wandel des *praestare* feststellen, an den noch das *culpam praestare* und verwandte Wendungen erinnern, und der lehrreiche Ausblicke auf die Entwicklung der römischen Obligation, auf die Scheidung von Schuld und Haftung als deren Wurzel gestattet.

XII.

Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte.

Von

Herrn Professor Dr. J. Partsch

in Bonn.

Die moderne Rechtswissenschaft hat dem byzantinischen Gesetzbuche und der mittelalterlichen Rechtslehre¹⁾ den Satz nachgesprochen, daß das simulierte Geschäft nichtig sei. Die modernen Gesetzbücher wie BGB. § 117 enthalten danach eine gesetzliche Regel von der Nichtigkeit der Willenserklärung, die einem anderen gegenüber mit dessen Einverständnis nur zum Scheine abgegeben wird. Auch die moderne französische und die italienische Rechtswissenschaft kennen diese Regel.²⁾ Allerdings ist sie dort dadurch, daß die *action en simulation* nur Anfechtungswirkung

¹⁾ Für das 15. Jahrhundert ist die maßgebliche Darstellung, welche die gesamte Rechtslehre des Mittelalters zusammenfaßt, der Traktat des Bartolomeus Cepola, *De simulationibus* (Savigny, *Gesch. des römischen Rechtes im Mittelalter* 6 [2. Aufl.] S. 320 ff., den ich in der Ausgabe Lyon 1511 benutze).

²⁾ Für das französische Recht Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français* II, S. 61 f. 329; Paul Glavon, *La simulation*, Thèse. Paris 1897 — für die französische und italienische Literatur die italienische Ausgabe von Crome-Barassi, *Manuale di diritto francese*. I § 128 Note 1. — F. Ferrara, *Della simulazione nei negozii giuridici* (2. Auflage), Mailand ist mir nicht zugänglich, ebenso die Artikel desselben Verfassers über *La simulazione assoluta*, *Riv. di dir. commerc.* 1908.

hat, daß die Einrede der Simulation gegenüber einem nichtsahnenden Dritten nicht wirkt und dadurch, daß nur die Parteien, ihre Erben und Dritte, welche an der Behauptung, daß das Geschäft zum Scheine vorgenommen sei, ein privatrechtliches Interesse haben, die Simulation geltend machen können¹⁾, in ihrer Geltung stark eingeschränkt, und man kann nicht sagen, daß hier den praktischen Konsequenzen nach der Satz noch voll gelte, daß jedes Scheingeschäft nichtig ist. Die Lehre vom Scheingeschäft gehört zu dem traditionellen Bestande der Dogmatik der Willenserklärung. Der wahre Wille müsse dem Erklärungsinhalte entsprechen. Richtet er sich auf ein anderes Geschäft als die äußerlich hervorgetretene Erklärung, so liegt ein Scheingeschäft vor, wenn beide Parteien sich einig sind, daß der Erklärungsinhalt ihren wahren Willen nicht wiedergibt. Heute lehrt man, daß die Simulation aus den verschiedensten Motiven stattfinden könne und daß sie nicht notwendigerweise mit einem Simulationsdolus verbunden sein müsse. Die Frage, ob Scheingeschäft oder nicht, betreffe nur die Wirklichkeit des erklärten Willens. Die Parteien könnten die Simulationsabrede aus den lautersten Motiven eingehen, vielleicht um die Empfindlichkeit eines Zuwendungsempfängers zu scho-

¹⁾ Bezeichnend ist das Urteil des Kassationshofes über die Frage, ob die zum Schein geschehene Übereignung an eine Person, welche durch Übereignung eines Grundstückes in einer Gemeinde Kommunalwahlrecht erwerben will, von Dritten, welche nicht privatrechtliche Interessenten sind, als nichtig angegriffen werden kann, Cours de cass. 11 mai 1910 S. 1912 I. 97 — Ch. de requ. le 14 mars 1911 S. 1912 I. 99 (Revue trimestrielle de droit civil 1910 434 p. 1912 p. 506.): les personnes qui n'avaient pas été parties à un contrat de vente, qui ne prétendaient sur un immeuble aucun droit réel, qui ne se présenteraient ni comme créanciers ni comme ayants-cause d'une parties contractantes étaient sans qualité de demander l'annulation d'une vente que les acquéreurs n'avaient passée que pour se faire inscrire sur les listes d'électeur d'une commune. Die früher feststehende Regel, daß die Simulation gegen den gutgläubigen Dritten nicht wirkt, ist durch eine jüngere Praxis eingeschränkt worden. Nach dieser tritt infolge der Anfechtung des Geschäftes wegen Simulation eine Nichtigkeit des Geschäftes ein, so daß der Hypothekar, welcher vom Scheineigentümer sein Recht erwarb, nach der Anfechtung wegen Simulation des Eigentumserwerbs nicht geschützt ist, Rev. trimestrielle de dr. civ. 4 (1905), p. 901.

nen, der sich in Wahrheit gerne schenken läßt, wenn nur der Anschein des entgeltlichen Geschäfts gewahrt wird. Gefordert wird dabei nur von den verschiedensten Willens-theoretikern, daß die Parteien wirklich bezüglich der erklärten Form den Simulationswillen haben, während die moderne Rechtsprechung¹⁾ wie schon die des späten Mittelalters und des sechzehnten Jahrhunderts²⁾ an diese Folgerung nicht zu denken pflegt, wenn sie das Vorliegen eines Scheingeschäftes feststellt. Daß die gewählte Erklärungsform der wirtschaftlichen Ansicht der Parteien oder dem von den Parteien verfolgten Zwecke nicht entspricht und daß eine andere Erklärung angemessen wäre, genügt zur Feststellung des Scheingeschäftes. In den meisten Fällen wird die Scheinerklärung abgegeben, um Dritte zu täuschen. Der Bestellzettel wird zum Scheine ausgefüllt, damit der Reisebuchhändler, der ihn sich ausstellen läßt, im Bekanntenkreise des Ausstellers Bestellungen erhält. Oder die Scheinerklärung wird gewählt, um einen Richter oder eine Behörde zu täuschen, zum Beispiel es zu erschweren, Folgerungen des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechtes an das verdeckte Geschäft zu knüpfen, etwa das Geschäft mit einer Abgabe zu belasten.

In der Rechtsvergleichung der modernen Rechte fällt es auf, daß die Nichtigkeit wegen Simulation der englischen Privatrechtswissenschaft bis in das zwanzigste Jahrhundert hinein unbekannt zu sein scheint. Vergebens sucht man die entsprechende Darstellung in der Lehre von der Ernstlichkeit der Willenserklärung im alten Traktat von Smith³⁾, *The Law of Contracts* wie in dem für die modernste Praxis

¹⁾ Bezeichnend Kammergericht 24. ZS. 28. 5. 10. im Recht 1910, Nr. 2775. Reichsgericht 16. 4. 18. Warneyer Entsch. 18, 204. — 16. 4. 1912 RGZ. 79 236.

²⁾ Für das Mittelalter ist bezeichnend Cepola a. O. mit seinen 25 praesumptiones, welche auf Nichtigkeit des Sicherungskaufes wegen Simulation deuten. Das 16. Jahrhundert sprach vom Beweis per conjecturas, d. h. aus den Umständen, welche auf Simulation deuten, Anton. Faber, Cod. Fabrian. def. 4, 17, 1 und die deutschen Dissertationen des 17. Jahrhunderts.

³⁾ John William Smith, *The Law of Contracts*, 3. Aufl. London 1860 S. 170—257.

grundlegenden Buche von Anson-Gwyer.¹⁾ Erst die modernen Oxforder Professoren, welche durch ihre Darstellungen eine Kodifikation des englischen Privatrechtes vorbereiten wollen, nehmen in § 79 auch eine Vorschrift über das Scheingeschäft auf.¹⁾ Aber bezeichnenderweise ist der Hauptfall des modernen Scheingeschäftes der anderen Rechte auch für das modernste englische Recht bedeutungslos: wenn die Parteien das Geschäft in einer dispositiven Urkunde errichtet haben, ist ein Nachweis, daß neben der maßgeblichen Urkunde eine Simulationsabrede bestehe, bedeutungslos, denn es gibt keine „extrinsic evidence“ gegen die Urkunde, in welcher die Parteien ihren Willen erklären²⁾. Das englische Recht kennt hier keine *contre-lettre*³⁾ als Beweis neben der dispositiven Urkunde im Gegensatz zum französischen oder zum freien Beweis der Simulation im deutschen Rechte.

Kontinentale Rechte haben gewisse Schwierigkeiten mit der praktischen Behandlung der Simulation. Nicht das französische und das italienische Recht, welches die Simulation bei Rechtsgeschäften zwischen Lebenden anscheinend nur für den obligatorischen Vertrag behandelt, der allerdings auch das Eigentum übergehen läßt. Wo der notarielle oder privatrechtliche Kaufvertrag über das Grundstück zu einem scheinbaren billigen Preise erfolgt, während daneben ein weit höherer Preis vereinbart ist, wird es immer wichtig sein, das erklärte Geschäft als simuliertes nichtig zu be-

¹⁾ Vom Law of Contracts ist mir nur die vorletzte Auflage von 1912 zugänglich.

²⁾ Jenkins, Digest of English Law, mir zugänglich in der Übersetzung von Schirrmester-Prochownik, Die Handelsgesetze des Erdballes Bürgerliches Recht Englands I (1909), S. 500. Das ist praktisch nichts anderes als der Ausschluß der Simulationsabreden, welcher schon in denjustinianischen Notariatsformularen vereinbart ist, wenn gesagt wird, daß die Urkunde errichtet wird *ἀνευ νομίμου περιγραφῆς ἀπόσης*; oder wenn in dem *instrumentum confessionatum* der italienischen Statuten die urkundliche Erklärung die Simulationsabrede ausschließen soll, wogegen sich Baldus ad Cod. 4, 22 wendet. Derselbe Gedanke ist auch zum Schutze des *instrumentum liquidum* und *confessatum* bei den deutschen Praktikern vertreten worden, vgl. die Dissertation von Metzger, de contractu simulato, Jenae 1692 p. 58.

³⁾ Code civil, art. 1321.

handeln, es sei denn, daß eine fiskalische Gesetzgebung hier die Simulationsabrede auch privatrechtlich mit Nichtigkeit trifft, wie es in dem neueren französischen Gesetze von 1912 der Fall ist.¹⁾ Auch bei den Scheinmanövern des Schuldners, der zum Scheine an einen Strohmann veräußert oder der sein ganzes Geschäft auf den Namen der Ehefrau oder des für volljährig erklärten Sohnes überträgt oder verpachtet, wird die Regel, daß das simulierte Rechtsgeschäft nichtig ist, wertvoll sein, sowohl um die Scheinveräußerung auch abgesehen von der Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger als nichtig zu behandeln, wie andererseits um die wahre, den wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechende Rechtslage zwischen dem Dritten und dem angeblichen Vertreter, der persönlich berechtigt und verpflichtet werden muß, zur Geltung zu bringen.²⁾ Aber im modernen deutschen Rechte macht die Anwendung der Simulation überall Schwierigkeiten, wo es sich nicht um die einfachen Fälle handelt, daß in Wahrheit überhaupt kein Geschäft vorliegt oder ein obligatorisches Geschäft äußerlich erklärt ist und ein Geschäft von anderem wirtschaftlichen Inhalte oder anderem rechtlichen Typus verdeckt. Überall, wo eine abstrakte Erklärung der Partei eine Rechtsänderung herbeiführt und ohne Rücksicht auf das obligatorische Geschäft wirkt, wird die Nichtigkeit wegen Scheingeschäftes geringe praktische Bedeutung haben, es sei denn, daß man die klassische Lehre von der Simulation umgestaltet. Wenn nach deutschem Rechte zu

¹⁾ Loi budgétaire du 27 février 1912.

²⁾ Für die moderne französische Judikatur vgl. Revue trimestrielle 1912 p. 742 bei Gelegenheit des arrêt de la Cour de Pau 21. 2. 12 S. 1912. 2. 120. Die ältere Praxis bei Glasson a. O. p. 75 ff. Für die deutsche heutige Praxis, soweit sie Scheingeschäfte annimmt, die Zusammenstellung im Commentar von Reichsgerichtsräten zu § 117 und außer den dort genannten Entscheidungen die interessante Entscheidung Posen 13. 10. 15. Pos. Monatsschrift 15, 150. Vgl. auch Wilhelm Fuchs, Scheinhandel, 1918 S. 151 ff. Im allgemeinen ist die deutsche Rechtsprechung in der Annahme, es liege ein Scheingeschäft in Tatbeständen vor, welche eine Benachteiligung der Gläubiger enthalten, heute sehr vorsichtig, vgl. Planck-Knoke zu § 117 und aus der Rechtsprechung Reichsgericht Z. 69, 46; 84, 305. Recht 1909 N. 107.

dem Eigentumsübergang an der beweglichen Sache außer dem Besitzübergang nur die Einigung erforderlich ist, oder wenn bei dem Grundstücke die Auflassungserklärung zusammen mit der Eintragung genügt, um das Eigentum zu übertragen, fragt es sich, wie überhaupt eine Simulation möglich sein soll. Die Parteien haben erklärt, daß sie die Eigentumsübertragung wollen. Sie haben auch Interesse daran, daß der Rechtserfolg eintritt und sei es nur zu einer Täuschung Dritter. Die subjektive Ernstlichkeit der Erklärung ist gerade bei den Scheinmanövern durchaus gegeben, und dennoch muß die Rechtsprechung die Möglichkeit haben, ein Scheingeschäft als erwiesen anzusehen, wenn die Parteien die Eigentumsübertragung mit der Maßgabe vornehmen, daß sie die normalen wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen des Eigentumsüberganges gar nicht gewärtigen wollen, wie bei der Auflassung des tausendstel Anteiles des Grundstückseigentums, welche mehrere Kleinbesitzer gegenseitig vornehmen, um nach preußischem Jagdrecht eine Eigenjagd herzustellen, da ihre Grundstücke nur zusammen die für die Eigenjagd erforderliche Fläche ergeben.¹⁾ Es ist eine offene Frage, wie hier die Anwendung des § 117 unseres BGB. mit der Tatsache zu vereinbaren ist, daß in Wahrheit nicht die Analyse des Willens zur Rechtsübertragung, sondern die wirtschaftliche Zweckbestimmung des Übertragungsgeschäftes dazu führen muß, die Nichtigkeit der Auflassung zu begründen. Verzweifelt liegt, wenn man hier mit der Rechtsprechung das Vorliegen eines Scheingeschäftes bejaht, die Frage, wie die Grenze zwischen dem Scheingeschäfte und dem Treuhandgeschäfte im neuen deutschen Rechte zu ziehen ist. Wir brauchen die gültigen Treuhandgeschäfte sowohl für die Treuhand zu Verwaltungszwecken analog der römischen *fiducia cum amico*²⁾, wie für die Treuhand bei der Sicherungsübereignung. Die vielfachen Angriffe gegen das Institut des fiduziarischen Rechtsgeschäftes, welche sich gerade in der

¹⁾ Rechtsprechung der OLG. 26, 178ff. und dazu die Literatur bei M. Wolff, Sachenrecht (Dritte Neubearbeitung) S. 236, Note 18.

²⁾ Reichsgerichtsentscheidungen Z. 45, 80; 79, 122; 84, 217. Jur. Wochenschrift 15, 927.

neuesten Zeit mehr¹⁾, verkennen die praktischen Notwendigkeiten, überschätzen andererseits die Bedeutung unseres Rechtssatzes über die Scheingeschäfte. Es liegt kein Grund vor, wenn man einmal die abstrakte Übereignung oder die abstrakte Zession der Forderungen anerkennt, die Möglichkeit zu bestreiten, daß ein Recht übertragen wird, indem der Erwerber dabei mindestens obligatorisch gebunden wird, sein durch die Verfügung erlangtes Recht nach Maßgabe der Treuhandabrede auszuüben oder zurückzuübertragen. Das moderne deutsche Recht braucht heute diese Treuhandgeschäfte ebenso, wie sie im alten Rechte der Ägypter und der Griechen und Römer²⁾, wie in der Praxis der Postglossatoren³⁾ und unserer eigenen mittelalterlichen Rechtsvergangenheit nötig waren. Im siebzehnten Jahrhundert hat die deutsche Praxis⁴⁾ wie die französische im sechzehnten Jahrhundert⁵⁾ das Treuhandgeschäft bei den Übereignungen anerkannt und daneben den römischen Satz von der Nichtigkeit des simulierten Geschäftes für die obligatorischen Geschäfte durchgeführt. Es würde sich verlohnen, in der Rechtsgeschichte der letzten Jahrhunderte das Nebeneinander des fiduziarischen Geschäftes und der wegen Scheines nichtigen Geschäfte zu betrachten. Schon bei den ersten Stichproben,

¹⁾ Die ältere Literatur vgl. bei Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, 2. Aufl. Aus der neuesten Literatur Neukamp, Bankarchiv 15, S. 113. 134. Wilh. Fuchs, Arch. f. d. ziv. Prax. 115. 84, Scheinhandel S. 78. 123ff., zu bemerken Siber, Jher. Jahrb. 70, 292.

²⁾ Für das ägyptische Recht der letzten vorchristlichen Jahrhunderte Rabel, Verfügungsbeschr. des Verpfänders S. 79ff. Meine Bemerkungen Hauswaldt, Papyri S. 17ff. Sethe-Partsch, Demotische Urkunden zum ägypt. Bürgschaftsrecht (Abh. der Sächs. Akad. 1920) S. 246ff., 594. — Für die griechischen Rechte Rabel, diese Zeitschr. 28, 354ff. Mitteis, Grundzüge der Papyruskunde, S. 135ff.

³⁾ Cepola a. O. secundo casu principali.

⁴⁾ Zu den Wiederkaufsgülden vgl. die Zusammenstellung bei Ernest. Erlenkamp, De simulatis contractibus. Dissert., Straßburg 1664 p. 25f.

⁵⁾ Anton. Faber, Codex Fabrianus def. 4, 34 i. 3 zu dem Grundstückserwerb des erwerbenden Treuhänders für den command. Dazu die gleichzeitige Literatur bei Glasson p. 23. — Zum Sicherungskauf Faber, ebenda def. 8, 16, 4; 4, 305.

die möglich waren, ergibt sich eine eigentümliche Beobachtung über den Wert des Rechtssatzes, daß Scheingeschäfte nichtig sind.)

In der modernen europäischen Rechtsgeschichte geht das Problem bis in das Zeitalter der Postglossatoren zurück. Unter dem Drucke des kanonischen Rechtes, welches das Zinsnehmen verbot, war die Hypothek zur Sicherung von Forderungen, die verzinst werden sollten, unbrauchbar geworden.¹⁾ Daher knüpfte man schon im dreizehnten Jahrhundert an die in der langobardischen Praxis altgewohnte²⁾ Form des Sicherungskaufes an. Zwischen dem dreizehnten und fünfzehnten Jahrhundert wird es viel umstritten, ob es möglich sei, das kirchliche Zinsverbot dadurch zu vermeiden, daß man das Grundstück, in welchem das Geld angelegt werden soll, vom Eigentümer kauft, diesem ohne Besitzwechsel zurückverpachtet und dazu eine besondere Klausel über den Rückkauf vereinbart.³⁾ Es ist der uralte Fall des Sicherungskaufes mit Rückkaufoption, wie er schon im alten Athen vorkam. Schon die Zeitgenossen des Bartolus haben sich mit dem Geschäft viel beschäftigt. Im fünfzehnten Jahrhundert ist vor allem an diesem Geschäft die ganze Lehre von der Simulation studiert worden. Mancher sah in der Vereinbarung des Rückkaufes eine verschleierte Verpfändung. Die Praxis unterschied, wie schon Albericus de Rosate⁴⁾ festgestellt hatte, die wirksame, auf Treuhand geschehene Sicherungsübereignung vom Scheingeschäft. Simuliert ist nach den Ausführungen des Bartolomeo Sipolla von Verona (fünfzehntes Jahrhundert), von dem wohl die gründlichste und lebensvollste Erörterung dieser Frage vorliegt, die Sicherungsübereignung nur dann, wenn die besonderen Umstände gegeben sind, welche einen Dolus, eine Absicht zur Gesetzesumgehung, eine Scheinerklärung anzunehmen gestattet. Die Praxis hat damals Treuhandgeschäft und Scheingeschäft schon unterschieden

¹⁾ Gl. ad Cod. 4, 22, 3. ²⁾ A. Schultze, Treuhand S. 82f.

³⁾ Vgl. die Statuten bei Pertile, Storia di diritto italiano, 2. Aufl. 4, 596.

⁴⁾ Albericus de Rosate, zu c. 2 Cod. 4, 22. Die Jüngerer bei Cepola zu casus II.

und den Fehler vermieden, den Moderne machen wollen, wenn sie jedes Treuhandgeschäft wie eine Simulationsabrede behandeln wollen. Der Fall selbst, den Sipolla behandelte, ist heute noch in der italienischen Praxis umstritten. Die einen stehen auf dem Standpunkt, daß ein wirksames Geschäft, ähnlich der römischen *fiducia* vorliegt, andere, und zwar die herrschende Meinung, behandeln das Geschäft als simuliert (Rotondi, *Atti in frode* p. 185ff.).

Die französische Rechtswissenschaft hatte schon im siebzehnten Jahrhundert nicht mehr vermocht, das Scheingeschäft vom Treuhandgeschäft richtig zu scheiden. Es kamen damals bei den Auflassungen die Auflassungen vom mitwissenden Verkäufer an die Treuhänder des Erwerbers vor, welche in der Rolle eines modernen indirekten Vertreters selbst das Kaufgeschäft und die Auflassung tätigten und nachher die Erklärung abgaben, daß sie nur für einen bestimmten Auftraggeber als Treuhänder (*commandé*) erworben hätten. Diese Erklärung über „*commandé*“ werden von der französischen Praxis des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts wie schon vorher geschützt, und die französische Theorie sieht hier, da jeder Verkäufer mit der Tatsache rechnet, daß der Käufer nur als „*commandé*“ handelt, seit langem einen Fall der *simulation licite*, welche den Kauf und die Auflassung durchaus nicht nichtig macht.¹⁾ Der bloße Gedanke, daß die nicht ernstliche Willenserklärung als solche keinen Bestand haben dürfe, wird dabei nicht aufrechterhalten, sondern eine Nichtigkeit des Scheingeschäftes beruht auf Gesichtspunkten, die außerhalb des Rechtes der Scheingeschäfte liegen. Nach der französischen Rechtswissenschaft schon des siebzehnten Jahrhunderts ist die *Simulation* nur dann Nichtigkeitsgrund, wenn sie entweder zur Vereitelung der Rechte Dritter oder beim Umgehungsgeschäft zur Vermeidung des Verbotsgesetzes unterläuft.²⁾ Heute erleben wir es, daß genau dieselben Geschäfte, welche sich bei dem Zusammenhang des modernen Wirt-

¹⁾ Glasson p. 23. Über die *simulatio licita* der gleichzeitigen deutschen gemeinrechtlichen Theorie vgl. Reinhard, *De contr. simul.* Straßb. Diss. 1766 p. 11.

²⁾ Glasson p. 18.

schaftslebens auf dem Boden der verschiedensten Rechtsordnungen wiederfinden, in einem Rechtsgebiet als Scheingeschäft und daher nichtig behandelt werden, während sie im anderen Rechtsgebiete voll wirksam sind. Die Sicherungsübereignung an Mobilien ist im modernen französischen¹⁾ und schweizerischen Rechte²⁾ als Scheingeschäft nichtig, das moderne englische Recht soll nach dem Vorschlag der Oxfordter Professoren dieselbe Regel annehmen, um auf diesem Wege auch die Sicherungsübereignungen und Sicherungsabtretungen in bloße Verpfändungserklärungen umdeuten zu können.³⁾ Im deutschen Rechte dagegen ist die Sicherungsübereignung beileibe kein Scheingeschäft. Wir deuten sogar ein Verpfändungsversprechen über Mobilien, bei welchem der Schuldner dem Gläubiger nicht den Besitz der haftenden Sache zu übertragen gedenkt, in eine Verpflichtung zur Sicherungsübereignung um, um den Parteiwillen und die vernünftigen wirtschaftlichen Interessen der Parteien zur Geltung zu bringen.⁴⁾ Wo bleibt da die Sicherheit, die der Schulbegriff des Scheingeschäftes und die Analyse des Geschäftswillens für den modernen Richter gibt? Die Regel, daß Scheingeschäfte nichtig sind, gibt, eben weil der Begriff des Scheingeschäftes fehlerhafterweise auf die Analyse des Geschäftswillens aufgebaut ist⁵⁾, keinen sicheren Anhalt für den Richter und

¹⁾ Über das *nantissement sous forme de vente* vgl. Laurent, *Principes* XXVIII no. 488. Aubry et Rau 4, p. 703 n. 13 § 432. Anders Troplong, *Du nantissement* no. 204. 307. Auch im französischen Rechte hat sich die Sicherungsübereignung als wirksames Geschäft durchgesetzt, unter der Voraussetzung, daß die Formen des *nantissement* eingehalten sind, und zwar für die Schiffe, vgl. die Judikatur bei Laurent a. O. Nr. 489. Wenn die Urkunde formgerecht ist und die Schuld wie das Objekt genau angegeben ist, gilt hier die Sicherungsübereignung zuwider dem art. 2076 code civ. Für das kaufmännische Mobiliar ist die Frage jetzt infolge des Gesetzes vom 17. März 1909 unpraktisch, vgl. Text und Gesetzesgeschichte im *Annuaire de législation* 1909 p. 45 ff.

²⁾ Kommentar zu dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch Egger-Wieland 4, 449.

³⁾ Jenkins-Schirrmeister-Prochownik I S. 500.

⁴⁾ Reichsgericht: Warneier, Entscheidungen 16, 68.

⁵⁾ Beachtliches bei Gottschalk, Bedeutung des Irrtums im Zivilrecht (1917) S. 72 ff.

für die Wissenschaft. Auf die Frage, ob der Parteiwille hinter der Erklärung stand oder ob die Erklärung nur zum Scheine abgegeben wurde, kommt es für die praktische Handhabung weniger an als auf die objektiven Gesichtspunkte, welche für die Beurteilung des Geschäftes ausschlaggebend sein müssen: bietet die Rechtsordnung den Parteien ein spezifisches Mittel, um ihre Zwecke zu erreichen? Schreibt die Rechtsordnung für ein bestimmtes Geschäft spezifische Formen vor? Macht sie die Wirkungen des Privatrechtes von der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen abhängig? Bestehen Verbotsgesetze? Enthält das Geschäft Elemente, welche es zum unsittlichen oder wucherischen stempeln? Liegen diese Gesichtspunkte vor, so wird die Nichtigkeit in Wahrheit nicht wegen der Simulation, sondern wegen des Vorliegens der objektiven Gesichtspunkte angenommen werden. Das müssen lange vor uns schon die großen Praktiker des sechzehnten Jahrhunderts gemerkt haben. Bei Duaren¹ ist der Sicherungskauf mit Rückkaufoptionsklausel, also der Vorgänger unserer modernen Sicherungsübereignung, als Scheingeschäft und deshalb nichtig behandelt, weil bei ihm offenbar noch das kanonische Zinsverbot wirkt und der Gläubiger nicht mittels der Nutzung aus der Sache die Zinsen herauswirtschaften darf, welche er sich nicht vom Schuldner zahlen lassen darf. Der Präsident Anton Faber, dessen gewaltige juristische Bildung als Meister der Interpolationenforschung heute besser gekannt zu werden pflegt als seine große Tätigkeit als Richter, behandelt dasselbe Geschäft, weil ihm das kanonische Zinsverbot in der Vergangenheit liegt, als durchaus wirksam.²) Und er weiß doch auf der anderen Seite die römischen Sätze über das Scheingeschäft mit meisterhaftem Takte anzuwenden.

Die Frage nach dem Scheincharakter eines Geschäftes hat niemals zu sicheren Entscheidungen geführt.³) Was

¹) Duarenus ad Cod. 4, 22 (ed. Frankfurt 1601).

²) Oben S. 233 Anm. 5.

³) In der deutschen Judikatur ist wohl daraus die Neigung zu erklären, in Fällen, in denen man jahrhundertlang von Scheingeschäften gesprochen hat, wie insbesondere bei den Geschäften mit dem Strohmann, das Scheingeschäft abzulehnen und denjenigen, der das Geschäft be-

auf dem Katheder zur Not klargemacht werden kann, versagt bei der Handhabung in der Rechtsprechung. Daher ist es nicht verwunderlich, wenn heute die modernste deutsche Theorie Anzeichen dafür zeigt, daß wir im Begriffe sind, neben dem Rechtssatze über die Nichtigkeit der Scheingeschäfte nach Gesichtspunkten zu suchen, welche besser als jener imstande sind, für die Entscheidung zu dienen.

Dahin gehört einmal die Lehre von Tuhrs.¹⁾ Er weist auf die Verwandtschaft des Scheingeschäftes mit der formlosen Vereinbarung hin, welche den geschlossenen formellen Vertrag aufhebt. Es komme praktisch auf dasselbe hinaus, ob die Parteien den eben geschlossenen Vertrag durch Rücktrittsabrede aufheben oder schon bei Abschluß eines Vertrages vereinbaren, daß derselbe nicht gelten solle. Hier wird die Simulationsabrede auf die antizipierte Aufhebung eines Vertrages zurückgeführt. Beim obligatorischen Vertrage wird dieser Gesichtspunkt allerdings genügen. Auch bei der Eigentumsübertragung von Mobilien nach modernem deutschen Rechte, weil hier die Einigung von den Parteien frei gestaltet werden kann. Der Gesichtspunkt von Tuhrs hat andererseits praktische Konsequenzen für die Fälle der Simulation bei der Annahme an Kindes Statt und bei dem Ehevertrage, indem hier — der Rechtsprechung zuwider — die Simulationsabrede als unwirksam behandelt wird, da auch die Aufhebung dieser Verträge durch formlosen Vertrag nicht möglich sei. Mag man gegenüber der praktischen Anschauung von Tuhrs bezüglich der Adoption zur Namensänderung auch Bedenken haben — der Versuch, an Stelle der alten Doktrin der Simulation einen anderen Gesichtspunkt einzuführen, bleibt jedenfalls bemerkenswert.

kämpfen will, auf die Rechte wegen Benachteiligung der Gläubiger zu verweisen, wie bei der bekannten deutschen Praxis, welche die Zulässigkeit des Dienstlohnvertrages zugunsten der Ehefrau des Angestellten bezüglich des pfändbaren Einkommensteiles des Lohnanspruches betrifft, dazu vgl. die Rechtsprechung bei Titze, Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Bd. II. 2, S. 648.

¹⁾ Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes II, 1 S. 564.

Dort, wo die Simulation zur Umdeutung des erklärten Geschäftes ins verdeckte führt, genügt es für die Rechtsprechung, die allgemeinen Auslegungsregeln anzuwenden, wenn simuliertes und verdecktes Geschäft erlaubt sind. Nach anderer Richtung wird heute im deutschen Rechte ein alter Tatbestand des Scheingeschäftes nach objektiven, nicht mit der Analyse des Geschäftswillens operierenden Gesichtspunkten behandelt, wo die Sicherungsübereignung wegen Unsittlichkeit des Sicherungsgeschäftes nichtig ist. Wenn der Schuldner sich durch eine Sicherungsübereignung seiner sämtlichen Vermögensaktiva begibt, wo das gesamte Mobiliar eines Geschäftes samt den Forderungen auf den Gläubiger übergehen und dabei eine Scheinexistenz, welche nur auf Täuschung kreditgebender Dritter angelegt sein kann, übrigbleibt, wird wegen Unsittlichkeit des Sicherungsgeschäftes die Sicherungsübereignung für nichtig erklärt.¹⁾ Endlich sind bei den Scheingeschäften zur Umgehung von Formvorschriften einzelne Ansätze der Rechtsprechung daran, auch abgesehen vom Scheingeschäft den Satz zu begründen, daß dort, wo die Rechtsordnung Formen erfordert, die Umgehung dieser Formen zu privatrechtlich unwirksamen Geschäften führe.²⁾ Es fehlt heute allerdings in der deutschen Rechtswissenschaft gerade an der überzeugenden Behandlung des Problems der Gesetzesumgehung.³⁾ Und doch wird auf diesem Gebiete der ausschlaggebende Gesichtspunkt gesucht werden müssen, nicht nur in denjenigen Fällen, in welchen die Umgehung des Verbotsgesetzes zur Nichtigkeit führt, sondern auch dort, wo die Formvorschriften des Privatrechtes umgangen werden sollen und dort, wo das öffentliche Recht Notwendigkeiten schafft, um welche man vermittels geschickter Gestaltung der privatrechtlichen Form heranzukommen versucht. Wenn einmal die Namensänderung eine Genehmigung der Verwaltungsbehörde voraussetzt, so muß es un-

¹⁾ Reichsgericht Z. 77, 210; 85, 344. — Jur. Wochenschr. 1911, 650. 1912, 457. Leipziger Zeitschr. 1917, 119.

²⁾ Reichsger. Jur. Wochenschr. 1916, 48, Z. 100, 210.

³⁾ Über Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes, Zürich 1917, richtig Endemann, Jur. Wochenschr. 1918, 409.

zulässig sein, die Namensänderung und sie allein im Wege der privatrechtlichen Annahme an Kindes Statt zu erreichen. Aus diesem Gesichtspunkte und wahrscheinlich nicht aus der Prüfung, ob ein Scheingeschäft vorliegt, wird man die Entscheidung begründen müssen, die heute in der deutschen Rechtsprechung üblich ist.¹⁾

Die Lehre des Scheingeschäftes, in welcher das moderne deutsche Recht heute noch auf den Grundlagen des Bartolus und Baldus steht, ist revisionsbedürftig. Daß wir dabei auch die von Lenel seit Jahren vorbereitete Kritik der gemeinrechtlichen und der modernen Lehre vom Scheingeschäfte erhalten mögen, darf an dieser Stelle als Wunsch geäußert werden. Die vorliegende Untersuchung stellt sich andere Ziele, als wir bei den öfteren gemeinsamen Unterhaltungen in Freiburg im Auge hatten. Wenn der Meister, dem diese Seiten gewidmet sind, gleichwohl Anklänge an die eigenen Gedanken finden sollte, möge er darin nur ein Zeichen dafür erblicken, wieviel ich den Freiburger Jahren schuldig bleibe.

Die moderne dogmatische Forschung wird eine Vorarbeit an den römischen Rechtsquellen nötig haben. Diese muß die einzelnen Kulturschichten der römischen Rechtsordnung unterscheiden. Es wird sich da die Tatsache ergeben, daß weder die republikanische Jurisprudenz noch das klassische Recht des zweiten Jahrhunderts von einem Rechtssatze, daß das *negotium simulatum* nichtig sei, gewußt haben. Es wird sich zeigen, daß die großen Praktiker nach den objektiven Gesichtspunkten, welche sich aus der Gestaltung des klassischen Systems der Rechtsgeschäfte, aus der Lehre der Auslegung beim *bonae fidei iudicium* ergeben, wie durch die Auslegung positiver Vorschriften, mit denen man das Umgehungsgeschäft bekämpfen konnte, die Probleme behandelt haben, welche erst eine spätere Zeit unter den Gesichtspunkt des Scheingeschäftes stellte. Die ganze Lehre des Scheingeschäftes erwuchs erst in der Zeit,

¹⁾ Mit den Argumenten aus dem Scheingeschäfte operiert noch ausschließlich Reichsger. 29, 123. 132. — OLG. Hamburg, Rechtsprechung 7, 425. — Kammergericht Rechtsprechung 8, 375. — Jahrbuch 32 A 45, Leipziger Zeitschr. 18, 394.

welche in Gesetzgebung und Notariatsurkunde die Willens-theorien ins Recht hineingetragen hat. Es sind die späten Ausleger des fünften Jahrhunderts, die Theoretiker von Berytos, welche aus den Entscheidungen der großen Juristen einen Rechtssatz bewiesen, den in Wahrheit erst die spätere römische Praxis im Anschluß an Gesetze des vierten Jahrhunderts eingeführt hat: daß zum wirksamen Rechtsgeschäft der reine, nicht simulierte Wille (*καθαρὰ προαίρεσις*) gehörte oder, mit den Worten der byzantinischen Urkunden gesagt, daß das Geschäft zum reinen Zwecke (*καθαρῶ σκοπῷ*) geschlossen sein müsse, ohne irgendeine *fraus* im Sinne der Gesetze (*ἄνευ νομίμου περιγραφῆς ἀπάσης*).

I.

Das Recht der Republik wußte vom Scheingeschäfte als einem nichtigen Geschäfte sicher noch nichts. Zwar spricht die Literatur schon in Ciceros Zeit von Handlungen, die unter der Maske einer anderen vorgenommen werden; dann sagt man, daß die vorgenommene Handlung zum Scheine, in *speciem*¹⁾ vorgenommen ist. Wohl kennt man den Ausdruck, daß eine Erörterung *simulate*, nur zum Scheine, d. h. rein literarisch zum akademischen Demonstrationszwecke, nicht ernstlich erfolge.²⁾ Hier ist das *simulate fieri* ein guter römischer Ausdruck.³⁾ Man kennt den Gegensatz zwischen der objektiven Erklärung, dem dem Worte nach (*verbo*) Gesagten und dem in Wirklichkeit (*re*) Gemeinten.⁴⁾ Unter dem Einflusse der juristischen Defi-

¹⁾ in *speciem* bei Livius bei den militärischen Scheinmanövern 21, 32, 12 — 22, 43, 12—36, 7, 12—24, 3, 11. — Cicero 1. agr. II, 10 (*specie simulationis*) 31 (*ad speciem atque usurpationem vetustatis*); Corn. Nepos 18, 7, 2.

²⁾ Cic. de nat. deor. 2, 167, 168: *sive ex animo id fit sive simulate* . . . vgl. auch Cic. Rab. Post. 33.

³⁾ Das ist wichtig, weil gesichert werden muß, daß sprachliche Gründe nicht der Klassizität der Rubrik im Codex Plus *valere quod agitur quam quod simulate concipitur* entgegenstehen.

⁴⁾ Cic. Verr. 3, 33: *cum vero verbo iudicium sit in edicto, re quidem vera suorum comitum* . . . *conclusio cum decumanis* . . . Phil. 2, 11; 11, 11; 3, 14. Verr. 2, 43: *qui praefuerunt his Heraclii bonis verbo redigendis, re dissipandis*.

nitionen sagt man von einem, der im Prozesse zum Schein anerkennt und hinten herum sich mit dem Kläger verträgt: *Aliud agere palam, aliud agere secreto*.¹⁾ Also fehlte es nicht an den sprachlichen und gedanklichen Ausdrucksformen für ein nicht ernstliches Scheinhandeln. Aber es fehlt doch an jedem Anhalte dafür, daß die Juristen einem Rechtsgeschäfte, das die Parteien von vornherein mit einer Simulationsabrede schließen, die rechtliche Wirksamkeit absprachen. Man hat bisher nicht genügend Wert darauf gelegt²⁾, daß weder im Zivilrechte noch im prätorischen Edikte irgendeine Grundlage dafür nachweisbar ist, daß Scheingeschäfte nichtig seien. Gegen die dolose Erklärung, gegen das *metus causa gestum* sind damals die jungen Edikte über den Dolus und die *restitutio* wegen *metus* wie die *actio quod metus causa factum est* nachweisbar. Es fehlt an jedem Zeichen dafür, daß das prätorische Edikt irgendeine Vorschrift enthalten habe, welche das Scheingeschäft als unwirksam hingestellt habe oder der Partei einen Klagschutz, ähnlich der französischen *action en simulation* gegeben habe, um den anderen Teil zur Befreiung von der simulierten Stipulation zu zwingen. Das ist nicht bedeutungslos. Als die neuzeitliche Rechtsentwicklung nach den Postglossatoren begann, die römischen Entscheidungen über die Simulation zu verarbeiten, da spielte eine Parallelbildung zur *actio doli* oder zur Anfechtung der Urkunde wegen Fälschung eine Rolle³⁾, der Vorgänger der modernen

¹⁾ Plin. ep. 5, 1.

²⁾ Die Darstellung bei M. Voigt, *Jus naturale* 3, 111f. ist hier noch für die geläufige Auffassung typisch, vgl. Girard, *Manuel* (5. Aufl. 459).

³⁾ Vgl. Faber, *Codex Fabr. def.* 4, 17, 4. 6, der bei der Einrede der Simulation gegenüber der Klage des Pfandgläubigers ein Interlokt für den die Simulation bestreitenden Kläger kennt, eine einstweilige Verfügung, durch welche der Kläger bis zum Beweise der Simulation durch den Beklagten zunächst in den Besitz der Pfandsache eingewiesen wird. Dabei wird mit einem Gedankengange, der in der Geschichte immer wiederkommt, die Simulationseinrede mit dem Einwand des Schuldners in Parallele gesetzt, daß die Beweisurkunde über die Forderung gefälscht sei. Faber zitiert das interpolierte Reskript Cod. 9, 1, 22, 2, das dem Beklagten es nicht erspart, zunächst zu zahlen, bevor

französischen *action en simulation* des *code civil*. Etwas Ähnliches fehlt durchaus in der römischen Rechtsüberlieferung sowohl der republikanischen wie der klassischen Zeit. Daß man damals nicht daran dachte, die Simulationsabrede als Grund zur Nichtigkeit des Geschäftes zu behandeln, könnte man für die freien Geschäfte, die später bei Gaius die Konsensualkontrakte heißen, durch die Darlegung erweisen, daß der ganze Vertragsgedanke für diese der Republik noch nicht angehört. Diese wichtige Tatsache, über welche wir heute Klarheit schaffen können, kann allerdings nebenher in diesem Zusammenhange nicht erläutert werden. Es scheint mir dringend wahrscheinlich, daß Qu. Mucius die *bonae fidei iudicia quibus vitae societas continetur* gar nicht anders aufgefaßt hat, als seine stoischen Lehrer, von denen er den Gedanken der Lebensgemeinschaft aller Rechtsgenossen hat, es auch taten. Ihnen galten die Klagen des Obligationenrechtes, welche den römischen *bonae fidei iudicia* entsprachen, als Haftungen wegen treuloser Lügenhaftigkeit des Beklagten, der bei der Abgabe eines Versprechens oder in der Erfüllung desselben gelogen hat. Und dieses Versprechen selbst wird nur nach Maßgabe der Worte ausgelegt, ohne daß von der Konsenslehre der späteren Jahrhunderte eine Rede ist.

Daß die zivilen Geschäfte wie die *mancipatio*, die in *jure cessio*, die *stipulatio*, die *acceptilatio*, von einer Simulationsabrede nicht berührt werden, liegt auf der Hand. Dabei ist natürlich nicht¹⁾ an die Erörterungen zu denken, mit denen die romanistische Forschung in Deutschland bis zum Ende des neunzehnten Jahrhunderts und vielfach in den anderen Ländern heute noch von der *mancipatio* als Scheingeschäft sprach, die in *jure cessio* als Scheinprozeß

das Strafverfahren wegen Fälschung durchgeführt ist. Es war der Fall, in dem das klassische Recht wohl nur die Kautio des Schuldners kannte, vgl. P. Oxy 237 col. 8, 21. Cod. Theod. 2, 27, 1; 2, 28, 2. — Dazu Mitteis, Arch. f. Pap.-Forschung 1, 182.

¹⁾ Gegen die moderne Theorie, welche hier mit Gedanken des Scheingeschäfts operiert, Wlassak, Z. Sav.-St. 28 (1907) 71; Rabel, Nachgeformte Rechtsgeschäfte, Z. Sav.-St. 27 (1906) 290ff. Mitteis, Röm. Priv.-Recht 1, 261.

behandelt und etwa feststellte, daß die römischen Juristen mit der Erweiterung der *mancipatio* zur Testamentsform die Bahn der Scheingeschäfte betreten hätten. Von Scheinkauf und Scheinprozeß zu sprechen, um das römische Formalrecht zu verstehen, erscheint uns heute als ein Anachronismus, da in der Republik die Rechtswirkung dieser Geschäfte zweifellos an der gewählten Form hängt, so daß noch kein Jurist auf die Vorstellung kommen konnte, daß der Wille die Mutter der Verträge sei. Die Alten werden uns jetzt besser verständlich, seit wir denselben Rechtsformalismus vielfach mit denselben gedanklichen Elementen in den Formularen der ägyptischen Jurisprudenz beobachten können, in den Jahrhunderten nach der Perserherrschaft. Auch dort findet sich ja die zum Auflassungsformular abgeschliffene Form eines Geschäftes, das einst für den Barkauf gebildet war; auch dort wird diese Form zur Selbstverknechtung, zur Adoption, zur Verfügung über das Vermögen als Ganzes verwendet.¹⁾ Und die Entwicklung zum abstrakten Geschäft in Rom hat in denselben Jahrhunderten stattgefunden, in welchen wir in den anderen Rechtsgebieten dieselbe Entwicklung selbständig beobachten können.²⁾ Auch in dem hellenistischen Rechtsgebiete wird, dort im Zusammenhange mit der Eintragung ins öffentliche Register, aus der Erklärung des Verkäufers eine abstrakte Erklärung, durch welche er

¹⁾ Vgl. die Bemerkungen in P. Hauswaldt, wo auch die ältere Literatur berücksichtigt ist; zur ägyptischen Selbstverknechtung durch Selbstverkauf des Schuldners Revillout, *Précis de droit égyptien* I, 358. Die Behauptungen Revillouts über die ägyptische *coemptio* scheinen mir nicht erweislich zu sein. Aber es bleibt die Verwendung des Kaufformulars zur Adoption des Volljährigen, P. Louvre E. 7832, Revillout *Notice des papyrus démotiques archaïques* p. 366 (Griffith, *Inventory in Demotic Papyrus of the John Rylands Library* I, 22 No. 28. Übers. S. 57) aus dem 32 Jahre des Amasis. Über die Verwendung des ägyptischen Kaufformulars zu den Zwecken der letztwilligen Vergabung an gesetzliche Erben Sethe-Partsch, *Demotische Urkunden zum ägypt. Bürgerrechtsrechte* S. 745f.

²⁾ Zur hellenistischen Katagraphie Abb. 10 der Heidelberger Sitzungsberichte S. 8ff.; B. Schwarz, *Zum Urkundenwesen der öffentlichen Urkunde* S. 253ff., 291ff.

sich dem Erwerber als neuem Herrn unterwirft; dasselbe ist bei den ägyptischen Auflassungsgeschäften deutlich. Gerade weil man durch diese abstrakten Geschäfte den Simulationsabreden der Parteien gegenüber machtlos ist, finden sich in denselben Jahrhunderten in den verschiedenen Rechtsgebieten die Versuche, vor der Verfügung Klarheit darüber zu schaffen, daß die Parteien nicht einen verwerflichen Zweck oder ein Scheinmanöver mit der abstrakten Verfügung verfolgen. In Ainos wird im vierten Jahrhundert nach Theophrasts Bericht vor der Eintragung ins Register ein Eid verlangt, der vor der Registerbehörde von drei Dorfgenossen zu leisten ist.¹⁾ Käufer und Verkäufer müssen schwören, daß der Käufer ehrlich kaufe und nicht „im Einverständnis mit dem Veräußerer mit List und Tücke ein unehrliches Geschäft vornehme“. Im Zusammenhange mit den öffentlichen Registern der Fertigungen gibt es ein *γραφεῖον τῶν ὀρκῶν* in Knidos.²⁾ Im griechischen Ägypten steht ein ähnlicher Eid, in welchem der Grundstücksveräußerer schwören muß, den Preis erhalten zu haben, in P. Oxy. 100 noch im Jahre 133 nach Christus, und wir müssen ähnliche Eide zu dem griechischen Publizitätsrecht der Ptolemäerzeit vermuten, wenn sie dort auch noch nicht unmittelbar belegt sind.³⁾ Ebenso wie in griechischen Rechten der Gedanke, daß eine Simulationsabrede an der Wirksamkeit des abstrakten Geschäftes nichts ändern kann und daher nur durch solche Glaubhaftmachung gegen

¹⁾ Stob. Flor. XLIV, 22, 3: . . καὶ ὁμνύειν ἐναντίον τῆς ἀρχῆς (τῆς) ἐγγραφούσης καὶ κωμητῶν τριῶν, ἢ μὴν ὀνειῶσθαι δικαίως, μηδὲν συγκατακερτοῦντα μήτε τέχνῃ μήτε μηχανῇ μηδεμιᾷ τὸν αὐτὸν δὲ τρόπον καὶ τὸν πωλοῦντα πωλεῖν ἀδόλως. Dazu Glotz, Solidarité de la famille dans le droit criminel de la Grèce S. 194 ff. Es ist möglich, daß diese Vorsicht gegenüber der Simulation darauf beruht, daß die Verwandten des Veräußerers Retraktrecht haben und daher zum wirksamen Erwerbe zustimmen müssen. Hat sich der Veräußerer mit einem Käufer geeinigt, der zunächst erwerben und dann an einen anderen weitergeben soll, so kann das Grundstück in Hände übergehen, welche der Familie des Veräußerers nicht genehm sind.

²⁾ Dareste, Bull. de corr. hell. 4, 341 ff. zu dem Register der Eide in Knidos.

³⁾ Zu dem P. Eleph. 4 vgl. Sethe-Partsch, Demotische Urkunden, S. 319 f., 654 Anm. 1. Der Eid ist hier von dem Vollstreckungsschuldner

die Simulation angekämpft werden kann, deutlich ist, findet sich andererseits in der prätorischen Praxis vor der in iure cessio eine ähnliche probatio causae.¹⁾ Wir können sie bei der Stabfreilassung und bei der Adoption beobachten. Bei der Adoption legt das senatus consultum vom Jahre 577 d. St. (Liv. 41, 8) dem Latiner, der seinen Abkömmlingen Adoption gibt, um dadurch in der Heimatgemeinde einen Sohn zurückzulassen, den Eid auf, daß die Adoption nicht civitatis mutandae causa geschehe.²⁾ Wird die Adoption gleichwohl zu diesem Zwecke vorgenommen, so ist der Schleichweg erfolgreich gewesen. Daher muß ein besonderes Gesetz, eine lex Claudia, ergehen, welche das Manöver entkräftet, damit nicht die Heimatgemeinde des auswandernden Latiners, der kraft des Auswanderungsrechtes römisches Bürgerrecht erwirbt, geschädigt werde.³⁾ Der Glaubhaftmachungseid ist hierbei nicht als Ausnahmemaßregel zu denken. Er ist anscheinend immer vor der legis actio verlangt worden, ne qua calumnia, ne qua fraus neque dolus adhibeatur. Ist das Scheinmanöver offenbar, so verweigert wohl der Magistrat die legis actio. Denn entsprechend findet sich bei der Arrogation eine Verhandlung vor dem Kollegium der Pontifices, in welcher vor dem Komitialakt geprüft wird, welches die causa adoptandi ist, ne qua calumnia, ne qua fraus, ne qui dolus adhibeatur (Cic. dom. 14, 36).

nach erteiltem Zuschlag geleistet und bezieht sich nur auf das Eigentum des Vollstreckungsschuldners.

¹⁾ Bisher wurde das causam probare nur im Zusammenhange mit der lex Aelia Sentia erwogen.

²⁾ Über hellenistische Strafklagen wegen Lüge bei der Glaubhaftmachung ist in dem Materiale nichts überliefert. Unwirksamkeit wegen Verschweigens der Simulationsabrede oder wegen Gläubigerbenachteiligung ist auch nicht nachzuweisen. Und dennoch wird an Gesetze, welche die Lüge bei der probatio causae in hellenistischen Rechtsordnungen trafen, zu denken sein, wenn wir geschichtliche Vorbilder für die Bestimmung der lex Aelia Sentia suchen wollen, welche die Freilassung zum Nachteile der Gläubiger mit Unwirksamkeit diesen gegenüber, nach dem Gesetzestext selbst mit Nichtigkeit, trifft.

³⁾ Liv. 41, 8, 12, dazu Mommsen, Staatsrecht 3, 460, 1. Wlassak, Z. Sav.-St. 28 (1907), 18, 19, 107. — Girard, Organisation judiciaire 1, 195. Mélanges de droit romain p. 140f. Rotondi, Atti in frode alle legge p. 50. Leges publicae p. 280.

Die *probatio causae* vor der *Arrogation* wird noch im zweiten Jahrhundert nach Christus von dem Digestenjuristen erwähnt (Marcell. D. 1, 7, 18). Wenn die Glaubhaftmachung nichts ergab und daraufhin die *legis actio* erfolgte, war gegen die Wirksamkeit des Geschäftes offenbar nichts mehr zu machen. Das wird besonders im Falle des Clodius klar. Die Adoption durch Fonteius war ein Scheingeschäft wie nur je eines. Cicero führt zur Begründung an, daß die Adoption nicht zur Entstehung eines Gewaltverhältnisses vorgenommen wurde, da Fonteius sofort wieder emanzipierte. Sie war auch nicht zur Entstehung des zivilen Erbrechtes vorgenommen.¹⁾ Aber es ist doch offenbar, daß, mag auch Cicero es so darstellen, als ob es nach Zivilrecht nichtig gewesen wäre, gegen die Wirksamkeit der *Arrogation* nichts eingewendet werden konnte.²⁾ Wie fern dabei dem Redner noch der Gedanke an das simulierte Geschäft im Sinne des byzantinischen Rechtes liegt, wird durch eine Einzelheit klar, die es verdient, hervorgehoben zu werden. Soeben war die pontifikale Praxis erwähnt worden, welche nicht zuließ, daß der Adoptierende jünger als der Adoptierte war, „damit diese nachgeahmte Art, sich einen Sohn zu verschaffen (*simulata adeptio filii*), möglichst dem natürlichen Verhältnisse zu den leiblichen Kindern entspreche“.³⁾ *Simulata adeptio* ist hier gerade die normale *Arrogation*, ein Scheinmanöver kann nicht als echter Fall solcher *simulata adeptio* angesprochen werden. Wer in diesem Zusammenhange von *simulata adeptio* spricht, kann unmöglich das Scheingeschäft der späteren Quellen als *simulatum* oder als nichtig gekannt haben.

¹⁾ De domo 13, 35: Tu neque Fonteius es qui esse debebas neque patris heres neque amissis sacris paternis in haec adoptiva venisti.

²⁾ Zur *Arrogation* des Clodius Sueton Div. Jul. c. 20. Cic. ad Att. VI, 7, 2; 9, 1. Zum Zeitansatz vgl. jetzt Ed. Meyer, Caesars Monarchie, S. 73. Zur Rechtsfrage Mommsen, Röm. Forschungen 1, 7. Staatsrecht 3, 138, 2.

³⁾ Ut haec *simulata adeptio filii* quam maxime veritatem illam suscipiendorum liberorum imitata esse videatur. Zu simulare statt similare, vgl. die Dichter Vergil 6, 517. Properz 4, 5, 29, 34 und Wölfflin, Arch. f. lat. Lexikogr. 11, 355.

Für die Republik bleibt als einziges Zeugnis, welches nahelegen könnte, daß bei der Simulation das zivile Geschäft nichtig wird, die oft genannte Stelle des Varro, l. Lat. 6, 69:

Spondere est dicere spondeo; . . . 72 A quo sponte dicere respondere quoque dixerunt, cum ad spontem responderent, id est ad voluntatem rogationis; itaque qui ad id quod rogatur non dicit, non respondet, ut non spondet ille statim, qui dixit spondeo, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque is qui dicit in tragoedia: „Meministine te spondere mihi gnatum tua?“ quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu.

Die Stelle zeigt nur, daß Varro, wie er es immer tut, nach dem Lehrbuche des Chrysippos die übliche stoische Etymologie nach dem Wortklang auch für die sponsio bildete, indem er in ihr das sponte und ad spontem Erklärte sah. Vielleicht klingt darin schon die seit Aristoteles übliche Feststellung mit, daß die freiwilligen Rechtsbeziehungen gemäß dem Willen der Parteien, *κατὰ προαίρεσιν* entstehen. Aber eine römische Willenstheorie, die mit ähnlicher Konsequenz wie das spätrömische Willensdogma der Byzantiner durchgebildet war, wird man aus solchen Zeugnissen niemals erweisen können. Wer die dogmatischen Vorstellungen, aus denen wir heute Bedenken haben, bei den Zwangsverträgen des modernsten Rechtes vom privatrechtlichen Verträge zu sprechen, im Altertum suchen wollte, müßte sich mit den Tatsachen auseinandersetzen, welche zeigen, daß die Zwangsgewalt des Herrn die wirkliche Stipulation des bona fide serviens nicht ausschließt, daß der Staat vielfach das Zustandekommen von Verträgen erzwingt, eben deswegen, weil die Theorie des byzantinischen Rechtes noch im weiten Felde ist, nach welcher jeder Vertrag den freien, selbstbestimmten Willen (*ἐκονομία γνῶμη, ἀνθαιρέτω προαίρεσει*) voraussetzt. In der römischen Rechtsordnung gibt es die vom Prätor bestimmten Kautionen, die lex Rubria kennt sogar eine fingierte Stipulation statt freiwilliger cautio damni infecti. Im Gemeindeverwaltungsrecht gibt es das Zwangsdarlehen, durch welches

der einzelne Private die Haftung für die ihm überwiesenen Gemeindegelder übernimmt¹⁾, und schon die hellenistische Wirtschaft hat in den Diadochenstaaten die Zwangspacht ausgebildet, durch welche der Staat einem Bauern ein sonst nicht zu bestellendes Domänengrundstück zuweist.²⁾ Richtig ist nur, daß Varro seine Etymologie mit einer juristischen Entscheidung belegt, nach welcher der Schauspieler auf dem Theater nicht persönlich aus einem Versprechen haftbar gemacht werden kann, das in seiner Rolle lag. Für die Frage der geschäftlichen Simulationsabrede folgt daraus nichts. Auch die Digesten enthalten ja die Entscheidung des zweiten Jahrhunderts über die rechtliche Unerheblichkeit der Scherzerklärung oder der im Lehrvertrage vorkommenden sponsio (Paul. D. 44, 7, 3, 2). Und doch ist bei der Stipulation, wie schon die Glossatoren wußten, eine nach Zivilrecht wirksame Haftung gegeben, welche gegebenenfalls durch exceptio entkräftet wird, ohne daß jemals eine „Umdeutung nach Maßgabe des verdeckten Geschäftes“ in Betracht kommt.³⁾

Das Zeitalter Ciceros versteht unter dem *simulare* etwas anderes als das Scheingeschäft. Es bedeutet nur die von einer Person wahrheitswidrig vorgenommene Vorspiegelung einer Tatsache. Deswegen nahm Aquilius Gallus in seine Definition des Dolus die berühmten Worte auf: „*cum esset aliud simulatum, aliud actum*“.⁴⁾ Wer trügerisch dem

¹⁾ Vgl. Z. Sav.-St. 29, 411, 1.

²⁾ Rostowzew, Studien zur Gesch. des Kolonates S. 53 ff., 194 ff. Oertel, Die Liturgie S. 26 ff., 94 ff.

³⁾ Cod. 4, 2, 6, 8; 4, 30, 5. In Cod. 4, 2, 6 ist der Satz „*cum obligationis non defecerat substantia*“ sicher interpoliert, da er verkennet, daß nach klassischem Rechte aus Verbalvertrag allein die Haftung entsteht. Es ist justinianisches Recht, daß es auf den *contractus re et verbis* ankommen soll, wie in D. 44, 7, 52, 3 interpoliert wurde. Zu dem letzteren an anderer Stelle Ausführliches. — „*simulatis pro infectis habitis*“ ist die übliche Interpolation, über welche unten zu III.

⁴⁾ Cic. de off. 3, 14, 60; 15, 61—68. D. 4, 3, 2, 1: Servius und Labeo D. 2, 14, 7, 9: Pedius. Danach Quintilian inst. or. 6, 2, 15: *virtus simulationis, satisfaciendi rogandi εἰρῶνεια*, quae diversum ei quod dicit intellectum petit. — Glossas corp. gloss. lat. 4, 391, 36; 285. Eine der ältesten Anspielungen der Literatur auf die Definition des Aquilius Gallus steht bei Sallust bell. Jugurth. 111: *ad simulandam pacem . . . quae utilia visa constituunt. Ita composito dolo digrediuntur.*

Käufer vorspiegelte, daß das verkaufte Grundstück besonders günstig gelegen sei, während er beabsichtigt, den Käufer zu prellen, haftet wegen betrügerischer Simulation, und zwar nach republikanischem Rechte wohl nur mit *actio de dolo*.¹⁾ Das *simulare* ist also das einseitige Vorspiegeln, nicht die einverständlich von den Parteien zugrunde gelegte Simulationsabrede. *Simulatum comitium* ist eine nach römischem — oder griechischem — Stadtrechte einberufene Wahlversammlung, wenn der Einberufer die zu Wählenden willkürlich bestimmt.²⁾ Von *simulata emptio* spricht Cicero, wenn in den Gemeindeakten steht, daß Verres ein Meisterwerk der griechischen Kunst um einen bestimmten Preis von der sizilischen Stadt gekauft habe, während er in Wirklichkeit die Statue raubte oder stahl.³⁾ Daran, daß bei wirklichem Vertragsschlusse auch bei Erpressung oder Betrug zunächst ein wirksames Geschäft vorliegt, ist nach Ciceros Worten nicht zu zweifeln. *Simulata emptio* ist hier der erlogene, der tatsächlich nicht getätigte Kauf, gerade wie die *simulata largitio* in Cicero *L. agr.* 2, 76 die angebliche Schenkung ans Volk ist, die vom Redner als Verschleuderung des Gemeindelandes dargestellt wird. In beiden Fällen ist der Ausdruck *simulare* gewählt, um einem, den der Redner angreift, den Vorwurf falscher Tatsachenbehauptung zu machen. Nur dieser Wortbedeutung entspricht endlich der gesamte Sprachgebrauch der römischen Literatur bei Plautus⁴⁾, Vergil⁵⁾, Horaz⁶⁾, Ovid⁷⁾, Properz⁸⁾, Cicero⁹⁾, Sallust¹⁰⁾, Livius¹¹⁾, Cornelius Nepos¹²⁾, Tacitus¹³⁾, Quinti-

¹⁾ Cic. de off. 3, 15, 61. Dazu Haymann, Haftung des Verkäufers 1, 48.

²⁾ Cic. in Verr. 2, 54, 136.

³⁾ Cic. in Verr. 4, 60, 134.

⁴⁾ Plaut. Persa 84. 677. Mil. 196. 909. Amphitryo 200. Asin. 196. Curc. 391.

⁵⁾ Verg. Aen. 1, 710; 4, 105.

⁶⁾ Horat. sat. 2, 7, 56 ep. 1, 19, 13.

⁷⁾ Ovid Metam. 2, 697; 4, 338; 13, 299.

⁸⁾ Prop. Eleg. 1, 11, 7; 4, 5, 29, 34; 2, 24, 47.

⁹⁾ Für Cicero vgl. die Lexika von Merguet. s. v. *simulare*, *simulatio*.

¹⁰⁾ Sallust Cat. 5. — hist. 4, 12: *simulato quo impio testamento*. Gemeint ist das Testament des Attalos zugunsten des römischen Volkes. Es soll nach Mithridates erlogen sein. Mit juristischem Scheingeschäfte hat es nichts zu tun.

¹¹⁾ Liv. 1, 56, 7; 25, 8, 12.

¹²⁾ Corn. Nepos 9, 5, 3; 4, 2, 2; 23, 9, 3. ¹³⁾ Tac. Lex Gerber und Greef.

lian¹⁾, Petron²⁾, soweit *simulare* nicht im Sinne von *simulare*, nachahmen, nachbilden gebraucht ist.

II.

Durch die augustische Gesetzgebung der *lex Julia de maritandis ordinibus* scheint der Anfangspunkt für die spätere Behandlung der simulierten Geschäfte gegeben, nicht durch die Anerkennung einer allgemeinen Regel über die Nichtigkeit des Scheingeschäftes. Vielmehr ist offenbar der *Terminus negotium simulatum* zunächst auf die Umgehungsgeschäfte gegen die augustischen Gesetze angewendet worden. Die hier als simuliert bezeichneten Geschäfte waren nicht schlechthin unwirksam, sondern wurden nur durch Spezialbestimmungen als Schleichwege unbrauchbar, indem diese verordneten, daß der Schleichweg gegenüber der *lex Julia* und der *lex Papia Poppaea* nichts helfe. Aber wie wir heute im modernsten deutschen Fiskalrechte sehr wohl die Frage scheiden müssen, ob das Umgehungsgeschäft privatrechtlich unwirksam ist und ob der Schleichweg steuerrechtlich nützt³⁾, scheint es auch in der römischen Ordnung des ersten Jahrhunderts nach Chr. gewesen zu sein. Dabei erscheinen nun neben den Umgehungsgeschäften auch solche Fälle, in denen die Parteien behaupten, daß ein rechtlicher Tatbestand vorliegt, während er in Wirklichkeit nicht gegeben ist. Auch solch erlogener Tatbestand heißt hier simuliert.

Durch die *lex Julia de maritandis ordinibus* werden die Rechtsnachteile der Ehelosen geschaffen, durch die *lex Papia* ausgebaut und ergänzt durch die Behandlung der Kinderlosen.⁴⁾ Wer bei der Wahl zum Magistrat den Vorrang haben wollte, wer Erleichterung von den Staatsfrohnenden haben wollte, mußte Kinder nachweisen. Nach älterem

¹⁾ inst. or. 6, 2, 15; 6, 3, 85, 92; 9, 2, 19.

²⁾ Petr. vera rediv facies cum simulata perit v. 140.

³⁾ Reichsabgabenordnung (13. 12. 19. RGBl. S. 1993) art. 5. Dazu Koppe, Jahrbuch des Steuerrechts 1920. S. 48.

⁴⁾ Dazu Hartmann, Zeitschr. f. Rechtsgesch. 5, 221. Jörs, Über das Verhältnis der *lex Julia de maritandis ordinibus* zur *lex Papia Poppaea* (Diss. Bonn, 1882) S. 31. Kniep, Gaius inst. comm. II, 424. Über die neuen Belege aus dem Gnomon des Idios Logos Lenel-Partsch, Heidelberger Sitzungsberichte 1920, 1. Abh. S. 14ff.

Rechte konnte man zu diesem Zwecke adoptieren. Man emanzipte eben sogleich nach Erlangung des Amtes den zu diesem Zwecke Adoptierten wieder! Da ergeht unter Nero ein Senatsbeschluß (Tac. ann. 15, 19: *ne simulata adoptio in ulla parte muneris publici adiuuaret ac ne usurpandis quidem hereditatibus prodesset*). Also die zur Umgehung der Gesetze vorgenommene Adoption ist nicht nichtig nach Zivilrecht. Sie schützt nur nicht vor den Rechtsnachteilen der *orbi* und sichert nicht die Vorteile der ehelichen Vaterschaft. Ob die Worte *simulata adoptio* im Texte des Senatsbeschlusses standen, kann sehr zweifelhaft sein.¹⁾ Gemeint war wohl, daß bei der Glaubhaftmachung vor dem Magistrat erklärt werden mußte, daß die Adoption *sine fraude* vorgenommen werde und daß, wenn nachher gleichwohl schnelle Emanzipation erfolgte oder wenn es sich ergab, daß durch eine Treuhandsklausel das Gewaltverhältnis wegbedungen wurde²⁾, die *incapacitas* nicht vermieden werden sollte und vielleicht auch, daß wegen der Erschleichung des Amtes eine strafrechtliche Folge³⁾, vielleicht auch der Amtsverlust⁴⁾, Platz greifen sollte.

¹⁾ Richtig Rotondi, *Atti in frode alle legge* p. 70.

²⁾ Diese Möglichkeit muß nach der *fiducia* bei der *coemptio* (Gai. I, 114—115b) erwogen werden.

³⁾ In Betracht käme einer der Senatsschlüsse, welche die Strafen der *lex Cornelia de falsis* auf neue Tatbestände ausdehnten. Die Justinianische Überarbeitung, die neben dem *falsum* offenbar durch Interpolationen das quasi *falsum* geschaffen hat (D. 48, 10, 1, 13. D. 48, 10, 14, 1. — fr. 27 pr. und für die byzantinische Definition des quasi *falsum* das Scholion Bas. 60, 41, 1, Heimbach 5, 775, 777), vermag den Quellentatbestand nicht zu verdunkeln. Die Klassiker kannten kasuistisch vorgehende Senatsschlüsse, wie sie in Coll. 8, 7, 1 und Paul sent. 5, 25, 8 hervortreten. Ich möchte für wahrscheinlich halten, daß durch solche Senatsbeschlüsse die ägyptischen Präfektenedikte über die Akatallie angeregt wurden (Gnomon des Idios Logos § 37, 42, 43, 53, 56). Die Fälschungen des Personenstandes gehörten zweifellos unter solche ausdehnende Bestimmungen, vgl. D. 48, 10, 27, 2. Die Darstellung bei Mommsen, Strafr. S. 670ff. hat den Versuch, zwischen der *lex Cornelia* und den späteren Erweiterungen derselben zu scheiden, machen wollen, ist aber, da sie die Interpolationsfrage nicht richtig stellte, nicht weit genug mit der Scheidung gekommen.

⁴⁾ Über die erschlichene Wahl und die Amtsentsetzung fehlen wohl die Belege aus der Zeit, Mommsen, Staatsrecht 3, 364 A 3. 1, 626ff.

In denselben Zusammenhang gehört die Gaiusstelle D. 23, 3, 30 Gai. lib. V ad legem Juliam et Papiam: *Simulatae nuptiae nullius momenti sunt.*

Die ganze gemeinrechtliche Literatur zieht ebenso, wie es schon die Glosse tat, das Fragment zum allgemeinen Satz über die Nichtigkeit der Scheingeschäfte. Aber von der Scheinehe als Rechtsgeschäft kann das klassische Recht füglich nicht gesprochen haben. Zur Ehe gehört nach römischem Recht das tatsächliche Zusammenleben auf Grund des Konsenses der Gatten. Entweder bestand dieses Zusammenleben, dann war von einem Schein nur dann die Rede, wenn die Zusammenlebenden in Wahrheit von der Ehegemeinschaft ausgeschlossen waren. Dann bestanden in Wirklichkeit keine *justae nuptiae*. Oder es bestand kein Zusammenleben und dann kann eine „erlogene Heirat“ nur bedeuten, daß das Pärchen bewußt die unrichtige Behauptung aufgestellt habe, es sei verheiratet. Von einem Scheingeschäfte im modernen Sinne kann doch wohl keine Rede sein, wenn es für die Frage, ob Ehe besteht, nicht nur auf Erklärung der Gatten, sondern auf die Tatsache des Zusammenlebens ankommt. Die Stelle trifft offenbar, wie schon Lenel hervorhob¹⁾, die Versuche, den Rechtsfolgen des Zölibates durch allerlei Schleichwege zu entgehen. Wer die Nichtbürgerin, mit der er zusammen lebte, als Römerin ausgab, wer die Freigelassene, mit der er nur im Konkubinat leben konnte, als Freigeborene ausgab, wer mit einem Mädchen zwei Jahre verlobt war und deswegen die Gleichstellung mit den Ehemännern beanspruchte²⁾, mußte sich solche *nuptiae simulatae* entgegenhalten lassen, ebenso wie etwa der *coemptionator*, der nicht *matrimonii causa* die *mancipatio* vollzogen hatte. Für die ganze Auffassung des Scheingeschäftes im ersten Jahrhundert nach Chr. ist der Brief des jüngeren Plinius wichtig (ep. 5, 1). Er ist von der Erblasserin Pomponia Galla, die ihren Sohn Asudius Curianus nicht zum Erben eingesetzt (Plin. sagt „*exheredit*“) hatte, selbst im Testament als Erbe eingesetzt worden neben

¹⁾ Palingenesia I, Gai. fr. 449.

²⁾ Hartmann a. a. O. 221, Jörs a. a. O.

anderen Miterben. Curianus versucht, sich auf die Praxis des Gerichtes der hundert Männer zu berufen und hat angeblich den Plinius gebeten, entweder freiwillig und außergerichtlich oder durch *confessio in iure* ihm seinen Platz als Erben zu räumen. Gleichzeitig hat er ihm angeboten, mit ihm eine Simulationsabrede dahin zu schließen, daß er dem Plinius den auf ihn fallenden Anteil schenkweise zur Verfügung halten werde. Plinius lehnt das ab, weil solche Heimlichtuerei seinem Charakter zuwider sei. Er fände es außerdem nicht anständig, *non esse satis honestum*, daß er auf diesem Wege einem vermögenden kinderlosen Manne zu einer Zuwendung ver helfe. Dagegen sei er bereit, das Noterbrecht des Asudius anzuerkennen, wenn er die Überzeugung gewänne, daß jener ohne Grund bei der Erbfolge übergangen sei. Plinius erzählt den ganzen Fall, um nachher mit gebührender Bescheidenheit auseinanderzusetzen, welche glänzende Rolle er bei der Erledigung des Rechtsstreites zwischen Asudius und den Miterben gespielt hätte. Die Argumente, welche den Briefschreiber gehindert haben sollen, sich auf das simulierte Anerkenntnis einzulassen, sind sehr exakt formuliert. Um so mehr fällt auf, daß der einfache Gedanke, eine Scheinerklärung würde nichtig sein, dem Briefschreiber ganz fern zu liegen scheint. Das ist nicht nur im allgemeinen für unsere Frage erheblich, sondern auch für die Umgehung der augustischen Gesetze interessant. Es galt nur als unanständig, daß man die *incapacitas* dadurch umging, daß der eingesetzte Erbe dem vermögenden Kinderlosen gegenüber ein Anerkenntnis auf die *querela* erklärte und dadurch ein Ergebnis herbeiführte, das bei testamentarischer Bedenkung des Kinderlosen von der *lex Papia* ausgeschlossen war.¹⁾

Wenn man annimmt, daß die augustische Gesetzgebung das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten bestätigte, gehört in denselben Zusammenhang die Frage, inwiefern

¹⁾ Die Darlegung stimmt überein mit den Feststellungen Rotondis, nach welchen kein allgemeiner Satz über die Nichtigkeit der Umgehungshandlungen weder im Zivilrecht noch in der prätorischen Praxis besteht, vielmehr die neuen Schleichwege durch neue kasuistische Einzelbestimmungen erfaßt werden müssen.

das klassische Recht hier die Vorstellung kannte, daß eine Scheidung wegen Scheines nichtig sein könnte. Wenn die Gatten sich trennten, nachher die Schenkung erfolgte und später die Gatten das Zusammenleben wieder aufnahmen, konnte man fragen, ob ein *verum divortium* vorliege oder ob nicht in Wahrheit die Ehe weiter bestanden habe und die Schenkung nichtig sein müsse. Nach dem Digestentext soll schon Trebatius entschieden haben: *si verum divortium fuisse, ratam esse donationem, si simulatum contra*.¹⁾ Vom Standpunkte des justinianischen Rechtes liegt hier zweifellos eine Scheidung als Scheingeschäft vor, indem es auf die Willenslage der Gatten für die Beurteilung der wirksamen Scheidung ankommt. Aber man darf sich durch den Text nicht täuschen lassen. Offenbar ist [*si simulatum contra*] eingesetzt. Diese Worte sind oberflächlich genug angeflickt. Sie unterbrechen den klassischen Gedankengang. Denn für den Klassiker kommt es eben nicht auf die Willenslage, sondern auf das objektive Verhalten nach der Scheidung an. Das wird mit Berufung auf die Prokulianer deutlich genug gesagt. Trebatius ist auch gar nicht der Mann, von dem man eine Beurteilung nach der Willenslage erwarten könnte.²⁾

In Wahrheit handelt es sich bei dem *simulatum divortium* um ein Lieblingsthema des byzantinischen Rechtes³⁾, das auch sonst in älteren Rechtsquellen durch Interpolation erscheint.⁴⁾

¹⁾ D. 24, 1, 64.

²⁾ D. 41, 1, 19: *nec interesse quod senserit (sed quod fecerit Gl. Mommsen)*.

³⁾ Cod. 5, 12, 30, 2; Nov. 12. c. 3 pr.; vgl. auch Nov. 74, c. 4.

⁴⁾ Cod. 5, 17, 3 ist wahrscheinlich aus derselben Anschauung überarbeitet. Der Fall betraf einen Anspruch wegen Hintergehung des Bestellers der Dos. Die Ehegatten versuchen die ausbedungene Klausel über die Fälligkeit der *actio ex stipulatu* dadurch zu umgehen, daß sie sich zum Scheine trennen. Der Ehemann wird aus der Dolusklausel der Stipulation haftbar. Auf die Frage, ob die Scheidung privatrechtlich wirkt, kommt für die Entscheidung nichts an. Die Interpolation des § 3 folgt schon aus dem Anschluß enim § 2, enim § 3 wie aus dem Satzbau (*imaginos nuntios . . sive . . fingant se renuntiasse!*). Daß die Scheidung zur Umgehung der *lex Julia de adulteriis* in D. 48, 5, 34 auf

III.

Das Recht der klassischen Juristen im zweiten und dritten Jahrhundert nach Chr. scheint ebensowenig den Rechtssatz gekannt zu haben, daß das Scheingeschäft nichtig sei. Es wäre schon auffällig, wenn die Juristen¹⁾ einerseits mit der gesamten Literatur²⁾ das *simulare* gerade als das technische Wort für die arglistige Vorspiegelung von Tatsachen in der Definition des *Dolus* gebrauchen und wenn andererseits dasselbe Wort die Simulationsabrede beider Parteien, bei der doch von Tatsachenentstellung gar nicht die Rede ist, bezeichnen wollte. Über solche allgemeine

justinianischem Zusatze beruht, hat schon Rotondi wahrscheinlich gemacht (*Atti* p. 61). Die justinianischen Scheidungsverträge wie die *repudia* (*Oxy* 129; *Mitt. Chrest.* 296); *Flor.* 93 (*Mitt. Chrest.* 297). *Cairo* 67 311 enthalten auffallenderweise keine Klausel, welche den üblichen die Simulation ausschließenden Kautelen der Urkunde entsprechen. (Die *P. Lond.* V. konnte ich nicht heranziehen.)

¹⁾ *Jul. D.* 41, 4, 7, 2: *qui se creditorem esse simulat.* *Pomp.* 47, 2, 76 (75): *qui simulabat se procuratorem esse.* *Marcel.* 40, 5, 10, 2 . . . *qui simulata servitute emptorem decepit.* *Ulp.* *D.* 1, 18, 13, 1: *utrum simulato furore facinus admisisset.* *D.* 49, 16, 6, 5: *qui metu hostium langvorem simulavit.* *D.* 14, 5, 6 *qui se patrem familias simulavit.* *D.* 24, 1, 3, 12: *qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit* . . . — In *D.* 47, 2, 43 *pr.* steht das *qui se simulat creditorem* im Glossem zu *falsus creditor*, auch in *D.* 46, 3, 18 ist wohl *simulanti se procuratorem* Glossem. — *Macer D.* 1, 18, 14. (*Marc. et Comm.*) *matrem ab eo simulatione dementiae esse occisam.* *Paul. D.* 18, 2, 14 *Si venditor simulaverit meliorem allatam condicionem.* *D.* 22, 1, 22: *si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur.* *D.* 48, 14, 11, 3: *simulans se fisci creditorem* . . .

²⁾ Vgl. außer den oben unter II. nachgewiesenen Klassikerstellen auch die Kirchenschriftsteller des 2.—5. Jahrhunderts *Arnobius adv. nationes* IV, 35 fol. 96b (ed. Reifferscheid) p. 170: . . . *et in species conjugum subditioni corporis simulatione succedere.* *Lactantius* (*Corp. scr. eccles. lat.* XIX p. 129) *et hoc omnes simulati numinis praestigio revelato quibus inducti homines a veritatis via longius recesserunt* . . . *Augustin, contra ep. Parmen.* II, 10, 20 (*Corp. scr. eccles. lat.* 51 (7, 1) *neque enim non tendunt pectora sua aut cum id faciunt, simulate faciunt* . . . , *aut non dicunt in oratione dominica: dimitte nobis debita nostra; contra Crescon.* 3, 72, 84 (7, 2, 489). Der Gedanke der Scheinerklärung tritt deutlich erst bei *Ennodius* auf, *op. II. libellus pro synodo* (*corp. eccl. lat.* 6, 298) *dum simulato ferunt persecutionem se debere criminibus.* Zu *simulato* vgl. *A. Dubois, La latinité d'Ennodius, Paris 1903* (thèse) p. 165, der hier eine *expression plus ancienne* annimmt.

Wahrscheinlichkeit hinaus aber können wir heute weiter sehen. Es ist bezeichnend, daß die Byzantiner in der Sammlung der Fragmente, welche alte Rechtsregeln des klassischen Rechtes enthalten, im Titel D. 50, 17 nicht den Satz haben, daß das simulierte Rechtsgeschäft nichtig sei. Man brachte es nur zu dem Satze: *imaginaria venditio non est pretio accedente*.¹⁾ Wo die Regel, daß das Scheingeschäft nichtig ist, deutlich auftritt, zeigt schon Form und Inhalt, daß sie interpoliert ist. Es handelt sich um die ständig wiederkehrenden Zusätze, wie *simulatis pro infectis habitis*, welche offenbar in der ersten Edition des Kodex die Regel neu formuliert haben — zunächst die Reskripte, meist Diokletians:

Cod. 2, 4, 21 . . . [*his quae simulate geruntur pro infectis habitis*].

Geklagt war aus einem Vergleich, in welchem dem einen Teil eine Sache zugesprochen wurde, indem der andere Teil die Gewährleistung wie ein Verkäufer übernahm. Nach dem Tatbestande liegt gar kein Scheingeschäft vor, sondern nur eine Heranziehung der Kaufgrundsätze für die Haftung aus dem Vergleich.²⁾ Der Zusatz ist flüchtige Arbeit und

¹⁾ D. 50, 17; 16 (Ulp. 21 ad Sab.). Der klassische Zusammenhang ist dunkel. Lenel zu Ulp. fr. 2625; vielleicht liegt ein Überlieferungsfehler in der Inschrift vor. Der Abl. abs. sieht nicht nach dem Klassiker aus.

²⁾ In den hellenistischen Urkunden kommt die Heranziehung der Kaufgrundsätze in diesem Zusammenhange in verschiedenen Formen vor. Entweder so, daß einfach die Verweisung auf den Kauf in der Urkunde steht, so P. Oxy 270, lin. 32f. (a. 94 p. C). Hier ist in der Vereinbarung über die Deckung des Bürgen ein Grundstück zur Haftung gegeben, und wenn der Bürge zum Zahlen kommt, soll ihm das Grundstück verfallen sein als wenn es verkauft wäre. Oder es findet in Vergleichs- und Auseinandersetzungsurkunden eine Nachbildung der Garantie des Verkäufers statt, wenn die Rechtsaufgabe gegen besonderes Entgelt erfolgte, vgl. Kreller, Erbrechtliche Untersuchungen S. 90, 2. Endlich ist die Vereinbarung über Erfüllungssersatz bei der *datio in solutum* zu erwähnen, wo in der griechischen Urkunde der justinianische Gedanke schon vorkommt, daß der an Erfüllung Statt hingebende Schuldner einer Geldschuld für die hingebene Sache nach Kaufgrundsätzen einsteht, weil die Sache um den Preis der Schuld verkauft gilt. So P. Gradenwitz (Plaumann) Nr. 10.

kann ebenso wie das folgende *ficti* gestrichen werden, ohne daß etwas verlorengeht.¹⁾

Cod. 5, 16, 20: [tam ea quae simulate aguntur, quam].

Der klassische Fall wird sich auf die *fiducia cum creditore* bezogen haben.¹⁾ Der Schuldner ließ statt an sich an seine Ehefrau zurückübereignen. Durch diese Annahme kommt der Text sehr einfach in Ordnung, während ein Verkauf des Pfandes nach Rückzahlung seltsam wäre. Die klassische Entscheidung beruht, wie noch der Zusammenhang zeigt, deutlich auf dem Gesichtspunkte des Schenkungsverbotcs zwischen Ehegatten. Auch hier ist die Bezugnahme auf die Simulation herauszustreichen, ohne daß am klassischen Texte etwas verlorengeht. Auch das Ende dürfte übrigens von den Kompilatoren stilisiert sein.²⁾

Cod. 4, 49, 8: [si simulatum factum intercessit] . . .

Der Zusatz ist hier offenbar töricht. Es wird der hellenistische Gedanke abgelehnt, daß die Zahlung der Verkehrssteuer Voraussetzung für den Eigentumserwerb sei³⁾ und den Erwerber als rechten Eigentümer erweise. Hier paßt die Bedingung „Wenn dabei eine Scheintatsache vorliege“ gar nicht. Der erste Satz enthielt ja schon im Tatbestande den Hinweis darauf, daß nicht tradiert sei.

Cod. 4, 38, 10: [et hac simulatam proponas.

Die Mutter hatte das ihr gehörige Grundstück aus dem Nachlaß des Vaters gekauft. Die Entscheidung, daß sie gleichwohl an den Kauf nicht gebunden sei und ihr Eigentum behalten habe, wird genügend mit dem Satze gerechtfertigt, daß niemand seine eigene Sache kaufen könne. Daß dieser Kauf noch außerdem als Scheinkauf bezeichnet

¹⁾ Statt ‚de pignore liberato‘ stand wohl remaneipando, im folgenden hieß es wohl: sed nec consensus eiusdem debitoris mancipationis per eum qui creditor fuit factae accedens ad dominium transferendum prodesse quicquam potuit. Der überlieferte Text ist so holprig, daß Krüger emendieren wollte. — In der Literatur über die *Fiducia* scheint die Stelle bisher nicht behandelt zu sein.

²⁾ [pro infectis habeantur] heißt es nach dem Texte in Nov. Theod. 9 = Cod. 1, 14, 5, 1 und wegen der Regel *simulatis pro infectis habitis*. Die Kanzlei Diocletians schrieb wohl einfach ‚non valeant‘.

³⁾ Heidelberger Sitzungsberichte 1916, Abh. 10 S. 27. Riccobono, Z. Sav-St. 33, 292f., der die übrigen Einschübsel richtig hervorhob.

werden soll, müßte, wenn es im Tatbestande gestanden hätte, im Bedingungssatze des Reskripts vornweg gesagt sein. In der praktischen Entscheidung ist der Satz überflüssig. Er kann ebenso weggestrichen werden, wie das [mutare substantiam veritatis et].¹⁾

Cod. 4, 2, 6, 1: [simulatis pro infectis habitis] ist überflüssig.

Wo die novierende Stipulation fehlt, kann die spätere Darlehnsschuldurkunde nach klassischem Recht nicht novierend wirken. Das wird gegenüber dem hellenistischen novierenden Daneion²⁾, dem Fragesteller mit dem griechischen Namen gesagt. Der Zusatz ist lehrhaft im Sinne der byzantinischen Schuldogmatik.

Cod. 4, 29, 17: constituta potior quam simulata gesta.

Schon die Sprache zeigt hier die übliche byzantinische Formulierung. Gesagt war wohl nur³⁾, daß die Einrede aus dem Senatusconsult gar nicht nötig sei, da aus dem Urkundenvermerke allein keine Darlehnshaftung der Mutter folgen könne, wenn das Darlehen an den Vater ausgezahlt

¹⁾ substantia veritatis mag eine späte Übersetzung aus dem Griechischen sein. Ob die Simulation die veritas oder die voluntas ändern kann, ist eine Frage, welche die Theologie des 5. Jahrhunderts interessiert. Vgl. den unechten Chrysostomustraktat (ὅτι ἐπίπλαστον σχῆμα καὶ τὸ μὴ ἀληθὲς φεῦγειν χρὴ) bei Migne Patr. gr. 48, p. 1073 ff. (Chrys. I) ἐλέγχεται γάρ, φησὶν, ἐπίπλαστον σχῆμα πανταχοῦ διὰ τῶν καθ' ἑκάστων πραττομένων· ἀπὸ γὰρ τῆς προαιρέσεως αἱ πράξεις· τὸ σεμνὸν σχῆμα τὴν προαίρεσιν οὐκ ἀλλάττει. Zu ἐπίπλαστον σχῆμα vgl. Nov. 12 c. 3 pr. Nov. 74 c. 4. Das klassische Vorbild dieser Gedanken ist Aristoteles Eth. Nik. 6, 1 p. 1139a, 25 ff. b 12. Für die Auffassung der Byzantiner sind die späteren Kommentare des Eustatios, Comm. in Ar. gr. 20, 279 bezeichnend.

²⁾ Über diese zuletzt ausführlich Rabel, Z. Sav.-St. 28, 319 ff. Mitteis, Grundzüge, S. 117. Die moderne Parallele zu der griechischen Novation durch abstraktes Daneion ist der englische merger durch deed nach common law.

³⁾ Auch das kann zweifelhaft sein. Vielleicht ließen es die Klassiker bei der exceptio aus dem sc. Velleianum bewenden, da ja das Darlehen an die Frau im Interesse des Mannes gerade ein Hauptfall der Interzession war. D. 16, 1, 2, 1; dann hätte erst ein Späterer hervorgehoben, daß die exceptio ja gar nicht nötig sei, da die bloße Darlehensurkunde, wenn die Frau nicht die Valuta zunächst erhalten hatte, keine materielle Wirkung habe. — Sicher ist auch hier die substantia veritatis interpoliert.

war. Es ist die übliche¹⁾ Verweisung auf die materielle Rechtslage, welche gegen den hellenistischen Vertragsschluß in der Urkunde und gegen die Versuche, das hellenistische Daneion in das römische Recht einzuschwärzen, Front macht.²⁾

Danach kann auch in Cod. 4, 38, 3 das Wort *simulatus* eingesetzt sein.

Wer die Methode dieser Einschiebsel erkennt, wird beachten, in welcher Weise die Byzantiner, welche Zeitgenossen der justinianischen Gesetzgebung sind, die Rechtsregel behandeln. Thalelaios sagte in seinem Kommentar zum ersten Kodex³⁾: „beobachte die an vielen Stellen formulierte Rechtsregel, daß die simulierten Geschäfte derart sind, als wenn sie überhaupt nicht geschlossen worden seien“.⁴⁾ Das klingt, da dieser Kommentar, wo altes Material vorliegt, dieses als Autorität zitiert, wie ein Hinweis auf eine neu interpolierte Rechtsregel. Ebenso sehen wir bei Theodorus von Byzanz im Scholion zu Cod. 2, 4, 21 zwei Rechtsregeln

¹⁾ Riccobono, Z. Sav.-St. 35, 265 ff.

²⁾ In der Auffassung des hellenistischen Daneions halte ich gegen Brandileone an der alten Auffassung fest.

³⁾ Zachariae, Z. Sav.-St. 8, 39. — Danach ich Studien zur Neg. Gestio 1, 27. — Zu bemerken bleibt der Widerspruch Paul Krügers, Geschichte der Quellen, 2. Aufl. S. 411, 36. Z. Sav.-St. 36, 84 ff.

⁴⁾ Schol. ad Cod. 5, 16, 20 = Bas. 23, 1, 50. Heimb. 2, 648: *σημείωσαι τὸν κανόνα κείμενον πολλαχού, ὅτι τὰ εἰκονικῶς γινόμενα οὕτως εἰσὶν ὥσανεὶ μηδὲ ὅλως γινόμενα. τιθέναι* ist die Bezeichnung für die Redaktionstätigkeit der Kompilatoren, *προσυθέναι, προσθήκη* die für die Interpolation, den Zusatz zum alten Text. Vgl. Pringsheim, Z. Sav.-St. 35, 329 f. Eine schöne Bestätigung fand ich in der Theologischen Literatur der Antiochener, welche aus derselben Kulturwelt wie die Rechtsliteratur von Berytos stammt. Bei Theodor von Mopsvestia (Migne Patr. gr. 72, p. 784) wird Ev. Joh. cap. 21 Vers 25 als Glossem eines Kommentators, welches in den Text hineingeraten und so zum „Zusatz“ geworden sei, erkannt. Das wird so dargestellt: *προσθήκη μᾶλλον ἐστὶ τεθεικὸς μὲν αὐτό τις τῶν φιλοπόνων ἔξωθεν . . . κατὰ μέρος δὲ ὑφ' ἑτέρων ἀγνοία τοῦ πρώτου τυχὸν ἔσω τεθέν καὶ μέρος τοῦ Εὐαγγελίου γραφῆς γινόμενον· εἴτα τοῦ χρόνου καὶ τῆς συνηθείας διὰ πάντων τῶν Εὐαγγελίων φέρεσθαι παρασκευάσαντος.* Vergebens suche ich eine allgemeine Darstellung der Theorie der Interpolationen bei den Antiochenern in der modernen Darstellung bei Louis Pirot, *L'oeuvre exégétique de Théodore de Mopsvestia, Scripta pontificii instituti biblici, Roma 1913.*

hervorgehoben, welche die Interpolation unterstreichen: „nicht hindert der Scheinkauf die Wirkung des Vergleiches“, d. h. also, es gilt das verdeckte Geschäft, und andererseits: „was in Simulation geschieht, dies wird so behandelt, als wenn es überhaupt nicht geschehen sei“.¹⁾

In den Digesten ist der Zusatz: D. 39, 3, 12: [nisi simulata fuerit venditio] von einer geistesverwandten Hand hinzugesetzt.

Die wenigen Stellen, in welchen die Theorie des Scheingeschäftes mit einer gewissen Absichtlichkeit verdeutlicht wird, sind so verdächtig, daß ihre Beanstandung überzeugend sein dürfte.

D. 44, 7, 54 Modestin 5. Buch der Regulae (Mod. fr. 222 Lenel): Contractus imaginarii [etiam] in emptionibus iuris vinculum non optinent, [cum fides facti simulatur non intercedente veritate].

Der klassische Text hatte wohl nur von Kauf gesprochen. Zur Aufnahme in den allgemeine Regeln formulierenden Titel wurde er verallgemeinert. Der byzantinische abl. abs. zeigt die Interpolation des Schlußsatzes an. Ein klassischer imaginärer Kontrakt, d. h. ein Vertrag, der vom Kauf nur das Formular hat, ist gar nicht notwendig zur Täuschung Dritter vorgenommen. Der Gegensatz zwischen Scheinakt und Veritas entspricht einem byzantinischen Stile, den wir deutlich durch Aristoteles²⁾ und die

¹⁾ Schol. ad Cod. 2, 14, 21 = Bas. 11, 2, 38.; Heimb. 1, 707.

²⁾ Aristoteles Metaphys. 3, 5 p. 1008 ff. behandelt die Frage nach dem Verhältnisse von Schein und Wahrheit. *ἡ περὶ τὰ φαινόμενα ἀλήθεια* ist der Urteilsatz, durch welchen die Feststellung erfolgt, daß der Schein der Wahrheit entspricht. — In der Willenslehre der Moral (vgl. oben S. 259 N. 1) gibt es das aristotelische Dogma von der *διάνοια καὶ ἀλήθεια πρακτική*. Wenn echter Vernunftwille vorliegen soll (*προαίρεσις σπουδαία*), ist es nötig, *τὸν λόγον ἀληθῆ εἶναι καὶ τὴν ὁρεξιν ὀρθήν*, das Raisonnement muß auf die Wahrheit gerichtet sein und der Wille muß richtig, d. h. auf das Gute gerichtet sein. Die Worte klingen fast so, als handele es sich um ein Dogma, welches die Simulationshandlung als bedeutungslos darstellt: *δεῖ . . . μὲν τὸν λόγον ἀληθῆ εἶναι καὶ τὴν ὁρεξιν ὀρθήν, εἴπερ ἡ προαίρεσις σπουδαία καὶ τὰ αὐτὰ τὸν μὲν (λόγον) φάναι τὴν δὲ (προαίρεσιν) διώκειν*. Aber der Logos ist hier das logische Urteil, das sich auf einen richtigen Moralsatz richtet, *ὁρεξις* ist das Streben nach der praktischen Durchführung des Satzes. Immerhin muß sich aus

byzantinischen Aristoteleskommentare in die Theologie der Antiochener, also in die geistige Atmosphäre von Berytos hinein verfolgen können.

D. 18, 1, 55 Paulus 2. Buch ad ed. aedil. cur. Nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio eius rei intellegitur.

Der Text ist im ersten Halbsatz jedenfalls überarbeitet. Nuda venditio ist als Kaufvertrag ohne Preis nur zu verstehen, wenn man die byzantinischen Kommentare hinzunimmt. Die Klassiker verstehen unter dem nackten Vertrage nur die bloße Vereinbarung ohne Tradition.¹⁾ Wenn Nudus echt sein sollte und imaginaria nicht eingeschoben

dem Dogma als Konsequenz ergeben, daß dort, wo der Gedanke des Handelnden auf ein anderes Ziel als die Erklärung bewußt sich richtet, die äußere Erklärung ohne Bedeutung für die Durchführung des innerlich Gewollten ist. Dieses aristotelische Dogma ist jedenfalls im 5. Jahrhundert der Ausgangspunkt für die Theologie wie für die Jurisprudenz geworden, die von der rei veritas sprechen und dabei ganz Verschiedenes meinen. Der Theologe sucht als *τὴν τῶν πραγμάτων ἀλήθειαν* dann den wahren, den typischen, den ewigen Sinn, der sich in der bildhaften Ausdrucksweise der alten Bibeltexte verbergen soll und den die Theologie deutet, vgl. L. Pirot a. a. O. p. 192 ff. Der Jurist sucht in der Vertragsauslegung unter dem Schein der äußeren Erklärung die rei veritas, den wahren Willen, der bei Thalelaios die *καθαρὰ προαίρεσις* heißt (Schol. Heimb. 1, 724). Eine andere, dem theologischen Gedanken noch näher stehende Anwendung des aristotelischen Dogmas findet sich in der Sprache der justinianischen Kanzlei. Wenn Justinian die Menge der klassischen Texte aufnimmt und die Deutung zweifelhaft sein könnte, weil der klassische Rechtsgedanke noch durch die interpolierten Texte schimmert, dann ist rei veritas dasjenige, was kraft der kaiserlichen Konstitutionen Justinians selbst gilt, also bei der das der Satz, daß die Frau Eigentümerin bleibt, Cod. 5, 12, 30 pr., gegenüber der Vielheit der klassischen Formen des freien Personenstandes die justinianische Einheitlichkeit, die keine Deditizier mehr kennt (Cod. 7, 5, 1). In diesem Sinne steht die legitima veritas des justinianischen Rechtes im Gegensatz zu der confusio und infinitas der klassischen Texte, Const. Tanta § 13.

¹⁾ Vgl. die Stellen zu nudus im Vocabularium jur. rom. IV, 1 p. 304, besonders Ulp. D. 13, 7, 1 pr. pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione etsi non traditum est. Afr. D. 17, 1, 34 pr. respondet non esse creditum. Alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Gai. D. 41, 1, 9, 5. Paul D. 19, 4, 1, 2: emptio at venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet. Pomp. D. 46, 3, 80.

ist, hätten wir einen Parallelsatz zu D. 41, 1, 31 pr., indem der bloße Kauf nicht als Eigentumsübertragung angesprochen wurde. Wenn *imaginaria* echt sein soll, muß mindestens dahinter eine Objektsbezeichnung wie etwa *rei nec mancipi* gestrichen sein.¹⁾ Man kann sich schwer vorstellen, wie der Klassiker, der die *Manzipation* als *imaginaria venditio* bezeichnete, einfach gesagt haben soll, durch die *imaginaria venditio* komme keine Veräußerung zustande. Der Byzantiner dagegen, welcher die Kaufpreiszahlung als Moment für den Eigentumsübergang kennt²⁾ und der außerdem unter der *imaginären venditio* ein Scheingeschäft versteht, kann sehr wohl den Satz, wie er überliefert ist, für seine Rechtsordnung brauchen. Dann heißt es eben, daß aus Scheinkauf kein Eigentum übergeht: *imaginaria venditio pro non facta est* ist deutlich die byzantinische Regel. Jedenfalls ist mit solchen Stellen für den Nachweis, daß das Scheingeschäft nach klassischem Rechte nichtig sei, nichts zu machen.

D. 19, 2, 46 Ulpianus 69. Buch ad ed. Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, [quia et hoc donationis instar inducit].

Für den Klassiker gibt es eine Haftung aus einem Mietvertrage, in dem die Miete auf 1 Pf. lautete, nicht. Denn der Mietvertrag setzt eine Mietszinsabrede voraus. Daß die Lehre vom Scheingeschäft und die Erwähnung des verdeckten Geschäftes hier interpoliert ist, folgt schon daraus, daß die Stelle im echten Zusammenhang in D. 41, 2, 10, 2 überliefert ist und dort den Zusatz nicht enthält. Vergleiche schon Lenel, Ulp. fr. 1525, Grupe im Voc. jur.

¹⁾ Wegen des Anschlusses eius rei. Denkbar wäre, da offenbar das Fragment in die Behandlung der *stipulatio duplae* gehört und dort der Unterschied von *res mancipi* und *res nec mancipi* eine Rolle spielte, daß der Text gelautet hätte: *nuda aut imaginaria venditio rei nec mancipi non est, et ideo nec alienatio eius rei intellegitur sine traditione*. Dann würde im klassischen Texte zwischen der *imaginaria venditio* durch *mancipatio* bei den *res mancipi* und der Traditionslehre bei den *res nec mancipi* die Rede gewesen sein, der Anlaß zur Überarbeitung war ohne weiteres gegeben.

²⁾ Vgl. Pringsheim, Der Kauf mit fremdem Gelde, S. 67 ff., 86 ff., 169.

rom. s. v. donatio S. 381 ff., Beseler, Beiträge 3, 20. Die Stelle ist von großer Bedeutung, da sie beweist, daß die Byzantiner planmäßig beim klassischen imaginären Geschäft ihre Lehre von der Simulation und von der Wirksamkeit des verdeckten Geschäftes anbrachten. Sachlich ist der Zusatz auch deswegen töricht, weil eine *Conductio nummo uno* bei einem Klassiker des dritten Jahrhunderts doch wohl nicht notwendig eine Schenkung enthält¹⁾, ja ein Schenkungsversprechen durch bloßen Konsens nichtig wäre.

D. 18, 1, 38. *Idem libro tertio disputationum: Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet, [totiens enim dicimus in totum²⁾] venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliori pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. hoc inter ceteros] inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliori nullius momenti est.*

Lenel konnte das Fragment nach der Stellung nur in die Lehre von der *exceptio legis Cinciae* einordnen. Das wird richtig sein, da durch Ulp. fr. 1689 (D. 39, 5, 19) gesichert ist, daß die Juristen gerade eben bei dieser *exceptio* auch von den verschiedenen Geschäften sprachen, welche eine Schenkung enthalten können. Der beanstandete Zwischensatz entspricht einer Fragestellung, welche dem klassischen Kommentar zur *lex Cincia* fernliegen mußte. Für den Klassiker mußte es genügen, daß, wo ein Kauf vorliegt, keine *exceptio* aus der *lex Cincia* hilft. Der Zwischensatz ist aus den Schwierigkeiten zu erklären, welche den Späteren das Suchen nach dem verdeckten Geschäft bei allen Fällen des *negotium mixtum cum donatione* verursachen muß. Die Rechtfertigung der klassischen Entscheidung muß gegenüber byzantinischen Bedenken er-

¹⁾ Möglich bleibt doch wohl die nachträgliche Vereinbarung des Entgelts durch Wohnen zur Entschädigung für früher geleistete Dienste, entsprechend Pap. D. 39, 5, 27, wo ich nach der bekannten Erörterung (Lit. bei Beseler 3, 137. Pampaloni, Riv. ital. p. le sc. giur. 52 [1913] S. 170, 3) meram für interpoliert halte, ebenso wie den Schlußsatz von *quod si ab.*

²⁾ Zu *in totum* vgl. Pringsheim a. a. O. S. 152f.

folgen. Sie erfolgt mit einer Willentheorie, die unterscheidet, ob bei dem ganzen Geschäfte der Wille zur Simulation da ist oder nur bei einem Teil des Geschäftes. Der Unterschied zwischen der Nichtigkeit des ganzen Geschäftes und der eines Teiles je nach Höhe des Kaufpreises ist in einer byzantinischen Stelle wie D. 18, 1, 57 bekannt. Die Erwägung stammt aus einer Zeit, die an Preistaxen gewöhnt ist¹⁾, dank denen jede Sache ihr *iustum* oder *unum pretium* hat und die mit der nationalökonomischen Preistheorie des Aristoteles arbeitet. Von diesem Standpunkte aus kann man erwägen, ob nicht, wenn unter dem angemessenen Preis verkauft ist, für die Differenz eine Schenkung vorliege. Denselben Gedanken werden wir als byzantinisch an anderer Stelle wieder treffen. Tatsächlich mag auch den Byzantinern der Gedanke nahegelegen haben,

¹⁾ Darauf, daß die Lehre vom *justum* oder *verum pretium* der Sache vielfach interpoliert ist, haben Albertario (Bull. 31, [1920], Sep.-Abd.) und Solazzi, Bull. 31 (1920) Sep.-Abd. richtig aufmerksam gemacht. Es handelt sich dabei einerseits um die spätrömische Praxis, die in viel weiterem Umfange als wir es nach der Überlieferung wissen, mit Preistaxen und Höchstpreisvorschriften gearbeitet haben dürfte. Die Titel Cod. Th. 14, 19. 20 sind sicherlich nur ein Fragment einer größeren Gesetzgebung, welche die Höchstpreisüberschreitung auch privatrechtlich behandelt haben mag. Wenn in der Nov. Val. 16, 1 der Kurs des Goldsolidus nicht nur im Interesse des Verkehrs, sondern auch zur Einhaltung der Taxen (*omnium rerum venalium statuta*) fixiert wird, ist auf die Taxen deutlich genug hingewiesen. Daneben aber wirkt offenbar die nationalökonomische Theorie des Aristoteles. In der Eth. Nik. V, 11, 14 p. 1133a 15 steht die Preistheorie, nach der alle Sachgüter und Arbeitsleistungen ihren festen Preis haben: *δεῖ πάντα τιμωθῆναι*. Offenbar ist dabei an behördliche Preistaxen gedacht, indem Geldpreise, von den Kursschwankungen abgesehen (*οὐ γὰρ δεῖ ἴσον δυνατόν*) als feste Preise für Geld und Arbeit angenommen werden. Die *ισότης*, von der Aristoteles spricht, ist offenbar die *aequabilitas* in Nov. Val. 16. Die byzantinischen Kommentare des Anonymus (Comm. Berol. gr. 20, S. 226) und der Heliodor (Comm. Berol. gr. 19, 97f.) geben diese Lehre vom rechten Preise wieder, der Anonymos mit bezeichnender Zurückhaltung. Er sagt, daß doch wohl alles auf die Parteivereinbarung ankomme (*οὕτως συνθεμένον*). Nicht anders als ihr Lehrer, dessen Wirkung auf die Schule von Beryt ebenso wie auf die gleichzeitigen und in demselben Gebiete lebenden Theologen von Antiochien stets erwogen werden muß, haben wohl die Juristen Justinians gedacht. Daraus erklärt sich die Lehre vom *justum pretium* im justinianischen Rechte.

daß bei bestehenden Höchstpreisen das Geschäft, welches den Höchstpreis überschritte, insofern gilt, als es dem Höchstpreise entsprechen würde.¹⁾ Der klassischen Dogmatik liegt diese Denkwiese ebenso fern wie dem gemeinen Recht im neunzehnten Jahrhundert. Sprachlich ist die Einschiebung, die wie ein in den Text geratenes Berytiner Glossem aussieht, deutlich. In dem klassischen Texte ist nicht von mehreren Fällen die Rede, totiens — quotiens ist unlogisch, *universa venditio* dürfte doch wohl beispiellos bei den klassischen Juristen sein. —

Der Klassiker hatte nur den Satz, daß die *lex Cincia* nicht hindere, billig zu verkaufen, daß aber zwischen Ehegatten die Niedrigstellung des Preises ein verbotenes Geschäft darstelle. Das erstere entspricht ebenso wie das zweite dem klassischen Rechte.

Der Gegensatz vom klassischen und byzantinischen Rechte ist bei den Geschäften, welche das Schenkungsverbot umgehen, besonders deutlich, einerseits für den Kauf zwischen Ehegatten, andererseits für die die Ehegattin günstiger stellende Schätzung des Wertes der Mitgift.

D. 24, 1, 5. *Circa venditionem quoque Iulianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti ait: Neratius autem cuius opinionem Pomponius non improbat. venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam nullius esse momenti [si modo, cum animum maritus vendendi non haberet idcirco venditionem commentus sit, ut*

¹⁾ Aus der Digestenstelle über den Abstrich der über das gesetzliche Maß geforderten Zinsen (D. 22, 1, 29), deren Verhältnis zum klassischen Rechte noch einer besonderen Untersuchung bedarf, gewannen die Byzantiner eine neue Regel: *τὸ παράνομον ἀπαγορεύεται* (Heimb. 2, 708). Das späte schol. Heimb. 2, 708 zu Bas. 23, 3, 29 schließt daraus, daß der kirchliche Pachtvertrag über die zulässige Pachtfrist, der ohne Zustimmung des Patriarchen nichtig ist, nicht völlig unwirksam ist, sondern bis zur zulässigen Zeit läuft. So ist der Gedanke der teilweisen Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes, der den Klassikern anscheinend nicht vertraut war, von der Spätzeit entwickelt worden. Daß man das den Höchstpreis übersteigende Geschäft zum Höchstpreis wirksam sein läßt, ist allerdings wohl nicht nachweisbar. Wir wüßten mehr darüber, wenn wir die Schrift des großen Kyrill von Beryt über die gesetzwidrigen *pacta* (schol. Heimb. 1, 646) kennen.

donaret, enimvero]¹⁾, (sed) si [cum animum vendendi haberet,] ex pretio eis remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem [hactenus]²⁾ non valere, [quatenus facta est locupletior: itaque si res quindecim venit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt, quia in hoc locupletior videtur facta.]

Wie der Text dasteht, scheint er in ziemlich unklarer Weise zu unterscheiden zwischen dem Verkauf, der zu Schenkungszwecken gemacht ist, und dem Verkauf mit Nachlaß eines Teiles des Preises. Im ersten Fall, wenn der animus vendendi dem ganzen Geschäfte fremd war, soll das ganze Geschäft nichtig sein. Im zweiten Falle soll nur der Preisnachlaß unwirksam sein. Dabei ist wieder die künstliche Anschauung da, daß eine Ware einen festen Preis habe, dessen Unterbietung als Schenkung der Differenz aufgefaßt werden könnte. Dabei ergäbe sich außerdem die merkwürdige Tatsache, daß einzelne klassische Juristen Nichtigkeit des zu Schenkungszwecken vorgenommenen Kaufgeschäftes nur dann angenommen haben sollen, wenn ein animus vendendi in Wirklichkeit nicht vorgelegen habe, während die gesamte Überlieferung zeigt, daß es den übrigen Juristen auf solche Willenslage nicht ankommt.³⁾ Deutliche Interpolatorenmethode ist dabei im stilistischen Aufbau der Zusatz des Sätzchens mit Si modo. Künstlich ist die Annahme, daß beim Verkauf zum Schenkungszwecke es möglich sei, daß gleichwohl für einen Teil des Geschäftes der animus vendendi vorliegen könne. Was im klassischen Texte stand, ist deutlich durch den zum Teil noch erhaltenen Tatbestand si . . . ex pretio ei remisit. Remittere bezeichnete natürlich, wie sonst beim Klassiker, das nach Abschluß des wirksamen Kaufs vorgenommene Erlaßpaktum.⁴⁾ Und die klassische Entscheidung ergibt sich dabei ganz deutlich: Wenn der Kauf von vornherein zu Schenkungszwecken vor-

¹⁾ Die kasuistische Periode si modo . . . ut donaret, enimvero si, cum . . . haberet ist schon formell verdächtig.

²⁾ Zu hactenus vgl. Beseler, Beiträge 3, 90 ff.

³⁾ Ulp. D. 18, 1, 38; Jul. D. 24, 1, 5, 5.; Ulp. D. 24, 1, 7, 6; D. 24, 1, 32, 25; Pap. D. 24, 1, 52 pr. Vat. fr. 273; Cod. 5, 16, 5.

⁴⁾ Voc. jur. rom. V, 1, S. 79f. unter E.

genommen war, ist das Kaufgeschäft nichtig. So entscheiden Neraz und Pomponius genau wie die anderen. Aber sie erwägen den Fall, daß nach einem ehrlichen Kaufe der Ehemann der Ehefrau den Preis zum Teil erläßt. Hier mußte die Frage sein, ob das nachträgliche Paktum wie jedes Rücktrittspaktum in den Kauf hineininterpretiert werden mußte und daher das ganze Kaufgeschäft nichtig war¹⁾, oder ob, wie die beiden entscheiden, nur der nachträgliche Teilerlaß nichtig war, wenn der vorlängst geschlossene ehrliche Kauf gültig bliebe. Eine nachklassische Praxis mag den Versuch gemacht haben²⁾, diese Entscheidung der beiden Juristen auch in dem Falle zugrunde zu legen, wo von vornherein unter dem angemessenen Preise verkauft war. Der Schlußsatz ab quatenus soll das Beispiel entsprechend dieser jüngeren Auffassung geben. Dieser Schlußsatz paßt zu dem Vorhergehenden nicht. Während vorher die Wirkung des Kaufes und des Erlaßpaktums besprochen war, wird jetzt plötzlich eine Rechtslage unterstellt, die vorher gar nicht ausgeführt war, daß nämlich der Ehemann fünf erhalten habe und im Momente des Prozesses, den er auf Zahlung von weiteren fünf gegen die Ehegattin anstellt, behaupten könne, daß jetzt der Wert des verkauften Gegenstandes zehn betrage. Der klassische Fall und die Entscheidung des Pomponius ist noch in D. 24, 1, 31, 4 zu erkennen, wo die echte Pomponiusentscheidung erhalten ist und vielleicht nur die Worte *vero pretio* interpoliert sind. Der Klassiker kann auf den byzantinischen Gedanken gar nicht gekommen sein. Denn er weiß, daß die Preise auf Grund des Kaufvertrages und nicht auf Grund einer absoluten Werttaxe sich bestimmen.

¹⁾ So müssen die Klassiker nach der Regel entschieden haben, daß das nachträgliche pactum in den Kaufkontrakt hineininterpretiert wird und das b. f. *judicium* nach Maßgabe des auf diese Weise gewonnenen Schuldverhältnisses gehandhabt wird, dazu vgl. D. 18, 5, 3; D. 2, 14, 7, 6; Aristo D. 2, 14, 58; D. 18, 1, 72 und zu den Interpolationen der Lehre die gründliche Arbeit von Biondo Biondi, *Judicia bonae fidei I* (Palermo 1920) S. 22 ff. Daß wirklich die Entscheidung auch hier entsprechend lautete, folgt aus D. 24, 1, 32, 26.

²⁾ Die interpolierten Stellen mögen einem Glossem entstammen, das den Fall weiterbildete.

Es bleibt ferner das Geheimnis der spitzfindigen Köpfe, welche wohl schon in den Scholien des fünften Jahrhunderts die klassische Entscheidung abänderten, wie denn entschieden werden sollte, wenn in der Zeit zwischen dem Kaufvertrage und dem unterstellten Kaufvertrage ein Wertzuwachs oder eine Wertminderung des verkauften Gegenstandes eingetreten ist.

Angesichts dieser Stelle ist es sehr deutlich, daß die Klassiker das Schenkungsverbot nach objektiven Gesichtspunkten anwendeten, während der Byzantiner versucht, das Umgehungsgeschäft als Scheingeschäft nichtig zu erklären und nunmehr auf die Willenslage abhebt. Der *animus vendendi* wird, wie im allgemeinen die Erwähnungen des Geschäftswillens, interpoliert sein.

In ähnlicher Richtung beweist D. 24, 1, 31, 3.

Pomp. 14, ad Sab: Si duo mancipia fuerint singula quinis digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri, [vel¹⁾ contra] venierint, [melius dicetur communia ea esse pro portione pretii nec tandem spectandum esse,] quanti mancipia sint, [sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum]: [sine dubio]²⁾ licet a viro [vel uxore]¹⁾ minoris emere, [si non sit animus donandi].

Pomponius hat hier einen ähnlichen Fall, wie er bei Neraz im vorher besprochenen Texte vorlag, aber mit dem Unterschiede, daß hier Sklaven, für welche es Marktpreise gibt, unterstellt sind und nicht ein Gegenstand, sondern zwei verkauft und übereignet sind, und zwar um einen Preis, der für den einen allein angemessen wäre. Julian und der echte Ulpian wie die übrigen hätten entschieden, daß Kauf und Übereignung nichtig sind und sie hätten vielleicht hervorgehoben, daß die Gattin um den vollen Wert der beiden Sklaven gegen das Schenkungsverbot bereichert ist. Der echte Pomponius sagte das wohl ebenso. Den Byzantinern mochte das nicht einleuchten. Wie im vorigen Falle nehmen sie nur teilweise Unwirksamkeit des

¹⁾ Offenbare Erweiterungen der klassischen Entscheidung.

²⁾ Die Interpolation folgt schon aus dem fehlenden *nam* am Anfang. Statt *sine dubio* sagte der Klassiker wohl wie Ulpian in D. 18, 1, 38 am Ende etwa „*nec*“ oder „*neque enim*“.

Kaufes an. Insoweit der Preis gezahlt ist, soll auch Eigentum übergegangen sein, also, da die Hälfte des angemessenen Preises gezahlt war, Miteigentum. Dabei wirkt die hellenistische Anschauung, welche von Fritz Pringsheim in seiner Untersuchung über den Kauf mit fremdem Gelde erwiesen worden ist.¹⁾ Diese Entscheidung, daß Mann und Frau Miteigentum im Verhältnis des gezahlten zum angemessenen Preise erhalten, wird als die bessere Entscheidung eingeführt. Der Stil *Nec tandem . . . sed quantum* entspricht dem öfters beobachteten Typus²⁾ des Falles, in welchem der Byzantiner einen klassischen Gesichtspunkt ablehnt und den eigenen Gesichtspunkt hinzufügt. *Remissum* ist auch hier wieder im byzantinischen Sinne der bei Abschluß des Kaufvertrages bewilligte Preisnachlaß, nicht der nachträgliche Erlaßvertrag. Am Schlußsatz ist dasjenige als unzweifelhaft bezeichnet, wovon das Gegenteil für das klassische Recht feststeht. Daß auf die Willenslage für das Scheingeschäft abgehoben wird, beruht auch hier wieder auf dem Eingriff der Byzantiner.

Der echte Text, den man erkennen kann³⁾, sagte natürlich, daß Kauf und Übereignung nichtig seien. Nach klassischem Rechte liegt der Fall so, daß das anfänglich unwirksame Geschäft nachträglich durch den Tod des verkaufenden Ehemannes konvalesziert (D. 24, 1, 32, 26). Aus dieser Entscheidung Ulpians ist deutlich, daß die Klassiker den Fall unterschieden, daß der Preis von vornherein zu niedrig gestellt war, und den Fall, daß nachträglich ein Teil des Preises erlassen wurde. In beiden Fällen nimmt Ulpian anscheinend an, daß Kauf und Übereignung zunächst nichtig waren, aber nachträglich wirksam wurden. Von einer teil-

¹⁾ a. a. O. Pringsheim, dem ich die Stelle vorlegte, hielt auch hier den Gedanken für wahrscheinlich. Er liegt in Richtung auf die Interpolation in D. 24, 1, 55 und zu den Entscheidungen, welche den Kauf mit Dotalgeld betreffen. Vgl. Pringsheim a. a. O. S. 123 ff., 130 ff.

²⁾ Riccobono, Zeitschr. d. Sav.-St. 36, 282. *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, Palermo 1917, S. 521, 4.

³⁾ *Si duo mancipia fuerint singula quinis milibus sestertium digna, sed utrumque unis quinque milibus donationis causa a viro mulieri venierint, videtur esse donatio quanti mancipia sint: neque enim licet a viro minoris emere. Videtur esse donatio* sagt der Jurist im § 7, 8.

weisen Wirksamkeit des Kaufgeschäftes und einer teilweisen Konvaleszenz des zunächst unwirksamen Teiles ist gar keine Rede.

Dieselbe byzantinische Lehre kommt nun notwendig auch bei der Schätzungsklausel für die *Dos aestimata* in Betracht.

Ulpian 31, ad Sab. D. 24, 1, 7, 5. Si maritus aestimationem rerum quas in dotem accepit dicat se donationis causa auxisse, [remedium monstravit]¹⁾ imperator noster cum divo patre suo rescripto, cuius verba haec sunt. Cum donationis causa pretium auctum adfirmes qui super ea re cogniturus erit, [si pecuniae modum recusabis] ipsa praedia restitui debere sumptuum deductis rationibus arbitrabitur: [in arbitrio igitur mariti erit, quid praestitum malit.]

Die letzten gemeinrechtlichen Besprechungen²⁾ haben an der Stelle nichts Seltsames gefunden. Das Wahlrecht des Ehemannes zwischen der Herausgabe des Grundstückes selbst und der Herauszahlung des angemessenen Preises wurde nicht beanstandet. Nach klassischem Rechte muß ein Reskript, das nur die geltende Rechtsordnung anwendet, entschieden haben, daß die Schätzungsklausel unwirksam sei und daß der Mann bei der *actio rei uxoriae* eben die Grundstücke selbst herauszugeben habe. Die Byzantiner nahmen hier genau wie oben beim Kauf an, daß die Ästimationsklausel teilweise unwirksam sei, insofern sie eine Schenkung enthielt, und daß der Mann das Wahlrecht habe, entweder das Grundstück oder den angemessenen Preis zurückzugeben. Der echte Ulpian kann füglich an dieser Stelle nicht anders entschieden haben, als im Texte Digesten 23, 3, 12 pr. Dort ist die Ästimationsklausel zunächst als nichtig bezeichnet. Im § 1 weist eine Interpolation *si quidem bis aestimavit* und *enimvero bis vivit* auf den entsprechenden byzantinischen Eingriff hin. Dasselbe Wahlrecht des Mannes ist auch deutlich im Reskript Cod. 5, 18, 6, 2 im § 2 interpoliert. Der Tatbestand, der im Prozeß

¹⁾ Beseler, Beiträge 2, 125 beanstandete *remedium* richtig, ohne den Fall zu beleuchten.

²⁾ Cyhlarz, Dotalrecht 158. Die neueren italienischen Bearbeitungen wie Solazzi, *Restituzione della dote* waren mir nicht zugänglich.

vorlag, betraf eine Bevorzugung des Ehemannes durch Niedrigerschätzung der empfangenen Dos. Im § 2 wird nun, um dem Manne die Möglichkeit zu geben, den rechten Preis des Grundstückes statt Herausgabe zu leisten, willkürlich in den Tatbestand das Moment hereingetragen, daß der Mann sich durch die aestimatio beschwert fühle. Der § 2 ist offenbar aus denselben Gesichtspunkten hinzugefügt.

(Fortsetzung folgt.)