klassische und noch mehr die byzantinische Ordnung primitiv und schablonenhaft erscheinen. —

Anspruch keinesfalls mehr als durch den ursprünglichen belastet werden können. Für die Frage nach der Fortdauer des Kaufpreisanspruchs aber wird es wieder darauf ankommen, ob der Erwerb aus dritter Hand lukrativ oder oneros ist. Daß der Käufer nur dem Verkäufer zuliebe ein ihm angetragenes Geschenk oder Vermächtnis ausschlägt, wird niemand von ihm erwarten, und darum wird die Auslegung des Kaufvertrages nach § 157 niemals Fortdauer des Kaufpreisanspruchs, aber doch unter Umständen eine Verpflichtung ergeben, den Verkäufer wegen schon gemachter Aufwendungen schadlos zu halten. Wenn er dagegen die Sache vom Dritten kauft, so wird die Fortdauer des Gegenanspruchs im Umfange des § 324 angebracht und, wenn nicht schon nach § 242, durch Analogie des § 324 Abs. 2 zu begründen sein. — Unbefriedigend m. E. Enneccerus, Lehrb. des Bürg. R. 1, 2 (1912) § 300; Kuhlbeck-Staudinger, Vorbem. zu III. Abschn. des Rechts der Schuldverh. V 4 S. 363.

VI.

Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donationibus, 39,6.

Von

Herrn Professor Dr. **Franz Haymann**
in Rostock.

Papinianus libro tertio decimo responsorum Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietates ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset tunc ad eos bona pertinerent. igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. Bonae fidei autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restitutum. incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? utrum ergo

certae conditionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? sed denegari non potest mortis causa factam videri. sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

Im letzten Band dieser Zeitschrift (S. 325f.) hat Koschaker in einer interessanten Miszelle den Nachweis versucht, daß der größte Teil des vorstehenden berühmten Fragments, insbesondere der zweite Satz mit igitur sowie alles Weitere von *incurrebat haesitatio* an nicht auf Papinian, sondern auf eine schulmäßige Paraphrase der im Ergebnis gleichlautenden Entscheidung des Klassikers durch eine nachklassische vorjustinianische Rechtsschule zurückzuführen sei und somit als ein Beispiel einer vorjustinianischen Interpolation im *corpus juris* zu gelten habe. Eine Nachprüfung dieser kühnen Hypothese hat mich zu einer abweichenden Abgrenzung des klassischen Gehalts dieses seit Jahrhunderten so sehr umstrittenen Papinianfragments geführt, deren Begründung zugleich Anlaß geben wird, auf die Ansicht Koschakers und die bisherigen Erklärungsversuche¹⁾ zurückzukommen.

1. Was zunächst die Form des zwischen der Seia und ihrem Kognaten Titius abgeschlossenen Geschäfts betrifft, so nehmen die meisten²⁾ nach dem Vorgang Kellers eine

¹⁾ Die ältere Literatur bei Keller, *Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft* Bd. 12 S. 400 Note 1, S. 404 Note 6 und bei Costa, *Papiniano* IV S. 194. Die neuere bei Koschaker a. a. O. S. 325, außerdem Papinian 702 Lenel, Samter, *Nichtförmliches Gerichtsverfahren* S. 62. 149; Albertario in *Sav.-Zeitschr.* Bd. 32 S. 322f.; Last in *Jherings Jahrbüchern* Bd. 62 S. 167; Senn, *Études sur le droit des obligations*, tome 1^{er} la donation à cause de mort (1914) p. 42ff. 57. 168ff.; Biondi, *Appunti interno alla donatio mortis causa* 1914, S. 38.

²⁾ Literatur bei Felix Senn, *La question du transfert de la propriété sous un terme extinctif . . .* in *Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard* (1912) p. 287 Note 3. Gegen *Fiducia* Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte* II S. 570, mit der unrichtigen Begründung, ihr sei nur ein „materieller Eigentumsübertragungszweck zugrunde gelegt“ worden, und vorher schon Huschke in *Lindes Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß* Bd. 2 S. 262 mit der ebenso unrichtigen, „mit der fiducia werde

Übertragung des Vermögens durch *mancipatio* oder in *jure cessione* an, weil sie mit Keller die Abrede über den eventuellen Rückfall der *bona* an die Schenkerin durch *pactum fiduciae* zustande gekommen glauben, wie sich aus dem für *fiduciae judicio* im dritten Satz interpolierten *bonae fidei judicio* ergäbe. Aber diese Annahme scheitert daran, daß, wie sich aus dem *Plusquamperfekt cessisset* und dem nachfolgenden *recepit et convenit* in dem zweifellos echten ersten Satz ergibt, die Nießbrauchsbestellung und Abrede über den zukünftigen Eigentumsrückfall der Abtretung der *bona* erst durch besonderen Rechtsakt nachgefolgt sein muß. Wäre *fidei fiduciae* manzipiert oder in *jure* zediert, so hätte der Klassiker nicht *cessisset*, sondern nur *cederet* schreiben können. Positiv hingegen läßt sich m. E. über die Form der Übertragung des Vermögens auf den Titius nichts sagen. Das *cessisset* braucht nicht auf ein ursprüngliches in *jure cessione* zurückzuweisen, sondern kann ganz farblos gemeint sein, wie etwa das *inque vacuam possessionem monumenti supra scripti cessit* in der *donatio* der Statia Irene.¹⁾ Wir wissen ja gar nicht zu sagen, ob die *proprietas* an allen Vermögensstücken durch das ursprüngliche Geschäft schon gültig übertragen worden ist, sondern nur, daß nach dem Tod des Titius zur Zeit des Streits zwischen der Seja und seinen Erben die Schenkung *dominio translato pridem perfecta* war. Aller Wahrscheinlichkeit nach hat Papinian im ursprünglichen Text unter Kennzeichnung der Natur der Vermögensstücke als *res mancipi* oder *nec mancipi* und der geschehenen Übertragungsform die Rechtsgültigkeit der Zuwendung der Seja an den Titius behandelt²⁾, eine Betrachtung, die die Kompilatoren natürlich streichen mußten,

das Eigentum wesentlich bloß *titulo universalis* veräußert“, neuerdings Kretschmar, Entwicklung der Kompensation im röm. Recht (1907) S. 34f., weil sonst die Seja nach Gajus II 59, den Kretschmar auch von dem Fall einer *fiducia cum amico* im Interesse des Fiduziars verstehen will, durch einjährige Nießbrauchsdetention *quiritarisches Eigentum* durch *usureceptio* zurückgewonnen hätte.

¹⁾ Bruns fontes VII ed. p. 336.

²⁾ Zahlreiche Parallelen in den Vatikanischen Fragmenten, vgl. z. B. 259, 263—265, 268; aber auch 266a, 283, 285, 287 (*donatio totius patrimonii!*), 289, 297, 313—316.

wie denn ja auch m. E. sicher ist, daß Papinian an die Darstellung des Zuwendungsgeschäfts nicht einfach mit dem ungeschickten igitur eine Betrachtung über die Schicksale einer von den Erben des Beschenkten angestregten Klage angeknüpft haben wird, ohne zunächst zu bemerken, daß der Titius vor der Seja gestorben ist¹⁾, von dem wir eben ja erst erfahren haben, daß und wie er überhaupt von der Seja beschenkt worden ist. Daß der Titius wenigstens eine Zeitlang sich der *nuda proprietas* und auch der weiteren an das Vorhersterben der Seja geknüpften Anwartschaft auf *Volleigentum* erfreut haben muß, dürfen wir aus dem späteren *pridem dominio translato* erschließen. Aber gerade diese etwas farblose Bezeichnung der Voraussetzungen der *donatio perfecta*, anstatt etwa eines *traditione aut mancipatione* oder auch in *jure cessione*, könnte vielleicht den Zweifel wecken, ob etwa erst nachträglich durch Ersitzung zivile Mängel der Zuwendung geheilt worden sind.²⁾ Hier ist die *ars nesciendi* auszuüben. Wenn auch das *traditionibus factis* ohne Bezeichnung des Objekts schwerlich so von Papinian geschrieben sein wird, so wäre darum trotzdem noch kein Gegenbeweis für eine bloße Tradition erbracht.³⁾ Dagegen folgt aus der zeitlichen Folge der Bestellungsakte, daß der *Ususfrukt* nicht etwa durch *deductio*⁴⁾ bestellt ist, sondern ebenso wie die Abrede über den Eigentumsrückfall entweder ganz formlos oder — wofür alles spricht — durch

¹⁾ Ebenso wie Papinian im Schlußsatz auch den späteren Tod der Seja ausdrücklich berichtet (*muliere denique postea diem functa*). Vgl. etwa noch D. 38, 16, 15.

²⁾ Vgl. etwa Vat. 259, 260, 261, 293 und D. 39, 6, 13 pr., 33. In Frage käme etwa formlose Tradition von *res Mancipi*. Wegen des Mangels der Mitwirkung des Tutor bei Übertragung von *res Mancipi*, vgl. das *usu non capta* in Vat. 259 und Mitteis, *Röm. Privatrecht* § 10 Note 12 am Ende.

³⁾ Vgl. z. B. den Fall in Vat. 265 (Übergabe der präsenten *res nec Mancipi*, während der Schenker den Gebrauch behält).

⁴⁾ Vat. 47, 50: bei *mancipatio* oder in *jure cessio*, deren Zulässigkeit Beseler, *Beiträge* I S. 96 zu Ziffer 1 im Beginn verkennt. Ganz unverständlich Senn, *La donation à cause de mort* S. 172, der gerade umgekehrt in *j. cessio deducto usufructu* aus der aus dem Text erhellenden Gleichzeitigkeit der Akte folgert, ebenso auch schon in den *Études Girard* p. 290, vgl. hier auch p. 288 die bezeichnende Note 3: „Seja opposera l'exception de dol et non l'exceptio pacti. Celle-ci eût pu être opposée par Titius pendente condicione à la revendication de Seja (!).“

Stipulation ausgemacht sein wird. Einen Parallelfall bietet das in Vaticana 73 behandelte und in ganz ähnlichen Wendungen auch hinsichtlich der Zeitfolge bezeichnete Geschäft:

Si quis tibi fundos et mancipia donaverit partisque alterius eorum usum fructum interveniente recipit stipulatione

Ein zivilrechtlich wirksamer Usufrukt wäre somit für die Seja nicht zurückgeblieben.¹⁾ Daß für obligatorische Abreden über den Rückfall der Schenkung die Stipulation die einzige nachträglich wirksame und geläufige Geschäftsform war, bedarf wohl kaum der Hervorhebung.²⁾ In dogmatischer Hinsicht sei in Ergänzung an anderer Stelle³⁾ von mir gemachter Ausführungen bemerkt, daß die bedingte Rückgabepflicht bei der unbedingt vollzogenen mortis causa donatio unter den strengen Begriff der Auflage fällt, die nach der klaren Geschäftsentention nicht ein von der Gabe des Zuwendenden unabhängiges Interesse erfüllen, sondern nur die dem Empfänger zugewandte Rechtsmacht für den Fall seines Vorhersterbens einschränken soll.⁴⁾

Da das klassische Recht eine dinglich wirkende Resolutivklausel hier nicht kennt, so stand für die wirksame

¹⁾ Aus der im nächsten Satz der Seja gegen die R. V. der Erben des Titius gewährte exceptio doli folgt aber nichts für die zivile Unwirksamkeit ihres Usufrukts, wie Beseler a. a. O. S. 96 Ziffer 1 meint. Denn in der l. 26 D. 31 wird an sich die Kompetenz der exceptio doli zur Geltendmachung eines zivilen Usufrukts gegenüber der R. V. von Marcell nicht beanstandet. Vgl. über die Stelle Segrè, Note esegetiche sopra i legati negli scritti in onore di V. Scialoja vol. II.

²⁾ Vgl. etwa l. 37 § 3 D. 32, l. 122 § 2 D. 45, 1. Der Manzipation vorangehende (bedingte) Stipulation in der Donatio Flavii Syntrophii Bruns fontes VII ed. 337.

³⁾ Schenkung wider Auflage S. 63 ff.

⁴⁾ Schenkung wider Auflage S. 58 ff. Die Erwägung hat gemäß § 2301 Abs. 2 BGB. auch heute Bedeutung für den Fall einer durch bedingungsfeindlichen Zuwendungsakt vollzogenen Schenkung auf den Todesfall, z. B. Auflassung eines Grundstücks mortis causa. Vgl. auch Strohal, Erbrecht, 3. Aufl. Bd. 2 S. 380 Note 75. Vom Standpunkt derer, die das Wesen der obligatorischen Schenkungsaufgabe durch den „Nebenzweck“ oder die mangelnde Äquivalenznatur bestimmen, dürfte es dagegen schwer sein, in dem § 2301 II BGB. mehr als einen gesetzgeberischen Machtspruch zu sehen, während er sich nach § 516 I von dem hier gegebenen Standpunkt auch dogmatisch rechtfertigen läßt.

Obligierung des Beschenkten durch solche Maßgabe hier wie sonst¹⁾, abgesehen von dem mit *mancipatio* oder in *jure cessio* verknüpften *Fiduziapaktum*, im klassischen Recht nur die *Stipulation* dem Schenker zur Verfügung.²⁾ Wären die Abreden über den bedingten Eigentumsrückfall nachträglich ohne *Stipulation* getroffen³⁾, so hätte der Klassiker schwerlich mit dem einfachen *convenit* ihren genauen Inhalt berichtet.

2. Außerordentlich umstritten ist der Prozeßtatbestand, der dem *responsum Papinians* zugrunde liegt. Auf Grund des Satzes mit *igitur* hat man bisher allgemein angenommen, daß jedenfalls die Erben des *Titius* mit der *rei vindicatio* auf Herausgabe gegen die in der Nießbrauchsausübung be-

¹⁾ Schenkung unter Auflage S. 39. Mitteis, Röm. Privatrecht S. 202; Schulz, Interpolationenkritische Studien in Festschrift für Zitelmann, Sonderabdruck S. 1 und 11.

²⁾ Weil die vollzogene *mortis causa donatio* stets dem Empfänger eine bedingte Rückgabepflicht (*ulla condicio redhibendi*: *Papinian* in l. 42 § 1 D. 39, 6) vorschreibt, so haben schon die *Sabinianer* nach der l. 35 § 3 h. t. dem Schenker bei Eintritt der Bedingung *condictio* gewährt, freilich nur mangels *Stipulation*, wie sich m. E. aus dem echten *si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit*, in *Vat. 286* (*Cod. Just. 8, 54, 3*) ergibt. — Daß die *veteris juris auctoritas* nur zur Bekräftigung einer unter der Bedingung: *ita donatio conficitur ut — restituatur* — doch gar nicht stets möglichen *actio fiduciae* angerufen worden sei, halte ich gegen Schulz a. a. O. S. 8 für kaum möglich. Gerade die im späteren klassischen Recht unbezweifelte *condictio* des Schenkers bei der *mortis causa donatio* im Fall des Vorhersterbens des Beschenkten ist ein weiterer Beleg für die nun auch von Mitteis S. 221 gebilligte Lehre, daß auch sonst die formlose Rückgabeauflage im klassischen Recht durch *condictio* geschützt war. Während Schulz Bedenken gegen diese Lehre äußert, aber S. 4 unten ohne das von mir früher noch nicht betonte Argument aus der *mortis causa donatio* zu berücksichtigen, behauptet jüngstens *De Francisci, Synallagma*, Pavia 1913, S. 257f. ohne Beweis, die *condictio* sei stets gegeben, und meint, meine Lehre „male si guistifici logicamente“. Dann wäre auch unser § 527 BGB. — „unlogisch“. Der Hinweis *Perozzis, Istituzioni II* p. 595 und *De Francisci* a. a. O. S. 257 auf c. 3 C. 4, 6 beweist nichts. Denn die Stelle ist sicher interpoliert: Schenkung unter Auflage S. 133f.

³⁾ Aus dem Nichtvorliegen einer *fiducia* schließt *Kretschmar*, Entwicklung der Kompensation S. 36 auf *condictio*. Aber bei nachträglicher Abrede könnte dies, selbst den Mangel einer *Stipulation* vorausgesetzt, nicht mit K. aus *Vat. 286* begründet werden.

findliche Seja geklagt hätten. Koschaker hingegen will schon diesen Satz als eine lehrhafte Paraphrase der nachklassischen Rechtsschule streichen, aber seine Gründe sind nicht recht überzeugend. Zunächst ist der Nachsatz *doli non inutiliter opponetur exceptio* (mit der Papinianischen Spezialität *non inutiliter*¹⁾) derart in dem schönen getragenen Stil Papinians gehalten, daß eine Nachahmung ausgeschlossen erscheinen muß. Ob freilich ursprünglich mit ihm der jetzige Vordersatz verknüpft war, steht dahin. Igitur an erster Stelle findet sich freilich auch bei Gajus²⁾, aber als logische Anknüpfung unmittelbar nach der Darstellung des rechtsgeschichtlichen Tatbestandes muß es doppelt befremden, auch das *Lucii Titii* ist auffällig, nachdem in der vorangegangenen Sachdarstellung der Beschenkte nur als *Titius* bezeichnet war, schließlich ist auch der *conjunctivus praesentis vindicent* ungewöhnlich, nachdem im Nachsatz *opponetur* folgt. Auch wenn im ursprünglichen Text das *non inutiliter opponetur exceptio* der Aufwerfung der Zweifelsfrage hinsichtlich der Kautionspflicht der Seja vorangegangen ist, so wäre das nicht befremdlich. Denn es ist kein Widerspruch, wenn zunächst die Rechtsposition der Seja auf Grund der mit dem Erblasser der Kläger abgeschlossenen Stipulation als geeignete Grundlage für eine *exceptio doli* anerkannt und nun erst eine Zweifelsfrage erörtert wird, die vielleicht erst in *judicio* auf Grund jener *exceptio doli* auftauchte und nicht sowohl die Berechtigung der *exceptio* als ihr Berechtigtbleiben auch für den Fall betrifft, daß nun die Kläger sich auf die in derselben Stipulation festgesetzte Anwartschaft der die Seja überlebenden *liberi Titii* auf die streitigen Sachen berufen und in dieser Hinsicht Sicherheit verlangen.³⁾ Jedenfalls aber kann die in ihrer Echtheit nicht zu beanstandende *exceptio doli* nur als Verteidigung gegen eine Klage der Erben des *Titius*, nicht etwa gegen eine *actio ex stipulatu* der Seja

¹⁾ „die Papinian mit besonderer Vorliebe wählt, ohne, wie es scheint, nennenswerte Nachahmung zu finden“: Leipold, Über die Sprache des Juristen Aemilius Papinianus, 1891, S. 59.

²⁾ Aber D. I, 6, 1, 1 im Beginn ist interpoliert: Gajus I, 52.

³⁾ Siehe auch Keller a. a. O. S. 407, 408 zu Anfang.

vom Klassiker gedacht gewesen sein. Denn bestände die exceptio doli zugunsten der also etwa verklagten Erben des Titius, so könnte sie sich nur auf deren noch ganz problematischen Anspruch auf cautio wegen des etwaigen Rückfalls der bona auf die liberi superstites gründen, eine Frage, die überhaupt erst im folgenden mit quaerebatur eingeführt und durch Aufwerfung der folgenden haesitatio weitergeführt und erledigt wird. Auch die Basiliken wissen nur von der R.V. der Erben des Titius und der exceptio doli der verklagten Seja.¹⁾ Aber auch die Interessenlage der Parteien spricht nicht dafür, daß etwa die nachklassischen Bearbeiter den ursprünglichen Prozeßstand vollständig auf den Kopf gestellt und aus der exceptio der von Seja verklagten Erben des Titius eine exceptio der von den Erben verklagten Seja gemacht hätten. Koschaker, der freilich mit Keller und der herrschenden Lehre davon überzeugt ist, daß die Seja mit actio fiduciae die Erben auf Rückübereignung der bona verklagt hätte, führt gegen die Echtheit der Eigentumsklage der Erben an, diese hätten allen Grund gehabt, sich stille zu verhalten, da sie ja Eigentümer waren und es blieben, solange die Seja sich nicht rührte, hingegen ihre Anwartschaft auf nießbrauchfreies Eigentum beim Tod der Seja gefährdeten, wenn sie durch ihre Klage die Seja zur Geltendmachung des pactum fiduciae auf Rückübereignung reizten. Aber ergibt sich nicht schon aus dem Umstand, daß sich die Seja in dem ursprünglichen Zuwendungsgeschäft für den Fall des Vorhersterbens des Titius den Rückfall der nuda proprietas wenigstens für den Rest ihrer Lebenszeit ausbedang, daß sie sich von seiten der Erben des Beschenkten nichts Gutes versah? Wären die persönlichen Beziehungen zwischen ihr und diesen Erben so freundliche gewesen, wie zwischen ihr und Titius selbst, so hätte sie an dem Rückfall der nuda proprietas schwerlich ein Interesse gehabt, zumal da sie ja zufrieden war, daß nach

¹⁾ Bas. Heimbach 47, 3, 42. Im Text heißt es: *ἐὰν μετὰ θανάτον σου ἀπαιτήσωσι με οἱ παῖδες σου τὰ πράγματα, ἐκβάλλονται δόλου παραγραφῇ*, und im Dorotheoscholion: *Ἐὶ τοίνυν τὰ καθ' ἑκαστον ἐκδικοῦσι παρ' αὐτῆς οἱ Τίτιον κληρονόμοι, ἐκβάλλει αὐτοὺς ἡ γυνὴ διὰ δόλου παραγραφῆς . . .*

ihrem Tod nicht ihre Erben, sondern die *liberi Titii* das Vermögen wieder erhalten sollten. Schon damit ist die Tatsache, daß diese Erben, auf formales Eigentum gestützt, gegen die *Seja* klagend vorgehen, psychologisch ungezwungen erklärt, wobei nun dahingestellt bleiben mag, welcherlei Pläne die Kläger gegen die Wohltäterin ihres Erblassers im Schilde führten, ob sie etwa nur die ihr von *Titius* belassene Freiheit hinsichtlich der Art der Nießbrauchsausübung durch Abforderung einer Kautio einengen¹⁾ oder ob sie sich Hoffnung machten, einen Teil der Sachen der *Seja* schon bei deren Lebzeiten zu entreißen, indem sie im Prozeß die zivilrechtliche Unwirksamkeit ihres Nießbrauchsrechts oder auch nur die ungünstigere Beweislage der Frau auszunutzen gedachten. Auf die in der Literatur meist gar nicht beachtete Möglichkeit²⁾, daß die *liberi* mit den *heredes Titii* nicht identisch zu sein brauchten³⁾, und die daraus sich ergebenden, für die Erklärung einer Eigentumsklage der Erben zu beachtenden Interessenlagen will ich hier gar nicht eingehen⁴⁾, nur bemerken, daß ein Klassiker wie *Papinian* schwerlich in der ursprünglichen Fassung des Fragments über diese Frage einen Zweifel gelassen haben wird.⁵⁾

¹⁾ Vgl. I. 7 D. 7, 9. ²⁾ Vgl. z. B. *Kretschmar a. a. O.* S. 32; *Koschaker a. a. O.* S. 327.

³⁾ Eine Erklärung für die durch den Basilikentext unterstützte angebliche stillschweigende Identifizierung der *heredes* mit den *liberi Titii* versucht wenigstens *Cujacius*, *Commentarii in libros responsorum Aem. Papiniani ad hanc legem opp. tom. IV p. 1262*. Aber seine Zitate beweisen nichts für unseren Fall. Denn in der I. 6 § 1 D. de bon. lib. 38, 2 sagt *Ulpian* doch wohl nur darum allgemein *heredibus* anstatt *filio mulieris*, wie *Papinian* in der denselben Fall berichtenden I. 42 § 3 eodem, weil die Billigkeitserwägung nicht gerade den *filius*, wie *Cujaz* meint, sondern den Erben betrifft. In der außerdem noch von *Cujaz* zitierten I. 18 § 8 D. ad sc. Treb. 36, 1 handelt es sich bei der Identifizierung nur um eine Auslegung eines *Fideikommisses*, ähnlich heute den Auslegungsvorschriften der §§ 2066f. BGB.

⁴⁾ Es ist klar, daß hier die *liberi*, die nicht *heredes* waren, durch bloßes Zuwarten allerseits bis zum Tod der Nießbraucherin nichts gewannen, denn das Erlöschen des Nießbrauchs kam hier dinglich nur den *heredes* oder den bisherigen Inhabern der *nuda proprietas* zugute.

⁵⁾ Wenn die Restitution der vorletzten Zeile von *Vat. 286* durch *Schulz a. a. O.* S. 6, 7 zutrifft, so hätten wir in der den Kompilatoren

Liegt nun aber dem Responsum neben dieser nunmehr in ihrer Klassizität als gesichert zu betrachtenden Eigentumsklage der Erben noch ein zweiter Prozeß zugrunde, in dem die Seja als Klägerin mit *actio fidei* die Erben auf Rückübertragung ihres Eigentums verklagte? Diese von Keller begründete und seitdem herrschend gebliebene Ansicht stützt sich bekanntlich darauf, daß die Kompilatoren *bonae fidei iudicio* anstatt des ursprünglichen *fidei iudicio*, das bekanntlich *bonae fidei* war, interpoliert hätten, und fällt somit schon mit dem oben versuchten Nachweis dahin, daß eine *fidei* zwischen Seja und Titius gar nicht abgeschlossen war. Der gelegentlich¹⁾ vertretene Gedanke, unter dem dunklen Ausdruck *bonae fidei iudicio* sei eine sogenannte *actio praescriptis verbis* versteckt, muß schon darum entfallen, weil jedenfalls das klassische Recht eine Erfüllungsklage aus formlos übernommenen Schenkungsaufträgen überhaupt nicht gekannt hat²⁾, auch dann nicht, wenn die Auflage zur Sicherstellung der *mortis causa* übernommen ward. Gerade der Umstand, daß im letzteren Fall die Klassiker den formlosen *modus* im Fall des Vorhersterbens des Empfängers durch *condictio*³⁾ mittelbar schützten, zeigt, daß für einen unmittelbaren Erfüllungsschutz noch kein Raum war. Für eine von der Seja angestrebte *condictio* oder — *actio ex stipulatu* das gewiß gar nicht passende *bonae fidei iudicio* einzusetzen, lag aber gewiß für die Kompilatoren gar kein Anlaß vor.

Damit entfällt aber überhaupt jeder Anhalt dafür, daß mit diesem mystischen Ausdruck ein besonderer Prozeß ge-

verdankten Unklarheit über die Legitimation der anfragenden Marcella in Cod. Just. 8, 54, 3 eine Parallele zu unserem Fall.

¹⁾ Heck in Sav.-Zeitschr. Bd. 10 S. 136.

²⁾ Schenkung unter Auflage S. 39; Mitteis, Röm. Privatrecht S. 202 Note 32. Gegen die Erfüllungsklage unter Diocletian Schulz in der Festschrift Zitelmann, Sonderabdruck S. 1f.; De Francisci, Synallagma (1913) S. 254f. Wie hier Rabel, Grundzüge des röm. Privatrechts (1914) S. 505.

³⁾ Unter Führung der Sabinianer: Paulus in l. 35 § 3 D. 39, 6; l. 19 § 1 D. 12, 1; l. 4 D. 24, 1; l. 13 pr., 19, 23, 31 § 3 D. h. t. (Julian); l. 52 § 1 D. 24, 1 (Papinian?); l. 24 D. 39, 6 (African); l. 26 D. h. t. (Marcian); l. 37 § 1 D. h. t. (Julian, Ulpian, insoweit echt); l. 12 D. 12, 4; l. 39 h. t. (Paulus).

meint war, in dem die eben als Verklagte siegreiche Seja jetzt gegen die Erben als Klägerin vorging. Was sollte sie auch, die eben noch auf die Klage der Erben ihre Rechtsposition als Nießbraucherin voll behauptet hatte, für einen praktischen Anlaß haben, unter der Herrschaft der pecuniaria condemnatio mit actio ex stipulatu auf Zurückgabe der nuda proprietas zu dringen?

Die Lösung des Rätsels gibt uns eine Bemerkung in einem Scholion des Dorotheus zu unserer Stelle in den Basiliken (47, 3, 42)¹⁾, das schon in der älteren Literatur²⁾ vor Keller zur Erklärung des Ausdrucks bonae fidei iudicio constituto herangezogen worden ist:

*ὥς βόνα φίδε ὄντος τοῦ δικαστηρίου, ἐπειδὴ πανταχοῦ ἀντι-
θεμένη ἡ τοῦ δόλου παραγραφή βόνα φίδε ποιεῖ τὸ δικα-
στήριον.*

Durch Entgegensetzung der exceptio doli soll jede actio bonae fidei-Natur erhalten. Daß das auf diese neugewonnene Beschaffenheit hinweisende „constituto“ sprachlich nicht ganz unverdächtig ist, ergibt auch das Vocabularium jurispr. Romanae.³⁾ Daß der Grundsatz mit dem klassischen Aktionensystem einfach unvereinbar ist, hat schon nach dem Vorgang von Anton Faber⁴⁾ Keller⁵⁾ überzeugend dargetan, und Kretschmars⁶⁾ jüngster Versuch, doch wieder mit Hilfe des Scholions Papinian zu erklären, wird schwerlich Beifall finden. Wohl aber kann uns das Dorotheusscholion, wenn hier mit Keller und der herrschenden Lehre Interpolation anzunehmen ist, darüber belehren, aus welchen Motiven die Byzantiner die rätselhaften Worte bonae fidei

¹⁾ Heimbach IV S. 611. ²⁾ Siehe Keller a. a. O. S. 400 Note 1.

³⁾ haud raro suspectum de interpolatione. Doch ist der Ausdruck gerade Papinian nicht fremd, vgl. z. B. den § 1 Beginn und Leipold, Über die Sprache des Juristen Aemilius Papinianus S. 45.

⁴⁾ Conjecturae XIV 18. Gegen Dorotheos übrigens schon ein Scholion des Anonymos Bas. Heimb. IV S. 612.

⁵⁾ Treffend S. 401: „Bei dem stricti juris iudicium erhält die bona fides vermittelt der exceptio doli eine bloß negative Kraft, eine Art Veto, die Klage kann durch sie fallen, aber nicht stehen.“

⁶⁾ A. a. O. S. 30f. Gegen Kretschmar Koschaker in der Rezension von Kretschmars Schrift, Sav.-Zeitschr., Roman. Abt. Bd. 30 S. 461 zu Note 3.

judicio constituto interpoliert haben. Es handelt sich hier in Verbindung mit der von ihnen erst in der berüchtigten l. 2 § 5 D. 44, 4¹⁾ bewirkten Verallgemeinerung der Zuständigkeit der *exceptio doli*²⁾ um einen weiteren Schritt zur Nivellierung des klassischen Aktionensystems. In diesem Zusammenhang verdient auch ein Reskript Caracallas³⁾ Beachtung, das schon die ältere Literatur zur Erklärung der mystischen Kraft der *exceptio doli* herangezogen hat:

Imp. Antoninus A. Vitali.

Adversus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelae judicio si expertus non es, proposita actione consiste. nec timueris exceptionem pacti, si in eo fraudem dolumque admissum probare potes: nam replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit et commentum fraudis repellit.

Ich übergehe die älteren Erklärungsversuche⁴⁾, die sich selbst Schwierigkeiten dadurch bereiten, daß sie die vom Kaiser gemachte Unterscheidung zwischen *tutelae judicio* und *proposita actione*⁵⁾ nicht bemerken und nun wahre Seiltänzerstückchen aufführen, um begreiflich zu machen,

¹⁾ Während Pernice, *Labeo II* I S. 249 nur den nisi-Satz streichen wollte, hat zuerst Beseler, *Beiträge* I S. 108 die Interpolation behauptet, worin ihm Krüger in seiner *Digestenausgabe* gefolgt ist. Charakteristisch für die Sache ist, daß diese *exceptio doli* zunächst nur aus omnibus in factum exceptionibus „entspringen“, gleich danach aber jeder *dolos* handeln soll, wer „das begehrt, was quaqua exceptione elidi potest“. Aber elidiert durch die *exceptio* wird doch nicht der Gegenstand der Klage, sondern die Klage selbst, wie überhaupt stets bei den Klassikern eine Rechtswirkung (*exceptionem*, *intentionem*, *pactum*: *Voc. jur. Rom. s. h. v.*). Mit dem quaqua exceptione des § 5 wollen auch die Einzelbedenken über die Kompetenz der *doli exceptio* und die besondere Begründung im vorangehenden § 4 *dolo enim facere eum qui contra pactum petat negari non potest* sowie die Erörterung Ulpian's in l. 10 § 2 D. 2, 14 über die *exceptio doli* als *subsidium* gerade der *exceptio pacti* nicht recht zusammenstimmen.

²⁾ Auf sie verweist auch schon das oben zitierte Scholion des Anonymos.

³⁾ c. 3 C. 8, 35.

⁴⁾ Literatur bei Keller S. 403; Kretschmar a. a. O. S. 37 Note 72.

⁵⁾ Hätte der Anfragende die *tutelae actio* proponiert, so hätte der Kaiser mit ea actione, nicht mit *proposita actione* fortgefahren.

daß die replicatio doli die bonae fidei-Natur der actio tutelae, die durch die exceptio pacti „erloschen“ gewesen sei, wieder zu neuem Leben erwecke.¹⁾ Aber gerade die exceptio spricht doch gegen die Annahme, daß es sich um actio tutelae handele.²⁾ Darum will jetzt Kretschmar unter der proposita actio die actio de rationibus distrahendis verstanden wissen. Aber ganz abgesehen von der bei der Dürftigkeit der Quellen³⁾ nicht zu entscheidenden Frage, ob nicht auch hier wie bei der actio furti der Vergleich ipso jure gewirkt hätte, bliebe unerklärt, weshalb der Kaiser die Eigenschaft des zu Verklagenden als tutor legitimus besonders hervorhebt, da nicht nur gegen ihn die actio rationibus distrahendis sich richtet.⁴⁾ Danach ist anzunehmen, daß der Anfragende aus der regelmäßig nur dem tutor legitimus obliegenden⁵⁾ satisfactio rem pupilli salvam fore, also mit actio ex stipulatu zu klagen beabsichtigte. Da die Stipulation nur umfaßt, quod in tutelae iudicium venit⁶⁾, so rät der Kaiser zu der vorgeschlagenen actio nur, si tutelae iudicio expertus non es. Hiergegen stehe ein vom Vormund arglistig erwirkter Vergleich der Klage nicht entgegen, da die replicatio doli die exceptio pacti des Vormunds aus dem Feld schlage: commentum fraudis repellit. Es ist nicht nur ganz unerfindlich, wie eine replicatio doli, die wie jede Replik nur idcirco obiicitur, ut exceptionem oppugnet⁷⁾, die stricti iuris actio des Klägers zu einer actio bonae fidei machen könnte, aber weiter auch, welches Interesse der Anfragende an dieser wunderbaren Wirkung seiner Ver-

¹⁾ So noch ganz nach dem Vorbild Anton Fabers, Conject. XIV 19 Appleton Histoire de la compensation S. 332, der freilich in der Note selbst Bedenken äußert nicht nur gegen seine Auslegung, sondern nun auch gegen die Echtheit des ganzen nam-Satzes.

²⁾ Freilich die Byzantiner stört die bonae fidei-Natur der actio nicht. Vgl. z. B. die interpolierte l. 4 § 5 D. 44, 4 zum Schluß und meine Haftung des Verkäufers S. 81 unten. Siehe auch Seckel in Heumanns Handlexikon, Artikel exceptio B, a, aa gegen Ende.

³⁾ Lenel, Edict § 125. ⁴⁾ l. 1 § 19 D. 27, 3.

⁵⁾ Gajus 1200, Just. Inst. I 24 pr., l. 5 § 1 D. 26, 4; l. 17 pr. D. 26, 2; c. 3—5, C. 5, 42; Girard, Manuel 5. ed. p. 221; Lenel, Edict § 121.

⁶⁾ l. 9, 11 D. 46, 6; Lenel, Edict § 288.

⁷⁾ l. 2 § 1 D. 44, 1.

theidigung gegen die Vergleichseinrede haben könnte, daß der Kaiser Anlaß hätte, ihn darüber an erster Stelle zu belehren. Gerade aus dieser sachlichen Erwägung heraus ergeben sich die auch sprachlich nicht einwandfreien Worte¹⁾ *bonae fidei iudicium facit* als kompulatorisches Einschlebsel, das denselben Motiven wie das *bonae fidei iudicio constituto* unserer I. 42 entspringt. Wie hier die *rei vindicatio* der Erben des Titius durch die *exceptio doli* der Seja, so soll dort die *actio ex stipulatu* des Mündels durch seine eigene *replicatio doli bonae fidei*-Natur erhalten. Das kann nicht als Bestandteil des klassischen Aktionensystems verstanden, sondern muß als Nivellierung dieses Systems durch die Byzantiner entlarvt werden. Das Ganze erinnert auch an Justinian als Reformator der Dotalklage:

Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam et non ex bona fide descendere, tamen quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accomodetur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei beneficium.²⁾

Wir können somit abschließend sagen: In der I. 42 citata wird durch die Worte *bonae fidei iudicio constituto* nicht eine zweite Klage eingeführt, sondern sowohl im Sinne Papinians wie der Kompilatoren bezieht sich die Stelle nur auf eine Klage, nämlich die *rei vindicatio* der Erben gegen die Seja, womit denn auch die Auffassung der Basiliken übereinstimmt.

3. Ist somit der prozessuale Tatbestand der Stelle klar gestellt, so ist damit auch für das Verständnis der materiellrechtlichen Fragen dieses Prozesses freie Bahn geschafft. Was zunächst die *exceptio doli* der Seja betrifft, so stützt sich diese natürlich auf die zwischen ihr und dem Erblasser der Kläger abgeschlossene Stipulation, aber nicht sowohl darauf, daß die Erben danach verpflichtet seien, ihr Zeit ihres Lebens die Nutznießung an den streitigen Sachen zu belassen, als vielmehr auf die Verpflichtung der Erben, ihr das Eigentum zurückzuübertragen, das die einzige

¹⁾ Krüger will statt *iudicium* *locum* schreiben.

²⁾ c. 1 § 2 C. 5, 13; Rotondi, *Bulletino* 24 S. 7.

Grundlage ihrer Klage darstellt: *Dolo facit qui petit quod redditurus est.*¹⁾ Die Seja hat ein Interesse daran, vor den Erben endgültig Ruhe zu erhalten, darum stützt sie sich nicht auf ihr obligatorisches Recht zur Nutznießung, sondern darauf, daß die Erben ihr gegenüber überhaupt kein Recht haben, das Eigentum geltend zu machen, denn dieses Eigentum kann die Seja von ihnen zurückverlangen. So erklärt auch das Dorotheossholion²⁾ die *exceptio doli*: *ἐκβάλλαι αὐτοὺς ἢ γυνή διὰ δίλιν παραγραφῆς ὡς συμφωνήσασα ἐκ προτελειτῆς αὐτοῦ ὑποστρέφειν εἰς αὐτὴν τὰ πράγματα.* Darauf replizieren die Kläger, daß nach derselben Stipulation das Eigentum nach dem Tod der Seja an die überlebenden Kinder des Titius herauszugeben sei, daß somit die Seja Rückgabe des Eigentums nur mit der Maßgabe fordern könne, daß sie Sicherheit für diesen künftigen Rückfall gewähre. In diesem Zusammenhang ist die *haesitatio* zu verstehen, ob man der Seja das Versprechen einer Zuwendung zugunsten der *liberi* durch Inaussichtstellen des Hinfälligwerdens ihrer *exceptio* abnötigen dürfe, da doch diese Zuwendung noch nicht einmal ins Anfangstadium rechtlicher Wirksamkeit getreten sei. Das *nondum initium acceperat* bezieht sich auf eine unter der Herrschaft der *lex Cincia* geläufige Erwägung, ebenso wie das *nec coepta donatio* Diocletians in *Vaticana* 293 oder die *liberalitas minime coepta* desselben Kaisers in *Vaticana* 297 oder das *destinationem magis paternae voluntatis factam quam perpetuam donationem pervenisse* desselben in *Consultatio* 6, 10. Es sind Tatbestände, die noch nicht einmal ins Stadium obligatorischer Wirksamkeit getreten sind, so daß sie auch zwischen *personae exceptae* keinerlei Bedeutung haben³⁾ und unter *personae non exceptae* auch durch den Tod des Schenkers nicht etwa nach

¹⁾ l. 8 § 1 D. 44, 4. ²⁾ Bas. Heimb. IV 611.

³⁾ Vgl. Vat. 263 (Papinian); 264a, 267, 266a, 268, 285, 287, 288a. In Vat. 266a hat die *destinatio potius liberalitatis quam effectus rei actae* nur den Mangel dinglicher Wirksamkeit im Auge, da es nur darauf ankam, ob der Beschenkte wirksam verpfänden konnte. Auch der Gegensatz zwischen dem *totum irritum* und der durch das *morte Cincia* *removetur* heilbaren Unwirksamkeit weist Papinian auch in Vat. 294 hin.

dem Satz *morte Cincia removetur* zur vollen Wirksamkeit gelangen können.

Freilich ist es eine alte Streitfrage, ob die *lex Cincia* sich auf *mortis causa donationes* bezogen habe.¹⁾ Wenn hier bisher noch keinerlei Einigkeit erzielt ist, so beruht dies wohl darauf, daß man häufig²⁾ innerhalb des Gebiets der *m. c. donatio* die einzelnen Zuwendungsarten nicht unterschieden hat. Zunächst muß man sich für das Verständnis des klassischen Rechts freimachen von der Justinianischen Gleichsetzung der *m. c. donatio* mit den Vermächtnissen.³⁾ Die *mortis causa donatio* der Klassiker ist ein Geschäft unter Lebenden: *Praesens praesenti dat*, wie sich Marcell ausdrückt.⁴⁾ Jede Zuwendung fällt im entwickelten klassischen Recht darunter, deren Bestand irgendwie von dem Vorhersterben des Gebers abhängig ist, z. B. die *stipulatio quae ita fit ut morte promissoris confirmetur*, wie Labeo sich nach dem Bericht des Festus⁵⁾ ausdrückt, und wie manche nach Festus definieren, *cujus mors fuit causa*, die sich also von der unter der irrelevanten Ahnung des nahenden Todes erfolgten *absoluta donatio morientis* nach Papinian⁶⁾ nur durch den Mangel von *ulla condicio redhibendi*

¹⁾ Neuerdings tritt Cugia, *L'espressione mortis causa* p. 47 dafür ein, daß la legge Cincia consideri esclusivamente la donazione tra vivi. Aber gerade dieser Gegensatz ist byzantinisch und das allein von C. zitierte Vat. 259 beweist keineswegs seine These, da er die schon von Hasse (Rhein. Museum Bd. 1 S. 212 Note 47) begründete Auslegung, wonach sich das *non mortis causa* auf die Erwerbsfähigkeit des beschenkten Latinus bezog, p. 24f., nicht widerlegt hat. Auch Hasse, Rhein. Museum Bd. 2 S. 313 ist gegen die Anwendung, aber er erkennt völlig die große praktische Bedeutung unseres „Grenzfalls“, sowie daß das *morte Cincia removetur* erst einer späteren Entwicklung angehört.

²⁾ Doch findet sich die Unterscheidung schon berührt bei Hasse, *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* Bb. 2 (1828) S. 313, ebenso bei Keller, *Institutionen* § 339 S. 345.

³⁾ Inst. II 7, 1, c. 4 C. 4, 56. Soweit die l. 37 pr. D. h. t. überhaupt Ulpian angehört, bezog sie sich natürlich nur auf die *lex Julia et Papia*. Cugia, *Indagini sulla Dottrina della causa del negozio giuridico*, *L'espressione mortis causa*, Napoli 1910, p. 43f.

⁴⁾ l. 38 h. t.

⁵⁾ *Bruns fontes* VII ed. II p. 14.

⁶⁾ l. 42 § 1 h. t. Es ist derselbe sachliche Gegensatz wie zwischen irrelevantem Motiv und konditionserzeugendem *modus simplex*, den

unterscheidet. Ob diese Abhängigkeit durch Fiduziarabrede oder Stipulation oder durch Suspensivbedingung¹⁾ oder durch *condictio ob rem* auslösende formlose Auflage gesichert war, ist für den Begriff gleichgültig. Wie aber bei der Zuwendung eines Sklaven unter Freilassungsaufgabe die Klassiker unterschieden haben, ob der Empfänger nur in *hoc solum acceperat ut manumitteret*²⁾, ob er nur Werkzeug des Empfängers ist³⁾, oder ob durch Gewährung einer Freilassungsfrist nach der Parteiintention in dem Geschäft *aliqua donatio inest*⁴⁾, so ist auch für die Unterstellung der Zuwendung *mortis causa* unter Schenkungsrecht zu fragen, ob die Gabe schon vor dem Tod vollzogen wurde, auf daß der Empfänger, um mit Marcell zu reden, schon bei Lebzeiten des Gebers *aliquid ex ea re interim commodi sentiret* oder ob er, wie im Fall der Überlassung bei drohender Gefahr, nur als Verwahrer des Fiduzianten erscheint oder überhaupt erst die Gabe mit dem Tod des Schenkers erhält. Auf die Interpolationen, die in den Digesten die klassische Anwendung des Verbots der Schenkung unter Ehegatten auf die mit *donatio* verknüpfte Freilassungsfiduzia verschleiern⁵⁾, ist hier nicht einzugehen.

Julian in der l. 7 § 2 D. 39, 5 entwickelt. Schenkung unter Auflage S. 30; Mitteis S. 200 Note 22.

¹⁾ M. E. ein späteres juristisches Kunstprodukt, nicht der Urfall, wie Biondi a. a. O. S. 19 annimmt.

²⁾ l. 30 D. 17, 1 über die Interpolation, Freilassungspflicht und Reurecht S. 48f.

³⁾ *si solo ejus ministerio usa est* Marcell in der nur überarbeiteten l. 49 D. 24, 1.

⁴⁾ Aristo in l. 18 § 1 D. 39, 5; Schenkung unter Auflage S. 48f.; Mitteis S. 201.

⁵⁾ Verfälscht ist z. B. nach der Manier der Interpolation der l. 5 § 9 und 10 D. 24, 1 die l. 7 § 9 eodem, ebenso die l. 7 § 8, aus der sich aber ergibt, daß nach Papinian im Fall der Freilassungsfrist Schenkungsrecht gilt. Das *quae uxori manumissionis causa donavero* wird wohl von Julian-African in der l. 109 pr. D. 30 darum für rechtswirksam verschenkt angesehen sein, weil hier sofort freizulassen war, also materiell nur die Patronatstellung zugewandt werden sollte l. 5 § 5 in fine D. 19, 5. Die *mortis causa donatio*, deren Wirkung erst mit dem Tod des Schenkers eintreten sollte, war auch zwischen Ehegatten schlechthin gültig: der klassische Gehalt der l. 10 D. 24, 1, ebenso die angesichts des Todes

Hingegen ergibt sich die Anwendung der *lex Cincia* auf diejenigen Zuwendungen *mortis causa*, die schon bei Lebzeiten des Gebers im Interesse des Empfängers *dando liberrando promittendo* unbedingt erfolgten, schon aus der einfachen Erwägung, daß sonst der Umgehung des Gesetzes¹⁾ Tür und Tor geöffnet gewesen wäre. So erklärt denn auch Ulpian in einer sich auf die *lex Cincia* beziehenden Erörterung²⁾:

Donationis verbum simpliciter loquendo omnem donationem comprehendisse videtur sive mortis causa sive non mortis causa fuerit.

Einen Beleg für unsere Annahme bietet m. E. die l. 4 § 1 D. 44, 4:

Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum.

Julianus scripsit, si quis cum aeger esset, centum aureos uxoris suae consobрино spopondisset, [volens scilicet eam pecuniam ad mulierem pervenire], deinde convaluerit, an exceptione uti possit, si conveniatur. et refert Labeoni placuisse doli mali uti eum posse.

Der mit dem verdächtigen *scilicet* angefügte *volens*-Satz, dessen Inhalt zunächst für die Entscheidung bedeutungslos erscheint, ist m. E. kompilatorisches Einschiebsel, dazu bestimmt, die ursprüngliche Beziehung der Angabe des Schwägerschaftsgrades auf die *lex Cincia* durch eine solche auf das Verbot der Schenkung unter Ehegatten zu verdecken. Hingegen scheint mir die genaue Angabe des Grades der Verschwägerung zwischen dem *mortis causa* promittens und dem Promissar darauf hinzuweisen, daß dieser noch zu den *affines excepti*³⁾ gehört; denn die in *Vaticana* 302 angeführten Nächstverschwägerten sind, was oft⁴⁾ über-

erfolgende, bei der die Absicht, schon bei Lebzeiten des Gebers dem Empfänger den Vorteil zuzuwenden, natürlich fehlt: l. 43 D. 39, 6. Über diese letztgenannte Eventualität vgl. später S. 239 Note 4.

¹⁾ Vgl. z. B. hinsichtlich des Verbots der Eheschenkungen Fulcinus und Neraz in l. 43 D. 39, 6.

²⁾ l. 67 § 1 D. 50, 16; Ulpian 1685 Lenel.

³⁾ Wie der entsprechende Grad der Verwandtschaft: Vat. 298, 299.

⁴⁾ Z. B. Ascoli, *Bulletino* 6 S. 222; Perozzi, *Istituzioni* II § 237 Note 4.

sehen wird, aber sich aus dem ut und einer Erwägung des praktischen Lebens ergibt, nur beispielsweise angeführt. Sonst wäre ja nicht einmal der Schwager exceptus. Danach hätte der mortis causa promittens gegenüber dem Vetter seiner Frau nach Überstehen der Krankheit zwar weder die exceptio legis Cinciae, noch exceptio in factum¹⁾, wohl aber die exceptio doli, da er ja die Stipulationsschuld kondizieren könnte.²⁾

Aus denselben Erwägungen wird aber auch Papinian das Geschäft, in dem die Seja ohne Not bei Lebzeiten ihr Vermögen auf ihren Verwandten Titius überträgt und nur den Nießbrauch sich vorbehält, der lex Cincia unterstellt haben. Darauf deutet auch die Betonung der Kognateneigenschaft des Beschenkten und das donatio dominio translato perfecta est. Darum sein Zweifel, ob die Seja Kautio leisten muß, da ja aus der Stipulation zwischen Titius und Seja den liberi Titii, mögen sie auch zu den personae exceptae gehören, keinerlei Anspruch gegen die Seja erwachsen ist.

Aber soll wirklich die Abrede zugunsten der liberi keinerlei Rechtsschutz genießen und sollen die Erben gezwungen sein, schlechthin das Vermögen der Schenkerin wieder auszuantworten? Die allein befriedigende Lösung gibt uns der numquid-Satz, der in Form der Frage die haesitatio durch meisterhafte Klärung des Stipulationsinhalts überwindet: Es handelt sich gar nicht darum, durch die cautio einer zweiten donatio nondum coepta zugunsten der liberi rechtliche Wirksamkeit erst gegenüber der Schenkerin zu verschaffen, sondern nur, die erste längst zugunsten des Titius perfekt gewordene Schenkung insoweit aufrechtzuerhalten, als dies der ursprünglichen Vertragsabrede entspricht. In der bedingten Schlußabrede über den Eigentumsrückfall an die liberi superstites wird überhaupt nicht eine zweite selbständige Zuwendung der Seja an die liberi in Aussicht genommen, sondern der Verpflichtung des beschenkten Vaters zur Rücküber-eignung des Vermögens im Fall des Überlebens

¹⁾ Vat. 310.²⁾ Julian in l. 18 § 1 D. 39, 6.

der Seja eine Schranke gesetzt. Es handelt sich überhaupt nicht um *secunda donatio*, sondern um den Umfang der in der ursprünglichen *lex donationis* dem beschenkten Erblasser der Kläger auferlegten Rückgabepflicht. Seja kann nach der Stipulation, mag diese wechselseitig oder einseitig geschlossen sein, nicht schlechthin Rückübertragung ihres Vermögens fordern, sondern nur mit der Maßgabe, daß nach ihrem Tod der verabredete Rückfall an die *liberi superstites* eintritt. Es bedurfte für Papinian bei dieser feinen Klarstellung des Verhältnisses zwischen Eigentumsrückfall an die überlebende Seja und Anwartschaft der *liberi superstites* gar keiner allgemeinen Berufung auf Treu und Glauben, um den *liberi* zu ihrem Recht zu verhelfen, der byzantinische Ursprung der Worte *bonae fidei iudicio constituto* gewährt keinen Anhalt, spricht freilich auch nicht dagegen, daß die Schenkerin¹⁾ Abwesenheit von *dolus malus* versprochen und daß der Klassiker auch diesen Gesichtspunkt in den von den Kompilatoren weggestrichenen Teilen des ursprünglichen Fragments herangezogen hat. Aber jedenfalls fehlt jede sachliche Beziehung zwischen der Kautionspflicht der Seja und dem ursprünglichen Gehalt des aus dem Zusammenhang gerissenen *fr. 41 D. 5, 1*²⁾, das die Ausleger nach dem Vorgang der Basiliken stets heranziehen. Hätte der Klassiker schon eine dinglich wirkende Resolutivbedingung gekannt, so könnte man in seinem Sinn sagen: die Seja kann nicht unbedingte, sondern nur durch Überleben der *liberi* resolutiv bedingte Rücküberreignung verlangen, sie verlangt zuviel, wenn sie nicht in der *cautio* dieser Resolutivklausel Rechnung trägt. Diese gedankentiefe Überwindung der *haesitatio* durch schärfste Analyse des Parteiwillens ist nach Form und Inhalt wahrhaft papinianisch und gewiß kein Erzeugnis nachklassischer Paraphrase.³⁾ Die Echtheit der Lösung im *numquid*-Satz ver-

¹⁾ Vgl. die *donatio Statiae Irenae* Bruns, fontes VII ed. p. 336.

²⁾ Papinian 187 Lenel.

³⁾ Wie wenig Verständnis selbst Keller der feinen Unterscheidung des Meisters zwischen selbständiger (eine zweite Schenkung darstellender) Zuwendung und bloßer (zu einem *retinere* der einen Gabe führenden) Einschränkung der gesetzten Rückgabeauflage entgegenbrachte, ergibt

bürgt auch die der *haesitatio*, die übrigens auch sprachlich keine Anstände bietet, nur daß vielleicht in *persona*, nicht *personam* zu lesen sein wird. Weder die Gerundivkonstruktion, noch das *extorquere* erscheint dem getragenen Stil des Meisters zuwider, letzteres übrigens auch nicht dem von Albertario¹⁾ bezeichneten sonstigen klassischen Sprachgebrauch. Denn es handelt sich ja gerade darum, ob der *Seja* dadurch, daß man ihr bei Nichtleistung der *cautio* das Unterliegen im Prozeß in Aussicht stellt, die *cautio* abgenötigt werden darf, also um ein Abringen durch die Autorität der Gerichtsobrigkeit, also nicht um eine „*espressione enfatica*“, nicht um „*togliere qualche cosa senza che vi sia allusione ad una qualsiasi vis fisica o morale*“.²⁾

Von dem so gefundenen Standpunkt Papinians ergibt sich ungezwungen die Entscheidung im Schlußsatz: Hat die *Seja*, wie sie bei Meidung des Unterliegens im Eigentumsstreit gehalten ist, den *liberi cautio* geleistet, so müssen diese nach dem Tod der *Seja* sich den Abzug der Falzidischen Quart von dem Vermögen gefallen lassen, das sie aus der *cautio* von den Erben der *Seja* verlangen können. Das entspricht einer Verordnung von Septimius Severus³⁾, von der Papinian auch sonst⁴⁾ handelt, deren Urheber er vielleicht ist. Die Echtheit dieser Schlußentscheidung, der Koschaker die Beziehung zur aufgeworfenen Frage zum Nachweis ihres angeblich nachklassischen Ursprungs zu Unrecht abspricht, wird aber schon dadurch gesichert, daß Lenel unser Fragment ad legem Falcidiam einrückt. Auch der Stil dieses Schlußsatzes ist echt papinianisch, insbeson-

sich recht empfindlich aus der Art, wie er die Frage der Kautionspflicht S. 417 einleitet: „Der Gedanke hat insofern etwas Plausibles, als der Rückfall durch denselben Vertrag zugesichert ist, wie das, was die *Seja* jetzt als Klägerin fordert und als man daher gleichsam von fern die gewohnte Regel klingen hört, daß man, um die Leistung mit Erfolg zu verlangen, seinerseits auch zur Gegenleistung bereit sein müsse.“

¹⁾ Sav.-Zeitschr. Bd. 32 S. 308f.

²⁾ Albertario a. a. O. S. 311, der übrigens die Echtheit S. 323 Mitte offen läßt.

³⁾ c. 2 C. 8, 56; c. 5 C. 6, 50.

⁴⁾ Im § 1 leg. cit.; l. 15 § 2 D. 35, 2; l. 77 § 1 und 2 D. 31.

dere gilt dies von der Konstruktion des Ablativus absolutus im diem fungi¹⁾ und von contributioni propter Falcidiam²⁾, nur die Worte ex consensu mulieris sind von den Kompilatoren eingeschoben³⁾, um den Zusammenhang mit den unmittelbar vorangehenden Sätzen notdürftig und ungeschickt genug herzustellen, deren kompilatorischen Ursprung nachzuweisen jetzt nicht schwerfallen kann. Ex consensu des Kavierenden cautionem accipere ist selbstverständlich für Papinian zu schreiben unmöglich, denn ohne diesen consensus ist die cautio undenkbar. Hätte der Prozeß durch einen von Papinian in der Appellationsinstanz gestifteten Vergleich⁴⁾ geendet, in dem die Seja sich zur cautio herbeigelassen hätte, so wäre dies anders und gewiß nicht so nebenher zum Schluß nach siegreicher Klärung aller Zweifelsfragen gesagt worden. Der consensus mulieris ist kein deus ex machina, der — man weiß nicht wie — das Problem des Abzugs der Falcidia plötzlich hervorzaubert, sondern dieses Problem erwächst mit logischer Notwendigkeit aus dem eben aufgedeckten Papinianischen Gedankengang, nach dem den liberi nach der lex in exordio data ihre Anwartschaft auf die bona gesichert werden muß; und durch die Worte ex persona sua will der Klassiker mit der ihm eigenen Prägnanz klarstellen, daß die den liberi aus der cautio zustehenden Vermögenswerte als eine den liberi aus dem Nachlaß der Seja, nicht etwa als eine von Seja dem Titius mortis causa ehedem geschenkte, ihnen von Titius überkommene Vermögensmasse dem Falcidischen Abzug unterliegen. Dieser natürliche Zusammenhang zwischen der Pflicht der Seja zur cautio zugunsten der liberi und dem Problem des Abzugs der Quart verschafft überhaupt erst unserem Fragment seine systematische Stelle im 13. Buch der Responsen⁵⁾ und gewährt ein neues Argument dafür, daß Papinian im numquid-Satz seine haesitatio überwunden hat.

¹⁾ Leipold a. a. O. S. 50.

²⁾ Confer Vocab. Jur. Rom. s. h. v.

³⁾ Entsprechend dem matre consentiente in dem Papinianfragment 1. 8 D. 40, 8, Freilassungspflicht S. 29. Vgl. später S. 234 Note 4.

⁴⁾ So vermutet Samter, Nichtförmliches Gerichtsverfahren S. 149.

⁵⁾ Papinian 701, 702 Lenel.

Nun zu den Zwischensätzen zwischen dem numquid-Satz und dem Schlußsatz, der den Abzug der quarta Falcidia von der Leistung aus der cautio anordnet. Schon die Anfügung eines zweiten Fragesatzes wirkt unschön und gibt der Erörterung etwas Aufgeregtes. Aber schlimmer ist, wie gefragt wird: Ist „es“ eine donatio certae condicionis — man übersetzt meist eine Schenkung unter bestimmter Bedingung — oder eine solche, welche den „Plan und den Titel des Todes hat“. Hier ist zunächst das Subjekt unklar; ist es die prior oder die secunda donatio oder das als einheitliche Zuwendung unter inhaltlich jetzt geklärter Auflage erkannte Geschäft? Sodann bedeuten die beiden Glieder der Scheidung gar keinen Gegensatz: Läßt doch gerade Papinian im unmittelbar folgenden Paragraphen unseres Fragments für den Begriff der dem Falcidischen Gesetz unterworfenen mortis causa donationes entscheidend sein, ob ulla condicio redhibendi bestand und lege certa donarentur, so daß die Gaben morte insecuta quodammodo bonis auferrentur. Die scharfe Scheidung zwischen irrelevantem Motiv und in irgendwelcher Art bestimmter Rückgabepflicht im § 1, die wir schon von der Julianischen Scheidung zwischen causa donationis und condicio dandae pecuniae¹⁾ her kennen, wird von dem angeblichen Papinian in dem utrum-Satz auf den Kopf gestellt, wobei noch der Wechsel der modi und Zeiten fuit, haberet auffällt. Das klassische Problem wird umgebogen, um alles auf die rein byzantinische Scheidung²⁾ zwischen donatio inter vivos (wenn auch certae condicionis) und mortis causa donatio, deren „Natur“ der der Legate entspricht, abzustellen. Noch schlimmer ist, daß im folgenden mit dem schon von Albertario und Koschaker zu Recht als unklassisch beanstandeten denegari non potest in einer Accusativ cum infinitivo-Konstruktion ohne Subjekt und somit ohne Erledigung der vorangegangenen Unklarheit als wichtiges Ergebnis die Antwort hingestellt wird, „es“ sei mortis causa geschehen. Als ob daran nach dem Inhalt der Stipulationsauflage über-

¹⁾ l. 2 § 7 D. 39, 5.

²⁾ Justinian in Inst. II 7 § 1 und l. 25 pr. D. 5, 2.

haupt ein Zweifel möglich sein konnte. Und nun wird aus der glücklich gefundenen *mortis causa*-Natur gefolgert, daß die „erste Schenkung“ „aufgelöst“ und die „zweite abgezwungen zu werden scheine“. Dieser letzte Satz gibt zunächst mit der Nebeneinanderstellung der zwei Schenkungen alle Errungenschaften des *numquid*-Satzes preis. Und zu welchem Ende? Um mit dem für einen Klassiker unmöglichen *sequitur ut videatur* und dem Subjektwechsel *Seja* — *sequens* die „Auflösung“ der ersten Schenkung festzustellen und den Schein eines Erpreßtwerdens der zweiten. Kann das Papinian als Weisheit letzten Schluß verkündet haben, da doch, wie wir zu Beginn sahen, der logische Ausgangspunkt seiner *haesitatio* war, daß die *Seja* gegen die *rei vindicatio* der Erben auf Grund ihres gar nicht zu bezweifelnden, unbedingt gewordenen Rückgabeanspruchs, d. h., byzantinisch gesprochen, infolge Auflösung der ersten Schenkung *exceptio doli* opponieren kann? Und weiterhin: Ist es praktisch denkbar, daß Papinian den *liberi*, deren Anwartschaft auf die *bona* in der *Stipulation* überhaupt nur für den Fall des Überlebens der *Seja* gesichert werden sollte, einfach geantwortet haben sollte, daß für diesen Fall wegen des angeblichen Zusammenfalls der Schenkung (der doch überhaupt erst den Anlaß zur Sicherung bildete) eine Sicherung nicht erreicht sei? In dem *numquid*-Satz wurde der Schein zweier selbständig errichteter Schenkungsgeschäfte *mortis causa* zerstört und erkannt, daß die bedingte Zuwendung des Vermögens an die *liberi* oder, wie wir auch sagen können, die Einsetzung der *Seja* als Nachfolgerin des vorher sterbenden *Titius* und nun wieder der *liberi superstites* als Nachfolger der Schenkerin durch eine einheitliche *lex donationis* erreicht, deren Inhalt *Seja Titio superstitie* nicht schlechthinnige Rückgabe an die Schenkerin, sondern nur Rückgabe unter *cautio* an die *liberi* dem beschenkten *Titius* anbefahl. Konnte nach dieser gedankentiefen Lösung der *haesitatio* der Klassiker mit *ergo* noch fragen, ob ein Geschäft unter Lebenden oder *mortis causa* in Frage stand, oder gar zu dem Schluß kommen, das erste Schenkungsgeschäft sei aufgelöst, das zweite scheine erpreßt zu werden? Dieses unklare Gerede von *utrum ergo* bis

videatur, das der Zweifelsfrage des Klassikers wie seiner gedankentiefen Lösung verständnislos gegenübersteht und dadurch bis auf den heutigen Tag den dogmatischen Edelgehalt der Stelle verschleiert hat, gehört nicht einer vorjustinianischen Rechtsschule, sondern den Kompilatoren an. Diese wollten mit dem soluta priore donatione und der breiten Betonung ihrer Qualität mortis causa auf ihre donatio temporalis hinweisen¹⁾, der sie durch Anerkennung der dinglichen Wirkung der Resolutivbedingung²⁾, Aufnahme in die Kompilation verschafft hatten und als deren wichtigster Fall, der non proprie donatio dicitur (sed solum hoc (!) donatio est quae sub condicione solvatur) in der verfälschten³⁾ Julianstelle l. 1 D. 39, 5 die donatio mortis causa erscheint, nach deren Auflösung condicione existente sie dem Schenker die dingliche Klage⁴⁾ gewähren. Daß damit in unserer Stelle die papinianische rei vindicatio der Erben des Titius allen Boden verliert, merken sie vielleicht im gesetzgeberischen Eifer gar nicht oder beruhigen sich in dem Gedanken, daß diese ja unter ihren Händen dank der aplanierenden Kraft der exceptio doli zu einer bonae fidei actio auf Kautionsleistung geworden war.

Aber die Interpolation hat doch noch einen tieferen Grund: Sie soll die papinianische Gewährung der cautio verdecken und ihrer Kraft berauben. Die cautio darf nicht „erpreßt“ werden, nur eine freiwillige Leistung kann in Frage kommen, denn die Entscheidung Papinians widerspricht dem Reurecht, das erst die Byzantiner schlechthin in jedem Fall der mortis causa donatio dem Schenker bis zu seinem Tod zur Verfügung stellen: *κατὰ φύσιν τῆς μόρις καῦσα*

¹⁾ c. 26 § 1 C. 6, 37.

²⁾ Durch Verfälschung von Vat. 283 in c. 2 C. 8, 54.

³⁾ Für die Unechtheit schon Beseler, Beiträge III S. 110 und neuerdings Biondi, Appunti intorno allo donatio mortis causa 1914, S. 19, freilich in Verbindung mit seiner unerwiesenen und nicht einmal glaubhaften Lehre, der Urfall der d. m. c. sei die suspensiv bedingte Zuwendung.

⁴⁾ l. 29, 30, 37 D. 39, 6, deren Unechtheit immer mehr anerkannt wird: Girard, Manuel S. 949 Note 6; Koschaker a. a. O.; Krüger in seiner Digestenausgabe. Zweifelnd Mitteis S. 189; Biondi S. 13.

δωρεᾶς, wie es in einem Stephanoscholion¹⁾ zu l. 19 pr. D. 12, 1 heißt. Das ist freilich durchaus unklassisch.¹⁾ Aber es entspricht der byzantinischen Manier, das, was die Klassiker höchstens als Gehalt der einzelnen Aktionenformel entwickeln, aus der von ihnen erst geprägten „Natur“ eines Rechtsinstitutes abzuleiten. Doch ist es darum noch lange nicht zutreffend, wenn Biondi³⁾ allerjüngstens in das gegen-
 teilige Extrem verfällt und unter Berufung auf meine Untersuchungen⁴⁾ über die Klassizität des Reurechts im Fall ver-

¹⁾ Basil. ed. Heimbach XXIII 1, 19 (Bd. II 616).

²⁾ Rotondi, *Natura contractus* in *Bulletino* 24 S. 5f.

³⁾ A. a. O. S. 35f., besonders S. 41f., 47f.

⁴⁾ Freilassungspflicht und Reurecht 1905. Während Biondi a. a. O. S. 41f. die Ergebnisse meiner Interpolationenforschung für „trascurati“ erklärt und sich ihnen in breiter Wiedergabe schlechthin anschließt, hat Lotmar im 33. Band dieser Zeitschrift gegen meine Arbeit sehr schwere Angriffe erhoben („da jene Verdächtigungen die Interpolationenforschung zu schädigen geeignet sind“ S. 363, vgl. auch schon zu Beginn S. 305 zum Schluß und Note 2 daselbst). Zu Recht weist Lotmar auf die Wichtigkeit der Methode der Quellenkritik hin. Ich kann aber nach sorgfältigster Nachprüfung der Lotmarschen Ausführungen nicht finden, daß L. meiner Methode irgendwie gerecht geworden ist. Ich sehe von Einzelmißverständnissen ganz ab (wie etwa S. 378 Anm. 1 am Ende, wo der sprachliche Mißklang natürlich nur in Verbindung mit den folgenden Worten entsteht; zustimmend auch hier allerjüngstens Krüger in seiner neuen Kodexausgabe zu c. 6 C. 4, 57, Addenda S. 514) und betone nur, daß ich die Unechtheit des Reurechts im klassischen Bereich der *constitutio*, die übrigens durchaus mit der festen Freiheitsanwartschaft des römischen Statuliber (l. 20 § 3 D. 40, 1, Freilassungspflicht S. 14) in Widerspruch stände, den laxen Anschauungen der Griechen über die Wandelbarkeit solcher Anwartschaft (Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* S. 384f., besonders S. 391) aber durchaus entspricht, überall auf sachliche juristische Argumente gegründet, das philologische Moment überall nur unterstützend hinzugezogen habe, also auch nicht dadurch widerlegt werden kann, daß Lotmar einzelne von mir beanstandete Wendungen als bei Justinian nicht gebräuchlich oder bei dem Klassiker gebräuchlich nachzuweisen unternimmt. Es ist doch satzsam bekannt, wie häufig gerade die Kompilatoren durch Umstellung der eigenen Worte des Klassikers oder durch Einschubsel wenigster Worte unter Aufrechthaltung des klassischen Textes dessen Inhalt in sein Gegenteil verkehren. Trefflich Schulz, *Einführung* S. 44 und vor allem die schönen Worte Krügers in *Festgabe für Güterbock* (1910) S. 253. Ich betone dies z. B. mit Rücksicht auf die Polemik L.s S. 372f. gegen meine Interpolationsannahme in fr. 8 D. 40, 8, das Lotmar gegen

tragsmäßiger Übernahme der Freilassungspflicht jedwedes Reurecht bei der mortis causa donatio für ein Produkt nachklassischer Praxis und ihr entsprechender Interpolationen

Krüger ad hanc legem und mich „für über allen Verdacht erhaben“ erklärt (S. 363 Anm. 1). Auch wenn man nicht mit Biondi (a. a. O. S. 43 Note 2) annimmt, die Freilassung habe hier nach dem Tod der schenkenden Mutter, sondern mit Lotmar und mir erst nach dem Tod der Tochter zu geschehen, scheint mir die Interpolation gesichert, und es kann gar keine Rede davon sein, daß das aus dem ursprünglichen Text etwa entnommene und gewiß gut papinianische *vita decedere* „nun die Echtheit des Vordersatzes über allen Zweifel erhebe“ und erst recht nicht — worauf es doch allein sachlich ankommen kann —, daß im Nachsatz ursprünglich auch nur das in der Luft schwebende Wörtchen *omnimodo* gestanden habe. Die Hauptsache ist natürlich auch nicht, daß Lotmar jetzt das sachlich unmögliche, auch an falscher Stelle befindliche, über bloße Nicht-Reue unklar hinausgehende *matre consentiente* philologisch durch das *sive sciente sive ignorante venditore* in fr. 58 D. 18, 1 stützen will, während gerade auch hier kompilatorisches Einschleusen vorliegt (meine Haftung des Verkäufers S. 41, 67 Note 1, 128, 129, 152), sondern daß Lotmars Annahme, die Reue des Veräußerers werde durch dessen Tod vor dem Freilassungstermin wieder hinfällig, ein für einen Klassiker gänzlich unmöglicher Gedanke ist und daß Lotmar gegen meinen diesbezüglichen Nachweis (a. a. O. S. 29) nichts Überzeugendes vorgebracht hat. Denn die Bemerkung S. 380, der Widerruf sei ambulatorisch, kann unmöglich mit L. auf die zitierte l. 32 § 3 D. 24, 1 gestützt werden, die von der Konvaleszenz der nichtigen Eheschenkung handelt, nur dem Schenker den Widerruf der Rücknahme der Schenkung, also einseitiges Bereuen eines dem Beschenkten nachteiligen Aktes gestattet, während es sich bei Lotmar um den ganz unerträglichen Gedanken handelt, daß der Auflagegläubiger durch Bereuung der Auflage und beliebige einseitige Rücknahme der Reue den Erwerber des Sklaven seiner Freilassungspflicht erst entbinden und jederzeit aber auch wiederum einseitig ihn mit dieser „bereuten“ Freilassungsaufgabe belasten könne. Daß diese mehr als eigentümliche Machtgewalt des Veräußerers durch die Zufälligkeit seines Sterbens vor dem Freilassungstermin zusammenfallen soll, wird gewiß nicht dadurch gegen meine Einwürfe S. 29 erklärt, daß Lotmar schließlich bemerkt, es sei hier ungewiß, „ob der Veräußerer auch noch zur entscheidenden Zeit gegen die Auflage gewesen wäre“, „der vorzeitige Tod wirke versöhnend“: Der auflagepflichtige Erwerber des Sklaven wird es schwerlich versöhnend empfinden, wenn ihn die Rücknahme der Auflage durch den lebenden Veräußerer zwar von seiner Pflicht befreit, dessen Tod aber vor dem ursprünglichen Freilassungstermin ihn ohne weiteres wieder mit der Auflage belastet hätte. Ein Klassiker hätte mangels gegenteiliger Äußerung bis zum Tod gewiß nur Fortdauer, nicht Änderung des Willens vermutet. Vgl. etwa das *forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit* als Motiv der *oratio*

in den Rechtsbüchern erklärt. Aber in seinem Eifer, jedes Reurecht als unklassisch darzutun, fällt Biondi in die durch den Stand der Kompilation — nicht etwa des klassischen Rechts¹⁾ — erklärlichen Fehler der Pandektenharmonistik²⁾ zurück, gegen die ich durch Klarstellung des Standpunktes der Klassiker anzukämpfen gesucht habe. Er unterscheidet ebensowenig wie die Byzantiner zwischen dem Fall der reinen Freilassungsfiduzia und der fiducia mixta causa donatione, in dem die Zuwendung des Sklaven kausal nur oder (nach Ablauf der Frist) nur noch durch die Freilassungspflicht getragen ist einerseits und der Zuwendung des Sklaven unter der Auflage der Freilassung, dem klassischen Bereich der constitutio divi Marci ad Aufidium Victorinum andererseits, und er übersieht ferner — sehr zum Schaden für seine Beweisführung —, daß zwischen der Reue im Fall der Freilassungspflicht einerseits und der mortis causa donatio andererseits grundlegende Unterschiede obwalten. Dort ergreift die Reue eine Verpflichtung des Empfängers der Zuwendung, hier ergreift sie die Zuwendung selbst. Hier ist sie zuwendungsfeindlich und hat überhaupt nur Rücknahme der Gabe mortis causa zum Ziel, dort verstärkt sie die Rechtsposition des Empfängers, indem sie seine Pflicht zur Freilassung entkräftet, und konnte vom Standpunkte der Klassiker nur dort zu einem Anspruch auf Rückgabe des Sklaven führen, wo dieser nur

des Caracalla l. 32 § 2 D. 24, 1 — und natürlich auch dem Erben gegenüber gestattet, sich auf die nicht zurückgenommene Reue des Erblassers zu berufen, so wie sich der Erbe selbst im umgekehrten Fall des § 4 auf sie gegenüber dem Empfänger berufen darf. Auch im übrigen hat mir die Polemik Lotmars nirgends Anlaß gegeben, von meinen Ausführungen im Reurecht etwas zurückzunehmen. Wenn Lotmar in seinem 1912 erschienenen Aufsatz die Widerruflichkeit der Auflage für herrschende Lehre erklärt, so darf ich zur Ergänzung der Literaturzitate S. 362 Anm. 6 auf Ermans Zustimmung im Zentralblatt für Rechtswissenschaft Bd. 24 S. 355, und für die Zeit nach 1912 außer auf Biondi auch auf Krügers Beifall zu c. 1 und 6 C. 4, 57 verweisen.

¹⁾ Verkannt von Cugia a. a. O. S. 45 und Senn, Donation à cause de mort p. 44, die das Reurecht bei der m. c. donatio auf die fiducia zurückführen.

²⁾ Donell liber 14 cap. 33 § 6, dem noch Wendt, Reurecht und Gebundenheit I S. 56 folgt.

oder nur noch zum Zweck der Freilassung sich beim mancipio accipiens befand. Aber Biondi übersieht auch andererseits, daß ich die Klassizität des Widerrufs bei der Freilassungsfiduzia für den Fall stets energisch betont habe, daß der Empfänger des Sklaven nichts oder nichts mehr als Treuhänder ist.¹⁾ Auf das quid acti sit²⁾ kommt es aber ebenso für den Fall der mortis causa donatio an. War die Gabe bei Lebzeiten des Gebers nur in dessen Interesse, etwa zu Verwahrungszwecken im Fall konkreter Lebensgefahr, unbedingt vollzogen, so stand dem fiduziarischen Schenker gewiß auch, dum pendet an convalescere possit³⁾, die Rücknahme offen.⁴⁾

Oder will Biondi ernsthaft leugnen, daß, wer vor einer gefährlichen Reise⁵⁾ sein Vermögen einem Freund fiduziarisch in jure zedierter, auch während der Reise eine Erhöhung seines Reisegeldes mit der elastischen Formel der actio fiduciae durchsetzen konnte? Die Rückgabebeforderung ist hier ebensogewiß klassisch, wie im entsprechenden Fall der Freilassungsfiduzia, falls Hingabe nur im Interesse des Manzipanten⁶⁾ erfolgt. Schon die Klassiker stellen beide

¹⁾ Schenkung unter Auflage S. 51; Freilassungspflicht und Reurecht S. 37.

²⁾ Pomponius in l. 18 § 1, § 2 D. 39, 5. ³⁾ l. 16 D. 39, 6.

⁴⁾ Der Bestand der Zuwendung mortis causa ist also hier davon abhängig, daß der Geber von dem fiduziarischen Verwahrungsgeschäft nicht zurücktritt, das hier bis zum Tod des Gebers die ausschließliche causa der Vermögensverschiebung bildet. Der Fall liegt, was die Reihenfolge der causae und damit auch die Frage des Widerrufs betrifft, gerade umgekehrt wie der der Freilassungsfiduzia mixta cum donatione in der l. 18 § 1 D. 39, 5. Hingegen hatte der Empfänger im klassischen Recht eine von einem Reurecht des Gebers unabhängige Anwartschaft auf die donatio mortis causa, falls deren Wirksamkeit von vornherein von dem Vorhersterben des Gebers suspensiv bedingt war. Aber hier handelt es sich überhaupt um kein negotium mixtum, sondern um eine einheitliche Zuwendung mortis causa. Der auch hier ein Reurecht gewährende Schluß der auch sonst unechten l. 15 D. 40, 1 (Freilassungspflicht S. 30f.) ist selbstverständlich tribonianisch.

⁵⁾ Vgl. die bekannte Stelle bei Boethius in Ciceronis Topica (Bruns fontes ed. VII t. 2 p. 74): si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut si cum tempus quod suspectum est, praeterierit, reddat.

⁶⁾ Vgl. Freilassungspflicht S. 37, abweichend überall Biondi a. a. O.

Fälle zusammen¹⁾, weil bei beiden eine Auslegung des Parteiwillens dahin erforderlich ist, ob der Empfänger interim aliquid commodi ex ea re sentiret²⁾ und darum aliqua donatio inesset.³⁾ Erst die Kompilatoren sind es, die in der l. 5 § 1 D. 12, 4 diese wichtige Unterscheidung der l. 18 § 1 D. 39, 5 ignorieren, und sie sind es auch erst, die unter Verkennung des Unterschieds im Fall der mortis causa schlecht hin dem Schenker ein Reurecht gewähren, auch dort, wo die Schenkung im Interesse des Empfängers schon bei Lebzeiten des Schenkers unbedingt vollzogen war, ohne daß ein jederzeitiger Widerruf wie im Fall der l. 37 § 3 D. 32 ausdrücklich stipuliert war. So wie die *condictio propter poenitentiam* im Fall der vertragsmäßigen Übernahme der Freilassungspflicht ihre maßlose Ausdehnung dem mangelnden Verständnis der Kompilatoren für die Verschiedenheit der Parteizwecke verdankt⁴⁾, denen solche Geschäfte dienen sollen, so beruht auch die kompulatorische Ausdehnung des Reurechts auf jeden Fall der mortis causa donatio auf dieser Verkennung des Interesses des Empfängers an dem Vollzug der Zuwendung zu Lebzeiten des Schenkers. Darum stellen sie die mortis causa donatio als solche, der sie eine besondere Natur zuschreiben, dem Vermächtnis gleich, ob sie schon bei Lebzeiten des Schenkers in dessen Interesse vollzogen war oder nicht.⁵⁾ Ein Widerruf gerade in solchen Fällen, in denen die Veräußerung nicht bloß eine

S. 46f. unter einer von der Lenelschen herrschenden abweichenden Rekonstruktion von Vat. 334a: *non competere mihi fiduciae actionem*, was mir sachlich unmöglich erscheint.

¹⁾ Pomponius in l. 18 § 2 D. 39, 6.

²⁾ l. 49 D. 24, 1. Daß hier alles, auch dem Sinne nach, von idem si unecht sein soll (so Beseler, Beiträge 3 S. 101), ist unbewiesen. Auf die Parteiabsicht, nicht auf die Besitzübertragung kommt es für die Schenkung an. Aber auch die Betonung der jederzeitigen Widerrufs macht der Frau als eines Beweisgrundes gegen jedweden color donationis (zugunsten des Mannes) ist schwerlich unklassisch: Marcell weist darauf hin, daß man von dem, welcher nur Treuhänder ist und überhaupt nicht im eigenen Interesse empfängt, jederzeit zurückfordern kann. Dies zugleich gegen Biondi a. a. O. S. 47, insoweit er von Pernice, *Labeo III* S. 137 Note 2 abweicht.

³⁾ l. 18 § 1 D. 39, 5. ⁴⁾ Freilassungspflicht S. 57f.

⁵⁾ Anders jetzt unser BGB. § 2301.

Zuwendung mortis causa, sondern zugleich aliqua donatio absoluta¹⁾ vermitteln sollte, war freilich auch im klassischen Recht nichts Seltenes, und zwar ganz abgesehen von einer etwa darauf gerichteten Vertragsabrede.²⁾ Aber diese „Pönitenz“ war kein besonderes Rücktrittsrecht von einem an sich wirksamen Geschäft, sondern nur die Geltendmachung der an sich nach den klassischen Grundsätzen gegebenen Kraftlosigkeit der mit der Zuwendung mortis causa verknüpften reinen Schenkung, sei es auf Grund der lex Cincia, sei es auf Grund des Verbots der donatio inter virum et uxorem. Durch den Grundsatz morte Cincia removetur wurde freilich auch der Rechtsbestand einer donatio imperfecta, die mit einer donatio mortis causa verknüpft war³⁾, von einer mutatio voluntatis des Erben des Schenkers unabhängig gestellt, ebenso wie durch das Senatuskonsult auf Grund der oratio des Caracalla die Rechtswirksamkeit einer verbotenen Eheschenkung, die zugleich eine mortis causa donatio unter den Parteien vermitteln sollte, von einem paenitere des Erben des Schenkers unabhängig wurde.⁴⁾

¹⁾ Im Sinne der l. 42 § 1 D. 39, 6 und der l. 18 § 1 und 2 D. 39, 5.

²⁾ Wie in der l. 37 § 3 D. 32.

³⁾ Über die Geltung der lex Cincia für diese Art mortis causa donatio vgl. oben S. 226.

⁴⁾ l. 32 § 1, 2 D. 24, 1 und die nach dem tumultuarischen Modus- und Tempuswechsel schwerlich unberührte l. 40 D. 39, 6. Weil die Byzantiner die mortis causa donatio überhaupt nicht nach Schenkungsrecht, sondern nach Vermächtnisrecht behandeln wollten, haben sie die Stellen, in denen die Klassiker durchaus folgerichtig und sachgemäß das Verbot der Eheschenkung auch auf im Interesse des beschenkten Ehegatten bei Lebzeiten des Schenkers vollzogene Zuwendungen mortis causa angewandt haben, interpoliert und ohne jede Scheidung jede donatio mortis causa unter Ehegatten für gültig erklärt. Vgl. die nach diesen Gesichtspunkten überarbeiteten l. 9 § 2; l. 10—13 § 1 D. 24, 1 und oben S. 225 Note 5 am Ende. Sehr lehrreich ist besonders die Gegenüberstellung des solche im Interesse der beschenkten Frau vollzogene Zuwendung behandelnden Ausspruchs Papinians in der im abgedruckten Teil echten l. 77 D. 28, 5 (libro 15 quaestionum): Servus uxori a marito mortis causa donatus mariti manet . . . si accipiat libertatem simul et hereditatem, viro necessarius heres erit: nec sine libertate aliquid ei legari potest mit der verfälschten l. 22 D. 24, 1 von Ulpian (libro 3 ad Sabinum): Uxori suae quis mortis causa servum donavit eumque cum libertate heredem scripsit: an valeat institutio, quaeritur. et puto, [si hoc animo eum scripsit heredem, quod donationis se dixit paenituisse,] valere institutionem et

Aber diese Reue kam doch nur im praktischen Ergebnis dem byzantinischen Reurecht bei der *mortis causa donatio* gleich. War dieses wie der Widerruf des Vermächtnisses ein „negatives Gestaltungsrecht“, das bis zum Tod dem Schenker aus dem an sich wirksamen Geschäft offenstand, so bedeutete die klassische Pönitz die Geltendmachung einer zivilen Unwirksamkeit des Geschäfts durch den Schenker, die man seinen Erben nicht mehr gestatten wollte.¹⁾

necessarium heredem domino servum fieri: [ceterum si posteaquam heredem instituit, donavit, donatio praevaleret, vel si ante donavit, non tamen adimendi animo (!) libertatem adscripsit]. Hier wird in dem ersten eingeschobenen *si*-Satz mit dem unmöglichen *hoc animo quod dixit* aus der zivilen Nichtigkeit eine aus dem *animo testatoris* oder seiner Rede zu erschließende Pönitz gemacht. Dann wird mit *ceterum* unter Weglassen des Objekts zu *instituit* und *donavit* in schulmeisterlichem Drang nach Vollständigkeit der klassische Tatbestand auf den Kopf gestellt. Die der Erbinsetzung des Sklaven nachfolgende *donatio mortis causa* soll „prävalieren“, das heißt doch wohl in der verschämten Weise der byzantinischen Neuerer, sie ist nicht nur rechtswirksam, sondern enthält zugleich einen wirksamen Widerruf des Testamentes, was klassischen Grundsätzen widerspricht (Gajus II 151, 151 a). Nur den letzten Satz von *vel* an verdächtigt Lenel, Ulpian 2447 und ihm folgend Krüger. Auch Cugia a. a. O. S. 97 hält noch das Reurecht in der Stelle für echt, während Biondi a. a. O. S. 49 wenigstens den Inhalt der ersten Klammer als unecht erkennt. Auf die I. 52 § 1 D. 24, 1 (Papinianus libro 10 quaestionum) berufe ich mich nicht. Denn sie ist, wie das *ut traditio* (auf das sich *solvitur* beziehen soll, aber vom klassischen Standpunkt nicht beziehen kann) zeigt, nicht unberührt, und es ist außerdem vielleicht noch der Schlußsatz von *nam an* (als Glossem?) zu streichen. Daß aber die *donatio mortis causa* unter Eheleuten nicht schlechthin *recepta* war, ergibt schon ein Vergleich der echten I. 39 D. 39, 6 mit Javolen in I. 20 D. 24, 1.

¹⁾ Ebenso behandelten die Klassiker die mit einer Schenkung verknüpfte Freilassungsfiduzia. Vgl. oben S. 225 Note 5 und I. 7 § 8, 9 D. 24, 1, in der die Kompilatoren aus der nichtigen aliqua *donatio* eine kraft Gesetzes suspensiv befristete gültige Schenkung machen. Daß Sabin gesagt haben soll, der der Ehefrau nach der quaestio geschenkte Sklave werde dann ejus cui *donabatur*, cum *coepisset libertas imponi*, ist natürlich ganz unmöglich, selbst wenn man von der Manzipation ganz absieht, nicht minder wenn mit *ideoque* daraus gefolgert wird, nachher könne die Frau nicht mehr freilassen, während das Folgende von *recte dici bis accepit* nicht zu beanstanden ist. Die Widersprüche innerhalb des § 9 zwischen dem schlechthinigen *valet*, das der *licet*-Satz mit seinem unerträglichen Subjektwechsel im *ut*-Satz unterstreicht, und der gesetzlichen Hinausschiebung der dinglichen Wirkungen in dem *proinde*-Satz,

Dort also, wo die mit der mortis causa verknüpfte reine Schenkung zivilrechtlich vollwirksam war, war den Klassikern ein kraft Gesetzes erwachsendes Reurecht bei der mortis causa donatio völlig unbekannt. Nur für diesen Bereich bedeutet das Reurecht der Kompilatoren eine gesetzgeberische Neuerung. Auf die Interpolation der l. 22 D. 24, 1¹⁾, der l. 15 D. 40, 1 und der l. 13 § 1 D. 24, 1 ist schon früher²⁾ hingewiesen; hier wird überall erst von den Byzantinern ein Reurecht schlechthin trotz des entgegenstehenden, durch die Parteiintention anerkannten Interesses des Empfängers gewährt. Daß Julian in der l. 16 D. 39, 6³⁾ nicht auch für diesen Fall ein Reurecht des Gebers anerkannt haben kann, ergibt sich zweifelsfrei aus der nicht zu beanstandenden l. 19 pr. D. 12, 1:

Julianus libro decimo degestorum:

Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur ut confestim obligaretur. Nam et is qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam sed non aliter obligabit accipientem quam si existisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisse aut is qui accipiebat prior decessisset

Ist demgegenüber der Ausspruch des Julian in der l. 16 citata echt, so kann er nur von einer rein fiduziarisch vollzogenen Gabe mortis causa oder von einem ausdrücklich stipulierten Widerrufsrecht gemeint gewesen sein, und die Kompilatoren haben ihm durch die Anfügung unmittelbar

in dem bald der Mann, bald der Sklave, bald die Frau als Subjekt zu ergänzen ist, und der an die Unmöglichkeit der l. 15 D. 40, 1 erinnert (Freilassungspflicht S. 30; Mitteis S. 169 Note 7), entspricht dem schlechthinigen receptae sunt der mortis causa donationes in der l. 9 § 2 eodem, das nach der l. 11 § 1 eod. für jede m. c. donatio gelten soll, und den Einschränkungen der dinglichen Wirksamkeit in der l. 11 pr., deren Inhalt nach der oratio des Caracalla das klassische Recht zutreffend wiedergibt. Darüber, wie sich die Alten mit diesen Widersprüchen abgemüht haben, vgl. De Retes in Meermanns Thesaurus Bd. 6 de don. i. v. et ux. cap. 8 § 15 (S. 692).

¹⁾ Oben S. 239f.

²⁾ Freilassungspflicht und Reurecht S. 30f.

³⁾ Julianus libro 29 digestorum. Mortis causa donatio etiam dum pendet an convallescere possit donator, revocari potest.

hinter den kompulatorischen Schluß der l. 15 eodem, der sich auch sachlich als disparates Anhängsel¹⁾ kennzeichnet:

et ad exemplum legatorum mortis causa donationis revocatae sunt

eine allgemeine Tragweite für jede mortis causa donatio geben wollen.

Daß die l. 30 D. h. t.

Ulpianus libro 21 ad edictum.

Qui mortis causa donavit, ipse ex paenitentia condictionem vel utilem actionem habet,

durch und durch unecht ist, ist heute wohl herrschende Meinung.²⁾

Die hier gegebene conditio ex paenitentia ist eine Konsequenz des entsprechenden, auf der justinianischen Gleichstellung der m. c. donationes mit den Vermächtnissen beruhenden Einschießels reciperet si eum donationis paenituisset in den Institutionen.³⁾ Das gleichfalls wie ein Einschießel anmutende⁴⁾ paenitentia etiam in Pauli Sententiae III 7, 2:

Donatio mortis causa cessante valetudine et sequente sanitate paenitentia etiam revocatur; morte enim tantummodo convalescit

kann hingegen im ursprünglichen Zusammenhang auch die Sonderfälle bezeichnet haben, in denen schon die Klassiker ein Reurecht kannten.

Ist aber die Gewährung des Reurechts für den Fall einer zivilrechtlich vollwirksamen und zwar bei Lebzeiten des Schenkers im Interesse des Empfängers vollzogenen Schenkung mortis causa erst eine Erfindung Justinians, so ist damit auch klargelegt, weshalb die Kompilatoren die Entscheidung Papinians in der l. 42 citata abändern mußten. Denn hier war ja die Schenkung der Seja an den Kognaten Titius dominio translato im Sinne der lex Cincia pridem

¹⁾ Biondi a. a. O. S. 52. ²⁾ Biondi a. a. O. S. 53 mit Literatur.

³⁾ II 7, 1. Biondi a. a. O. Vgl. auch Justinian in c. 4 C. 8, 56 und in Novella 87.

⁴⁾ Namentlich im Vergleich mit dem unmittelbar vorhergehenden. III 7, 1: Biondi S. 54.

perfecta.¹⁾ Die von Papinian mißbilligte Weigerung der Seja, den liberi Kautio zu stellen, bedeutete im Sinn der Byzantiner eine mutatio voluntatis, eine paenitentia gegenüber der ursprünglichen Zuwendung, mindestens soweit sie zugunsten der liberi getroffen war, deren Anwartschaft die cautio sichern soll. Auf dieses Motiv der Interpolation wirkt denn auch ein bisher unbeachtet gebliebenes Scholion des Anonymos²⁾ zu unserer Stelle in den Basiliken ein interessantes Licht:

Ὅχι ἀπλῶς τὸ προτελευτῆσαι τὴν ἀνατροπὴν εἰσοάγει τῆς δωρεᾶς. ἡδύνατο γὰρ εἰς τοῖς παῖδας ἐρρῶσθαι, κἂν διὰ μέσον τοῦ πατρὸς γέγονεν· ἐπειδὴ καὶ δι' οἰουδὴποτε γάρ, ὥς τι εἴδω γ' ὅτι. ἀλλ' ἡ προαίρεσις τοῦ δωρησαμένου βουλευθέντος μηκέτι αὐτὴν ἐρρῶσθαι ποιεῖ τὴν ἀνατροπὴν.

Nicht das Vorhersterben des Titius ist der entscheidende Grund, aus dem die Zuwendung zugunsten der liberi zusammenfällt, sie ist ja vielmehr die Bedingung, unter der allein überhaupt ein Übergang der bona aus dem Vermögen der Seja in das der liberi ausgemacht war, sondern es ist die Willensänderung der Schenkerin, die in ihrer Weigerung, die cautio zu geben, zum Ausdruck kommt. Hätten die Kompilatoren diese Reue der Seja nicht beachtet, so hätte dies einen klaren Widerspruch zu ihrer neuen Lehre bedeutet³⁾, die die mortis causa donatio mit

¹⁾ Vat. 310. ²⁾ Bas. Heimbach IV S. 612.

³⁾ Ganz anders Koschaker a. a. O. S. 326: „Demnach spricht von incurbat haesitatio an aller Wahrscheinlichkeit nach nicht mehr Papinian. Wie hat er indessen entschieden? Man denkt zunächst: wohl im entgegengesetzten Sinn als nach der Fassung der Stelle. Allein die Kompilatoren hätten keinen Anlaß gehabt, eine solche Lösung zu verwerfen Das formlose Schenkungsversprechen war bei Justinian klagbar gemacht worden Auch kennt die Kompilation bereits das resolutiv bedingte Eigentum und gewährt bei der auflösend bedingten Schenkung auf den Todesfall dem Schenker bei Eintritt der Bedingung die rei vindicatio (vgl. die interpolierten fr. 29; 30; 37 D. 39, 6). Von dieser Basis hätte sich vielleicht sogar eine dingliche Klage der Kinder des Titius im Fall des Todes der Schenkerin konstruieren lassen. Kurz, die Kompilatoren hätten alle Gründe gehabt, gerade die vorliegende Entscheidung Papinians zu ändern.“ — Aber gerade der tiefe Gehalt des numquid-Satzes lehrt, daß es sich nicht um eine zweite Schenkung, also auch kein Schenkungsversprechen der Seja zugunsten der Kinder

den Legaten gleichstellt nicht nur wie die Klassiker die zivilrechtlich unwirksame Schenkung, sondern jede Zuwendung mortis causa als *ambulatoria voluntas usque ad vitae supremum exitum*.¹⁾

sondern um eine Einschränkung der dem Beschenkten aufgelegten Rückgabeleistung handelt. Auch von einer dinglichen Klage der Kinder kann selbst nach dem Recht der Kompilation keine Rede sein. Denn hier wirkt dinglich doch nur die auf das Vorhersterben des Beschenkten gestellte Auflösungsklausel. Aber auch vom Standpunkt zweier Schenkungen, den Papinian verwirft, ist die Seja niemals Empfängerin, sondern Schenkerin sowohl gegenüber dem Titius wie den *liberi*. Ihr Sterben kann den beschenkten *liberi* niemals eine dingliche Klage verschaffen, da sie selbst dann, wenn man sie mit den *heredes* identifiziert, gerade vom Standpunkt der Kompilation Eigentum an den *bona* nie besessen haben, dieses vielmehr durch den Tod des Titius *ipso jure* an die überlebende Schenkerin zurückgefallen wäre.

¹⁾ I. 32 § 3 i. f. D. 24, 1; I. 4 D. 34, 4.

VII.

Miszellen aus dem römischen Grabrecht.

Von

Herrn Privatdozenten Dr. Rafael Taubenschlag
in Krakau.

Das römische Grabrecht ist seit längerer Zeit nicht mehr Gegenstand monographischer Darstellung gewesen.¹⁾

¹⁾ Von der älteren Literatur gehören hierher: Jacobi Gutheri de iure Manium seu de ritu more et legibus prisci funeris libri tres Lipsiae 1671; Johannis Kirchmanni de funeribus Romanorum libri quatuor etc., Brunsvigae 1661; Christiani Gotthelf Huebneri historiae legum Romanarum ad sepulturas pertinentes etc., Lipsiae 1794/5; Eduardi Luebberti commentationes pontificales, Berolini 1859. Von der neueren: Labatut, Les funeraillies chez les Romains, l'édit et les lois somptuaires, Paris 1878; Joseph Fayout, Du jus sepulchri et de la diffamation (thèse), Paris 1884; Raoul Audibert, Funérailles et sépultures en droit Romain etc. (thèse), Poitiers 1886; C. Ferrini, De iure sepulchrorum apud Romanos (estr. dall' Archiv. giur.), 1882/3; Fr. Schädlér, Über das römische Begräbniswesen. Gymn.-Progr., Landau 1888;