Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict.

Von

E. Huschke.

Unter dem obigen Titel hat Rudorff eine Abhandlung in der Akademie der Wissenschaften gelesen und auch in dieser Zeitschrift (Bd. VIII. S. 62—99) abdrucken lassen, welche gegen eine Untersuchung desselben Gegenstandes von mir¹⁾ gerichtet ist und theils deren Resultate wenigstens in der Hauptsache als verfehlt darzustellen sucht, theils eine ganz neue Ansicht über das interdictum fraudatorium im Zusammenhange mit Rutilius übrigen Leistungen, insbesondere für den Römischen Concurs entwickelt.

Da diese Abhandlung weder in ihrem antithetischen noch in ihrem thetischen Inhalt mich zu überzeugen vermocht hat, so wird es gestattet sein, meine Gründe für das eine wie für das andere in derselben Zeitschrift darzulegen. Leider befinde ich mich dabei, wenn ich nicht durch zu viele Wiederholungen lästig fallen will, in der ungünstigen Lage von dem Leser wünschen, wenn nicht voraussetzen zu müssen, daß er die eine und die andere Abhandlung gelesen habe. Doch ist dieses zur Gewinnung eines gründlichen Urtheils über die ganze Materie bei der Schwierigkeit derselben — freilich noch mehr in den von Rudorff nicht behandelten Punkten,²⁾ als in denen, worauf sich seine Ansicht

¹⁾ P. Rutilius Rufus oder A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium: in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Neue Folge XIV. S. 1—130.

²⁾ Besonders rechne ich dahin die Bestimmung des Beklagten in der actio Paulliana als einer in rem actio gleichsam de universitate, die aber zugleich durch ein subjectives Moment (non ignorante eo) bestimmt wird, gegenüber dem seiner Natur nach persönlichen Interdict und der mit ihm zugleich eingeführten ebenfalls persönlichen in factum actio, Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. IX.

bezieht — ohnehin fast unerläßlich, und die hauptsächlichsten Streitpunkte, soweit sie sich isolirt behandeln lassen, hoffe ich doch auch in dieser Abhandlung selbständig klar machen zu können.

I.

Rutilius. Das munus gladiatorium und die auctorati.

Rutilius Leben und Schicksale und was wir sonst von seinen Leistungen als Jurist und Staatsmann wissen, hat zwar auch Rudorff wieder zur Charakteristik desselben vorgeführt, ohne daß mir jedoch hierin etwas Neues begegnet wäre. Ich selbst füge bei dieser Gelegenheit zu dem früher Beigebrachten noch eine Notiz aus einem zwar späten und wenig gelesenen, aber darum nicht weniger vertrauenswerthen Schriftsteller hinzu, weil sie uns wahrscheinlich von der wichtigsten unter den vielen Reformen Kunde gibt, die von diesem ausgezeichneten Manne ausgingen. Der Bischof Ennodius preist in seiner Lobrede auf König Theodorich dessen Einrichtung, schon die Jugend in Scheinkämpfen für den zukünftigen kriegerischen Beruf sich üben zu lassen, indem er ihre Vorzüge vor einer frühern ähnlichen Maßregel, dem Volke seinen kriegerischen Sinn zu bewahren hervorhebt, von der er sagt:

Rutilium et Manlium comperimus gladiatorium conflictum magistrante populis providentia contulisse, ut inter theatrales caveas plebs diuturna pace possessa, quid in acie gereretur, agnosceret. Sed tunc feriatibus manibus frustra sociae mortes ingerebantur.³⁾

die Grundsätze über die Prästationen der Parteien in beiden Hauptklagen und über die Behandlung des Eingeklagten. Was Rudorff darüber gelegentlich Abweichendes beibringt (z. B. S. 95. 96) erledigt sich mit der Hauptfrage von selbst.

³⁾ Ennodii opera ed. Schott. 1611. p. 417 oder Jac. Sirmondi opp. Paris. 1696. I. p. 1614. Die Stelle ist auch den Schriftstellern über die gladiatorischen Spiele entgangen, namentlich Friedländer im Rhein. Mus. f. Philol. Bd. 10. S. 544 flg. und in Becker-Marquardt Röm. Alt. Bd. 4 S. 554 flg., daher auch wohl dem von ihm benutzten, mir nicht zugänglichen W. Henzen explicatio musivi Borghes. in den dissertazioni della pontif. accadem. 1852. Ebenso wenig ist sie von den Geschichtschreibern benutzt und dürfte überhaupt einer neu entdeckten Quelle gleichstehen. Im Index der Schottischen Ausgabe werden Rutilius und Manlius für zwei Gladiatoren erklärt.

Es sind offenbar die Consuln des J. 649 gemeint, unser P. Rutilius Rufus und Cn. Manlius (auch Mallius oder Manilius) Maximus. Die Fechterspiele, zuerst 490 aus Etrurien in Rom eingeführt, waren wenigstens noch im ganzen sechsten Jahrhundert lediglich Privatspiele, zu Ehren Verstorbener von deren Hinterbliebenen gegeben, kommen aber gegen Ende der Republik auch als regelmäßig wiederkehrende amtliche Spiele zu Ehren von obern Göttern⁴⁾ vor, in Gleichstellung mit den scenischen, die diesen Rang schon in der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts erlangt hatten.⁵⁾ Ennodius sagt uns nun, wann, von wem und in welcher Absicht diese Neuerung ausgegangen sei; denn Consuln konnten doch dieses Geschenk dem Volk nur unabhängig von Privatveranstaltungen machen und vom Prätor angesagte Ferien, worauf der Ausdruck *feriatis manibus* zugleich hindeutet, lassen sich wenigstens in jener Zeit auch nur bei öffentlichen, wenn auch nur honoraren, Spielen denken⁶⁾. Hinsichtlich des Zwecks waren es aber wohl die wiederholten furchtbaren Niederlagen in dem Kriege mit den Cimbem und Teutonen, besonders in eben diesem Jahre 649 — wovon eine auch der Consul Manlius selbst erfuhr⁷⁾ — welche die Maßregel veranlaßten. Die alte wohlhabende Bürgerschaft, durch Griechische Sitten und Laster verweichlicht, schien unfähig geworden, dem rohen Muthе solcher Barbaren, wie sie Rom damals zuerst im Kriege kennen gelernt hatte, Widerstand zu leisten. Diese Ueberzeugung lag Marius' bald darauf erfolgtem Uebergange zu einem geworbenen und dressirten Proletarierheer zu Grunde. Innerlich wurde sie aber von seinem Freunde und Waffengenossen Rutilius neben andern Maßregeln⁸⁾ durch den Plan vorbereitet, mittels

⁴⁾ So an den Cerealien 712 nach Dio 47, 40, wo als *Stentum* nur das anzusehen ist, daß solche Spiele statt der circensischen und nicht bloß neben denselben gegeben wurden.

⁵⁾ Friedländer bei Becker-Marquardt a. a. O. S. 523. 554.

⁶⁾ E. Huschke das Röm. Jahr S. 264. 343 flg.

⁷⁾ Vergleiche überhaupt Mommsen Röm. Gesch. Bd. 2. S. 178 flg.

⁸⁾ Einführung eines neuen der Fechtschule entlehnten *Exercitium* und Vermehrung der Rechte der von den Consuln ernannten Kriegstribunen, auf denen die Disciplin des Heeres hauptsächlich beruhte. Meine frühere Abh. S. 18. Vgl. auch Mommsen a. a. O. S. 196. Beides — auch die

regelmäßiger Vorführung wirklicher Schlachtszenen im Frieden den gemeinen Römer künstlich von Jugend auf an eine jener barbarischen ähnliche Verachtung von Schmerz und Tod zu gewöhnen und dadurch dem Einflusse der scenischen Spiele, die sich nicht mehr abschaffen ließen, entgegenzuwirken⁹⁾. Er legte damit den Grund zu einer der charakteristischsten Einrichtungen des Römischen Kaiserreichs, welches sich der wilden Tapferkeit jener nun dauernd anstürmenden Völker durch die raffinierte Verwilderung des Colosseum und seiner zahlreichen Tochteranstalten zu erwehren suchte. Auch wird er seinen Plan nicht bloß durch ein Senatusconsult über die Zulassung solcher Spiele, die in der Folge während der Zeit der Republik regelmäßig von den Prätores gegeben wurden (Dio 54, 2), realisiert haben. Die notwendige Voraussetzung ihrer öffentlichen Reception, das Recht des *ad gladium auctoratus*¹⁰⁾, sonst eine Anomalie im Römischen Recht und wahrscheinlich dem Etruskischen oder Samnitischen Rechte entlehnt, bedurfte nach Entstehung und Wirkung einer besonderen gesetzlichen Grundlage, die ihm, sobald man das Verhältniß überhaupt öffentlich anerkannt, gegeben werden mußte und nur von einem tüchtigen Juristen gegeben werden konnte, und so werden wir auch dafür eine *Lex Rutilia* in diesem Jahr annehmen müssen.

II.

Factum und gestum.

Die Verbindung, in welche ich Rutilius mit dem *interdictum fraudatorium* als Urheber desselben gebracht hatte, beruhte darauf, daß er nach Cic. de orat. 2, 69. §. 280 in seinen Hausbüchern zur Entschuldigung verspätet eingetragener Posten sich der Formel *A(nte) F(actus) P(ost) R(elatus)* bedient hatte, während die gewöhnliche nach Front. ep. ad Anton. imp. 1, 5.

Lex Rutilia über die Kriegstribunen, die ich früher in das Tribunal des Rutilius gesetzt hatte, wird man nun dem Consul Rutilius in Verbindung mit der Maßregel wegen der Spiele beizulegen haben.

⁹⁾ Ueber diese Auffassung der Fechterspiele aus dem Gesichtspunkt der Römischen Politik vgl. Cic. Tusc. 2, 20, 46. Plin. paneg. 33, 1.

¹⁰⁾ Die Stellen darüber s. bei Lips. Saturn. 2, 5. Brisson. de verb. sign. s. v. *auctoramentum* und *auctorari*. Schulting iurispr. antei. p. 746. Dirksen observ. ad tab. Heracl. part. alt. p. 93. Friedländer a. a. O.

A(nte) G(estum) P(ost) R(elatum) lautete — was ihm in einem Criminalprozeß verderblich wurde — und daß wir außerdem in der ganzen Geschichte des Römischen Rechts nur noch einen Fall kennen, in dem auch zwei Formulare für dasselbe Rechtsinstitut vorkommen, von denen das spätere von dem frühern in der materiellen Fassung seiner Voraussetzung (womit aber freilich noch anderes Wichtigeres zusammenhing) nur durch die Substitution von *facere* an die Stelle von *gerere* sich unterscheidet, nehmlich die beiden Rechtsmittel zwecks Revocation zur Verkürzung der Gläubiger geschehener Handlungen, das *fraudatorium interdictum* im Verhältniß zur *Paulliana actio*. Gerade je näher nun beide Ausdrücke mit einander verwandt sind, so daß nach Gaius nur bei eigentlichem Gebrauch derselben ein wirklicher Unterschied unter ihnen besteht,¹¹⁾ desto wahrscheinlicher wird es, daß derselbe durch Reformen im Großen und im Kleinen sich auszeichnende Rutilius, dessen durchgreifende Verbesserung des früheren

¹¹⁾ L. 58 pr. D. de verb. sign. (50, 16) lib. 24 ad ed. provinc. (wo er nach L. 16. D. de reb. auct. iud. poss. (42, 5) von der bonorum venditio und also auch von der Paulliana actio handelte): *Licet inter gesta et facta videtur quaedam esse subtilis differentia, attamen κατὰ χρηστικῶς nihil inter factum et gestum interest.* Ich habe hierin früher (meine Abh. S. 17 vgl. Rudorff S. 72) mit Göddäus eine Erläuterung der Edictsstelle über die *curatores bonis dandi* (L. 2. §. 1. D. de cur. bon. dando 42, 7): *quaeque per eum eosve, qui ita creatus creative essent, acta, facta gestaque sunt, rata habebuntur* gesehen. Aber dann würde bei Gaius *facta* voranstehen und auch *acta* erläutert worden sein, wie Labeo bei Ulpian L. 19. D. de verb. sign. (50, 16) drei ähnliche Worte aus einer andern Stelle des Edicts sämtlich erklärt. Gaius wird also vielmehr bei Erläuterung des Ausdrucks *fraudandi causa gesta* einen vorläufigen Blick auf die Ausdrucksweise des fraudatorischen Interdicts geworfen haben während er von dem letzteren im 26. Buch in der Lehre von den *Interdictis* sprach. Denn daß er hier und Julian im 49. Buch der *Digesten* (auch beim fraudatorischen Interdict) die sämtlichen wegen Verkürzung der Gläubiger gegebenen Rechtsmittel behandelt habe (Rudorff S. 74) ist eine von den mehrfachen Behauptungen dieser Abhandlung, die apodiktisch aber beweislos hingestellt nicht Stich halten, wenn man näher nachsieht. Daß auch Julian schon im 47. Buche bei der *bonorum venditio* (vgl. L. 5. D. de curat. bon. 42, 7.) von der Verkürzung der Gläubiger und also wie alle andern Commentatoren vor der Paulliana actio handelte, zeigt L. 17. D. de mort. causa don. (39, 6); vgl. auch L. 44. D. de acq. v. omitt. her. (29, 2.)

Concursrechts ohnehin bezeugt ist, auch hier dieselbe Aenderung im Ausdruck vorgenommen habe und also Urheber des fraudatorischen Interdicts sei.¹²⁾ Daß er aber auch absichtlich, was bei der großen Werthlegung der Römischen Juristen auf streng richtige und treffende Redeweise ohnehin nicht anders erwartet werden kann; und mit wirklicher Verbesserung in beiden Fällen den andern Ausdruck substituirt habe, zeigte ich aus der weiter reichenden Bedeutung von factum gegen gestum, indem letzteres bloß auf eine rechtmäßige Willensäußerung oder Handlung (Rechtsgeschäft im weitern Sinne), ersteres auch auf eine unerlaubte und selbst auch ein bloßes Ereigniß gehe, z. B. bei Eintragung der Ausgabeposten auch auf eine durch Feuersbrunst oder mit einem Schiffe untergegangene Geldsumme.

Rudorff widerlegt nun nicht etwa diese von mir entwickelte Ansicht. Er führt sie nicht einmal in ihrem Zusammenhange an und referirt Bruchstücke daraus ganz unrichtig. Nach ihm (S. 71) soll ich den Hauptunterschied zwischen der Paulliana und dem Interdict darin finden, daß es in jener hieß quae gesta erunt, im Interdict dagegen quae fecit, und ich bringe, heißt es wörtlich, „dies mit dem Rutilius fecit in Cicero's oben erwähnter Erzählung in Verbindung“, während doch ein Rutilius fecit auch nicht einmal in Cicero's Erzählung, geschweige bei mir, vorkommt. Offenbar hat Rudorff sein neuer Gedanke,

daß das Interdict sich in der Activlegitimation von der Paulliana unterscheide, jenes dem bonorum emptor, diese den Creditoren zustehe,

so ausschließlich eingenommen, daß er darüber das Interesse verloren hat, von meiner Ansicht und deren Begründung auch nur zum Behuf einer gründlichen Widerlegung derselben Notiz zu nehmen. Sein ganzer Versuch einer Widerlegung beschränkt sich auf das Bemühen, darzuthun, daß zwischen facta und gesta gar kein Unterschied gewesen sei, wobei er nicht bemerkt zu haben scheint, daß man dann darauf verzichten muß, zu erklären, wie Rutilius dazu gekommen sei, in der Buchformel factum statt des allgemein üblichen gestum zu setzen, und in der That schweigt

¹²⁾ Ob hiernach meine Vermuthung den Namen einer fast mehr als kühnen Combination verdiene, den ihr Windscheid Pandektenrecht Bd. 2. S. 463. Anm. 6. beilegt, muß ich dem Urtheil des Lesers überlassen.

er darüber gänzlich. Nutilius scheint also die Aenderung nur für die lange Weise, weil *variatio delectat*, vorgenommen zu haben. Und wenn, — wie Rudorff zur Erklärung der gleichen Abweichung in der Interdictsformel von der der Paulliana anführt — die veränderte Fassung nur deshalb nöthig war, weil man zwar wohl sagen kann *cum aliquo agere, gerere, contrahere, testamentum facere*, aber nicht *cum aliquo facere* schlecht hin, so fragt man doch vor Allem auch wieder, warum wick denn Nutilius überhaupt mit der Substitution von *fecit* statt *gessit* ab, dessen Beibehaltung ihn doch in Stand gesetzt hätte, auch das — in der That schon vermiste¹³⁾ — *cum eo* beizubehalten?¹⁴⁾

Aber auch was Rudorff für seine Ansicht von der völligen Unterschiedslosigkeit von *factum* und *gestum* beibringt, beweist sie nicht, namentlich für die Zeit des Nutilius. Sie widerspricht schon der Stelle des Gaius, die sie blos für einen abusiven Gebrauch bezeugt, ein solcher hatte aber je früher desto weniger Geltung, indem man in der ganzen ältern Zeit noch weit mehr als später auf eigentliche Bedeutung und darum auch auf Wahl des streng richtigen Ausdrucks sah¹⁵⁾. Sie widerspricht auch

¹³⁾ A. Schmidt, das Interdictenverf. S. 142. Anm. 13. Daß aber auch hierin *fecit* weiter greift als *gessit*, wie schon Göddäus zu L. 58 pr. D. de verb. sign. (50, 16) bemerkt hat, darüber s. meine Abh. S. 82. 83.

¹⁴⁾ Ich lasse mich absichtlich nicht auf eine wiederholte Erklärung und Rechtfertigung des Unterschiedes der subjectiven Fassung des Interdicts (*quae L. Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit*) von der objectiven der Paulliana (*quae fraudationis causa gesta erunt cum eo etc.*) ein (vgl. meine Abh. S. 81) weil Rudorff S. 72 nur versichert, daß (mit der unhaltbaren Unterscheidung von *factum* und *gestum*) auch diese Differenz als eben so unerheblich hinwegfällt. Denn sollte dieses ein Beweis sein, so vermag ich wenigstens nicht die Logik desselben einzusehen.

¹⁵⁾ Wie Rudorff S. 72 dazu kommt, die in Anm. 11 aus L. 2 § 1 cit. referirten Worte, welche allerdings einer Edictsstelle entlehnt zu sein scheinen, dem Nutilius zuzuschreiben, indem er sie auf die *magistri bon. vendendorum* bezieht, für deren einfaches Geschäft des Verkaufs sie kaum passen, und nicht, wie man immer geglaubt hat und wie alles Vorhergehende und Folgende bestätigt, auf die Curatoren, die zu Ulpian's Zeit ex Scto das Concursvermögen auch verkaufen konnten, ist mir unbekannt, obgleich ich wohl weiß, daß anderwärts der Curator nur durch Interpolation für den Magister steht (L. 22. §. 10. D. mand. 17, 1). Gehn sie aber auf den Curator, den schon die Formel der Paulliana *actio* erwähnt, so sind sie, da der Prätor dessen

dem Sprachgebrauch. Man sagt magistratum, honorem, bellum, provinciam, negotium¹⁶⁾, patrimonium u. s. w. und schlecht hin per aes et libram, pro herede gerere, gerere et administrare, ex ante gesto agere und nicht facere oder ex ante facto agere, weil in allen jenen Anwendungen nur von rechtmäßigen Willensäußerungen die Rede ist. Der Prätor sagt auch in dem Edict wegen erzwungener Geschäfte quod metus causa gestum nicht factum erit, weil das Motiv der Furcht eine Handlung des Klägers voraussetzt und er nur wegen einer rechtmäßigen, nicht z. B. wegen einer Injurie, zu der Jemand sich hätte zwingen lassen, eine Klage geben will. Wogegen er in dem Edict gegen den Betrüger dolo facere sagt (wie furtum, iniuriam, damnum facere) und nicht dolo gerere sagen konnte, weil er keineswegs bloß den bei einem eigentlichen Rechtsgeschäft oder einer sonstigen erlaubten Handlung vorgekommenen Betrug, sondern diese Widerrechtlichkeit in allen Formen ihrer Äußerung ahnden will¹⁷⁾. Dagegen kann es nicht verschlagen, daß das Verjährlassen von Servituten — auch eine erlaubte Willensäußerung — von Paulus unter das factum, von Ulpian unter

Verwaltungshandlungen doch von vornherein bestätigen mußte, aller Wahrscheinlichkeit nach noch älter als Rutilius und es zeigt die Häufung der Ausdrücke acta, facta, gesta, wie vieles Andere in den Rechtsquellen jener Zeit eben die Besorgniß, daß ein einzelner nach seiner eigentlichen Bedeutung nicht Alles, was man begreifen wollte, erschöpfen möchte. Vgl. z. B. Cic. pro Mur. 12, 27.

¹⁶⁾ Nach Rudorff soll bloß negotium gestum ein Rechtsgeschäft bedeuten und ohne diesen Zusatz gestum mit factum synonym sein, wofür er, mir unverständlich, die Titelfrubrik de negotiis gestis anführt. Vielmehr gehen aber beide Ausdrücke für sich auf erlaubte Geschäfte. S. das Richtige bei Böcking Pandekten §. 103. S. 345.

¹⁷⁾ Ohne alles Eindringen in die Natur der beiden Fälle selbst, deren Verschiedenheit doch schon darin zu Tage liegt, daß das metus causa gestum des Klägers, das dolo factum des Beklagten ist, muß R. schon das ein Argument für seine Ansicht geben, daß „in den Edicten über andere Restitutionsfälle beide Ausdrücke abwechseln“. — Die beiden Edicte über metus und dolus bieten übrigens auch darin eine gewisse Analogie für das Verhältniß des fraudationis causa gestum und factum dar, daß die actio de dolo wohl auch das Gebiet der actio quod metus causa hinichtlich des Thäters umfaßt (L. 14. §. 15. D. quod metus causa 4, 2) nicht aber umgekehrt, und daß dagegen die letztere zugleich in rem, die erstere nur in personam gefaßt ist.

daß gestum gezogen wird (L. 4. L. 3. §§. 1. 2. D. quae in fraud. cred. 42, 8) oder daß Ulpian einmal um zu sagen, daß das fraudationis causa gestum ein allgemeiner auf viele einzelne Handlungen gehender Ausdruck sei, sich der Worte bedient quodcunque igitur fraudis causa factum est, videtur his verhis revocari (L. 1. §. 2 D. quae in fraud. cred. 42, 8); denn allerdings ist ja auch jedes gestum ein factum und nur nicht umgekehrt.

III.

Die Mehrheit der revocatorischen Rechtsmittel der Gläubiger.

Rudorff sagt S. 68. von meiner Abhandlung:

„Huschke S. 78—80 unterscheidet nicht weniger als fünf verschiedene Rechtsmittel, alle fünf für dieselben Kläger die Creditoren oder ihre Vertreter bestimmt, mittels deren die Verkürzungen revocirt werden sollen: 1) Pauliana, 2) das fraudatorische Interdict, 3) die arbiträre Restitutionsklage aus dem gedachten restitutorischen Interdict, 4) eine verlorene¹⁸⁾ in factum actio gegen den wissentlich contrahierenden Dritten, 5) eine dergleichen gegen den unwissentlich contrahierenden Dritten. Diese Ueberfülle an Rechtsmitteln trägt ohne Zweifel die Hauptschuld, daß Huschke's Untersuchungen ungeachtet zahlreicher treffender Einzelbemerkungen, im Ganzen (vgl. z. B. Brinz Pandekten §. 123, Windscheid §. 463. Note 1. 6. 15. 17. 21. 26) keinen Anklang gefunden haben.

Zu der That lassen sich die revocatorischen Klagen alter Ordnung auf zwei zurückführen: die Pauliana und das fraudatorische Interdict. Denn die Nummern 3 und 5

¹⁸⁾ Damit soll meine Ansicht ausgedrückt werden, daß in dem erhaltenen Edict (L. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8) das prätorische Versprechen dieser in factum actio gegen den sciens vor dem der in factum actio gegen den insciens von den Compilatoren weggelassen sei, weil sie dieselben Erfordernisse mit dem Interdict hatte: denn die erstere in factum actio selbst ist keineswegs verloren, sondern die am häufigsten in unsern Quellen genannte und berücksichtigte Klage unter den revocatorischen Rechtsmitteln.

nach Fuschke sind nicht nur unter sich identisch, sondern sie fallen auch mit Nummer 2 zusammen. Sie enthalten eine und dieselbe Restitutionsklage aus dem interdictum fraudatorium für den Fall der Submissio, welche bald nach ihrer Intentio in factum actio, bald nach ihrem Restitutionsbefehl arbitraria genannt wird. Eine besondere in factum actio gegen den Mitwisser (Nummer 4) und den Unschuldigen (Nummer 5) hat es nie gegeben: es wird nur am Schluß des Edicts gesagt, daß die gewöhnliche arbiträre Formel oder in factum actio bisweilen nach Befinden der Umstände mit Weglassung des Requisites der scientia verstattet werden solle. Mag man daraus eine besondere Klage machen, wie es mitunter aber nicht allgemein geschieht¹⁹⁾ oder es einen Zusatz nennen, die Identität des Interdicts und der Interdictsklage oder Klagen bleibt im einen und im andern Falle im Wesentlichen bestehen.

Die obige Vermuthung über die Aufnahme, welche meine Untersuchungen gefunden haben sollen, muß ich auf sich beruhen lassen.²⁰⁾ Ihren angeblichen Grund anlangend, kann ich in jener Darstellung leider die meine nicht wieder erkennen. Mir ist es nicht eingefallen, jene fünf Klagen so zu coordiniren, wie es hier — doch wohl nur zum Besten der eigenen Darstellung — geschieht: wobei ich es vielleicht noch als eine Nachsicht zu erkennen habe, daß nicht auch noch die — in der That wohl nur übersehene — utilis Paulliana z. B. gegen den lucrativen Erwerber ohne Mitwissenschaft und die beiden Sponsionsformeln aus dem Interdicte — machte denn zusammen 8 Klagen — auf-

¹⁹⁾ Diese nicht sehr klaren Worte sollen, wie das Citat dazu (Schmidt Interd. S. 167) zeigt, sagen, daß mitunter auch ein utile interdictum gegeben wird. Es ist dann aber nicht abzusehen, warum dieses weniger eine besondere Klage sein soll.

²⁰⁾ Sehr verwunderlich sind nur die dafür beigebrachten Citate, insbesondere Brinz. Denn dieser tritt §§. 122 und 123 sehr entschieden meiner Ansicht im Ganzen, namentlich aber auch in Betreff der von mir unterschiedenen Rechtsmittel bei und äußert nur in anderem Einzelnen abweichende Ansichten. Auch Windscheid bestreitet aber nicht die Mehrheit dieser Rechtsmittel selbst, sondern nur einige materielle Unterschiede derselben.

geführt sind. In Wahrheit führe ich diese Revocationsklagen, wie jeder sich aus meiner Abhandlung überzeugen kann, auch auf zwei Hauptklagen, die Paulliana und das Interdict nebst einer in factum actio zurück, an die sich die übrigen Rechtsmittel nur als processualisch oder in Nuancen der Erfordernisse oder Wirkungen verschiedene Abarten anschließen. Alles Beiwerk der Darstellungskunst bei Seite gelassen, liegt die Differenz zwischen meinem Censor und mir nur in der Frage, ob die arbitraria formula aus dem Interdict (seine Nummer 3) wirklich mit der in factum actio gegen den sciens (seiner Nummer 4), wie er behauptet, identisch ist oder nicht. Diese Frage hatte ich selbst (S. 78) schon aufgeworfen, aber aus Gründen verneint. Rudorff ignorirt diese Gründe und kommt so nur mit Behauptung des Gegentheils, für das die beigelegten Citate keine Beweise enthalten, zu einem mühelosen Ziel. Ich muß also wohl für den Leser meine Gründe wiederholen und will sie nur etwas ausführlicher entwickeln.

Der erste ist, daß die Römer in der Interdictenlehre zwei feststehende Kunstausdrücke gebildet haben: arbitraria formula für die, welche nach gesprochenem restitutorischen oder exhibitorischen Interdict dem Arbitrer, wenn der gehorsamende Beklagte um einen solchen sofort gebeten hat, ertheilt wird²¹⁾, und in factum actio, die der Prätor sehr oft neben einem Interdict irgend einer Art dem Kläger entweder in ganz demselben Falle zur Wahl zwischen beiden Rechtsmitteln oder auch statt eines utile interdictum mit etwas abweichenden Erfordernissen gibt²²⁾. Wahrscheinlich mit Rücksicht auf diesen feststehenden Sinn der actio

²¹⁾ Gai. 4, 163. Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria: nam iudicis arbitrio, si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine poena exhibet vel restituit et ita absolvitur. quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur. Ulp. instit. fr. 1, 1 restitutoria et exhibitoria interdicta aut per formulam arbitriariam explicantur aut per sponsionem. 2. Restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito, siquidem arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, formulam accipit arbitriariam, per quam arbitrer etc. Gelegentlich verbessere ich den bösen Druckfehler in meiner iurispr. antejust. p. 525 in §. 2. arbitrium statt arbitrum.

²²⁾ A. Schmidt, Interd. S. 306 flg.

in factum bei Interdicten ist es auch geschehen, daß so viele in factum concipierte Formeln auch ex interdicto reddito gegeben werden, wie das *secutorium*, *Cascellianum*, *fructuarium iudicium*, eine solche, obgleich sie ja auch eine *actio per interdictum constituta* ist (Cic. pro Caec. 14, 40) doch nie in factum und zwecks ihrer eigentlichen Benennung ebenso wie die *arbitraria formula* auch nicht einmal *actio* heißt — offenbar um Verwechslungen zu verhüten und dem Ausdruck *actio* seine materielle selbständige Bedeutung dem Interdict gegenüber zu bewahren²³⁾. Wenn nun Ulpian da, wo entschieden von dem Edict, welches das Interdict gegen den *sciens* und eine in factum *actio* gegen den *nesciens* enthielt, die Rede ist, wenigstens sechsmal eine *actio in factum* gegen den *sciens* erwähnt (L. 10. §§. 2. 3. 12. 16. 18. L. 14. D. h. t.) und sie noch öfter als *haec actio* oder *actio* schlechthin vorkommt, dürfen wir da sagen: hier heißt *actio in factum* die *arbitraria formula*? Man sollte doch denken, daß Puthers berühmte Exemplification gegen solche Auslegungsdecrete: hier heißt das sonstige Wort für „Gott“ so viel als „der Ruf“, „Schuß“ so viel als „Raß“, „Himmel und Erde“ soviel als „die Grasmücke“, sie für immer um ihren Credit gebracht hätten.

Doch man könnte meinen, daß erst die Compilatoren statt *arbitraria formula in factum actio* gesetzt hätten, wie wohl das doch auch nur für die Substitution von *actio* statt *formula* einen Sinn hätte, da der Ausdruck *arbitraria actio* sonst von ihnen nicht verändert worden ist. Ein anderer Grund²⁴⁾ macht aber auch diese Annahme ganz unmöglich. Die *arbitraria formula* konnte

²³⁾ Aus ähnlichem Grunde heißen die unselbständigen und blos processualen Gegenklagen gegen den unterlegenen muthwilligen Kläger technisch stets nur *contrarium* beziehungsweise *calumniae iudicium*, nemlich im Gegensatz zu der selbständigen *contraria actio* aus *Contracten* oder *Quasi-contracten* und der *actio* wegen *Calumnie* aus *Vierfache*, Dig. 3, 6. §. 3. L. 4. L. 5. §. 1. *ibid.*

²⁴⁾ Jedoch nicht der von Keller Pand. §. 370. Dieser hat zwar der Verführung, *actio in factum*, die er aber mit der *Paulliana* zusammenwirft, mit der *arbitraria formula* oder dem *secutorium iudicium* zu identificiren widerstanden, aber aus dem falschen Grunde: weil das Interdict die Zuständigkeit einer *actio* für den Interdictskläger voraussetzt, die er für die *Paulliana actio* hält. Siehe dagegen meine Abh. S. 94. Anm. 2.

in ihren Voraussetzungen, wie auch den Neuern nicht entgangen ist²⁵⁾, durchaus nichts Abweichendes von denen des Interdicts selbst enthalten. Denn sie, beziehungsweise die Sponsio und Restitutio über das non restituisti und restitui u. s. w. der Parteien diene, wie Ulpian (Ann. 21) sich ausdrückt, nur zur explicatio des Interdicts, oder enthielt, wie Cicero²⁶⁾ es darstellt, nur eine Vermittelung der Restitution beziehungsweise eine Verurtheilung als bloße Folge des Interdicts, welches, indem der Prätor darin principaliter seine Auctorität zur Verpflichtung des Beklagten interponirte, schon alle die Bedingungen erschöpfend enthielt, die der Richter namentlich auch der arbitraria formula nachher zu untersuchen hatte (Gai. 4, 166a), weßhalb denn auch diese Bedingungen nach der Zeit des interdictum editum, wie bei den Actionen nach der der Litiscontestation, beurtheilt, etwaige Exceptionen schon in das Interdict aufgenommen und auch die Prästationen wegen der omnis causa schon von dem gesprochenen Interdict an gerechnet werden mußten²⁷⁾. Unsere in factum

²⁵⁾ J. B. Feist die bon. possessio I. §. 341.

²⁶⁾ Cic. pro Tull. 53. si hodie postulem Quod vi aut clam, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris necesse est.

²⁷⁾ Ueber alle diese längst bekannten und besonders von A. Schmidt festgestellten Sätze vgl. die übersichtliche Zusammenstellung von Bethmann-Hollweg Civilproceß II. §. 362 flg. Hinsichtlich der Exceptionen würde bei prohibitorischen Interdicten die in L. 1. §. 16. D. ne quid in loco publ. (43, 12) erwähnte Exceptio des iudicium secutorium (Zeitschr. für gesch. RW. Bd. 13. §. 322 Schmidt Interdict. §. 104) nicht einmal zu der Annahme nöthigen, daß sie nicht schon in anderer Fassung im Interdict vorgekommen wäre, aber auch, dieses angenommen, dem Vergleiche mit den Actionen entsprechen, da auch in Actionen veräußerte peremptorische Einreden, quas ante contestari sufficit (das sind aber alle, welche ohne causae cognitio ertheilt werden) — nicht bloß restituirt, sondern auch ohne Restitution nach der Litiscontestation vor dem Urtheil vorgebracht werden können: so daß nur bei außerordentlichen Einreden eine Restitution causa cognita schlechthin nothwendig ist. Hat aber der Richter eine nicht in die Formel selbst restituirte, sondern vor der Litiscontestation bloß dem Gegner gegenüber in Bezug genommene und dann beim Richter vorgebrachte gewöhnliche Einrede nicht berücksichtigt, so ist deßhalb das Urtheil nicht richtig, weil die Formel nicht geändert war und der Richter also formell ihr gemäß gesprochen hat; daher nun bloß durch Appellation geholfen werden kann. So glaube ich Gai. 4, 125. L. 2. C. sentent. re-

actio weicht aber in vielen Stücken von dem fraudatorischen Interdict ab. So gab der Prätor die in factum actio ausdrücklich auch gegen den Fraudator selbst, wovon wenigstens in dem uns erhaltenen Interdict keine Spur vorkommt (meine Abh. S. 79; vgl. S. 101 flg.), die Restitution der Früchte ist in ihr ganz anders bestimmt als in dem Interdict (ebendaf. S. 105), sie erfuhr als utilis actio — etwas bei der arbitraria formula Undenkbare — eine Ausdehnung auf die Erben des sciens (ebendaf. S. 102) und verjährte nicht, wie die arbitraria formula in wenigen Stunden (wenn man das Verjährung nennen will, daß sie, wenn der Beklagte nach gesprochenem Interdict, ohne den Arbitrator und damit sie selbst zu erbitten, aus der Gerichtsstätte ging, nicht mehr gegeben wurde, Anm 21), sondern innerhalb eines utilis annus nach dem Vermögensverkauf (ebendaf. S. 64) ²⁸⁾.

So löblich also auch der Sinn für Einfachheit sein mag — was er hier verlangt, ist eben so unzulässig, als wenn der Anatom zwecks größerer Einfachheit nur zwei statt fünf Finger der menschlichen Hand annehmen wollte.

Ich habe aber auch in meiner Abhandlung gezeigt, daß hier zwei neue Klagen, das Interdict und die actio in factum zu ganz wesentlich verschiedenen Zwecken gegeben wurden. Es gibt eine ganz unrichtige Idee von meiner Ansicht, wenn Rudorff sagt (S. 71), ich setze den Hauptunterschied zwischen der Paulliana und dem Interdict in das gestum und fecit. Sie geht vielmehr dahin, daß Rutilius bei seiner Reform des Concursrechts wegen der mehrfachen Unvollkommenheiten der Paulliana zur Hebung des Credits den Creditoren vor Allem ein schnelleres Rechtsmittel, d. h. ein Interdict zur Revocation der Verkürzungen während ihres Güterbesitzes gab ²⁹⁾, um sie noch mit dem Ver-

scindi (7, 50) L. 8. C. de except. (8, 36) verstehen zu müssen, gegen viele andere Meinungen, über welche Wieding Ribellproceß S. 214 flg. nachzu-
sehen ist.

²⁸⁾ Ich habe hier nur unzweifelhafte Unterschiede angegeben. Nach meiner Auslegung bestand außerdem ein Hauptunterschied zwischen Interdict und in factum actio darin, daß jenes nur während dauernder missio in bona allen Creditoren oder dem Curator, diese erst nach dem Güterverkauf den verkürzten Creditoren gegeben wurde.

²⁹⁾ Für diese Zeit bestimmt zwar auch Keller Pand. §. 370. S. 696 (1861) das Interdict, aber nicht in dem Sinne meiner Abhandlung, die

mögen verkaufen zu können und so — woran den Gläubigern in Zeiten lebhaften Verkehrs Alles gelegen ist und was Rutilius mit seiner Reform überhaupt vornehmlich bezweckte — möglichst bald mit möglichst geringem Verlust zu einer Summe baaren Geldes zu kommen; damit ihnen aber darüber nicht vielleicht erst später entdeckte oder nicht so rasch nachzuweisende Verkürzungen verloren gingen, auch die in *factum actio*, die eben deshalb erst nach dem Güterverkauf statt fand, hinzufügte und um beide Klagen umfänglicher zu machen und vor Wortchicanen zu schützen, sie auf ein *fraudandi causa fecit* statt des *fraudationis causa gestum* der *Paulliana* stellte: wozu dann auch noch einige Verschiedenheiten beider Klagen in den Prästationen kamen, die sich aus dem verschiedenen Zweck, materiell zu dem Vermögen des Fraudator oder unmittelbar für sich selbst einzuziehen, von selbst ergaben. Ich sollte denken, hier wäre durchaus kein unnöthiger Luxus, sondern eine durch die Sache bedingte Nothwendigkeit verschiedener Rechtsmittel. Ob übrigens Rutilius in seiner Prätur die *Paulliana actio* als hinreichend ersetzt wegließ und sie erst später wegen mancher eigenthümlicher Vorzüge wieder in das Edict aufgenommen wurde oder ob er sie als *tralatitisches* Rechtsmittel selbst gleich beibehielt, können wir dahin gestellt sein lassen.

IV.

Rudorffs Ansicht. Stellung des *fraudatorium* im Edict.

Noch ist zuzugeben, daß Rudorffs schon oben referirte Ansicht, wonach die *Paulliana* und das Interdict (denn die in *factum actio* kommt als mit dem Interdict materiell identische *arbitraria formula* nicht mehr in Betracht) darin von einander verschieden waren, daß die erstere den Creditoren, das letztere dem Güterkäufer zustand und eine Art Supplement nicht, wie ich meinte, das *interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* der Creditoren, sondern des *possessorium interdic-*

er überhaupt, obgleich er sie citiert, nicht gelesen zu haben scheint. Die völlige Verschiedenheit seiner Ansicht geht schon daraus hervor, daß er zugleich annimmt, zur Zeit der Einführung des Interdicts habe die *Paulliana actio* noch dem *bon. emptor* als dem, *ad quem ea res pertinet*, zugestanden — also etwa die jetzige Rudorff'sche Ansicht nur mit Uebertragung auf die *Paulliana*.

tum des Güterkäufer war, einen noch viel handgreiflicheren Unterschied ergibt. Es fragt sich nur, ob sie richtig ist.

Um sie schon vorläufig plausibel zu machen, dienen einige Behauptungen über die Natur und Stellung beider Rechtsmittel im Edict. Sie sollen nur aus der persönlichen (?) prätorischen Restitution ausgeschiedene und selbständige gesetzliche (?) *Judicia* (?), bezüglich *Arbitria* (?) ³⁰⁾ enthalten, die erst durch Julian von den übrigen Restitutionen (wovon D. lib. 4 handelt) gesondert, ihre spätere Stelle, die erstere bei der Vollstreckung des Urtheils, die letztere bei den Interdicten erhielten. — Allein, daß sie Rechtsmittel der prätorischen in *integrum restitutio* gewesen, beweist weder ihre einjährige Dauer und ihre Richtung auf ein Restituiren (L. 10. §. 22. D. h. t.) welches beides sie z. B. auch mit dem *interdictum Quod vi aut clam* und manchen andern gewöhnlichen Klagen gemeinsam haben, noch L. 1. Th. C. de in int. rest. (2,16), wo die Tutelklage und das *fraudatorische* Interdict nicht als Restitutionen, sondern als in dem Falle jener Stelle einem Minderjährigen zuständige Rechtsmittel unter jenem Titel erwähnt werden — oder sollen wir auch die Tutelklage für eine prätorische Restitution halten? Zum Charakter der prätorischen Restitution fehlt diesen *revocatorischen* Klagen, wie der ähnlichen *Fabiana* und *Calvisiana* des Patrons, offenbar eine Hauptsache, die Identität des Subjects des restituirten mit dem des verlorenen Rechts, wonach wohl eine objective aber keine subjective und daher überhaupt keine wahre in *integrum restitutio* vorliegt; denn es wird nicht dem *Fraudator* in seinem Vermögen, aus dem etwas ausgeschieden ist, sondern einem dritten dabei Interessirten restituirt ³¹⁾. Und so haben diese Klagen gewiß von

³⁰⁾ Es sollte wohl heißen *arbitrariae actiones*; denn b. f. *actio* ist keines dieser Rechtsmittel.

³¹⁾ Ich halte die Anführung dieses wahren Grundes, aus dem ich auch schon in meiner Abhandlung mich stillschweigend enthalten hatte, diese Rechtsmittel zu den prätorischen Restitutionen (selbst nur im weitern Sinne) zu zählen, nicht für überflüssig, weil die Rudorff'sche Ansicht wenigstens theilweise z. B. von v. Schröter (*Zeitschr. für Civilr. u. Proc.* Bd. 6. S. 131) schon früher aufgestellt und nur aus einem unbestimmten Gefühl ihrer Irrigkeit, oder aus äußerlichen Gründen, meist auch nur theilweise zurückgewiesen ist, wie von Schneider *subsid. Klagen* S. 271 flg. Vangerow *Pand.* Bd. 1. §. 178. S. 346 flg. — Windscheid *Pand.* §. 116. S. 278

jeher ihre spätere durch ihren eigenthümlichen Zweck bestimmte Stelle im Edict gehabt und fällt auch alle Nothwendigkeit weg, mit Rudorff (S. 75) die allerdings unerhörte Erscheinung einer prätorischen Restitution durch Interdict zu erklären.

Es soll ferner (S. 73) das fraudatorische Interdict, von dem wir wissen, daß es am Schlusse der Interdicta vorkam und zwar in der Ordnung: *Utrubi, Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est, De migrando, Salvianum, — Fraudatorium*, an der durch Strich bezeichneten Stelle das Possessorium und das Sectorium der Güterkäufer unmittelbar vor sich gehabt haben, was denn schon als ein Beweis gilt, daß das *Fraudatorium* auch dem Güterkäufer zugestanden habe und ein Supplement des interd. possessorium gewesen sei. Aber der Grund jener Annahme, weil für das sectorium und possessorium sonst im ganzen Interdictsystem kein Raum sei, hat durchaus keine Evidenz. Da diese Interdicta ganz dem interd. *Quorum bonorum* nachgebildet waren (Gai. 4, 144—146), so ist auch nicht zu zweifeln, daß sie im Edict unmittelbar hinter diesem standen und also von Ulpian im 67. Buche zum Edict³⁰⁾, aus dem

theilt sie selbst vollständig und Vering Gesch. u. Instit. des R. R. 2 Ausg. (1867) S. 367 erteilt den Creditoren sogar außer den quellenmäßigen Rechtsmitteln noch eine *doli exceptio* und eine besondere in *integrum restitutio* innerhalb vier Jahren. Wogegen Brinz Pand. §. 122 den richtigen Gedanken äußert, daß die *actio de dolo* stets einen Schaden voraussetze, den man in seiner Sache erleide, weßhalb für die Concursgläubiger es besonderer Klagen bedurft habe. Wundern muß ich mich auch, daß noch so Viele in der *scientia* (und warum dann nicht auch in dem lucrativen Erwerbe?) dessen, mit dem der Fraudator ein völlig in seiner Macht stehendes Rechtsgeschäft abschließt, einen klagebegründenden Dolus oder ein sonstiges eigentliches Delict gegen die Creditoren sehen (meine Abh. S. 36). Werden sie z. B. die Aquilische Klage auch gegen den Kaufmann geben, von dem sich eine Magd, ohne daß er sich nach ihrer Zuverlässigkeit gehörig erkundigte, Schwefelhölzer kaufte, mit denen sie nachher das Haus ihrer Herrschaft anzündete? oder die *actio de dolo* gegen den Miterben, von dem ein anderer so, daß jener den Zweck zufällig kannte, alte Gewichte sich zusprechen ließ, um damit seine Kunden zu betrügen? Oder gegen den Legatar, der die ihm vermachte fremde Sache wissentlich annimmt? Gründliche Hülfe gegen falsche Ansichten wird erst gewähren, daß man diese Klagen nicht mehr unter den Delictsklagen, sondern mit den Römischen Juristen beim Concurse abhandelt.

³⁰⁾ Darin begann Ulpian die Lehre von den Interdicten L. 1. D. de interd. (43, 1) und ging dann im Einzelnen gleich auf das *Quorum bonorum* Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. IX.

sonst wenig excerptirt ist, behandelt wurden. Bestätigt wird dieses denn auch dadurch, daß Gaius, der doch die von ihm 4, 144 bis 147 genannten interdicta adipiscendae possessionis nicht wohl in einer andern Reihenfolge, als wie sie im Edict vorkamen, aufzählen konnte, jene beiden Interdicte unmittelbar hinter dem Quorum bonorum und nicht erst, wie es Rudorffs Ansicht verlangt, hinter dem Salvianum erwähnt³¹⁾. Hiernach bestand also ein Zusammenhang des fraudatorium mit dem possessorium im Edicte nicht und so hat dieser präliminare Beweis aus der Stellung des fraudatorium im Edict sich eher in einen Beweis hoher Unwahrscheinlichkeit der Rudorffschen Ansicht verwandelt³²⁾. Um so mehr werden wir zu prüfen haben, was dieselbe „völlig unzweifelhaft“ machen soll.

norum über L. 1. D. Quor. bon. (43, 2) L. 12. 42. D. de hered. pet. (5, 3) L. 4. D. de acquir. poss. (41, 2) L. 2. D. de castr. pec. (49, 17). Die übrigen erhaltenen Stellen dieses Buchs gehn auf das interdictum legatorum L. 1. D. Quod legat. (43, 3) L. 1. D. de leg. 1. außer L. 149. D. de reg. iur. (50, 17), die recht gut der Auslegung des possessorium oder sectorium angehört haben könnte.

³¹⁾ In seinem inzwischen erschienenen Edictum perpetuum (Lips. 1869) hat nun Rudorff auch gegen sein eigenes System diesen beiden Interdicten ihre Stellung nicht in der ersten Abtheilung de universitate p. 204 seq., sondern de singulis rebus hinter dem Salvianum p. 235 gegeben.

³²⁾ Umgekehrt verträgt sich diese Stellung sehr wohl mit meiner Ansicht, daß das fraudatorium ursprünglich gleichsam als ein Supplement des interdicti ne vis fiat ei qui in possessione missus est gedacht war. Zwar erscheint es im Justinianischen Edict von diesem durch die beiden Interdicte de migrando und Salvianum getrennt. Aber diese Interdicte, welche innerlich so genau zusammenhängen, daß sie nur um dieselbe Zeit eingeführt sein können, verdanken, wie ich für das Salvianum bewiesen habe (meine Abh. S. 126) erst der Augustischen Zeit ihren Ursprung, so daß Aitilius selbst das fraudatorium in der That noch unmittelbar hinter das ne vis fiat ei stellte. Die spätere Voranstellung der beiden pfandrechtlichen Interdicte — vielleicht erst durch Julian — hatte ihren Grund wohl in dem doppelten Umstande, daß man später immer mehr das in der missio in possessione auch liegende Quasipfandrecht betonte, wonach denn jene beiden materiell mit dem des missus zusammengehörten, und daß formell auch alle jene jetzt voranstehenden vier Interdicte von Utrubi an prohibitorische, das fraudatorium dagegen restitutorisch war.

V.

Widerlegung der Rudorff'schen Ansicht selbst.

Daß die Paulliana nach den Worten des Edicts curatorii bonorum vel ei, cui de eare actionem dare oportebit, dem Curator oder den immittirten Gläubigern zustehet, darüber ist im Ganzen kein Streit³³⁾.

Aber im fraudatorischen Interdict lautet die Stelle über den Klagberechtigten: quae L. Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit, ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet restituas. Wer ist hier mit illis und ei gemeint? Die bisherige einstimmige Meinung war: die immittirten Gläubiger — selbst oder durch den Curator vertreten — möchte man illis in illi oder, wie ich auch annahm, ei in eis ändern. Nein, sagt Rudorff, sondern der bonorum emptor: weßhalb er auch auf der Aenderung des illis in illi besteht. Und zwar nicht der bon. emptor schlechthin, sondern nach der bisher auch allgmein übersehenen³⁴⁾ conditionalen Fassung nur dann, wenn ihm wegen des betreffenden veräußerten Gegenstandes die Rutiliana zugestanden haben würde. Der Nachdruck liege nehmlich auf eo nomine und dieses habe folgenden Sinn: „In der Regel wird der bonorum emptor sämtliche Activa gegen das Gebot von Procenten (pro portione) übernehmen. Es könnte aber

³³⁾ Rudorff sict jedoch S. 76 meine Auslegung (S. 40), daß der Prätor mit den Worten cui de ea re actionem dare oportebit sich noch eine Cognition über die Berechtigung des die Klage nachsuchenden Gläubigers vorbehalte, an. Aber wären alle Gläubiger schlechthin eben so wie der Curator berechtigt gewesen, warum nannte sie der Prätor nicht auch eben so gut gleich bei ihrem Namen wie den curator bonorum? Rudorff hätte schon das, daß er selbst vergißt, die immittirten Gläubiger zu nennen, aufmerksam machen sollen, daß der Prätor nicht ohne Grund so redete. Denn wie jedenfalls nicht immittirte Gläubiger ausgeschlossen sind, so auch unter den immittirten z. B. wieder diejenigen, welche nach dem Verkauf des Vermögens befriedigt oder aus anderm Grunde nicht mehr interessirt waren. Auch kamen Stellvertretung und Succession an die Stelle der Immittirten in Betracht.

³⁴⁾ In Wahrheit hat sie wohl kaum ein Ausleger, der sich gründlich mit der Stelle beschäftigt, übersehen (meine Abh. S. 95 flg.), wogegen Rudorff übersieht, daß die Paulliana dieselbe Conditionalfassung, nur mit cui (d. h. si ei) dare oportebit, enthält.

geschehen, daß ein einzelner Posten³⁵⁾ so unsicher wäre, daß der *honorum emptor* erklärt: er könne auf dieses *Activum* bei seinem Gebot keine Rücksicht nehmen und müsse dasselbe daher außer Ansatz lassen. Dann wird ihm wegen eines solchen Postens ausnahmsweise die *Rutiliana* versagt und die Verfolgung den Creditoren belassen, die sich deshalb der *Paufliana* oder als *Cessionare* des *honorum emptor* selbst des fraudatorischen *Interdicts* bedienen mögen, je nachdem die *lex honorum vendendorum* mit Vorbehalt der Sache selbst oder nur mit Vorbehalt ihrer Rückübertragung gefaßt ist.“

Diese neue Ansicht und ihre Exposition dürfte wohl nur wenig Leser gefunden haben, die nicht sofort die größten Bedenken gegen sie gefaßt hätten.

Also Justinian, zu dessen Zeit, wie er seine Institutionisten ausdrücklich belehrt, (*pr. I. de succ. subl.* 3, 12) der *honorum emptor* mit seiner *Universalsuccession* längst abgekommen war und der daher auch alles darauf bezügliche Recht in seinen Rechtsbüchern hat tilgen lassen, so daß die Welt auch von der einstmaligen Existenz einer *Rutiliana actio* erst vor 50 Jahren durch Gaius etwas erfahren hat — er oder seine Redactoren begehen das unbegreifliche Versehen, doch noch ein mit jenem alten Güterkäufer weggefallenes Rechtsmittel zu conserviren und weitläufig zu commentiren. Und das obendrein in einer so dunkeln Ausdrucksweise in Betreff der *Activlegitimation*, daß selbst, wer von der einstigen Existenz eines *honorum emptor* und einer *Rutiliana actio* wußte, die bezüglichen *Edictsworte* ohne die *Divination* des kaiserlichen Versehens oder der neuesten Auslegung nicht verstehen konnte. Daß dem Aufsteller der letzteren dieses Bedenken nicht aufgestoßen zu sein scheint, ist freilich auch merkwürdig³⁶⁾.

³⁵⁾ Zum Besten des Lesers bemerke ich, daß, wie aus dem Schlusse hervorgeht, unter diesem Posten nicht, wie man nach den Worten meinen sollte, irgend eine Forderung des Creditors, sondern eine von den Forderungen verstanden wird, welche durch betrügerische Veräußerung an einen Mitwissenden gegen diesen entstanden sind.

³⁶⁾ Wenn er nachher §. 98 sagt: im Justinianischen Recht sei nach dem Wegfall der *honorum venditio* das *Interdict* zwar nicht beseitigt, aber auf die Creditoren und den Curator beschränkt (?) worden, so wird es

Noch viel unbegreiflicher ist aber, was dem Rutilius selbst zugeschrieben wird, unter dem wir uns doch einen Juristen denken. Zuvörderst: die Creditoren werden betrogen und — den Ersatz dafür erhält der Speculant, der *bonorum emptor*, der darum den Gläubigern auch nicht einmal sonderlich viel mehr geben wird. Damit scheint ja das Witzwort des Cuius (meine Abh. S. 5) Aemilius fecit, plectitur Rutilius, nur umgekehrt, zur Wahrheit geworden. Doch Rutilius wollte es nun einmal so und bedachte auch nicht, daß da die Creditoren fortdauernd in denselben Fällen die *Pauliana* behielten, der *sciens* nun doppelt bezahlen müsse, oder, wenn dagegen eine uns unbekannte Fürsorge getroffen wurde, ein munteres Wettrennen zwischen ihm und den Creditoren entstehen werde, wer das Veräußerte zuerst erlange, wobei er freilich, da die Creditoren schon vor dem Güter-

dadurch nur noch auffälliger, daß Justinian eine Bezeichnung des Klagberechtigten beibehielt, von der er wußte, daß sie nicht auf die Creditoren ging. Seltsam ist auch auf Rudorffs Standpunkt die Erklärung, warum Justinian nach dem Wegfall der *bonorum venditio* nicht bloß die *Pauliana* in seine Rechtsbücher aufgenommen (S. 97): „Die ganze spätere Rechtsentwicklung hatte sich dem *interdictum fraudatorium* des *Bonorum Emptor* angeschlossen“. Bewiesen wird das nicht und an sich möchte man nach Rudorff offenbar das Gegentheil annehmen, da die *bonorum emptio* schon in der frühern Kaiserzeit durch das *Senatusconsult* zu Gunsten vornehmer Personen sehr beschränkt und dann seit Constantin ganz weggefallen war. Es ist auch nicht richtig, daß Justinian nur zwei Namen für das neue Revocationsmittel habe stehen lassen. Ein solches hat er hier überhaupt nicht eingeführt (wie z. B. bei der *Dotalklage*), sondern die alten drei mit ihrem bisherigen materiellen Recht stehen lassen, so daß man jedes nach seiner Eigenthümlichkeit gebrauchen kann. Daß es dabei nicht nöthig ist auch dessen Namen anzuführen, braucht nicht gesagt zu werden. Behauptet Rudorff aber (S. 94) einen schon früher eingetretenen „Verschmelzungsproceß“ von *Pauliana* und fraudatorischem Interdict und beweist ihn durch die Schlußworte der L. 38. §. 4. D. de usur. (22,1) *quod non est iniquum* (nehmlich Restitution der Früchte in der *Pauliana*) (nam et verbum „*restituas*“ quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem) ut fructus quoque restituantur: so hat er das Beweissthum, allerdings mit Mommsen, nur sich selbst durch eine Interpunction zurecht gemacht, von der wir nicht wünschen, daß sie stereotypirt werde. Läßt man die Klammern mit den gewöhnlichen Ausgaben weg, steht hinter *iniquum* nur ein Colon und versteht unter in hac re nur was das Wort sagt (in diesem Verhältniß, nicht in dieser actio), so schließt Paulus nur vernünftiger Weise und in vernünftigem Latein von dem Recht des fraudatorischen Interdicts auf das der *Pauliana*.

verkauf klagen konnten, sicher stets den Kürzern ziehen mußte und dem Rutilius für sein Blendwerk wenig Dank wissen konnte. Aber noch schlimmer! nach den Worten seines Edicts hat er in Folge eines Rechts- und groben factischen Irrthums (nehmlich *de facto proprio*) auch nicht einmal vermocht, seinen Willen hinauszuführen. Er sagte: *si eo nomine actio ei competere oportet* und verstand unter der *actio* ohne Weiteres die *Rutiliana*, was allerdings ausdrücklich gesagt werden muß, weil andere Leute sicher nicht auf diesen Gedanken gekommen wären; denn er vergaß, daß er seine *Rutiliana actio* dem *honorum emptor* so gegeben hatte, daß dieser (Gai. 4, 35) *ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnatur*. Vom Gemeinschuldner — wenn auch betrüglisch — veräußerte Sachen oder aufgehobene Forderungen gehörten nun aber demselben nicht mehr, weder *ipso iure* noch vermöge einer ihm zuständigen prätorischen Restitution oder sonstigen prätorischen Klage und es stand also deshalb dem Güterkäufer die *Rutiliana* unter allen Umständen nicht zu, und wenn ihm *eo nomine* diese Klage nicht zustand, so war ihm also auch das fraudatorische Interdict nicht gegeben³⁷⁾. Doch sehen wir uns den weiteren Gedankengang des Rutilius an, wie er ihm von jener Grundlage aus zugeschrieben wird. Zunächst muß er, der doch den Verkauf des

³⁷⁾ Es rächt sich die unvorsichtig auf diese Rechtsmittel übertragene Annahme einer wirklichen Restitution der Person selbst, welche ein Recht *ipso iure* eingebüßt hat (Anm. 31), wenn Rudorff S. 90. 91. sagen kann: Andererseits gehören die veräußerten Gegenstände zur Concursumasse des Fraudator, dem der *Honorum Emptor* in der That succedirt. Kaum begreiflich ist es aber, wie er auf derselben Seite die Einsicht, daß der *bon. emptor* doch nicht Rechtsnachfolger des Fraudator in dem Veräußerten sei, aussprechen und doch dem Rutilius jene Verlehrtheit zuschreiben und wie er ferner den einfachen Weg, dem Güterverkäufer, wenn man dieses wollte, die *Panlianische Klage* zu verschaffen — durch Cession Seitens der Gläubiger — damit abweisen kann: das Princip der Stellvertretung im Proceß habe noch in den ersten Anfängen gelegen (!), während doch die *Rutiliana* selbst schon auf einer gleichsam fingirten Cession der Klagen des Fraudator an den Güterkäufer beruhte und er vorher S. 79. eine Cession sogar des fraudatorischen Interdicts an die Gläubiger annimmt, um dieses zu erklären. Also überall Selbstwiderspruch.

Vermögens an den Meistbietenden eingeführt hat (§. 88), die sonderbare Meinung gehegt haben, daß immer nur Ein Bieter und Güterkäufer und zwar gerade ein solcher, der den nachher zu erwähnenden Widerwillen gegen gewisse Ausstände hatte, auftreten werde; denn wie Seitens des vor dem Zuschlage noch aller Welt und sich selbst unbekannten Meistbietenden unter mehreren die dargestellte vorherige Verhandlung mit den Gläubigern über den allzuunsichern Posten³⁸⁾ möglich sein soll, ist doch nicht abzusehen. Ferner hat man sonst wohl gehört, daß der Verkäufer von einem Complex verkaufter Sachen sich etwas vorbehält: ganz neu ist es aber, daß hier der Käufer sich sperrt, alles Verkaufte zu bekommen: ferner, daß er anstatt das Unsichere oder Unnütze, dessen sich doch auch sonst im Vermögen des Fraudator selbst Manches finden wird — bei seinem Gebot einfach überhaupt nicht oder beliebig gering in Anschlag zu bringen und seine Gedanken darüber für sich zu behalten, die Gläubiger deshalb in sein Vertrauen zieht, indem er sie mit der Eröffnung angeht, daß er bei seinem Gebot auf dieses Activum keine Rücksicht nehmen werde; endlich, was das allermerkwürdigste, daß diese Eröffnung die Versagung der Rutiliana wegen dieses Postens zur Folge hat, den nun die Gläubiger mit der Pauliana oder dem ihnen cedirten fraudatorischen Interdict verfolgen können. Ohne jene Eröffnung hätte also der *honorum emptor* wegen dieses Postens die Rutiliana gehabt, und hat sie folglich wegen aller übrigen fraudulenten Veräußerungen, gegen deren Nichtanschlag bei seinem Gebot er sich gegen die Creditoren nicht verwahrt hat. So erfahren wir denn ganz gelegentlich, daß der *honorum emptor* wegen der fraudulenten Veräußerungen schon die Rutiliana hatte — und Rutilius, der nur an unnützer Fülle von Rechtsmitteln kein Mißfallen gehabt zu haben scheint, gibt ihm noch obendrein das fraudatorische Interdict: wogegen in dem Falle, wo er ausnahmsweise die Rutiliana zu jenem Zweck nicht hatte, er nach Ausweis der Edictsworte darüber auch das Interdict nicht bekommt!! Und doch muß er es auch wieder ge-

³⁸⁾ Warum der Güterkäufer nur gegen einen solchen (Anm. 35) und nicht auch gegen unsichere wirkliche Schuldner des Defraudator einen Widerwillen empfindet, würden wir fragen, wenn das nicht gegen die übrigen Fragen als ein Mißseigen erschiene.

habt haben, weil man sonst nicht sieht, wie er es den Creditoren in eben diesem Falle cediren konnte³⁹⁾. Rutilius muß aber in sein Gedankenwirrsal auch die spätern Römischen Juristen und Kaiser mit einem noch schlimmern Erfolge hineingezogen haben; denn diese gehen sogar soweit, von weiter nichts zu wissen, als daß — nicht etwa ein cedirtes oder ein utile interdictum, sondern einfach das fraudatorische Interdict selbst dem oder den verkürzten Gläubigern und sonst Niemanden zusteht⁴⁰⁾.

Doch wird es gerathener sein, ihrem Vorgange zu folgen, als mit der neuesten Abhandlung Justinian und Rutilius so viele Ungereimtheiten zuzuschreiben, und sich darin auch nicht irre machen zu lassen durch das einzige Quellenzeugniß, welches für die neue Ansicht beigebracht wird: den Anfang der Verjährung anno utili für die Paulliana von der geschehenen Veräußerung an⁴¹⁾, dagegen für die fraudatorische Interdictsklage

³⁹⁾ In seinem Edictum perpet. p. 236. Not. 7. 8. scheint Rudorff seine Begründungsart der Actiolegitimation zum fraud. interdictum geändert zu haben. Es soll consentaneum sein, daß es prout creditori pretium alienatae rei aut solutum est aut solutum non est, im ersten Fall dem bon. emptor, im zweiten dem Gläubiger zustehe. Ich bekenne, daß ich dieses nicht verstehe. Wie kommt überhaupt ein Gläubiger dazu, daß ihm und gerade ihm unter mehreren das Kaufgeld für die vom Schuldner veräußerte Sache gezahlt wird? Soll es so der wissentliche Acquirent der Sache in seiner Gewalt haben, von wem er belangt werden könne? Und woher die verschiedene Wirkung nach jenem Unterschiede?

⁴⁰⁾ L. 67. §. 1. 2. D. ad SC. Treb. (36,1) L. 96 pr. D. de solut. (46, 3). L. 1. Th. C. de int. rest. (2, 16).

⁴¹⁾ L. 10. §. 18. D. quae in fraud. cred. (42, 8). Rudorff will S. 79 für diesen Anfang der Verjährung noch ein Zeugniß gefunden haben, in L. 144. §. 1. D. de reg. iur. (50, 17) aus Paul. lib. 62 ad edictum: In stipulationibus id tempus spectamus quo contractum est. Das ist aber ein Irrthum. Allerdings handelte Paulus in diesem Buche von der Paulliana (meine Abh. S. 23). Aber wegen bloßer fraudulenter Stipulationen versagte der Prätor in einem andern Theil des Edicts dem mitwissenden Stipulator die Klage und lag das verkürzende gestum erst in der Zahlung, (meine Abh. S. 26—29.), so daß die Verjährung auch erst von deren Zeit an anfangen konnte. Wahrscheinlich sprach also Paulus von dem Zeitpunkt, auf den es hinsichtlich der scientia in diesem Falle ankomme und von der Stipulationszeit im Gegensatz zu der der Zahlung die nicht entschied, weil sie nur um der Verpflichtung willen geschieht. Damit verzichte ich freilich auf ein Argument wider Windscheid (a. a. O. S. 324), der wieder will, daß in L. 10. §. 18. cit. venditionis bonorum so viel

erst von der *honorum venditio* an. Denn auch abgesehen davon, daß hiermit gar nichts über die Frage, von der es sich hier allein handelt, ausgesagt ist, wem denn nach dem Güterverkauf die fraudatorische Interdictsklage zustiehe, so versteckt sich unter diesem Namen hier nur die *utilis actio*, von der allein die Quellen jenen Verjährungsanfang aussagen, gegen deren willkürliche Identificirung mit der *arbitraria formula ex interdicto* und hier gar mit dem Interdict selbst wir aber schon oben uns verwahrt haben.

Was Rudorff mit seiner Ansicht gern — wenigstens auch — erreichen will und worauf sich eine von ihm S. 80 beigebrachte, seine Ansicht nur angeblich bestätigende Aeußerung von Bethmann-Hollweg⁴²⁾ bezieht, daß nemlich der *honorum emptor* auch die betrüglichen Veräußerungen mit erhalte, das gewährt, nur ohne Verläugnung von Rechtsprincipien, meine Darstellung vollständig (s. o. III. a. C.), die auch durch die Interdictsworte in *bonis, quibus de ea re agitur* (meine Abh. S. 87. 115)⁴³⁾

als *venditionis bonorum* heißen soll — ein Sprachgebrauch, der (wenn, wir hier, nicht unmittelbar die *venditio bonorum* vorhergeht und dagegen der Verkauf schlechthin das gewöhnlichste verkürzende Geschäft ist) aller Sprache widerspricht und nicht mit der Bemerkung, „es heiße hier einfach *venditio*, was an einer andern Stelle *venditio bonorum*“ bewiesen wird. Daß W. im Uebrigen meine Argumente nicht widerlegt, zeigt eine bloße aufmerksame Vergleichung der S. 64 meiner Abh.

⁴²⁾ Derselbe spricht nemlich von den fraudulenten Veräußerungen als „Massenforderungen“, (doch wohl in einem ähnlichen Sinne, wie man von Massenschulden und Massengläubigern spricht), die die Creditoren zweckmäßiger Weise mit zum Verkauf gestellt hätten, und erkennt also mit mir die Creditoren als darin klagberechtigt an. Auch freue ich mich, daß er (Civilproceß Bd. 2. §. 98. C. 381) hinsichtlich einer hauptjächlichen Voraussetzung meiner Ansicht, auf die sich Rudorff überhaupt nicht einläßt, nemlich des weit schleunigeren Verfahrens der Interdicte, selbst ohne meine Abhandlung zu kennen, in der dieses specieller, namentlich für das fraudatorische Interdict nachgewiesen ist, auf meiner Seite steht. Aehnlich auch Böcking Pand. §. 131 C. 514. Nur darf man sich durch die Agrimensorenansage über das interd. *Uti possidetis*, daß dessen *executio* (= *explicatio* bei Ulpian oben Anm. 21) perplexissima sei, nicht verleiten lassen anzunehmen, daß dadurch auch das Verfahren weitläufiger und länger geworden wäre, als in Actionen, da die vom Richter zu entscheidende Frage doch nur eine einfache war. Gai. 4, 166a.

⁴³⁾ Es soll wohl nur meine Ansicht bei dem Leser discreditiren, wenn Rudorff S. 78. Anm. 54 mich diese Worte nach S. 115 meiner Abh., wo

und den Namen *fraudatorium interdictum* (ebendas. S. 115)⁴⁴⁾ bestätigt wird. Der Unterschied ist nur der, daß er und hierin ihm beistimmend auch Bethmann-Hollweg, darauf ausgeht, die Klagen wegen der Verkürzungen an den *bonorum emptor* zu bringen, ich dagegen die revocirten Veräußerungen selbst, welche die Gläubiger in einem Zusatz zur *lex bon. vendendorum* als Accession mit ausbieten. Und hierin ist, meine ich, die innere Angemessenheit auf meiner Seite. Wollten die Gläubiger z. B. die Paullianische Klage wegen aller geschehener verkürzenden Veräußerungen dem zu verkaufenden Vermögen beifügen — was sie ohne Zweifel von jeher hätten thun können, so würden sie dafür von dem Güterkäufer ganz unverhältnißmäßig weniger bekommen haben, als wenn sie — wie das *fraudatorische* Interdict es ihnen möglich machte — die Veräußerungen kurzer Hand selbst herbeischafften und mit ausboten. Das Interdict leistete ihnen hier ähnliche Dienste, wie das *interd. ne vis fiat ei qui in poss.* hinsichtlich der nur in fremdem Besitz befindlichen Sachen oder wie die hypothekarische Klage und das *Salvianum* dem Pfand-

ich nur eine Folgerung aus ihrer Bedeutung ziehe, so erklären läßt: sie sollten bedeuten, daß das Interdict bestimmt war, das Vermögen schnell zusammen zu bringen. Er ignorirt S. 87 meiner Abh., wo allein ich sie erkläre: für welche zu verkaufende Güter es sich jetzt darum handelt — also regelrechter *dativus commodi*, wie man z. B. sagte *tuas res tibi agito*, nur daß hier nicht die Person (des *Fraudator*) sondern nur die Güter genannt werden konnten, zu denen in ihrem Interesse die Gläubiger das Veräußerte zurückziehen wollten. Daß Rudorff gegen alle Regeln der Kritik die ungewohnten und schwierigeren Worte in die leichteren *quibus de agitur* ändern und dieses durch deren Vorkommen in der *in factum actio* rechtfertigen will, beruht wieder nur auf seiner Verwechselung der letzteren mit der *arbitraria formula*. — Die Anführung von Cic. p. Quint. 29, 89. *quod bonorum possessio spectetur non in aliqua parte sed in universis bonis* gegen meine Erklärung des *quibus etc.* in Rudorffs *Edictum perpet. p. 236 not. 5* ist mir unverständlich.

⁴⁴⁾ Wonach nämlich die Gläubiger materiell nur Namens des *Fraudator* das Interdict anstellen. Ich hätte mich noch darauf berufen können, daß alle Klagnamen *-orum* nach der Person oder dem Interesse des Klägers nicht nach der Veranlassung durch einen Dritten gehemmt sind, wie außer dem *interd. possessorium* und *sectorium*, das *demolitorium*, *exhibitorium*, *restitutorium*, *prohibitorium*, *secutorium* die *rescissoria*, *institutoria actio*; daher auch die *tributoria actio* nicht sowohl von dem male tribuere des Beklagten, als von dem Verlangen des recte tribui Seitens des Klägers so heißen wird.

gläubiger hinsichtlich der Pfandsache, wenn diese Rechtsmittel auch noch für andere Interessen nützlich waren. Denn der Käufer des Vermögens oder der Pfandsache wird, obgleich der Verkauf an sich auch ohne Besitz des Verkäufers möglich ist, doch ganz anders bieten, wenn er die verkauften Sachen beim Verkäufer sieht und sogleich in ihren Besitz kommen kann, als wenn er bloß auf die schwierige und unsichere Einklagung derselben angewiesen ist. Auch reichte die Zeit des Güterbesitzes bis zum Verkauf — 30 Tage beim Vermögen Lebender, 15 bei Erbschaften — für die Gläubiger hin; denn theils waren diese Fristen nur das Minimum im Interesse des Schuldners, theils konnte, wenn die Kläger nur das Interdict zeitig anstellten, die Sache in dem ohne Zweifel bei weitem häufigsten Falle, daß der Beklagte sofort einen Arbitr erbat, von diesem Tage ab schon am dritten, oder fünften, oder siebenten u. s. w. und also gar wohl in jenen Fristen vor ihm zu Ende gebracht werden ⁴⁵⁾.

VI.

Zur Geschichte des frühern und Rutilischen Concursrechts.

Was Rudorff zur weiteren Stütze seiner Ansicht in oft kaum wahrnehmbarem Zusammenhange aus der frühern Geschichte des Executions- und Concursrechts bis auf Rutilius herab Neues beibringt, hat mich, so weit es neu ist, auch nicht überzeugen können.

In der Forma der legis actio gegen den Verurtheilten bei Gai. 4, 21 wird wieder die alte Lesart quae dolo malo (statt der von mir nach Mommsens Vermuthung recipirten ad hoc) non solvisti in Schutz genommen — ohne die von mir in meiner Ausgabe dagegen citirte Stelle (Senec. de benef. 7, 16, 3 welche auch den Ausdruck fraudator erklärt) zu beachten und dagegen mit Berufung auf den Zwölftafelsatz, „daß erst der böse Vorsatz des Schuldners, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln die Manus Injunctio begründe (si calvitur pedemve struit manum endoiacito)“: als wenn diese Stelle auf den iudicatus und nicht vielmehr auf den für irgend eine Klage in ius vocatus ginge und einer auch nur analogen Anwendung nicht die völlige Verschiedenheit beider Fälle entgegenstände; denn

⁴⁵⁾ Vgl. E. Huschke das Röm. Jahr S. 315 flg.

der Verurtheilte, der nicht rechtzeitig gezahlt hat, steht deshalb zu gerechter Execution, der Vocierte, den der Kläger vielleicht ganz widerrechtlich belangt, wird nur wenn er etwas thut, was die Absicht der Studierung des Rechtsweges bekundet, einem iudicatus gleich behandelt, so daß diese Stelle der zwölf Tafeln den Ausgangspunct für das spätere Edict über den latitans bildete. Ich selbst billige übrigens die Mommsensche Conjectur auch nicht mehr. Denn theils ist adhuc unpassend, weil es den Ablauf der 30 Tage nicht wirklich ausdrückt, theils auch der bloße Zwischenatz quae . . . non solvisti anstößig, weil die Nichtzahlung der Judicatssumme in 30 Tagen ein ebenso selbständiges Erforderniß der manus iniectio ist, wie die Verurtheilung. Auch kritisch leichter ist der Vorschlag das handschriftliche qdoc zu lesen qdoo, d. h. quando oportet, mit der Annahme, daß vorher statt mil. früher mileaq geschrieben stand, wovon milea als Fehler statt milia angesehen und in Folge davon auch q als Geminatio des folgenden q (von quando) weggelassen wurde. Die so entstehende Lesart Quod tu mihi . . . damnatus es sestertium x milia eaque quando oportet non solvisti befriedigt vollkommen. Man vergleiche eine ähnliche Berichtigung in meiner Ausgabe des Gai. 4, 42.

Wie der älteste Verkauf des Vermögens und das tertiis nundinis in partes secanto in den zwölf Tafeln von Rudorff aufgefaßt wird, sieht man aus S. 81. 82. nicht klar⁴⁶⁾. Wenn gesagt wird, er habe keine Succession des Käufers, auch nicht in die Rechte des Schuldners begründet, so ist das zwar richtig, widerspräche aber gerade der dafür in Bezug genommenen Analogie der Pfandexecution, bei der der Käufer doch in die Rechte des

⁴⁶⁾ Vgl. darüber mein Recht des Nexum S. 90 flg. Ich habe die Mehrheit der zur sectio berechtigten Gläubiger dort auf den Fall bezogen, daß Litis Consorten ein Judicat erlangt und die manus iniectio vorgenommen hatten, worauf sie denn jedenfalls auch geht. Wahrscheinlich aber berücksichtigten die 12 Tafeln auch den Fall, daß mehrere in verschiedenen Processen zum Judicat gelangt waren, von denen nur einer die manus iniectio vornahm und berechtigten dann doch auch die andern zur Theilnahme an der sectio (also etwa so, daß vor den erhaltenen Worten voranging pluribus iudicatus ni quando oportet solverit). Alsdann lag das Princip des Römischen Concurſes, daß dessen Eröffnung von Seiten eines Gläubigers (damals noch mit der manus iniectio) doch für alle gilt und die Gläubiger dafür eine Art Einheit bilden, schon in den 12 Tafeln. Vgl. meine Abh. S. 40. 41.

Verpfänders als eines auctor succediert⁴⁷⁾; vielmehr ist nur das wahr, daß durch den Verkauf des Schuldners in die Fremde dessen caput und folglich auch sowohl die daran haftenden Forderungen und die Schulden als auch die Möglichkeit ihm in den körperlichen Sachen zu succedieren aufhörten. Als aber jene wirkliche capitis deminutio wegfiel, behielt der Prätor doch deren pönalen Standpunct für die Behandlung des Vermögens bei und es blieb fortwährend eine der Erbfolge analoge Universalsuccession des Käufers unmöglich, aber nicht etwa, weil eine Erbfolge in ein überschuldetes Vermögen überhaupt nicht möglich gewesen wäre⁴⁸⁾, sondern weil bei einem noch lebenden Fraudator dessen bleibende wirkliche Person, bei einem verstorbenen die nur für den heres fingierte Persönlichkeit Trägerin der Forderungen und Schulden war und deren Uebertragung an den Käufer entgegentstand. Daß aber selbst schon der alte bonorum sector z. B. eines in einem Criminalproceß Verurtheilten oder Exilierten, statt blos in die körperlichen Sachen, auf welche allein sein Erwerb des quiritarischen Eigenthums⁴⁹⁾ und das interd. sectorium sich beziehen, auch in die Forderungen und Schulden des Verurtheilten eingetreten sei (S. 86 flg.) — die damals vielmehr mit der capitis deminutio eben so wie die eines erblos Verstorbenen mit seinem Tode untergingen — ist eine eben so sachwidrige wie beweislose Behauptung⁵⁰⁾.

Aber auch der Beweis, der für „die wüste und rohe Selbsthülfe“ jenes Zwölftafelverkaufs aus der Auflage der sacra

⁴⁷⁾ Auch beim gerichtlichen Pfande und dessen Verkauf, wo der Gepfändete nur ein unwillkürlicher auctor ist. L. 74. §. 1. D. de evict. (21, 2).

⁴⁸⁾ Wirklich geht Rudorff S. 89 so weit zu behaupten: „Auf insolvente Güter machen nur Gläubiger nicht Prätendenten Anspruch und ohne ein Activvermögen (Suum) gibt es so wenig ein Testament (Ulp. 20, 10), wie eine Vindication“. Das bedarf wohl keiner Widerlegung. Ueberhaupt vgl. mein Recht des Nexum S. 156 flg.

⁴⁹⁾ Mit Recht hat Rudorff S. 87 wenigstens dieses jetzt auch angenommen und ist damit von seiner früheren quellenwidrigen Ansicht (zu Puchtas Instit. Bd. 3. § 327 Anm. n), daß der Sector nur das Quasipfandrecht des Staats an diesem Vermögen erlangt habe, stillschweigend abgegangen.

⁵⁰⁾ Natürlich darf man hier nicht aus dem Recht der Kaiserzeit, wo das Vermögen von der Gesetzgebung durchgängig als Inbegriff auch von Forderungen und Schulden aufgefaßt wurde, (L. 1 pr. D. de cap. min. 4, 5) auf das frühere schließen.

privata (hier unter den Begriff der „Besteuerung“ gebracht) nach Pontificalrecht (Cic. de legib. 2, 19, 48. 49) auf den de creditoribus qui plurimum servet hergenommen wird, hält nicht Stich. Es wird nicht beachtet, daß dieser Satz nach Cicero's Zeugniß und wie auch schon des servet (im Gegensatz zu dem plus minusve secare der 12 Tafeln) zeigt, dem spätern Pontificalrecht angehört, welches zur Zeit der prätorischen Befriedigung der Gläubiger galt und daher auf den Fall eines erblosen Vermögens, welcher Ueberschuß über die Schulden gewährt, sich bezieht⁵¹⁾. Und wenn für den überflüssigen Beweis, daß die Paulliana actio, die — mir unverständlich — „noch ganz auf dem Boden des Civilrechts stehen“ soll, weil sie dem Curator⁵²⁾ und den Gläubigern, „nicht dem Magister, oder Bonorum Emptor“ gegeben werde, älter gewesen sei als das fraudatorium interdictum, ihre persönliche Benennung von dem Urheber angeführt und das neue Axiom aufgestellt wird, daß eine solche Benennung nur „dem Erfinder eines schöpferischen Rechtsgedankens zu Theil werde, nicht den Späteren, welche ihn erweitern und nutzbar machen“, so muß dem Aufsteller (um nur beim Nächsten stehen zu bleiben) die Serviana actio im Verhältniß zur Rutiliana oder die Calvisiana im Verhältniß zur Fabiana nicht gegenwärtig gewesen sein, die bei weitem nicht so sehr von dem nachgeahmten „schöpferischen“ Vorbilde abweichen als das fraudatorische Interdict von der Paulliana, wenn jenes dem bonorum emptor zustand⁵³⁾.

Aus dem weiter gegen „die gewöhnliche Ansicht“ von der prätorischen Executionsordnung Gesagten kann ich nur schließen, daß meine im Hauptgedanken hier wiederkehrende Darstellung,

⁵¹⁾ Mein Recht des Nexum S. 91. Anm. 117, welche gar nicht oder nur flüchtig gelesen worden zu sein scheint.

⁵²⁾ Dieser Curator war doch wenigstens kein civilrechtlicher aus den 12 Tafeln, sondern ein prätorischer.

⁵³⁾ Dagegen wird meine Erklärung der Thatfache, daß vor der Kaiserzeit wohl actiones, aber nicht interdicta persönliche Namen von ihren Urhebern führen, kurzer Hand mit Bestreitung der Thatfache selbst durch Berufung auf das Salvianum interdictum abgewiesen, ohne den Gegenbeweis zu führen, daß schon vor Augustus Salvier höhere Ehrenstellen in Rom bekleidet hätten. Man könnte sich eben so gut zur Widerlegung der ähnlichen Thatfache, daß vor der Kaiserzeit leges aber nicht Senatusconsulte (diese verlängerte) persönliche Namen von ihren Antragstellern führen, auf das SC. Silanianum, Persicianum u. s. w. berufen.

wonach das Abweichende der prätorischen Execution vornehmlich darin bestand, daß nicht die Creditoren nach eigenem Recht, sondern nach prätorischer Verleihung vorgehn — noch nicht die gewöhnliche geworden sein soll, was dahin gestellt bleiben mag.

Dagegen fehlt es für die neue Behauptung: der Grundgedanke der Rutilischen *bonorum venditio* bestehe in der Uebertragung des ärarischen Verdingungssystems an Publicanen auf den Privatconkurs (S. 86) nicht nur an dem nöthigen Beweise, sondern sie ist auch im höchsten Grade unwahrscheinlich. Da die staatliche *sectio*, mit der die der Creditoren doch auf gleicher Linie steht, eben so wie die Erhebung der Vectigalien und die Ausrichtung der *ultra tributa* schon nicht lange nach Vertreibung der Könige aus einer unmittelbaren Versorgung in eine entgeltliche Ueberlassung des Rechts dazu und damit auch der zu secie- renden Güter (*venditio sectionis bonorumve*) übergegangen war, so ist es kaum denkbar, daß die *sectio* der zwölf Tafeln, auch wenn sie nicht selbst schon in einem Verlaufe des Vereinzelungsrechts bestand, erst nach fast viertehalb- hundert Jahren derselben Verkehrsrichtung gefolgt sein sollte. Vielmehr müssen wir annehmen, daß nachdem schon frühzeitig auch die Gläubiger durch einen aus ihrer Mitte das Vermögen an einen Sector verkauft hatten (vgl. Anm. 46), in den Anfängen mindestens seit der Lex *Pörestia* (441) und vollendet seit der in die zweite Hälfte des sechsten Jahrhunderts fallenden Einführung des prätorischen Processes, in dem man selbst die *actio* vom Prätor zu erbitten hatte, sowohl der Verkauf als die Besitznahme des Vermögens aus den verschiedenen Edictsgründen auf Autorität des Prätors geschehen ist und daß Gaius nicht ohne Grund (4, 35) von Rutilius sagt: *qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur*, womit er nelmlich andeuten wollte, daß diese Aussage genau nicht richtig sei, sondern nur bedeute, daß die spätere vollendete Gestalt der *bonorum venditio* Rutilius zum Urheber habe⁵⁴). So haben

⁵⁴) Vgl. mein Recht des Nexum S. 158. Nur Dernburg über die *bon. emptio* (1850. S. 24) legt auch auf das *dicitur* Gewicht, aber in anderer Art, so daß die Sagenhaftigkeit der Nachricht sogar auch die Person des P. Rutilius ergreifen und darunter irgend ein ungewisser Prätor dieses Namens verstanden werden soll. Aber auch von andern Gründen abgesehen konnte Gaius in seinem Institutionenwerk nur den bekannten P. Rutilius verstehen.

wir nicht den geringsten Grund anzunehmen, oder gar mit Rudorff apodiktisch hinzusetzen, daß die Ernennung eines Magister, der damals bei den Societäten der Publicanen schon längst üblich war, und die Feststellung der Verkaufsbedingungen unter prätorischer Genehmigung, oder das *interdictum possessorium*, das nicht viel jünger sein kann als das *sectorium* und *Quorum bonorum*, von Rutilius herrührten. Dessen Verdienst war es nur, der *bonorum venditio* im Interesse der Creditoren und daher zur Hebung des Credits auch hinsichtlich der Activa und Passiva so viel als möglich den Charakter einer der Erbfolge ähnlichen *Universalsuccession* zu verleihen. Vor Allem also hinsichtlich der ausstehenden Forderungen eines noch lebenden Fraudator, die bisher den Gläubigern wenigstens einstweilen verloren gegangen waren⁵⁵⁾, durch Einführung der *Rutiliana actio* — gleichsam mittels der Fiction, daß der bon. emptor als Stellvertreter Namens des Fraudator und also doch nur auf Grund eines allgemeinen Singulartitels⁵⁶⁾ klage — während er eine eben solche Klage (die spätere *Serviana*) bei überschuldeten Erbschaften zum Nachtheil der *sacra privata* noch nicht wagte⁵⁷⁾, und durch die des *fraudatorium interdictum*, das den Creditoren gestattete, auch die zu ihrem Nachtheil veräußerten Vermögensstücke noch mit zu dem Verkaufsobject zu schlagen. Dann aber auch wohl

⁵⁵⁾ Sie konnten nemlich nur etwa durch wiederholt erlangte *missio* und *venditio bonorum*, wenn der Fraudator die Forderungen eingezogen hatte, sich helfen. Daß aber der letztere sie bisher in der Regel auch schon selbst vor der ersten *missio in bona* wird eingezogen haben und deshalb dieser Verlust weniger fühlbar war, habe ich früher schon bemerkt.

⁵⁶⁾ Gleichsam einer *procuratio omnium bonorum* und insofern ganz ähnlich gedacht, wie die *Pauliana* und das *fraudatorische Interdict* für die Creditoren.

⁵⁷⁾ Nach dem damaligen Pontificalrecht (*Cic. de leg. 2, 19 fin.*) war nemlich nach der schon erklärten vierten Classe der Verpflichteten *de creditoribus ejus qui plurimum servet*, die fünfte und letzte, welche besonders auf insolvente Erbschaften ging: *ut si qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit*. Sie fiel durch die *Serviana actio* weg, die man gern dem *Servius Sulpicius*, dem bekannten Verfasser auch einer Schrift *de sacrorum detestatione*, zuschreiben möchte, wenn nur dessen Prätur die städtische gewesen wäre. Jedenfalls folgt daraus, daß Gaius die *Serviana actio* vor der *Rutiliana* erwähnt — was nur wegen des Anschlusses an die Klage des bon. possessor geschieht — nicht, daß sie älter gewesen sei.

hinsichtlich der Passiva durch Einführung des Gebots pro portione (anstatt des bisherigen in einer gewöhnlichen Geldsumme), welches den Emptor in eben so künstlicher Weise (nehmlich doch nur mittels einer Verkaufsklage des Magister, der selbst dann wieder den Creditoren nach Umständen ex mandato oder negotiorum gestorum actione haftete)⁵⁸⁾, zum materiellen Nachfolger in den Schulden des Fraudator machte — aber executiv, mit sofortiger Bezahlung, nur zum Besten der immittierten Gläubiger und nur pro portione, sofern er nicht selbst einen immittierten Gläubiger als Schuldner mit der Rutiliana belangte, deren Princip der völligen Haftung sich dann um der Gleichheit der Parteien willen in der ohne Zweifel auch Rutilischen deductio auf ihn umgekehrt übertrug⁵⁹⁾, wogegen den Gläubigern aber zustand durch wiederholten Antrag auf missio und venditio, wenn der Schuldner Neues erworben, auch noch das Uebrige zu erlangen⁶⁰⁾. Weil aber damit materiell

⁵⁸⁾ Die den Neuern und mir selbst früher entgangene Beweisstelle hierfür ist L. 22. § 10. D. mand. (17, 1), wo statt curator ursprünglich magister gestanden haben muß, weil jener zu Trebatius und Labeos Zeit noch nicht ex S.C.to verkaufen konnte; vgl. oben Anm. 15. Die in der Stelle erwähnten Gegenwärtigen sind offenbar diejenigen, welche zur Wahl des Magister zusammengekommen sind. Vgl. L. 58. § 1. D. eod.

⁵⁹⁾ Das heißt, er wurde dann auch hinsichtlich der Forderung des Gläubigers als ein nothwendiger Vertreter des Fraudator und damit als selbstständiger Schuldner jenes Gläubigers angesehen. Denn so drückt sich auch Gai. 4, 65 aus: deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet (vgl. § 66 fin.). Die Fassung der deductio mußte also, um tenent zu sein, lauten: deducto eo quod (oder deducta ea pecunia quam) bonorum emptor si defraudatoris nomine N. o N. o damnatus esset, ei invicem deberet. Da das pro portione bestimmte Kaufgeld auf die Forderung des Gläubigers an den Fraudator gezahlt wird, so wird durch diese Zahlung selbstverständlich auch das deducendum vermindert.

⁶⁰⁾ Gai. 2, 155. L. 1. C. qui bonis (7, 71), wonach also der Schuldner auch nach dem Verkauf den immissi noch immer das Uebrige schuldig bleibt. Nach Rudorff S. 88 soll umgekehrt der Verkauf pro portione einen Verzicht der Gläubiger auf das Uebrige enthalten, was selbst dem bon. emptor gegenüber durch die deductio widerlegt wird und nur denkbar wäre, wenn er schlechthin in die Schulden des Fraudator succedirte, wofür sich durchaus kein Rechtsgrund entdecken läßt. Denn wie käme er, der blos den immittierten Gläubigern einen Erwerb verdankt, dazu, den übrigen irgendwie, jenen selbst aber (vom Falle der deductio abgesehen) auf mehr als er in den Procenten seines Gebots ausdrücklich nur verwilligt hat, verhaftet zu sein? Und wozu sollte der Prätor denken, die wegen ihrer Procente schon die Verkaufsklage des ihnen verantwortlichen Magister hinreichend

das ganze Vermögen des Fraudator auf den Bonorum Emptor übertragen wurde, so mußte Rutilius auch der Urheber des Grundsatzes sein, daß ex ante gesto keine wirkfame Klage mehr gegen den Fraudator gegeben werde, als welcher nun gleichsam angehört habe, Subject dieses Vermögens zu sein ⁶¹⁾.

Nach dieser in den Quellen und der Natur der Sache begründeten Auffassung der Vorgeschichte des Römischen Concursrechts und der von Rutilius darin vorgenommenen Aenderungen — einschließlich der Einführung des fraudatorischen Interdicts als eines Rechtsmittels der immittierten Gläubiger — gewinnen wir ein harmonisches und nach allen Seiten befriedigendes Resultat, während die neueste Auffassung mit ihren Aufstellungen überall ungelöste juristische Dissonanzen hineinbringt.

VII.

Einzelnes zu diesen revocatorischen Rechtsmitteln.

Es wird angemessen erscheinen, daß ich gelegentlich noch einige anderweitige Einwendungen, welche gegen Einzelnes in meiner frühern Abhandlung, namentlich in den schon angeführten Lehrbüchern von Brinz § 123 und Windscheid § 463 gemacht worden sind, berücksichtige, so weit dieses nicht schon im Vorstehenden geschehen ist.

Im Ganzen kann es nur zur Genugthuung gereichen, daß die vorliegende Materie in diesen neuesten Lehrbüchern, namentlich

sichert, noch eine das Verhältniß nur verwirrende besondere Klage geben? Die in Gai. 3, 81 und danach in Theoph. 3, 12 pr. enthaltene allgemeine Gleichstellung des bon. emptor mit dem bon. possessor hinsichtlich der Forderungen und Schulden bei Gelegenheit einer bloßen Verweisung beweist natürlich nichts gegen Unterschiede im Einzelnen. Freilich spricht Rudorff S. 89 auch von passiven Schuldforderungen gegen den bonorum emptor mit einer Beschränkung (taxatio) auf die gebotenen Procente und ähnlich schon vor ihm Dernburg bon. emptio S. 144: als wenn das der Sinn des nach Procenten festgesetzten Kaufgeldes hätte sein können.

⁶¹⁾ L. ult. § 7. D. quae in fraud. cred. (42, 8.) Wohl zu bemerken aber ex ante gesto. Ex ante facto z. B. wegen einer Injurie oder eines Diebstahls mußte die Klage ebensowohl wie nach einer capitis diminutio des Thäters auch dem nicht Immittierten gegeben werden und insofern auch die in factum actio wegen solcher fraudulenter Vornahmen, die mehr die Natur eines Delicts als eines gestum hatten, z. B. wegen eines disperdere des Fraudator angestellt werden konnten, stand auch ihr jenes Princip nicht entgegen. L. ult. cit.

dem von Brinz so viel gründlicher bearbeitet worden ist, als in den frühern. Windscheid äußert mehrfach Bedenken ohne Beweis oder Widerlegung oder selbst auch nur vollständige Angabe meiner Gründe, was man ja auch von einem Lehrbuch nicht fordert. Dagegen kann man sich denn aber auch nicht rechtfertigen. Daß ich (§. 101) die Zuständigkeit des Interdicts gegen den Fraudator selbst leugne, dafür wird mein Beweis aus der unleugbaren restitutorischen Natur desselben und dem Mangel von ähnlich deutlichen Stellen, wie für die in factum actio, von ihm ignorirt. Daß er ferner die von Brinz in der von mir behaupteten Art vollständig anerkannte dingliche Natur der Paulliana actio nicht zugeben will, beruht wohl weniger auf dem, was die Quellen und die richtig erkannte Natur des Sachverhältnisses ergeben, als auf dem Einfluß der Ansicht⁶², daß die fraudatorischen Rechtsmittel wenigstens auch eine prätorische in integrum restitutio wegen dolus seien (oben Anm. 29). Und eben dieses liegt sicher auch der Behauptung zum Grunde, daß sie nicht Rechtsmittel der Concursgläubiger, sondern der betrogenen Gläubiger überhaupt seien, da hier selbst die bloße Aussage der Quellen ohne Rücksicht auf die geschichtliche Entwicklung der Materie für eine unbefangene Auffassung zu klar redet. Namentlich will ich noch gegen die angebliche Unklarheit, ob in §. 6. I. de act. (4,6) die Paulliana actio wirklich nur den immittierten Gläubigern gegeben werde, erwähnen, daß wem das Verhältniß des Theophilus zum dritten und vierten Buche der Institutionen, wie ich es in der Vorrede zu meiner Ausgabe der letztern dargethan zu haben glaube, einleuchtet, eben sowohl den Zweifel hieran, wie an der dinglichen Natur der Paulliana actio vollständig fallen lassen muß; denn Theophilus Darstellung läßt keiner Zweideutigkeit Raum (meine Abh. S. 43).

Brinz nimmt an meiner Darstellung Anstoß, daß die Paulliana gleichsam auf einer doppelten Fiction beruhe, nicht bloß der, daß nicht veräußert, sondern auch der, daß die immittierten Gläubiger domini loco seien. Aber liegt letzteres nicht in dem prätorischen Pfandrecht, welches sie zur Veräußerung zwecks ihrer Befriedigung berechtigt, und wäre ohne dieses eine Klage gerechtfertigt, durch welche das Eingeklagte nicht zum Vermögen des

⁶²) So wenigstens bei v. Savigny System Bd. 5. S. 26 flg.

Gemeinschuldners zurückgezogen wird, sondern an die Creditoren fällt? ⁶³) Es ist also in der That so: den Mißbrauch des den Gläubigern gegenüber gleichsam nur formellen Dispositionsrechts des Schuldners, an dem der Beklagte wissentlich Theil nahm, ahndet der Prätor durch objective Restitution — die Fiction in der intentio der Klage, daß nicht veräußert sei; die Verletzung aber, welche dadurch nicht dem Schuldner als Eigenthümer, sondern den Gläubigern als domini loco zugefügt ist, durch eine materielle Fiction im Subject ⁶⁴), indem er in der condemnatio, statt den Erbdar zu nennen, den Gläubigern zu restituieren, beziehungsweise zu condemnieren befiehlt: gleichwie die Rutiliana actio eine ähnliche Aenderung im Subject enthält. Weil aber dem verletzten Befriedigungsrecht der Kläger nur durch wirkliche Vergrößerung ihres Vermögens in dem Object, durch dessen Veräußerung es verkürzt wurde, eine Genüge geschehen kann, läßt sich die Restitution auch nur durch Wiederherstellung des Eigenthums oder sonstigen Rechts an sie und die Condemnation quanti ea res erit nur auf dessen vollen Betrag denken ⁶⁵). Brinz' Meinung, daß in der Fiction der intentio die Rescission gelegen und die Restitution bloß die factische Zurückstellung sei, fehlt auf doppelte Weise. Denn theils kann der Prätor durch bloßes Decret oder durch bloße Ertheilung einer Klage mit solcher Fiction ex edicto kein Recht aufheben oder geben, sondern nur mittelbar durch den mit solcher ficticia formula ernannten Richter diesen Zweck erreichen, theils würde mit der bloßen factischen

⁶³) Heißen doch selbst bloße Stellvertreter domini loco, obgleich sie nur im Interesse des Vertretenen Veräußerungsbefugniß haben. L. 27. D. de adm. et per. (26,7). L. 56. §. 4. D. de furt. (47,2) L. 7. §. 3. D. pro emptore (41,4) L. 157. pr. D. de reg. iur. (50, 17). Auch scheint von dem legatorum serv. caussa in possessionem missus in L. 5 pr. D. ut in poss. leg. (36,4) nur deshalb ausdrücklich bemerkt zu werden, daß er niemals domini loco sei, weil er kein Veräußerungsrecht hatte, weshalb ihm ohne Zweifel auch bei fraudulentem Veräußerungen keine Paulliana zustand: während dem in Concurs Gerathenen magistri fiunt et domini constituntur. Cic. pro Quint. 15, 50.

⁶⁴) Formell logisch nehmlich und den Worten nach ist es keine Fiction, wie ich es auch in meiner Abhandlung nicht so genannt habe und Gai. 4,35. die Rutiliana auch nicht ficticia nennt.

⁶⁵) Also ähnlich, wie wenn in der rei vindicatio der Besitzer inzwischen usucapiert hat oder wenn durch ein vi vel clam factum dem Kläger auch Servituten verloren gegangen sind. L. 15. §§. 7. 8. L. 21. §. 3. D. quod vi (43,24).

Zurückstellung den Gläubigern, die nur am Vermögen des Creditors ein Recht haben, auch nicht gedient sein. Auch kann man diesen Fall nicht etwa mit dem eines aus gerechter Furcht mancipierten Sklaven vergleichen, der allerdings gleich im bonitarischen Eigenthum des Gezwungenen bleibt, weil die Veräußerung nur formell nicht materiell gültig geschehen ist⁶⁶⁾. Dem steht auch das andere Subject, zu dessen Gunsten hier der Prätor die fraudulente Veräußerung entkräftet, entgegen.

Außerdem⁶⁷⁾ will auch Brinz wider meine Ausführung §. 38 die Paulliana erst von dem Güterverkauf an zustehen und verjähren lassen, zwar nicht — wenigstens nicht ausdrücklich — weil venditionis in L. 6. § ult. D. h. t. so viel heiße wie venditionis bonorum (oben Anm. 41), aber weil doch erst mit dem Güterverkauf die fraus eventum habe und in L. 10. § 1. D. h. t. ausdrücklich gesagt wird: Ita demum revocatur . . . si eventum fraus habuit, sc. si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt — obgleich man doch nicht einseht, warum der Erfolg wegen des den Gläubiger verkürzenden Geschäfts nicht zu seinem ganzen Gelde zu kommen, erst bei der nicht vollen Bezahlung durch den bon. emptor eintreten soll; obgleich die obige Stelle entschieden nicht von der Paulliana, sondern von der in factum actio spricht, bei der wegen ihres Verhältnisses zum Interdict die Verjährung erst von der venditio bonorum anfang; obgleich das eventum habere daselbst auch entschieden nur in der subjectiven Beziehung, daß dieselben Creditoren, welche man verkürzen wollte, equire, verstanden wird und bona vendiderunt nur steht, weil eben von der in factum actio die Rede ist, während für die Paulliana die Institutionen nur creditores inmissos fordern und Cicero einen Fall erzählt, wo sie vor der venditio bonorum angestellt

⁶⁶⁾ Ein gewöhnlich übersehener Fall, in dem bonitarisches Eigenthum entsteht. Paul. 1, 7. §. 6. L. 9. §. 6. D. quod metus c. (4,2).

⁶⁷⁾ Wenn ich nach Brinz §. 532 übersehen haben soll, daß der Pupill nach L. 6. §. 10. D. quae in fr. cred. (42,8) aus einer Veräußerung an ihn ohne Rücksicht auf scientia und ob sie Schenkung war oder nicht, mit der Paulliana hafte, so beruht dieses selbst wohl auf Versehen, da ich den Fall §. 36. Anm. 1. ausdrücklich als einen besondern und von dem der Schenkung verschiedenen anführe (wie Ulpian selbst es thut). Nur den von Ulpian und von Brinz selbst näher angegebenen Grund habe ich nicht besonders angeführt.

wurde; obgleich endlich die Pandecten selbst sie dem curator bonorum geben, der doch mit dem Güterverkauf aufhört und für den, da hier nicht von einem schon angefangenen, sondern erst anzufangenden Prozesse und nicht von einem Falle, wo an die aufgehobene Vormundschaft für den immer noch Hülflosen sich sogleich eine neue anknüpft, die Rede ist, Verweisungen auf L. un. C. ut causae post pub. (5,48) und L. 5. §§. 5. 6. D. de adm. et per. (26,7) gar nicht am Orte sind. Brinz' eigentlicher Grund scheint denn auch ein anderer zu sein, nemlich, daß er den objectiven eventus fraudis nicht schlechthin versteht, sondern noch von dem Nichteintritt möglicher Wiederaufhebungen der Verkürzung wie Arrangements, Bezahlung der Gläubiger durch Dritte u. s. w., bis zu jenem Zeitpunkt hin abhängig macht. Das verstößt aber wider allgemeine Rechtsregeln, auf die ich (S. 39) kurz mit den Worten, „so daß nur neue zufällige und als solche nicht zu berücksichtigende Ereignisse die Verkürzung wieder aufheben können“ hingewiesen hatte, und es ist außerdem auch gar nicht abzusehen, warum gerade der Güterverkauf das entscheidende Moment für den eventus sein soll, da jener hier nicht, wie der Tod bei den Rechtsmitteln wegen verkürzten Pflichttheils (Fabiana, Calvisiana actio, querela inofficiosae donationis) erst den Zeitpunkt der eingetretenen Verkürzung bestimmt, sondern höchstens den Betrag der zu dieser Zeit erlittenen Verkürzung, auf den es aber bei diesen Rechtsmitteln gar nicht ankommt, klar macht, und eben so wohl nachher z. B. durch wiederholten Verkauf neu erworbenen Vermögens oder Zahlung Dritter, wie vorher die erlittene Verkürzung noch wieder aufgehoben werden kann. Es wird also auch in dieser Hinsicht bei dem einfachen Ergebnis der Quellenansprüche bleiben müssen.

Ueber das Verhältniß von Actio zu Obligatio.

Von

Herrn Professor Dr. E. J. Seckler

in Greifswald.

Es gehört immer einiger Mut dazu einem größeren Kreise entgegenzutreten mit der Behauptung: Ihr alle habt Unrecht,