II.

Zur Lehre vom Tutor suspectus.¹⁾

Von

Herrn Dr. Adolf Berger.

Inhaltsübersicht. I. Einleitung: Neueste Literatur und Übersicht der Ergebnisse dieser Studie. — II. Der Institutionentitel 1, 26. — III. Verwertung von G. I 182 und Ulp. 11, 23 für die Auffassung, daß es nur eine remotio u. z. r. suspecti gibt. — IV. Ulpian's Kommentarprogramm (D. 26, 10, 1 § 1) und die Scheidung der accusatio susp. von der remotio. — V. Die 'schlichte' remotio ist ein Phantasiegebilde, das dem klassischen Recht völlig fremd war. Quellenüberschau. — VI. Der Begriff suspectus (D. 42, 5, 31, 1 und 26, 10, 9; Inst. 1, 26, 5). — VII. Accusatio und remotio suspecti wegen Fahrlässigkeit (D. h. t. 3 § 17; C. 5, 43, 5; D. h. t. 4 § 4; 7 § 1 eod.; C. 5, 43, 9). — VIII. Accusatio suspecti wegen absentia des Vormunds (D. h. t. 7 §§ 2, 3; C. 5, 43, 3; D. h. t. 3 § 15; D. 38, 17, 2 § 41). — IX. Die accusatio suspecti wegen Tatsachen, die vor Antritt der Geschäftsführung durch den Vormund fallen (I. 1, 26, 5; D. h. t. 3 §§ 5, 12; C. 5, 43, 2; D. h. t. 3 § 8). — X. Keine remotio ohne postulatio (D. h. t. 3 § 4). — XI. Einige Stellen aus dem Gebiet der Lehre vom tutor suspectus: D. 27, 1, 35; C. 5, 52, 2 § 1; Paul. Sent. 3, 6, 15; D. 48, 10, 18 § 1. — XII. Schlußbetrachtungen.

I. Die Lehre vom Tutor suspectus ist in neuester Zeit Gegenstand zweier Untersuchungen geworden, die ganz unabhängig voneinander geführt wurden u. z. von Taubenschlag, *Vormundschaftsrechtliche Studien* 1913, S. 27 bis 46 und von Solazzi, einem auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts sehr verdienstlichen Forscher²⁾ in dem schönen Buche *La minore età nel diritto romano*

¹⁾ Das Manuskript nachstehender Abhandlung ist der Redaktion bereits im Herbst des vorigen Jahres eingeliefert worden.

Anm. d. Red.

²⁾ Vgl. dessen neuestes Werk: *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*. Sep.-Abdr. aus den Bänden XXII bis XXV des Bull. dell'ist., Roma 1913.

1912¹⁾, S. 259–272. Die Ergebnisse der beiden Darstellungen stimmen nur in einem ganz kleinen Teile überein, gehen aber sonst sowohl in Grundfragen wie auch in Einzelheiten und besonders in der Beurteilung der Echtheit einzelner wichtigen Stellen weit auseinander. Schon dies allein gibt genügenden Anlaß das Material und seine Verwertung durch die beiden Gelehrten zu überprüfen und zu den Ergebnissen Stellung zu nehmen. Ich tue dies um so mehr, als ich oft auch dort, wo beide eines Sinnes sind, ihnen nicht immer zu folgen vermag.

Sowohl Taubenschlag als auch Solazzi arbeiten mit der modernen Forschungsmethode des Romanisten; sie fühlen sich heimisch in dem Nachspüren nach Interpolationen und legen auch reichliche Beute, die in Solazzis Buch nach Hunderten zählt, von der Jagd vor. Auf dem Gebiet der *accusatio suspecti tutoris* können wir aber die nicht uninteressante Feststellung machen, daß beide Gelehrten, die durchaus nicht zurückhaltend in Interpolationsannahmen sind, oft ganz Verschiedenes sehen und nur selten ihre Annahmen zusammenfallen. Solazzi geht in seinen Annahmen bedeutend weiter als Taubenschlag, schießt aber dabei oft weit übers Ziel hinaus, wo sich Taubenschlags vorsichtige Enthaltensamkeit gut bewährt, andererseits hat aber der polnische Romanist oft zu wenig gesehen, wo der Scharfblick des italienischen tiefer und ergebnisreicher eindrang.

Die genannten Untersuchungen stimmen nur in der sorgfältigen Scheidung der *remotio* eines *tutor suspectus* von der *postulatio* (*accusatio*) *suspecti tutoris* und sind auch einig darin, daß Tribonian und Genossen in dieser Lehre Verschmelzungen und Verwischungen durchgeführt haben. Aber wesentliche Unterschiede ergeben sich sowohl in der Durchführung und Bewertung jener Unterscheidung, als auch in der Schilderung des klassischen Kerns in der justinianischen Gesetzsammlung.

¹⁾ Solazzis Buch ist später erschienen als jenes von Taubenschlag, obwohl es ein früheres Datum trägt; der Umschlag trägt bereits die Jahreszahl 1913! Taubenschlags Ausführungen werden auch schon von Solazzi in den Nachträgen S. 297 ff. berücksichtigt.

Taubenschlag faßt die Ergebnisse seiner Untersuchung folgendermaßen zusammen — ich zitiere wörtlich, füge nur die Nummerierung der einzelnen Stadien ein — (S. 41): ‚Die Entwicklung der Absetzung liegt somit im klaren. Ursprünglich (1) konnte, wie es scheint, nur der wegen seiner *dolosa gestio* im Akkusationsverfahren für suspekt erklärte Vormund *removiert* werden; später (2) ließ man Absetzung auch ohne *accusatio*, wegen nicht *doloser Vormundschaftsführung* zu; im weiteren Verlaufe (3) wurde die Absetzung sogar vor Übernahme des Amtes durch den Vormund in einer Reihe von Fällen für zulässig erklärt, bis man endlich (4) dahin kam, sie in gewissen Fällen wegen *doloser gestio* auch ohne *accusatio* für möglich zu betrachten.‘ Ich glaube, man braucht bloß diese Zeilen zu lesen, um die Unwahrscheinlichkeit eines solchen Entwicklungsgangs zu erkennen: Nr. 4 bedeutet doch gegen Nr. 2 nicht einen Fortschritt, sondern einen Rückschlag: sollte denn wirklich zuerst die Absetzung ohne *accusatio* bei nicht *doloser gestio* früher als bei *doloser Geschäftsführung* möglich gewesen sein? Daß die Quellen einen solchen Entwicklungsgang bestätigen, darf auch gar nicht erwartet werden und wird auch gar nicht vom Verfasser bewiesen. Es zeigt sich vielmehr nach Übersicht der angeführten Belege, daß eine solche Entwicklungsgeschichte nur durch Zufall herausgearbeitet wurde, weil Taubenschlag die einzelnen Fälle in dieser Ordnung behandelt hatte. Denn für das Stadium Nr. 2 ist als Beleg D. 26, 10, 7 § 1¹⁾ angeführt (S. 37), eine Stelle, die Ulpian zum Verfasser hat, und für das Stadium Nr. 4 wird unter anderem auch fr. Ulp. D. 3 § 13 h. t. belegweise zitiert (S. 40, vgl. S. 41, Absatz ‚Das Charakteristische‘ usw.), das auf ein *Rescriptum Severi et Antonini* zurückgeht.

Wird man sich diesem Entwicklungsgang gegenüber skeptisch verhalten müssen, so ist aus den Ausführungen Taubenschlags noch folgendes Ergebnis festzustellen: das scharfe Auseinanderhalten der *accusatio suspecti* von der *remotio*. Dieses geht so weit, daß Verfasser andere

¹⁾ Der einschlägige Digestentitel 26, 10 (*De suspectis tutoribus*) wird im folgenden mit h. t. bezeichnet.

Gründe für die erstere, andere für die letztere geltend machen möchte und daß er in ihnen zwei selbständige Erscheinungen (S. 29), zwei Rechtsmittel (S. 43) sieht. Wie sich die remotio zur Qualität als suspectus verhält, das wird von Taubenschlag nicht erwogen¹⁾; er beschränkt sich vielmehr darauf, zu zeigen, daß die remotio entweder auf Grund vorangehender postulatio suspecti oder auch ohne eine solche erfolgt. Ob der remotus auch im zweiten Falle als suspectus gilt²⁾, wird wohl vorausgesetzt worden sein, wird aber nicht besonders betont, obwohl dies die von Taubenschlag hier herangezogenen Quellen mehrmals hervorheben. Auf diesen Punkt richtete aber Solazzi seine Aufmerksamkeit, und seine Anschauung (S. 268) gipfelt darin, daß das justinianische Recht zwei in klassischer Zeit verschiedene Institute verschmolzen hat: die remotio suspecti und die 'semplice' remotio (nicht als suspectus!) – ich nenne sie im folgenden die 'schlichte' remotio. Die erste war die Folge einer erfolgreich durchgeführten postulatio suspecti, die zweite erlangte man *con la stessa postulatio*³⁾, *se il pretore non riconoscendo il tutore suspectus, ne avesse almeno ordinata la remozione, ma necessariamente anche per altre vie.* Ich halte diese

¹⁾ Sie wird vielmehr sehr oft schlechthin remotio (nicht remotio suspecti) genannt.

²⁾ Die Lösung dieser Frage wäre auch vielleicht nicht bedenkenfrei ausgefallen, nach dem Mißverständnis zu urteilen, das Taubenschlag bei Deutung der Worte 'quasi suspectum' in D. h. t. 7 § 1 unterlief. Er sagt darüber S. 37 A. 45, unter Betonung eines Gegensatzes zum suspectus, daß hier vom Vormund als von einem 'quasi suspectus' gesprochen wird. Das 'quasi suspectum' ist hier aber = ut suspectum, wie es in einer Reihe von Stellen, auf die wir zurückkommen werden, heißt. Folglich hätte es hier heißen sollen, daß hier vom Tutor als einem suspectus (nicht als einem 'quasi suspectus') die Rede ist.

³⁾ So S. 268, aber S. 272 wird sie der postulatio suspecti als 'postulatio della semplice remozione' gegenübergestellt, und S. 271⁴⁾ heißt sie postulatio removendi. Es bleibt somit zweifelhaft, ob der Verfasser auch an eine 'schlichte' postulatio dachte, deren Erfolg die 'schlichte' remotio war. Die schlichte postulatio wäre dann eine p. ohne Bezeichnung des Tutor als suspectus, die aber auch auf remotio gerichtet war. Aus den hier in der Note genannten Stellen scheint die Annahme einer solchen postulatio hervorzugehen.

Auffassung für durchaus unzutreffend, da von einer solchen milderen *postulatio*, deren Erfolg in einer schlichten *remotio* lag, in den Quellen auch nicht die geringste Spur zu finden ist¹⁾, geradeso wie für die ‚schlichte‘ *remotio* kein Anzeichen spricht.

Ich fasse die Hauptergebnisse meiner Nachprüfung der Quellen folgendermaßen zusammen:

Die *postulatio (accusatio)*²⁾ *suspecti* ist von der *remotio suspecti* insofern auseinanderzuhalten, als sie zwei verschiedene Stadien eines und desselben Verfahrens sind, d. h. die mit Erfolg durchgeführte *accusatio suspecti* hat die *remotio suspecti* zur Folge. Insofern fallen die Gründe für die *remotio* mit jenen der *accusatio* zusammen. Wo eine *remotio* als statthaft erklärt wird, da ist auch die *accusatio* zulässig und andererseits gibt es keine *remotio suspecti* ohne vorhergehende *accusatio suspecti*. Ferner: man kann nur als *suspectus* *removiert* werden. Eine *remotio* ohne Titel (die sog. ‚schlichte‘ *remotio*) gibt es nicht. Man darf eben nicht in dem Ausdrucke *suspectus* etwas Ungeheuerliches sehen, das den Abgesetzten für immer brandmarkt, es ist nur die Qualität einer Person, sich für eine bestimmte Tutel nicht zu eignen, und darunter leidet die Ehre des Betreffenden durchaus nicht. Sie wird erst dann angegriffen, wenn der Grund, weswegen er abgesetzt wird, ehrenrührig ist. Dies wird von Papinian und Ulpian klar und unzweideutig in l. 4 D. h. t. ausgeführt, und pr. und § 2 dieses Fragments bezeugen, daß man mit einer *integra exstimatio (integra fama)* aus der *Remotionsaffäre* ausgehen kann, wie auch

¹⁾ Eine einzige Stelle, wo man diese *postulatio* zu finden glauben könnte, ist trügerisch, was ja Solazzi selbst einsieht, S. 271⁴.

²⁾ Albertario, Sav. Ztschr. 33 (1912) S. 252 ff. spricht des öfteren von einer *actio suspecti tutoris*. Diese Bezeichnung ist nicht quellengemäß und schon aus diesem Grunde zu vermeiden; sie ist es aber auch deshalb, weil sie den Anschein erweckt, es handle sich um ein privatrechtliches Prozeßverfahren. Es kommt nur ein einziges Mal *agere de suspecto tutore* vor (D. 49, 5, 3), wie ich auf Grund des Berliner Digestenindex festgestellt habe. Eine *actio* mit entsprechendem Zusatz ist unbekannt. Die technischen Bezeichnungen lauten *suspectum facere*, *postulare*, *accusare*.

andererseits unter Umständen eine reine remotio nicht ausreicht, sondern der remotus noch mit Infamie belegt wird oder sogar für ganz böse Vergehen dem Strafrichter ausgeliefert wird (remittitur puniendus, vgl. D. h. t. 1 § 8, 3 § 15; 1, 12, 1 § 7).

Durch diese Auffassung in bezug auf die Grundlehren ergeben sich auch unüberbrückbare Gegensätze in Einzelheiten und besonders auch in den Annahmen von Interpolationen, und daher bildet auch die Nachprüfung der wichtigeren Interpolationenvermutungen der beiden Gelehrten unsere vornehmste Aufgabe.

II. Bevor wir dieselbe aufnehmen, wollen wir unsere Aufmerksamkeit dem Institutionentitel 1, 26 (De suspectis tutoribus et curatoribus) zuwenden.¹⁾ Da Solazzi gelegentlich Stellen aus diesem Titel ins Auge faßt und auf ihre Echtheit prüft, scheint es uns geboten, einige Bemerkungen über seine Zusammensetzung und Vertrauenswürdigkeit vorangehen zu lassen, um so mehr als gerade dieser Titel für die Erkenntnis der Arbeitsmethode des Redaktors dieses Teils der Institutionen besonders lehrreich ist. Unser Titel gehört nämlich zu jenen Abschnitten, die nicht auf Grund der originellen Institutionenlehrbücher (Gaius', Marcians usw.) zustande kamen, sondern vielmehr unter Zugrundelegung der bereits in endgültiger Redaktion vorliegender Digesten abgefaßt wurden.²⁾ Daß dies der Fall ist, beweist der Umstand, daß seine Bestandteile zum überwiegenden Teile aus ganz verschiedenen Quellen herrühren, deren Zusammenbringung aber schon in den Digesten vollzogen worden ist. Ihr Nebeneinanderstehen in den Institutionen kann anders nicht erklärt werden. In bezug auf unseren Titel hat dies schon Ferrini a. O. S. 143 bemerkt, vgl. auch Zocco-Rosa, Paling. I (1908) S. 200 ff. Will man nun den Titel Inst. 1, 26 bei

¹⁾ Er wird von Taubenschlag nicht ausgiebig genug verwertet, vgl. das Quellenregister S. 88, obwohl es doch Gelegenheit gab, fast jeden Paragraph zu zitieren.

²⁾ Über solche Abschnitte der Inst. vgl. Ferrini, Bull. XIII (1901) S. 106; P. Krüger, Gesch. ² (1912) S. 386.

der Untersuchung der klassischen Lehre vom tutor suspectus verwerten, so muß man zunächst über seine Anlehnung an den Digestentitel 26, 10 im klaren sein, denn so viel ist sicher: was von den Digesten abgeschrieben ist, ist unzuverlässig, weil ihm ein bereits durch Interpolationen verstümelter Text zugrunde liegen kann.

Die Anlehnung an die Digesten stellt sich, wie folgt, dar: Pr. Inst. h. t. entspricht D. h. t. 1 § 2 (wörtlich); — § 1 Inst. h. t. = D. h. t. 1 §§ 3, 4, wobei aus der Untersuchung einer Streitfrage in § 4 in die Institutionen sehr weislich nur das Endresultat aufgenommen wurde; — § 2 Inst. h. t. ist auf § 5 D. eod. aufgebaut, allerdings hat hier der Kompilator auf eigene Faust eine Korrektur vorgenommen¹⁾, indem er zum Text hinzufügte: licet ut suspectus remotus fuerit. Diese Interpolation, die an dem Digestentext vorgenommen wurde — ich greife dadurch der Frage der Reinheit des letzteren nicht vor (vgl. unten N. 3) — ist so sicher, wie nur eine Interpolation sicher sein kann.²⁾ Sie wird auch von Solazzi (S. 271/2) angenommen, freilich aus ganz anderen Gründen, denen ich — insbesondere dem Schlußabsatz (S. 272) — nicht beipflichten kann. Dem Redaktor der Institutionen schien der Satz des § 5 Dig. cit. 'modo ut meminerimus patrono parcendum' zu lakonisch und daher änderte er ihn in 'famae patroni parcendum' um und koppelte das licet-Anhängsel an. Es ist eine harmlose Zutat; wäre sie von jenen Erwägungen ausgegangen, die ihr Solazzi unterlegt, so müßte sie im Digestentext erst recht hineininterpoliert worden sein.³⁾ — § 3 Inst. h. t. ist aus §§ 6 u. 7 D. eod. entstanden, fällt aber dadurch

¹⁾ abgesehen von den kleinen Abweichungen wie dummodo für modo ut und famae patroni für patrono.

²⁾ Vgl. Glück, Kommentar Bd. 31 S. 74 A. 34.

³⁾ Ob in D. h. t. 1 § 5 der Schlußsatz 'modo ut meminerimus patrono (Inst.: famae patroni) parcendum' interpoliert ist, wie Taubenschlag S. 30¹⁵ annimmt, läßt sich nicht mit Sicherheit entscheiden. Jedenfalls sind Taubenschlags Argumente nicht ausschlaggebend, so der Hinweis auf das auch anderweitig interpolierte parcere, so auch der Hinweis auf die angeblich interpolierte mildere Behandlung des Patrons in D. 26, 10, 9, weil dort nichts für eine Interpolation spricht (auf die Stelle kommen wir noch zurück, vgl. unten S. 55). Und gerade die letztgenannte Stelle

auf, daß in den Institutionen als Quelle der Zulassung der Frauen zur *postulatio suspecti* ein Reskript der Kaiser Severus und Antoninus genannt wird, das aber in den Digesten verschwiegen wird. Den Zusatz kann der Redaktor aus eigener Kenntnis beigesteuert haben oder er hat vielleicht die Originalquelle (Ulp. l. 35 ad ed.) aufgesucht, in der er die Notiz fand.¹⁾ — § 4 Inst. h. t. erinnert an l. 7 pr. D. h. t. und ist mit sprachlich unerheblichen Ände-

(zweiter Satz, von Taubenschlag unangefochten) ist geeignet, das *parcere famae patroni* näher zu erklären; damit der Patron keiner Infamie verfällt, wird ihm anstatt der *remotio* ein Kurator beigelegt. Vgl. auch den in sehr verstümmeltem Zustande überlieferten Schlußsatz von D. h. t. 3 § 18, wo ohne Mommsens Korrektur man an eine Interpolation denken müßte. — Anhang. Der *libertus* wird zu einer *accusatio suspecti* gegen seinen Patron nicht zugelassen, weil dieselbe unter Umständen mit der Infamie des Patrons enden kann und ein solcher Schritt dem Freigelassenen gegen seinen Patron bekanntlich untersagt ist. Vgl. C. 5, 55, 1 (a. 223) und D. h. t. 3 § 1 zweiter Satz. Dieser wird von Taubenschlag S. 32 (neuerdings auch von Beseler Beitr. III, 72 — ohne Berufung auf T. und ohne Argumente) mit nicht gewichtigen Argumenten als interpoliert bezeichnet. Daß die Stellen 'in einem gewissen (sic) Widerspruch' stehen, sehe ich nicht ein. Taubenschlag scheint ihn darin zu sehen, daß in l. 3 § 1 cit. der Grundsatz mit *melius est* eingeführt wird, die c. 1 cit. dagegen 'prinzipiell' dem Freigelassenen das Recht zur *postulatio susp.* abspricht. Nun spricht aber die Konstitution von einer *actio famosa* und damit ist die *a^o tutelae* gemeint, nicht die *acc. susp.* (diese wird zwar einmal *famosa causa* genannt, Fr. Vat. 340 b, vgl. D. 3, 3, 39, 7; doch ist sie nur unter gewissen Umständen [fraus] infamierend, nicht aber immer). Von einem Widerspruch kann daher keine Rede sein. Solazzi (S. 299) scheint Taubenschlag zuzustimmen. — Man kann auch ohne weiteres die Worte 'pupillorum' und 'eorum' im ersten Satz der l. D. h. t. 3 § 1, die Taubenschlag als 'nicht nur ganz überflüssig, sondern einfach sinnstörend' bezeichnet, stehen lassen. Warum soll denn den Kompilatoren die Hinzufügung einzelner sinnstörender Worte zugemutet werden? War es denn ihre Absicht oder Aufgabe, den Sinn der klassischen Stellen zu stören?

¹⁾ Es ist nämlich auffallend, daß D. eod. § 7 in bezug auf die Schwester sich folgendermaßen äußert: *nam in sorore et rescriptum exstat divi Severi*, obwohl früher in bezug auf die Mutter von keinem Reskript die Rede war. — Die zitierten Worte aus l. 1 § 7 cit. erfordern eine Korrektur: entweder ist für *et* — *etiam* zu lesen (so schon Haloander) oder die Wortfolge ist in 'nam et in sorore' zu ändern. — Zu l. 1 § 7 vgl. Taubenschlag S. 31, der mit Recht aus sprachlichen Gründen die Echtheit des Schlußsatzes in Frage zieht.

rungen aus diesem Fragment entstanden. Woher der Redaktor den Satz 'et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt' hergenommen hat, bleibt aber unklar. Ist dieser Satz echt, d. h. in dem Sinne, daß das vorher Gesagte tatsächlich in einer klassischen Vorlage auf ein Reskript zurückgeführt wurde, dann stürzt die Lehre von der Unklassizität der *postulatio suspecti curatoris*, die gleichzeitig und unabhängig von zwei Seiten¹⁾ verfochten wurde, unrettbar in Trümmer. Beide Forscher, Solazzi und Albertario, haben sich auch mit der Institutionenstelle befaßt, doch aus der obigen Darstellung ergibt sich gleich, daß Albertarios Auffassung, der reine Text sei jener des § 4 Inst. und der interpolierte jener der Digesten, gleich abzulehnen ist.²⁾ Aber auch die Annahme Solazzis, daß in § 4 Inst. cit. nur der Satz *puberes* — *arguere interpoliert* ist, ist nach obigen Ausführungen über die Entstehung des Institutionentitels, die durch die später folgenden Betrachtungen noch bekräftigt wird, nicht stichhaltig: denn der Satz ist nicht eine Interpolation *ad hoc*, sondern aus den Digesten herübergenommen. Ist man aber geneigt, jenen Grundsatz von der *accusatio* der *curatores adulescentis* als nachklassisch zu bezeichnen — dafür haben Solazzi und Albertario eine Reihe triftiger Argumente beigebracht, so daß ihre Lehre mehr als wahrscheinlich gilt — so bleibt nichts anderes übrig, als mit Solazzi (S. 164 ff.) die umfangreiche Interpolation der l. D. 7 § 1 cit. anzunehmen, wodurch auch ein Teil des § 4 Inst. cit. als unklassisch abfällt, und den Schlußsatz vom Reskript Sev. und Ant. als Zutat des Institutionenredaktors, ähnlich wie im § 3 Inst. h. t., zu bezeichnen.

Mit dem § 4 verläßt der Institutionenredaktor, vielleicht durch die Nachforschung nach einer Originalquelle, in der die einschlägige Gesetzgebung angeführt war, dazu

¹⁾ Solazzi, a. O. S. 158 ff., und Albertario in einer ein wenig skizzenhaft und ohne Berücksichtigung des vollständigen Materials geführten Untersuchung, Sav.-Ztschr. 33 (1912) S. 252 ff.

²⁾ Die Bemühungen Albertarios um die Echtheit der Institutionenstelle sind vergeblich: ein Klassiker schreibt nicht *puberes*, wenn er nur die Verrückten und Verschwender meint.

veranlaßt, die Digesten und greift in ein anderes Buch, etwa ein mit Zitaten reichlich ausgestattetes Institutionenlehrbuch ein¹⁾, und dieser Quelle ist vielleicht das die folgenden §§ 5—8 umfassende Stück zu verdanken.²⁾³⁾ Bei diesen vier Paragraphen muß daher die Begründung einer Interpolation von ihnen selbst ausgehen, und nicht von der Digestenvorlage, wie bei den früheren Paragraphen dieses Titels.

Die folgenden §§ 9 ff. stammen wieder aus den Digesten. Der Redaktor hält nochmals eine Nachlese in dem Digestentitel 26, 10 und sammelt das auf, was ihm für die Institutionen nützlich scheint. Und so diene ihm l. 7 § 2 D. h. t. für § 9 Inst. als Vorlage, und aus dem § 3 der l. 7 cit. fügte er als kurze Zusammenfassung den ergo-Satz zu § 9 Inst. hinzu. — § 10 Inst. h. t. entstand aus D. h. t. 3 § 15 mit Abkürzungen und unbedeutenden Änderungen, § 11 Inst. aus l. 2 D. h. t. (eingefügt 'vel nepotum'); § 12 Inst. stützt sich auf l. 6 D. h. t., für die als Vordersatz die ersten Worte der l. 5 D. h. t. unter durchgreifender Verarbeitung dienten, § 13 Inst. endlich bildet eine fast wörtliche Wiedergabe der l. 8 D. h. t. Bei solchen Stellen, für die die fertigen Digesten als Vorlage dienten, werden wir mit 'Doppelinterpolationen' rechnen müssen, die an einem für die Digesten bereits interpolierten Text bei seiner Übertragung in die Institutionen vorgenommen wurden. Eine solche Doppelinterpolation liegt z. B. im § 13 Inst. h. t. in den Worten 'vel curator' vor, die in einen

¹⁾ Ferrini spricht sich für Marcian aus, ihm folgt Zocco-Rosa.

²⁾ Auf eine sonderbare Erscheinung möchte ich noch hinweisen, die die Vermutung nahelegt, daß der Institutionenredaktor auch den einschlägigen Titel im Codex (I. Ausgabe), De suspectis 5, 43 nachgeschlagen hatte. Denn § 4 Inst. h. t. entspricht inhaltlich der c. 9 eod. und § 7 Inst. h. t., der sich auf Papinian beruft, steht inhaltlich der c. 7 eod. sehr nahe (vgl. Inst.: quoad cognitio finiatur, Cod.: donec causa finiatur). Soll dies reiner Zufall sein? Vielleicht ist auch die Notiz 'constitutum est' in § 6 Inst. h. t. mit c. 3 eod. in Zusammenhang zu bringen. Die Kongruenz ist so auffallend und interessant, daß sie hervorgehoben zu werden verdient. Von Abschreiben ist freilich keine Rede.

³⁾ § 8 Inst. h. t. mit l. 11 D. h. t. zusammenzubringen, geht schwerlich an. Richtig schon Glück, Komm. 31, S. 114.

m. E. bereits interpolierten Text (vgl. unten S. 60) hineingetragen wurden.

III. Für die hier vertretene These, daß man removiert wird, nur wenn und weil man suspectus ist, seien zunächst zwei Quellenstellen angeführt, deren Echtheit über jeden Zweifel erhaben ist und die merkwürdigerweise von Solazzi gar nicht erwähnt werden. Es sind dies nicht die einzigen Belege, die wir für unsere These und gegen jene Solazzis vindizieren; eine Reihe anderer, die zum Teil aus der kritischen Betrachtung der Gegenargumente hervorgehen werden, wird das gleiche bezeugen. Es schien jedoch opportun, diese zwei Hauptstellen vorerst sprechen zu lassen, um durch dieselben eingeführt an die Kritik anderer herantreten zu können. Es handelt sich um Gai. I 182 und Ulp. 11, 23. Beide Stellen beziehen sich auf ein Senatusconsultum, das bei Absetzung eines Vormundes die Einsetzung eines neuen Tutor bestimmte. Der Fall wird folgendermaßen bezeichnet: *si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus (Ulp. submotus) sit*. Daraus ist eines klar: hätte es neben der *remotio suspecti tutoris* auch jene 'schlichte' *remotio* in klassischer Zeit gegeben, so müßte das Senatusconsultum auch auf diesen Fall Bedacht nehmen und die Ersetzung des removierten Tutor durch einen neuen vorschreiben, denn daß das Mündel in solchem Falle ohne Vormund bleiben sollte, ist undenkbar. Durch diese beiden Stellen wird die Auffassung Solazzis erschüttert, denn sie sind mit ihr unvereinbar; man müßte denn annehmen, daß ein Postklassiker beide Stellen entsprechend zugerichtet hätte. Das wird aber kein Romanist glauben.

IV. Für die Scheidung der *accusatio susp. tut.* von der *remotio* glaubt man in der Anlage des Ediktskommentars Ulpians (l. 35 ad ed.) D. h. t. ll. 1 und 3 eine Stütze zu finden. Dies hat insbesondere Taubenschlag am Eingang seiner Untersuchung über das *crimen suspecti* (S. 27 ff.) darzulegen versucht, indem er in einer sehr gründlichen Auseinandersetzung zu zeigen unternahm, daß Ulpians Kommentar dem eingangs aufgestellten Programm (l. 1 § 1

D. h. t.: ... tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos postulari quis possit suspectus tutor [vel curator], deinde quis et a quo et ex quibus causis removetur deque poena suspecti) nicht entspreche. Taubenschlag will nämlich zeigen, daß der Ulpiansche Kommentar weit ausführlicher ist und Fragen umfaßt, die im Programm gar nicht enthalten sind.¹⁾ Taubenschlag möchte nun mit Rücksicht auf den Inhalt des Kommentars folgende Herstellung des ursprünglichen Textes der l. 1 § 1 cit. vorschlagen (S. 296): ... tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos et quis et a quo et ex quibus causis postulari²⁾ possit suspectus tutor, deinde quis et a quo et ex quibus causis removetur deque poena suspecti). Ich zögere keinen Augenblick mit der Behauptung, daß, wer von den jungen interpolationeneifrigen Romanisten einen solchen Text in den Digesten vorgefunden hätte, ihn gleich als byzantinisches Machwerk bezeichnet hätte. Er würde und sicher mit Recht an der gräßlichen Wiederholung Anstoß nehmen, er würde ferner (was er übrigens dem heutigen Text gegenüber vorwerfen muß) dem Konjunktiv possit den schlechten Indikativ removetur entgegenstellen, er würde die Schlußworte deque poena suspecti ein unschönes Anhängsel nennen, weil er dies auch dem heutigen Texte gegenüber tun muß.³⁾ Man sieht daraus, daß die l. 1 § 1 cit. schon in der überlieferten Gestalt kein schönes Latein aufweist, sie ist aber, so wie sie in den Digesten dasteht, mit den folgenden Ausführungen Ulpians besser im Einklang als die von Taubenschlag vorgeschlagene Rekonstruktion. Denn in den Worten apud quos postulari quis

¹⁾ Gegen Taubenschlag hat schon Solazzi, S. 299 f. manches richtige Argument beigebracht, doch auch er mißt der harmlosen Aufzählung des § 1 cit. zu große Bedeutung bei. Das 'Programm' läßt sich aber auch gegen Solazzis Theorie verwerten.

²⁾ Taubenschlag hat das 'quis', das an dieser Stelle im Ulpianischen Text steht, übersehen; damit fällt auch seine Betrachtung zu l. 1 § 5 eod. (S. 28), wo er für diese Erörterung Ulpians (nunc videamus qui suspecti fieri possunt) in l. 1 § 1 cit. nach apud quos ein 'et quis' einschieben will!

³⁾ Ist wirklich im § 18 der l. 3 h. t. im Einklang mit dem Entwurf von der 'poena suspecti' die Rede? So Taubenschlag S. 29 bei A. 5. — Und wovon spricht denn l. 1 § 8 h. t., l. 2 und andere?

possit suspectus tutor ist genügende Veranlassung vorhanden, auf die Fragen qui und a quo (das liegt im Passiv postulari) suspecti postulari possunt einzugehen. Wo sind aber die Ausführungen für 'a quo removetur'? Taubenschlag nennt dafür nichts, Solazzi weist dafür auf l. 3 § 4 h. t. (S. 300), den er aber sehr zutreffend (vgl. unten S. 86) als kompilatorisch bezeichnet. Somit wird diese Frage von Ulpian gar nicht beantwortet, sie war daher auch überflüssig im Programm. Wo sind ferner die Ausführungen für die Beantwortung der Frage 'quis removeatur'? Taubenschlag nennt l. 3 §§ 2, 3 h. t., die 'genau der Ulpianischen Disposition entsprechen'. Wieviel bleibt aber aus diesen beiden Paragraphen übrig, wenn man die dazu gehörigen Ausführungen von Albertario¹⁾, Beseler²⁾, Solazzi³⁾ und Taubenschlag⁴⁾ liest?⁵⁾ Kaum einige Worte! Und dafür soll Ulpian in seinem Programm einen besonderen, von dem 'quis postulari possit' zu scheidenden Punkt aufgesetzt haben! Schließlich: ein 'ex quibus causis (postulari possit)' in die Disposition hineinzutragen, finde ich nicht nur überflüssig, sondern einfach störend, weil eben dieselben Gründe, die zur accusatio suspecti berechtigen, die remotio suspecti zur Folge haben und es auch eine remotio ohne accusatio nicht gibt und deshalb reicht eine Untersuchung der diesbezüglichen causae vollkommen aus. Dieser enge Zusammenhang zwischen der accusatio suspecti und der remotio suspecti wird eben durch keine Stelle so deutlich gekennzeichnet, wie durch die l. 3 § 5 h. t., die den Ausgangspunkt des Rekonstruktionsvorschlags Taubenschlags bildet, wo der Text so beginnt: nunc videamus ex quibus causis suspecti removeantur. et sciendum est aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare rel.⁶⁾ Die Identität der causae für die remotio und postulatio wird durch diese Worte klar festgesetzt.⁷⁾ Für ganz unwahrscheinlich halte ich

¹⁾ Sav.-Ztschr. 33, S. 255. ²⁾ Beiträge I 50. ³⁾ S. 159 f., 288¹.

⁴⁾ S. 36. ⁵⁾ Nicht alle sind freilich einwandfrei hinzunehmen!

⁶⁾ Darin, daß die Wirkung der accus. susp. in der remotio liegt, sind alle einig. ⁷⁾ Dasselbe geht ja auch aus dem 'Programm' selbst hervor, doch wollten wir uns vorher darauf nicht berufen, nachdem es nicht anfechtungsfrei dasteht.

aber die Annahme Taubenschlags (S. 28/9), die Kompilatoren hätten die Frage: *nunc videamus ex quibus causis quis suspectus postulari possit*, die vor l. 3 § 1 h. t. (wohl gemerkt!) stand, ausgemerzt und an ihre Stelle (sic!) den Satz *ex quibus causis suspecti removeantur*, der vor § 12 dieser lex (wohl gemerkt!) gehörte, als Eingang zu § 5 eod. eingesetzt! Ein solcher Vorgang der Kompilatoren, den man doch wohl, ohne sich einer Übertreibung schuldig zu machen, vom Standpunkte der Arbeitsmethode der Kompilatoren und der gesetzgeberischen Technik überhaupt undenkbar nennen darf, hätte doch wohl nur den Zweck gehabt, die 14 Jahrhunderte später lebenden Romanisten aufs Glatteis zu führen, und diese Tendenz dürfen wir ihnen wahrlich nicht zumuten.

Die enge Verknüpfung der beiden Begriffe, *accusatio* und *postulatio*, die sich dadurch erklärt, daß sie beide zusammen ein Ganzes bilden, wird auch durch folgende Stellen bezeugt. D. h. t. 1 § 3 spricht vom *ius removendi*, der unmittelbar folgende § 4 eod. vom *postulari apud legatum proconsulis*, beides bildet eben ein *cognoscere de suspecto* (vgl. § 4 cit. i. f. und im § 5 eod. die ersten Worte: *ostendimus qui possunt de suspecto cognoscere*). Daß es sich um eine und dieselbe Frage handelt, beweist auch die Verschmelzung der beiden Paragraphen in einen in den Inst. h. t. § 1.¹⁾ Und schließlich sei hier noch eine Stelle, die ganz unzweideutig auch gegen Solazzi²⁾ spricht, angeführt:

D. 27, 4, 4 (Jul. l. 21 dig.): *a tutela remotus eo loco haberi debet, quo esset finita tutela, et sicut actiones patitur perinde ac si pupillus pubes factus esset, ita contrario iudicio³⁾, si quid ei aberit, persequi debebit: nihil enim prohibet⁴⁾ suspectum tutorem esse, quamvis complura in rem pupilli impenderit, quae eum amittere non oportet.*

¹⁾ Vgl. oben S. 45.

²⁾ Von ihm unberücksichtigt.

³⁾ Neues darüber bei Partsch, *Negationum gestio I* (Heidelb. Sitz.-Ber., phil.-hist. Kl. 1913) S. 46 ff., zur Stelle vgl. S. 53², 60¹, 61¹.

⁴⁾ Interpolationsmerkmal nach Beseler, *Beitr. III*, 142, doch wird obige Stelle von ihm nicht behandelt.

Der a tutela remotus des ersten Satzes — in dem man etwa auf den ersten Blick einen mit der schlichten remotio Abgesetzten sehen möchte — wird gleich im folgenden Satze als suspectus gebrandmarkt. Diese Gleichstellung des remotus a tutela schlechthin mit dem suspectus tutor beweist zweifellos, daß es nur eine Art von remoti gab, und zwar die suspecti.

V. Daß die remotio mit der accusatio nicht zwei 'selbständige Erscheinungen'¹⁾ sind, sondern vielmehr in dem Verhältnis zueinander stehen wie Wirkung zur Ursache, da eine erfolgreiche accusatio notwendig eine remotio zur Folge hat, wurde oben (IV) gezeigt. Wichtiger ist aber der gegen Solazzi zu führende Nachweis, daß jede remotio nur dann Platz greifen kann, wenn der Tutor als suspectus anerkannt wird und daß die sog. 'schlichte' remotio ein dem klassischen Recht durchaus fremdes Gebilde ist. Wir haben bereits dafür schon oben (III) zwei Quellenstellen angeführt, die diese Annahme zur Gewißheit erheben; wir wollen jetzt daraufhin das weitere Material prüfen²⁾.

Da ist nun zunächst folgendes zu beachten: das Verfahren gegen einen Tutor suspectus, das zur Feststellung seiner Eigenschaft als suspectus³⁾ führt, heißt cognoscere de suspecto tutore (cognitio suspecti), vgl. D. h. t. 1 §§ 4, 5; 3 § 1; 10; 11. D. 1, 21, 4 pr. Nun ist es auffallend, daß von einer cognitio gegen einen Tutor non suspectus, der zu removieren sein wird, etwa einer cognitio de removendo tutore keine Spur zu finden ist. Und doch hätte eine solche irgendwo vorkommen müssen, da auch der schlichten remotio ein Verfahren vor dem Magistrat vorausgehen mußte.

¹⁾ Vgl. oben S. 42. ²⁾ Vgl. auch oben S. 52/3.

³⁾ Wertvoll ist der Hinweis Taubenschlags S. 35 auf ein in diesem Zusammenhange bisher unverwertetes Basilikenscholion Stephanus' (Bas. 8, 2, 39, Heimb. I p. 378), welches auf die pronuntiatio des Magistrats, daß der Vormund suspectus sei, verweist. Eine solche pronuntiatio wird aber auch in den Digesten erwähnt, vgl. D. 4, 4, 38 pr. i. f. und 48, 2, 1 § 11. Die Stellen habe ich freilich nicht in der einschlägigen Literatur gefunden, sondern erst bei einer Einsicht in den Berliner Digestenindex.

Eine wegen ihrer reinen Sprache jedem Verdacht Trotz bietende Stelle verdient hier mit besonderer Betonung genannt zu werden — sie wird von Solazzi mit Stillschweigen übergangen —:

I. 1, 26 § 6: *suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam, non aequē.*

Aus dieser Stelle sehen wir nun, daß man wegen culpa vom Vormundschaftsamte removiert, auch als suspectus gilt. Selbstverständlich könnte hier eingewendet werden, daß hier etwas gestrichen wurde, doch tritt im Lichte der vorher genannten Gaius- und Ulpian-Stellen (oben Abs. III) der wahre Inhalt der Stelle klar zutage. Den Beweis der Unechtheit der Stelle zu führen, wäre vergebliches Bemühen, um so mehr, als auch die Entstehungsgeschichte des Institutionentitels 1, 26 (oben Abs. II) für die Echtheit dieses Paragraphen spricht und an der Stelle selbst sprachlich nichts auszusetzen ist. Außerdem wird ihr Inhalt durch C. 5, 43, 9 bestätigt, vgl. unten S. 69.

Und nun zu D. 26, 10. Da ist gleich der Ausspruch Ulpian's in dem nunmehr berühmten Programm (l. 1 § 1 h. t., s. oben S. 50), in welchem er die Anlage seiner Betrachtungen angibt, zu nennen: zum 'removetur' kann als Subjekt nur suspectus tutor gedacht werden (nicht etwa tutor schlechtweg); ist dies aber der Fall, dann ist die remotio nur eines suspekten Vormunds bezeugt.

L. 1 § 3 D. h. t. spricht von einem 'ius removendi suspectos tutores', nicht 'tutores' schlechthin¹⁾; l. 3 § 5: *suspecti removeantur*; l. 10 h. t. spricht von einem *decreto praetoris ut suspectus remotus*: gäbe es einen remotus non suspectus, so hätte er für den in der Stelle ausgesprochenen Grundsatz erst recht genannt werden müssen. Um diese Stellen und auch manche der folgenden begreiflich erscheinen zu lassen, müßte man zu willkürlichen Interpolationsvermutungen greifen und sich durch die Annahme helfen, hier sei überall die auf die schlichte remotio bezug-

¹⁾ L. 3 § 1 D. t. h. (posse tutorem suspectum remotum contutores suos suspectos facere) will ich nicht als Beleg anführen, weil man entgegenhalten könnte, daß hier der Inhalt eines Reskripts angegeben wird, das einen besonderen Fall ins Auge faßte.

nehmende Notiz gestrichen worden. So weit ging aber wohlweislich selbst der Schöpfer der Theorie von der 'schlichten' Remotion nicht.

In l. 3 § 13 D. h. t. wird von der Absetzung von Vormündern mit einem einfachen 'removeri eos oportere' gesprochen, obwohl sie sich einer fraudulösen Handlung schuldig gemacht haben. Daß sie aber als suspecti removiert werden sollen, kann keinem Zweifel unterliegen.¹⁾ Nach der Theorie Solazzis würde hier anzunehmen sein, daß hier eine schlichte remotio vorliegt, eine Annahme, die schlankweg mit Rücksicht auf den der remotio zugrundeliegenden Tatbestand (per fraudem!) abzulehnen ist. Aus dieser Stelle lernen wir, daß auch dort, wo von einem removeere schlechthin die Rede ist, nicht gleich auch an eine remotio eines non suspectus zu denken ist. Dasselbe beweist auch in ebenso klarer Weise

D. h. t. 9 (Mod. l. sing. de heur.): si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo coniunctus sit vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit²⁾ et quis eorum a tutela removendus videatur, optimum factum est curatorem ei potius adiungi quam eundem cum notata fide et existimatione removeri.

Hier könnte man der Theorie Solazzis folgend zur Annahme hinneigen, daß im Satze 'et quis eorum — removendus videatur' eine Zusammenfassung beider Remotiones, der r. suspecti und der 'schlichten', vorliege. Diese Annahme wäre trügerisch, weil das gleich folgende cum notata existimatione removeri darauf hinweist, daß hier sogar ein bedenklicherer Fall der suspecti remotio gemeint ist. Ferner zeigt m. E. der Inhalt des ganzen Fragments, daß die re-

¹⁾ Vgl. Taubenschlag S. 40.

²⁾ Nebenbei sei bemerkt: Taubenschlag klammert die Worte vel si patronus — gerit als interpoliert ein (S. 50, 30 A. 15). Seine Argumente sind nicht stichhaltig: gerit kann einfach Abschreibebefehl für ge(ss)e(rit) sein. Warum blieben aber die Worte quis eorum nicht beanstandet? Dieselben sind unverständlich, wenn vorher nur von einem Tutor die Rede gewesen wäre. Im übrigen finde ich das Zusammenstellen des Patrons mit Verwandten durchaus nicht auffallend und nehme die Stelle als echt an. Zu weiteren in diesem Zusammenhange von Taubenschlag angenommenen Interpolationen vgl. oben S. 45³.

motio eines nicht suspectus ein Truggebilde ist, das den Klassikern völlig fremd war. Hätte es eine solche gegeben, so wäre die Argumentierung des Schlußsatzes ganz gebrechlich.

Ebensowenig beziehen sich auf eine Absetzung des Vormunds als nicht suspectus die Worte 'vel removendum eum' in D. 27, 2, 6, obwohl suspectus in der Stelle fehlt. Das fehlende suspectus wird eben durch die Worte 'qui dignus tali nota videbitur' aufgewogen. Wir müssen jedoch auf die Stelle näher eingehen, da ihre Klassizität bereits in solchem Umfange angefochten wurde, daß auch obige Worte darunter leiden.¹⁾ Zuerst hat Beseler²⁾ sie zu säubern versucht, wobei er ohne jede Begründung einen so radikalen Einschnitt vornahm, daß aus der Stelle kaum ein Siebentel — die Anfangs- und Schlußworte — heil blieb. Der Rest wurde als 'nachklassische Erweiterung, am wahrscheinlichsten Embl. Triboniani', bezeichnet. Taubenschlag (S. 53) ist ebenso radikal, denn auch nach seiner Rekonstruktion, die allerdings anders als die von Beseler ausfiel, schrumpft das Fragment zu wenigen Worten zusammen: si absens sit tutor et alimenta pupillus desideret, praetor causa cognita etiam absente tutore decernet. Wir sehen davon ab, daß eine solche Rekonstruktion byzantinisch klingt, denn hätte so ein Klassiker geschrieben, so würde ihn ein moderner Forscher gleich mit dem Einwand 'zu decernet fehlt das Objekt' gepackt haben — aber unter die Argumente Taubenschlags, die zum Teil richtig sind, haben sich auch solche eingeschlichen, die man glatt

¹⁾ Tryph. (l. 14. disp.): si absens sit tutor et alimenta pupillus desideret, si quidem neglegentia et nimia cessatio in administratione tutoris obiciatur, quae etiam ex hoc arguatur, quod per absentiam eius deserta derelictaque sunt pupilli negotia, evocatis adfinibus atque amicis tutoris praetor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore vel removendum eum, qui dignus tali nota videbitur, decernet vel adiungendum curatorem: et ita qui datus erit, expediet alimenta pupillo. si vero necessaria absentia tutoris et improvisa acciderit, forte quod subito ad cognitionem principalem profectus nec rei suae providere nec consulere pupillo potuerit et speratur redire et idoneus sit tutor nec expediat alium adiungi et pupillus alimenta de re sua postulet: recte constituetur ad hoc solum, ut ex re pupilli alimenta expediat.

²⁾ Beiträge II, S. 76.

ablehnen muß, z. B. jenes, das ich wörtlich aus S. 53 abschreibe: 'Ein klassischer Jurist hätte schwerlich sagen können, der Prätor entscheide: der Vormund sei zu removieren oder es sei ihm ein Kurator beizugeben; denn der Prätor bestimmt nicht, was zu geschehen habe, sondern setzt mit seinem Dekret den Vormund einfach ab oder adjungiert ihm einen Kurator.' Ist aber nicht *decernet removendum et adiungendum* = *decreto removebit et adiunget*? Daneben wurden die Basiliken unzutreffend verwertet und ihr ebenfalls verstümmelter Text¹⁾ der Rekonstruktion zugrunde gelegt. An dem *si vero necessaria rel.* will auch ich nicht festhalten, da ist des Bösen wahrlich zu viel, aber von dem Vorgehenden ist manches Wertvolle als klassisch festzunageln. Da hat Solazzi S. 264/5 mit mustergültiger Vorsicht aus dem Vordersatze das gerettet, was zu retten war.²⁾ Aus seiner Rekonstruktion des Textes (Streichung der Worte 'si quidem negligentia', 'evocatis adfinibus atque amicis tutoris' und von *si vero* bis ans Ende) kommen auch die hier vorher verwerteten Worte heil heraus.³⁾

Eine weitere Stelle, die für unsere These von Wichtig-

¹⁾ Darauf hat schon Peters, Die oströmischen Digestenkommentare (in Berichte über die Verhandlungen der Kgl. Sächs. Ges. d. Wiss., phil.-hist. Kl. Bd. 65. 1913) S. 37 A. 95 hingewiesen.

²⁾ Man kann hier nur noch höchstens an dem *deserta derelictaque* Anstoß nehmen, was Taubenschlag S. 53 richtig betont.

³⁾ Aus dieser Herstellung ergibt sich, daß der in dieser Stelle erwähnte *curator impuberis*, den Taubenschlag auf Grund jener mißglückten Verwertung der Basiliken verdrängen wollte, klassisch ist. Es ist auch nicht einzusehen, warum er unklassisch sein sollte, wenn D. 27, 3, 9 § 5 von einem *curator* spricht, der einem *tutori suspecto postulato adiunctus* sit. Die *adiunctio* eines *Curator* neben einen Tutor ist für andere Fälle ein zweifellos klassisches Institut (vgl. Taubenschlag S. 48 ff.), wie im Fall D. h. t. 9 (s. oben S. 55); D. 26, 6, 4 § 2; J. 1, 23, 5. — Ist aber nicht etwa in D. 26, 5, 11 ein Wink für die Interpolation des *curator* in l. 6 cit. gegeben? (So Taubenschlag S. 53, 55.) Durchaus nicht: denn erstens kann ein *Curator* einem *impubes* gegeben werden für den Fall der Abwesenheit des Tutor *rei publicae causa* (vgl. J. 1, 25 § 2 und D. 27, 1, 10, § 6, darüber richtig Taubenschlag S. 56/7) und dies legt die Vermutung nahe, daß in l. 11 cit. eine Unwahrheit steht. Es ist daher m. E. der Vermutung Solazzis (S. 246³⁾) beizutreten, daß in l. 1st cit. *curator* für *tutor* interpoliert ist.

keit ist, die wir aber bei Solazzi nicht verwertet fanden, ist D. 26, 1, 14 § 4: *praeterea*¹⁾ *si suspectus quis fuerit remotus, desinit esse tutor*. Könnte Ulpian sich so ausgedrückt haben, wenn es auch eine *remotio* eines nicht *suspectus* gegeben hätte, die doch auch das Ende der Tutel herbeiführen mußte?²⁾

Bei Ablehnung der Theorie von der 'schlichten' *remotio* ist hier noch auf eine Konstitution, die allerdings späterer Zeit angehört (a. 260), zu verweisen. In c. 5, 36, 4 ist die Rede von der Einsetzung neuer Vormünder an Stelle jener, die es zu sein aufgehört haben, darunter wird der Fall erwähnt: *id est in locum suspecti, qui convictus ac remotus est*. Hätte es eine schlichte *remotio* gegeben, so müßte sie auch hier erwähnt gewesen sein.

VI. So weit die Quellen, an denen bis jetzt von Solazzi nicht gerüttelt wurde. Zur Begründung unserer Auffassung dürfte es aber nicht irrelevant sein, das Wesen des Wortes *suspectus* in der Lehre von der Vormundschaft näher ins Auge zu fassen. Eine kleine Vorbemerkung sei uns aber vorher gestattet: *crimen suspecti* heißt technisch die Beschuldigung eines Tutor als *suspectus*, und es ist klar, daß in der Verbindung 'crimen suspecti' das erste Wort nicht 'Delikt', 'Verbrechen' u. ä. — denn dann wäre die Bezeichnung *crimen suspecti* der reinste Unsinn — sondern 'Anklage', 'strafrechtliche Verfolgung'³⁾, 'Anschuldigung'⁴⁾ bedeutet. Diese Vorbemerkung, die schlechthin

¹⁾ Es wird in diesem Abschnitt von dem Ende der Tutel gehandelt.

²⁾ Im Lichte dieser Stelle verliert D. 26, 2, 11 § 2 (Ulp. l. 37 ad Sab.: *idem dicimus et si fuerit remotus: nam et hic ideo abito, ut alius detur*) für Solazzis These jede Beweiskraft. Solazzi selbst beruft sich auch auf sie nicht.

³⁾ Vgl. Heumann-Seckel.s. h. v.

⁴⁾ Vgl. Pernice, *Labeo* II² 2, 1 S. 182 bei A. 6. Richtig schon Glück, *Komm.* 31, S. 42 A. 88. Im Griechischen entspricht dem *crimen suspecti* τὸ τῆς ὑποψίας ἔγκλημα, vgl. Sch. Steph. zu Bas. 8, 2, 39 (= D. 3, 3, 39 § 7), Heimb. I 378. In Bas. 37, 10, 11 (= D. h. t. 12), Heimb. III 675 ist das Wort ἔγκλημα (oder etwa δικαστήριον, vgl. unten), ausgefallen. Dem terminus *accusatio suspecti* entspricht ἡ περὶ τῆς ὑποψίας bzw. τοῦ ὑπόπτου κατηγορία, vgl. Bas. 37, 10, 10; 17 (Heimb.

überflüssig scheinen könnte, war aber nötig, um einen Ausspruch Solazzis (S. 272) als irrtümlich zurückzuweisen. Dort heißt es: *nell' epoca classica la condotta che rende sospetto il tutore era considerata un crimen*.¹⁾ Vielleicht ist auch in dieser Entgleisung die Quelle jener Theorie von zwei postulationes und zwei verschiedenen remotiones zu suchen, da es dem Verfasser zu hart erschien, den Tutor, der für mindere Unkorrektheiten removiert wurde, gleich als mit einem 'crimen' belastet zu betrachten. Wir sehen aber, daß das Wort crimen in der Verbindung crimen suspecti recht harmlos (= postulatio, accusatio) ist.

Der Begriff des 'suspectus' hat an sich nichts Anrüchiges, denn bekanntlich gilt ein heres als suspectus, wenn seine Vermögensverhältnisse keine genügende Sicherheit bieten; es wird auch von hereditates suspectae gesprochen.²⁾ Allerdings gelten für den tutor suspectus besondere Definitionen:

D. 42, 5, 31 § 1 (Ulp. l. 2 de omn. trib.): sed suspectus heres non isdem modis, quibus suspectus tutor aestimatur: siquidem tutorem non facultates, sed fraudulentia in rebus pupillaribus et callida conversatio suspectum commendat, heredem vero solae facultates.

D. 26, 10, 8 (Ulp. l. 61 ad ed.) = J. 1, 26, 13: Suspectum tutorem eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit: enimvero tutor quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

III 675). Es kommt auch τὸ τῆς ὑποψίας δικαστήριον vor, vgl. Bas. eod. 6 (Heimb. III 674) und Theoph. Paraphr. Inst. I, 26, 2.

¹⁾ Dieselbe irrigte Auffassung (crimen = delitto) schimmert auch in der Darstellung de Medios, Bull. 17 (1905) S. 21 bei A. 1 durch, so auch de Medio in Studi Fadda II (1906) S. 226 bei A. 1. So endlich auch jüngst v. Mayr, Röm. Rgesch. I, 2 (1912) S. 34.

²⁾ Vgl. z. B. Gai. II 258; D. 2, 12, 2; 12, 6, 34; 17, 1, 32; 28, 5, 84, 1; 28, 7, 19; 29, 5, 23, 24; 35, 1, 44, 5; sehr häufig im D. Tit. 36, 1; 38, 2, 20, 5; 38, 2, 50, 4; 42, 6, 1, 6. — Andere Verbindungen, die unser Interesse verdienen, sind: procurator s. D. 3, 3, 19, 25; tabulae s. D. 29, 3, 1, 1; persona s. D. 43, 29, 3, 10; 43, 30, 3, 4; 37, 4, 16 (avus s.) D. 27, 9, 5, 11 (propinqui s.); vita s. D. 3, 3, 8 pr.

Man hat bisher dem ersten Ausspruch vollständiges Vertrauen entgegengebracht. Und doch scheint mir hier manches auszusetzen zu sein. Abgesehen davon, daß man keine genügende Erklärung dafür findet, wieso Ulpian beim Begriff des *heres suspectus*, wo es sich nur um erbrechtliche Fragen handelte, auf eine Definition des Tutor *suspectus* verfiel, glaube ich zunächst hervorheben zu müssen, daß der Gegensatz '*heredem vero solae facultates*' logisch im Vordersatz *tutorem non solae facultates* rel. erfordert. Wir werden gleich sehen, daß dies auch sachlich dem Rechte jener Zeit besser entspricht. Daß eine Bezugnahme auf das fraudulente Gebahren des Tutor darauf folgte, will ich nicht leugnen, da ja die Hauptfälle der *suspecti postulatio* auf diesem Gebiete liegen, aber es muß zugegeben werden, daß auf dem ganzen Satz byzantinische Belastung auffällt: *conversatio* ist bei Justinian beliebt¹⁾; *suspectum commendare*, als verdächtig 'empfehlen', würde kaum ein Klassiker gesagt haben²⁾; *fraudulenta et callida*: ist dies nicht des Guten zuviel?; in *rebus pupillaribus* est endlich auffallend schlecht gesetzt. Ich wage nicht, den Satz gleich auszumerzen, glaube aber nicht übertriebene Kritik an der Stelle geübt zu haben.

Die zweitgenannte Stelle blieb nicht unbeanstandet. Solazzi S. 271 hat die Redensart *qui moribus talis est, ut suspectus sit* als 'entsetzlich' bezeichnet; ich möchte der Ansicht Solazzis gegenüber auf die *lex Acilia repetundarum* l. 11 mit der traditionellen Ergänzung *mori(bus suspectus)* hinweisen, die den Gedanken nahelegt, daß dieser Begriff Ulpian vielleicht nicht ganz fremd war und nur ungeschickt hineingearbeitet wurde. Daß man aber die *pauperes* ohne weiteres als *Tutores* zuließ, ist kaum denkbar, und ich glaube daher nicht an die Echtheit des zweiten Satzes.³⁾

¹⁾ Im Sinne von *ratio agendi* ist es im klassischen Wortschatz ein *ἀναξείκητον* und kommt nur in dieser Stelle vor, vgl. Vocab. I 1027 l. 49.

²⁾ Das Vocab. notiert wiederum diese einzige Stelle als Beleg für *commendare* = *probare, convincere* (I 814 l. 33). Ob diese Gleichstellung vollkommen richtig ist, scheint mir zweifelhaft.

³⁾ Es ist nicht zu ersehen, wie weit die Interpolationsannahme Solazzis reicht; sollte sie sich aber, wie aus S. 271² zu entnehmen wäre,

Die Verstümmelung der beiden Definitionen (Streichung des 'solae' in l. 31 § 1 cit., Anfügung des Schlußsatzes in l. 9 cit.), die aus dem Begriff suspectus die rein materielle Basis verdrängte, ist für die Auffassung der Kompilatoren sehr charakteristisch: es schimmert hier ein höherer ethischer Gedanke durch, der die Vormünder lediglich wegen materieller Unsicherheit einer acc. susp. nicht aussetzen wollte. Daß aber die Klassiker anders dachten, zeigen zunächst zwei Stellen, die in das Gebiet der Lehre von Mitvormündern fallen und aus welchen Solazzi selbst, m. E. zutreffend, die Regel entnimmt (S. 97): *che il tutore risponda in luogo del contutore insolubile nel caso di amministrazione divisa, se trascurò di promuovere l'accusatio suspecti*, vgl. D. 26, 7, 46 § 6 und D. 46, 6, 12.¹⁾ Ich verweise noch auf weitere Stellen aus demselben Gebiete: D. 26, 7, 7 § 14.²⁾ 39 § 16.³⁾ 41. 53⁴⁾; 27, 3, 1 § 15. Es wird in keiner dieser Stellen auf ein doloses oder ein anderes Mißtrauen erweckendes Vorgehen des Vormunds hingewiesen, das eine accusatio suspecti rechtfertigen würde, vielmehr überall nur auf die Vermögensunsicherheit hingedeutet.⁵⁾ Von Ähnlichem be-

nur auf die Worte quasi suspectus beschränken, so ist sie m. E. entschieden abzulehnen, weil für eine solche Annahme, wie eine ganze Reihe ähnlicher, auf die wir zurückkommen werden, kein Grund vorliegt.

¹⁾ Hier wird auf die von Binder, Korrealobligationen S. 340 f. angedeutete Interpolation zustimmend hingewiesen, vgl. Taubenschlag S. 32 Anm. 21 und Solazzi S. 97³⁾. Doch ist m. E. die Annahme Binders durchaus unsicher und nachprüfungsbedürftig. Zur Stelle vgl. Girard, Studi Fadda 2 (1906), 57ff.

²⁾ Taubenschlags Verdacht gegen die Worte 'si suspectum facere supersedit' (S. 32 A. 21) scheint mir unbegründet. Die oben im Texte genannten Stellen zeigen vielmehr, daß obiger Satz durchaus nicht entbehrlich ist. Taubenschlag verdächtigt das Wort supersedere, weil es auch an anderen interpolierten Stellen vorkommt. Nun sind aber bis jetzt nur die oben N. 1 genannte Stelle, dann D. 10, 4, 9, 4 (Beseler, Beitr. I 38) und neuestens D. 4, 3, 1, 6 (Beseler III, 113) verdächtigt worden. Die Statistik dieses Wortes (Material auf Grund des Berliner Index: obige zwei Stellen nebst den bei Heumann-Seckel s. h. v. genannten) zeigt, daß es viermal bei Pap., fünfmal bei Ulp. und einmal bei Paul. vorkommt.

³⁾ Ich sehe nicht ein, warum der Schlußsatz zu streichen wäre, wie Taubenschlag S. 32 A. 21 vorschlägt. ⁴⁾ Vgl. dazu Solazzi, 62f.

⁵⁾ Besonders deutlich l. 39 § 16 cit.: qui non idoneum (sc. contutorem) tutelae tempore suspectum facere supersedit.

lehren uns einige Kodexstellen. Vgl. C. 5, 55, 1 pr., 5, 56, 2, besonders prägnant aber 5, 42, 2 pr. (a. 260, v. c.: *removeri a tutela, si inopia hoc faciat, sine infamia rel.*) und

C. 5, 43, 5 (a. 233): *in postulandis suspectis tutoribus [seu curatoribus¹⁾] non vires patrimoniorum principaliter, sed an nihil segniter²⁾ nihil fraudulenter geratur perpendi debeat.*

Solazzi greift a. O. das 'principaliter' an, das er den Kompilatoren zuschiebt, weil Ulpian in D. 42, 5, 31, 1 nicht einmal in untergeordneter Weise von den Vermögensverhältnissen des Vormunds spricht. Nun haben wir aber schon oben (S. 60) aus dem verderbten Texte Ulpians herauszulesen versucht, daß die facultates des Vormundes bei Beurteilung, ob er suspectus ist, nicht irrelevant sind, unsere frühere Vermutung wird durch diese Stelle mit dem echten principaliter glänzend bestätigt.

Und nun noch die Definition des suspectus in den Institutionen 1, 26, 5.³⁾ Hier wird der suspectus mit 'qui non ex fide tutelam gerit' umschrieben. Diese Worte sind zweifellos echt, weil sie ein Gegenstück in den Digesten haben: D. 26, 7, 19 (v. fr.: *si non ex fide curam⁴⁾ gerat*). Die negative Fassung der Definition ist auffallend. Wäre nur der dolus (fraus) für die Bezeichnung als suspectus maßgebend, so hätte die Definition positiv gefaßt werden müssen (etwa *dolo, per fraudem*). *Non ex fide* ist aber nicht gleichbedeutend mit *dolo* usf. Daß man es lediglich als Verletzung der Pflicht und Treue eines Vormundes aufzufassen hat, wurde bereits in der älteren Literatur angenommen.⁵⁾ So dürfte in dem *non ex fide* auch für Fahrlässigkeit des Tutor Raum sein. Jedenfalls ist die negative Formulierung der Definition sehr bezeichnend.

Obige Betrachtungen ergeben, daß die Qualität suspectus auch von solchen Umständen abhängig ist, die nichts mit dem Willen, insbesondere der bösen Absicht (Arglist, fraus, dolus) zu tun haben. Es ist daher nicht zutreffend, wenn Solazzi den Grundsatz aufstellt, daß man

¹⁾ Itp. vgl. Solazzi, 166. ²⁾ Darüber noch unten S. 65².

³⁾ Über die Stelle vgl. noch unten. ⁴⁾ Dazu Solazzi S. 160.

⁵⁾ Zusammengestellt bei Glück Bd. 31 S. 48 f.

nur wegen *dolus suspectus* sein kann (S. 260).¹⁾ Die von ihm in diesem Zusammenhange genannten Stellen (S. 260) beziehen sich eben nur auf den Hauptfall des *suspectus tutor*. Es ist möglich, daß die Entwicklung von der *Fraus des Tutor* ausging²⁾, verfolgen und beweisen läßt sich aber diese Entwicklung nicht.

VII. Die Bezeichnung *suspectus* und in der Folge die Absetzung als eines solchen, kann nun einem *tutor* zuteil werden auch aus Gründen, die außerhalb des Gebiets des *Dolus* liegen. Eine logische Notwendigkeit dieser Feststellung ist es, daß auch für die *accusatio suspecti* dieselben Gesichtspunkte bestimmend sind. Und in der Tat lesen wir in jenen Stellen über die *Mitvormünder*³⁾ — auch nur in bezug auf diese — von einem *suspectum facere* (= *suspectum postulare*) wegen materieller Unsicherheit des *Mitvormunds*. Ist aber dies festgesetzt, so kann auch kein Zweifel darüber bestehen, daß man als *suspekt* postuliert werden kann, nicht nur dann, wenn man *fraudulenter* vorgeht, sondern auch, wenn man sich einer *neglegentia*⁴⁾ schuldig macht, d. h. nachlässig die Geschäfte der *Pupillen* führt. Und auch eine andere Erwägung führt zu demselben Ergebnis. Steht es nun einmal fest, nach welchen Umständen man als *suspekt* *removiert* wird, so muß parallel mit ihnen auch die Befugnis zur *postulatio suspecti* laufen: denn die *postulatio susp.* ist doch das einfachste Mittel, durch welches die Behörde zur Kenntnis jener Umstände gelangt, die eine *remotio suspecti* erheischen. Schon von diesem Gesichtspunkte aus ist die Einschränkung der *acc. susp.* auf krassere Fälle allein, wogegen die *remotio suspecti* ohne vorhergehende *accusatio* auf weitergehende Verstöße

¹⁾ In der bei Solazzi S. 97 vertretenen Auffassung (vgl. oben S. 61) liegt ein Widerspruch mit dem oben ausgesprochenen Grundsatz.

²⁾ So Pernice, *Labeo* II² 2, 1, S. 185. ³⁾ Vgl. oben S. 61.

⁴⁾ Vgl. Pernice, *Labeo* II 2, 1 (1900) S. 186: 'Damit ist offenbar nicht ein bestimmter Grad der *culpa* bezeichnet, sondern es ist dem Prätor, wie natürlich, freie Hand gelassen, den unfähigen und unacht samen Vormund ohne Geräusch, d. h. ohne Infamie bei Seite zu schieben.' So auch schon Rudorff, dessen Ansicht Pernice a. O. A. 3 als sehr vernünftig bezeichnet.

gemünzt werden sollte — dies die Theorie Taubenschlags S. 34¹⁾ — unwahrscheinlich. Freilich muß zugegeben werden, daß der Quellenstand nicht ganz klar ist und eine vollkommene Reinigung des einschlägigen Materials nicht ohne Schwierigkeiten und Bedenken durchzuführen ist, doch kann man zu positiven Ergebnissen gelangen, wenn man mit gewisser Vorsicht bei der Textkritik vorgeht. Daß Großbreinmachen mittels willkürlicher Interpolationsannahmen ist wahrlich, wo es sich um wenige Stellen handelt, keine allzugroße Kunst.

Zunächst ist eine Stelle zu betrachten, die für unsere Frage von großer Wichtigkeit ist:

D. h. t. 3 § 17 (Ulpian l. 35 ad ed.): is tutor qui inconsideranter pupillum vel dolo abstinuit hereditate, potest suspectus postulari.

Es ist bezeichnend, daß die Korrekturen, die an dieser Stelle von Taubenschlag (S. 34) und Solazzi (S. 261) vorgenommen werden, wenn auch in der Form verschieden, sachlich auf dasselbe hinauslaufen. Taubenschlag klammert die Worte 'inconsideranter vel' ein, wobei er freilich übersehen hat, daß dazwischen das Wort 'pupillum' steht und dadurch die Einklammerung '[inconsideranter] pupillum [vel]' nicht so einfach ist, wie die von ihm vorgeschlagene. Solazzi nimmt richtiger Anstoß an der auffallend schlechten Einreihung des 'vel dolo'²⁾, das er nun ausmerzt und schließt dann den Text, da er an eine accus. susp. bei nicht dolosem Vorgehen nicht glaubt, mit folgenden Worten: (non) potest suspectus postulari, (sed removendus est). Daß ich mich der Ansicht Solazzis nicht anschließen kann, versteht sich nach den vorhergehenden Ausführungen von selbst. Denn hier wird einerseits zwischen den Postulationsgründen und jenen der Remotion unterschieden, andererseits die quellenwidrige 'schlichte' Remotion hineingearbeitet. Damit ist aber die Ergänzung des Satzes für mich abgetan. Aber auch Taubenschlags Vorschlag kann mich — von dem ihm anhaftenden Versehen

¹⁾ Wir kommen noch später darauf zurück.

²⁾ Diese hat Taubenschlag nicht bemerkt, weil in seinem Text das Wort pupillum fehlt.

abgesehen — nicht befriedigen, da die von ihm ins Treffen geführten Argumente nicht überzeugen. 'Die Stelle ist sprachlich insofern auffallend, als der schwächere Grad des Verschuldens vor den stärkeren gestellt wird.' Hat denn dies etwas zu bedeuten? Ich begnüge mich, auf meine bei anderer Gelegenheit vorgebrachten Ausführungen (Krit. Vierteljahrsschr. 1912 S. 423 f.) hinzuweisen. Das weitere Argument: es sei die einzige Stelle, die wegen Vernachlässigung die Anstellung der suspecti postulatio zuläßt, ist nicht richtig, wie gleich gezeigt werden wird. Daß D. h. t. 4 § 4 direkt die postulatio in solchen Fällen ausschließt, ist zweifelhaft, weil die Stelle auch anders gedeutet werden kann, vgl. unten S. 66 ff. Somit gibt es aber kein einziges unanfechtbares Argument gegen die Echtheit des 'inconsideranter'. Findet man aber die vorhergehenden Betrachtungen richtig, so wird man es als sicher echt festhalten wollen und sich mit der Streichung des ungeschickt an unrichtiger Stelle eingeschobenen 'vel dolo' — Solazzi folgend — begnügen.¹⁾

Daß obige Stelle nicht die einzige ist, die von der postulatio suspecti bei Nachlässigkeit spricht, zeigt die von Taubenschlag übersehene c. C. 5, 43, 5 (oben S. 62 zitiert). In dieser Stelle sind die Worte nihil segniter für unsere Auffassung ausschlaggebend, da sie bestimmen, daß bei Beurteilung der postulatio suspecti darauf zu sehen ist, ob vom Tutor die Vormundschaftsgeschäfte nicht segniter geführt wurden. Allerdings wird wieder gegen die Worte 'nihil segniter'²⁾ von Solazzi S. 166 Einspruch erhoben³⁾, doch wird man mit mir denselben ablehnen müssen erstens, weil der Beweis, die Nachlässigkeit des

¹⁾ Das Wort 'inconsideranter' selbst etwa als unklassisch anzugreifen, liegt kein Anlaß vor. Vgl. die Belege bei Heumann-Seckel s. h. v. Bei Justinian kommt es nicht vor (Longo). Unangefochten ist es auch von Pernice, Labeo II² 2, 1 S. 186. Im klassischen Wortschatz kommt es freilich nur dieses einzige Mal vor.

²⁾ Segnitia kommt in der Lehre vom tutor susp. auch in D. h. t. 3 § 18 vor.

³⁾ 'nihil segniter stona postulandis suspectis, perchè la neghittosità è un motivo di remozione (gemeint ist wiederum die 'schlichte' remotio), non di postulatio suspecti'.

Vormunds bilde keinen Grund der *postulatio suspecti*, nicht zu führen ist und gerade das Gegenteil, wie wir zeigen wollen, der Wahrheit näher steht. Andererseits glaubt Solazzi dabei wieder an die schlichte *remotio*, die wir als ganz unwahrscheinlich bezeichneten.¹⁾

Eine *crux* in unserer Frage bildet die *lex*

D. h. t. 4 § 4 (Ulpian l. 1 de omni. trib.): *qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel negligentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri.*

Von Taubenschlag wurde die Stelle verschont (S. 34 bei A. 31), von Solazzi (S. 259, 261) aber zutreffend vom störenden 'vel dolum, si dolo fecerunt' gereinigt. Die Begründung könnte wohl schärfer gefaßt werden. Die *ignavia* wird auch anderweitig der *neglegentia* gleichgestellt (vgl. D. 38, 17, 2 § 41), unrichtig daher Solazzi (S. 261), der sie als gleichwertig mit dem *dolus* auffaßt. Von diesem Ausgangspunkt ist an der Erwähnung des *dolus* in unserer Stelle nicht zu rütteln. Die Interpolation ergibt sich aber lediglich aus der Sprache. 'Si dolo fecerunt' ist überflüssig, weil selbstverständlich, der Jurist hätte denn auch *si ignavia vel negligentia fecerunt* sagen müssen; das *fecerunt* steht ohne Objekt da und deutet bei einem Nichtstun (*nihil gesserunt*) auf byzantinische Denkart. Das Einschiesels 'si dolo fecerunt' ist aber nur dann erklärlich, wenn der Textrestaurator auch 'vel dolum' eingeschoben hatte. Die von Solazzi aufgedeckte Interpolation ist daher m. E. zweifellos. — Die Stelle bildet aber auch nach dieser Reinigung die Grundlage jener Scheidung der *remotio suspecti* von der *postulatio suspecti*, da aus ihr gefolgert wird, daß auch dort, wo eine *post. susp.* nicht zulässig ist, eine *remotio* dennoch möglich ist. Tauben-

¹⁾ Auf C. 5, 43, 6 § 1 (a. 238) möchten wir lieber in diesem Zusammenhang nicht verweisen. Si igitur tutores non recte administrant, suspectis eis postulatis rel. Non recte ist nicht = fraudulenter und erinnert lebhaft an Inst. 1, 26, 5 (non ex fide tutelam gerit); es umfaßt jede Geschäftsführungstätigkeit, die in ungehöriger Weise geschieht. Doch heißt es dann im § 2 eod. quod si nihil in fraudem egerunt rel. — Zu dieser Konstitution vgl. Solazzi S. 166 f.

schlag formuliert den Inhalt der Stelle nach der Richtung hin, daß hier die *suspecti postulatio* wegen Vernachlässigung direkt ausgeschlossen wird, und auch bei Solazzi wird der Satz, daß bei Untätigkeit des Tutor die *postulatio suspecti* unzulässig ist¹⁾, zum Dogma erhoben, das er dann mehrfach für seine Interpolationsvermutungen verwendet. Nun glaube ich aber, daß die beiden Ansichten nicht das Richtige treffen, man muß nur ganz unbefangen an das Fragment herantreten.

Wer nichts getan hat, was zur Vormundschaftsführung gehört (*qui nihil gesserunt*), kann nicht ohne weiteres als *suspekt* postuliert werden, d. h. die bloße Untätigkeit als solche gibt noch keinen Anlaß zur *accusatio susp.* Das ist wohl ganz richtig, man braucht nur an den Fall zu denken, daß der Vormund schwer krank ist oder *rei publicae causa* verreisen mußte. Also: darauf, daß jemand als tutor untätig ist, kann die *postulatio susp.* noch nicht gestützt werden. Wenn er aber (*verum*) infolge von Trägheit oder Fahrlässigkeit nichts tut, dann kann er *removiert* werden. Warum? Weil er eben durch sein Betragen eine solche Eigenschaft bekundet, die ihn für das Amt eines Vormundes ungeeignet erscheinen läßt. Er kann also *removiert* werden, natürlich als *suspectus*, weil dies anders nicht geschehen kann; darf er aber als *suspekt* *removiert* werden, so kann er auch als solcher postuliert werden. Und in der Regel wird auch der Magistrat erst durch eine *postulatio suspecti* erfahren, daß der Vormund die Vormundschaftsgeschäfte vernachlässigt. Auf Grund der *accusatio* wird der Magistrat in die Lage kommen, die Untätigkeit des Vormunds auf ihren Hintergrund zu prüfen, ob sie auf angeborene Faulheit, die er etwa auch in seinen eigenen Sachen bekundet, zurückzuführen ist, oder ob sie in absichtlichem Liegenlassen der Geschäfte des Pupillen ihren Grund hat. Nach dieser Unterscheidung wird auch dann die *Remotio* mit oder ohne Infamie ausfallen. Das Unheil, das die Stelle anrichtete — ich glaube nicht fehlzugehen, wenn ich vermute, daß hier die Quelle der neuen

¹⁾ Die beiden Ansichten sind nicht identisch, denn Untätigkeit kann auch im Dolus ihren Hintergrund haben.

Theorien zu suchen ist — liegt darin, daß im ersten Satz von *suspecti postulari*, im anderen von *removeri* die Rede ist. Ich frage aber: kann nicht einem Juristen, der an einer anderen Stelle beim Aufwerfen der Frage (D. h. t. 3 § 5, vgl. oben S. 51/2) *ex quibus causis suspecti removeantur* in der Antwort vom *suspectum postulare* spricht, zugemutet werden, daß er auch hier promiscue diese Ausdrücke gebraucht, weil sie schließlich auf ein und dasselbe herauskommen? Was ist denn dabei Auffallendes, wenn ein nichtstuender Tutor, der des Pupillen Geschäfte trägt und nachlässig verwaltet oder vielmehr wegen angeborener Faulheit sie überhaupt nicht verwaltet, von den Angehörigen des Pupillen — denn diese sind regelmäßig diejenigen, die mit der *acc. susp.* auftreten — vor dem Prätor als ungeeignet bezeichnet wird? Denn darauf läuft schließlich die *suspecti postulatio* hinaus. Man muß nur das Wort 'suspectus' die verbrecherische Färbung abstreifen lassen, die es besonders in der Verbindung *crimen suspecti* zu haben scheint.¹⁾

Nimmt man nun diese Deutung an, und ich glaube der Stelle dabei keine Gewalt angetan zu haben, so sind gleich einige Stellen sehr gut verständlich, ohne daß man ihnen Interpolationen unterschiebt, die durch nichts zu begründen sind und lediglich darauf abzielen, sie mit einem angeblich dem klassischen Recht angehörenden Gedanken vereinbar zu machen, der ihnen in der Tat ganz ferne liegt.

D. h. t. 7 § 1 (Ulpian l. 1 de omni. trib.)²⁾: *si fraus non sit admissa sed lata neglegentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet.*

Taubenschlag formuliert den 'sicher echten' Kern der Stelle folgendermaßen: *si fraus non sit admissa, removeri hunc (sc. tutorem) quasi suspectum oportet.* Mit einem solchen Kern wird man sich aber schwerlich zufrieden geben, da doch darin kein Wort darüber steht, was der Tutor eigentlich getan hatte. Etwas mußte aber dem Vormund vorgeworfen worden sein. Von der *lata neglegentia*

¹⁾ Vgl. oben S. 58 f.

²⁾ Vgl. Taubenschlag S. 37 und Solazzi S. 260 f.

oder zumindest *neglegentia* allein war daher in der Stelle sicher die Rede. Zu streichen ist nur nach den bekannten Untersuchungen de Medios¹⁾ der Satz *quia — accedit*. Vielleicht war bei der *neglegentia* ein anderes Zeitwort genannt, weil *neglegentiam* *admittere*, das nur hier vorkommt, nicht gerade sehr schön ist.²⁾ Abzulehnen ist aber die Annahme Solazzis, das quasi *suspectum* sei kompulatorische Zutat. Nach der Darstellung des klassischen Rechts, wie sie hier entwickelt worden ist, stehen diese Worte am richtigen Fleck.³⁾

Unzutreffend ist ferner die Beanstandung der Stelle

C. 5, 43, 9 (a. 294): *suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob neglegentiam remoti sunt, infames fieri manifestum est*.

durch Solazzi (S. 260), der hier die Worte 'ex dolo' streichen will. Ich sehe nicht ein, warum durch die Stellung des *ex dolo* die Interpolation evident wäre;

¹⁾ Literatur bei Solazzi, S. 260 A. 2, 3.

²⁾ Vgl. Pernice, *Labeo* II² 2, 1 S. 186⁴.

³⁾ Unrichtiges zum Teil bei de Medio, *Bull. XVII* (1905) S. 20 f., der die Stelle in ihrem ganzen Umfange — dies geht aus seinen Ausführungen in *Studi Fadda* 2 (1906), 225 bei A. 5 klar hervor — als Kompilatorenwerk anspricht. Sprachlich ist an dem Teil des Fragments, den wir als echt festhalten wollen, mit Ausnahme der *admissa neglegentia*, die man schließlich zur Not gelten lassen kann (vgl. Pernice a. O.), nichts auszusetzen. Das 'hunc' schwebt in der Luft wird behauptet, vgl. Pernice a. O., auch schon *Sav.-Ztschr.* 14 (1893) S. 174ⁿ, de Medio a. O. Ja, aber § 1 cit. mußte doch nicht in der Vorlage sich unmittelbar an das pr. angeknüpft haben und das Gegenteil ist nach dem Inhalte der beiden Stellen mehr als wahrscheinlich. Dann ist das 'hunc' lediglich aus Unachtsamkeit aus der Vorlage herübergenommen worden, in der es mit Rücksicht auf einen unbekannten Vordersatz gut angebracht war. Solche Erscheinungen kommen in den *Digesten* hundertmal vor. Wie kann man sich überhaupt eine kompulatorische Zutat mit einem aus der Luft gegriffenen 'hunc' vorstellen? Solche Versehen können eben nur einem Abschreiber, nicht einem Verfasser zustoßen. Wichtiger ist aber, daß de Medio aus dieser Stelle — unter Heranziehung von C. 5, 43, 9 und J. 1, 26, 6 — folgern will, daß der wegen (*lata*) *neglegentia* *remotus* der Infamie verfällt. Diese Folgerung ist ganz unzutreffend und ist wohl nur auf die Tendenz zurückzuführen, den Inhalt des Fragments in krassem Licht erscheinen zu lassen. Die unrichtige Deutung ist wohl auch auf das Mißverstehen des *crimen suspecti tutoris* (vgl. oben S. 59¹) zurückzuführen.

ich finde überhaupt keinen besseren Platz für diese Worte und gerade ihre Stellung vor 'non etiam' scheint mir den Gegensatz schärfer zu betonen. Der in dieser Stelle enthaltene Grundsatz entspricht dem klassischen Recht und außerdem bezeugt die Stelle¹⁾, daß die ob negligentiam remoti gleichfalls als suspecti removiert werden, ein Ergebnis, das wir schon aus anderen Stellen herausgelesen haben. Streichen wir aber das ex dolo, so enthält der Torso einen für das klassische Recht direkt falschen Grundsatz, weil die Infamie des remotus lediglich davon abhängt, ob seine remotio wegen dolus erfolgte.

Zu den Belegstellen dafür, daß man nur wegen dolus als suspectus gelten kann, zählt Solazzi (S. 260) auch D. 1, 12, 1 § 7. Hier ist aber eine ganz besonders schlimme Sorte von Vormündern gemeint, es heißt da von ihnen: qui male in tutela versati graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia. Damit ist aber gezeigt, daß hier nicht an eine Beschränkung des Kreises der suspecti gedacht ist.²⁾

VIII. Wir wenden jetzt unsere Aufmerksamkeit einigen Stellen zu, die sich mit der Untätigkeit des Tutor, insbesondere bei absentia befassen. Da ist gleich eine wichtige Stelle zu nennen, die die Richtschnur der Lehre angibt:

D. 26, 7, 5 § 2 (Ulpian l. 35 ad ed.): quod si posteaquam gessit, tunc se gestu abstinuit, etiam suspecti postulatio succedit.³⁾

Wohl zu merken ist, daß hier mit keinem Worte angedeutet wird, die postulatio suspecti sei nur dann zu-

¹⁾ Da aus dem 'suspectos' auch zum 'remoti' 'suspecti' hinzuzudenken ist — geradeso wie 'remoti' inhaltlich auch zu 'suspectos tutores' gehört.

²⁾ Taubenschlag S. 44 A. 66 folgt bei D. 26, 1, 9 (nicht 19, wie Taubenschlag a. O.) den Editoren der italienischen Digestentaschenausgabe in der Annahme, daß die Stelle zum Teil interpoliert ist. Dies ist bei der Identität der dort aufgezählten Fälle mit D. 1, 12, 1, 7 kaum anzunehmen. Es handelt sich vielmehr um Schulfälle, die Marcian (in seinem Institutionenlehrbuch) und Ulpian mit denselben Worten formulieren. Unzureichend Beseler, Beitr. III 44 zu l. 1 § 7 cit.

³⁾ Von Solazzi S. 261³ merkwürdigerweise unbeanstandet hin-
genommen.

lässig, wenn die abstinentia auf dem dolus beruhte! Wie ist mit dieser Stelle Solazzis Theorie zu vereinen?

Für die absentia kommen folgende Stellen in Betracht:

D. 26, 10, 7 § 2 (Ulpian l. 1 de omn. trib.): praeterea accesserunt quaedam species ex epistula imperatoris nostri et divi Severi ad Atrium Clonium: nam adversus eos, qui, ne alimenta decernantur, sui copiam perseverant non facere, ut suis rebus careant praecipitur reiue servandae causa pupillus in possessionem mittatur eius, qui suspectus sententia sua factus est quaeque mora deteriora futura sunt curatore dato distrahi iubentur.¹⁾

Solazzi bezeichnet die Stelle als interpoliert, ohne jedoch den Umfang der Interpolation zu bezeichnen. Unrichtig ist gleich die Eingangsbemerkung, der Anfang des § 2 zeige, daß er weitere Fälle behandelte, in denen, wie in § 1 eod., die accusatio susp. nicht statthaft ist. Diese Bemerkung ist durch die oben S. 68f. zu § 1 cit. vorgebrachten Ausführungen erledigt. 'In possessionem mittatur eius' nennt Solazzi entsetzlich: '*occorre sottointendere bonorum*'. Soll dies etwa ein Interpolationsindiz sein und sollten die Kompilatoren nicht gewußt haben, daß zu possessionem 'bonorum' gehört? Mit der Annahme eines Schreibersehens kommt man ganz gut aus. Im übrigen zeigt J. 1, 26, 9, die Kopie dieser Stelle²⁾, daß das Ausfallen des Wortes 'bonorum' ein reines Versehen ist. Der Satz qui suspectus sententia sua factus est kann in dieser Gestalt nicht echt sein.³⁾ Mir scheint die Korrektur 'absentia' für 'sententia', die von mehreren Seiten⁴⁾ vorgeschlagen wurde, die plausibelste zu sein. Denn wäre dieser Gedanke vom suspectus erst von den Kompilatoren geschaffen worden, so hätte der Institutionenredaktor ihn beim Abschreiben für die Institutionen nicht verdrängt. Und ferner

¹⁾ Unzureichend die Bemerkung Taubenschlags S. 40f.

²⁾ Vgl. oben S. 48.

³⁾ Richtig darüber Solazzi S. 262 bei A. I und diese Anmerkung, gegen Kniep, Gai. Comm. I, S. 286.

⁴⁾ P. Krüger notiert: vir doctus apud Schultingium. Nach Glück, Komm. Bd. 31 S. 68 A. 28 sind noch Faber und Ev. Otto hier zu nennen.

zeigt der ergo-Satz, der in den Institutionen eingefügt wurde, klar, daß der Gedanke vom suspectus in dem festgesetzten Digestentext stand. Daraus hat der Redaktor der Institutionen unter Berücksichtigung des folgenden § 3 D. eod. einen Nachsatz zusammengeschmiedet, ohne jedoch etwas Neues sagen zu wollen.¹⁾ Auf die Bemerkung Solazzis, daß beide Mittel, die in diesem Text erwähnt werden, schlecht vereinbar sind, da bei der Zulässigkeit der remotio die missio in possessionem überflüssig erscheint, ist zu antworten, daß die missio ein einstweiliges Mittel darstellt, um den Tutor zur Aufgabe seines zweideutigen Spiels zu bewegen. Hilft sie nicht, dann wird zur remotio gegriffen.

Die suspecti remotio ist in diesem Falle auch bezeugt durch

D. 26, 10, 7 § 3 (Ulpian l. 1 de omni. trib.): item si quis tutos datur non compareat, solet edictis evocari, novissimeque si copiam sui non fecerit, ut suspectus removeri ob hoc ipsum, quod copiam sui non fecit rel.

Unbeanstandet von Taubenschlag (S. 38) wird die Stelle von Solazzi (S. 263) stark angefochten. Abgesehen von dem hier nicht wiedergegebenen Schlußsatz, der byzantinisch klingt, kann ich aber Solazzi nicht zustimmen. Ut suspectus ist echt, aus demselben Grunde, aus dem es in dem vorher genannten Fragment echt ist und ebenso in der gleich zu betrachtenden l. D. h. t. 3 § 14 unantastbar ist. Was Solazzi von 'item' behauptet, ist durch die analogen Ausführungen zu l. 7 § 2 h. t. (s. oben S. 71) entkräftet. 'Ob hoc ipsum quod copiam sui non fecit' ist durchaus nicht, wie Solazzi meint, '*un motivo inutile ripetuto*', weil der Nachdruck auf dem Worte ipsum liegt. Was Wunder, daß der Tutor als suspectus erklärt wird, wenn er sich auch auf die evocatio edicto²⁾ durch den Prätor nicht stellt. Die remotio suspecti ist als letztes Mittel (novissime) gedacht. Dasselbe bezeugt

¹⁾ Ganz anders Solazzi a. O.

²⁾ Vgl. D. 38, 17, 2 § 41 und D. 27, 2, 6 ('edicto proposito'). — Zur evocatio edicto vgl. jetzt Steinwenter, Studien zum römischen Ver säumnisverfahren (1914) S. 33 f.

C. 5, 43, 3 (a. 229): praeses provinciae tutores filiorum tuorum strictioribus remediis adhibitis omnimodo administrationis officium compellet agnoscere. quod si in eadem contumacia perseveraverint, suspectos postulare, ut alii in locum eorum petantur, non prohiberis

und ich kann Taubenschlag (S. 38) nicht zustimmen, wenn er zwischen diesen beiden fast aus derselben Zeit stammenden Stellen einen Widerspruch sieht und daraufhin den Schlußsatz 'quod si — prohiberis' athetiert. Nun ist es aber nicht uninteressant festzustellen, das Solazzi S. 146³ den Anfangssatz streichen möchte, da er '*un colore troppo caricatamente bizantino*' habe. Was würde da aus der Stelle übrigbleiben, wenn die beiden Annahmen richtig wären? Zum ersten Satz bemerke ich, daß ich die von Solazzi betonte Überladenheit durchaus nicht finden kann. Solazzi scheint durch das Wort 'remedium' zu der Annahme vom byzantinischen Charakter der Stelle bewogen worden zu sein, ich denke aber, daß der Standpunkt Beselers¹⁾, daß 'remedium' den Klassikern wahrscheinlich fremd war, nach den Ausführungen Mitteis²⁾ als überwunden gelten kann.³⁾ Aber auf den ersten Satz kommt es schließlich nicht viel an. Wichtiger ist aber der zweite. Beide Gelehrte sind nun einig darin, daß hier von einer *postulatio suspecti* nicht die Rede sein kann, und zwar Solazzi deshalb, weil hier nur eine schlichte *remotio* zuständig war, Taubenschlag deshalb, weil diese *postulatio suspecti* einen Widerspruch gegen I. 7 § 3 cit., wo nur von *remotio* die Rede ist, bedeute, der ganze Satz sei daher zu streichen. Wer aber meiner Auffassung folgt, der wird diesen Widerspruch überhaupt nicht finden. Die beiden Stellen sind vielmehr im schönsten Einklang und bestätigen in sehr willkommener Weise die hier vertretene Auffassung, daß jeder, der als *suspekt* *removiert* werden kann, auch als solcher mit der *accusatio* angegriffen werden kann. Von diesem Gesichtspunkte aus ist ja eine weitere Verteidigung der Echtheit der Konstitution überflüssig, doch

¹⁾ Beiträge II, 121. ²⁾ Sav.-Ztschr. 33 (1912) 205.

³⁾ Trotz H. Krüger, Mélanges Girard II 28. — Bei Diocl. kommt das Wort schon sehr häufig vor.

seien noch einige Worte gestattet. Quod si in contumacia perseveraverint ist derselbe Gedanke, der in D. 26, 10, 7 § 2 in den Worten 'sui copiam perseverant non facere' Ausdruck fand und in D. 26, 10, 7 § 3 das 'novissime'¹⁾ diktierte; der Satz ut — prohiberis ist zweifellos echt, es ist typische Konstitutionensprache. Anfechtbar bleibt also nur das 'suspectos postulare', dessen Echtheit m. E. außer Zweifel steht. 'Non prohiberis' deutet darauf hin, daß es sich um den Schritt einer Privatpartei handelt, die die Absetzung des Vormunds herbeiführen will. Von ihrer Person aus beurteilt kann es sich also nur um die postulatio suspecti handeln und nicht um ein remove. Das auf Bas. 37, 11, 13 aufgebaute Argument Taubenschlags ist ohne Bedeutung, weil die Stelle aus dem Tipucitus hergestellt ist und nur eine kurze Zusammenfassung des lateinischen Textes ist. Es geht nicht an, solche Basilikenstellen zur Rekonstruktion des klassischen Textes zu benützen.^{2) 3)}

Daß wir nach obigen Stellen für die Echtheit der Schlußworte von D. 26, 10, 3 § 14 (Ulpian l. 35 ad ed.: tutor qui ad alimenta pupillo praestanda copiam sui non faciat, suspectus est poteritque removeri) — dagegen zu Unrecht Solazzi S. 263 — keine Worte verlieren wollen, ist klar. Da aber Solazzi für die Unechtheit des suspectus den folgenden § 15 ins Treffen führt, so muß auf diese Stelle eingegangen werden.

D. 26, 10, 3 § 15 (Ulpian l. 35 ad ed.): sed si non latitet (sc. tutor), sed praesens nihil posse decerni contendit quasi inopibus (inopi dett.), si datis pupillo advocatis in mendacio revincatur, ad praefectum urbis remittendus est: neque enim interest id agere quemquam, ut corrupta fide inquisitionis tutor constituatur, an bona fide constitutum velut praedonem alienis bonis incumbere: hic ergo non quasi suspectus removebitur,

¹⁾ Vgl. oben S. 72.

²⁾ Gegen diese Methode Taubenschlags mit Recht Peters, a. d. oben S. 57¹ a. O. S. 37.

³⁾ Im übrigen ist die Basilikenfassung auf die Tutores und nicht die Petentin abgestellt.

sed remittetur puniendus ea poena, qua solent adfici, qui tutelam corruptis ministeriis praetoris redemerunt.

Taubenschlag (S. 44 f.) verweist auf die emphatische Ausdrucksweise, die Zuziehung von *advocati*, den Vergleich mit dem *praedo* und glaubt hier eine tribonianische Auseinandersetzung zu finden, 'die den Inhalt einer Konstitution wiedergibt'. Positive Vorschläge zur Heilung dieser sicher nicht in ihrer ganzen Ausdehnung unbrauchbaren Stelle werden nicht gemacht. Tiefer greift Solazzi (S. 263/4) ein: er weist auf D. 26, 7, 7 § 8 und 1, 12, 1 § 7 hin und betont mit Recht, daß das Ausliefern des Tutor in die Hände des Strafrichters erst recht seine *remotio* von dem Tutorposten erfordert (vgl. l. 1 § 7 cit.) und glänzend ist der Einfall, daß in dem Satz *non quasi suspectus removebitur* nach 'non' ein 'tantum' oder ein anderer gleichwertiger Ausdruck¹⁾ ausgefallen ist. Das Weitere in den Ausführungen Solazzis kann ich jedoch nicht gutheißen. Der Satz 'neque — incumbere' ist sicher Interpolation (oder Paraphrastenwerk), die auf paraphrastische Vereinigung der beiden Fälle²⁾ gerichtet war. Der fremde Zusatz ist auch sprachlich hinlänglich genug gebrandmarkt (*interest agere . . . an . . . incumbere*³⁾). Hingegen behaupte ich (gegen Solazzi S. 264), daß *quasi suspectus* sicher echt ist, denn ein Mann, der vor den Strafrichter zur Bestrafung wegen schwindelartigen Betragens verwiesen wird, ist zumindest ein *suspectus Tutor*.⁴⁾ Unzutreffend ist auch m. E. die Bemerkung Solazzis, daß hier die *acc. susp.* unstatthaft ist, weil der Tutor auch hier *nihil gessit*.

¹⁾ Vielleicht 'solum'.

²⁾ In der vom Institutionenredaktor beim Abschreiben glatter abgefaßten Stelle 1, 26, 10 lauten sie: *negat propter inopiam alimenta posse decerni; data pecunia ministerium tutelae redemit*. Vgl. D. 1, 12, 1 § 7 und 26, 1, 9: *nummis datis tutelam occupare*.

³⁾ Zum *incumbere*, bis jetzt in dieser Stelle von jenen, die dieses Wort behandelt haben (Beseler, Riccobono) unbeanstandet, vgl. Berger, *Krit. Vierteljahrsschr.* 3 F. XIV (1912) S. 428. — Unzulänglich Beseler, *Beitr.* III (1913) 61, 101/2.

⁴⁾ Vgl. D. 1, 12, 1 § 7: *graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia* (darauf weist zutreffend Solazzi selbst hin) und D. 26, 10, 1 § 8.

Solazzi folgert nämlich diesen Grundsatz aus D. h. t. 4 § 4, die, wie wir oben S. 66 gezeigt haben, anders zu deuten ist. (Vgl. noch unten Abs. IX.)

Schließlich gehört hierher noch D. 38, 17, 2 § 41:

Ulpian l. 13 ad Sab.: sed quod diximus 'reieci' utrum sic accipimus 'a praetore non dati' et si suspecti fuerint remoti vel ob neglegentiam vel ignaviam repulsi? etiam hos quis reiectos recte dicet. ergo et si latitent? sed longum est: nam nec hoc ei imputetur, cur suspectos non fecit: alioquin et si latitarent, potuit edicto desiderare, ut eos praetor adesse iuberet et suspectos eos removet, si deessent.¹⁾

Solazzi (S. 260 bei A. 1) sieht wegen der Unklarheiten des Schlußsatzes die Möglichkeit einer Interpolation, die er dann vermutungsweise (A. 1 daselbst) andeutet, indem er die Worte 'suspectos eos' verschwinden läßt. Der Hinweis auf unsere bisherigen Ausführungen genügt, um diese Annahme als abgelehnt hinzustellen. Es liegt aber auch kein Grund vor, den Schlußsatz überhaupt zu verdächtigen, denn mit der Korrektur des Florentinaintextes: removeret²⁾ für removet ist eine Heilung der Stelle angebahnt. Zu deren Vollständigkeit ist aber noch m. E. das Wort 'edicto' umzustellen, denn wie D. 26, 10, 7 § 3³⁾ zeigt, gehört 'edicto' zu 'iuberet' und nicht zu desiderare. Für den imputatur-Satz vgl. D. 26, 6, 4 § 4.⁴⁾ Die so geheilte Stelle stimmt mit klassischem Recht völlig überein. Es ist nur noch einem Einwand vorzubeugen, der von der Solazzischen Theorie ausgehen könnte. Ist denn nicht im ersten Satze eine Scheidung zwischen den

¹⁾ Von Taubenschlag wird die Stelle nicht verdächtigt, vgl. S. 34 A. 29, 37 A. 43 und besonders S. 39 A. 50 (daselbst richtig: 'die Stelle steht auf dem Standpunkt des klassischen Rechts'). — Hingegen lautet Beselers Urteil (Beitr. III, 122): 'wohl ganz oder größtenteils unecht'.

²⁾ So auch in der Vulgata, vgl. ed. Dig. Gebauer-Spangenberg, die Kantorowicz jüngst wieder zu Ehren brachte (Sav.-Ztschr. 31, 1910, S. 82).

³⁾ Edicto evocari.

⁴⁾ Dagegen ist die Korrektur Mommsens 'inicum' für longum überflüssig. Über longum im Sinne 'unnütz, überflüssig' vgl. Heumann-Seckel⁹ s. h. v. unter 4.

als suspect remoti und den wegen Fahrlässigkeit oder Trägheit Abgesetzten angedeutet? Durchaus nicht. Denn das 'suspecti' kann ohne weiteres zu repulsi herübergenommen werden. Sonst müßte das 'si' nach dem ersten 'vel' wiederholt werden. Daß es aber auch bezogen werden muß, beweist der Umstand, daß die wenigen Quellenstellen, wo von repellere eines Tutor die Rede ist, eine suspecti remotio voraussetzen, vgl. D. 26, 2, 17 § 1 (v. si iam multa flagitia in tutela admisit); 26, 10, 3 § 4 (suspectus repelli, vgl. zu dieser Stelle unten S. 86).¹⁾

Von D. 27, 2, 6, das in diesen Zusammenhang gehört, war schon vorher (S. 56) die Rede.

IX. Es wurde bereits (oben S. 67) hervorgehoben, daß Solazzi aus der l. 4 § 4 D. h. t. (qui nihil gesserunt) die Schlußfolgerung zieht, der Tutor könne nur dann als suspectus postuliert werden, wenn er die Führung der Geschäfte des Pupillen tatsächlich begonnen hatte. Auf dieser Basis wurde dann — unzutreffend, wie wir zu zeigen ver-

¹⁾ Die ungeschickte Anfügung des repulsi soll allerdings nicht unbemerkt bleiben. — Es ist auffallend, daß das 'repellere' eines suspecten Vormunds immer in nicht ganz einwandfreier Umgebung vorkommt. Wegen D. h. t. 3 § 4 vgl. unten S. 86, in D. 26, 2, 17 § 1 heißt es 'repelli et reici' a tutela. Ein Zeitwort hätte ausgereicht. Nicht unbeachtet soll auch bleiben, daß repelli dem griechischen ἐκβάλλεσθαι, das häufig für die Absetzung des Vormunds gebraucht wird (vgl. Theoph. Paraphr. Inst. 1, 26 pr. §§ 8. 9; Bas. 37, 10, 1. 4), besser entspricht als removeri (= ἀποκινεῖσθαι). Bei dieser Gelegenheit eine Notiz über die Terminologie. Für 'removere' werden noch folgende Ausdrücke gebraucht: amovere (D. h. t. 3 § 11); submovere (Ulp. Reg. 11, 23; C. 5, 43, 2, a. 215); reicere (D. 26, 2, 17 § 1; 26, 10, 3 § 12; 38, 17, 2 §§ 23 (= 26, 6, 2 § 2), 38, 39 im Zusammenhang mit § 41 eod.). — Die Auffassung Solazzis S. 267 bei A. 1, daß man tutor reiectus oder repulsus von einer remotio 'a non inita tutela' gebrauchte, dagegen einen tutor remotus den nach Antritt der Vormundschaftsführung abgesetzten Vormund nannte, ist nicht zutreffend. — Vom remotus heißt es oft abit (a) tutela, vgl. 26, 2, 11 § 2; 26, 4, 3 § 8; 26, 10, 3 § 18. 4 pr. Die Ausdrucksweise bezeichnet Solazzi S. 280 als *tecnica per indicare la remozione*; wie aber die beiden ersten Stellen zeigen, wird sie auch bei einer erfolgreichen excusatio angewandt. Zur ersten Stelle ist der vorhergehende § 1 eod. heranzuziehen. Wegen dieser Stellen (l. 11 § 1, 2 cit.) glaube ich nicht an die Richtigkeit der Vermutung Solazzis S. 280, daß in l. 26, 4, 3 § 8 die Worte vel excusatus interpoliert wären.

sucht haben — die Lehre aufgebaut, daß, wo eine Geschäftsführung überhaupt nicht angetreten wurde, die acc. susp. ausgeschlossen ist.¹⁾ Eine weitere Konsequenz dieser Lehre ist die gleichfalls abzulehnende Anschauung, daß für doloses Gebaren vor dem Antritt der gestio durch den Tutor eine accusatio suspecti nicht möglich ist. Bevor wir an die Prüfung des einschlägigen Materials herantreten, muß aber die Lehre Solazzis auf ihre logische Vereinbarkeit mit den hier aus den Quellen herausgearbeiteten leitenden Grundsätzen der accusatio suspecti untersucht werden. Mit dem Begriff suspectus ist es durchaus verträglich, daß jemand auch wegen seiner Vergangenheit als ungeeignet zur Übernahme der Vormundschaftsstellung erscheint. Erinnern wir uns noch an die Definition, deren Kern in dem *moribus suspectus* lag (D. h. t. 8, vgl. oben S. 60), so scheint es, daß man gerade auf Grund des bisherigen Lebenswandels sich als für eine Vormundschaft ungeeignet erweisen kann. Wenn wir dabei noch auf jene Erscheinung hinweisen, daß man — allerdings nur im besonderen Fall der *contutores* — mit Rücksicht auf seine Vermögensverhältnisse als suspekt postuliert werden kann, womit erst recht ein Grund in Betracht gezogen wird, der in der Regel vor dem Antritt der vormundschaftlichen gestio geltend zu machen ist, so ist die Auffassung Solazzis von vornherein stark erschüttert. Daß man wegen früherer Missetaten als ungeeignet für eine Vormundschaftsführung erscheint, ist so einfach und natürlich, daß man sich nur wundern muß, wie man gerade das Gegenteil in die Quellen hineinzwingen wollte; freilich ließ man sich dabei von einer Stelle (vgl. unten S. 80) beirren, um mehrere andere zu verächtigen.

¹⁾ Vgl. auch Girard, Manuel⁵ S. 215, der aus der durchaus richtigen Prämisse, daß das Verfahren gegen den Tutor suspectus vornehmlich darauf gerichtet war, den Tutor von der Geschäftsführung zu beseitigen, folgern will, daß es eben deshalb ursprünglich zu dem Zwecke diene, einen Vormund, der bereits die Geschäftsführung angetreten, abzuschieben. Diese Schlußfolgerung ist aber nicht zwingend, weil es doch auch darauf ankommen kann, einen verdächtigen Tutor nicht einmal zum Antritt der Geschäftsführung zuzulassen.

Als erste sei für die Frage die Stelle Inst. 1, 26, 5 angeführt:

Suspectus est autem qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est, ut et Iulianus quoque scripsit. sed et ante, quam incipiat gerere tutelam tutor, posse cum quasi suspectum removeri idem Iulianus scripsit et secundum eum constitutum est.

Es wurde bereits oben S. 48 darauf hingewiesen, daß mit diesem Paragraphen jener Teil unseres Institutionentitels beginnt, in dem eine andere — zitatenreiche — Quelle benutzt wurde, als der fertige Digestentitel 26, 10. Bis auf die drei Worte 'licet solvendo est', die man mit Rücksicht auf den allgemein als Interpolationsmerkmal geltenden Indikativ bei licet als Einschießel bezeichnen darf, klingt alles glatt und klar. Es wäre auch nicht einzusehen, warum die Berufung auf Julian und die seiner Ansicht folgende Konstitution eine Unwahrheit sein sollte. Die Stelle wird von Taubenschlag richtig in dem Sinne gedeutet (S. 37), daß Julian hier die Absetzung auch für den Fall zuläßt, wo der Vormund noch überhaupt nicht angefangen hatte, die Vormundschaft zu führen. Allerdings beschränkt Taubenschlag dies nur auf die Absetzung, wogegen nach unserer Auffassung auch eine zur Absetzung führende accusatio zulässig war. Das bestätigt glatt C. 5, 43, 3, für die wir Taubenschlags Interpolationsannahme abgelehnt haben (vgl. oben S. 73). Angefochten wird aber die Institutionenstelle von Solazzi, der zwar die remotio gelten lassen will, jedoch ohne die Qualität quasi suspectum, die er als hineininterpoliert betrachtet. Diese Interpolationsannahme gehört zu jenen, die durch den einfachen Hinweis, daß es keine schlichte remotio gab, erledigt erscheinen. Solazzi verweist aber auf den Widerspruch zwischen dieser Stelle und D. h. t. 3 § 5, wo von einem postulare suspectum die Rede ist, und dieser Widerspruch, der für beide Gelehrten¹⁾ eine Bekräftigung der Scheidung zwi-

¹⁾ Der zweite Teil der I. 3 § 5 cit. blieb von Taubenschlag unberücksichtigt.

schen Gründen der *accusatio* und *remotio*¹⁾ bedeutet, wächst bei unserer Auffassung, die aus denselben Gründen, aus denen eine *remotio* zulässig ist, auch die *accusatio* als statthaft erklärt, zu einem scharfen Gegensatz. Dieser bedingt ein tieferes Eindringen in den Sinn und die Sprache der Stelle.

D. h. t. 3 § 5 (Ulpian l. 35 ad ed.)²⁾: . . . et sciendum est aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, si forte grassatus in tutela est aut sordide egit vel perniciose pupillo vel aliquid intercepit ex rebus pupillaribus iam tutor. quod si quid admisit, ante tamen admisit, quam tutor esset, quamvis in bonis pupilli vel in tutela, non potest suspectus tutor postulari, quia delictum tutelam praecessit. proinde si pupilli substantiam expilavit, sed antequam tutor esset, accusari debet expilatae hereditatis crimine, si minus, furti.

Im ersten Teil der Stelle wird erfreulicherweise von beiden Gelehrten, Taubenschlag S. 33, Solazzi S. 260 bei A. 4, dieselbe Einklammerung vorgenommen und zwar erstes 'aut' und si forte — iam tutor. Zu den trefflichen Ausführungen ist hier nichts hinzuzufügen. Aber auch das Weitere ist durch sprachliche Unfeinheiten so stark belastet, daß wir den aus der Stelle gegen unsere Theorie herauswachsenden Widerspruch nicht zu hoch anzuschätzen brauchen. Ein erfreulicher Umstand ist es, daß wir, bevor wir selbst an dem Text Kritik üben werden, auf einige triftige Argumente hinweisen können, die vom Vertreter einer von uns bekämpften Auffassung gegen die Reinheit des zitierten Fragments angeführt werden. Bei einer anderen Gelegenheit weist nämlich Solazzi S. 162²⁻³, den Text nur vorübergehend streifend, mit erfreulichem Scharfsinn, der sein ganzes Buch kennzeichnet, auf einige krasse Mängel hin, die dem Text anhaften: 'vel in tutela è spurio', ich zögere keinen Augenblick, es mit einem bei Solazzi beliebten Ausdruck als

¹⁾ Für Solazzi in bezug auf die schlechte *remotio*.

²⁾ Für den Anfang der Stelle vgl. oben S. 51 bei N. 6.

entsetzlich zu bezeichnen; auch den Schluß von *proinde* an bezeichnet Solazzi als umgearbeitet. Wir haben dazu noch folgendes hinzuzufügen; *quod si quid admisit, ante tamen admisit, quam* schreibt nur ein Byzantiner, ein Klassiker schreibt *quod si quid admisit, antequam* usw. 'Tamen admisit' schiebt man aber nicht ein, um einen glatten Text zu verschönern, diese Worte können sich eben nur dort vorfinden, wo der ganze Satz aus einer Feder stammt, die auch schon durch das 'quid admisit' genügend gekennzeichnet wird: diese euphemistischen Worte sollen die bösen nachher als *delicta* qualifizierten Vergehen mildern. *Quia delictum tutelam praecessit* konnte nur derjenige geschrieben haben, der die Worte iam tutor an das Ende des Vordersatzes so häßlich angeknüpft hatte. Diese Bemerkungen genügen, um den *quod si*-Satz als 'suspectus' zu postulieren und ihn 'quasi suspectum removere'.¹⁾ Und nun noch eine Erwägung: scheint es überhaupt denkbar, die Klassiker hätten eine *postulatio suspecti* gegen eine Person verweigert, gegen die, wie der Schlußsatz zeigt, ein *crimen expilatae hereditatis* oder eine *actio furti* anzustrengen war?

Eine weitere Stelle, die hier Beachtung verdient, ist

D. h. t. 3 § 12 (Ulpian l. 35 ad ed.): *si tutor inimicus pupillo parentibusve eius sit et generaliter si qua iusta causa praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, reicere eum debeat.*

Es handelt sich hier um den Fall, wo zwischen dem Tutor und dem Pupillen bzw. seinen Angehörigen Feindseligkeiten obwalten. Daß ein solcher Tutor als ungeeignet erscheint, unterliegt keinem Zweifel; er ist daher zu entfernen. Den Satz *et generaliter* — *versari* betrachte ich für interpoliert²⁾; es ist einer jener generalisierenden Sätze

¹⁾ Zu *quod si*, das schon Faber mit Verdacht belegte (vgl. de Medio, Bull. XIII 238) vgl. Albertario, *Contributi alla critica del Digesto* 1911, S. 19 ('*frequentemente compilatorio*'); Derselbe, *Rend. Ist. Lomb.* S. II Vol. 45 (1912) S. 473 (*indica una maniera preferita dai compilatori per combinare le loro aggiunte col discorso dei giureconsulti*). Aber große Vorsicht, die nicht genug anempfohlen werden kann, ist hier geboten!

²⁾ Nur das Wort *praetor* ist daraus als Subjekt zu *debeat* zu entnehmen.

Tribonians, deren wir schon eine ganze Reihe kennen. Was Taubenschlag, der einer solchen Annahme vorbeugen will, dagegen anführt (S. 39 A. 51)¹⁾, ist ohne Belang, weil in l. 3 D. h. t. überhaupt keine Aufzählung bestimmter Fälle vorliegt; es wird nur dem Magistrat eine Richtschnur gegeben, nach der das Wesen des 'suspectus' zu beurteilen ist. Gewiß ist der Satz an sich für das klassische Recht annehmbar, weil ja die Beurteilung der Gründe, aus welchen jemand als suspectus zu bezeichnen ist, der freien Würdigung der Tatsachen durch den Magistrat überlassen ist. Bei einem non ex fide tutelam gerere kann von einer Aufzählung nicht die Rede sein, ebensowenig, wie eine Aufzählung der Fälle, wann jemand moribus suspectus ist, möglich ist. Aber daß in l. 3 § 12 cit. der generaliter-Satz interpoliert ist, beweist der Umstand, daß die generelle Formulierung nicht ex professo vorgetragen wird, sondern ungeschickt an einen ganz besonderen Fall (tutor inimicus) angeknüpft wird, dann der häßliche Subjektswechsel (tutor sit, causa moverit, debeat [sc. tutor], debebit [sc. praetor]), wobei bei den zwei letzten Zeitwörtern die Subjekte — die noch dazu verschieden sind — fehlen und schließlich der Moduswechsel (sit — moverit²⁾). Der Indizien genug, um den Satz als nicht der Feder Ulpians entstammend einzuklammern.

Für die hier behandelte Frage ist aber dieses Fragment insofern von Wichtigkeit, als hier der Grund der Absetzung des Vormunds auf Umstände zurückgeführt wird, die in der Regel auf die vor dem Vormundschaftsantritt liegende Zeit zurückgehen.³⁾

Hierher gehört ferner

¹⁾ 'Man könnte versucht sein, die Echtheit des generaliter-Satzes anzufechten. Doch wäre dies gewiß verfehlt. Denn es wird die Möglichkeit einer Absetzung auch in Fällen erwogen, die in der Aufzählung Ulpian's nicht erhalten sind, vgl. D. 26, 2, 29.'

²⁾ Das ist eher ein Fut. exactum, vgl. debebit.

³⁾ Solazzi hat sich mit der Stelle nicht näher befaßt; sie wird von ihm nur S. 265, wo sie m. E. gerade das Gegenteil von dem belegt, als wofür sie Solazzi zitiert, und S. 259³ angeführt, aber hier in einem Zusammenhang, der nicht leicht zu erkennen ist.

C. 5, 43, 2 (a. 215): *curatores quidem suo periculo quanto tardius ad eos tutela transfertur, cessant. quod si id fraude factum existimas, suspectos eos postula: qui si submoveri meruerint, in locum eorum alios accipies.*

Hier wird der Tutor¹⁾ wegen frauduloser Hinausschiebung der Übernahme der Vormundschaftsführung als der suspecti postulatio ausgeliefert hingestellt. Zweifellos richtig. Solazzi glaubt zwar nicht an Echtheit der zweiten Hälfte des Fragments, weil er hier nur die remotio gelten lassen will, nicht aber die postulatio suspecti. Daß diese Anschauung den Quellen nicht gerecht wird, wurde bereits gezeigt.²⁾ — Zum periculo suo cessare der Vormünder vgl. Fr. Vat. 155, D. 26, 7, 1 pr. § 1. Die Konstitution Caracallas scheint eine Erweiterung der in l. 1, § 1 cit. erwähnten Const. Marci zu sein.

Endlich ist hier noch auf D. h. t. 3 § 8 zu verweisen:

Ulpian l. 35 ad ed.: *si autem ipse tutor est solus, numquid, quia tutelae cessat, removendus sit ab alia administratione, quasi in hac suspectus ex eo, quod in alia male versatus sit? ergo et in eo, qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est idem dici potest.*

Die Stelle behandelt eingehend nur Solazzi S. 163, Taubenschlag läßt sie unberührt (S. 39). Daß sie nicht so hinzunehmen ist, wie sie dasteht, sieht man auf den ersten Blick. Wo ist die Beantwortung der im Vordersatz aufgeworfenen Frage? Das ungeschickte ergo läßt den Torso erst recht erkennbar hervortreten. 'Quia tutelae cessat' ist im Munde eines Klassikers unmöglich. Stammen aber diese Worte vom Kompilator, so verraten sie, daß das umfangreiche Stück von § 5 i. f. eod. (vgl. oben S. 80), wo der Gedanke vom cessare der accus. suspecti, weil eine andere Klage statthaft ist, eingeführt wird, bis § 11 eod. auf diesen Gedanken hin verarbeitet wurde. Man

¹⁾ Vgl. Solazzi S. 166.

²⁾ Nicht aus denselben, aber aus sehr ähnlichen Gründen klammert Taubenschlag S. 38 A. 49 den Satz quod si bis ans Ende ein.

braucht nur § 6 zu lesen¹⁾ und das Verhältnis der darin gestellten Frage zu der darauf gegebenen Antwort zu prüfen, um den ganzen Nachsatz als unbrauchbar auszuschalten. Dasselbe ist über Frage und Antwort in § 7 zu sagen. Der Fall mehrerer Tutores (in § 6 cit. curatores) ist aber erst in diesen verdächtigen Antworten hineingetragen worden. Daher wird der Verdacht, daß der einleitende Satz in § 8 cit. (si autem ipse (!) tutor est solus) eine vom Kompilator erfundene Prämisse sei, nicht von der Hand zu weisen sein. 'Numquid' hat schon bei Faber²⁾ Verdacht erregt; quia tutelae cessat, ist wiederum jener schiefe Gedanke aus § 5 i. f. und folgenden. Denn was hat die a° tutelae mit der accusatio suspecti gemein? Jene bezieht sich auf eine bereits geführte Tutel, bei dieser handelt es sich aber darum, einen rechtzeitig zu beseitigen, damit er zur Führung einer Tutel nicht zugelassen werde bzw. von einer bereits angetretenen Vormundschaftsführung abgesetzt werde. Ziel und Wirkung sind grundverschieden und eine Annäherung ist vielleicht nur darin zu suchen, daß, wer aus einem iudicium tutelae wegen einer früheren Vormundschaft als infam herauskam, für eine spätere als suspect gelten kann. Dies war vielleicht auch der Gedanke, der in der echten l. 3 § 8 cit. stand, aber beweisen läßt sich dies nicht, nachdem, wie wir gesehen haben, hier ein größeres Stück³⁾ ungeschickt und unklar verarbeitet wurde, so

¹⁾ Wertvolles bei Solazzi S. 163, doch sind seine Ausführungen nicht erschöpfend.

²⁾ Vgl. de Medio, Bull. XIII 238.

³⁾ Man beachte nur, wie das ganze lange Stück mit Fragen und Antworten operiert. Die Hand des Verarbeiters wird dadurch unverkennbar. — Auch die Antworten in §§ 9, 10, 11 sind mehr als verdächtig. Man lese nur das wunderschöne Latein in § 9: et magis est, ut postulari possit, quasi una tutela sit habens intervalla. Auf die Echtheit der Antwort in § 10 wird wohl niemand schwören. Und § 11 ist schon mit Recht von Solazzi S. 162 kräftig angegriffen worden. Wir fügen hinzu: die Distinktion des Schlußsatzes ist sicher kompilatorisch: da der Vordersatz von einem Alleintutor spricht, so ist die erste Alternative si quidem habet contutores (wohl zu merken: wieder die contutores, die in den verdächtigen Antworten der §§ 6 und 7 auftraten) als eine von fremder Hand eingeschobene Zutat gekennzeichnet, zu der auch die für diese

daß der Versuch einer Rekonstruktion, die nie ganz einwandfrei ausfallen kann, gar nicht verlockend ist. Vielleicht ist es damit zu erklären, daß die jüngsten Bearbeiter der Lehre vom tutor suspectus dieses ganze Stück übergangen haben, ohne ihren Scharfblick an ihm walten zu lassen. Taubenschlag zog diese Stellen überhaupt nicht in den Kreis seiner Untersuchungen, und Solazzi streifte sie nur insoweit sie in die von ihm untersuchte Lehre vom curator suspectus hineinspielten. Ein leitender Gedanke für die Einwirkung der vor der Tutel begangenen Taten auf die Qualifikation und Remotion als suspectus ist aus diesem verunstalteten Stück (I. 3 §§ 5 ff.) nicht herauszubringen, und es wird uns daher nicht wundernehmen, wenn der Institutionenredaktor, als er auf diese Stellen stieß, die ganze lange Betrachtung einfach wegschnitt, weil er sie für ein Lehrbuch unbrauchbar fand und vielmehr vorzog, zu einer klassischen Vorlage zu greifen, um daraus den § 5 J. 1, 26 aufzunehmen.

X. Wir haben vorher, als für das klassische Recht bindend, folgenden Grundsatz angenommen, daß, wo eine remotio (nach unserer Auffassung nur eine remotio suspecti) als statthaft ausgesprochen wird, dort auch eine accusatio suspecti zulässig ist. Eine andere Frage ist es, ob nur als Folge einer accusatio suspecti die Absetzung erfolgen konnte, d. h. ob der Grundsatz: keine remotio ohne accusatio verbindlich war. Taubenschlag hat diese Frage zum Brennpunkt seiner Untersuchungen gemacht und hat als Ergebnis — dessen historische Entwicklung uns nicht überzeugen konnte¹⁾ — den Grundsatz formuliert, daß eine remotio ohne accusatio möglich war und zwar sowohl bei doloser als auch kulploser gestio seitens des Tutors.²⁾ Nun stützt sich aber dieses Resultat

Alternative gefällte Antwort gehört. Quia conveniri potest ist wiederum jener schiefe Gedanke, von dem oben im Texte die Rede war. Die fremde Hand verrät sich auch durch das poterit postulari gegen potest amoveri. Nach der Bedeutung des suspectus zu urteilen, kann m. E. kein Zweifel darüber bestehen, wie die Antwort im klassischen Recht lautete.

¹⁾ Vgl. oben S. 41.

²⁾ Nicht so Solazzi, der für jede der beiden Remotionsarten eine

lediglich auf Stellen, die nur von einem *remove* sprechen und das *postulare* verschweigen, wie D. h. t. 3 §§ 8, 12, 13, 14, 16.¹⁾ 7 §§ 1, 3. J. 1, 26, 5. C. 5, 42, 2. Daß diese Stütze sehr gebrechlich ist, haben unsere vorhergehenden Ausführungen zur Genüge gezeigt. Da auf jede erfolgreiche *accusatio* eine *remotio* folgt, so ist es rein logisch, daß eine Stelle, die vom *remove* spricht, nicht deshalb die *accusatio* ausschließt. Alle diese Stellen beweisen daher nichts für diese Frage, und ebensowenig auch die I. D. h. t. 4 § 4, von der bereits oben S. 66 die Rede war.²⁾

Sehr wichtig ist aber D. h. t. 3 § 4:

Ulpian l. 35 ad ed.: *praeterea videndum an et sine accusatione possit suspectus repelli. et magis est ut repelli debeat, si praetori liqueat ex apertissimis rerum argumentis suspectum eum esse: quod favore pupillorum accipiendum est.*

Der *et-magis*-Satz wurde bereits mit Recht von H. Krüger, dem P. Krüger in seinen letzten Digestenausgaben (11. 12.) folgte, als interpoliert verzeichnet. Zustimmend Taubenschlag S. 43 A. 63 und Solazzi S. 161 bei A. 4 und S. 300. Doch gegen die Verwertung dieser Interpolation durch Taubenschlag S. 43/4 muß Widerspruch erhoben werden. Taubenschlag findet nämlich diese Interpolation erst recht verständlich, wenn man ihr die von ihm S. 43 geschilderte Tendenz der Kompilatoren zugrundelegt. Nun wird diese Tendenz folgendermaßen gekennzeichnet: 'ging die Entwicklung des klassischen römischen Rechts in der Richtung, die Absetzung von Amts wegen³⁾ auf Kosten der *accusatio* auszudehnen, so war das justinianische Recht darauf bedacht, die Absetzung von Amts wegen auf Kosten (sic!) der *accusatio postulatio* fordert, obgleich er auch für die 'schlichte' *remotio* 'altre vie' zuläßt, wie wir in dem Zitat oben S. 4 gelesen haben.

¹⁾ Der auf S. 39 bei Taubenschlag zitierte Text dieser Stelle beruht auf den Angaben Glücks, Komm. 31, S. 53. Die Florentina spricht vom *repertorium* nicht, und der Satz 'qui *repertorium* non fecerunt' verträgt sich kaum mit dem Folgenden. Vgl. Mommsens ed. maior.

²⁾ Damit wird aber auch die Schilderung des justinianischen Rechts bei Taubenschlag S. 43 getroffen.

³⁾ Gemeint ist damit die *remotio* ohne vorhergehende *accusatio*.

einzuschränken'.¹⁾ Daß im Nachsatz für 'auf Kosten' 'zugunsten' zu lesen ist, ist klar. Ebenso klar ist es auch, daß man, wenn man den vorgehenden Ausführungen folgt, obige Tendenz der Kompilatoren und ihre Neigung, 'die Absetzung in der accusatio völlig aufgehen zu lassen und die selbständige Entwicklung, die die Remotion im klassischen Recht genommen hat, zu verwischen'²⁾, als völlig unbewiesen betrachten wird. Vollends unverständlich ist es aber, wie die l. 3 § 4 cit. mit obiger 'Tendenz' zusammenzubringen und auf ihrer Grundlage zu erklären sei. Denn gerade das Gegenteil wird jeder unbefangene Leser aus der Stelle folgern, da doch dem Prätor glatt die Befugnis zugesprochen wird, den Vormund abzuschieben, sobald nur die ihn als suspectus erscheinenden Tatsachen bewiesen sind.³⁾ Freilich deutet Taubenschlag die Stelle so, daß hier 'die Absetzung von Amts wegen nur auf die dringendsten Fälle beschränkt wird' — aber die 'apertissima argumenta' haben doch mit den 'dringendsten Fällen' nichts zu tun! — Ich verwerte die Stelle vielmehr folgendermaßen: ist der et-magis-Satz Kompilatorenwerk — seine Echtheit wird wohl heute niemand verteidigen wollen —, so hat diese Interpolation zu bedeuten, daß der Grundsatz neu ist und entweder eine entgegengesetzte Entscheidung der klassischen Vorlage ablöste oder überhaupt erst von den Kompilatoren samt der Frage⁴⁾ eingeführt wurde. Danach wäre aber für das klassische Recht folgendes Ergebnis zu formulieren:

¹⁾ Wie ich mich zum folgenden Satz: 'von diesem Standpunkte aus ist die Interpolation in C. 5, 43, 2 und C. 5, 43, 3, wo an Stelle der Absetzung von Amts wegen das Akkusationsverfahren eingesetzt wurde, zu erklären' stelle, ist aus den vorhergehenden Betrachtungen zu den genannten Kodexstellen (oben S. 83, 73) zu entnehmen.

²⁾ Taubenschlag a. O.

³⁾ Die 'apertissima argumenta' sind den ebenfalls interpolierten 'apertissimae probationes' in D. 4, 2, 23 pr. und D. 28, 5, 63, 1 gleichwertig.

⁴⁾ Ob die Fragenformulierung selbst echt ist, läßt sich m. E. mit Sicherheit nicht behaupten. Für 'praeterea' ist im Vorangehenden keine Erklärung zu finden. Für videndum wäre dann das nachfolgende videamus (§ 5 eod.) vorbildlich gewesen.

keine *remotio* ohne *accusatio*. Um also einen Vormund *removieren* zu können, mußte der Prätor eine *accusatio* abwarten. Dieses Ergebnis könnte zweifelhaft scheinen, wenn man in Erwägung zieht, daß der praetor auch ohne formelles Verfahren mit *accusatio* zur Kenntnis solcher Umstände gelangen konnte, die den Vormund als unwürdig zur Führung der Vormundschaft erscheinen lassen. Dieser Einwand kann aber leicht entkräftet werden, wenn an ein anderartiges Eingreifen des Prätors erinnert wird, vgl.

D. h. t. 4 § 3 (Ulpian l. 1 de omn. trib.): si praetor sententia sua non removerit tutela, sed gerere prohibuit, dicendum est magis esse, ut et hic desinat tutor esse.

Der Prätor hatte also die Möglichkeit, ein Verbot der Vormundschaftsführung zu erlassen. Gegen den magis-Satz kann man zwar Verdacht erheben¹⁾, doch steckt in dem *gerere prohibuit* ein richtiger Kern und man dürfte wohl nicht fehlgehen, wenn man darin ein Verbot sieht, das der praetor erließ, wenn noch keine *accusatio* vorlag oder eine solche bereits angestellt wurde, das Akkusationsverfahren sich jedoch zu lange hinauszog und inzwischen die weitere Führung der Geschäfte des Pupillen durch den als suspekt postulierten Tutor Gefahr für den Pupillen bedeutete. Vgl. Inst. 1, 26, 7 und Cod. 5, 43, 7 (a. 240).

Der Satz, keine *remotio* ohne *accusatio*, ist mit der hier vertretenen Auffassung des Verhältnisses dieser beiden Begriffe gut vereinbar. Aus der *remotio* kommt man als *suspectus* heraus und da muß dem dadurch gefährdeten Tutor die Möglichkeit geboten werden, sich gegen die gegen ihn vorgebrachten Beschuldigungen zu verteidigen, um so mehr, als die *Remotion* unter Umständen zur Infamie führen kann. Diese Möglichkeit ist in einem kontradiktorischen Verfahren, als welches wir das Akkusationsverfahren aufzufassen haben, dem Tutor in größerem Umfange geboten, als in einem rein administrativen Verfahren: steht er doch dort einem Privatankläger und

¹⁾ Richtig Taubenschlag S. 42. — Vgl. noch den Korrektur-Nachtrag unten S. 93.

nicht wie hier einem Magistrat gegenüber. Und so ist es durchaus erklärlich, daß geradeso wie zugunsten des Pupillen der Satz aufgestellt wurde, daß jedermann mit der *accusatio* auftreten kann, andererseits zugunsten des Tutor das klassische Recht die Regel festsetzte, daß er nur auf Grund einer erfolgreich durchgeführten *accusatio* als *suspectus* abgesetzt werden kann.

XI. Auf Grund obiger Darstellung der klassischen Lehre vom Tutor *suspectus* können wir noch zu einigen Interpolationsannahmen Stellung nehmen.

D. 27, 1, 35; vgl. Solazzi S. 266f. Trefflich wird hier das Emblemata *'sed hoc non quaerendum est, sed contumacia puniendi eius qui quodammodo¹⁾ se excusavit'* nachgewiesen. Was jedoch gegen den Schlußsatz (*multo magis quis dicere debet indignum iudicio patris qui ut suspectus remotus est a tutela*) ins Treffen geführt wird, ist zum großen Teil unzutreffend. Das *'ut suspectus'* wird selbstverständlich angefochten²⁾, zu Unrecht, wie gewöhnlich. Die Worte *multo — debet* werden mit Recht mit Verdacht belegt, und es ist erklärlich, daß die Kompilatoren, nachdem sie den vorgereichten Satz einschmuggelten, auch daraufhin den Eingang des Schlußsatzes entsprechend verarbeiteten. Aber der Satz selbst, daß der *remotus a tutela* das vom Vater des Pupillen ihm ausgesetzte Legat verliert, weil er keine Vormundschaft führt, ist so einfach und billig, daß man daran keinen Anstoß nehmen kann. Die Schlußworte — von *indignum* bis ans Ende — mit einem entsprechenden Zeitwort — etwa *sed³⁾ dicendum est* — sind daher als echt zu betrachten.⁴⁾

C. 5, 52, 2 § 1 (a. 284): in *divisionem autem administratione deducta sive a praeside sive a testatoris*

¹⁾ Zu *quodammodo* vgl. neuestens Berger, Streifzüge durch das römische Sklavenrecht, *Philologus* 73 (1914), S. 71^{28, 29}.

²⁾ *'Dovrebbe ad ogni modo (sic!) espellersi.'*

³⁾ Ein *'sed'* ist notwendig, weil der vorhergehende Satz vom Juristen wohl in negativem Sinne erledigt wurde.

⁴⁾ Ein Teil der Ausführungen Solazzis (S. 267 bei A. 1) wurde bereits früher abgelehnt, vgl. oben S. 77¹.

voluntate unumquemque pro sua administratione convenire potest (sc. adulescens) periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt.

Die Stelle wird von Solazzi S. 96 f. sehr scharfsinnig behandelt. Er streicht die beiden ersten Alternativen des nisi-Satzes und faßt die letzte negativ (nisi suspicionis causam non agendo rel.). Doch vielleicht liegt die Sache nicht so schlimm. In dem Satz nisi — removerunt ist das letzte Wort anstößig, wie Solazzi mit Recht betont, weil nicht die Mitvormünder die remotio anordnen, sondern die Richter. Es sei noch hinzugefügt, daß das 'removerunt' bei dem gleich folgenden 'moverunt' nicht sehr schön klingt. Aber auch nur dieses einzige Wort ist dort bedenklich, und durch die sicher nicht allzu kühne Konjekturemo(vendum postula)verunt ist das Bedenkliche beseitigt. Aber man wird auch mit dem 'removerunt' allein auskommen können, da dieses Wort in demselben Sinne (= removendum postulare) noch in C. 5, 43, 6 (Gordian) vorkommt. Behält man den Satz als echt bei, so ist er mit unserer These, daß man nur als suspectus removiert wird, völlig übereinstimmend. Daß 'per dolum aut culpam' zu suspectum gehört, wie Solazzi annimmt, ist durchaus nicht zwingend, es gehört vielmehr zu den Zeitwörtern removerunt und moverunt.¹⁾ Zum Verständnis der Stelle sind, was Solazzi schon notierte, D. 26, 7, 46 § 6 und 46, 6, 12 heranzuziehen und diese erheischen erst recht, daß man obigen Satz zu retten versucht.

Paul. Sent. 3, 6, 15 gibt Solazzi Anlaß, die Regel, daß man nur als suspectus removiert werden kann, als bereits zur Zeit des Wisigothischen Paulus feststehend und nicht erst als justinianische Erfindung zu betrachten.

¹⁾ Vgl. Bas. 38, 14, 2 und die dazu gehörenden Scholien (Heimb. III 780).

Wird aber nicht damit die Wahrscheinlichkeit jener langen Reihe von Interpolationen, die Solazzi annimmt und gegen die wir hier ankämpften, erschüttert, da die Konsequenz, mit welcher jene Interpolationen angeblich durchgeführt wurden, nur dann erklärlich wäre, wenn es sich um einen von den Kompilatoren erfundenen Grundsatz gehandelt hätte? Mit unserer Auffassung ist aber die Stelle gut vereinbar. Sie gibt auch eine Grundlage zur Rekonstruktion der Stelle D. 48, 10, 18 § 1, in der vor der Verarbeitung durch die Kompilatoren nicht mehr und nicht weniger stand, als in Paul. 3, 6, 15.¹⁾ Und so steckt m. E. in dem Satz 'etsi suspectus esse praesumitur' ein echter Kern (suspectus), der in der kompulatorischen Bearbeitung mit dem praesumitur ausgestattet wurde, um einen Vordersatz für das nachfolgende tamen zu bilden. Damit wird auch unsere Stellungnahme zu den Ausführungen Solazzis S. 269 f. gekennzeichnet.

XII. Einige Schlußbetrachtungen seien hier noch gestattet. Zweck obiger Untersuchung, die aus der kritischen Prüfung der neusten Versuche auf dem Gebiete der Lehre vom tutor suspectus ausging und daher vorwiegend polemischer Natur ist, war es, nur die Grundzüge dieser Lehre in klassischer Zeit zu zeichnen. Es war durchaus nicht beabsichtigt worden, eine alle Detailfragen umfassende Gesamtdarstellung zu geben. In den hier nicht behandelten Details wird übrigens die Lösung keine weiteren Schwierigkeiten bereiten, insoweit sie von dem Standpunkt, den man in den Grundfragen einnimmt, abhängt und überhaupt auf Quellengrundlage möglich ist, da ja diese, für einzelne Fragen, wie z. B. das Verfahren, versagt. Ich hoffe gezeigt zu haben, daß die neusten Darstellungen einer sachlichen Kritik nicht standhalten und habe eine eigene Auffassung zu begründen versucht, die, wenn auch nicht erschütternd durch die Neuartigkeit der Ergebnisse und die Reichhaltigkeit der

¹⁾ Dies gegen Solazzi S. 270. — Zu beachten ist, daß Paulus im Gegensatz zu anderen Klassikern *adfectare ad* gebraucht (so auch *Sent. cit.*), vgl. *Vocab. s. h. v. I*, 202 l. 51 sqq.

Interpolationenvermutungen, den Quellen gerecht werden wollte ohne ihnen Gewalt anzutun. Diese kritische Studie wollte vielmehr zeigen, daß der Anteil Tribonians und Genossen in der Lehre vom tutor suspectus viel kleiner ist, als die beiden jüngsten Bearbeitungen dieser Lehre, insbesondere aber jene Solazzis, auf die es mir bei diesen Schlußbetrachtungen hauptsächlich ankommt, annehmen. Er beschränkt sich vielmehr lediglich auf Nebenfragen, und die nur gelegentlich und gewohnheitsmäßig geschehenen Eingriffe vermochten nicht, das klare und von strenger Logik und vorbildlicher Einfachheit beherrschte Bild des klassischen Rechts zu verwischen. Es ist auch nicht einzusehen, warum dieses einfache und klare Bild eine durch die Kompilatoren schärfer ausgearbeitete Schöpfung der nachklassischen Periode¹⁾ sein sollte und nicht schon ein Werk der Klassiker sein konnte. Gerade das, was Solazzi an seiner Stelle den Klassikern zuschiebt, die zwei *postulationes*²⁾ und die zwei verschiedenen *remotiones*, ist gezwungener und komplizierter, abgesehen davon, daß von einer solchen Lehre keine Spur in den Quellen zu finden ist. Deshalb war diese Studie mehr auf Verteidigung einer Reihe von Stellen gegen unbegründete Verdächtigungen, als auf Anfechtung unangefochtener Stellen gerichtet. Sollten aber diese Ausführungen Zustimmung finden, so ist gezeigt, daß es verfehlt ist, in jedem Institut des justinianischen Rechts gleich von vornherein eine Umgestaltung des klassischen Rechts zu vermuten und daraufhin den Triboniani Interpolationen aufzudrängen, da es wohl auch manches Detail im großen Bau des klassischen Rechts gab, das so lebenskräftig geregelt war, daß es einer Übertünchung durch die Kompilatoren nicht bedurfte und auch nicht erlag. Deshalb muß auch die Vorstellung, von der manche neuste romanistische Untersuchungen auszugehen scheinen, daß der innere Wert lediglich nach der Masse der darin zum erstenmal entdeckten Interpolationen zu bemessen ist, aufgegeben werden.³⁾ Besonders gefährlich ist es aber für den Fort-

¹⁾ Vgl. oben S. 90f. · ²⁾ Vgl. oben S. 42f.

³⁾ Vgl. meine früheren Bemerkungen zu dieser Frage in der Krit.

gang der romanistischen Forschung, wenn es zur Methode werden sollte, daß man auf einen bestimmten, von vornherein gefaßten Gedanken hin die Quellen bearbeitet und was zu dem Gedanken nicht paßt, als interpoliert bezeichnet. Man gelangt dadurch freilich zu einer Menge neuer Interpolationsentdeckungen, die mit großer Konsequenz¹⁾ vorgetragen, auf den ersten Blick plausibel und bestechend scheinen und gleich Anhänger finden können; in der Wahrheit fällt aber oft der schöne Bau bei kritischer Prüfung in Trümmer, da seine Fundamente spröde und gebrechlich sind. Ein Beispiel dieser Methode sahen wir an der Theorie Solazzis vom tutor suspectus. Erfreulicherweise bildet aber dieses Kapitel nur einen bescheidenen Teil des verdienstlichen und ergebnisreichen Werkes und der mißlungene Anhang gefährdet in keiner Weise seine Bedeutung für den Fortschritt der Lehre von der römischen cura minorum. Die Gefahr einer solchen Methode liegt aber darin, daß es wahrlich keine Schwierigkeit ist, mit ihrer Hilfe ganze Institute und Rechtssätze aus dem klassischen Recht verschwinden zu lassen: man braucht nur geschickte Einschnitte an den einschlägigen Stellen durchzuführen, und ich glaube mich keiner Übertreibung schuldig zu machen, wenn ich behaupte, daß auf diese Weise jeder Grundsatz, mag er auch zwanzigmal in den Quellen ausgesprochen worden sein, hinweginterpoliert werden kann, geschweige denn solche, die weniger häufig vertreten sind. Vor einer solchen Behandlung der Quellen kann daher nicht eindringlich genug gewarnt werden.

Korrektur-Nachtrag zu S. 88 bei N. 1 Die Interpolation des magis-Satzes scheint zweifellos Riccobono, der mich in einem anregenden Gespräch nach dem Studium dieses Aufsatzes darauf verweist, daß der kompilatorische Eingriff, der eine entgegengesetzte Entscheidung

Vierteljahrsschrift 1912, S. 444, mit denen ich nicht vereinzelt dazustehen glaube.

¹⁾ Freilich läßt man dabei noch einige Stellen heil zurück, die notwendigerweise auch interpoliert sein müßten, wenn die anderen Interpolationen richtig erkannt wurden — die Stellen sind eben unangreifbar, vgl. für unsere Lehre oben S. 49, 54, 58.

(non desinit esse tutor) und vielleicht auch die adiunctio eines curator dem mit dem gerere prohibere getroffenen Tutor verdrängte, von der Tendenz ausging, die die Umwandlung der klassischen Tutel in justinianischer Zeit beherrschte: sie wurde ein munus, das der magistratischen Gewalt gänzlich unterworfen war. So wurde auch das einfache gerere prohibere einer Absetzung gleichgestellt (desinit esse tutor), was nach klassischem Recht sicher nicht der Fall war, man denke etwa den Fall eines tutor legitimus.

III.

Fr. 63 D. 41, 1 (Zur Lehre vom Schatzerwerb).

Von

Herrn Professor Dr. **Fritz Schulz**
in Kiel.

Das Tryphoninfragment, dem ich im folgenden einen kritischen Kommentar widmen will, ist, soweit ich sehe, bisher von den Auslegern ziemlich wenig beachtet worden.¹⁾ Das ist auch durchaus begreiflich; denn rein sachlich betrachtet sind die Ausführungen unsrer Stelle ohne besonderes Interesse, die Rechtssätze, die hier vorgetragen werden, würden wir auch ohne Beleg aus den uns bekannten klassischen Prinzipien haben ableiten können. Für den Interpolationenforscher ist die Stelle gleichwohl interessant genug: sie gehört zu denen, die durch Glosse und Interpolationen ganz besonders stark umgestaltet worden sind, und solche Stellen sind immer lehrreich. Ich glaube, daß es möglich ist, den echten Text des Tryphonin

¹⁾ Von älteren Arbeiten ist allein die Glosse lesenswert. Ohne Wert De Man, De Thesauro bei Oelrichs, Thes. Diss. Vol. 1 Tom. 2, 327ff. und Köchy, Civilist. Erörterungen 1 (1797) S. 228f. Von den Neueren hat Salkowski (Die Lehre vom Sklavenerwerb 1891 S. 4ff. und S. 120ff.) wenigstens die ersten drei Paragraphen einer etwas eingehenderen Erörterung gewürdigt. Nichts Auffälliges findet in der Stelle Czyhlarz bei Glück, Serie der Bücher 41, 42 1, 238.