fasser S. 493—498. Hierbei kommt Verfasser auf die allgemein interessante Frage des concursus und der Consumtion dieser Klagen zu sprechen. Eine Beantwortung der Frage macht ein Eingehen auf die Klagenconsumtion bei den actiones adiecticiae qualitatis im Allgemeinen nothwendig. Verfasser kehrt in dieser Beziehung zu der Ansicht von Keller und P. Krüger zurück, indem er ausführlich (S. 498—509) die Theorie von v. Pokrowsky über die actiones in ius und in factum conceptae widerlegt. Was die Theorie v. Pokrowsky selbst anbetrifft, so stehen wir nicht an, die Widerlegung durch Erman für durchschlagend zu erachten. Namentlich das Argument von Erman, dass bei der actio gegen den defensor die Consumtion ipso iure eintritt, und dass bei der gleichartigen Fassung der Formeln der actio gegen den defensor und der actiones adiecticiae die Consumtion auch bei den letzteren ipso iure eintreten müsse, scheint uns entscheidend gegen die Pokrowsky'sche Theorie zu sprechen (S. 507. 508). Die Schwierigkeiten, welche die ipso iure-Consumtion bei den actiones adiecticiae herbeiführen musste, überwand nach der Ansicht von Erman die römischen Juristen durch die in integrum restitutio. Auch hierin kehrt also Erman zu den Ansichten von Keller und P. Krüger zurück. Wir wagen es nicht, an dieser Stelle die Frage zu entscheiden. Die bekannten Einwände von Bekker und Lenel wiegen schwer gegen eine solche weitgehende Anwendung der restitutio in integrum. Uns will es scheinen, dass Lenel (Ed. perp. S. 227. 228) das Richtige trifft, wenn er meint, dass der Schlüssel zur Lösung der genannten Schwierigkeiten in der Consumtionslehre selbst zu suchen ist. Und es ist vielleicht nicht von der Hand zu weisen, dass die später allerdings überwundene Sabinianische Ansicht von dem Erforderniss aller Condemnationsvoraussetzungen schon im Augenblick der Litiscontestatio einen Einfluss auf die Ausgestaltung der Consumtionslehre ausgeübt hat (fr. 32 pr. de pec. 15, 1. Vgl. auch neuestens Eisele, Beitr. z. röm. Rechtsgesch. S. 15). —

In einem Anhang (S. 518—525) macht Verfasser interessante Ausführungen über die Stellung des Gewaltunterworfenen (Sohnes oder Sklaven) eines filiusfamilias. Die quasi-potestas eines filiusfamilias über seine Hausangehörigen ist im Allgemeinen ähnlich der des servus ordinarius über dessen vicarii.

Freiburg (Schweiz).

v. Koschembahr-Lyskowski.

Dr. Wilhelm Sjögren, Privatdocent der Rechte an der Universität Upsala, Ueber die römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Berlin, Carl Heymanns Verlag 1896. VIII und 152 S. Preis: Mk. 3.

Der schwedische Verf., dem die deutsche juristische Litteratur noch eine zweite Arbeit verdankt („Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung“, in Jherings Jahrbüchern

Bd. XXXV), hat in vorliegender Schrift zwei Abhandlungen vereinigt, von denen die eine dem Gebiete des römischen, die andere dem des germanischen Rechts angehört.

In dem uns hier interessirenden romanistischen Theil des Buches versucht es Verf., „einen neuen Gesichtspunkt“ für die Lehre von der Conventionalstrafe zu gewinnen. Diesen erblickt er in der Hervorhebung des „Fundaments“ beim Strafgedinge, d. h. „des Principalen, an das sich der Nebenvertrag als Sicherungsmittel anschliesst“. In den bisherigen Darstellungen der Lehre habe man es vernachlässigt, das Institut nach dieser Seite hin zu untersuchen. Aber mit Unrecht, denn gerade das Fundament sei für die Anwendung und den Verkehrswerth der Conventionalstrafe in erster Linie massgebend. Der Schlüssel zum richtigen Verständniss der römischen stipulatio poenae liege eben darin, „dass man nicht mit der bisherigen Theorie dabei stehen bleibe, den Strafvertrag als ein Bestärkungs- oder Sicherungsmittel zu bezeichnen, sondern auch das begriffliche Correlat dazu, nämlich die Sicherungsbedürftigkeit des Fundaments der Strafe beachte“ (S. 19). Freilich, giebt Verf. zu, liefern uns die Quellen nur ein getrübtes Bild von der Conventionalstrafe, die in vielen Beziehungen verkümmert erscheine; es müsse aber trotzdem betont werden, dass die typische Function unserer Strafe zweifellos darin bestehe, sicherungsbedürftige Rechtsgebilde zu verstärken, und darin gipfele, „im Dienste der objectiven Zwecke der Rechtsordnung“ Mängel der Legal disposition durch Parteidisposition zu heben.

Um den Spuren dieser Bedeutung der Pön nachzugehen, untersucht der Verf. eine, auf Vollständigkeit übrigens nicht berechnete, Sammlung von Einzelfällen: die Darstellung der „typischen Fundamente der römischen Conventionalstrafe“ (Cap. II) soll es beweisen, dass es jedesmal die Schwäche des rechtlichen Verkehrsgebildes ist, die das Bedürfniss nach dem Strafgedinge hervorruft.

Die Reihe der Fundamente wird mit dem Compromiss (§ 1) eröffnet. Dieses, meint Sj., könne überhaupt nur zweifelhafte rechtliche Wirkungen erzeugen, weil mit dem Aufkommen einer staatlichen Gerichts- und Vollstreckungsorganisation sich eine dem Compromissverfahren feindliche Tendenz einstelle. Aus diesem — und keinem anderen — Grunde müsse die Strafsanction hervortreten, um die Erfüllung zu sichern.

Dieser Ansicht des Verfassers wird man aber nicht beipflichten können. Von einem „feindlichen“ Verhalten seitens der Rechtsordnung dem Schiedsspruch gegenüber lässt sich schwerlich reden. Selbstverständlich greift das Compromiss in das öffentliche Recht ein, da der Rechtsweg eine öffentliche Angelegenheit ist. Dies spricht jedoch nicht für Sj. Denn was ist die Folge dieses Eingreifens? Doch einzig und allein die staatliche Normirung, der publicistische Beigeschmack des Instituts. Als Ersatz der gerichtlichen Erledigung der Rechtsstreitigkeiten wird das Schiedsverfahren von der Rechtsordnung beachtet, in Schutz genommen und geregelt. Einerseits lässt sie ihm eine gewisse Hilfe

angedeihen, die in Rom bekanntlich darin bestand, dass der Prätor auf Antrag der Parteien den arbiter zur Durchführung seines freiwillig übernommenen Amtes (durch *multae dictio* oder *pignoris capio*) zu zwingen versprach. Andererseits stellt sie Bedingungen auf, welche das Compromiss der öffentlichen Rechtssprechung nähern und dasselbe z. Th. als öffentliche Einrichtung erscheinen lassen. Von einer „feindlichen Gegenüberstellung“ seitens der Staatsgewalt vermag ich dabei nichts zu entdecken. Aber ebensowenig von einer Schwäche des Rechtsgebildes, welche durch die Hinzufügung einer Conventionalpön gehoben sein sollte. Denn das Urtheil des Schiedsrichters wurde ja in Rom nicht rechtskräftig und erzeugte keine Klage auf Vollstreckung. Dieser Hauptschwäche konnte aber die Vertragsstrafe nicht abhelfen, schon deswegen nicht, weil sie sich nur auf einen der zwei für das compromissum erforderlichen Parteiverträge bezog, — auf den Sicherstellungsvertrag, der nach den Grundsätzen der Civilrechtstheorie behandelt und von publicistischen Tendenzen weniger beeinflusst wurde. Zum receptum — dem Verträge der Parteien mit dem Mann ihres Vertrauens —, das unter Edictsnorm stand und vorherrschend processartig gestaltet war, gehörte dagegen die Conventionalstrafe nicht, und sie blieb auch auf die gerichtliche Seite der Sache ohne jeglichen Einfluss¹⁾.

M. E. ist die Function des Strafgedinges beim Schiedsvertrag im Wesentlichen keine andere, als die uns sonst entgegentretende: die Strafe erscheint auch hier als das im Voraus fixirte Interesse. Ein Doppeltes bestärkt mich in dieser Meinung. Erstens sind ja die gegenseitigen Pönalstipulationen nur das Gewöhnliche, nicht das hierbei allein Mögliche. Es kommen vor: a) ein directes Stipulationsversprechen der Anerkennung des Arbitriums, ohne Conventionalstrafe, eine *actio ex stipulatu* auf das Interesse begründend: fr. 27 § 7 h. t. (*sed si poena non fuisset adiecta compromisso, . . . incerti adversus eum foret actio*), fr. 28 h. t.; b) ein compromissum ohne Stipulation oder doch ohne gegenseitige, mit Deposition des Streitgegenstandes: fr. 11 § 2 h. t.; c) ein compromissum nudo pacto: fr. 11 § 3 h. t., — und noch andere Modificationen, der Neuerungen Justinians in den c. 4 und 5 h. t. nicht zu gedenken, die freilich nicht mehr im Rahmen des römischen Schiedsrichterinstitutes liegen. Sodann zweitens — und dies dürfte schwerer ins Gewicht fallen — wurden Strafstipulationen im ordentlichen Prozesse ebenfalls eingegangen. Das Vertragselement war selbst da von ganz enormer Bedeutung: man vergegenwärtige sich bloss alle stipulationes praetoriae i. w. S.! Und was war hier der Bestand des Anspruchs? Abgesehen von der rei restitutio doch offenbar der Ersatz des Schadens, die incerta quantitas, auf Grund der Klausel „*quanti ea res est*“ (fr. 2 pr. § 2 de stip. praet.; cf. fr. 23 de receptis!). Der Gebrauch der Conventionalstrafe ist uns auch da bezeugt: fr. 6 h. t., fr. 8

¹⁾ Ueber diese Unterscheidung, die Sj. nicht genügend würdigt, vgl. Matthiass, Die Entwicklung des röm. Schiedsgerichts S. 18 ff., und Mitteis in der Krit. Vierteljahresschrift XXXIII, S. 344 ff.

§ 2 ratam rem haberi. Aber zum Glück noch mehr: es wird uns gesagt, zu welchem Zweck die Pön hier beigefügt werden soll, welche Function sie auszuüben hat. Ein Zeitgenosse des Marcellus drückt sich in Bezug darauf folgendermassen aus: in eiusmodi stipulationibus, quae „quanti ea res est“ promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, et rel. (fr. ult. h. t. Venuleius libro octavo actionum). Dies in bester Uebereinstimmung mit der üblichen Bestimmung der Vertragsstrafe: § ult. I. de V. O.

Die enge Verwandtschaft und Analogie des Schiedsspruchs damit in der uns interessirenden Hinsicht lässt sich m. E. unmöglich verkennen. Sehr richtig bemerkt Bekker (Die Aktionen II, S. 45), dass wir einen und denselben Vorgang bei den prätorischen Stipulationen und den Compromissen treffen: bei letzteren mochten „die Schwierigkeiten der erforderlichen Ermittlung“ „besonders früh in die Augen springen und zur regelmässigen Substitution bestimmter Werthe führen . . .“

Als zweites Fundament der römischen Conventionalstrafe führt Verf. den Vergleich an (§ 2). „Der Gesichtspunkt, von welchem aus der Vergleich als ein sicherungsbedürftiger Vertrag erscheint“, sagt Sj., „ist wesentlich derselbe, wie bei dem Compromissvertrage“. Es liegt hier „wiederum bis zu einem gewissen Grade ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor, dessen Wirkung eine principielle Schwäche innewohnt“. Das objective Recht müsse sich dem Vergleich gegenüber „zweifelnd stellen“, weil die Entscheidung über Rechtsstreite dem Gerichte, nicht den Parteien gehöre. — Nach dem in Bezug auf das Schiedsverfahren Ausgeführten kann ich mich hier verhältnissmässig kurz fassen.

Die transactio war und blieb ein Rechtsgeschäft des Privatrechts. Sie wird freilich dem Urtheil an die Seite gestellt. Mit dieser Nebeneinanderstellung (cf. insbes. c. 20 de transact.) darf man aber nicht bitteren Ernst machen: zu weit gehende Schlüsse werden durch bekannte Stellen abgeschnitten (s. neuerdings auch Oertmann, Vergleich § 27). Die von Sj. hervorgehobene Natur des Instituts beweist nur die Nothwendigkeit einer Anerkennung seitens der Rechtsordnung, einer Sanction, die, allgemein wichtig, hier von besonders grosser Bedeutung ist. Doch weiter nichts. Gegen den Verf. spricht aber aufs Entschiedenste die Formlosigkeit des Vergleichs: fr. 2 de transact. Als normale Form galt bekanntlich die Aquiliana stipulatio mit acceptilatio: fr. 4 eod. Die Verstärkung mittels einer Conventionalstrafe war nichts weniger als vorgeschrieben: im ganzen Tit. Dig. de transactionibus ist von der Pön nur in zwei Fragmenten die Rede. Dabei ist zu bemerken, dass es spätere, z. Th. sogar nachclassische Juristen sind, die dazu rathen, dem Vergleich eine Strafklausel anzuhängen (Paulus in fr. 15 und Hermogenian in fr. 16 h. t.), dass letztere vorzugsweise im Codex hervortritt und erst in der byzantinischen Periode allgemein üblich wird (vgl. Zachariä, Gesch. des griech.-röm. Privatrechts 3. Aufl. S. 306 f. und Sj. selbst S. 40 ff.), — eine Entwicklung, die mit dem Verfall der Stipulation und Acceptilation zweifellos aufs Engste zusammenhängt, die

aber für den Beweis der Sicherungsbedürftigkeit des Vergleichs durch die Pön an seinem Ausgangspunkt ziemlich bedeutungslos sein dürfte. Auch ist nicht zu übersehen, dass in dieser spätesten Zeit der Charakter der Conventionalpön ein wesentlich anderer geworden ist: aus einem zu Gunsten des Gläubigers im Voraus bestimmten Interesse hat sie sich in ein Züchtigungsmittel, in eine reine Strafe verwandelt (das Verhältniss zwischen den Ansprüchen aus dem Pönalversprechen und dem Hauptvertrage ist nunmehr ein cumulatives), die überdies nicht immer dem Gläubiger, sondern oft, ebenso wie die multa, dem Fiscus zu zahlen ist (Zachariä l. c., vgl. meine Conventionalstrafe und Interesse, Beilage VII und § 10).

Ebensowenig beweisen für den Standpunkt des Verfassers die meisten der übrigen von ihm angeführten „Fundamente“. Wenn beispielsweise Sj. auf den Vorvertrag (§ 4) als ein unsicheres, eines Strafgedinges bedürftiges Verkehrsgebilde hinweist und zur Begründung seiner Ansicht das bekannte fr. 68 de V. O. bringt, so spricht gerade diese Stelle gegen ihn; denn sie weist der Conventionalpön eine ganz andere Function zu, als die von Sj. betonte. Mit aller wünschenswerthen Klarheit sagt der Jurist, dass eine Strafklausel die Stipulation aus einer incerta in eine certa verwandele, dass m. a. W. sie, wie gewöhnlich, zur Feststellung des Schadensersatzes diene, eine Bedeutung, welcher der Verf. eine auffallend geringe Aufmerksamkeit zuwendet. Dass die juristische Wirkung des Vorvertrages, auch wenn er in Form einer stipulatio (ohne poena) abgeschlossen ist, „zweifelhaft“ sei, ist in fr. 68 cit. nicht enthalten, hat auch Verf. m. E. nicht zu beweisen vermocht.

Nicht überzeugend ist ferner, dass der römische Gesellschaftsvertrag (§ 5) ein innerlich so schwaches Gebilde gewesen sei, dass selbst die Beifügung einer Stipulation (genauer: einer „Receptivstipulation“) diese Schwäche nur in sehr geringem Grade heben können, dass erst die Pönalstipulation „etwas Neues“ gebracht und wirkliche Sicherung geschaffen habe. Auch hier handelt es sich bloss um Abschätzung des Interesses: sicherungsbedürftig konnte doch ein durch beiderseitige Stipulation abgeschlossener Societätsvertrag unmöglich erscheinen. Dies darthun zu wollen ist, dünkt mich, ein beinahe verzweifelter Beginn. Dazu kommt, dass die Stellen, die ein Strafgeding bei der societas aufweisen, nicht zahlreich sind (im Tit. Dig. pro socio finden sich nur drei: fr. 41, 42 und 71 pr.), alle einer spätclassischen Periode angehören und aufs Klarste bezeugen, dass der Grund der Heranziehung der Pön in nichts weniger als in der Schwäche des Hauptvertrages zu suchen ist, da in allen drei Fragmenten die Möglichkeit, mit der infamirenden actio pro socio vorzugehen, anerkannt wird (s. meine Conventionalstrafe u. Interesse S. 49 f., 83 ff.).

Vollends unrichtig ist es endlich, wenn Verf. die Zinsverbindlichkeit als ein typisches Fundament der Vertragsstrafe in dem von ihm angenommenen Sinne aufstellen will. Denn dass der Anspruch auf Zinsen nicht zu den „sicheren“ Ansprüchen gehörte, wird man nicht behaupten können, nicht einmal bezüglich der usurae, quae officio iudi-

cis praestantur (das schwierige fr. 47 de A. E. V. ist von Sj. offensichtlich missverstanden: Mommsen, Beiträge III, S. 92), geschweige denn bezüglich der *stricti iuris iudicia*, wo die Zinsen stipuliert sein mussten, ganz ebenso wie die Conventionalstrafe selbst. Dass in letzterem Falle die Parteien ein Bedürfniss nach grösserer Sicherheit nicht haben empfinden können, räumt Sj. selbst ein. Und trotzdem begegnet uns in den Quellen die *poenae stipulatio* beim *mutuum* mehr als einmal. Was kann da Zweck und Grund des Strafgedinges gewesen sein? Offenbar die genaue Schätzung der Ersatzleistung, das Verlangen, unnöthige Weiterungen abzuschneiden, eine bestimmte Summe einem unbestimmten Quantum zu substituieren. Auf eine zweite — rechtswidrige — Anwendung der Conventionalstrafe, die Verwandlung des Zinsenanspruchs in einen Anspruch auf *poena* behufs Umgehung der gesetzlichen Zins-schranken (verschleierter Wucher), braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Die Behauptung, dass die römische Conventionalpön ursprünglich immer nur einem bestärkungsbedürftigen Gebilde („Fundament“) beigefügt worden sei, erweist sich nach allem Gesagten als hinfällig und irreführend. In dieser absoluten Gestalt muss daher die Theorie des Verfassers von der Vertragsstrafe als einer „Krücke“ m. E. abgelehnt werden. Allerdings ist in ihrer Grundidee — trotz des einseitigen doctrinären Gesichtspunktes — ein gesunder Kern enthalten. Es hat sich thatsächlich das eine oder das andere Institut an der Hand des Strafgedinges entwickelt. Vor jeder Generalisirung in dieser Richtung muss aber energisch gewarnt werden.

Richtig ist, dass die Function eines Sicherungsmittels für ein bestärkungsbedürftiges Verkehrsgebilde von der Conventionalstrafe ausgeübt worden ist bei der vertragsmässigen Bestellung von Servituten (§ 7). Dass und inwiefern ein Sicherungsbedürfniss hier vorlag, ist bekannt genug. In dem berühmten, in den Quellen mehrmals wiederkehrenden Bericht von Gaius (II, 31) über die Begründung „*pactionibus et stipulationibus*“ müssen unter letzteren Strafstipulationen verstanden werden. Zweifellos sind diese ursprünglich in fast ausschliesslicher Anwendung gewesen: Promittent versprach für sich und seine Erben (vgl. den Inhalt der *cautio* in fr. 7 si serv. vind.), den Stipulator und seine Erben nicht an der Ausübung zu hindern, im Falle der Störung eine vereinbarte Pön zu zahlen (Theophil. II, 3 § 4). Auch später ist die Strafclausel bei der *constitutio servitutis* ganz geläufig, wenn auch nicht gerade unerlässlich: cf. z. B. fr. 2 §§ 5. 6 de V. O.

Berechtigt ist sodann die Ansicht des Verfassers, dass Verträge zu Gunsten und zu Lasten Dritter (§ 6), sowie Verbindlichkeiten zu nicht geldwerthen Leistungen (§ 9) als bestärkungsbedürftige Fundamente der römischen Conventionalstrafe erscheinen mussten. Ersteres ist klar: Ulpian bezeugt es uns auf's Deutlichste: fr. 38 §§ 1. 2. 4. 17 de V. O. (nachgeschrieben vom Kaiser in § 19 I. de inut. stip.). Aber auch bezüglich der immateriellen Interessen ist nicht minder wahr, dass die Pön einen Schutz gewährte, der ohne die-

selbe nicht hätte erlangt werden können. Wo ein Vermögensinteresse an der zugesicherten Leistung nicht vorhanden war, wie beispielsweise an der Freilassung eines Slaven (fr. 122 § 2 de V. O.) oder an der Beisetzung oder Nichtbeisetzung von Leichen (fr. 11 de relig.), da war das Strafgeding praktisch geradezu nothwendig, indem es eines nicht zu erbringenden Beweises überhob. Man war dann eben nicht mehr auf sein Interesse angewiesen, wie dies uns wiederum ausdrücklich überliefert ist, denn auch hierauf beziehen sich m. E. Ulpian's Worte: *poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis* (fr. 38 § 17 cit. i. f., vgl. Pernice, *Labeo III*, S. 147. 83f.).

Für das justinianische Recht, möchte ich noch bemerken, sind die zwei letzterwähnten Fälle zugleich die einzigen, wo die Conventionalpön lediglich als indirectes Compelle erscheint, um eine an sich nicht erzwingbare Hauptleistung herbeizuführen; sie ist also Ersatz, nicht einfach Stärkung, eines obligatorischen Bandes. Vom dogmatischen Standpunkte aus ist es deshalb durchaus begründet, in beiden Fällen eine gewissermassen anomale Function der Conventionalstrafe zu erblicken und diese selbst mit Eck als „Pseudoconventionalstrafe“ zu bezeichnen. Aber vielleicht auch vom rechtsgeschichtlichen, denn abgesehen von nur wenigen Anwendungen im vorclassischen Recht — so der schon besprochenen Pön bei einer Servitut und möglicherweise bei einer auf *facere* gerichteten Stipulation (S. 36 ff.) — tritt uns doch immer dieselbe Natur der Vertragsstrafe als eines veranschlagten Interesse entgegen (cf. fr. 39 de operis libert.). Und eben deswegen halte ich es für verfehlt, wenn Verf., z. Th. im Anschluss an Wendt's bekannte Auffassung, den pönalen Charakter der römischen Vertragsstrafe besonders scharf hervorhebt und sie in Zusammenhang bringen will mit der gesetzlichen Strafe des öffentlichen Rechts, der gegenüber sie sich als eine abgeschwächte Form oder Variante darstellen soll (S. 11. 45. 82).

Dieser Zusammenhang, erwidere ich, lässt sich schlechterdings nicht darthun, ist auch von Sj. nicht klargelegt worden. Nichts spricht dafür, Vieles dagegen. Vor allen Dingen die rein privatrechtliche Behandlung unseres Instituts: es sei hier aufmerksam gemacht auf die *actio ex stipulatu* als Klage aus dem Pönalvertrage, auf das Verhältniss der Solutions- (nicht Consumptions-)Concurrenz zwischen Conventionalstrafe und Interesse, auf die in mancher Hinsicht den Ausschlag gebende *bedingte* Form der Strafklausel u. A. m. — Dass die römischen Juristen von *poena* reden und mit keinem Worte andeuten, es geschehe dies per *abusionem*, wird man nicht mit Sj. (S. 6. 12) für wichtig halten: das Wort wird offenbar ganz allgemein gebraucht, ebenso allgemein, wie etwa Savigny's geistreiche Definition der Conventionalstrafe als einer „Criminalanstalt im Kleinen“ zu nehmen ist. Im preussischen Landrecht ist die Pön doch sicher nur Schadensersatz, und doch ist überall die Rede von „Strafe“ (I, 5 §§ 292 ff.).

Cap. III behandelt noch — von der vom Verf. verfochtenen Anschauung aus — zwei Controversen innerhalb der Lehre von der römi-

schen Conventionalpön. Zunächst das Verhältniss zwischen dem Strafanspruch und der Klage aus dem Hauptcontracte. Diese so überaus wichtige Materie hätte aber eine eingehendere Untersuchung verdient und erfordert, um so mehr, da ohne eine genaue Prüfung und Sichtung des einschlägigen Quellenmaterials ein befriedigendes Resultat hier überhaupt nicht zu erzielen ist. Es ist deshalb nicht zu verwundern, dass Verf. in der Frage zu irrigen Schlüssen gelangt und z. Th. starke Fehler mit untergelaufen sind. So ist die Interpretation des den Entwicklungsgang ergebenden fr. 115 § 2 de V. O. zweifellos falsch. Sabinus hat natürlich an einen materiellen Contract nicht denken können: dies widerspräche dem klaren Sinn der Stelle. Der Grund für die Verschiedenheit seiner Auffassung und derjenigen des Pegasus liegt ganz anderswo und ist angedeutet durch die Analogie des Legats. Dass ferner hier auch nur etwas auf „den Zeitpunkt für den Beginn der sinkenden Bedeutung der Stipulation“ ankomme, ist mir in höchstem Maasse unwahrscheinlich: gerade Paulus ist es, der, im Gegensatz zu Julian, Marcell und Ulpian, dem abstracten Verträge, zu welchem die Pönalstipulation hinzukommt, eine selbständige Bedeutung einräumt, und von seinen Gegnern steht ihm der späteste, Ulpian, am nächsten! Nicht zutreffender ist, dass die ungleiche Behandlung des Verhältnisses der Pönalstipulation zu der abstracten Obligation einerseits und zu dem causalen Contracte andererseits ihre Erklärung in der ungleichen Stärke des Fundaments finde: die Ungleichheit beruht vielmehr darauf, dass im ersten Falle wir eine und dieselbe causa, im letzteren dagegen zwei verschiedene causae im Haupt- und Strafverträge vor uns haben (vgl. Salkowski, Z. L. v. d. Novation S. 207 f. Im Uebrigen verweise ich auf meine Ausführungen in „Conventionalstrafe und Interesse“ §§ 1 ff., S. 80 ff.).

Die erörterte Controverse ist also für die Theorie des Verfassers bedeutungslos. Aber ebenso die zweite von ihm berührte Streitfrage über die Voraussetzungen für den Verfall der Pön. Die Entscheidungen der Quellen darüber gehen nicht von einer Schwäche oder Stärke des Fundaments aus, sondern sind auf die bedingte Form des Strafgedings zurückzuführen; das hat übrigens Sj. selbst nicht übersehen können. (Über das m. E. nicht hierher gehörende fr. 69 de V. O. vergl. Bertolini, *Teoria generale della pena convenzionale* p. 51 sq.). Es gilt nur, einige extreme Schlüsse nach dieser Richtung hin zu vermeiden, was freilich nicht ganz leicht ist und selbst Jhering (Rechtsgutachten in Sachen der Gottbardbahn-Gesellschaft S. 5 ff.) missglückt ist.

Der zweite Haupttheil der vorliegenden Schrift beschäftigt sich mit den Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Verf. beginnt mit der Anknüpfung des süddeutschen Strafgedinges an das römische Recht, um sodann zu der eigentlichen Aufgabe des germanistischen Abschnitts seines Buches überzugehen und mit einer kurzen Erörterung der Ausläufer der Strafklauseln im späteren Mittelalter zu schliessen. Den Schwerpunkt dieses Abschnitts sieht Verf. „in dem Versuch einer Construction, welche die eigenthümliche Fassung der fränkischen Straf-

drohungen unter Wahrung ihres Charakters von Privatdispositionen erklärt“. Trotz der zwei bedeutsamen Abweichungen dieser Klauseln gegenüber den römisch-langobardischen — der Richtung der Strafdrohung gegen jedermann und des Antheils des Fiscus an der Busse —, ist dieser absolut gefassten fränkischen Klausel der Charakter einer gesetzlichen Strafe nicht beizulegen. Die Abhandlung sucht darzuthun, dass dies zu Unrecht angenommen worden ist von R. Löning („Über Ursprung und Bedeutung der in den altdeutschen Urkunden enthaltenen Strafklauseln“), dessen Ausführungen übrigens in Bezug auf Umfang und Zweck für Sjögrens Darstellung maassgebend gewesen sind.

Das Nähere hierüber gehört jedoch nicht in diese Abtheilung unserer Zeitschrift.

Odessa, April 1897.

M. Pergament.