XII.

Licet enim legibus soluti sumus attamen legibus vivimus.

Von

Herrn Professor **Otto Gradenwitz**

in Königsberg.

Die obige Devise soll hier nicht auf ihren sittlichen, staatsrechtlichen oder historischen Wert geprüft werden, sondern als fester Punkt in einer fluktuierenden sprachlichen Erscheinung gelten.

Der von Lenel herausgegebene und gewertete Pergamentstreifen, der den Ulpianischen Urtext zu L. 32 § 1 D. de peculio (15, 1) enthält, bringt auch Bruchstücke eines Satzes: Sed licet hoc iure contingat, aequitas tamen dictat rescissorium iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur. Nicht ohne Grund, wenn auch, wie der Erfolg gezeigt hat, nicht mit Recht, war dieser Satz von mehreren Seiten als Tribonianisch angezweifelt worden: die Durchbrechung des alten Rechtes rührt schon von Ulpian her, allerdings hatte Ulpian durch das von den Kompilatoren nachher gestrichene Wort rescissorium dafür gesorgt, daß die juristische Technik zu dem Ihrigen kam. Trotz der Echtheit des beregten Satzes bleibt es wahr, daß die grammatische Wendung „zwar — aber“ eine für Interpolationen geeignete Ausdrucksweise ist; sie erkennt den ursprünglichen Text an sich als berechtigt an, läßt aber stärkeren Gründen die seinigen weichen. Die vollere Wendung: Licet attamen ist dem einfachen licet tamen gegenüber gerade wegen der überflüssigen Verstärkung recht geeignet für eine Byzantinische Schreibweise; auch hat Justinian nachweislich ohne sachliche Gründe in die C. 3 Cod. Th. III, 11 die Worte hineingetrieben: Licet prohibitas nuptias non peregerit, at-

tamen pro tali conamine; auch gebraucht er licet-attamen¹⁾ oft: auf der anderen Seite sagt licet attamen nicht nur Terenz, sondern auch Cicero, letzterer pflegt allerdings das gegensätzliche Stück zwischen at und tamen einzuschieben. So ist für die Wendung licet-attamen, wo wir sie in den Pandekten finden, ein klassischer Zeuge und gegen sie eine byzantinische Vorliebe anzuführen. Da ist es erwünscht, daß in dem obenerwähnten Kaiserspruche eine nicht wohl zu widerlegende Instanz dafür vorliegt, daß auch die kaiserliche Kanzlei zur Zeit der Samtherrschaft des Septimius Severus und seines Sohnes sich jenes Ausdruckes bediente. Es ist bereits darauf hingewiesen worden²⁾, daß jene Kanzlei Spuren Papinianischer Ausdrucksweise an sich trägt, und die moralisierende Tendenz des Schlagwortes von der freiwilligen Unterwerfung des Fürsten unter die Gesetze läßt wohl an den Urheber des Wortes denken, daß das sittlich Anstößige als unmöglich zu gelten habe — jener antiken Umkehrung des Satzes, daß das Moralische sich immer von selbst versteht; indessen, wenn auch Papinian diesen Spruch selbst wörtlich verfaßt haben sollte, so könnte er wohl das vollere attamen gerade als prunkende Verstärkung des dem Gelehrtenstile angemessenen licet-tamen für jenen kaiserlichen Wahlspruch gewählt haben.

Die Stellen mit attamen, wie das V. I. R. sie aufzählt, führen zu folgender Statistik: Etiamsi attamen kommt 6mal vor, etsi 16mal, licet 23mal, quamquam 12mal, quamvis 21mal. Das ergibt für licet-attamen keineswegs ein besonderes Übergewicht. Aber dieses Verhältnis verschiebt sich gewaltig, sobald wir nach Juristen sondern. Ulpian sei bei allen Verbindungen so häufig, daß auf ihn allein 3mal so viel kommt wie auf alle andern zusammengenommen; Ulpian etwa 60, die andern etwa 20, wovon allein 8 auf die nach Ulpian schreibenden Pandektenjuristen fallen.

¹⁾ Über sämtliche Fälle des Gebrauchs von attamen im Codex Iustinianus hat H. Krüger, Archiv für Lexikographie, 10, 250 orientiert. Er beginnt mit zwei Stellen von Severus und Caracalla, von denen nur 8, 13, 3 der Vermutung Raum läßt, quidem und attamen-debent seien eingeschoben. Dann springt attamen sogleich auf (Gratian fällt weg) Theodos.; da dieser — ebenso Leo — quamvis-attamen hat, so erscheint licet erst wieder bei Zeno. — ²⁾ Kalb, Bekannte Federn.

Auch dieses Verhältnis aber ändert sich, sobald wir (mit dem V. I. R.) nach den *rectis* unterscheiden, denen *attamen* als *enuntiatum regens* entgegengesetzt wird: Von allen übrigen *recta* (*etiamsi*, *etsi*, *qualiterqualiter*, *quamquam*, *quamvis*, *sed tametsi*) findet sich bei allen Vor-Ulpianischen zusammen 1 *etsi* bei Tryphoninus und 1 *quamvis* bei Cel-sus, bei den Nach-Ulpianischen 2 *etsi* bei Modestinus, 2 *quamquam* bei Paulus, 1 *quamvis* bei Paulus; dahingegen *licet-attamen* 11 mal vor Ulpian und 3 mal nach ihm; während also bei Ulpian die *recta* ziemlich gleichmäßig verteilt sind, schließt *licet* vor Ulpian die Synonyma fast vollkommen aus. Paulus verhält sich ungefähr ebenso indifferent wie Ulpian: Entweder hat eine gemeinschaftliche Vorliebe die Juristen vor Ulpian für *licet* eingenommen, oder eine gemeinsame Überarbeitung hat ihnen *licet attamen* aufgedrückt.

Bei der Durchsicht der Stellen ist mir vor allem von Wichtigkeit Papinian in L. 17, D. 28, 3: *Filio praeterito qui fuit in patris potestate neque libertates competunt neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis advocavit. Quod si bonis se patris abstinuit licet sup-tilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex aequo et bono tuebitur.* Die Stelle ist uns noch einmal erhalten in den Berliner Fragmenten; sie bricht dort mit *abstin[uit]* ab, doch zeigen die 15 Buchstaben später auftretenden Lettern *t a t p* und bestätigt die Kürze des nach diesen Buchstaben noch übrigbleibenden Raumes, daß unmöglich bei Papinian das gestanden, was die Digesten bringen; es ist also von den drei Papinianstellen die eine ohne jeden Zweifel erst durch Tribonian mit dem fraglichen Ausdruck versehen worden, und dies ist um so bemerkenswerter, als sowohl *refragari*¹⁾ wie *ex bono et aequo*²⁾ durchaus Papinianisch sind.

Unter den Ulpianstellen selbst läßt sich eine Gruppe

¹⁾ *refragari* steht in den Digesten nur bei Papinian und den drei späteren Zitiergesetzbuchjuristen: Pap. (nach Seiten und Zeilen der kritischen Ausgabe): I 95, 25. 235, 23. 240, 10. 729, 3. 830, 33. II 143, 41. 193, 12. 205, 11. 441, 23. 853, 14. 887, 6. Ulpian 373, 4. 748, 42. 833, 14. 835, 36. II 90, 14. Paul. 409, 28. Mod. 852, 5. Hier kann sich der Verdacht an die Stellen aus jenen drei Nachpapinianischen wagen, aber nicht an die Papinianstellen. — ²⁾ L 66 D. 12, 6.

hervorheben, welche den fraglichen Ausdruck als geradezu typisch für Ulpians Einführung der prätorischen Ediktssätze erscheinen läßt. Niemand wird daran denken wollen, hier eine fremde Hand zu vermuten. Der Schriftsteller umgrenzt das Gebiet der magistratischen Verfügung und gibt deren Rechtfertigung wie deren Definition, indem er das Fremdartige mit *licet* ausstößt, und das Sachdienliche mit *tamen* vorführt.¹⁾ Dennoch begegnen auch bei Ulpian einige Stellen, bei denen kein Zweifel sein kann, daß sie von Tribonian herrühren, so L. 1 § 4 de V. O. (45, 1): *Si stipulanti mihi 'decem' tu 'uiginti' respondeas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat ex contrario quoque si me uiginti interrogante tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est uiginti et decem inesse.* Wie H. Krüger²⁾ ausgeführt hat, ist der letzte Satz und das zweimalige *nisi in decem* wider den Ulpianischen Sinn; die Theorie der Stipulation fordert Übereinstimmung von Frage und Antwort und läßt sich auf algebraische Operationen nicht ein. Hinzuzufügen wäre, daß der folgende Paragraph mit *sed* einen Gegensatz will, und dieser Gegensatz ausbleibt, wenn schon im § 4 *minus in pluri inest*.³⁾ Wir gewinnen also das Bild, daß ganz sicher Ulpian *licet attamen* mit Vorliebe benutzt, und trotzdem die Kompilatoren auch ihm noch diese Wendung untergeschoben haben.

Weit wichtiger als die Verteilung der unter Ulpians Namen gehenden Stellen auf ihn und die Kompilatoren ist die Feststellung der Frage, wie sich die vor-Ulpianischen Juristen zu unserer Wortfügung stellen. Der erste, der in

¹⁾ Die Stellen lassen sich nach dem V. I. R. leicht zusammenstellen. — ²⁾ *Exceptio doli*, S. 104 Anmerkung. — ³⁾ Eine zweite Stelle dieser Art ist L. 40 pr. D. 39, 2: *Ulpianus libro quadragesimo tertio ad Sabinum. Ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri, ut puto ob tectoria et ob picturas: licet enim in haec magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam aestimationem faciendam, quia honestus modus seruandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda.* Man kann zweifeln, ob hier mit der Beseitigung des mittleren Satzes alles getan ist; daß dieser Satz selber die einfache Wiederholung des vorher Gesagten, Glosse oder Schlimmeres ist, liegt auf der Hand.

Betracht kommt, ist Julian, der 2mal vertreten ist. Wenn ich die Stellen hier vorführe, so denke ich zu zeigen, daß die beregte Wendung in Stellen aus den verschiedensten Juristen gerade für einige bestimmte Rechtsinstitute und sonst bei Gemeinplätzen wiederkehrt, woraus denn freilich eher zu folgen scheint, daß sie allen für bestimmte Zwecke eingeschoben worden, als daß sie allen für bestimmte Fälle gemeinsam war. Julian L. 13 pr. D. 28, 2 geht davon aus, daß der Testator einen Posthumus oder eine Posthuma ins Auge gefaßt hatte, der Eventus aber einen Posthumus und eine Posthuma bringt: Die Entscheidung läßt mit komplizierter Rechnung das Testament bestehen und wird also begründet: *licet enim subtili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen cum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est, quod etiam Iuventio Celso apertissime placuit.* Daß diese Entscheidung nicht die des Julian ist, wird kaum mehr bestritten; sie ist aber insofern typisch für die eingeschalteten *licet attamen*, als die mit *licet* vorweggenommene als unzureichend betrachtete Deduktion gerade die Einräumung macht, daß nach subtiler Regel das Testament rumpiert ist. Die subtile Regel nun und der Bruch des Testamentes kehren auch bei andern Stellen wieder: Es war dies eben ein Punkt, wo das klassische Recht außer Kurs gesetzt werden sollte. Eine Stelle dieser Art ist die von Papinian, deren Überarbeitung durch die Pariser Fragmente dargelegt wird. Noch näher unserer Stelle kommt die Ulpianische L. 24, § 10 D. 40, 5: „*Si quis servo pignerato directam libertatem dederit, licet videtur iure subtili inutiliter reliquisse, attamen quasi et fideicommissaria libertate relicta servus petere potest, ut ex fideicommisso liber fiat: favor enim libertatis suadet, ut interpretemur et ad libertatis petitionem procedere testamenti verba, quasi ex fidei commissio fuerat servus liber esse iussus: nec enim ignotum est, quod multo contra iuris rigorem pro libertate sint constituta.*“ Lenel (Ulp.) 1885 bemerkt: *favor enim . . . constituta Trib.* Ich meinerseits möchte nicht nur die Motivation, sondern auch die Entscheidung selbst für eine Korrektur des klassischen

Rechtes erachten; um so mehr, als die andere, nun zu besprechende, Julianische Stelle mit *licet attamen* unzweifelhaft den gleichen Rechtsgedanken, wie jene Ulpianische zum Ausdruck bringt, und ganz sicher interpoliert ist; sie lautet: L. 2, § 2 D. 29, 6. *Codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent. ideoque seruo, qui testamenti facti tempore testatoris fuisset, codicillorum tempore alienus, non recte libertas directa datur. Et contra si, cum testamentum fiebat, alienus esset, codicillorum tempore testatoris, intellegitur alieno seruo libertas data. et ideo licet directae libertates deficiunt, attamen ad fideicommissarias eundum est.*

Auch hier ist es unzweifelhaft, daß der letzte Satz, welcher die Resultate nicht bloß, sondern selbst die Fragen der vorangehenden Sätze beiseite wirft, nicht von Julian ist; aber die Stelle ist auch sonst einer eingehenden Betrachtung wohl würdig. Sie enthält die sogenannte kodizillarrechtliche Fiktion¹⁾ mit Beispielen, die für das Wesen dieser Fiktion ganz ausgezeichnet lehrreich sind. Was im Kodizill steht soll (und das ist das *ius singulare* der *codicilli*) so angesehen werden, als wenn es im Testament selber stände. Diese Regel muß ihren Grund haben und wie alle Fiktionen ihre Begrenzung, die ihr ein kleineres Anwendungsgebiet gibt, als ihre Worte ausdrücken.²⁾ Den Grund der Fiktion nun sehe ich in einer Realität, welche mit den juristischen Feinheiten nichts zu tun hat: Die Kodizille und die verbindliche Kraft der Fideikommisse waren durch Augustus eingeführt; ihre Geltung war recht eigentlich ein Verstoß gegen das Zivilrecht, und es war der Notschrei der Doktrin, wenn man auf das Ansinnen, außerhalb des Testamentes stehende Verfügungen gelten zu lassen, mit der Erklärung antwortete, dann müsse eben fingiert werden, daß diese außerhalb des Testamentes stehenden Verfügungen im Testamente ständen.³⁾

¹⁾ Fein bei Glück, Bd. 44 S. 233. 234. 284. — ²⁾ Fein, S. 284 meint, daß 'die römische Jurisprudenz überhaupt bei allen Fiktionen die faktischen Verhältnisse so viel als möglich dem Gebiete der Fiktion zu entziehen suchte', im Einklang mit Marcian L. 7 § 1 D. 29, 7: *Praeterea in illis quae non iuris sed facti sunt non est perinde habendum quod codicillis scribitur atque si ubi confirmatio scriptum fuisset.* —

³⁾ Ich sehe die Stellungnahme der Juristen nicht als so friedfertig an,

Man ist gewöhnt, die Fiktionen des Prozesses als Mittel der Weiterbildung des Rechtes aufzufassen, indem nämlich der Prätor den iudex anweist, das zum notwendigen Tatbestande a (rem $A^i A^i$ esse) etwa fehlende n (anno possidisset hominem) als gegeben anzunehmen und also $a-n = n$ zu setzen, damit der aus a gesetzlich herzuleitende Rechtserfolg der pronuntiatio aus $a-n$ hervorgebracht werden könne; die Fiktionen des Zivilrechts entspringen zum großen Teile dem Bedürfnis des Lebens, welches sich hier nicht eines Vermittlers bedienen kann, der die Norm einfach von der Stelle rückt; die neuen Erscheinungen treten ins Leben und die Jurisprudenz hat sich ihnen anzupassen. Sie überträgt daher die Neuerung in der Rechtswirkung auf das ideale Gebiet der Konstruktion, indem sie denjenigen Tatbestand, welcher die Rechtswirkung von jetzt ab haben soll, demjenigen Tatbestande gleichsetzt, welcher die Rechtswirkung von jeher gehabt hat. In unserm Falle ist die Technik leicht zu erkennen, weil das offenbare Bedürfnis des Lebens in dem princeps einen Exponenten gefunden hatte. Schon lange waren Kodizille im Gebrauch, aber sie erzeugten keine rechtliche Verbindlichkeit. Denn daß Lentulus allererstmalig Kodizille geschrieben, wird man kaum glauben; nur die Frage des Erfüllungszwanges hat sein letzter Wille aufgerollt. Dies ist die neue Rechtsfolge: Auch im Kodizill kann gültig hinterlassen werden.

Der Rechtssatz von alters her lautet aber: Nur im Testamente wird gültig hinterlassen, das heißt für die Rechtsfolgen bedarf es des Tatbestandes eines Testamentes. Dieser Rechtssatz wird nicht geändert, indem etwa neben das Testament das Kodizill gestellt würde in der Form: Das im Kodizill Hinterlassene gilt, wie wenn es im Testament hinterlassen wäre; sondern es wird der Tatbestand des Kodizilles von seinem Platze bewegt und rechtlich so angesehen, als ob (was nicht der Fall ist) er den des Testamentes erfülle. Das ist die Fiktion: Das im Kodizill Hinterlassene gilt als in dem Testament hinterlassen, nicht: Es ist gültig, wie

wie Fein S. 284, oder gar wie das Idyll pr. J. de codicillis (2, 25) es darstellt.

wenn es durch Testament hinterlassen wäre. Die Arbeit, welche im Prozesse der Prätor allein leistet, das Bedürfnis anzuerkennen und seine Befriedigung juristisch zu vermitteln, leisten in unserm zivilrechtlichen Falle der Kaiser mit seinem Wunsche und die Jurisprudenz mit ihrer Konstruktion gemeinschaftlich. So wie der Prätor mit seiner Publizianischen Formel eine Änderung des Zivilrechts erspart, so erspart die Jurisprudenz mit ihrer Fiktion das gleiche. So wie der Kaiser mit seiner Anregung die Fiktion nötig macht, so der Prätor durch sein Publizianisches Edictum. Eben darum aber ist es die Aufgabe späteren Ausbaues, festzustellen, inwieweit die Gleichheit des Tatbestandes, welche supponiert wurde, auf die Einzelheiten der Rechtsfolgen wirken soll. So ist die Ausdehnung der Fiktion zwischen Proculus und Sabinus Cassius streitig, und Scaevola sagt in L. 14 D. 29, 7: *Esse debet, cui detur, deinde sic quaeri, an datum consistat, ut non ante iuris ratio quam persona quaerenda sit.* Wohl die eigenartigste Divergenz zwischen dem durch die Fiktion Bezweckten und dem durch die Fiktion Ausgedrückten wird durch den Ablauf der Zeit geliefert. Die ursprüngliche Fiktion lautet nicht: Was im Kodizill steht, soll so gelten, wie wenn das Kodizill ein Testament wäre, sondern, was im Kodizill steht, soll so angesehen werden, als stände es in dem Testament, welches außer dem Kodizill wirklich gemacht ist; nicht: es soll gelten, als stände es in einem Testament, sondern: es soll gelten, als stände es in dem Testament. Gerade dies zeigt deutlich, was ich vorhin den Notschrei der Jurisprudenz und der Theorie nannte: Wir haben ein Testament; Geltung hat nur, was im Testament steht; Geltung soll haben, was im Kodizill steht; also steht der Inhalt des Kodizills im Testamente, das Kodizill ist *pars testamenti* (L. 15 cit.). Ganz analog ist die Fiktion bei der Bedingung: *Cum semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset.* Diese Fiktion ist keineswegs das Resultat theoretischer Betrachtungen nach hüben und drüben, sondern die Denkform, unter welcher der Satz des älteren Rechtes überwunden wurde, daß die Rechtsgeschäfte nur unbedingt abgeschlossen werden könnten. Auch hier

ist die Frage des zeitlichen Intervalles die schwierigste. Der eigentliche Kern der Rechtsregel ist die Umgehung der Unmöglichkeit der Bedingungen, durch die *ex eventu* erfolgende Fiktion eines unbedingten Rechtsgeschäftes.

Eben die zeitlichen Schwierigkeiten sind es nun, mit denen sich unsere Julianstelle befaßt; und so ernst nimmt man es hier mit der Fiktion, daß für die Frage, ob der Sklave als eigener (zu Recht) oder als fremder (ohne Folge) freigelassen ist, in der Tat der Zeitpunkt der Testamentserrichtung herangezogen wird. Nicht leicht ist es, die Entscheidungen hier zu werten. Zwar das Vorangehende (pr.; § 1), welches sich auf Fideikomnisse von Gegenständen bezieht, ist ohne weiteres klar. Es ist trotz aller Fiktion entscheidend der Augenblick der Kodizillerrichtung. Wer zwischen Testament und Kodizill geboren ist, ist fähig, bedacht zu werden, wer in ebendiesem Zeitraum stirbt, kann im Kodizill nichts erhalten. Das stimmt mit Scaevola im negativen Teil, und geht im positiven einleuchtend über ihn hinaus. Hierauf erst wird die Fiktion eingeführt, und gestützt auf diese die Stellung des freigelassenen Sklaven entschieden. Es scheint auf den ersten Blick, als ob Julian der Fiktion einen engeren Spielraum lassen, am Ende gar sie auf die *libertates* beschränkt wissen wollte. Aber so oder so genommen, geht er auch jetzt noch den Folgen der Fiktion aus dem Wege: Denn er sagt, daß, wem der Sklave zur Zeit der Errichtung des Testamentes eigener, zur Zeit des Kodizills fremder sei, daß dann diesem Sklaven die Freiheit *non recte* gegeben werde. Es scheint nun zunächst, daß dies jener Fiktion widerspreche; denn, wenn es so angesehen werden solle, als würde ihm im Augenblicke des Testamentes die Freiheit gegeben, so würde sie ihm ja dazumal mit Recht gegeben. Es sind denn auch (schon von Cuiacius) Versuche gemacht worden, die Stelle durch einfache Weglassung des *non* zu heilen. Aber man muß sich vergegenwärtigen, daß, wenn auch fingiert wird, es sei der Sklave im Testamente freigelassen worden, damit noch nicht die ganze Entwicklung der Folgezeit annulliert wird. Wäre er im Testamente freigelassen, und darauf veräußert worden, so würde in der Veräußerung eine *ademptio*

nach Analogie der *ademptio legati* liegen.¹⁾ Wenn er nun nach geschehener Veräußerung im Kodizill freigelassen wird, so kann dies unter Zuziehung der Fiktion allenfalls bedeuten, daß ihm damals die Freiheit hinterlassen und durch die Veräußerung genommen sei, d. h. mit andern Worten, daß ihm die Freiheit *non recte* gegeben sei, denn indem sie von Testamentszeiten her zur Entstehung kommt, ist sie von Veräußerungszeiten her bereits widerrufen. Daher möchte, dem Sinne nach, etwa *recte data, sed alienatione adempta videtur* gesagt worden sein, was dann von den Kompilatoren in *non recte l. d.* verkürzt worden wäre. Dagegen aber, wenn er zur Zeit des Testamentes ein Fremder war, so ist er eben als Fremder freigelassen, und die Frage ist nur, ob der spätere Eigentumserwerb hier noch etwas bessern kann; ich glaube, daß mit „et ideo“ die Julianische Äußerung hierüber begonnen hat; aber sie hat vor den Kompilatoren nicht bestanden, infolgedessen haben sie an Stelle der verlorenen Äußerung von Julian den Satz gesetzt: „*Licet directae libertates deficiunt, attamen ad fideicommissarias eundum est.*“ Er trägt das Gepräge der Byzantiner²⁾ zu deutlich, als daß viel Worte nötig wären; nur darauf möchte ich nochmals hinweisen, daß in derselben leicht abbrechenden Weise, wie in der zitierten § 24, § 10 D. 40, 5 bei Ulp., so hier bei Julian die fideikommissarische Freiheit herbeigeht, zu dem Zwecke, die unbequemen Rechtsätze über direkte Freilassung beiseite zu schieben, und Verfügungen aufrechtzuhalten, denen die strengen Rechtsätze im Wege stehen.

Es ist freilich nicht wohl möglich, im einzelnen zu bestimmen, was Julian wirklich gesagt hat, aber folgende Vermutung will ich doch nicht verschweigen:

Es ist erstaunlich, daß Julian im pr. § 1 das Hinscheiden eines Legatars, der in der Zeit zwischen Testament und Kodizill stirbt, ganz ohne Rücksicht auf die Fiktion unter-

¹⁾ § 1 J. 2, 14, womit man vergleichen kann L. 14 pr. D. 30: *et ait Aristo unum videri legatum, nam quod alienatum est nec datum videri secundum Celsi et Marcelli sententiam, quae vera est.* — ²⁾ Auch Lenel hält ihn für interpoliert; ebenso Anton Faber, über den Fein leichthin abspricht.

scheidet, dann aber die Fiktion einführt und nur auf die Veräußerung des mortis causa freigelassenen Sklaven anwendet. Sachlich nicht minder als formell erstaunlich: denn warum sollte aus dem perinde habendum nur auf die libertas ein Schluß gezogen werden? Aber dem Falle der libertas liegt allerdings ein allgemeines Prinzip zugrunde, welches ich schon angedeutet habe: die zeitliche Verschiedenheit des Testaments und der Kodizillerrichtung; nun fragt es sich, ob allein für Freilassungen diese Quelle des Zweifels vorhanden ist. Gewiß: zuständig zur Freilassung (directo) ist nur der Herr, es kann sein daß der Erblasser im einen Zeitpunkt Herr war, im anderen nicht, darum ist hier zu erwägen. Aber dieser Fall ist nicht der einzige: es gab einen zweiten im klassischen Recht: Wenn per vindicationem legiert war, so mußte die Sache (wenn sie nicht pondere nummo mensura valebat): utroque tempore testatoris ex iure Quiritium sein, id est et quo faceret testamentum et quo moreretur; alioquin inutile est legatum (Gai. II, 196), und: si quis rem suam legaverit deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatus consulto confirmari. (Der Grund für die letztere Ansicht sei, daß auch beim Damnationslegate exceptio doli dem entgegengestellt werde, der es auch dann fordere, wenn nach der Testamentserrichtung die Sache veräußert sei.)

Diese Rechtslage nun ist nicht die gleiche wie beim Sklaven: aber für die Fiktion immerhin doch eine analoge, denn wenn die Sache im Moment der Testamentserrichtung eigene, in dem der Kodizillerrichtung fremde war, oder umgekehrt, so mußte die gleiche Frage auftauchen: ob dem Erfordernis des eius esse ex iure Quir. genügt sei oder nicht.

In diesen beiden Anwendungen scheint sich aber das praktische Wirken der Fiktion erschöpft zu haben, denn sonst wird sie meist nur erwähnt um abgelehnt zu werden: Sie hatte den Wert, wenn die Rechtsnotwendigkeit einer Verfügung vom Eigentum des Erblassers an dem Gegenstande abhängig war, zum maßgebenden Zeitpunkt den des Testamentes zu erklären: der des Kodizills war kein kritischer Punkt, sondern stand zwischen den beiden, der

Errichtung und des Todes, so mitten inne, daß er für die schließliche Wertung des Ergebnisses ausfiel: Eigentum in diesem Kodizill-Punkte reichte nicht aus, das Eigentum an einem der beiden maßgebenden Zeitpunkte zu ersetzen, das möchte der Wert der Fiktion sein, ihr materieller Inhalt, wie Fein dasjenige genannt wissen will, was über die Denkform hinausgeht, die dem Kodizill Geltung ermöglicht. —

L. 4, § 2 D. 40, 4. *Illud constabit, si libertate data sic fuerit legatum eique, si eum vindicta liberavero; heres meus decem dato, licet ex nimia suptilitate separatum est a testamento, attamen humanitatis intuitu valebit legatum, si vivus eum manumiserit.*

Pomponius erörtert im 2. Buche ad Sabinum die Frage, wie die Legate an einen testamentarisch freigelassenen Sklaven sich verhalten, wenn der Erblasser ihn zum Überfluß schon bei Lebzeiten freigelassen hat. Im einfachen Fall ist kein Zweifel, aber auch dann, wenn dem „*liber esto*“ noch ein „*cum liber esto, decem heres dato*“ hinzugefügt ist, gilt dasselbe. Darauf folgt der oben abgedruckte dritte Fall. Auch hier kann ja gar kein Zweifel sein, daß die Entscheidung von *licet* an verwirrt ist, denn die Gegensätze die mit *licet-attamen* aufeinanderprallen sollen, sind gar keine Gegensätze, wenn man den Satz: „*si vivus . . . manumiserit*“ hinzunimmt. Lenel (Pomponius 394) sagt mit dem in solchen Dingen selbstverständlichen Fragezeichen: *quia sep. est a test., non valere legatum nisi (Pomp.?) vivus eum manumiserit?* Hierdurch werden alle formellen Mängel geheilt, und es bleibt nur das sachliche Bedenken, warum hier überhaupt geändert wurde, da doch der Sinn derselbe bleibt. — Die Verfügung selbst ist keineswegs so gering zu achten, wie es der überlieferte Text tut. Denn es läßt sich sehr wohl denken, daß der Erblasser auf alle Fälle dem Sklaven die Freiheit geben will, und sich dabei vorbehält, ihm auch noch etwas zu hinterlassen für den Fall, daß der Sklave sich besondere Verdienste erwirbt. Diesen Grad von Verdiensten soll der Sklave erreicht haben, wenn er *vindicta* freigelassen wird, d. h. der Testator wählt sich ein äußerlich erkennbares Zeichen für den Eintritt der Bedingung des Legates. Der ist ihm würdig des Legats, den er *vindicta*

freigelassen haben wird; denn eben dann wird er ihn vindicta freilassen, wenn er ihm des Legates würdig erscheint. So wie beim testamentum mysticum quem heredem codicillis fecero, heres esto (L. 78 D. 28, 5). Man kann, um das Verfahren der Kompilatoren überhaupt zu erklären, auch daran denken, daß der Fall gar nicht so lag, wie es in den Pandekten steht, sondern daß einfach die Bedingung eines Legates die Freilassung vindicta war, und daß dies überhaupt nicht als genügende Unterlage für das Legat betrachtet wurde, weil die Freiheit nicht unbedingt im Testament ausgesprochen war. Ist Lenels Vermutung die richtige, so muß man meines Erachtens annehmen, daß der Satz: „Si vivus eum manumiserit“ von den Kompilatoren bei einer zweiten Lesung hinzugefügt worden ist, nachdem sie bei der ersten Lesung den Erben zum Schuldner für das Legat schlechthin erklärt hatten.

Soll ich eine Vermutung aussprechen, die natürlich beweislos bleiben muß, so will ich es als das mir Wahrscheinlichere erklären, daß von den Kompilatoren 2 Fälle zusammengezogen wurden, von deren erstem allein uns der Tatbestand überliefert worden ist. Für diesen lautete die Entscheidung, wie „illud constabit“ andeutet, dahin, daß selbstverständlich der Erbe nur schulde, wenn der Testator bei Lebzeiten vindicta freigelassen habe. Danach aber wurde der Fall vorgebracht, daß der Erblasser überhaupt nur gesagt hatte: „Sticho, si eum vindictam manumisero, heres meus decem dato.“ Hier konnte Suptilität die Frage aufwerfen, ob dem Erfordernis der Freilassung im Testament genügt sei.

Ebenfalls von Pomponius ist L. 19 D. 41, 1, welche mitten in das Referat über die Ansicht gar alter Juristen folgenden Satz einschiebt: „Sed licet ei minime acquirit, attamen, si voluntas evidens testatoris appareat, restituendam esse ei hereditatem.“ Lenel (414) bemerkt hierzu: „Sed licet ei minime(!) acquirit(!), attamen hereditatem] potest dubitari, num haec Pomponii sint.“ Lenel hat sich milde ausgedrückt. —

L. 16 D. 28, 1. „Pomponius libro singulari regularum. Filius familias et servus alienus et postumus et surdus testamenti factionem habere dicuntur: licet enim testamentum

facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi vel aliis acquirere possunt. Marcellus notat: furiosus quoque testamenti factionem habet, licet testamentum facere non potest: ideo autem habet testamenti factionem, quia potest sibi acquirere legatum vel fideicommissum: nam etiam compotibus mentes personales actiones etiam ignorantibus acquiruntur.“ Eine andere Gruppe von Stellen hat das Gepräge, platten Wahrheiten durch die Kontradiktion licet attamen den Schein des Tiefsinns zu geben. Unter diesen setze ich vorstehende an den ersten Platz, weil bei ihr der betreffende Satz gar wohl aus dem § 1 herausgezogen sein kann. Ebensowohl kann sich auch im § 1 an die Behauptung des Satzes die Motivierung mit quia direkt angeschlossen haben. Im Sinne der Klassiker dürfte eine Begründung für die testamenti factio passiva mit dem Zugeständnis, daß die activa fehlt, außerhalb des durch ihr Sprachgefühl gebotenen gelegen haben.¹⁾

Die Stelle ist erweitert in die Institutionen (§ 47. 2, 10) aufgenommen, mit einem Vorwort, welches jenen Satz licet attamen in verfeinerter Gestalt wiedergibt; vielleicht ist sie in den Pandekten nach jenem Vorwort ausgebaut. Sonst kommt in der Zeit des Pomponius für die sogenannte Testamenti factio passiva nur mehr: cum eo est testamenti factio vor; erst Ulpian's Regulae sagen dafür: testamenti factionem habere; freilich steht in L. 16 pr. auch nur testamenti factionem habere dicuntur. In das Einzelne einzudringen vermag ich nicht.

L. 17 D. 16, 3: Florentinus libro septimo institutionum. Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt: nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur. Ich nehme auch hier an, daß die für den Zweck des Florentinus ganz übermäßig üppige Phrase von den Kompilatoren angebracht ist, um den Übergang vom depositum zum Sequester zu übermitteln. Gaius L. 58 pr. de V. S.: „Licet inter gesta et facta videtur quaedam esse subtilis differentia, attamen *καταχρηστικῶς* nihil inter factum et gestum interest. Paternos liberos recte videmur dicere nostros liberos:

¹⁾ Fol. 12^a.

liberorum libertos non recte nostros libertos dicimus.“ Die Stelle bezieht sich auf das Edikt: „De curatore bonis dantur“ (Lenel S. 315) und erläutert die Worte *acta, facta gestaque*. Ganz gewiß hat Gaius gesagt: *καταχρηστικῶς* inter *facta gestaque* nihil interest; aber ebenso gewiß hat er nicht die nichtssagende Einleitung gewählt, welche wiederum in L. 58 die Appretur für die Zwecke des Pandektentitels de Verborum significatione verrät.

Ebenfalls von Gaius ist L. 17 D. 5, 3, über welche ich (Interpolationen S. 85) gehandelt habe. Ich bin davon ausgegangen, daß Gaius folgenden Gedankengang hatte. Wenn der Besitzer der Erbschaft, gutgläubig, aus eigenem Vermögen Zahlungen zum Zwecke der Befriedigung der Legatäre macht, so muß er gewärtigen, daß der Intestaterbe ihm die Erbschaft wieder abnimmt, und er dann das Gezahlte nicht von der Erbschaft abziehen kann, weil es nicht aus der Erbschaft gezahlt ist. Darum wird ein vorsichtiger Mann in diesem Falle die prätorische Kautio vom Empfänger zur Vorbedingung der Zahlung machen. Das Risiko, das er läuft, ist aber nur das faktische des *nomen bonum* des Empfängers; denn daß er die *condictio indebiti* gegen den Empfänger hat, geht aus L. 1 u. 2 D. 12, 6 hervor und ergibt sich auch aus allgemeinen Regeln: Er zahlt es, weil er glaubt, es ex testamento zu schulden, und kann es zurückfordern, weil er es in der Tat nicht schuldet. Ebenso, wie wenn aus einem Testament gezahlt ist: *quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur, vel si post multum temporis emergerit aes alienum*. Darum ist das *damnum*, welches Gaius im Sinne hat, ein durchaus eventuelles; man konnte es aber auch auffassen als ein *damnum*, welches ihn trifft, weil er kein Rechtsmittel hat, als ein *damnum*, das ihn allemal trifft, wenn er keine Kautio sich hat stellen lassen. Dies aber wäre namentlich dann zu hart, wenn er keine Veranlassung hatte, an seinem Erbrecht, und also an seiner Zahlungspflicht zu zweifeln; von diesem Standpunkte aus, der aber juristisch unhaltbar ist, war es billig, ihm gerade für den Fall der Zahlung vor entstandener Kontroverse die Rückforderung zuzubilligen. Das Mißverständnis des Gaius, aus welchem heraus ich alles

auf attamen Folgende erklärte, war nun, daß man ihm den Standpunkt beigelegt hatte, von dem aus die repetitio nicht als selbstverständlich gegeben, sondern als nur im Falle der Zahlung vor entstandener Kontroverse, als durch die Billigkeit empfohlen erschien. Vollends der letzte Satz, der wegen der Unsicherheit der Bonität des nomen des Empfängers den zahlenden Erbschaftsbesitzer sogar an den Erben verweist, fiel ganz aus dem Rahmen der Gaianischen Konstruktion. Ebendies ist das Resultat von Lenel (*Palinogenesia* 143).

Es bleiben noch übrig drei Stellen von Papinian; die erste derselben ist bereits erörtert, sie kann ausweislich der Berliner Fragmente nicht so gelaute haben, wie die Pandekten es überliefern. Die zweite ist L. 29, 51 D. 39, 5: „*Quidam in iure interrogatus nihil sibi debere tutoris heredes respondit; eum actionem iure amisisse respondi: licet enim non transactionem, sed donationis haec verba esse quis accipiat, attamen eum, qui in iure confessus est, suam confessionem infirmare non posse.*“ Wenn nicht die Pariser Fragmente wären, so würde diese Stelle schwerlich verdächtig erscheinen. So aber muß damit gerechnet werden, daß eine Veränderung vorgenommen ist, durch welche etwa eine Bemerkung Papinians über die Cincia verdrängt wurde. Ebenso wird in L. 14 D. 37, 1: „*Cum quidam propinquus falsum testamentum accusaret ac post longum spatium temporis probasset, licet dies ei petendae possessionis, quam forte certus accusationis petere debuit, cessisse videtur, attamen, quia hoc proposito accusationem instruit, ut suum ius sibi servet, adgnosuisse successionem non immerito videbitur*“ zu erwägen sein, ob statt *licet-attamen quia* (*hoc proposito*) eine längere Ausführung gestanden hat. An eine Entgegenstellung der *cretio* und *bonorum possessio* möchte ich um deswillen nicht denken, weil gerade *possessio* für *bonorum possessio* dem Papinian eigentümlich ist. Dagegen ist, wie schon Cujacius andeutet, der Gegensatz zwischen *pro herede gestio* und *petitio bonorum possessionis* hier wohl im Spiele, und es ist nicht wohl denkbar, daß eine schärfere Gegenüberstellung beider Institute mit Rücksicht auf das Konstantinische Gesetz (C. 6, 9, 9), welches auch für

die bonorum possessio eine Art gestio genügend sein läßt, von den Kompilatoren ebenso beseitigt worden ist, wie sie oft petere b. p. dem agnoscere b. p. geopfert haben: dann blieben alle Papinianischen Kunstausrücke bestehen, nur licet und attamen fielen aus.

Eine Vermutung über Papinian wage ich nicht, möchte vielmehr nur bemerken, daß hier wie öfters Papinianische Worte in Antipapinianischem Sinne aneinandergereiht zu sein scheinen.¹⁾

Paulus und Marcian gebrauchen unsere Phrase selten (L. 7 D. 3, 2, L. 82, § 2 D. de leg. II — L. 2 D. 1, 22) und in wenig charakteristischen Stellen.

Dagegen sei noch hingewiesen auf zwei Stellen, in denen Tryphoninus etsi-attamen und Celsus quamvis-attamen aufweisen: Thryphoninus L. 67, § 1 D. 23, 2: „De uno dubitari potest, si avus tutelam gessit neptis ex filio emancipato natae, an nepoti ex altero filio eam collocare possit sive emancipato sive manenti in potestate, quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet. sed etsi senatus consultum stricto iure contra omnes tutores nititur, attamen summae affectionis avitae intuitu huiusmodi nuptiae concedendae sunt.“ Der letzte Satz hat der Anstöße zu viel, als daß man ihn für klassisch ansehen sollte, ja er vereinigt in sich eine große Zahl von Merkmalen der Unechtheit.²⁾

Celsus wird in der beregten Stelle ein hohles Wortgetön beigelegt, von dem auch Lenel (5) bemerkt: *Sequentia non videntur esse Celsi*. Die Stelle mag, wie die von Lenel unmittelbar vorangestellte, von den pacta dotalia gehandelt haben und statt ipsius etwa mulieris gestanden haben. Durch die Verallgemeinerung, in der wir die Stelle vor uns haben, mag für das Ursprüngliche eine Verkehrung ins Gegenteil notwendig geworden sein.

Wenn ich das Vorseverische Material überblicke, so ergibt sich mir als wahrscheinlich, daß vor Caracalla der emphatische Ausdruck licet (u. ähnl.)-attamen der nuch-

¹⁾ So ist L. 40 D. 40, 4 mir immer noch ein Rätsel, ebenso L. 4 D. 22, 1. — ²⁾ Auch Mommsen sagt: u. . . quia et . . . et is postea . . . intercessisset adiuncta esse ab Iustinianis, qui praeterea . . . merum vocabulum tollere debebant videntur.

ternen Juristensprache fremd war. In die Digesten wurde er eingesetzt, teils bei der Unterbringung landläufiger Phrasen, teils mit Vorliebe in der Herausarbeitung ganz bestimmter Gegensätze: Direkte und fideikommissarische Freiheit, strictum ius oder suptilitas iuris und aequum et bonum oder Verwandtes gerade bei Testamenten. Die suptilitas iuris ist bei den verschiedensten Juristen auffällig oft mit licet-attamen in Verbindung gesetzt: Julian L. 13 pr.: suptili iuris regulae — humanitate suggerente; Pomponius, L. 4, § 2 nimia suptilitate — humanitatis intuitu; Gaius, L. 58: suptilis differentia, — *καταχρηστικῶς*; Papinianus, L. 17: suptilitas iuris — ex aequo et bono¹⁾, und bei etsi-attamen Thryphoninus stricto iure — summae affectionis avitae intuitu.²⁾ Hierzu treten die beiden Ulpianstellen L. 12 pr. D. 28, 3: Iuris scrupulositate nimiaque suptilitate (wo mindestens statt dieser Worte iure civili zu erwarten ist) und L. 24, § 10 D. 40, 5. Iure suptili — quasi et fidei comissaria libertate relicta.

Dieses Zusammentreffen ist kein zufälliges: ist es doch gerade die suptilitas der veteres, deren ambiguitates Justinian in seinen Decisiones so oft schilt. So gibt er denn öfters der suptilitas ihr Recht, aber nicht die Macht, die realen Verhältnisse zu beherrschen; diese vielmehr folgen einer anderen Potenz: humanitas, benignum u. ähnl. Auch die Juristen des Principats haben von allzugroßer Subtilität gesprochen, aber ihnen ist das Subtile, an das man sich nicht kehren mag, die allzu korrekte Deduktion, dem Justinian ist es das alte Gesetz und Recht selber.

Gaius IV, 30 schreibt das odium der legis actiones dem Umstande zu, daß wegen der nimia suptilitas der veteres, — nämlich in der Auslegung der actiones —, es dahin kam, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Er nennt es

¹⁾ Man kann damit vergleichen L. 47, 1 D. 46, 1 von Papinian: Patri quidem, si non est reus obligatus, non tenebitur. Filio vero humanitatis intuitu obnoxius esse debet, wo ich den letzten Satz (Filio vero, der in der Sekundär-Stelle von Paulus, L. 132, § 1 de V. O. fehlt, als eine 'interpolatione formale' streichen möchte: Wenn schon Paulus dies unterdrückt hat, wie viel mehr Papinian. — ²⁾ Zwei humanitatis und zwei intuitu.

(Gai. III, 94) *nimum suptiliter*, wenn man die völkerrechtliche sponsio mit der privatrechtlichen parallelisiert.

So sagt auch Julian L. 51, § 2 in f. D. 9, 2: *multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest; unum interim posuisse contentus ero: cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri quia neminem verum sit eam sustulisse.* Hier wird nicht ein Gesetz gescholten sondern die pedantische Auslegung verpönt. Ähnlich Celsus (L. 11 D. 8, 3) über die *suptilis ratio* bei der in iure cessio einer servitus am fundus qui plurium est. So schon Labeo (bei Pomp. L. 32, § 2 D. 41, 3) von der *mera suptilitate* zu gebenden Entscheidung, daß wenn mehrere auf dem Grundstück seien, und nicht wissen zu welchem Teile, keiner besitze: denn *incertam partem possidere nemo potest*. Merkwürdig genug ist es in allen drei Fällen die Schwierigkeit der Verteilung der Rechtsposition unter mehreren, worüber nicht die *suptilitas* wohl aber die Jurisprudenz hinwegkommt. Eine *distinctio suptilis* wendet Callistratus oder Papirius Fronto? — L. 4, § 2 D. 14, 2 an und von einer *suptilis diligentia* spricht Arcadius Charisius L. 10, § 5 D. 48, 18, das sind neutrale Beobachtungen, denn *suptilitas* hat keineswegs den Beigeschmack des Unpraktischen. Aber ganz ein anderes ist es, wenn Julian oder Ulpian es als eine *suptilis regula*, oder *iuris scrupulositas nimiaque suptilitas* verwerfen sollen, daß *agnatione sui heredis rumpitur testamentum*: das können diese Juristen ja gar nicht. Und so steht es auch um die anderen Fälle der *suptilitas*, die sich nicht mit *attamen* kreuzen, sondern andere Ableitungen für die gemäß der *suptilitas* erfolgende Entscheidung finden.

Vom *iure suptili* spricht außer L. 24 § 10 D. 40, 5 (Ulp. — *attamen*) noch L. 12, § 5 D. 49, 15 (Tryph.): Es ist dies einer der Fälle in denen Mommsen die Interpolation konstatierte, weil nur unter Annahme einer solchen überhaupt zu helfen, da auch formell schlecht interpoliert war: auch hier kommt als Widerspiel *humanitatis rationi congruum*. — Die *suptilitas verborum* bei Julian L. 20 D. 12, 1:

mit dem Gegensatz *benignius autem est* ist längst erkannt; ihr ist die *iuris suptilitas* mit dem gleichen Gegensatz *fac.* L. 25 D. 39, 5 anzugliedern; vollends die angebliche *suptilitas* der *conceptio formularum* Paul. L. 46 D. 3, 5 ist methodisches Einschiebsel. Zweifelhaft ist, wie es mit '*secundum meram suptilitatem*' Ulp. L. 3, § 1 D. 34, 4 steht; hier dürfte die Phrase Ulpianisch, die folgende Deduktion mit *Sempronio repellendo* — *tunc Sempronius legatum accipit et non Titii heredes* stark verändert worden sein. *Suptilitate iuris obstrictus* im Gegensatz zur *doli exceptio* bei Ulp. L. 36 D. 45, 1 ist Referat über den Stand des Rechts, und mit L. 12 pr. D. 28, 3 doch nicht auf eine Linie zu stellen. Marcian L. 16, § 6 D. 20, 1 und L. 8, § 10 D. 20, 6 sind immerhin auffallend: erstere Stelle: *quantum quidem ad suptilitatem legis et auctoritatem sententiae non probo: . . . sed humanius est* ist stark belastet, letztere: *hae enim suptilitates a iudici-bus non admittuntur* erinnert an Celsus L. 2 D. 23, 3. Indes ist in L. 16 § 6 nicht der Tadel gegen einen Rechts-satz, sondern nur die Abweisung eines Privatwillens ausgedrückt. Die *suptilitas iudicialis* Ulp. L. 10, § 1 D. 34, 5 ist ohne tadelnden Beigeschmack, steht aber in einer sonst nicht haltbaren Umgebung.

So greifen *licet-attamen* und die *suptilitas* (bei Rechts-sätzen) ineinander, um die meisten der mit ihnen behafteten Stellen zu kennzeichnen.