erfüllung!), also eventuell dasselbe oder womöglich noch mehr, als durch die *actio ex stipulatu* (*duplae*) erlangen konnte und demgemäß der Unterschied zwischen *actio empti* und *actio ex stipulatu* sich immer mehr verwischte (Girard, *Manuel*² p. 553). Da habe sich denn der Verkäufer bequemen müssen, in der *stipulatio duplae* auch die Verpflichtung zur Erstattung der *impensae* und *damna* zu übernehmen, und hierfür sei unsere Urkunde ein interessantes Zeugnis. Es sei dann freilich dahingekommen, daß der Käufer im Falle der Entwehrung oft mehr als das Doppelte des gezahlten Kaufpreises erhalten habe. Solchem *Abusus* habe Justinian mit der berühmten l. un. C. 7, 47 entgegengetreten wollen, auf Grund deren dann die Worte l. 44 D. de A. E. U. 19, 1: „et non ultra duplum periculum subire eum oportet“ interpoliert seien, wie zuerst Girard *Manuel*² p. 546 N. 2 (3. Aufl. p. 554) vermutet habe (übrigens schon vor ihm Lenel *Palingenesia African.* 96).

B. Kübler.

Hans Stockar, Über den Entzug der väterlichen Gewalt im römischen Recht. Eine Widerlegung der herrschenden Lehre. Zürich, Schultheß & Co. 1903. 68 S. 8°.

Zweck der gründlichen, durch ausgedehnte Literaturbenutzung ausgezeichneten Abhandlung ist es, die allgemein verbreitete Ansicht zu bekämpfen, „daß nach römischem Recht in gewissen Fällen wegen Mißbrauchs der väterlichen Rechte, wegen Nichterfüllung der elterlichen Pflichten der Vater eine Einschränkung oder einen Verlust der *patria potestas* erleidet“. Die *patria potestas* sei, so führt Verf. aus, eine rein privatrechtliche Herrschaftsbefugnis über das Kind, ein Privatrecht, über welches nur der Berechtigte disponieren kann; nur der Wille des Vaters könne über die Beendigung der väterlichen Gewalt entscheiden, und nie, auch nicht auf der letzten Stufe seiner Entwicklung, habe das römische Recht dieses Prinzip aufgegeben. Zwar sei in der Kaiserzeit der Umfang der väterlichen Gewalt eingeschränkt worden; aber eine Verwirkung derselben habe es nie gegeben. In dem einzigen Falle, wo dem Vater wegen seiner Lieblosigkeit gegen sein Kind die Gewalt entzogen wird (l. 5 D. si a parente 37, 12), werde dieser zur Emanzipation gezwungen: *divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adiciebat, coegit emancipare*. Also nicht *ipso iure* werde das Kind gewaltfrei, sondern durch, wenn auch erzwungenen, Willensakt des Vaters. Wenn Justinian in zwei Ausnahmefällen das Prinzip durchbrochen habe, indem er den Bischof und den Patrizius mit ihrer Ernennung *ipso iure* gewaltfrei werden ließ, so sei er dazu durch politische Rücksichten, nicht durch rechtliche Erwägungen veranlaßt worden. Die Befreiung der vestalischen Jungfrau und des flamen *Dialis* aus der Gewalt des Vaters sei damit nicht auf eine Linie zu stellen und anders zu erklären.

Die Richtigkeit dieser Sätze scheint uns Verf. dargetan zu haben, wenschon wir mit seiner Beweisführung nicht überall einverstanden sind.

Zwar stimmen wir ihm darin bei, daß sich aus Nov. 12, cap. 2 nicht folgern läßt, daß durch Eingehen einer inzestuösen Ehe das Recht der väterlichen Gewalt über die Kinder erster Ehe verloren wird, ebensowenig wie aus l. 2 C. de infant. expos. 8, 51 (52) hervorgeht, daß das ausgesetzte Kind von der väterlichen Gewalt frei wird. In beiden Fällen ist vielmehr der Untergang der patria potestas die Folge der mit der Strafe verbundenen capitis deminutio media oder maxima. Aber schwere Bedenken haben wir gegen Verf.'s Behandlung des Zwölftafelsatzes „si pater filium ter venum ducit, filius a patre liber esto“, und für ganz verfehlt halten wir seine Erklärung der l. 6 C. de spectaculis 11, 41.

Der Zwölftafelsatz wird von den meisten Rechtshistorikern als Strafbestimmung angesehen. Verf. sucht diese Auffassung in ausführlichen Darlegungen mit vielen Gründen als falsch zu erweisen. Es ist hier nicht möglich, ihm auf allen seinen Gängen zu folgen, und wir beschränken uns auf wenige Bemerkungen. Wie die Manzipation des Haussohnes juristisch zu konstruieren sei, darüber können höchstens Vermutungen aufgestellt werden, weil die Institution von den klassischen Juristen, zu deren Zeit sie nur noch den Zwecken der Emanzipation und Adoption diente, theoretisch nicht erörtert worden ist. Das aber ist wohl sicher, und darin stimme ich Verf. bei, daß mit der Manzipation die väterliche Gewalt erlischt. Das ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit schon aus der cap. deminutio, die der Sohn erleidet. Wie haben wir es also zu erklären, daß sie wieder auflebt in dem Augenblick, wo der manzipierte Sohn aus dem Mancipium befreit wird? Gewiß nicht nach Analogie des Usus fructus, der sich mit dem Eigentum beim Tode des Nießbrauchsberechtigten konsolidiert. Diese Ansicht, die Danz und Karlowa vertreten, hat Verf. sehr gut widerlegt. Aber wohl ist das Rechtsverhältnis, das zwischen dem natürlichen Vater und dem Sohne in mancipio besteht, zu vergleichen mit dem des Vaters zum Sohne, der sich in Gefangenschaft befindet (Mommson, Staatsr. III, 46), oder dem des Eigentümers zum tignum iunctum. In letzterem Fall nimmt Pernice formales Eigentum des Verbauers an, und er vergleicht damit das Eigentum des Ehemanns an der Dos oder des Pfandgläubigers an der Fiducia. Hier haben wir also eine ganze Reihe untereinander nahe verwandter Rechtsverhältnisse, die zur Aufklärung des mancipium dienen können. Kehrt der gefangene Sohn aus der Gefangenschaft zurück, so ist er nicht sui iuris, sondern recidit in patriam potestatem. Wird der verbaute Balken aus der Verbindung gelöst, so lebt das Eigentumsrecht des ursprünglichen dominus wieder auf. Ganz ebenso erlangt der Vater die potestas über seinen manzipierten Sohn wieder, sobald dieser aus dem Mancipium befreit wird. Ursprünglich konnte sich dieser Vorgang unzählige Male wiederholen, so oft der Vater den Sohn manzipierte. Wenn die Zwölftafelgesetzgebung bestimmte, daß nach der dritten Manzipation das väterliche Recht definitiv beendet sein sollte, so werden wir darin doch wohl eine Strafbestimmung sehen müssen, die den Zweck verfolgte, gewissenlose Ausbeutung eines Rechtsinstitutes zu verhüten. Trotzdem dient auch bei dieser Auffassung der Zwölftafelsatz nicht zur Stütze der

Ansicht, daß das Recht der väterlichen Gewalt in gewissen Fällen nach der Rechtsordnung (*ipso iure*) verwirkt worden sei. Denn der Vater, der den Sohn zum dritten Male manzipiert, ist ja über die Folgen seiner Handlungsweise nicht im Unklaren; er endigt selbst freiwillig durch Willensakt seine Gewalt über den Sohn, gerade so wie derjenige, der zur Verbauung des Balkens seine Zustimmung gibt, das Eigentum daran definitiv verliert. Um nämlich jedem Mißverständnis vorzubeugen, sei darauf hingewiesen, daß nur das tatsächliche Verhältnis des *mancipium* mit der Rechtslage des Gefangenen, des *tignum iunctum* usw. verglichen werden darf; die Entstehung dieser Rechtsverhältnisse ist eine verschiedene. Die Hingabe ins *mancipium* erfordert die Zustimmung des bisherigen Gewalthabers, während sie bei den übrigen hiermit verglichenen Verhältnissen nicht notwendig oder, wie beim *tignum iunctum*, geradezu ausgeschlossen ist. Daher kann denn bei der Manzipation die Zahl solcher Willenserklärungen gesetzlich beschränkt werden, während bei den übrigen Rechtsverhältnissen Gewalt oder Eigentum niemals ganz erlöschen, mögen sie auch noch so oft unterbrochen worden sein. Mit der Meinung Verf.'s, der in dem Zwölftafelsatz eine Erweiterung der väterlichen Gewalt sieht, da diese vorher konsequenterweise schon nach der ersten Manzipation geendigt habe, kann ich mich nicht befreunden. Sie steht im Widerspruch mit seiner Lehre von der Unzerstörbarkeit der väterlichen Gewalt. Wenn der Sohn nach der ersten Manzipation frei geworden wäre, wozu hätte es dann zur Emanzipation und Adoption des Umweges der dreimaligen Manzipation bedurft? Bevor der Zwölftafelsatz entstand, war die Adoption eines in der väterlichen Gewalt befindlichen überhaupt nicht möglich, nicht einmal in den Komitien mit Zustimmung des Volkes. So fest war dies Familienband, daß eine Lösung gänzlich ausgeschlossen war! Erst der Satz der vierten Tafel, der freilich nach Dionys II, 27 aus dem Königsgesetze übernommen war und schon von Romulus stammt, eröffnete den findigen Auslegern des römischen Grundgesetzes die Möglichkeit, den Sohn schon bei Lebzeiten des Vaters aus der Gewalt zu befreien, der beste Beweis dafür, daß jener Satz nicht zur Erweiterung, sondern zur Beschränkung der *patria potestas* erlassen ist.

Nun wenden wir uns zur l. 6 C. de spectaculis 11, 41 = l. 2 C. Theod. de lenon. 15. 8. Verf. übersetzt folgendermaßen:

Lenones patres et dominos, qui	Bordellhalter, welche ihre Töchter
suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imponunt, nec iure	und Sklavinnen zur Unzucht nötigen,
frui dominii nec tanti criminis patimur libertate gaudere. Igitur tali	sollen nicht nur ihr Herrschaftsrecht
placet eos indignatione subduci, ne	verlieren, sondern auch wegen
potestatis iure frui valeant neve quid	eines so großen Verbrechens
eis ita possit adquiri. sed ancillis	nicht frei ausgehen (oder die
filiabusque, si velint, conductivse pro	Freiheit verlieren). Sie sollen
paupertate personis, quas sors dam-	also wegen einer in solchem Maße
navit humilior, episcoporum liceat,	die Entrüstung erregenden Tat weg-
iudicium etiam defensorumve implo-	geführt (in <i>exilium</i>) werden
	und ihr Herrschaftsrecht verlieren
	und nichts auf solche Weise erwerben

rato suffragio omni miseriarum necessitate absolvi, ita ut, si insistendum eis lenones esse crediderint vel peccandi ingerant necessitatem invitis, non amittant solum eam quam habuerant potestatem, sed proscripti poenae mancipentur exilii metallis addicendi publicis: quae minor poena est, quam si praecepto lenonis cogatur quispiam coitionis sordes ferre, quas nolit.

können. Die Sklavinnen und Töchter aber können, wenn sie wollen, sowie die wegen ihrer Armut gemieteten Personen, welche ein unglückliches Geschick hierzu verdammt hat, durch die Hülfe der Bischöfe, Statthalter und Defensores, nachdem sie diese angefleht haben, von ihrem elenden Zustande erlöst werden auf die Weise, daß Bordellwirte, wenn sie etwa geglaubt haben, sie können sie bedrängen, oder sie gar zur Unzucht zwingen gegen ihren Willen, nicht nur die bisherige Gewalt verlieren, sondern auch mit der Strafe der Verbannung belegt und in die öffentlichen Bergwerke getan werden. Diese Strafe ist gelinder, als wenn eine Frauensperson auf Befehl eines Hurenwirtes zu niederträchtigen Umarmungen gezwungen wird.

Die durch Sperrdruck hervorgehobenen Stellen der Übersetzung halten wir für fehlerhaft. Die schwersten Verstöße liegen in dem Verkennen der Abhängigkeit des Genetivs tanti criminis von libertate und des Ablativs tali indignatione von subduci. Beide Male übersetzt Verf. mit „wegen“, was unmöglich ist. An der ersten Stelle muß es heißen: „wir wollen nicht, daß sie sich der Freiheit eines solchen Verbrechens (d. h. ein solches Verbrechen zu begehen) erfreuen“; damit ist die Erwähnung der Freiheitsstrafe aus diesem Zusammenhang beseitigt. An der zweiten Stelle ist indignatione Ablativus separationis. Zwar steht subducere gewöhnlich mit dem Dativ oder auch mit de, wie de iudicio l. 14 pr. D. fam. erc. 10, 2 oder de potestate l. 28 § 1 D. de lib. et post. 28, 2. Es kommt aber auch der Ablativus vor, z. B. subduci poena l. 3 § 5 D. d. I. F. 49, 14. Vgl. Forcellini s. v. subducere. An unserer Stelle heißt es also: „sie sollen von so empörender Handlungsweise entfernt werden“, subducere ist mithin gebraucht im Sinne von arcere, abstinere, prohibere. Damit ist auch die Deportation aus dem ersten Teile der Konstitution glücklich wieder herausgeschafft. Freiheitsstrafe und Deportation hat Verf. durch falsche Übersetzung in den Anfang des Gesetzes fälschlich hinein interpretiert, indem er mit vorgefaßter Meinung an die Auslegung heranging und sich damit den Weg zum richtigen Verständnis verbaute. Nachdem wir nun die Hindernisse wieder beseitigt und uns für die Erklärung des Gesetzes freie Bahn geschaffen haben, sehen wir, daß in dem Gesetze, wie auch bisher angenommen wurde, zwei Tatbestände vorgesehen und dementsprechend zwei Strafen angeordnet sind. 1. Wer eine seiner Gewalt unterworfenen Person zur Unzucht nötigt, verliert die Gewalt. 2. Läßt er trotzdem nicht

ab, mit Zwangsmitteln auf die betreffende Person einzuwirken, so wird er verbannt und zur Zwangsarbeit verurteilt. Daß diese Auffassung die richtige ist, wird durch die Worte *non amittant solum eam quam habuerant potestatem, sed proscripti poenae mancipentur exilii etc.* und durch *insistendum* bewiesen. Denn wenn *Verf. insistendum* mit „bedrängen“ übersetzt, so wird er dem Sinn der kaiserlichen Verordnung nicht gerecht. *Insistere* heißt hier „noch weiter zusetzen“, vgl. Tac. Ann. 2, 62 *utque fracto iam Maroboduo usque in exitium insisteretur*, wie es anderwärts in ähnlicher Bedeutung wie *perseverare* gebraucht wird, z. B. C. Th. 16, 4, 2 *insistere motu pestiferae perseverationis*. Bartolus paraphrasiert also ganz richtig: *qui si in id insistant*.

Unsere mit der herrschenden Lehre im Einklang stehende Erklärung der Konstitution wird auch durch die Basiliken bestätigt, die *Verf.* unbegreiflicherweise zu gunsten seiner Auslegung anführt, freilich nur in der lateinischen Übersetzung. Aber im griechischen Original steht ganz unzweideutig 60, 38, 1: *εἰ δὲ πρὸς τοῦτο ἀντιστῇ ὁ πατήρ ἢ ὁ δεσπότης, πρὸς τῇ ὑπεξουσιότητι καὶ δήμεσιν καὶ ἐξορίαν εἰς μέταλλον ὑπομένουσιν*. Somit ist in unserem Erlasse der Verlust der väterlichen Gewalt nicht, wie *Verf.* annimmt, die Folge der Bergwerkstrafe; er tritt vielmehr unabhängig davon ein. Trotz alledem bleibt auch hier dem *Verf.* eine Hintertür offen. Mit keinem Worte ist nämlich in der Konstitution angedeutet, auf welche Weise der Untergang der *patria potestas* herbeigeführt wird, ob *ipso iure* oder durch Zwangsemanzipation. Das letztere scheint aber gemeint zu sein; wenigstens ist es am einfachsten, hierauf die Worte zu beziehen: *episcoporum, iudicum etiam defensorumve implorato suffragio omni miseriarum necessitate absolvi*. So faßte schon Donellus die Stelle auf, nur daß er sich, wie ihm *Verf.* treffend vorhält, das Verfahren der Zwangsemanzipation falsch vorstellte. Durch bloßes Dekret des Statthalters, wie Donellus wollte, konnte damals allerdings die Emanzipation noch nicht herbeigeführt werden. Die dreimalige Manzipation war unerläßlich. Hierzu aber konnten den kupplerischen Vater auch Defensor und Bischof auf Ansuchen der bedrohten Tochter nötigen, der Bischof vielleicht schon durch Kirchenbußen, Bischof und Defensor aber durch Drohung der Anzeige beim Statthalter im Falle der Weigerung des Vaters; denn dann lag der Tatbestand des „*insistere*“ vor, und der Vater hatte die Bergwerksstrafe zu gewärtigen.

So lassen sich denn Fälle, in denen die *patria potestas ipso iure* erlosch, tatsächlich nicht nachweisen. Wenn aber der Vater zur Emanzipation genötigt werden konnte, so kommt das im Erfolg auf dasselbe hinaus. Auch der römische Magistratus war unabsetzbar; er konnte aber zur Niederlegung des Amtes gezwungen werden; man denke an den Catilinarier Lentulus. Ist es nicht Prinzipienreiterei, in solchen Formalien das Wesen der Sache zu sehen? Für das gemeine Recht ist, wie mir scheint, seitdem die *Emancipatio Anastasiana* und *Iustiniana* eingeführt ist, der Unterschied nicht mehr von wesentlicher Bedeutung, und so mag es wohl zu entschuldigen sein, wenn z. B. Windscheid schreibt (§ 525): von

selbst hört (nicht „hörte“) die väterliche Gewalt auf zur Strafe des Vaters . . . wegen Verkuppelung der Tochter.

B. Kübler.

V. Chauvin, *La constitution du Code Théodosien sur les agri deserti et le Droit arabe*. Mons, Imprimerie Dequesne-Masquilliers & fils, 1900. Extrait des „Mémoires et Publications de la Société des Sciences, des Arts et des Lettres du Hainaut“ p. 245—288 8°.

In einem Erlaß der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius (C. Th. 5, 15, 12 = Just. 11, 29, 8) wird bestimmt, daß der Eigentümer eines *ager desertus* sein Recht, sowohl Besitz wie Eigentum verliert, wenn ein anderer den Acker bebaue und der Eigentümer nicht innerhalb zweier Jahre sein Recht geltend mache. Im letzteren Falle habe er dem Bebauer die Verwendungen zu ersetzen.

Dieser Erlaß, der von His, Schulten, Beaudouin, Mitteis und anderen in seinen agrarhistorischen Zusammenhang gestellt worden ist, macht juristische Schwierigkeiten. Wenn der ursprüngliche Eigentümer sein Recht verliert, so erwirbt offenbar der Bebauer das Eigentum, obwohl das in dem Erlaß nicht ausdrücklich gesagt wird. Aber was für eine Eigentumserwerbsart liegt hier vor? Okkupation scheint ausgeschlossen zu sein, da keine Dereliktion stattgefunden hat; denn wer seinen Acker unbebaut liegen läßt, gibt deshalb sein Recht daran noch nicht auf. Ebensowenig ist an Usukapion zu denken, denn es fehlt dem Bebauer der Titel und der gute Glaube. So sagt denn Cylharz (Eigentumserwerbsarten p. 98): „Die durch ein biennium fortgesetzte Kultur bildet seinen Erwerbsgrund, so daß dieser Erwerb einerseits mit der Spezifikation, andererseits mit der Ersitzung verwandt ist“. Andere, wie Windscheid und Girard, sprechen von Erwerb durch Gesetz. Man mag über diese Auffassungen denken, wie man will, jedenfalls steht ein solcher Erwerbsgrund im römischen Recht ganz einzig da.

Verf. weist nun darauf hin, daß nach dem Rechte mehrerer Völker, besonders aber der Araber, das Eigentum am Grund und Boden durch Kultur erworben werde. Nach moslemischem Rechte unterscheide man zwei Arten von *terres mortes*, solche, die seit unvordenklicher Zeit niemals bebaut waren, und solche, die, nachdem sie in Kultur genommen waren, wieder verlassen wurden. Von der zweiten Art gibt es zwei Unterarten, je nachdem die Ländereien schon vor Beginn der muhammedanischen Ära verödet waren oder erst nachher verlassen wurden. Streitig sei, ob das Eigentum durch die bloße Tatsache der Bebauung erworben werde, oder ob die Genehmigung des Kalifen erforderlich sei. Die Rechtsgelehrten neigten sich der letzteren Ansicht zu, im Gegensatz jedoch zu Mohammed. Besitzergreifung von Ödland sei unwirksam, wenn das in Besitz genommene Land nicht innerhalb dreier Jahre bebaut werde; ebenso werde