicht der Fall ist? Der Gläubiger, wie wir in diesem Stadium den siegreichen Kläger wieder nennen wollen, darf ja nicht selbst gegen den Schuldner vollstrecken. Das römische Recht hat das Prinzip der staatlichen Exekution entwickelt. Dabei ist allerdings die Mitwirkung des Gläubigers (entsprechend der starken privaten Note im ganzen Privatprozeß) sehr bedeutsam. Ja man kann bei der römischen Exekution der ältesten Zeit sogar sagen, daß der Magistrat nur die Rolle des Mitwirkenden beansprucht und sich damit begnügt, daß der private Urteilsvollstrecker sich zu seinen Gewaltakten gegen den Schuldner die Autorisation des Staatsorganes erholt. Erst in der prätorischen Vermögensexekution tritt der Magistrat deutlicher in den Vordergrund.

Im allgemeinen läßt sich sagen, daß im Exekutionsrecht der Schuldners, der unserer Zeit so charakteristisch ist, zunächst (vgl. aber § 18. 3. 4) ganz zurücktritt gegen den Schutz des Gläubigers und seines Kapitals. Der Zug des römischen Exekutionsrechts läßt von sozialen Anwendungen zunächst kaum etwas verspüren. Dazu kommt noch eine starke, atavistische Reminiszenz. Uns ist heute das geläufige Ziel der Exekution Befriedigung des meist materiellrechtlichen Anspruchs des Gläubigers. Das römische Recht dagegen faßt — wie andere Rechtsordnungen ja ebenso — auf früher Entwicklungsstufe in stärkstem Maße, aber auch noch später, die Exekution als Willensbeugung des halsstarrigen Schuldners und als Strafe für Nichterfüllung auf. Unter diesen Gesichtspunkten werden uns die folgenden Hinweise aufs positive Exekutionsrecht der Römer weniger verwunderlich erscheinen.

§ 17. **Die Personalexekution der älteren Zeit.** Schon in den Zwölftafeln ist ausführlich die älteste Personalexekution geregelt, d. h. die Vollstreckung in die Person des nichtleistenden Schuldners. Die Strenge dieses Schuldrechts läßt erkennen, daß eine Vermögensexekution, die übrigens theoretisch gewiß in der Personalexekution mit enthalten war, kaum je von praktischer Bedeutung gewesen wäre, da jeder Schuldner, um sich vor der drohenden Personalexekution zu erretten, gewiß all sein Vermögen lieber früher schon dem Gläubiger preisgab, ehe dieser die äußersten Schritte gegen Leib, Leben und Freiheit des Schuldners ergriff. Nur ausnahmsweise begegnet eine Spezialexekution auf einzelne Sachen des Schuldners, die der Gläubiger eigenmächtig nach dem Formular der *legis actio per pignoris capionem* pfänden durfte: nämlich bei steuerrechtlichen und sakralrechtlichen, also übers Gebiet des reinen Privatrechts hinausreichenden Forderungen.

Die normale Exekution vollzog sich nach dem Formular der *legis actio per manus iniunctionem*. Der Schuldner hatte nach dem Urteil 30 Tage Zeit zur Erfüllung. Sodann wurde er vor den Prätor geschleppt und, wenn sich niemand seiner als Bürge und Zahler der Schuld erbarmte, vom Prätor dem Gläubiger zugesprochen. Dann mußte ihn dieser gefesselt halten und noch an drei Markttagen zur Lösung ausbieten. blieb auch dieser Versuch erfolglos, so konnte der Gläubiger den Zahlungsunfähigen töten oder in die Fremde als Sklaven verkaufen. Mehrere Gläubiger konnten den Schuldner „in Stücke schneiden“. Das ist die Kodifikation des Rechts der

Rache gegenüber demjenigen, der seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Mit dem steigenden kapitalistischen Nützlichkeitsinn wird natürlich der Rachetrieb zurückgedrängt, und es ist begreiflich, wenn uns berichtet wird, daß die Gläubiger den Schuldner nicht töteten: der Verkauf in die Fremde und die Teilung des Erlöses ist gewiß einträglicher und praktischer, und man mochte darum schon auf die Rachelust verzichten. Eine Milderung des strengen Schuldrechts ist an den Namen einer *lex Poetelia* geknüpft: das Verbot der Fesselung, Tötung und auch des Verkaufs des Schuldners und wohl auch die Ermöglichung der Abarbeitung der Schuld. Aber die Möglichkeit der Vollstreckung in die Person des Schuldners ist zu allen Zeiten römisches Recht geblieben, und auch die spätere Kaisergesetzgebung begnügte sich mit Beschränkungen der Machtbefugnisse des Gläubigers, insbesondere mit dem Verbote der Anhaltung des Schuldners im Privatkerker.

§ 18. *Actio iudicati* und Vermögensexekution. 1. Im Schriftformelverfahren tritt an Stelle der *manus iniectio* mit ihren Spruchformeln ein der neuen Zeit angepaßtes Verfahren, das im wesentlichen zunächst als Exekutionshandlung eine Wiederholung der Prozeßeinleitung bietet (*actio iudicati*). Aber freilich führt diese *actio iudicati* in der Regel nicht zu einem — übrigens mit dem *periculum dupli* für den bestreitenden Schuldner verbundenen und nur selten bloß *in simplum* gehenden — Prozeß, sondern endet — vgl. die *confessio in iure* des Prozeßrechts (oben §12) — mit dem Urteilsanerkennnis, worauf der Magistrat den Gläubiger zu den weiteren Vollstreckungshandlungen autorisiert. Daß sich diese auch jetzt noch als Personal- exekution auswirken können, ist schon gesagt worden.

2. Regelmäßig aber tritt im prätorischen Recht dieser Zeit Vermögensexekution ein. Das Eigentümliche derselben ist nun ihr genereller Charakter. Es wird von der Exekution nicht so, wie wir das verständlich finden, nur zunächst das eine oder andere Vermögensstück des Schuldners erfaßt, sondern gleich wegen jeder nicht bezahlten prozessual festgestellten Schuld das Gesamtvermögen. Damit ist der Konkurs die normale Vermögensexekution. Sie vollzieht sich in einem ziemlich komplizierten Verfahren als *missio in possessionem* mit folgendem Verkauf des Gesamtvermögens des Schuldners an denjenigen, welcher den Gläubigern für die ihm zufallende Konkursmasse die höchsten Prozente ihrer Forderungen zu zahlen verspricht. Solcher Konkurs droht außer dem nichtzahlenden verurteilten Schuldner namentlich auch dem *indefensus*. Der Konkurs ist mit Infamiefolge für den Kridar verbunden.

3. Gewisse Erleichterungen — namentlich Abwendung der Infamiefolge und *beneficium competentiae* (Befreiung von der Personal- exekution, späterhin Rechtswohlthat des Notbedarfs) — brachte dem Schuldner die freiwillige Preisgabe seines Vermögens durch *cessio bonorum*.

4. Allmählich machen sich Ausnahmen von dem Prinzip des Gesamtvermögensverkaufs geltend. So bei Personen senatorischen Standes, bei Pupillen und anderen Schutzbedürftigen. Aber erst das Recht der *extraordinaria cognitio* beschränkt den Konkurs auf die Fälle der Zahlungsunfähigkeit und führt für die normale Vollstreckung von Urteilen die Spezial- exekution durch Pfändung schuldnerischer Vermögensobjekte ein (*pignus in causa iudicati captum*).

5. Entwickelt sich so auch das römische Recht in der Linie eines Schutzes des Schuldners weiter, so hat es doch nie den Gläubiger vergessen und hat auch Maßnahmen dagegen getroffen, daß der Schuldner Vermögensgegenstände z. B. durch Versenkung an Verwandte und Angehörige, durch Verschleuderung und Verkauf an Spießgesellen so „rechtzeitig“ beiseite schaffte, daß die Exekution erfolglos blieb. Dagegen sind eine Reihe von Schutzmitteln ersonnen worden, die schließlich in einer sog. *actio Pauliana* gegen jeden fraudulösen Erwerber von Vermögenswerten des Kridars zusammengefloßen und für unsere Anfechtungsgesetzgebung vorbildlich geworden sind.

## Fünfter Abschnitt.

**Außerprozessualischer Rechtsschutz.**

§ 19. **Wesen und Fälle.** Während im ordentlichen Prozesse die Stellung des Prätors mehr autorisierend ist, und die Parteien selbst es sind, die den Prozeß durch die Litiskontestation begründen, gibt es andere Teile der Rechtsschutzgewährung, wo der Prätor selbst untersuchend und entscheidend hervortritt. Auch diese Tätigkeit gehört zur prätorischen Jurisdiktion, die selbst wieder nur eine Teilerscheinung des Imperiums ist. Hierher sind zu rechnen:

1. Die *stipulationes praetoriae*, die der Prätor in gewissen Fällen, um seine Rechtsschutzziele zu erreichen, die Parteien einzugehen zwingt. Einige von ihnen dienen dem Fortgang des Prozesses der Parteien, z. B. die *cautio iudicatum solvi*, das Urteils-erfüllungsgelöbnis, das zuweilen der beklagten Seite auferlegt ist; andere sollen erst einen Anspruch begründen, z. B. die *cautio usufructuaria*. Dem Prätor stehen als Zwangsmittel *denegatio actionis*, *missio in bona*, *pignoris capio*, auch *multae dictio* zur Verfügung.

2. *Missiones in possessionem*. Sie begegneten uns als Exekutionsmittel und als indirektes Zwangsmittel gegen den Indefensus oder den sonst Unbotmäßigen. Ein bekanntes privatrechtliches Beispiel bietet das Verfahren bei der *cautio damni infecti*.

3. *Restitutiones in integrum*. Mit ihnen beseitigt der Prätor einen im ordentlichen Rechtswege eingetretenen Erfolg. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stellt denjenigen Zustand wieder her, der da wäre, wenn die rechtsändernde juristische Tatsache nicht eingetreten wäre. Beispiele sind aus dem Privatrecht geläufig: es genügt an die Restitutionen Minderjähriger und Abwesender gegen nachteilige Rechtsfolgen, ferner an die Restitutionen wegen *dolus* und wegen Erpressung (sog. *vis compulsiva*) zu erinnern. Der Prätor erläßt das Restitutionsdekret und stellt dann auf verschiedenen Wegen den diesem entsprechenden Rechtszustand wieder her.

4. *Interdicta*. Ein eigenartiges, in seinen Ursprüngen nicht mehr klar erkennbares Verfahren knüpft sich an den Terminus *interdictum*. Beim Interdikt tritt, ganz anders als bei der Schriftformel des ordentlichen Verfahrens, der Magistrat befehlend oder verbietend hervor. In der Gestaltung des Verfahrens treten die Interdikte äußerlich nahe an die Prozeßformen heran, aber ihrem Wesen nach sind sie stets in erster Linie Mittel, um polizeilich-verwaltungsrechtlich die Ordnung gegen Störungen zu schützen, erst in zweiter Linie kommt dabei der Schutz privater Interessen in Betracht. Ursprünglich waren wohl die Befehle unbedingt; erst mit der steigenden Geschäftslast lag es nahe, auch beim Interdikt den konkreten Rechtsspruch in eine allgemein abstrakt gehaltene hypothetische Formel zu kleiden. Man vergleiche die aus der Besitzlehre wohlbekannte Formel des *interdictum utrobi*. Zunächst ist also das Interdikt Befehl oder Verbot. Wird es befolgt, so ist sein Ziel erreicht. Erst wenn es nicht befolgt wird, schließt sich ein umständliches Prozeßverfahren an. Aber trotz seiner Umständlichkeit gilt es doch als ein beschleunigtes Verfahren und führt durch verschiedene Mittel rascher zum Ziele als der gewöhnliche Prozeßgang.

Ihrem Inhalt nach dienen die Interdikte bald der öffentlichen Ordnung, so der Wege- und Wasserordnung, dann dem Schutz der *res divini iuris* und führen so aus den Engen des Privatrechts hinaus ins Leben der antiken Gemeindeverwaltung; bald aber schützen sie die dem Staate nicht gleichgültige private Ordnung: Personen- und Familienstand, Erbrecht, Besitz und Pfandrecht.

## Sechster Abschnitt.

**Das amtliche Kognitionsverfahren.**

§ 20. **Wesen und Entwicklung.** Der dieser Darstellung zu Gebote stehende Raum ermöglichte nur eine knappe Skizze des ordentlichen Formularprozesses vor dem von den Parteien bestellten Volksrichter. Es erübrigt hier noch anhangsweise ein paar Andeutungen, die z. T. schon im Laufe der Darstellung gemacht werden konnten, zusammenzufassen, um einen Einblick in die Richtung der weiteren Gestaltung des römischen Prozeßrechts bis auf die Zeit Justinians zu gewinnen.

Im Gegensatz zum ordentlichen zweigeteilten Verfahren, dem *ordo iudiciorum privatorum*, steht die sog. *cognitio extra ordinem* oder die *extraordinaria cognitio*. Der charakteristische Unterschied beider Prozeßarten besteht in Folgendem: beim *ordo iudiciorum* beruht die Stellung des Judex auf der von den Parteien einverständlich durch die Litiskontestation getroffenen Vereinbarung, ihren Rechtsstreit in einem formelhaften Prozeßprogramm einem von ihnen bestellten Judex zur Entscheidung zu überweisen. Von einem gewöhnlichen privaten Schiedsrichter unterscheidet sich dieser Judex aber dadurch, daß die Parteien zu Formel und Richterbestellung vom Prätor autorisiert werden, und daß der Prätor dieser Autorisation im Judikationsbefehle an den Judex sichtbaren Ausdruck verleiht. An Stelle dieses hybriden, zwischen privatem Schiedsrichtertum und staatlichem Richteramt stehenden Gerichts tritt in der Beamtenkognition eine von dem Gutdünken der Partei grundsätzlich unabhängige, vielleicht dem einen oder dem anderen der Streitteile, vielleicht beiden erwünschte, vielleicht aber auch unerwünschte Gerichtsbehörde: ein staatlicher Richter.

Aber die Entwicklung vollzieht sich langsam und entsprechend dem römischen Konservatismus unter starker Anlehnung an die Äußerlichkeiten des alten Rechts. So ist es durchaus nicht zutreffend, in der Zweiteilung oder in der formelhaften Instruktion des Judex den Gegensatz zu suchen. Das Wesentliche der neuen Zeit mit dem sich neu entfaltenden, in der Republik gehemmt gewesenem Imperium ist die jetzt vom Imperienträger abhängige und durch ihn allein gehaltene Stellung des Judex. Dieser ist jetzt ein *iudex datus*, kein Volksrichter, sondern ein beamteter Richter. Der Magistrat, der ihn zuweilen unter mehr oder weniger starker äußerlicher Anlehnung an den Vorgang bei Bestellung des Volksrichters durch die Parteien bestellt, könnte auch das ganze Prozeßverfahren vor sich erledigen lassen. Die Zweiteilung, die Bestellung des Judex mit einer formelhaften, auch formelartigen Instruktion, ist jetzt — auch wo und solange sie im neuen Verfahren noch äußerlich festgehalten wird — nicht mehr, was sie im republikanischen Staate war: der Ausfluß einer demokratischen Grund- und Schutzordnung gegen das volle magistratische Imperium. Dieses hat vielmehr seine Fülle wiedererlangt: der Magistrat hat nicht mehr bloß die Autorisation des Gerichts, sondern die volle, auch die Judikation (Urteilsfällung) mit umfassende Jurisdiktion. Was er davon an Unterbeamte abgeben will, ist Sache seines Ermessens.

Diese prinzipiellen Eigentümlichkeiten des der neuen Zeit entsprechenden neuen, recht eigentlich von allem parteilichen Schiedsverfahren losgelösten amtlichen Verfahrens zeigen sich nun in einer Reihe von geänderten Einzelsvorschriften, die sich aber alle auf die geschilderte verschiedene Grundeinstellung zurückführen lassen.

Natürlich hat das amtliche Verfahren auch in der Zeit zwischen Augustus und Justinian vielerlei Veränderungen erfahren, aber niemals mehr eine von solcher staatsrechtlicher und prozeßpolitischer Bedeutung, wie es die Abkehr vom parteilichen Schiedsverfahren und seine Ersetzung durch einen dem öffentlichen Recht angehörigen Zivilprozeß gewesen ist. So sehr also anfänglich mancher Kognitionsprozeß äußerlich mehr einem klassischen Formelverfahren ähneln mochte als etwa einem justinianschen Prozesse, so gehört doch von einer höheren — staatsrechtlichen



— Warte aus besehen, der ganze Entwicklungsgang zusammen, der uns einen Prozeß vor dem Beamtengerichte und nicht mehr vor dem von den Parteien erwählten Spruchrichter zeigt. Von diesem allgemeinen Gesichtspunkte rechtsgeschichtlicher Entwicklung aus dürfen die folgenden grundsätzlichen Bemerkungen auch noch für das justinianische Prozeßrecht gelten, ohne daß wir natürlich auf positive Einzelheiten dieser Entwicklung näher einzugehen vermöchten.

§ 21. Die amtliche Ladung. Unter dem Einflusse provinziellen Prozeßrechts beginnt die Ladung aus einem rein parteilichen zu einem zunächst halbamtlichen Akte zu werden. Zwar erhält sich die außergerichtliche Edition, ja diese mag sich wohl auch noch mehr oder minder verstandener Formeln bedienen, aber es bildet sich eine schriftliche Klagenzustellung aus, bei der sich der Kläger begreiflicherweise gerne der Mitwirkung eines behördlichen Organs versichert, sei es daß — in der einfachsten Form — die Behörde den Kläger zur Zustellung autorisiert, sei es daß auf Bitten des Klägers ein Diener die Ladung ausrichtet, sei es daß die Ladung auf der Amtstafel angeschlagen wird. Sehr komplizierte und im einzelnen nicht überall klar erkennbare Vorschriften des theodosianischen Kodex über die Prozeßeinleitung durch Streitansage oder Litisdenuntiation bilden eine Vorstufe des justinianischen Rechts, wo stets das Gericht schon bei der Ladung zwischen und über den Parteien steht.

§ 22. Folgepflicht und Kontumazialverfahren sind weitere Konsequenzen des amtlichen Verfahrens. Der Geladene hat jetzt der Behörde zu folgen, ihr hat er Kautions zu stellen, daß er erscheinen und sich für den Prozeß parat halten werde. In der absoluten Epoche treten uns die sozialen Gegensätze auch im Prozeßrecht immer mehr entgegen. Große Herren brauchen nur eidlich ihr Erscheinen zuzusagen. Kleinere Leute müssen Bürgen stellen. Wer das nicht kann, wird einfach bis zur Erledigung des gegen ihn geltend gemachten Anspruchs eingesperrt. Der Rechtsschutz wird als eine den Untertanen gewährte Gnade befunden und empfunden. Unfolgsamkeit gegenüber dem Gestellungsbefehl der Behörde ist Mißachtung des Staates. Der Trotz des *contumax* wird aber am einfachsten dadurch gebeugt, daß man auch ohne ihn das Versäumnisverfahren (Kontumazialverfahren) durchführt. Eine weitere Steigerung der Gerichtshoheit tritt in der byzantinischen Zeit ein, wenn auch der Kläger vorgeladen und im Ungehorsamsfalle auch er von der Kontumazialfolge eines in seiner Abwesenheit gegen ihn gefällten Urteils bedroht wird.

§ 23. Die Einlassungspflicht hält sich in den früheren Grenzen. Sie fehlt auch jetzt noch im dinglichen Rechtsstreit.

Die *confessio* kann, seit es keine prinzipielle Scheidung des Verfahrens *in iure* und *apud iudicem* mehr gibt, nur mehr inhaltlich bestimmt sein. Entweder es ist das Geständnis ein gerichtliches Anerkenntnis des Anspruchs, womit der *confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur* (Dig. 42, 2, 1), oder das Geständnis erstreckt sich nur auf Tatsachen und bildet dann nur einen Beweisgrund.

Eine viel stärkere Umgestaltung hat das klassische Parteieneidesrecht erfahren. Zunächst können wir eine gewaltige Ausdehnung des Anwendungsgebietes des *iusiurandum in iure delatum* beobachten. Dieser Eid wird nicht nur über das ihm vom klassischen Prozeßrecht zugewiesene Spezialgebiet hinaus für zulässig befunden, sondern auch durch Verquickung mit der eidlichen Aussage einer Partei vor dem *Judex* zu einem neuen, sehr komplizierten Rechtsinstitut gestaltet, zum *iusiurandum necessarium*. Besonders deutlich unterscheidet sich dieses *iusiurandum necessarium* des nachklassischen Rechts vom Eid vor dem Prätor der klassischen Zeit dadurch, daß der spätere „Schieds- und Zwangseid“ niemals mehr ein Urteil zu ersetzen vermag.

§ 24. Die Litiskontestation. Der normale Gang des Verfahrens vor Gericht zeigt zunächst rein äußerlich betrachtet ganz ähnliche Züge wie im früher geschilderten ordentlichen Prozeß. Aber freilich die Litiskontestation hat diejenige zentrale

Bedeutung verloren, die ihr als dem Prozeßbegründungsakte im *ordo iudiciorum* zukam. Konnte man, solange sich das Verfahren noch äußerlich in das vor dem Beamten und das vor dem *iudex datus* teilte, und insbesondere solange der *iudex* mit einer formelähnlichen Instruktion dirigiert wurde, wenigstens äußerlich eine gewisse Ähnlichkeit mit dem klassischen Verfahren festhalten, so war im einheitlichen Prozeß die Frage um so schwerer zu beantworten, an welchen Zeitpunkt dieses neuen Verfahrens man die Wirkungen der Litiskontestation knüpfen wollte. Alles, was im klassischen Recht so klar zusammenstimmt und so logisch durchdacht erscheint, ist jetzt in Verwirrung, da man — gerade in der justinianischen Zeit noch — sich an alte Formen klammert, wo doch, wie gezeigt, die Prinzipien ganz andere geworden sind. So hat man im 5. Jahrhundert die Unterbrechung der Klagenverjährung mit der Zustellung der Klagschrift eintreten lassen. So hat man die Idee der Ausschlußwirkung und insbesondere die Klagenkonsumptionsidee der klassischen Zeit und die Lehre von der *exceptio rei in iudicium deductae* eingebüßt und damit die klassische Klagenkonkurrenzlehre verloren. Wie wenig sicher man aber in der Bestimmung der neuen Litiskontestation geworden war, zeigen zwei Konstitutionen, eine von 202 n. Chr. Cod. Just. 3, 9, 1, die aber z. T. und auch gerade in dieser Definition interpoliert ist: *lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*, während die andere Konstitution von Justinian selber stammt, Cod. 3, 1, 14, 4: wo er das *cum lis fuerit contestata* dahin erläutert: *post narrationem propositam et contradictionem obiectam*.

§ 25. Beweisrecht. Hier zeigt sich in eigenartig sich steigerndem Maße die neue Zeit. Sie hat — wie schon gesagt — an Stelle des freien Bürgers den Untertanen des Kaisers gesetzt. Aber nicht bloß die Parteien, auch die Richter sind kaiserliche Untertanen geworden. Nicht mit innerer Notwendigkeit muß das Kognitionsrecht ein neues Beweisrecht für den Zivilprozeß schaffen. Während der Prinzipatszeit bleibt auch noch alles beim alten, bleibt es insbesondere beim alten System der freien Beweiswürdigung. Hier steht noch das Wort des Mannes zur Wertung durch den Richter, mag der freie Bürger gleich schon Untertane, der freie Volksrichter gleich schon Beamter und *iudex datus* geworden sein. Aber der Absolutismus teilt die Menschen in Klassen ein, die nicht bloß sozial, sondern auch rechtlich verschieden beurteilt werden, obwohl sie doch alle eines Herren Untertanen sind. So wird das Zeugnis verschieden eingeschätzt, je nachdem es von einem hohen Herrn oder einem gemeinen Manne kommt. So ist der Wert der Urkunde, besonders der öffentlichen, höher als der des Zeugenwortes. An Stelle der freien Beweiswürdigung ist allmählich das System der gebundenen Beweistheorie, der Beweisregeln getreten: ganz unbekümmert um das Ergebnis, zu dem der Richter in freier Überzeugung nach dem Verlaufe der Beweisaufnahme gekommen ist, muß er nach festen Regeln den einen Beweis als gelungen, den anderen als mißlungen betrachten. Dem nachklassischen Rechte entspricht aber auch die dem Beamtenrichter eingeräumte Befugnis, den Tatbestand unbekümmert um das zu untersuchen, was die Parteien untersucht haben wollen. Die alte Verhandlungsmaxime wird durch die Untersuchungs- oder Inquisitionsmaxime ersetzt.

§ 26. Urteil und Vollstreckung. 1. Im Urteilsrecht hat sich weniger geändert. Nur daß die Sachkondemnation die merkwürdige und unpraktische Regel von der *condemnatio pecuniaria* abgelöst hat, ist eine vernünftige Entwicklung. Ordentliche Rechtsmittel schützen die Parteien vor den Folgen einmaligen unrichtigen Urteils. Der kaiserlichen Rechtspflege entspricht die Appellation mit Suspensiv-effekt des eingelegten Rechtsmittels. Daneben bestehen noch die Nichtigkeitsbeschwerde und das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution in den vorigen Stand.

2. Auf gewisse Wandlungen im Exekutionsrecht gegenüber dem Rechte der klassischen Zeit ist gelegentlich schon hingewiesen. Am wesentlichsten ist die Beseitigung

der früheren Überspannung in der Anwendung der Generalvermögensexécution. Jetzt ist der Konkurs auf das ihm gebührende Feld beschränkt und die normale Vermögensexécution ist Spezialexécution in einzelne Sachen. Daß die Grausamkeit der Personalexécution darum aber noch lange nicht verschwunden ist, wissen wir.

**§ 27. Besondere Prozeßarten.** Neben dem ja auch sich wandelnden und entwickelnden normalen Kognitionsverfahren bilden sich in der Kaiserzeit noch besondere Prozeßarten aus, die gewissen besonderen Zwecken dienen sollen. Dahin gehört:

1. Der Reskriptsprozeß. Je mehr sich der Absolutismus als die Staatsform durchsetzt, desto mehr erscheint auch im Rechts gange der Kaiser und sein Gericht als die höchste und letzte Autorität. Vor ihr zu stehen und von ihr gerichtet zu werden, gibt diesen armen Untertanen wenigstens die Gewißheit, alles, was erreicht werden konnte, erreicht zu haben, sich in der Verfolgung des eigenen Rechts wenigstens selber keinen Vorwurf machen zu können. Aber auch der monarchisch-despotischen Gewalt selbst muß es andererseits wünschenswert sein, wenn jeder Untertane über alle Behörden hinweg zum Kaiser als dem Hort der Gerechtigkeit emporblickt, im Kaiser seinen Richter sieht. So bilden sich Einrichtungen, die diesen Gang zum Kaiser ermöglichen. Zunächst kann man sich im Rechtsmittelverfahren durch Appellation an das kaiserliche Gericht wenden. Dann kann der höhere Richter, von dem man sonst direkt an den Kaiser appellieren könnte, schon selbst von sich aus, weil er sich keinen Rat weiß, und um der Gefahr eines unrichtigen Urteilspruches zu entgehen, statt das Urteil zu sprechen, die Akten dem kaiserlichen Gericht übersenden und so gleich schon in erster und letzter Instanz dieses höchste Gericht statt seiner sprechen lassen (sog. Relationsverfahren). Endlich aber kann jede Partei den Weg des Reskriptsprozesses beschreiten, d. h. sich gleich unmittelbar ans kaiserliche Gericht wenden. Aber dort wird freilich die Sache nicht immer direkt entschieden und mit einem Urteil (Dekret) abgetan, sondern meist wird nur mit bestimmter Weisung (Reskript) — daher der heutige Name des Verfahrens — die Untersuchung und Entscheidung an eine Unterinstanz herabverwiesen. Wenn nun der Tatbestand sich dann wirklich so darstellt, wie er in dem Bittgesuch an den Kaiser geschildert und im Reskript zur Voraussetzung genommen wurde, muß der urteilende Unterrichter so Recht sprechen, wie es das Reskript vorsieht. Die Bedeutung dieser Reskripte zeigt sich besonders dort, wo durch sie Lücken in der Rechtsordnung ausgefüllt werden, wo diese Reskripte also zu Rechtsquellen werden, die nicht bloß für den konkreten Fall, sondern in der Folge auch für andere gleichgelagerte Fälle Bedeutung gewinnen. Natürlich bringt solche kasuistische Kabinettsjustiz auch mancherlei Gefahren der Erschleichung ungerechter Urteile durch unwahre Tatbestandsangaben oder der Umgehung genereller, auch diesen Fall schon klar regelnder Gesetze mit sich. Verschiedene Sicherheitsmaßnahmen sind dagegen getroffen worden. Aber das System wurde nicht verlassen, paßte es doch auch zu gut zu den Zentralisierungsbestrebungen des kaiserlichen Absolutismus in seinem steten Kampfe mit den föderalistischen und partikularistischen Auflösungstendenzen der hohen Reichsbeamten und der großen Grundherren.

2. Summarischer Prozeß. Seit der Prozeß immer mehr durch Formvorschriften aus der alten Freiheit und Großzügigkeit der klassischen Zeit in eine bürokratische Maschinerie hinübergeführt wird, seit engherzige Beamte, die ein immer größer werdendes Büro füllen, und Advokaten, die nicht immer zur raschen Erledigung der Fälle beitragen, von Sporteln und Taxen für die einzelnen Prozeßhandlungen leben, an denen sie beteiligt sind, wird die Verschleppung der Prozesse immer ärger. Der Prozeß wird nicht nur immer teurer, sondern auch immer länger. Da versteht man das Bestreben, einzelne Sachen diesem schwerfälligen Gange der Dinge zu entziehen und einer rascheren Erledigung zuzuführen. Weglassung von Schriftsätzen, die sonst peinlichst angefertigt und umständlichst von Partei zu Partei vermittelt werden müssen, Verzicht auf Fristen, die sonst die einzelnen Prozeßhand-

lungen trennen müssen, summarische Beweismittel, Abschneidung von Rechtsmitteln können solcher Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens dienen. Aber ein einheitlich geregelter summarischer Prozeß hat sich nicht gebildet: für einzelne Prozeßgegenstände sind diese, für andere jene der gedachten Erleichterungen geschaffen worden. So für Alimentensachen, vor allem aber für das zwar dem Prozeßverfahren jetzt grundsätzlich eingegliederte, aber doch als beschleunigt ausgezeichnet bleibende Interdiktenverfahren. Beachtlich ist dabei die manchen Interdikten zugeschriebene bloß provisorische, nicht definitive Wirkung.

§ 28. **Prozeßkosten.** Wie eben angedeutet, ist der Prozeß nicht mehr umsonst. Es ist in der republikanischen Zeit selbstverständlich gewesen, daß nicht bloß Prätor und Volksrichter umsonst funktionieren, sondern daß auch der Advokat umsonst seine Rechtskenntnis dem Mitbürger zur Verfügung stellt und aus erfolgreicher Tätigkeit nur erhöhtes politisches und soziales Ansehen erwartet. Erst allmählich wird im Kognitionsverfahren auch die Erhebung eines Honorars ermöglicht. All das hat sich in der absoluten Kaiserzeit geändert. Nicht bloß, daß die Advokatenkosten selbstverständlich geworden und zu oft gewiß enormer Höhe angeschwollen sind, auch die Inanspruchnahme der Gerichte selbst kostet Geld. Für jede Einzeltätigkeit sind Sporteln zu bezahlen, gegen deren recht ansehnliches Ausmaß die der Kaiserzeit eigentümlichen Gehälter der Beamten zurücktreten. Sporteltarife unterrichten uns über diese wenig erfreulichen Zustände.

Ehe man weiß, wer den Prozeß gewinnen wird, muß derjenige die Kosten einer Gerichtshandlung tragen, welcher sie erbeten und veranlaßt hat. Der im Prozeß Unterlegene wird zunächst aus dem Gesichtspunkte der Strafe für mutwilliges Prozessieren auch zum Ersatz der Kosten des Gegners verurteilt. Daneben setzt sich auch der Gedanke durch, daß der Unterlegene schlechthin die Kosten des ganzen Verfahrens tragen muß. Das Prozessieren ist zu einer teuren Sache geworden und will wohl überlegt sein.

Wer das aus dem Kognitionsverfahren organisch erwachsene justinianische Prozeßrecht mit dem der gajanischen Institutionen vergleicht, sieht sich vor einer ganz anderen Welt: der byzantinische Staatsabsolutismus prägt sich ja ganz natürlich wie in den anderen Verwaltungszweigen, so auch in der Justiz aus.

#### Siebenter Abschnitt.

### Nichtstaatliche Gerichte.

§ 29. **Das private Schiedsgericht** spielt zu allen Zeiten bei der Schlichtung privatrechtlicher Ansprüche eine große Rolle. In Rom hat es in den Anfängen jedenfalls eine besondere Bedeutung für die geschichtliche Entwicklung des *ordo iudiciorum* gehabt, wenngleich, wie schon oben beim *iudicium privatum* angedeutet, die Meinungen über das geschichtliche Werden des staatlich autorisierten Schiedsgerichts erheblich auseinandergehen. Sicher ist, daß wir in klassischer Zeit neben dem durch prätorisches *dare iudicium* und prätorischen Judikationsbefehl ausgezeichneten *iudicium privatum* auch noch das von jeder staatlichen Fessel freie Schiedsgericht finden. Die Parteien vereinbaren es durch Kompromiß, der Schiedsrichter nimmt — wenn er will — das Amt an und wird dann durch prätorische Koerzitionsmittel zur Durchführung des Amtes veranlaßt.

§ 30. **Kirchliche Gerichtsbarkeit.** Während die nicht in jeder Hinsicht aufgeklärte eigene nach jüdischem Recht urteilende jüdische Schiedsgerichtsbarkeit unter Juden für das ganze große staatliche Gerichtswesen von untergeordneter Bedeutung ist, wird im christlich gewordenen Staat die Frage der kirchlichen Gerichtsbarkeit besonders wichtig. Auch hier ist noch nicht alles geschichtlich sichergestellt. Es dreht

sich hier nämlich nicht um die kirchlich-dogmatischen Grundlagen dieser Gerichtsbarkeit, über die Kirchengeschichte und Kirchenrecht unterrichten, sondern um die staatskirchenrechtliche Frage der Stellungnahme des Staates zu dieser kirchlichen Gerichtsbarkeit, insbesondere zu der der Bischöfe. Selbstverständlich mußte dieses Problem besondere Behandlung im christlich gewordenen Staate erheischen. Während zunächst nur beide Teile gemeinsam das bischöfliche Gericht wählen durften, bestimmte die erste der sog. Sirmondianischen Konstitutionen, daß jede Partei in jedem Stadium den Streit an den Bischof ziehen durfte. Das bischöfliche Gericht entschied rasch, billig und inappellabel. Überbürdung der bischöflichen Gerichte war die Folge guter Rechtspflege. So wird später diese Gerichtsbarkeit auf kirchlich bedeutsame Angelegenheiten beschränkt, um die geistlichen Gerichte zu entlasten. Außerdem besteht natürlich unbeengt die Gerichtsbarkeit der Bischöfe als Schiedsrichter *ex compromisso* fort. Diese Schiedssprüche sind vollstreckbar und inappellabel.

Die Bedeutung kirchlicher Gerichtsbarkeit ist eine gewaltige. Auch das Bild des ganzen nachkonstantinischen Gerichtslebens wäre unvollständig und stark lückenhaft, wollte man der kirchlichen, in ihrer praktischen Auswirkung noch gar nicht genügend durchforschten Gerichtsbarkeit nicht besonders gedenken. Erfreulicherweise befaßt sich gerade in neuester Zeit eine Reihe von Forschern mit diesem Problem.

# Wichtige Literatur und Quellenwerke.

## 1. Neuere Darstellungen des römischen Privatrechts.

### *In deutscher Sprache:*

- v. CZYHLARZ, K. — SAN NICOLÒ, M.: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 18. Aufl., Wien u. Leipzig 1924; 19. Aufl. (unverändert), 1933.
- GIRAUD, P. F. — v. MAYR, R.: Geschichte und System des römischen Rechtes (Übersetzung des Manuel élémentaire de droit romain), Berlin 1908.
- KIPP, TH.: Das römische Recht in: Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung, herausgegeben von R. Stammler, Berlin 1930.
- MITTEIS, L.: Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I (Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft I 6, 1), Leipzig 1908, unvollendet.
- RABEL, E.: Grundzüge des römischen Privatrechts in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff u. Kohler, 7. Aufl., I 399 ff., München, Leipzig, Berlin 1915.
- SIBER, H.: Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, II: Römisches Privatrecht, Berlin 1928.
- SOHM, R. — MITTEIS, L. — WENGER, L.: Institutionen, Geschichte u. System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., München u. Leipzig 1923.

### *Von den zahlreichen italienischen Werken verdienen besondere Hervorhebung:*

- ARANGIO-RUIZ, V.: Istituzioni di diritto romano, 3. Aufl., Neapel 1934.
- BONFANTE, P.: Corso di diritto romano: I Diritto di famiglia; II La proprietà; III Diritti reali; VI Le successioni, parte generale, Rom 1925—33.
- Istituzioni di diritto romano, 9. Aufl., Mailand 1932.
- PEROZZI, S.: Istituzioni di diritto romano, 2. Aufl., 2 Bde, Rom 1928.

### *Französische Werke:*

- CUQ, E.: Manuel des institutions juridiques des Romains, 2. Aufl., Paris 1928.
- GIRAUD, P. F.: Manuel élémentaire de droit romain, 8. Aufl., herausgegeben von F. Senn, Paris 1929.
- MONIER, R.: Manuel de droit romain I, Paris 1934.

### *Werke in englischer Sprache:*

- BUCKLAND, W. W.: A textbook of Roman law from Augustus to Justinian, 2. Aufl., Cambridge 1932.
- RADIN, M.: Handbook of Roman law, St. Paul Minn. 1927.

## 2. Gemeinrechtliche Pandektenwerke.

- BRINZ, A.: Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., 4 Bde, Erlangen 1873—92.
- DERNBURG, H.: Pandekten, 7. Aufl., 3 Bde, Berlin 1902.
- REGELSBERGER, F.: Pandekten I (Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft I 7, 1), Leipzig 1893, unvollendet.
- v. SAVIGNY, F. K.: System des heutigen römischen Rechts, 8 Bde, Berlin 1840—49, unvollendet.
- v. VANGEROW, K. A.: Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., 3 Bde, Marburg 1865—76.
- WINDSCHEID, B. — KIPP, TH.: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet, 3 Bde, Frankfurt a. M. 1906.

## 3. Staatsrecht, Rechtsgeschichte und Rechtsquellen.

### *In deutscher Sprache:*

- BRUNS, C. G. — LENEL, O.: Geschichte und Quellen des römischen Rechts in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff und Kohler, 7. Aufl., I, München, Leipzig u. Berlin 1915.
- KARLOWA, O.: Römische Rechtsgeschichte, 2 Bde., Leipzig 1885, 1901, unvollendet.
- KIPP, TH.: Geschichte und Quellen des römischen Rechts, 4. Aufl., Leipzig u. Erlangen 1919.

- KRÜGER, P.: Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts (Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft I 2), 2. Aufl., Leipzig 1912.
- KÜBLER, B.: Geschichte des römischen Rechts, Leipzig u. Erlangen 1925.
- v. MAYR, R.: Römische Rechtsgeschichte, Sammlung Göschen, 7 Bde, Leipzig 1912—13.
- MOMMSEN, TH.: Römisches Staatsrecht (Handbuch der römischen Altertümer v. Marquardt u. Mommsen Bd I—III), Bd I u. II in 3. Aufl., Bd III in 1. Aufl., Leipzig 1887—88.
- Abriß des römischen Staatsrechts (Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft I 3), 2. Aufl., Leipzig 1907.
- SIBER, H.: Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung I: Römische Rechtsgeschichte, Berlin 1925.

*Italienische Werke:*

- BONFANTE, P.: Storia del diritto romano, 3. Aufl., 2 Bde, Mailand 1923.
- COSTA, E.: Storia delle fonti del diritto romano, Turin 1909.
- DE FRANCISCI, P.: Storia del diritto romano, 2 Bde, Rom 1926 u. 1929.

*In englischer Sprache:*

- JOLOWICZ, H. F.: Historical introduction to the study of Roman law, Cambridge 1932.

#### 4. Zivilprozeß.

- WENGER, L.: Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, München 1925.

#### 5. Ideengehalt und Struktur des römischen Rechts, Probleme der modernen Forschung.

- BIONDI, B.: Prospettive romanistiche (Pubblicazioni della università cattolica del Sacro Cuore, 2. Ser., 37), Mailand 1933.
- v. JHERING, R.: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I, II 1 u. 2, III 1 in 4. Aufl., Leipzig 1878—88; I, II 1 u. 2 in 5. Aufl., 1891—99. Letzter Abdruck: Leipzig 1921—24.
- SCHULZ, F.: Prinzipien des römischen Rechts, München u. Leipzig 1934.
- WENGER, L.: Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft, Erreichtes und Erstrebtes (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, herausgegeben v. L. Wenger u. W. Otto, Heft 11), München 1927.

#### 6. Bibliographien, lexikalische Hilfsmittel<sup>1</sup>.

- COLLINET, P.: Bibliographie des travaux de droit romain en langue française (Collection de bibliographie classique), Paris 1930.
- DE FRANCISCI, P.: Il diritto romano (Guide bibliografiche), Rom 1923.
- Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Generalregister zu den Bänden I—50, bearbeitet von Erich Sachers, Weimar 1932.

Index interpolationum quae in Iustiani Digestis inesse dicuntur. Editionem a Ludovico Mitteis inchoatam ab aliis viris doctis perfectam curaverunt Ernestus Levy, Ernestus Rabel; bisher erschienen I (Buch I—XX), II (Buch XXI—XXXV), Suppl. I (Buch I—XII). Weimar 1929, 1931.

GUARNERI CITATI, A.: Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione (Fondazione Castelli 4). Mailand 1927; dazu Supplement in Studi in onore di S. Riccobono I 701 ff., Palermo 1934.

- DIRKSEN, H. E.: Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum, Berlin 1837.
- HEUMANN, H. G. — SECKEL, E.: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl., Jena 1907 (2. Abdruck 1926).
- Vocabularium iurisprudentiae Romanae iussu instituti Savigniani compositum. Berlin seit 1894. Erschienen ist bisher: I (A—C), II (D—G), III 1 u. 2 (H—in), IV 1 (N—numen), V 1—3 (R—tantum).
- Spezialwörterbücher und Indices zu einzelnen Quellen und Quellengruppen s. u. § 19, Anm. 13; § 23, Anm. 2; § 28, Anm. 3; § 29, Anm. 1; § 31, Anm. 4. Dazu kommt noch der Wortindex zur 7. Aufl. von BRUNS, Fontes iuris romani antiqui, Tübingen 1912.

<sup>1</sup> Vollständige Zusammenstellung bei COLLINET, Répertoire des bibliographies, vocabulaires, index, concordances et palinogénésies du droit romain, Revue historique de droit français et étranger, 4. Ser., 12, 324 ff.

## 7. Quellenausgaben und Quellenkommentare.

### A. Sammlungen.

- BREMER, F.: *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, II 1 u. 2, Leipzig 1896, 1901.
- BRUNS, C. G. — GRADENWITZ, O.: *Fontes iuris Romani antiqui*, 7. Aufl., Tübingen 1909 (I: *Leges et negotia*; II: *Scriptores*). Dazu *Index u. Simulacra* 1912.
- DESSAU, H.: *Inscriptiones Latinae selectae*, I, II 1 u. 2, III 1 u. 2, Berlin 1892—1916.
- GIRARD, P. F.: *Textes de droit romain*, 5. Aufl., Paris 1923.
- KRÜGER, P. — MOMMSEN, TH. — STUEDEMUND, G.: *Collectio librorum iuris anteiustiniiani*, Berlin: I (7. Aufl. 1923): *Gai institutiones*, hg. v. Krüger u. Studemund; II (1878): *Ulpiani liber singularis regularum, Pauli libri quinque sententiarum, fragmenta minora*, hg. v. Krüger; III (1890): *Fragmenta Vaticana, Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, hg. v. Mommsen; *Consultatio veteris cuiusdam iuris consulti, codices Gregorianus et Hermogenianus, alia minora*, hg. v. Krüger.
- LENEL, O.: *Palingenesia iuris civilis*, 2 Bde., Leipzig 1889.
- MEYER, P. M.: *Juristische Papyri, Erklärung von Urkunden zur Einführung in die juristische Papyruskunde*, Berlin 1920.
- MITTEIS, L. — WILCKEN, U.: *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, 2 Bde in je 2 Teilen, Leipzig 1920.
- RICCOBONO, S. — BAVIERA, I. — FERRINI, C.: *Fontes iuris Romani anteiustiniiani*, 2 Bde., Florenz 1909.
- SECKEL, E. — KÜBLER, B.: *Iurisprudentiae anteiustiniianae reliquiae* I (1908), II 1 (1911), II 2 (1927), Leipzig.
- KÜBLER, B.: *Lesebuch des römischen Rechts zum Gebrauch bei Vorlesungen und Übungen*, 2. Aufl., Berlin 1914.
- SCHULZ, F.: *Texte zu Übungen im römischen Privatrecht (Juristische Texte für Vorlesungen und Übungen)*, hg. v. F. Schulz und Cl. Frhr v. Schwerin, 1), Bonn 1925.
- SOMMER, O.: *Texty ke studiu soukromého práva římského*. Prag 1932 (nach dem System des hadrianischen Edikts geordnete Quellenanthologie).

### B. Wichtigste Einzelausgaben und Kommentare.

#### *Basilica:*

*Basilicorum libri LX*, hg. v. G. E. HEIMBACH, 6 Bde, dazu *Supplementum und Supplementum alterum* (hg. v. E. C. FERRINI und I. MERCATI), Leipzig 1833—97.

*Codex Iustinianus* (s. auch unter *Corpus iuris civilis*):

*Codex Iustinianus*, rec. P. KRÜGER. Berlin 1877.

#### *Codex Theodosianus:*

*Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes* edd. TH. MOMMSEN et P. M. MEYER I 1, 2; II, Berlin 1905.

*Codex Theodosianus*, recogn. P. KRÜGER fasc. I u. II (nur Buch I—VIII), Berlin 1923, 1926.

#### *Corpus iuris civilis:*

*Corpus iuris civilis*, editio stereotypa. Berlin I: *Institutiones* rec. P. KRÜGER, *Digesta* rec. TH. MOMMSEN, *retract. P. KRÜGER*; II: *Codex Iustinianus* rec. et *retract. P. KRÜGER*; III: *Novellae* rec. R. SCHOELL, *opus absolvit G. KROLL*.

#### *Digesta* (s. auch unter *Corpus iuris civilis*):

*Digesta Iustiniani Augusti*, rec. TH. MOMMSEN, 2 Bde. Berlin 1870.

*Digesta Iustiniani Augusti, recognoverunt et ediderunt* P. BONFANTE, C. FADDA, C. FERRINI, S. RICCOBONO, V. SCALOJA (Buch 1—28, 1908); II (Buch 29—50, 1931), Mailand.

GLÜCK, CH. FB.: *Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar*, 1.—34. Teil, Erlangen 1790—1830. Nach des Verfassers Tode fortgesetzt v. CH. F. MÜHLENBRUCH, 35.—43. Teil, Erlangen 1832—43. Nach Mühlenbruchs Tode fortgesetzt v. E. FEIN, 44.—45. Teil, Erlangen 1851—53. Fortgesetzt v. K. L. ARNDTS v. ARNESBERG, 46.—49. Teil, Erlangen 1869—75. Fortgesetzt v. B. W. LEIST, *Serie der Bücher 37—38, Teil 1—5*. Fortgesetzt v. H. BURCKHARD, *Serie der Bücher 39 u. 40, Teil 1—3*, Erlangen 1870—81; *Serie der Bücher 41 u. 42, Teil 1*, 1887; *Serie der Bücher 43 u. 44, Teil 1—5*, 1889—96.

GLÜCK, F.: *Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di note*. Direttori C. FADDA e. P. COGLIOLO, Fas. 1—581, Mailand 1888—1909.

#### *Edikt, hadrianisches:*

LENEL, O.: *Das Edictum perpetuum, ein Versuch seiner Wiederherstellung*, 3. verbesserte Aufl. Leipzig 1927.



## Sachverzeichnis<sup>1</sup>.

- abdicatio (des tutor testamentarius) § 188, 2.  
 abstrakte Rechtsgeschäfte § 52, 2; § 53, 4; 54, 2β; § 55, 1 a. E.; § 56, 4; § 71, 3a; § 72; § 155, Anm. 2.  
 Abtretung von Forderungen § 127.  
 acceptilatio § 120, 3; § 122, 2.  
 accessio § 73, 4.  
 — temporis § 66, 2b; § 75, Anm. 12; § 76, 4.  
 Accursius § 30, Anm. 8.  
 accusatio inofficiosi testamenti § 209.  
 — suspecti tutoris § 188, 4; § 191, 1.  
 actio (allgemein) § 48; § 101; W § 9.  
 — ad exhibendum § 163.  
 — ad supplendam legitimam § 209, 5.  
 — annalis de peculio § 166, 1 a. E.  
 — aquae pluviae arcendae § 96, 2 e.  
 — auctoritatis § 143, 2.  
 — certae creditae pecuniae § 101, Anm. 7 (Formel); § 134, 1; 135, 3b; 137, 3a; W § 9.  
 — civilis incerta § 152, 2.  
 — commodati § 136, 2.  
 — communi dividundo § 156, 2.  
 — conducti § 147, 2a; § 148, 2; 149, 2b; vgl. § 146, 2.  
 — confessoria § 88, 1.  
 — contraria § 130, Anm. 4.  
 — de aestimato § 152, 2.  
 — de deiectis vel effusis § 119, 2.  
 — de dolo § 160, 1.  
 — de eo quod certo loco § 113, 1 b.  
 — de in rem verso § 166, 2.  
 — de modo agri § 144, 1.  
 — de pauperie § 170, 4.  
 — de peculio § 166, 1.  
 — depensi § 132, 6.  
 — depositi § 137, 2.  
 — directa § 130, Anm. 4.  
 actio doli s. actio de dolo.  
 — empti § 141, 1a; (Rechtsmängelhaftung) § 143, 4; Sachmängelhaftung) § 144, 2.  
 — exercitoria § 169, 1.  
 — ex iure iurando W § 12 a. E.  
 — ex stipulatu § 134, 2; (im Dotalrecht) § 182, 2; § 183, 2.  
 — ex testamento § 221, 3b.  
 — familiae herciscundae § 156, 2.  
 — fiduciae § 92, 1.  
 — finium regundorum § 156, 2.  
 — furti § 157, 2 ff.  
 — hypothecaria § 94, 4.  
 — incerti ex stipulatu s. actio ex stipulatu.  
 — in factum civilis § 152, 2.  
 — iniuriarum aestimatoria § 159, 4.  
 — iniuriarum noxalis § 170, Anm. 7.  
 — institoria § 169, 1.  
 — institutoria § 133, 3.  
 — iudicati § 124, 3; W § 18, 1.  
 — legis Aquiliae § 158, 2.  
 — locati § 147, 2b; § 148, 2; § 149, 2a; vgl. § 146, 2.  
 — mandati § 139, 2.  
 — negatoria § 79.  
 — negotiorum gestorum § 154.  
 — Pauliana § 162, 2; W § 5.  
 — pigneraticia § 138, 2.  
 — pigneraticia in rem § 94, 4.  
 — praescriptis verbis § 152, 2. u. 3.  
 — pro socio § 151, 5.  
 — Publiciana § 80, 2b; § 88, 2c.  
 — quanti minoris § 144, 4c.  
 — quasi institoria § 169, 2.  
 — quasi Serviana § 94, 4.  
 — quod iussu § 168.  
 — quod metus causa § 161, 1 u. 3.  
 — rationibus distrahendis § 188 4; § 191, 1.  
 — redhibitoria § 144, 4b.  
 — rei uxoriae § 182, 2 u. 3.  
 actio rerum amotarum § 180, 2.  
 — restitutoria § 133, 3.  
 — Serviana § 94, 4.  
 — servi corrupti § 158, Anm. 1.  
 — tributoria § 167.  
 — tutelae § 191, 2.  
 — utilis des Zessionars § 127, 2a.  
 — vectigalis § 89, 1.  
 — venditi § 141, 1b.  
 — vi bonorum raptorum § 157, 5.  
 actionem dare und denegare W § 9; vgl. § 6, 1; § 60, 3.  
 actiones adiecticiae qualitatis § 58, 3; § 165 ff.  
 — arbitrariae § 101, Anm. 5; W § 9, 4.  
 — civiles W § 9; vgl. § 101, 3.  
 — ficticiae W § 9 a. E.; vgl. § 101, 3.  
 — honorariae W § 9; vgl. § 101, 3.  
 — in factum W § 9; vgl. § 101, 3.  
 — in factum adversus nautas, caupones stabularios § 119 2, bes. Anm. 3.  
 — noxales § 170, 2.  
 — poenales § 118, 3.  
 — populares § 118, 3.  
 actor W § 10.  
 actus § 82, 2a.  
 ad crescere § 218; vgl. § 222, 3a.  
 ademptio legati § 223, 2b.  
 adfines § 39, 2.  
 adgnati s. agnati.  
 adgnatio postumi s. agnatio.  
 adgnitio bonorum possessionis s. agnitio.  
 adiectus solutionis causa § 121, 2a.  
 adire hereditatem § 212.  
 adjudicatio § 156, 1; W § 9, 3.  
 adoptio § 186, 3b.  
 — plena § 186, Anm. 8.  
 Adoption, testamentarische § 186, Anm. 2.  
 adpromissor § 132, Anm. 7.  
 adrogatio s. arrogatio.  
 adsertor libertatis § 41, 2a.

<sup>1</sup> Die Verweisungen auf die Darstellung des Zivilprozesses von Wenger sind durch W gekennzeichnet.

- adsores § 20, Anm. 7.  
 adtemptata pudicitia § 159, 3b.  
 advocati W § 10.  
 Aelius Marcianus § 20, Anm. 12  
 — Q. Aelius Tubero § 14, 4;  
 § 14, 5.  
 — Sex. Aelius Paetus Catus  
 § 14, 2.  
 Aemilius Papinianus § 20, 2.  
 aerarium populi Romani § 44,  
 Anm. 3.  
 Affekthandlung § 107, 2.  
 Africanus, Sex. Caecilius Afri-  
 canus § 19, 3.  
 agere cum compensatione  
 § 125, 2.  
 — cum deductione § 125, Anm.  
 5.  
 — per sponsonem § 78, Anm. 3  
 agnati § 38, 1; (Tutel) § 188, 1;  
 (cura furiosi u. prodigi)  
 § 193, 2; (Erbfolge) § 196,  
 1b.  
 agnatio postumi § 206, 2c.  
 agnatio bonorum possessionis  
 § 214, 1.  
 Akzessorietät (des Pfand-  
 rechts) § 91, 1; (der Bürg-  
 schaft) § 132, Anm. 3.  
 album § 7, Anm. 1.  
 — iudicium selectorum W § 7,  
 2.  
 Alfenus, P. Alfenus Varus  
 § 14, 5.  
 alienatio in fraudem credito-  
 rum § 162.  
 alluvio § 73, 6.  
 alternative Obligation § 104, 2.  
 alvus derelictus § 73, 6.  
 Amortisation § 93, Anm. 3.  
 Ämterlaufbahn der Juristen  
 § 19, 1, bes. Anm. 1.  
 Anerkenntnis W § 12; W § 23.  
 Anfechtbarkeit § 60, 2.  
 angelandetes Erdreich § 73, 6.  
 Angeld s. Arrha.  
 animus § 49, 2 a. E.  
 — aliena negotia gerendi § 154,  
 2.  
 — dominii transferendi § 71,  
 3a a. E.  
 — donandi § 153, Anm. 2.  
 — novandi § 124, 2.  
 — possidendi § 65, 1 u. 2.  
 Annahme an Kindesstatt § 186,  
 3.  
 Anschwemmung § 73, 6.  
 Anspruch § 48, bes. Anm. 7;  
 § 101.  
 antichresis § 93, 3.  
 Antistius, M. Antistius Labeo  
 § 18, 2.  
 Antretung der Erbschaft § 212.  
 Anwachsung § 218 (Miterben);  
 § 222, 3 (Mitvermächtis-  
 nehmer).  
 apocha § 57, 4.  
 appellatio more consultationis  
 § 12, 2.  
 Appellation W § 15; W § 26, 1;  
 W § 27, 1.  
 Aquilius, C. Aquilius Gallus  
 § 14, 5, vgl. Anm. 3.  
 arbiter W § 7, 2.  
 — ex compromisso W § 3.  
 arbitratu iudicis, arbitrium  
 de restituendo W § 9, 4.  
 Arcadius Charisius § 21, 4.  
 argentarius § 125, 2a; § 130,  
 Anm. 6.  
 Archaismus in der justiniani-  
 schen Gesetzgebung § 25, 3.  
 Arglist § 62, 2d; § 160.  
 Aristo, Titius Aristo § 19, 1.  
 arrha § 117, 4.  
 — sponsalicia § 174, 2.  
 arrogatio § 186, 3a.  
 ascendentes § 39, 1; § 199, 2.  
 Ateius, C. Ateius Capito § 18, 2.  
 auctor, auctoritas (Rechtsvor-  
 gänger) § 143, 2; W § 10.  
 auctoritas (Ersitzung) § 75, 1.  
 — (des Kaisers) § 10, 1.  
 — patrum § 5, 2a; § 5, Anm. 6.  
 — tutoris § 188, 3.  
 Aufidius Namusa § 14, 5.  
 Aufhebung des Testaments  
 § 206.  
 Auflassung § 65, 4b.  
 Aufrechnung § 116, 2b; § 120,  
 2; § 125.  
 Auftrag § 139.  
 Augustus (soziale Reformen)  
 § 5, 1; § 41, 7; § 44, 2; § 173.  
 Aurelius Arcadius Charisius  
 § 21, 4.  
 Auseinandersetzungsansprüche  
 § 156.  
 Auslegung der Rechtsgeschäfte  
 § 49.  
 Außenerben § 212.  
 außerprozessualer Rechts-  
 schutz W § 19.  
 Aussetzung § 184, Anm. 3 u. 10.  
 Authenticum § 29, b.  
 avulsio § 73, 6.  
 Barkauf § 71, 3a u. b; § 140, 2.  
 Basilica § 30, 2.  
 Baubeschränkungen § 82, 3a.  
 Bedingung § 50.  
 Befristung § 50.  
 Beleidigung § 159.  
 Bemächtigung § 73, 1.  
 beneficium abstinendi § 211;  
 220, 3b.  
 — cedendarum actionum § 132,  
 6.  
 — competentiae § 102; § 151,  
 5; § 153, 1 a. E.; § 164, 2;  
 § 182, 4 a. E.; § 183, 2; W § 18,  
 3.  
 beneficium divisionis § 131, 5.  
 — exoussionis § 94, Anm. 16;  
 § 132, 4.  
 — inventarii § 220, 3b.  
 Bereicherungsansprüche § 155;  
 (honorarrechtliche) § 106,  
 Anm. 13.  
 Bergbau, Bergrecht § 69, Anm.  
 2a. E.; § 46, Anm. 4.  
 Berytos (Rechtsschule) § 21, 5.  
 Besitz § 64ff.  
 Besitzschutz § 66.  
 Betrug § 109, 1b; § 160.  
 Beweisrecht W § 14; W § 25.  
 bischöfliche Gerichtsbarkeit  
 W § 30.  
 Bluhmesche Massentheorie § 27  
 3.  
 bona adventicia § 185, 2.  
 — fides (Ersitzung) § 75, 3b.  
 bonae fidei iudicia § 101, 4b;  
 § 109, 2b (Haftungsrecht);  
 § 112, 3b (Zinsen); § 125,  
 2b (Aufrechnung); § 130,  
 3 (wechselseitige Verbind-  
 lichkeiten).  
 — possessio § 70, 3; § 73,  
 3b (Fruchterwerb).  
 bona materna § 185, 2.  
 — vacantia § 195, 4.  
 Bonfante, Erbrechtstheorie  
 § 193, Anm. 2.  
 boni mores vgl. § 61, 1c.  
 bonitarisches Eigentum § 68;  
 § 80.  
 bonorum possessio § 194, 4  
 a. E. u. 5.  
 — contra tabulas § 208, 2b.  
 — decretalis § 214, Anm. 2.  
 — intestati § 197.  
 — litis ordinandi gratia  
 § 209, Anm. 5.  
 — secundum tabulas § 201,  
 1.  
 brevium Alarici § 24, 1; § 30,  
 3.  
 brevi manu traditio § 65, 4ca.  
 Brutus, M. Iunius Brutus § 14,  
 4.  
 Bürgerrecht (Ausdehnung im  
 Laufe der geschichtlichen  
 Entwicklung) § 33, 2; (Ver-  
 lust) § 42, 2.  
 Bürgschaft § 132.  
 Buße, Bußansprüche § 105, 2;  
 § 106, 2b.  
 caducum § 196, 4; § 218, 3.  
 Caecilius, Sex. Caecilius Afri-  
 canus § 19, 3.  
 Caelius Sabinus § 18, Anm. 5.  
 Callistratus § 20, 2.  
 capitis deminutio § 42.  
 Capito, C. Ateius Capito § 18,  
 2.  
 Cascellius § 14, 5.

- Cassius, C. Cassius Longinus § 18, 4.  
casus § 109, Anm. 5; § 110, 2.  
catena § 30, 2.  
Cato, M. Porcius § 14, 3; § 223, Anm. 5.  
caupo (Haftung für eingebrachte Sachen) § 150.  
causa Curiana § 49, 2; 204, 6.  
causae probatio § 41, 7b.  
cautio (Stipulationsurkunde) § 56, 3.  
— damni infecti W § 19, 2.  
— indicatum solvi W § 10; W § 19, 1.  
— ratam rem dominum habituram W § 10.  
— rei uxoriae § 182, 1.  
— rem pupilli salvam fore § 190, 2.  
— usufructuaria § 84, 1b; W § 19, 1.  
Celsus, P. Iuventius Celsus § 19, 3.  
centumviri W § 7, 2.  
Cervidius, Q. Cervidius Scaevola § 20, 2.  
certum, certa pecunia, certares § 101, 4a; § 109, 2b; § 134, 1.  
cessio bonorum § 102, Anm. 5; W § 18, 3.  
charta § 57, 2.  
chirographum § 57, 3.  
Christentum (Einfluß auf das spätröm. Recht) § 31, Anm. 11.  
Claudius, Ap. Claudius Caecus § 13, 3.  
— Tryphonius § 20, 2.  
clausula arbitraria W § 9, 4; (rei vindicatio) § 78, 4; (actio de dolo) § 160, 1; (actio ad exhibendum) § 163.  
clientes § 41, 1.  
Cocceius, M. Cocceius Nerva § 18, 4.  
codex accepti et expensi § 117, 2b.  
— Gregorianus § 21, 4.  
— Hermogenianus § 21, 4.  
— Iustinianus (von 529) § 26, 1.  
— — repetitae praelectionis § 28, 2.  
— Theodosianus § 23, 2.  
codicilli § 207.  
coemptio § 175, 2.  
— fiduciaria § 192, 3b.  
— testamenti faciendi causa § 205, 2.  
cognati § 39, 1; (als praetorische Erben) § 197, 1c.  
cognitio extra ordinem W § 20.  
cognitor W § 10.  
— in rem suam § 127, 1; § 128, 1; § 227, 2.  
coheredes § 217.  
collatio bonorum (od. emancipati) § 219, 1.  
— dotis § 219, 2.  
— legum Mosaicarum et Romanarum § 21, 4.  
collegatarii § 222, 3.  
collegia § 44, 1.  
coloniae § 33, 2; § 44, 1.  
colonia partiaria § 147, 2b.  
colonus § 40, 1 a. E.  
color insaniae § 209, Anm. 2.  
comitia calata § 200, 1.  
commercium, § 34, 1.  
commodatum § 136.  
commixtio § 73, 5.  
communio (Verhältnis zur societate) § 151, 2.  
compensatio § 116, 2b; § 125, 1.  
compromissum W § 3; W § 29.  
condemnatio W § 9, 4.  
— pecuniaria § 78, 4; § 106, 2a; W § 9, 4.  
condicio § 50.  
— in praesens vel praeteritum collata § 50, 4.  
— potestativa § 50, 4.  
condictio § 101, Anm. 8; § 155.  
— certae creditae pecuniae s. actio certae creditae pecuniae.  
— furtiva § 157, 3.  
— incerta § 155, 4 bes. Anm. 8.  
— triticaria § 134, 1.  
conductor § 146, 1.  
confarreatio § 13, Anm. 3; § 175, 1.  
confessio in iure W § 12.  
— (Kognitionsverfahren) W § 23.  
confinium § 156, 2.  
confirmatio tutoris § 188, Anm. 3 a. E.  
confusio (Eigentumserwerb) § 73, 5.  
—, consolidatio (Untergang von Rechten) § 87, 2; § 98, 1; § 120, 2.  
consanguinei, consanguineae § 198, 1.  
consensus § 49, 3; § 117, 2d (contrarius) § 123, 2 a. E.; (b. d. Eheschließung) § 175, Anm. 9 u. 11.  
consilium § 11, 2; § 14, 1; § 15, 2.  
consolidatio § 87, 2.  
consortium § 151, 1.  
constitutio (principis) § 10, 5.  
— Antoniniana § 33, 2, bes. Anm. 10.  
constitutum debiti § 117, Anm. 11; § 132, Anm. 6.  
— possessorium § 65, 4cβ.  
consuetudo § 2, 3.  
consultatio ante sententiam § 12, Anm. 4.  
— veteris cuiusdam iurisconsulti § 21, 6.  
contio § 7, Anm. 7.  
contractus § 117, 2; vgl. § 49, Anm. 7.  
— aestimatorius § 152, 2.  
contrarius actus § 120, 3.  
— consensus § 123, 2.  
controversia de fine § 156, 2.  
contubernium § 40, 3cβ; § 171, Anm. 5.  
conubium § 34, 1; § 172, 1.  
convicium § 159, 3a.  
Corpus iuris civilis § 25, 4.  
corpus possessionis § 65, 1 u. 3.  
Coruncanus, Ti. § 13, 3.  
cretio § 212, 1 a.  
Cuiacius, Iacobus § 30, 3.  
culpa § 109, 1 a, 3, 4; § 110, 2.  
— in concreto § 110, 3.  
— in eligendo § 149, Anm. 4.  
— lata § 110, 3.  
— levis § 110, 3.  
cura, curator § 193.  
— debilium personarum § 193, 4.  
— furiosi § 193, 2.  
— minorum § 193, 3.  
— prodigi § 193, 2.  
curator bonorum § 162.  
custodia § 109, 2 a.  
Damnationslegat § 221, 3b.  
damnum § 105, 1.  
— emergens § 105, 2.  
— iniuria datum § 158.  
dare facere praestare § 104, 1.  
Darlehen § 135.  
datio dotis § 181, 1.  
datio in solutum § 121, 2d.  
debitum § 100, 2.  
decisiones, quinquaginta § 26, 2.  
decreta § 10, 2; (der Kaiser) § 11, 2.  
dediticii § 33, 1; § 41, Anm. 21.  
deductio (Erwerb von Dienstbarkeiten) § 86, 3a; (Aufrechnung) § 125, 5; (domum) § 175, 3.  
definitiones § 16, 2.  
delegatio debiti (nominis) § 124, 2a.  
delicta § 118, 1; § 157ff.  
Deliktsklage gegen den Haussohn § 164, 3.  
demonstratio W § 9, 1 u. 2.  
denegatio actionis W § 12; vgl. § 6, 1; § 60, 3.  
depositum § 137.  
— irregulare § 137, 3b.  
delerictio § 73, 1b.  
descendentes § 39, 1; (Erbrecht) § 199, 1.

- desuetudo § 2, 3.  
 Detention § 64, Anm. 3.  
 dialektische Methode (b. d. spätrepublikanischen Juristen) § 14, 3.  
 dicta (in mancipio) § 144, 2; (dicta et promissa) § 144, 5 c.  
 Diebstahl § 157.  
 Dienstbarkeiten § 81 ff.  
 Dienstvertrag § 148.  
 dies § 50.  
 — cedens § 222, 1.  
 — veniens § 222, 1.  
 diffarreatio § 177, 1 u. 3.  
 digesta (Literaturgattung) § 16, 2.  
 Digesta (Justinians) § 27.  
 diligens pater familias § 110, 2.  
 diligentia § 110, 2.  
 dimissio ex manu § 177, 3.  
 dingliche Rechte § 35, 1.  
 disputationes § 16, 2.  
 dissensus § 49, 3.  
 distractio bonorum § 102, Anm. 2; s. auch Spezialexécution.  
 divortium § 177.  
 dolus (malus) § 62, 2 d; § 101, 4 b; § 109, 1 b; § 110, 2; § 160.  
 dominium § 66, 1.  
 — directum u. utile § 67, 2.  
 Domitius Ulpianus § 20, 3.  
 domum deductio § 175, 3.  
 donatio § 153.  
 — ante nuptias § 153, Anm. 9.  
 — mortis causa § 229.  
 — propter nuptias § 193, Anm. 9.  
 Donellus § 30, 3.  
 dos § 180 ff.  
 — aestimata § 182, Anm. 12.  
 — profecticia § 180, 1.  
 — recepticia § 182, Anm. 8.  
 Dotalrecht s. dos.  
 Dotalhypothek § 95, 3; § 183, 3.  
 dotis dictio § 181, 2.  
 edicta (magistratische) § 7; (der Kaiser) § 11, 1.  
 — Iustiniani § 29, c.  
 edictum aedilium curulium § 144, 4.  
 — de alterutro § 182, 3 c.  
 — ne quid infamandi causa fiat § 159, 3 c.  
 — perpetuum § 7, 1; vgl. Anm. 1.  
 — praetoris § 7.  
 — provinciale § 7, Anm. 4.  
 — successorium § 197, 2.  
 — Theoderici § 24, 3.  
 — tralaticium § 7, 1.  
 Ediktskommentare § 16, 2.  
 editio actionis W §§ 11 u. 12.  
 Ehe § 171 ff.  
 — u. Religion § 171, 1.  
 Ehegattenerbrecht § 194, Anm. 8 u. 11; § 197, 1 d.  
 Ehegattenschenkung § 153, 2.  
 Ehegebote § 173, 2.  
 Ehegüterrecht § 179 ff.  
 Ehehindernisse § 172, 2.  
 Ehekonsens § 175, 3.  
 ehemännliche Gewalt § 176, 2.  
 Ehescheidung § 177.  
 Eheschließung § 175.  
 Eheverbote § 173, 3.  
 Ehevoraussetzungen § 172.  
 Ehrverletzung § 159, bes. 2 f.  
 Eigenbesitz § 64, 2 a.  
 Eigentum § 67 ff.  
 Eigentumsbeschränkungen § 69  
 Eigentumsverwerb § 70 ff.  
 Einlassungsfreiheit (im dinglichen Rechtsstreit) § 78, 3 b; vgl. W § 12.  
 Einlassungspflicht § 101, 1; W § 12; W § 23.  
 emancipatio § 186, 4.  
 emphyteusis § 89.  
 emptio venditio § 140 ff.  
 Enteignung § 69, Anm. 2; § 141, 2 b.  
 Entwendung § 157.  
 Entwerung § 143, 1.  
 epistula (des Kaisers) § 11, 3.  
 epitome Iuliani § 29, a.  
 Erbbaurecht § 90; § 99, 2.  
 Erbeinsetzung § 204.  
 Erbenhaftung § 220.  
 Erbpacht § 89; (Fruchterwerb) § 73, 3 a; (Besitzschutz) § 64, 2 b.  
 Erbrecht § 194 ff.  
 Erbschaft (als Rechtssubjekt) § 212, 3.  
 Erbteile § 217.  
 Erbnunwürdigkeit § 213, Anm. 1.  
 Erbzinsrechte § 89 f.  
 erctum ciere, erctum citum u. non citum s. herctum.  
 Erfüllung § 120, 2; § 121.  
 Erfüllungsinteresse § 144, 2.  
 Erfüllungsort s. Leistungsort.  
 Erfüllungsübernahme § 128.  
 Erneuerung des Forderungsrechts § 124.  
 error § 62, 2 c.  
 Ersitzung § 74 ff.  
 Erwerb kraft guten Glaubens § 70, Anm. 6.  
 Etymologien § 18, Anm. 3.  
 Eviktion § 143, 1.  
 Ewgpacht § 147, 3.  
 exceptio § 7, 3; § 60, 3; W § 9, 5.  
 — dilatoria § 123, 1.  
 — doli § 160, 2; (b. d. Aufrechnung) § 125, 2 c.  
 — evictionis imminentis § 143, 4.  
 — iusti dominii § 80, 2 b.  
 exceptio legis Cinciae § 153, 2.  
 — mercis non traditae § 130, Anm. 6.  
 — metus causa § 161, 1 u. 3.  
 — non adimpleti contractus § 130, Anm. 7.  
 — pacti conventi § 123, 1.  
 — rei in iudicium deductae W § 13.  
 — — iudicatae vel in iudicium deductae W § 15.  
 — — venditae et traditae § 80, 2 a.  
 — senatus consulti Vellaeani § 133, 3.  
 — temporis § 66, 3 b.  
 — transacti negotii § 127, 2 c.  
 — vitiosae possessionis § 66, 3 b u. Anm. 9.  
 excusatio (des Vormunds) § 189, 3.  
 Exekution W § 16 ff.; W § 26, 2.  
 executor § 169, 1.  
 exheredare § 208, 1.  
 expromissio § 124, 2 a.  
 expromissor § 71, Anm. 21.  
 extraordinaria cognitio W § 20; vgl. § 226.  
 Fahrlässigkeit § 107, 1 b.  
 Fälligkeit § 114.  
 familia § 37, 1.  
 familiae emptor § 200, 2.  
 Familienfideikommiß § 226, Anm. 5.  
 Familienrecht § 171 ff.  
 fas § 13, Anm. 2.  
 Faustpfand § 93.  
 Felddienstbarkeiten § 82; (Verpfändbarkeit) § 99, 2.  
 fenus unciarium § 112, 4.  
 Feststellungsklage, Feststellungsurteil W § 9, 1; W § 15.  
 fictus possessor § 78, 3 d; § 94, 4 a.  
 fideicommissum § 225 ff.  
 — familiae relictum § 226, Anmerkung 5.  
 fideiussio § 132, 3 b u. c.  
 — indemnitas § 132, 4.  
 fideipromissio § 132, 3 a.  
 fides § 101, Anm. 12; § 132, Anm. 11.  
 fiducia § 54, 4 b; (cum creditore) § 92.  
 Fiktionstheorie § 41, Anm. 3.  
 fiscus Caesaris § 44, Anm. 3.  
 Flavius, Cn. § 13, 3.  
 florentinische Digestenschrift § 30, 3.  
 Florentinus § 28, 1.  
 Folgepflicht (im Prozeß) W § 22.  
 Forderungspfandrecht § 99, 1.  
 Forderungsrechte § 35, 1; § 100; § 101.

- Formeln s. formula.  
 Formelsammlungen § 14, 2;  
 § 16, 2 a. A.  
 Formen der Rechtsgeschäfte  
 § 52.  
 Formmängel § 61, 2 b.  
 formula § 48, 2; § 101, 2 u. 3;  
 W § 9.  
 — ficticia § 101, 3.  
 — in ius concepta, in factum  
 concepta § 101, 3; vgl. W  
 § 9.  
 — Octaviana § 161, 1.  
 — petitoria § 78, 3.  
 fragmenta Vaticana § 21, 4.  
 — Vindobonensia (Ulpian) § 20,  
 Anm. 9.  
 Freigelassene (soziale Stellung)  
 § 41, 7.  
 Freilassung § 41.  
 Freilassungsbeschränkungen  
 § 41, 7.  
 Fremdenbesitz § 64, 2 b.  
 Fremdenprätor W § 4.  
 Fremdenrecht, Fremdenprozeß  
 § 7, 1; § 34, 2; W § 4.  
 Früchte § 47, 2.  
 Fruchterwerb § 73, 3.  
 fructus naturales u. civiles § 47,  
 2.  
 Fund § 73, 2.  
 fundus § 46, Anm. 2.  
 furiosus § 51, 2.  
 furtum § 157.  
 — manifestum u. nec mani-  
 festum § 157, 2, bes. Anm. 5.  
 Gaius § 19, 4; (neue Funde)  
 § 19, Anm. 16; § 35, Anm. 3;  
 § 151, 1; § 156, Anm. 5 u. 6;  
 W § 8; (res cottidianae) § 21,  
 4.  
 Gallus, C. Aquilius § 14, 5 u.  
 Anm. 2.  
 Gastrecht § 34, 1.  
 Gattungskauf § 140, 3.  
 Gattungsschuld § 104, 3.  
 Gebäudedienstbarkeiten § 99, 2.  
 Gebrauchsrecht § 85, 1.  
 Gefahrtragung beim Kauf § 141,  
 2.  
 gegenseitige Verträge § 130, 2.  
 Gegenstand § 46, 1.  
 Geiselttheorie (b. d. Bürgschaft)  
 § 132, Anm. 5.  
 Geisteskranke § 51, 2.  
 Geldkondemnation § 78, 4;  
 § 106, 2 a; W § 9, 4.  
 Geldwesen § 53, 1 u. 4.  
 Geltungsbereich des römischen  
 Rechts § 33.  
 genera u. species § 14, 3; § 18,  
 2.  
 Generalhypothek § 94, 6.  
 generische Obligationen s. Gat-  
 tungsschulden.  
 gens, gentiles § 38, 2; (Kollek-  
 tiveigentum im ältesten  
 Recht?) § 67, 3 a; (Tutel)  
 § 188, 1; (cura furiosi u.  
 prodigi) § 193, 2; (Erbrecht)  
 § 196, 1 c.  
 Gesamtforderungen § 131.  
 Gesamthandseigentum § 67, 2.  
 Gesamtnachfolge (Universal-  
 sukzession) § 194, 1.  
 Gesamtschulden § 131.  
 Geschäftsfähigkeit § 51; § 61,  
 2 a.  
 Geschäftsführung ohne Auftrag  
 § 154.  
 Geschlechtsvormundschaft (tu-  
 tela mulierum) § 192.  
 Geschworener W § 5, Anm. 1.  
 Gesellschaft § 151.  
 Gesetzesumgehung § 61, Anm. 2.  
 Gesetzgebung § 3 ff.; 10 ff.; 22 ff.  
 gesetzliche Erbfolge § 194, 4;  
 § 196 ff.  
 Gewaltfreie, Gewaltunterwor-  
 fene § 37, 4; § 164 ff.  
 Gewaltnachfolge § 37, 4; § 194,  
 1.  
 Gewähr für Rechtsmängel  
 (beim Kauf) § 143.  
 — für Sachmängel (beim Kauf)  
 § 144.  
 Wohnheitsrecht § 2.  
 Gläubigerbenachteiligung § 162;  
 vgl. W § 18, 5.  
 Gläubigerverzug § 116.  
 glossa ordinaria § 30, Anm. 8.  
 Glossatoren § 30, 3.  
 Glossen (in den römischen  
 Rechtsquellen) § 31, 3.  
 Gnomon des Idios Logo § 11, 4.  
 griechische Einflüsse, in den  
 Zwölf Tafeln § 4, 3; in der  
 Rechtswissenschaft der späte-  
 ren Republik § 14, 3; der  
 frühen Kaiserzeit § 18, 1 u.  
 3; im Recht der Spätzeit  
 § 31, 3; vgl. ferner § 34, 2;  
 § 66, 1; § 97, 1; § 117, 4;  
 159, 2; § 163, Anm. 1; § 170,  
 Anm. 7. S. auch unter  
 Philosophie u. unter Rhetorik.  
 Grunddienstbarkeiten § 81 f.  
 guter Glaube (bei der Ersitzung)  
 § 75, 3 b.  
 habitatio § 85, 2.  
 Hadrian (Reformen) § 15, 3.  
 Haftung (und Schuld) § 35, 2,  
 bes. Anm. 2.  
 — des Gewalthabers für De-  
 likte seiner Gewaltunter-  
 worfenen § 170.  
 — des Gewalthabers für Gesch-  
 äftsschulden der Gewalt-  
 unterworfenen § 165 ff.  
 Haftung des Gewaltunterwor-  
 fenen § 164.  
 — des Schuldners (Personal-  
 haftung, Vermögenshaftung)  
 § 102.  
 Haftungslösung § 71, 3 a; § 120,  
 3.  
 handhafte Tat § 157, 2.  
 Harmenopulos § 30, 2.  
 Hauserben § 211.  
 Hausgewalt § 37.  
 Haussuchung (beim Diebstahl)  
 § 157, 2 u. 3.  
 Heilung unwirksamer Rechts-  
 geschäfte § 63, 1.  
 Heiratsurkunde § 175, Anm. 7.  
 herctum ciere, herctum citum  
 und non citum § 151, Anm. 2.  
 heredes domestici § 211.  
 — extranei § 194, 2; § 212.  
 — necessarii § 211.  
 — voluntarii § 212, 1.  
 heredis institutio § 204.  
 — institutio ex re certa § 204, 3.  
 hereditas iacens § 194, 2; § 212,  
 3.  
 hereditatis petitio § 215.  
 — fideicommissaria § 215,  
 Anm. 2.  
 — — possessoria § 216, 1.  
 Herennius Modestinus § 20, 4.  
 heres suspectus § 220, Anm. 4.  
 Hermogenianus § 21, 4.  
 Herrschaftsrechte § 35, 1.  
 Hinterlegung § 137; (beim  
 Gläubigerverzug) § 116, 2 b.  
 Hochzeitsbräuche § 175, Anm.  
 7 u. 8.  
 höhere Gewalt § 109, 2 a.  
 homo liber bona fide serviens  
 § 158, Anm. 9.  
 — sui iuris und alieni iuris  
 § 37, 4.  
 honorarium § 139, 1 c.  
 honorarisches Recht § 8.  
 honorarrechtliche Unwirksam-  
 keit § 60, 1 u. 3.  
 honor matrimonii § 178.  
 hospitium § 34, 1.  
 humanitas § 31, Anm. 11.  
 hyperocha § 91, Anm. 3.  
 Hypothek § 94.  
 hypothekarische Sukzession  
 § 96, Anm. 2.  
 Iavolenus, C. Octavius Iavole-  
 nus Priscus § 18, 2 u. Anm. 1.  
 ignorantia iuris, facti § 62, An-  
 merkung 14.  
 immissio § 69, 2 f.  
 impensae § 78, 4.  
 imperitia § 109, 2 b.  
 imperium § 6; W § 7.  
 implantatio § 73, 4 a.  
 impuberes § 51, 1; § 187 ff.  
 inaedificatio § 73, 4 a.

- in bonis esse, in bonis habere § 68; § 80, 1.  
 incantare malum carmen § 159, 1.  
 incapaces § 213.  
 incertum § 101, 4a u. b.; § 134, 2; § 221, 3b; s. auch intentio incerta.  
 indefensus W § 12; W § 18, 2.  
 in diem addictio § 50, 2.  
 indices (*ἰνδῆες*, spätrömische Literaturgattung) § 21, 5; § 30, 2.  
 indignitas § 213, Anm. 1.  
 infamia § 137, 2a; § 139, 2a; § 151, 5; § 157, Anm. 12a. E.; § 160, 1; § 192, 2a. E.; W § 18, 2 a. E.  
 infantes § 51, 1 b.  
 in integrum restitutio s. restitutio in integrum.  
 in iure cessio § 55; § 71, 2; § 86, 1a (Begründung v. Dienstbarkeiten); § 87, 1 (Aufhebung v. Dienstbarkeiten); § 188, 1 (tutela legitima); § 212, 5a (Erbrecht) W § 12.  
 iniuria (Verletzung der Persönlichkeit) § 159; (Widerrechtlichkeit) § 158, 3a.  
 in ius vocatio W § 11.  
 Inkassomandatar § 121, Anm. 5.  
 Inkapazität § 213.  
 Innominatkontrakte § 152.  
 inofficiosum testamentum § 209.  
 Inquisitiones maxime W § 25 a. E.  
 insinuatio § 57, 4; § 153, 3; § 229, 2a. E.  
 institor § 169, 1.  
 institutiones (klass. Literaturgattung) § 16, 2; (des Gaius) § 19, 4; (Justinians) § 28, 1.  
 intentio W § 9, 1.  
 — certa u. incerta § 101, 4a; W § 9, 1.  
 interdictio bonorum § 51, 3.  
 interdictum (allgemein) § 7, 3; § 64, 1 a. E.; § 66; W § 19, 4; W § 27, 2.  
 — de aqua § 88, 2a.  
 — de arboribus caedendis § 69, 2b.  
 — de clandestina possessione § 66, Anm. 12.  
 — de glande legenda § 69, 2a.  
 — de itinere actuque privato § 88, 2a.  
 — de liberis exhibendis item ducendis § 176, 3; § 184, 2.  
 — de migrando § 95, 1.  
 — de precario § 66, Anm. 12.  
 — de rivis § 88, 2a.  
 — de uxore exhibenda ac ducenda § 176, 3.  
 interdictum de vi armata § 66, 3ba. E.  
 — fraudatorium § 162, 1.  
 — quam hereditatem § 215, 2.  
 — quem fundum § 78, 3b.  
 — quod legatorum § 222, 4.  
 — quorum bonorum § 216, 1.  
 — Salvianum § 94, 3.  
 — unde vi § 66, 3b.  
 — unde vi utile (des Nießbrauchers) § 88, 2a.  
 — uti possidetis § 66, 2a.  
 — uti possidetis utile (des Nießbrauchers) § 88, 2a.  
 — utrubi § 66, 2b u. 3a.  
 — utrubi utile (des Nießbrauchers) § 88, 2a.  
 Interesse § 106, 2a.  
 interpellatio § 115, 1a.  
 Interpolationen § 31; (bei Gaius) § 19, Anm. 14.  
 Interzession § 133; (magistratische) W § 15.  
 Intestaterfolge § 194, 4; § 196ff.  
 invecta, illata § 95, 1, vgl. Anm. 2.  
 inventarium (Nachlaßverzeichnis) § 220, 3b.  
 ipso iure-Konsumption W § 15.  
 Irnerius § 30, Anm. 8.  
 Irrtum § 62, 2c; (Entschuldbarkeit) § 62, Anm. 14.  
 iter § 82, 2a.  
 iudex W § 5.  
 — qui litem suam fecit § 119, 2; W § 15.  
 iudicia bonae fidei § 101, 4b; § 109, 2b; § 112, 3b; § 113, 1a; § 125, 2b; § 130, 3; vgl. W § 9, 1.  
 — contraria § 130, 1.  
 — divisoria § 156, 1.  
 — stricta § 101, 4.  
 iudicium (allgemein) W § 6; W § 9.  
 — de moribus § 182, Anm. 10.  
 — domesticum § 184, 3.  
 — familiae herciscundae utile (Universalfideikommiß) § 227, Anm. 5.  
 — legitimum W § 4.  
 — privatum W § 3.  
 — quod imperio continetur W § 4; W § 13a. E.  
 Iulianus, L. Salvius § 19, 3 u. Anm. 1.  
 Iulius Paulus § 20, 3.  
 Iunius, M. Iunius Brutus § 14, 4.  
 iurisdictio § 6; W § 7, 1.  
 ius § 32; vgl. § 8.  
 — actorum conficiendorum § 57, 4.  
 — actus § 82, 2a.  
 — ad rem § 226, Anm. 3.  
 — aedilicium § 8, Anm. 3.  
 ius Aelianum § 4, Anm. 1; § 14, 2.  
 — altius non tollendi § 82, 3a.  
 — aquam ducendi § 82, 2b.  
 — civile (im Gegensatz zum ius honorarium) § 8.  
 — (im Gegensatz zum ius gentium) § 34, 4.  
 — commercii § 34, 1.  
 — conubii § 34, 1; vgl. § 172, 1b.  
 — edicendi (des Kaisers) § 10, 2.  
 — exigendi § 99, 1.  
 — Flavianum § 4, Anm. 1; § 13, 3; § 14, 2.  
 — gentium § 34.  
 — honorarium § 8.  
 — naturae, naturale § 34, 4, vgl. Anm. 11.  
 — offerendi § 96, 2.  
 — Papirianum § 3.  
 — praetorium § 8, Anm. 3.  
 — prohibendi (des Miteigentümers) § 67, 2.  
 — publicum u. privatum § 32, 2.  
 — respondendi § 15, 2; (Spätzeit) § 21, 1.  
 — tigni immittendi § 82, 3c.  
 — trium vel quattuor liberorum § 173, 2; vgl. § 192, 4; § 198, 1.  
 — vendendi (des pater familias) § 184, 4.  
 — viae § 82, 2a.  
 — vitae necisque § 37, 3a; § 41, 6a; § 184, 3.  
 iusjurandum calumniae § 225, 3.  
 — in iure delatum W § 12; W § 23.  
 — in litem § 78, 4; W § 9, 4.  
 — iudiciale W § 14.  
 — necessarium W § 23.  
 — voluntarium W § 12a. E.  
 iusta causa (traditionis) § 71, 3a; (usucapionis) § 75, 3a.  
 Iustinianus (Gesetzgebung) § 25ff.  
 iustum pretium § 142.  
 iustus titulus § 75, 3a.  
 Iuventius, P. Iuventius Celsus § 19, 3.  
 Judikationsbefehl W § 5; W § 13.  
 Jurisprudenz s. Rechtswissenschaft.  
 Juristensprache § 16, 1.  
 juristische Personen § 43ff.  
 juristischer Besitz § 64, Anm. 4 a. E.  
 Kaisergesetzgebung § 10ff.  
 Kalender § 13, Anm. 3.  
 Kanzleien (kaiserliche) § 11, 3.

- Kauf § 140ff.  
— bricht Miete § 147, 4, vgl. Anm. 7.  
— von Rechten § 145.  
Kaufpreiszahlung als Voraussetzung des Eigentumsverkehrs § 71, 3 b.  
Kausalzusammenhang § 107, 1 a.  
Kautelarjurisprudenz § 14, 1; § 16, 2.  
Kirche, kirchliche Anstalten (als Rechtssubjekte) § 45, 2.  
kirchliche Gerichtsbarkeit W § 30.  
Kodifikationen (der römischen Spätzeit) § 22ff.  
Kodizill § 207.  
Kodizillarklausel § 207, 5.  
Kognitionsverfahren W § 20ff.  
Kollation, neuere § 219, 3.  
Kollationspflichten (insgesamt) § 219.  
Kollektiveigentum § 67, 3 a.  
Komitialtestament § 200, 1.  
Kommentare (als Literaturform) § 16, 2.  
Kommentatoren § 30, 3.  
Kompensation § 125.  
Kompromiß W § 29.  
Konditionen § 155.  
Konkubinat § 178.  
Konsensalkontrakte § 8, Anm. 8; § 117, 2 d; § 139ff.  
Konstantinopel (Rechtsschule) § 21, 5.  
Konstitutionensammlungen § 16, 2.  
Konsumtionswirkung der litis contestatio W § 13; vgl. § 124, 3.  
— des Urteils W § 17; vgl. § 124, 3.  
Kontumazialverfahren W § 22.  
Konventionalstrafe § 111.  
Konversion § 63, 2.  
Körperschaften § 44.  
Körperverletzung (iniuria) § 159.  
Korrealität, Korrealobligationen § 131, 2.  
Kreditmandat § 139, 1 b.  
Kriegsgefangenschaft § 40, 3 b.  
  
Labeo, M. Antistius § 18, 2.  
Ladung zum Prozeß W § 11; W § 21.  
laesio enormis § 142.  
lanx et licium § 157, 2.  
Latini Iuniani § 41, 3 u. Anm. 15.  
legatum § 221 ff.  
— liberationis § 221, 3 b.  
— nominis § 221, 3 b.  
— optionis § 221, Anm. 7.  
— per damnationem § 221, 3 b.  
legatum per praeceptionem § 221, 4 b.  
— per vindicationem § 221, 3 a.  
— sinendi modo § 221, 4 a; § 226, Anm. 1.  
legis actio W § 6; W § 8.  
— — per conditionem W § 8.  
— — per iudicis postulationem W § 8.  
— — per manus iniunctionem W § 17.  
— — per pignoris capionem § 91, Anm. 1; W § 17.  
— — sacramento W § 8.  
legitimatio per rescriptum principis § 178.  
— per subsequens matrimonium § 178.  
legitimi (prätorische Erbfolgeordnung) § 197, 1 b.  
Leihe § 136.  
Leistungsklage W § 9, 1.  
Leistungsort § 113.  
Leistungszeit § 114.  
leges § 5, 2 a.  
— Corneliae § 5, Anm. 2.  
— datae § 5, 3.  
— edictales § 12, 1.  
— generales § 10, 3; § 12, 2.  
— Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum § 5, Anm. 3.  
— — de vi publica et privata § 5, Anm. 3.  
— perfectae, minus quam perfectae, imperfectae § 61, 1 b.  
— regiae § 3.  
lex Aebutia § 5, Anm. 1; § 6, Anm. 1; W § 6.  
— Aelia Sentia § 5, Anm. 3; § 41, 7 b.  
— Appuleia de sponsu § 5, Anm. 1; § 132, Anm. 17.  
— Aquilia § 5, Anm. 1; § 158, 2 u. 3.  
— Atilia § 5, Anm. 1; § 192, 3; § 189, 2.  
— Atinia § 75, 1.  
— Canuleia § 172, 1 a.  
— Cicereia de sponsu § 5, Anm. 1; § 132, Anm. 17.  
— Cincia § 5, Anm. 1; § 153, 2.  
— Claudia (Vormundschaftsrecht) § 192, 4.  
— commissoria (Kauf) § 50, 2; (Pfandrecht) § 91, 3; § 92, 2.  
— Cornelia (Bürgschaft) § 132, Anm. 17.  
— — de iurisdictione § 7, Anm. 2.  
— de imperio § 10, Anm. 1 u. 4.  
— duodecim tabularum § 4.  
— Falcidia § 224, 2; § 229, 2.  
— Fufia Caninia § 5, Anm. 3; § 41, 7 a.  
lex Furia de sponsu § 5, Anm. 1; § 132, 5 a.  
— — testamentaria § 5, Anm. 1; § 224, 1 a; § 229, 2.  
— Glitia § 209, Anm. 4.  
— Hortensia § 5, 2.  
— Iulia de adulteriis coercendis § 5, Anm. 3; § 177, 3; § 178.  
— — de civitate sociis danda § 174.  
— — de collegiis § 5, Anm. 3; § 44, 2.  
— — de fundo dotali § 180, 2; § 189, 2.  
— — de maritandis ordinibus § 5, Anm. 3; § 173, 1; § 213, 2.  
— — iudiciorum privatorum W § 6.  
— — (et Titia?, Vormundschaftsrecht) § 189, 2, bes. Anm. 2.  
— Iunia (Norbana?) § 41, 3.  
— — Velleia § 205, Anm. 11.  
— Minicia § 171, 2.  
— Papia Poppaea § 5, Anm. 3; § 172, 1 a; § 173, 1; § 213, 2; § 218, 3.  
— Pesolania (?) § 170, 4.  
— Pinaria W § 8.  
— Plaetoria § 5, Anm. 1; § 51, 1 c; § 193, 3 a.  
— Plautia de vi § 75, 1.  
— Poetelia Papiria de nexis § 5, Anm. 1; § 102; W § 17.  
— Pompeia (Bithynien) § 2, Anm. 3.  
— Publilia de sponsu § 5, Anm. 1; § 132, 6 u. Anm. 17.  
— Romana Burgundionum § 24, 2.  
— — Visigothorum § 24, 1.  
— Scribonia § 86, 1 b.  
— Titia (Tutel) § 189, 2.  
— Voconia § 5, Anm. 1; § 205, 3; § 224, 1 b; § 229, 2.  
libelli § 11, 3.  
libellus repudii § 177, 3.  
liberatio § 120ff.  
liberi (Begriff) § 37, 1; (prätorische Erbfolgeordnung) § 197, 1 a.  
— naturales § 178, Anm. 3.  
libertus, libertinus § 41, bes. Anm. 3.  
— — orcinus § 41, 2 c.  
libri pontificales § 13, 2.  
lis infitiando crescit in duplum W § 13 a. E.  
Literaturformen (juristische) § 14, 2; § 16; § 21, 4ff.  
litis aestimatio § 78, 4; § 79; § 131, 1 a.  
— contestatio § 101, 2; § 124, 3; W § 3; W § 5; W § 13; W § 24.

- Litiskreszens W § 13 a. E., vgl. § 157, Anm. 5.  
 Litteralkontrakt, litterarum obligatio § 117, 2b.  
 locatio conductio § 140, Anm. 7 § 146.  
 — operarum § 148.  
 — operis § 149.  
 — rei § 147.  
 — perpetua § 147, 3.  
 locator § 146, 1.  
 Longinus, C. Cassius § 18, 4.  
 longi temporis praescriptio § 76; § 77, 2; § 98, 5.  
 longissimi temporis praescriptio § 77, 3; § 98, 5.  
 Lösungsrecht (des früheren Eigentümers) § 70, Anm. 6.  
 lucrum cessans § 105, 2.
- Maecianus, L. Volusius § 19, 5 u. Anm. 1.  
 Magie (Verhältnis zum ältesten Recht) § 4, 2, bes. Anm. 3; § 13, 1; § 158, 1; § 159, 1; s. auch § 157, Anm. 10.  
 magister navis § 169, 1.  
 Mahnung (beim Verzug) § 115, 1a.  
 malum carmen incantare § 159, 1.  
 mancipatio § 53, 2 a; § 54; § 71, 1.  
 mancipium, in mancipio esse, in mancipium dare § 37, 2d; § 184, 4.  
 mandata principis § 11, 4.  
 mandatatum § 139, 1.  
 — in rem suam § 127, 1.  
 — qualificatum § 132, Anm. 6; § 139, Anm. 4.  
 Manilius, M'. § 14, 2.  
 manumissio § 41.  
 — censu § 41, 2b.  
 — convivii adhibitione § 41, 4.  
 — fideicommissaria § 41, 2c; § 226, 1.  
 — in ecclesia § 41, 4.  
 — inter amicos § 41, 3.  
 — per epistolam § 41, 3.  
 — per mensam § 41, 4.  
 — testamento § 41, 2c.  
 — vindicta § 41, 2a.  
 manus § 37, 3; § 176, 2.  
 Marcellus, Ulpianus § 19, 5.  
 Marcianus, Aelius § 20, Anm. 12.  
 Massurius Sabinus § 18, 4.  
 mater familias § 37, 2a.  
 matrimonium iustum, iniustum, iuris gentium § 172, 2.  
 membrum ruptum § 159, 1.  
 metus § 62, 2d; § 161.  
 Miete § 147.
- Minderjährigkeit § 51, 1c; § 193, 3.  
 Minderung § 144, 2 u. 4c.  
 minores XXV annorum s. Minderjährigkeit.  
 missio in bona W § 12.  
 — in possessionem W § 18, 2; § 19, 2.  
 Mißverständnis § 49, 3.  
 Mitbürgen § 132, 5.  
 Miteigentum § 67, 2.  
 Miterben § 217.  
 Mitvermächtisnehmer § 222, 3.  
 Modestinus, Herennius § 20, 4.  
 Mommsen, Theodor § 30, 3.  
 Monographien (in der klassischen Rechtsliteratur) § 16, 2; (in der byzantinischen Rechtsliteratur) § 30, 2.  
 mora accipiendi, mora creditoris § 116, 1.  
 — debitoris § 115, 1.  
 mores § 2, 3.  
 Morgengabe § 153, Anm. 9.  
 mortis causa capere § 229, 2. — causa donatio § 229.  
 Mucius, P. Mucius Scaevola § 14, 4.  
 — Q. Mucius Scaevola augur § 14, 4.  
 — Q. Mucius Scaevola pontifex § 14, 4.  
 multae dictio W § 19, 2.  
 Mündigkeit § 51, 1.  
 municipia § 33, 2; § 44, 1.  
 mutuae obligationes § 130, 1.  
 mutuum § 135, 3; (Name) § 135, Anm. 7.
- Nachbarrecht § 69.  
 nachgeformte Rechtsgeschäfte § 52, 2 a. E.; § 62, Anm. 5.  
 Nachlaßverbindlichkeiten § 220.  
 Namusa, Aufidius § 14, 5.  
 Naturaldarlehen § 135, 1.  
 Naturalobligationen § 103.  
 Naturalrestitution § 105, 2.  
 nauta (Haftung für Sachen der Fahrgäste) § 150.  
 ne bis in idem W § 13.  
 negatives Interesse § 60, Anm. 2; § 144, 2.  
 negotia per aes et libram § 53.  
 negotiorum gestio § 154.  
 negotium § 48, 1.  
 — claudicans § 51, 1b a. E.  
 nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest § 195, 1b.  
 Neratius, L. Neratius Priscus § 19, 1.  
 Nerva, M. Cocceius § 18, 4.  
 nexum § 53, 2b; § 135, 2, bes. Anm. 3.
- Nichtigkeit § 60, 2.  
 Nichtigkeitsbeschwerde W § 15.  
 nichtstaatliche Gerichte W § 29f.  
 Nießbrauch § 84; (Fruchterwerb) § 73, 3c; (Verpfändbarkeit) § 99, 2.  
 nomina arcaria, transcripticia § 117, 2b.  
 nominatio auctoris § 78, Anm. 8.  
 non usus § 87, 4.  
 Noterbrecht § 194, 3; § 208 ff.  
 Notweg § 69, 2d.  
 novatio § 124; (necessaria) § 124, 3; § 127, 1; § 128, 1; (voluntaria) § 124, 1.  
 Novellen, justinianische § 29.  
 — posttheodosianische § 23, 3.  
 Novellensammlung, griechische § 29, c.  
 noxa § 106, Anm. 2.  
 noxae deditio § 170.  
 nuncupatio § 54, 3b; § 200, 2—4.  
 nuntium remittere § 177, 3.  
 Nutznießung s. Nießbrauch.  
 Nutzungspfand § 93, 3.  
 Nutzungsrecht des Vaters am Kindesgut § 185, 2.
- obligare, obligatio § 35, 2; § 100, 2.  
 obligationes mutuae § 130, 1.  
 — naturales § 103.  
 occentare § 159, 1.  
 occupatio § 73, 1.  
 Octavius, C. Octavius Iavolenus Priscus § 19, 2 u. Anm. 1.  
 öffentliche Beurkundung § 57, 4.  
 Offizialzinsen § 112, 3b.  
 Ofilius, A. § 14, 5.  
 onera matrimonii § 180, Anm. 2.  
 operae animalium § 85, Anm. 4; vgl. § 41, 6b.  
 — libertorum § 117, 2a.  
 — servorum § 85, 3.  
 Oralfideikommiß § 225, 3.  
 oratio § 9, 1.  
 oratores (Gerichtsbeistände) W § 10.  
 ordo iudiciorum privatorum W § 20.  
 orientalische Einflüsse (auf die Zwölftafeln?) § 4, Anm. 8; (auf die spätclassische Jurisprudenz?) § 15, Anm. 11; (im Rechte der Spätzeit?) § 30, 3; vgl. auch § 174, 2; § 183, Anm. 1.  
 Organe der juristischen Personen § 44, 5.  
 os fractum § 159, 1.



- Pacht § 147; (Fruchterwerb des Pächters) § 73, 3d.  
 pacta legitima u. praetoria § 117, 3.  
 pactum § 123, 1.  
 — adiectum § 117, 3 a. E.  
 — de distrahendo § 91, 4.  
 — de non petendo § 123, 1 u. 2.  
 — de vendendo § 91, 4; § 92, 3.  
 — fiduciae § 54, 4b.  
 Panaitios § 14, 4.  
 pandectae § 27.  
 Papinianus, Aemilius § 20, 2.  
 Papirius Iustus § 16, Anm. 2.  
 παράγραφοι § 30, 2.  
 παράφρασις § 179, Anm. 3.  
 Paraphrasen (in den römischen Rechtsquellen) § 31, 3.  
 παράνυλα § 21, 5; § 30, 2.  
 parricidas § 108.  
 pars § 47, 1.  
 Parteieid W § 12; W § 14; W § 23.  
 Parteien (im Prozeß) W § 10.  
 partitio legata § 221, 3b.  
 pater familias, patria potestas § 37; § 184ff.  
 patientia (Begründung von Dienstbarkeiten) § 86, 3a.  
 patres legatarii § 218, 3.  
 Patrizier und Plebejer § 5, 2; § 36, 2.  
 Patronat (über Freigelassene) § 41, 6; (Tutel) § 188, 1; (Erbrecht) § 196, 1; § 197, Anm. 2.  
 patroni (Gerichtsbeistände) W § 10.  
 Paulus, Iulius § 20, 3.  
 Paulussentenzen § 21, 4.  
 peculium § 37, 3b; § 166, 1; § 185, 1.  
 — castrense § 185, 1a.  
 — profecticium § 186, 3b.  
 — quasi castrense § 185, 1b.  
 pecunia § 37, 1, bes. Anm. 4; § 53, 1.  
 pecuniaria condemnatio s. condemnatio pecuniaria.  
 Pegasus § 18, Anm. 5; § 227, Anm. 6.  
 percipere, Perzeption (der Früchte) § 73, 3c.  
 peregrini § 33, 1; (conubium) § 172, 1b.  
 Perfektion des Kaufs § 141, 2a, bes. Anm. 9.  
 periculum emptoris § 141, 2.  
 — tutelae § 191, 2.  
 permutatio § 152, Anm. 2; § 152, 3.  
 perpetuatio obligationis § 115, 2a.  
 personae exceptae § 153, 2.  
 Personalexekution § 35, 2; § 102; W § 17.  
 Personalität der Rechte § 33; § 36, 2.  
 Personalkredit § 132, Anm. 2.  
 Personen 36ff.  
 persönliche Leistung § 121, 2b.  
 Persönlichkeitsverletzung § 159  
 Pfandbesitz § 64, 2b.  
 Pfandrechte § 91ff.; (gesetzliche, stillschweigend vereinbarte) § 95; (an Rechten) § 99.  
 Pfandrecht an eigener Sache § 98, Anm. 1.  
 Pflugschaft § 193.  
 Pflichtteil § 209, 3.  
 Philosophie (Einflüsse auf das römische Recht) § 14, 3f.; § 18, 1; § 31, 3; § 73, 4 u. 7, bes. Anm. 21.  
 piaae causae, pia corpora § 44, 2.  
 pignus § 93ff.  
 — in causa iudicati captum § 91, Anm. 1; W § 18, 4.  
 — nominis § 99, 1.  
 — praetorium § 91, Anm. 1.  
 Plautius § 19, 2.  
 plebiscitum § 5, 2, bes. 2b.  
 pluris petitio § 101, 4a; § 125, 2a.  
 poena § 105, 2; § 118, 3.  
 — temere litigantium W § 13 a. E.  
 Pomponius, Sex. § 19, 4.  
 pollicitatio § 153, Anm. 3.  
 — dotis § 181, 2.  
 pontifices § 3; § 13.  
 Porcius, M. Porcius Cato (Vater u. Sohn) § 14, 3; § 223, Anmerkung 5.  
 positives Interesse § 144, 2.  
 possessio § 64ff.  
 — civilis u. naturalis § 64, 1, bes. Anm. 4.  
 — ficta § 78, 3d; § 94, 4a.  
 possessor pro herede u. pro possessore § 215, 1.  
 Postglossatoren § 30, 3.  
 posttheodosianische Novellen § 23, 3.  
 postumi § 206, 2c; § 208, Anm. 3.  
 Potestativbedingung § 50, 4.  
 potioris nominatio (Tutel) § 189, 3.  
 praedes § 132, Anm. 4.  
 praedia rustica, urbana § 46, 2; § 82; § 190, 2.  
 Praedigesten § 27, Anm. 9.  
 praelegatum § 221, 2b.  
 praescriptio longi temporis § 76; § 77, 2; § 98, 5.  
 — longissimi temporis § 77, 3; § 98, 5.  
 praesumptio Muciana § 179, Anm. 2.  
 praeteritio s. Noterbrecht.  
 praetor (urbanus, peregrinus) § 7, 1; W § 4; W § 7.  
 — fideicommissarius § 225, 1.  
 — tutelarius § 11, Anm. 19.  
 praetorische Freilassungen § 41, 3.  
 Praeceptionslegat § 221, 4b.  
 precarium § 64, 2b.  
 predigesto § 27, Anm. 9.  
 Prinzipat § 10, 1 u. 2; § 15, 1.  
 Privatstrafe § 105, 3.  
 Privatrache § 4, 2, bes. Anm. 4; § 159, 1.  
 Privatrecht u. öffentliches Recht § 32, 2.  
 Proculus § 18, 4.  
 procurator § 58, 1 u. 3 a. E.; W § 10.  
 — in rem suam § 127, 1; § 128, 1; § 143, 2; § 227, 2.  
 prodigus § 51, 3; § 193, 2.  
 pro herede gestio § 212, 1b.  
 Prokulianer § 18, 3.  
 proprietas § 66, 1.  
 Provinzialboden § 46, 5.  
 Provinzialedikt § 7, Anm. 4.  
 Provinzialjuristen § 15, 4.  
 Prozeßbefristung W § 13.  
 Prozeßkosten W § 28.  
 Prozeßparteien W § 10.  
 pubertas § 51, 1.  
 Publizität der negotia per aes et libram § 53, 3.  
 purgatio morae § 115, 1b.  
 Pupillarsubstitution § 204, 5.  
 quadrupes § 170, 4.  
 quaestio lance licioque § 157, 2, Anm. 9—11.  
 quaestiones (Literaturgattung) § 16, 2.  
 quarta Falcidia § 224, 2.  
 Quasidelikte § 119.  
 Quasikontrakte § 119; § 154ff.  
 quasi possessio § 64, Anm. 9.  
 — usus fructus § 84, 2.  
 querella inofficiosi testamenti § 209.  
 Quinquaginta Decisiones § 26, 2.  
 Quittungsurkunden, pompejanische § 120, 3.  
 Rangfolge der Pfandrechte § 97.  
 rapina § 157, 5.  
 Realkontrakte § 117, 2c; § 135ff.  
 Realkredit § 132, Anm. 2.  
 receptum arbitri W § 3; vgl. W § 29.  
 — argentarii § 132, Anm. 6.  
 — nautarum cauponum stabulariorumque § 150.  
 Recht im objektiven Sinne § 32.

- Recht im subjektiven Sinne § 32, 1; § 35.  
 Rechtsgeschäft § 48ff.; (Begriff) § 48, 1.  
 Rechtsirrtum § 62, Anm. 14.  
 Rechtskraft des Urteils W § 15.  
 Rechtsliteratur § 14, 2; § 16; § 21, 4ff.  
 Rechtsmängel, Rechtsmängelhaftung § 76, 2 (Ersitzung); § 143 (Kauf).  
 Rechtsmittel W § 15; W § 26, 1.  
 Rechtsschulen (klassische) § 18 3; (byzantinische) § 21, 5.  
 Rechtsunterricht § 14, 1; § 15, 5; § 21, 5.  
 Rechtswissenschaft § 13ff.; § 30, 2.  
 recuperatores W § 7, 2.  
 regula, Regularjurisprudenz § 14, 3.  
 — Catoniana § 14, 3; § 223, 2a.  
 regulae (Literaturgattung) § 16, 2.  
 Reichsrecht u. Volksrecht § 34, Anm. 11.  
 rei vindicatio § 78.  
 Relationsverfahren W § 27, 1.  
 relocatio tacita § 147, 3.  
 remancipatio § 54, 4b; (Eherecht) § 177, 3.  
 repudium § 177, 3.  
 res (corporales u. incorporales) § 46, 1.  
 — divini iuris § 46, 4.  
 — extra commercium § 46, 4.  
 — immobiles § 46, 2.  
 — iudicata W § 15.  
 — mancipi u. nec. mancipi § 46, 3; § 71, 1, bes. Anm. 3.  
 — publicae § 46, 4.  
 rescissio actorum § 11, Anm. 3.  
 rescriptum § 11, 3.  
 Reskriptsprozeß W § 27, 1.  
 respondere, responsum § 13, 1 u. 2; § 14, 1 u. 2; vgl. § 15, 2.  
 responsa (Literaturgattung) § 14, 2; § 16, 2.  
 restituere, Restitutionsklausel § 78, 4; § 79; § 160, 1; § 163, Anm. 4; vgl. § 88, 1; § 94, 4b; W § 9, 4.  
 restitutio in integrum § 52, 1c; § 60, 3; § 161, 1; § 162, 1; § 166, Anm. 3; § 212, 5b; W § 15; W § 19, 3; W § 26, 1.  
 retentiones (Dotalrecht) § 182, 3b.  
 reus (Stipulation) § 56, Anm. 5; (Prozeß) W § 10.  
 Reurecht (b. d. Schenkung v. Todeswegen) § 229, Anm. 3; vgl. § 117, 4 (Arrha).  
 Rezeption des römischen Rechts § 30, 3.  
 Rhetorik (Einfluß auf das römische Recht) § 14, 3, bes. Anm. 8; § 49, 2; § 209, Anm. 2.  
 Ring (als Zeichen des Verlobnisses) § 174, Anm. 5.  
 Rutilius, P. Rutilius Rufus § 14, 4.  
 Sabinianer, § 18, 3.  
 Sabinus, Caelius § 18, Anm. 5.  
 — Massurius § 18, 4.  
 Sabinuskommentare § 16, 2.  
 Sachbeschädigung § 158.  
 Sachen § 46f.  
 Sachhaftung § 91, 2.  
 Sachmängel, Sachmängelhaftung (Kauf) § 144.  
 Sachkondemnation (im späten Prozeß) W § 26, 1.  
 sacramentum W § 8.  
 Sakalrecht § 3; § 13, 1.  
 salarium § 139, 1c.  
 Salvius, L. Salvius Iulianus § 19, 3 u. Anm. 1.  
 sanctio legis § 61, 1b.  
 — pragmatica § 12, Anm. 3.  
 satio § 73, 4a.  
 Savigny, Friedr. Karl v. § 30, 3.  
 Scaevola, Q. Cervidius § 20, 2.  
 — P. Mucius § 14, 4.  
 — Q. Mucius augur § 14, 4.  
 — Q. Mucius pontifex § 14, 4.  
 Schaden § 105, 1; (mittelbarer) § 106, 2a.  
 Schadensersatz § 105, 2; § 106, 2a.  
 Schatz § 73, 2.  
 Scheidebrief § 177, 3.  
 Scheidung § 177.  
 Scheingeschäft § 62, 2b.  
 Schenkung § 153; (unter Brautleuten) § 153, Anm. 9; (unter Ehegatten) § 153, 2; (von Todes wegen) § 229.  
 Schenkungsverbote § 153, 2.  
 Scherzzerklärung § 62, 2a.  
 Schiedsgericht (privates) W § 29.  
 scholia § 21, 5.  
 — Sinaitica § 21, 5.  
 Schriftform § 57.  
 Schriftformel § 48, 2; § 78, 3a, vgl. 2; § 100, 2; W § 6; W § 9.  
 Schuld u. Haftung § 35, 2, bes. Anm. 2.  
 Schuldknechtschaft § 102; W § 17.  
 Schuldnerverzug § 115.  
 Schuldübernahme § 128.  
 Schwägerschaft § 39, 2.  
 Selbsthilfe u. Staatshilfe W § 2.  
 semel heres semper heres § 195, 3.  
 senatus consultum § 9.  
 — Claudianum § 40, 3cβ,  
 — Iuncianum § 9, Anm. 7.  
 — Iuventianum § 215, 4.  
 — Macedonianum § 9, Anm. 7; § 135, 4.  
 — Neronianum (Urkundenwesen) § 57, Anm. 4.  
 — Neronianum (Vermächtnis) § 221, 5.  
 — Orfitianum § 198, 1.  
 — Pegasianum § 225, 5; § 226, 3; § 227, 4.  
 — Silanianum § 40, Anm. 3.  
 — Tertullianum § 198, 1.  
 — Trebellianum § 227, 3.  
 — Vellaeum § 133.  
 sententia W § 15.  
 sententiae (Literaturgattung) § 16, 2.  
 separatio bonorum § 220, 3a.  
 sequester § 137, 4; (Besitzschutz) § 64, 2b.  
 servi § 40.  
 — poenae § 40, 3cγ.  
 — publici § 40, 3b; (Testierfreiheit) § 205, Anm. 3.  
 servitus fluminis § 82, 3b.  
 — ne luminibus (prospectui) officiat § 82, 3a.  
 — oneris ferendi § 82, 3c.  
 — stillicidii § 82, 3b.  
 servituties personales § 83.  
 Servius, Ser. Sulpicius Rufus § 14, 5.  
 Sicherheitsleistung s. cautio.  
 Simulation § 62, 2b.  
 Sinaischolien § 21, 5.  
 Sklavenehe § 171, Anm. 5.  
 Sklavenkind § 40, 3a.  
 Sklaverei § 40.  
 societas § 151.  
 — hereto non cito § 151, 1.  
 — re contracta § 151, Anm. 5.  
 socii (populi Romani) § 33, 1.  
 sodalitates § 44, 1.  
 Soldatentestamente § 203.  
 Solidarität (bloße) § 131, 3.  
 Solidarobligationen § 131, 1.  
 solvere, solutio § 35, 2; § 120, 2; § 121.  
 solutio per aes et libram § 53, 2c; § 120, 3; § 122, 1.  
 spatium deliberandi § 212, 4.  
 species (genera und) § 14, 3; § 18, 2; (nova) § 73, 7.  
 specificatio § 73, 7.  
 Spezialexécution § 102, Anm. 2; W § 18, 4; W § 26, 2.  
 sponsalia § 174, 1.  
 sponsio § 132, 3a.  
 Sporteln W § 28.  
 Spruchformeln W § 6; W § 8.  
 Staatshilfe W § 2.

- stabularius (Haftung für Sachen der Gäste) § 150.  
 status § 42.  
 Stellvertretung § 58; (beim Besitzerwerb) § 65, 2; (im Prozeß) W § 10.  
 Stiftungen § 45.  
 stipulatio § 56; § 134.  
 — Aquiliana § 124, 2b.  
 — duplae § 143, 3.  
 — poenae § 111, 1.  
 — post mortem dari § 132, 3b.  
 stipulationes emptae et venditae hereditatis § 227, 2 u. 4bα.  
 — partis et pro parte § 221, 3b a. E.; § 227, 4bα.  
 — praetoriae § 7, 3; W § 19, 1.  
 Stipulationsklausel § 56, 3.  
 Stockwerkseigentum § 47, Anmerkung 1.  
 Streitgehilfen, Streitgenossen W § 10.  
 Stütz- u. Auflagerechte § 82, 3c.  
 Subjektumstellung (in der Prozeßformel) § 127, Anm. 2; W § 9a. E.  
 subscriptio § 11, 3.  
 subsidiäre Haftung (des Bürgen) § 132, 4.  
 Substitut § 149, 2a.  
 substitutio fideicommissaria § 226, 2.  
 — pupillaris § 204, 5.  
 — vulgaris § 204, 4; § 226, 2.  
 successio ordinum et graduum § 197, 2.  
 — in usucapionem § 75, 4; vgl. § 76, 4.  
 sui heredes § 194, 1; § 196, 1a; § 208.  
 Sukzession (hypothekarische) § 96, Anm. 2.  
 Sulpicius, Ser. Sulpicius Rufus § 14, 5.  
 summarischer Prozeß W § 27, 2.  
 superficies § 90, 1.  
 superfluum § 91, 4; § 92, 3; § 138, 2a.  
 Surrogation vgl. § 215, 4a.  
 synallagma § 130, Anm. 5.  
 syrisch-römisches Rechtsbuch § 34, Anm. 11.  
 tabellio § 57, Anm. 4.  
 tabulae § 57, 2.  
 Talion § 106, 1; § 159, 1.  
 Tausch § 152, 3 u. Anm. 2.  
 Täuschung (arglistige) s. dolus.  
 Teil § 47, 1.  
 Teilleistung § 121, 2c.  
 Teilpacht § 147, 2b.  
 Teilungsklagen § 156; W § 9, 3.  
 Testament § 194, 3; § 200ff.  
 — (holographes) § 202, Anm. 5.  
 Testament (öffentliches) § 202, 3.  
 — (ziviles u. prätorisches; Spätzeit) § 202.  
 testamenti factio § 205.  
 testamentum calatis comitiis § 13, Anm. 3; § 200, 1.  
 — destitutum § 206, 2b.  
 — in procinctu § 203, 1.  
 — irritum § 206, 2a.  
 — iure praetorio factum § 201, 1a. E.  
 — militis § 203, 2.  
 — nullum § 206, 1.  
 — per aes et libram § 200, 2.  
 — ruri conditum § 202, Anm. 3.  
 — tripertitum § 202, Anm. 4.  
 testatio § 57, 3.  
 thesaurus § 73, 2.  
 tierisches Verschulden § 170, Anm. 9.  
 Tierschaden § 170, 4.  
 tignum iunctum § 73, 4a.  
 Titius Aristo § 19, 2.  
 titulus putativus § 75, Anm. 8.  
 traditio § 65, 3; § 71, 3; (Dienstbarkeiten) § 86, 2b u. 3a.  
 — brevi manu § 65, 4cα.  
 — ficta § 65, Anm. 19.  
 transigere § 123, Anm. 3.  
 translatio legati § 223 b.  
 transmissio (der Berufung zur Erbfolge) vgl. § 212, 5.  
 Trauf- und Abflußrechte § 82, 3b.  
 Trebatius, C. Trebatius Testa § 14, 5; § 18, 2.  
 Tribonianus § 25, 4.  
 trinoctium usurpandi gratia § 176, 4.  
 Trödelvertrag § 152, 2.  
 Tryphoninus, Claudius § 20, 2.  
 Tubero, Q. Aelius Tubero § 14, 5.  
 tutela § 187ff.  
 — impuberum § 189ff.  
 — legitima § 188, 1.  
 — mulierum § 192.  
 — optiva § 192, 3a.  
 — testamentaria § 188, 2.  
 tutor Atilianus § 189, 2.  
 — fiduciarius § 192, 3b.  
 tutores honoris causa dati § 191, Anm. 5.  
 tutoris auctoritas § 188, 3; § 192, 2.  
 Überbau § 69, 2c.  
 Überfallsrecht § 69, 2a.  
 Überhang § 69, 2b.  
 Übertragung von Forderungen und Schulden § 126ff.  
 üble Nachrede § 159, 3c.  
 Uferrecht § 73, 6.  
 Ulpianus, Domitius § 20, 3.  
 —, epitome § 21, 4.  
 Ulpianus, opiniones § 21, 4.  
 Ulpianus Marcellus § 19, 5.  
 Umgehung des Gesetzes § 61, Anm. 2.  
 unerlaubte Handlungen s. delictum.  
 ungerechtfertigte Bereicherung § 155.  
 Universalfideikommiß § 227.  
 Universalsukzession § 194, 1 a. E.  
 universitas § 44, bes. Anm. 2.  
 unmögliche Leistung § 61, 1a.  
 Unmöglichwerden der Leistung § 130, 3.  
 unsittliche Rechtsgeschäfte § 61, 1c.  
 Unterhaltspflichten § 184, 6.  
 Unterschlagung § 157, 1.  
 Untersuchungsmaxime W § 25.  
 unus iudex W § 7, 2.  
 Unvordenklichkeit § 74, Anm. 1.  
 Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte § 59ff.  
 — des Testaments § 206.  
 Urkundenwesen § 57.  
 Urteil W § 15; W § 26, 1.  
 usucapio § 75; § 77; (Dienstbarkeiten) § 86, 1b.  
 — libertatis § 87, 4.  
 — pro herede § 212, 2.  
 usura centesima § 112, 2 u. 4.  
 usurae § 112.  
 usurae, quae officio iudicis praestantur § 112, 3b.  
 usurpatio § 75, 5.  
 usus § 85, 1.  
 usus-Ehe § 176, 4.  
 ususfructus § 84.  
 uti frui habere possidere § 67, 3ba. E.  
 Utilitätsprinzip § 110, 4.  
 vades, vadimonium § 132, Anm. 4; W § 11.  
 Varus, Alfenus § 14, 5.  
 väterliche Gewalt § 184ff.  
 Vaticana fragmenta § 21, 4.  
 vectigal § 89, 1.  
 Venuleius Saturninus § 19, 5.  
 Verarbeitung § 73, 7.  
 Veräußerungsverbot § 61, Anm. 4.  
 verba u. voluntas § 49, 2; § 62, 1.  
 Verbalkontrakte § 117, 2a; § 134; vgl. § 56.  
 Verbindung § 73, 4.  
 verbotene Rechtsgeschäfte § 61, 1b.  
 verbrauchbare Sachen § 46, 6.  
 Vereinigung von Schuld und Forderung § 120, 2.  
 Verfahren in iure und Verfahren apud iudicem W § 5.  
 — apud iudicem W § 14f.

- Verfahren in iure W § 11 ff.  
 Vergleich § 123, Anm. 3.  
 Verhandlungsmaxime W § 14 a. E.  
 veritas actus § 62, 2 b.  
 Verjährung § 74, Anm. 1.  
 Verlöbniß § 174.  
 Verlobungsring § 174, Anm. 5.  
 Vermächtnis § 221 ff.  
 Vermengung, Vermischung § 73, 5.  
 Vermögensexekution W § 18.  
 Verpfändung § 138; s. auch Pfandrecht.  
 Versäumnisverfahren W § 14; W § 22.  
 Verschaffungsvermächtnis § 221, 3 b.  
 Verschulden § 107, 1 b.  
 Verschwender § 51, 3; § 193, 2.  
 versio in rem § 166, 2.  
 Verstoßung (der Hauskinder) § 186, Anm. 8; (der Ehefrau) § 177, 2.  
 Vertrag zugunsten eines Dritten § 58, Anm. 3.  
 Vertragsstrafe § 111.  
 Vertrauensschaden § 144, 2.  
 vertretbare Sachen § 46, 6.  
 Vertretung s. Stellvertretung.  
 Verursachung § 107, 1 a.  
 Verwahrung § 137; (Geld) § 137 3.  
 Verwandtschaft, agnatische § 38.
- Verwandtschaft, kognatische § 39, 1.  
 Verzug § 115 ff.  
 Verzugszinsen § 112, 3 b; § 115, 2 b.  
 via § 82, 2 a.  
 vindex W § 11.  
 vindicatio § 48, 2; § 55; § 78 (rei vindicatio).  
 — in libertatem § 41, 2 a; § 55, 2.  
 — patriae potestatis § 184, 2.  
 — servitutis, usus fructus § 86, 1 a; § 88, 1.  
 Vindikationslegat § 221, 3 a.  
 vis maior § 109, 2 a.  
 Volksrichter W § 7, 2.  
 Vollstreckung § 102; W § 16 ff.; W § 26, 2.  
 voluntas § 49, 2; § 62, 1.  
 Volusius, L. Volusius Maecianus § 19, 5 u. Anm. 1.  
 Vormundschaft § 187 ff.  
 Vorsatz § 107, 1 b.  
 Vorweisungsanspruch § 163.
- Wahlschuld § 104, 2.  
 Wandlung § 144, 2 u. 4 b.  
 Wassergerechtigkeiten § 82, 2 b.  
 Wasserrecht § 46, 4, bes. Anm. 9.  
 wechselseitige Verbindlichkeiten § 130.  
 Wegerechte § 82, 2 a.
- Weinkauf § 116, 2 c.  
 Werkvertrag § 149.  
 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand s. restitutio in integrum.  
 Widerruf des Testaments § 206, 3.  
 — des Vermächtnisses § 223, 2 b.  
 Wille und Erklärung § 49; § 62, 1.  
 Willensmängel § 62.  
 Wohnungsrecht § 85, 2.
- Zauberei s. Magie.  
 Zeitbestimmung s. Befristung.  
 Zentumviralgericht W § 7, 2.  
 Zession § 127.  
 Ziehen auf den Gewähren § 143, 2.  
 Zinsen § 112.  
 Zinseszinsen § 112, 5 b.  
 Zinsbeschränkungen § 112, 4.  
 Zitiergeetze § 22, 2.  
 Züchtigungsrecht (des Patrons) § 41, 6 a; (des Vaters) § 184, 3.  
 Zufall § 107, 1 b.  
 Zurückbehaltungsrecht § 130, 3.  
 Zwang § 62, 2 d; § 161.  
 — zur Ehe § 173, 2.  
 Zweiteilung des Prozeßverfahrens W § 5.  
 Zwölf tafeln § 4.