„die sogenannte Familie der Freundschaft, welche das Testament hervorbringt, nur in Ermangelung der näheren Familie der Ehe und Kinder eintreten kann,“ so ist den Römern die Eigenschaft der Erbeinsetzung als einer einem Freunde erwiesenen Ehre und ihrer Annahme als eines Freundesdienstes geläufig, aber der Gedanke an eine dadurch begründete Familienbeziehung gänzlich fremd.

IV.

Weitere Studien zum Texte der Digesten.

Von

Herrn Professor Dr. **Fr. Eisele**

in Freiburg i. Br.

Das Folgende kann als fünfter Beitrag zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen (vgl. Bd. 18 dieser Zeitschrift S. 1 ff.) gelten. Es mußte eine andere Überschrift gewählt werden, weil unter die nach ihrer Reihenfolge in den Digesten aufgeführten interpolationsverdächtigen Stellen auch einige Emendationen des uns überlieferten Textes des Gesetzbuchs Justinians eingereiht sind. Bezüglich der ersteren bemerke ich noch, daß sie nur ein Teil derjenigen sind, die ich seit dem Erscheinen meines letzten Beitrags mir als interpolationsverdächtig notiert habe. Von diesen habe ich eine ziemliche Anzahl weggelassen, weil mir bei genauerer Prüfung die Gründe für eine Interpolationsannahme nicht hinreichend zu sein schienen, andre deshalb, weil die Interpolation schon von andrer Seite konstatiert worden war, bzw. inzwischen konstatiert worden ist. Diese Stellen mit Nennung der betreffenden Autoren und dazugehörigen Literaturnachweisungen anzugeben, würde wenig Wert haben.

2, 14 l. 7 § 16 Ulp. l. 4 ad ed.

Et generaliter quoties pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet: nec legari nec iusiurandum de hoc adactum, ne quis agat, servandum Marcellus

7*

l. II digestorum scribit: et si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda.

Daß der Schlußsatz et si stipulatio usw. interpoliert sei, hat schon Faber bemerkt.¹⁾ Es scheint aber der ganze Paragraph von den Kompilatoren zu sein. Schon die ersten Worte et generaliter weisen auf sie hin (vgl. unten zu 17, 2, 57). Dann ist mit ius commune das ius privatum, im Gegensatz zu dem ius quod privatorum pactis mutari nequit, gemeint, vgl. Paulus in l. 27 § 4 desselben Titels: et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum; dieser Ausspruch scheint dem Kompilator vorgeschwebt zu haben. Aus demselben § 4 ersieht man auch, an was in dem verderbten Passus nec iusiurandum . . . ne quis agat gedacht ist.²⁾

2, 15 l. 7 § 1 Ulp. l. 7 disp.

Si fideiussor conventus et condemnatus fuisset, mox reus transegisset cum eo cui erat fideiussor condemnatus, an transactio valeat quaeritur: et puto valere, quasi omni causa et adversus reum et adversus fideiussorem dissoluta. Si tamen ipse fideiussor condemnatus transegit, etsi transactio non peremit rem iudicatam, tamen eo, quod datum est, relevari rem iudicatam oportet.

Die Worte quasi omni . . . dissoluta können nur als Begründung des Urteils et puto valere aufgefaßt werden. Dann ist es unmöglich, diese Worte auf die Wirkung zu beziehen, die der Vergleich hat, bzw. haben wird. Er kann diese Wirkung ja nur haben, falls er gültig ist, und es wäre ein offener Zirkel, wenn diese Wirkung als Grund für die Gültigkeit des Vergleichs angeführt würde. Die fraglichen Worte können somit nur bezogen werden auf die Wirkung des gegen den fideiussor ergangenen verurteilenden Erkenntnisses: durch dieses ist der ganze Handel sowohl gegenüber dem Hauptschuldner als gegenüber dem Bürgen erledigt. Ist aber dies der Sinn der Worte, dann passen

¹⁾ Ein Kennzeichen ist namentlich pro quibus pacisci, vgl. meine Beiträge S. 233. — ²⁾ Pacta quae turpem causam continent, non sunt observanda, veluti si paciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris.

sie als Begründung nur zu einem Urteil: *et puto non valere*, und das hat Ulpian auch geschrieben; verlangt er doch im ersten Fragment unsres Titels als Basis für einen Vergleich eine *lis incerta neque finita*.

Da auch die Basiliken¹⁾ den Vergleich als gültig bezeichnen, so wird *et puto valere* als Gesetzestext anzuerkennen sein, und es kann sich nur noch fragen, ob die Kompilatoren das *non* gestrichen haben, oder ob es schon, aus welchem Grunde nun immer, in ihrer Vorlage gefehlt hat. Ich nehme das erstere an aus folgenden Gründen.

Die Worte *quasi omni causa* usw. sind, wenn man sie auf die Wirkung der Verurteilung des Bürgen bezieht, für das klassische Recht ganz richtig, für das justinianische dagegen seit der *l. ult. C. de fideiussoribus* nicht mehr. Erst Befriedigung des Gläubigers bewirkt, daß *omnis causa dissoluta est*; der Hauptschuldner kann auch nach Verurteilung des Bürgen immer noch belangt werden, und es liegt kein Grund vor, einen von ihm mit dem Gläubiger abgeschlossenen Vergleich deshalb, weil die ganze Sache erledigt sei, für ungültig zu erklären. Die Kompilatoren mußten daher das *non* streichen. Allerdings paßten nunmehr die motivierenden Worte *quasi omni causa* usw. nicht mehr; ob dies den Kompilatoren entging, oder ob sie dem Leser zumuteten, jene Worte, unter Ignorierung des Wortes *quasi*²⁾, auf die Wirkung des Vergleichs zu beziehen³⁾, müssen wir dahingestellt sein lassen. Jedenfalls ist der *Passus* jetzt auf die Wirkung des Vergleichs zu beziehen und zu übersetzen, wie wenn das Wort *quasi* nicht dastände: „so daß nun die ganze Sache“ usw.

¹⁾ XI, 2 c. 7 Schol. 2 (zu § 1): *fideiussore condemnato reus transigere potest et si cum eo transegerit, cui fideiussor condemnatus erat, transactio valet* (Heimb. I p. 671). — ²⁾ Über diese Bedeutung von *quasi* vgl. Heumann-Seckel, *Handlexikon* s. h. v. Nr. 5, auch Dirksen § 3. — ³⁾ Das zitierte Basilikenscholion holt nach, was die Kompilatoren hätten tun sollen: es unterdrückt das Wort *quasi*. Es heißt da: *transactio valet, causa et adversus reum et adversus fideiussorem dissoluta*, und fügt, damit man dies nicht mißverstehe, hinzu: *id est, transactio eiusmodi tam ipsi qui transegit quam fideiussori prodest*. Heimbachs Übersetzung, die wir wiedergeben, ist hier ganz genau.

Man könnte vielleicht noch Anstoß nehmen an den Worten *fideiussor conventus et condemnatus*, insofern das *conventum esse* durch das *condemnari* zweifellos gegeben ist. Indessen hatten die Kompilatoren schlechterdings keine Veranlassung, das Wort *conventus* hinzuzufügen; es wird also wohl von Ulpian sein, und es läßt sich auch erklären. *Conventus* deutet an, daß jetzt der Hauptschuldner frei ist. Der Bürge kann aber bis zum Urteil sich immer noch vergleichen, und das hat, wegen des Regreßrechts des Bürgen, auch für den Hauptschuldner Bedeutung. Insofern ist bis zur Verurteilung des Bürgen auch gegenüber dem Hauptschuldner noch nicht *omnis causa dissoluta*, und darum wird auch ihm noch gestattet, einen Vergleich zu schließen. Die etwas unbestimmten Worte *omni causa dissoluta* scheinen gewählt zu sein, weil von der Belangung bis zur Verurteilung des Bürgen die Berechtigung zum Vergleich für den Hauptschuldner und für den Bürgen eine verschiedene Grundlage hat: der Bürge kann einen gültigen Vergleich schließen, weil er noch Schuldner ist, der Hauptschuldner, weil er bei der Sache noch, des Regresses wegen, interessiert ist.

Der zweite Satz des § 1 ist von der Art, daß ich bezweifle, ob auch nur ein Wort von Ulpian ist. *Si tamen . . . etsi . . . tamen* klingt ziemlich tribonianisch; jedenfalls mußte das erste *tamen* wegen Streichung des *non* eingesetzt werden. Sodann kann man *relevare* von einem Schuldner, allenfalls auch noch von einer Schuld sagen; aber *res iudicata relevatur* kann kaum von einem klassischen Juristen herrühren. Und nun vollends *rem iudicatum relevare oportet*! Wem ist hier ein Sollen auferlegt?¹⁾

Auch der § 2 desselben Fragments ist sehr verdächtig.

Usque adeo autem quod datum est, etiamsi non proficit ad transactionem, extenuat tamen rem iudicatum, ut inde sit et dictum et rescriptum circa alimentorum transactionem citra praetoris auctoritatem factam, ut quod

¹⁾ Man kann das Satzgefüge *etsi transactio non peremit rem iudicatum, tamen* usw. auch vom Standpunkt der Logik bemängeln. Daß der Vergleich, weil ungültig, das Urteil unberührt läßt, bildet doch kein Hindernis dagegen, daß das Gezahlte auf die Urteilsschuld verrechnet wird.

datum est proficiat ad alimenta: ita ut si quid amplius ex causa alimentorum deberi potest, id praestetur, quod autem datum est, imputetur.

Der ganze Vergleich mit der *transactio alimentorum* ist an den Haaren herbeigezogen, und es scheint der zweite Satz des § 1 um dieses Vergleichs willen hinzugefügt worden zu sein. *Res iudicata extenuatur* ist nicht schöner, als *res iudicata relevatur*, und si quid deberi potest ist unannehmbar, auch wenn man an künftig fällig werdende Alimente denkt. Auffallend ist auch *et dictum et rescriptum*. Das nichtssagende *dictum* ist sicher kompilatorischer Ersatz für etwas, was zu den *rescripta* in Parallele gestellt werden konnte, aber den Kompilatoren nicht paßte; wahrscheinlich hat Ulpian geschrieben *et responsum et rescriptum*.

3, 5 l. 31 (32) Papin. l. 3 resp.

Fideiussor imperitia lapsus alterius quoque contractus, qui personam eius non contingebat, pignora vel hypothecas suscepit et utramque pecuniam creditori solvit, existimans indemnitati suae confusis praediis consuli posse. ob eas res iudicio mandati frustra convenietur et ipse debitorem frustra conveniet, negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit: in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum, quia praedo fideiussor non videtur. creditor ob id factum iudicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur ius suum vendidisse, non tenebitur.

Hier müssen sofort die Worte *iudicio, quod de pignore dato redditur* auffallen. Wenn die *actio pigneraticia* gemeint ist, wozu diese umständliche Art der Bezeichnung? Nicht minder anstößig ist aber auch, was sogleich folgt: *cum videatur ius suum vendidisse*. Sein Pfandrecht verkauft der Pfandgläubiger nicht — dieses Recht hätte Papinian auch sicher nicht als *ius* bezeichnet. Der Pfandgläubiger verkauft entweder das Pfand, oder er wird, wenn der Bürge von dem *beneficium cedendarum actionum* Gebrauch macht, unter Umständen — ich möchte sagen: nach Bedarf — als Verkäufer der Forderung angesehen.¹⁾ Und

¹⁾ Modestin 46, 3 l. 76; Paulus 46, 1 l. 36.

wenn man im Falle des Verkaufs der Pfandsache das Eigentum an dieser Sache als Objekt des Verkaufs ansehen wollte, so würde der Pfandgläubiger nicht *ius suum*, sondern das Recht des Verpfänders verkaufen.

So werden wir unausweichlich zu der Annahme gedrängt, daß eine Interpolation vorliegt, und dann bedarf es keines langen Besinnens darüber, wovon Papinian gesprochen hat: von der *fiducia*. Er schrieb statt *quod de pignore dato redditur* kurz und gut *fiduciae; ius suum vendidisse* paßt dazu ohne weiteres.¹⁾ Ferner schrieb er *fiduciam* (oder *fiducias*) *mancipio accepit* statt: *pignora vel hypothecas suscepit*.

Es steckt aber noch eine Schwierigkeit in dem Fall. Wenn der Bürge den Gläubiger auch wegen der Forderung, die ihn nichts anging, befriedigte, so war der Gläubiger, da er bezahlt war, kraft des *pactum fiduciae* verpflichtet, die *fiducia* dem Schuldner zurückzugeben. Wenn er sie statt dessen dem Bürgen manzipierte, so handelte er dem *pactum fiduciae* zuwider; warum soll er nun wegen dieses Handelns (ob *id factum*)²⁾ mit *actio fiduciae* nicht haften? Ich muß offen gestehen, daß mir die Worte *cum videatur ius suum vendidisse* als eine faule Begründung erscheinen. Denn wenn der Pfandgläubiger durch den Verkauf der *fiducia* seine Verpflichtungen aus dem *pactum* auch noch so gröblich verletzt: es ist immerhin wahr, daß er *ius suum* (oder *rem suam*) *vendidit*. Soll man nun annehmen, Papinian habe es deshalb nicht genau genommen, weil die Verurteilung im *iudicium fiduciae* infamiert und weil der Schuldner ja auf anderem Wege wieder zu seiner Sache kommen kann? Ich kann mich dabei nicht beruhigen und möchte daher lieber annehmen, daß die Kompilatoren die

¹⁾ Vielleicht hatte Papinian geschrieben *rem suam*; das konnten die Kompilatoren natürlich nicht stehen lassen. — ²⁾ Ich beziehe das nur auf die Übertragung derjenigen *fiducia* auf den Bürgen, welche für die Forderung gegeben war, die den Bürgen nicht berührte. Es läßt sich recht wohl denken, daß, wenn außer der *fiducia* noch ein Bürge gegeben war, eine Manzipation der *fiducia* an den Bürgen, der zahlte, nicht beanstandet wurde. Auch eine Art *beneficium ceden-darum*!

Begründung geändert oder unvollständig wiedergegeben haben. Papinian wird aus der Formel¹⁾ argumentiert und dabei das Moment der *aequitas* und *bona fides* urgiert haben.

Interessant ist es, zu sehen, wie die Kompilatoren aus unserem Fragment durch energisches Zusammenstreichen ein zweites Fragment zuwege gebracht haben, welches jetzt, infolge dieser Striche, einen ganz andern Fall behandelt: 20, 1 l. 2. Auch diesem sieht man die Hand der Kompilatoren sofort an (*iudicio quod de pignore dato proponitur*); ohne das Fragment 31 de neg. gest. könnte aber kein sterblicher Scharfsinn je ergründen, wie der Bau war, von dem diese Ruine noch übrig ist. So mag es noch mit manchen Fragmenten der Digesten sein.

4, 2, 7 pr. Ulp. l. 11 ad ed.

Nec timorem infamiae hoc edicto contineri Pedius dicit libro septimo, neque alicuius (= alius cuius) vexationis timorem per hoc edictum restitui.

Daß *timor restituitur*, ist doch eine ganz unerträgliche Rede; die Worte *per hoc edictum restitui* sind daher zu streichen. Sie sind wohl eher Glossem, als Interpolation, und sind aus dem folgenden „*per hoc edictum non restituitur*“ entnommen. Ich würde auch *per hoc edictum rest.* (statt *ex hoc ed. rest.*) beanstanden, da nicht das Edikt, sondern das Dekret des Magistrats die Restitution bewirkt, wenn nicht Ulpian selbst in den eben aus l. 7 pr. zitierten Worten und in l. 3 pr. h. t. sich in derselben ungenauen Weise ausdrücken würde.

Im § 1 ist wohl auch nicht alles in Ordnung (abgesehen von dem Nisi-Satz *nisi se telo defendat*); man bemerke die Häufung von *vel* und die Redewendung *posse eum ad hoc edictum pertinere*.

4, 2 l. 9 § 8 Ulp. l. 11 ad ed.

Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coërceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est: non immerito Iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem,

¹⁾ Vgl. Lenel ed. perp. (II^a) S. 283 f.

sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. sed est verius quod Marcellus notat: etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.

Die Worte nec personam bis factum est sind ein Emblem zu Unterrichtszwecken. Sie sagen weiter nichts, als was schon durch die Worte cum haec actio in rem sit scripta ausgedrückt ist und sie sagen es in recht anfechtbarer Weise. Man kann sagen, der Restitutionsbefehl richte sich nicht nur gegen den Urheber des metus, sondern gegen alle (wiewohl auch das nur mit Einschränkung richtig ist); aber restituiert werden muß von allen. Ferner wird restituiert nicht quod metus causa factum est, sondern was durch das metus causa gestum an den Beklagten gekommen ist. Endlich ist sehr verdächtig, daß ein coërcere, ein velle von einer Klage prädiiziert wird.

Eine Korruptel des Textes, vielleicht veranlaßt durch die Worte nisi adversus reum quoque actionem restituat, steckt in dem Passus in reum non esse restituendum actionem. Welche actio, was für ein restituere ist hier gemeint? Von einer im Wege der restitutio in integrum zu bewirkenden Wiederherstellung der durch die erzwungene acceptilatio erloschenen actio können diese Worte nicht verstanden werden, denn der § 8 handelt, wie auch schon der § 7, nicht mehr von restitutio in integrum wegen metus, sondern von der actio metus causa, also von demjenigen restituere, welches der Beklagte arbitrato iudicis zur Vermeidung der Kondemnation vorzunehmen hat. Sie können aber auch nicht dahin verstanden werden, daß der beklagte Bürge, um der Verurteilung in quadruplum zu entgehen, die verloren gegangene actio gegen den Hauptschuldner wiederherstellen müsse: denn dies hat ja Julian verteidigt (scribens, fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari) und er kann doch, scribens in reum non esse restituendam actionem, nicht sich selber widersprochen haben. Alles kommt in Ordnung, wenn man statt restituendam schreibt dandam; die actio, die nach Julian gegen den Hauptschuldner nicht zu geben ist, ist die a° metus causa, und so kommen wir auch zu

dem richtigen Gegensatz zwischen Julian und Marcellus, welcher letzterer auch gegen den Hauptschuldner die *a° metus causa* geben will.

Die Worte am Schluß: *cum in rem sit scripta* könnte man zu streichen versucht sein, weil sie ja schon am Anfang des Fragments stehen. Sie könnten aber doch von Marcellus sein. Man beachte die verschiedene Ausdrucksweise: Julian schreibt, *in rem non esse dandam actionem*, Marcellus sagt: *etiam adversus rem competere hanc actionem*. Wollte Marcellus andeuten, daß es für den Gezwungenen einer prätorischen *Cognition* gar nicht bedürfe, um auch gegen den Hauptschuldner die *a° metus causa* anstellen zu können; weil ihm dieselbe ediktmäßig, d. h. nach der im Edikt proponierten Formel zuständig sei¹⁾, so war eine nochmalige Hervorhebung „*cum in rem sit scripta*“ ganz am Platze.

4, 2 l. 20 Ulp. l. 11 ad ed.

Quantum autem ad heredem pervenerit, litis contestatae tempore spectabitur, si modo certum sit aliquid pervenisse. idem et si ipsius qui vim intulit sic in corpus patrimonii pervenit aliquid; ut certum sit ad heredem perventurum, id est, si debitor liberatus est.

Zwischen dem ersten und zweiten Satz dieses Fragments muß etwas ausgefallen oder gestrichen worden sein, und zwar kann es nur eine Erörterung darüber gewesen sein, daß die Klage gegen den Erben auf das, *quod ad eum pervenit, perpetua sei*.²⁾ Der zweite Satz fügt dem nur hinzu: dasselbe (d. h. daß die Klage *perpetua sei*) gelte auch gegenüber dem Urheber des metus, nämlich in bezug auf das, was infolge des metus in sein Vermögen so gekommen sei, daß der Übergang des Vermögensvorteils auf den Erben unzweifelhaft sei. Man braucht also, um post annum das zurückfordern zu können, was in das Vermögen des Urhebers des metus dauernd gekommen ist, nicht den Erbfall abzuwarten, es bedarf auch nicht der in l. 14 § 1

¹⁾ Vgl. P. Krüger in Bd. 16 dieser Zeitschrift, S. 2 letzter Absatz. — ²⁾ Vgl. Gaius in l. 19 und Paulus in l. 17 dieses Titels. Paulus spricht auch noch von dem Übergang auf den Erben des Erben.

dieses Titels erwähnten *causae cognitio*.¹⁾ Man sieht: die Worte *sic . . . ut certum sit* usw. haben in diesem Zusammenhang einen ganz guten Sinn: was ich, wenn der Erbfall eintritt, von dem Erben ganz sicher als eine auf ihn übergegangene Nachlaßschuld werde fordern können, kann ich auch von dem Erblasser fordern.

In dem ersten Satz sind nun die Worte *si modo certum sit aliquid pervenisse* eine unbedachte Herübernahme aus dem zweiten. Der Glossator (oder Kompilator) hat dabei so viel geändert, als zur Anpassung an den verschieden gearteten Fall notwendig war, aber einen vernünftigen Sinn hat das Einschießel dadurch doch nicht bekommen. Wenn nicht einmal feststeht, daß überhaupt etwas an den Erben gekommen ist, so braucht man doch selbstverständlich in keine Erörterung darüber einzutreten, nach welchem Zeitpunkt sich das Wieviel bestimme.

Auch die Worte *id est, si debitor liberatus est* sind nicht von Ulpian. Denn das ist nicht der einzige Fall, wo es *certum est ad heredem perventurum*; das gleiche gilt z. B. von jeder Ersparung einer notwendigen Ausgabe. Ulpian würde gesagt haben: *veluti si debitor liberatus est*.

4, 4 l. 7 § 8 Ulp. l. 11 ad ed.

Quaesitum est ex eo, quod in lucro quoque minoribus subveniendum dicitur, si res eius venierit et existat qui plus liceatur, an in integrum propter lucrum restituendus sit? et cottidie praetores eos restituunt, ut rursus admittatur licitatio. idem faciunt et in his rebus, quae servari eis debent. quod circumspicte erit faciendum: ceterum nemo accedet ad emptionem rerum pupillarum nec si bona fide distraherentur. et destricte probandum est, in rebus quae fortuitis casibus subiectae sunt, non esse minori adversus emptorem succurrendum, nisi aut sordes aut evidens gratia tutorum sive curatorum doceatur.

Anstoß erregt zunächst der schiefe Ausdruck *destricte probandum est*. Das Wort *destricte* kann nach dem

¹⁾ Diese wird gefordert für die post annum zu gewährende *actio in simplum*; bei der *actio in id quod ad eum* (den Erben, nach unserem Fragment auch gegen den Urheber des metus) *pervenit* ist von *causae cognitio* keine Rede.

Zusammenhang nichts anderes bedeuten, als „streng“. Strenge aber kann zwar von einer Meinung oder Verfahrensweise, die gebilligt wird, nicht aber von dem Akt des Billigens prädiiziert werden.

Die unter der seltsamen Bezeichnung „res quae fortuitis casibus subiectae sunt“ zusammengefaßten Sachen sodann sind, wie der Gegensatz quae servari eis debent zeigt, solche Sachen, welche nicht unter die oratio D. Severi betr. die Veräußerung von Mündelgrundstücken und deren spätere Erweiterungen fallen. Von solchen Sachen ist im ersten Satze des Fragments die Rede.¹⁾

Wie ist es nun möglich, daß derselbe Ulpian, der berichtet, es sei etwas Alltägliches, daß der Prätor den Minderjährigen wegen unvorteilhafter Verkäufe Restitution gewähre, sagen kann, es sei mit Strenge daran festzuhalten, daß Minderjährige in solchen Fällen nicht restituiert werden, ausgenommen, wenn ihr Kurator unredlich verfahren sei? Fast noch seltsamer ist aber, daß diese die Restitution in sehr beschränktem Umfang zulassende Ausnahme dann versagt, wenn der Minderjährige keinen curator hat, also gerade dann, wenn Schutz durch restitutio in integrum am nötigsten wäre!

Anstößig ist auch folgendes. Wenn der Prätor Restitution gewährt auch in his rebus quae servari debent, so muß angenommen werden, daß der Verkauf durch prätorisches Dekret genehmigt worden ist, da er andernfalls nichtig und folglich für Restitution kein Raum wäre. Es ist nun aber schwer zu glauben, daß Prätores gegen Verkäufe, die durch prätorisches Dekret genehmigt worden waren, so leichtin (cottidie) Restitution gewährt haben sollen. Und ebenso unglaublich ist, daß, was aus unsrer Stelle sich allerdings ergibt, gegen Verkäufe, die durch magistratisches Dekret genehmigt sind, Restitution leichter zu erlangen ist, als gegen andere Verkäufe. Leichter, insofern hier die Möglichkeit der Restitution nicht auf den einen Ausnahmefall eines

¹⁾ Dies beweist die Fortsetzung idem faciunt usw. Sollte aber schon diese Fortsetzung interpoliert sein, so ist im ersten Satze von den Sachen, quae fortuitis casibus subiectae sunt, jedenfalls mit die Rede.

unredlichen Verfahrens des Vormunds oder Kurators beschränkt ist.

Wir werden daher das Fragment von den Worten *quod circumspecte erit faciendum* an als ein Elaborat der Kompilatoren anzusehen haben.

5, 3 l. 50 § 1 Papin. l. 6 quaest.

Si defuncto monumentum condicionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator iusserit non excedat, eum cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto: quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.

Die gesperrt gedruckten Worte halte ich für interpoliert, weil diese Erwägung gar nicht hierher gehört. Die Zweifelsfrage ist: kann der Erbschaftsbesitzer Ersatz für die auf die Errichtung des Denkmals verwendeten Kosten eventuell (nämlich wenn er sich mittelst Retentionsrecht nicht mehr helfen kann) mit a° negotiorum gestorum contraria verlangen? Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob objektiv betrachtet ein negotium hereditarium besorgt ist; diese Frage wiederum ist zu bejahen, wenn die Erben verpflichtet waren, das Denkmal zu errichten. Ob der bo. fid. possessor bei Errichtung des Denkmals angemessene oder vom Testator vorgeschriebene Grenzen des Aufwands eingehalten hat, ist dabei offensichtlich ganz gleichgültig. Das wird erst von Bedeutung, wenn feststeht, daß mit a° negotiorum gestorum vorgegangen werden kann und die Höhe des zu leistenden Ersatzes in Frage kommt.

7, 4 l. 20 Paul. l. 15 ad Plaut.

Is qui usumfructum habet si tantum utatur, quia existimet se usum tantum habere, an usum fructum retineat? et si quidem sciens se usum fructum habere tantum uti velit, nihilo minus et frui videtur; si vero ignoret, puto eum amittere fructum . . .

Offenbar wollen die gesperrt gedruckten Worte erklären, wie es kommt, daß der Nießbrauch-Berechtigte die Sache nur gebraucht. Dazu paßt aber das Folgende ganz und gar nicht. Denn indem hier bezüglich des tantum uti zwei Möglichkeiten unterschieden werden, ist doch ausgeschlossen, daß in der vorausgehenden species facti nur die eine dieser Möglichkeiten gesetzt ist; es muß vielmehr gefordert werden, daß in dem Vorausgehenden beide Möglichkeiten noch ununterschieden enthalten sind. Sobald man die gesperrt gedruckten Worte eliminiert — sei es als Interpolation, sei es als Glossem — ist die Stelle in Ordnung.

12, 1 l. 20 Iul. l. 18 dig.

Si tibi pecuniam donassem, ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? dixi in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti, nam talem contractum neque donationem esse neque pecuniam creditam: donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret: creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. igitur si is, qui pecuniam hac condicione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam: magis enim meum accepisse intellegi debeo. sed haec intelleganda sunt propter supilitatem verborum: benignius tamen est utrumque valere.

Daß in dieser vielbesprochenen Stelle der letzte Satz interpoliert sei, wird von alten und neuen Interpreten anerkannt — von andern allerdings bestritten. Ich bin der Ansicht, daß auch die Worte in huiusmodi propositionibus bis pecuniam creditam ein Einschiesel der Kompilatoren sind.

Schon von vornherein fällt auf, daß Julian, statt auf die gestellte Frage zu antworten, zunächst die etwas schulmeisterliche Bemerkung macht, daß in der gestellten Frage technische Ausdrücke in nichttechnischer Bedeutung gebraucht seien; und daß sodann das, was eigentlich Antwort auf die Frage ist, als Begründung dieser Bemerkung auftritt.

Darauf folgt dann in den Worten: donationem non esse usw. nochmals die Antwort auf die Frage, mit der

erforderlichen Begründung. Das ist für Julian zu viel. Er wird geschrieben haben: *dixi neque donationem esse* usw. Es ist auch kaum zu glauben, daß Julian für die angegebene Vereinbarung den Ausdruck *contractus* gebraucht haben sollte. Endlich sind *huiusmodi* und *talīs* Lieblingsausdrücke Justinians und der Kompilatoren.¹⁾

12, 5 l. 9 § 1 Paul. l. 5 ad Plaut.

Si rem locatam tibi vel venditam a te vel mandatam ut redderes, pecuniam acceperis, habeo tecum ex locato vel vendito vel mandati actionem et rel.

Auch die Basiliken haben so gelesen. Gleichwohl möchte ich annehmen, daß statt *mandatam* zu lesen ist *commendatam*, und *commendato* (regiert von *ex*) statt *mandati*. Vgl. Ulpian 50, 16 l. 185: *commendare nihil aliud est quam deponere*, und Papinian in 16, 3 l. 24.

13, 6 l. 15 Paul. l. 29 ad ed.

Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.

Offenbar muß gelesen werden: *quod per liberam personam non adquirimus*. „Die Regel, daß wir per liberam personam nicht erwerben, ist kein Hindernis“ dagegen, daß wir auch durch einen freien Vertreter *ex constituto* erwerben.

13, 6 l. 5 § 13 Ulp. l. 28 ad ed.

Si me rogaveris ut servum tibi cum lance commodarem, et servus lancem perdiderit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam: quare culpam in eam quoque praestandam. plane si servus cum ea fugerit, eum qui commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam.

Fugae culpam praestare im Sinne von: die Flucht verschulden, ist unerhört und hier um so auffallender, als unmittelbar vorher culpam praestare in der gewöhnlichen Bedeutung gesagt ist. Übrigens ist der Inhalt dieses Nisi-Satzes nach den Regeln des Commodates selbstverständlich.

¹⁾ Vgl. meine Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte S. 229f. und den daselbst Note 10 zitierten Kalb.

13, 6 l. 17 § 3 Paul. 29 ad ed.

... *intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio interdandum accipiendumque.*

Es muß doch wohl gelesen werden *inter dantem accipientemque*, denn zwischen den Handlungen des *dare* und des *accipere* kommt doch keine *Obligatio* zustande.¹⁾ Vgl. die folgenden Worte *geritur enim negotium invicem.*²⁾

13, 7 l. 1 pr. Ulp. l. 40 ad Sab.

Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.

Bei der *traditio* ist stets auch *consensus*. Der Gegensatz *nuda conventione* verlangt daher, daß gelesen wird *non solum traditione*.

13, 7 l. 25 Paul.³⁾ l. 31 ad ed.

Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor. sicut enim negligere creditorem (rem ins. Mommsen) dolus et culpa quam praestat non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recipiendum: puta saltum grandem pignori datum ab homine qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres. alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi penuria coactum derelinquere. medie igitur haec

¹⁾ *Inter dandum accipiendumque* könnte auch bedeuten: in dem (zeitlichen) Zwischenraum zwischen dem *dare* und *accipere*; das hätte aber erst recht keinen Sinn. — ²⁾ Nachträglich sehe ich, daß die neueste Digestenausgabe von Bonfante — Fadda — Ferrini — Riccobono — Scialoja (Milano 1908) in den kritischen Noten verzeichnet: *dantem accipientemque* habet vulg. Was unter vulg. zu verstehen sei, ist aus der *explicatio signorum* p. VIII nicht zu ersehen. Die Ausgaben von Mommsen und Krüger haben nichts. — ³⁾ Die *Inscription Idem*, die auf Ulpian gehen würde, ist falsch: Lenel zu dieser Stelle in der *Palingenesia* und ed. perp. (II^a) S. 282 Note 5.

a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur.

Es ist schon von Lenel festgestellt¹⁾, daß Paulus hier von fiducia gehandelt hat. Ich bin aber der Meinung, daß das Fragment, so wie es jetzt lautet, zum größeren Teil überhaupt von den Kompilatoren verfaßt ist. Schon das bekannte Schema: si — si quidem — sin vero (si quidem) kündigt sie an. Im weitem Verlauf stoßen wir dann fast Zeile für Zeile auf Byzantinismen. Dahin zähle ich: nihil horum intercessit; pro quantitate in der Bedeutung wegen der Größe; debitor am Schluß des Satzes hinterdrein hinkend; dolus und culpa gestatten dem Gläubiger nicht, die Sache zu vernachlässigen; (res) gravis sit ad recipiendum; endlich der Schlußsatz.

Unverkennbar ist die Ähnlichkeit in der Betrachtungs- und Darstellungsweise mit der in der gleichfalls stark interpolierten l. 38 R. V. von Celsus, die wohl nicht auf der Verwandtschaft des ingenium der beiden Juristen beruht. Man vergleiche ut cogatur servis carere mit qui...lari-bus sepulcris avitis carendum habeat und das Übergehen in die zweite Person in der zweiten Hälfte beider Fragmente. Auch der Satz medie igitur haec a iudice erunt dispicienda am Schluß der Erörterung hat sein Pendant in den Worten am Anfang der l. 38 cit.: bonus iudex varie ex personis causisque constituet.

13, 7 l. 42 Papin. l. 3 resp.

Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae fit ex facto, suum creditor negotium gerat.

Es ist schon Cujaz aufgefallen²⁾, daß Papinian für die actio pigneraticia wiederholt (hier, dann 3, 5 l. 31 und 20, 1 l. 2) die Redewendung iudicium quod de pignore dato proponitur gebraucht. Haben wir festgestellt, daß in den zwei letzteren Fragmenten Papinian von fiducia gesprochen hat, so werden wir dies auch hier annehmen

¹⁾ Zuletzt ed. perp. cit. S. 282. — ²⁾ In seinem Kommentar zu diesem Fragment (opp. ed. Mutin. 1777 vol. 4 p. 861).

dürfen, obwohl entschiedene Interpolationskriterien hier nicht vorliegen. Indessen: die l. 31 cit. (und folgeweise die l. 20) ist auch aus lib. 3 resp.; die *venditio quae fit ex pacto*¹⁾ paßt für die Zeit Papinians zwar zu *fiducia* aber nicht zu *pignus*²⁾, und die recht überflüssige Wiederholung von *creditor*, der Subjekt zu den vorausgehenden Verben *restituatur*, *cogitur*, *audiendus erit*, *velit* ist, als Subjekt von *gerat*, ist kompilatorischer Stil.

15, 1 l. 30 § 4 Ulp. l. 29 ad ed.

Is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest.

Gegen diese neuestens vielbehandelte Stelle ist schon vor geraumer Zeit³⁾ Interpolationsverdacht in der Richtung erhoben worden, daß die Kompilatoren ein vor *potest* stehendes *non* gestrichen haben. Dieselbe Ansicht haben (ohne Kenntnis dieser älteren Vorgänger) ausgesprochen L. Lusignani⁴⁾, C. Ferrini⁵⁾ und H. Erman⁶⁾, welcher letzterer aber später die Annahme einer Interpolation aus dem methodologischen Grunde wieder verworfen hat, weil der überlieferte Text kein äußeres Interpolationsmerkmal aufweise.⁷⁾ Dies veranlaßt mich, über diese Stelle, die ich sonst von meiner Liste abgesetzt hätte, einiges zu bemerken.

Zunächst muß, so wertvoll auch äußere Kriterien bei der Feststellung von Interpolationen sein mögen, doch dagegen Widerspruch erhoben werden, daß ohne äußere Kriterien eine solche Feststellung unzulässig sei, bzw. nicht zuverlässig sein könne. Ich hoffe, daß auch einige der hier

¹⁾ Diese Emendation hat schon Cujaz a. a. O. vorgenommen und sie ist ohne Zweifel richtig, aber natürlich auf das *pactum fiduciae* zu beziehen. — ²⁾ Daher konnte Dernburg (von seinem Standpunkt mit Recht) mit der Emendation des Cujacius sich nicht befreunden, und schlug vor, zu lesen *quae pignoris iure est facta* (Pfandrecht II S. 218), was natürlich unannehmbar ist. — ³⁾ Zuerst von Francke Archiv f. d. civ. Prax. Bd. 23 S. 400 N. 22 und S. 420 N. 54. Weitere Nachweisungen bei Solazzi im Bullett. dell'Istituto di diritto Romano ann. XX p. 5 N. 2. — ⁴⁾ La consumazione processuale dell'actio de peculio (Parma 1899) p. 31 sqq. — ⁵⁾ Archiv. giur. vol. 64 p. 82 und wieder in Bd. 21 S. 195 dieser Zeitschrift. — ⁶⁾ Bd. 20 dieser Zeitschrift S. 246. — ⁷⁾ Mélanges Ch. Appleton (Lyon 1903) p. 238.

zusammengestellten Interpolationsannahmen diesen Widerspruch zu unterstützen geeignet sind.

Meines Erachtens liegt aber ein äußeres Kennzeichen der Interpolation vor, und zwar in dem Worte *semel*¹⁾: auch dies ist ein Fall, wo die Kompilatoren sich dadurch verraten, daß sie ein Wort des ursprünglichen Textes, welches zu ihrem Texte gar nicht paßt, haben stehen lassen. Erman meint freilich, die Stelle sei gleich gut und logisch, ob man liest *potest* oder *non potest*; im ersten Falle liege der Ton auf *rursus aucto*²⁾, im zweiten auf *semel*. Aber das Wort *semel* hat doch wohl immer einen Ton, wenn auch der Gegensatz dazu ein verschiedener sein kann; in unserer Stelle hat es nur dann einen Sinn, wenn es im Gegensatz zu *rursus agere non potest* steht. Ist es nicht das *agere*, welches ein zweites *agere* unmöglich macht, so kann nicht nur der, welcher *semel egit*, nochmals klagen, sondern auch der, welcher zweimal geklagt hat, ein drittes Mal usw.; das *semel* ist also zweck- und sinnlos.³⁾ Solazzi (a. a. O. S. 8) meint: es mache doch keine Schwierigkeit, zu sagen: „*quaeritur, an is, qui semel egit, rursus agere possit*“; also könne doch wohl auch affirmativ gesagt werden: „*qui semel egit, rursus agere potest*.“ Diese Sätze unterscheiden sich aber doch wesentlich. In dem ersten Satze sind beide Möglichkeiten: das Nochmalklagenkönnen und das Gegenteil, in der Vorstellung, und es ist die zweite dieser Möglichkeiten, die dem Worte Halt und Sinn verleiht.

Ich verhehle mir nicht, daß es eine mißliche Sache ist um Argumentationen dieser Art, weil hier schließlich etwas Subjektives, das Sprachgefühl, den Ausschlag gibt. Es nehmen aber auch solche Schriftsteller, welche dem besprochenen äußern Kriterium weniger Gewicht beilegen⁴⁾, aus sachlichen Gründen an, daß vor *potest* das Wort *non*

¹⁾ Sonderbarerweise läßt Ferrini in dem wörtlichen Zitat dieses Fragments (S. 195 l. c.) gerade dieses Wort weg. — ²⁾ A. a. O. S. 237. *Rursus* ist übrigens mit *agere potest* zu verbinden. — ³⁾ Die Betrachtung der von Gradenwitz Bd. 27 S. 252ff. dieser Zeitschrift zusammengetragenen Stellen führt zu keinem andern Ergebnis, und hat auch Gradenwitz zu keinem andern geführt, vgl. S. 256 a. a. O. — ⁴⁾ Lenel ed. perp. (II^a) S. 276 N. 3; Solazzi a. a. O. S. 7/8.

gestrichen sei, und es frägt sich nun, wie dies mit dem von Lenel publizierten Straßburger Fragment in Einklang zu bringen sei. Lenel (a. a. O.) nimmt an, daß in unserem Fragment an das *agere non potest* eine ähnliche Erörterung zugunsten der *aequitas* sich anschloß, wie in fr. 32 pr. nach dem Straßburger Fragment, daß diese aber mitsamt dem *non* von den Kompilatoren gestrichen sei, während sie das fr. 32 ließen, wie es war, und nur das Wort *rescissorium* vor *iudicium* beseitigten. Es ist aber anzunehmen, daß beide Fragmente, da sie beide zur Sabinus-Masse gehören und in demselben Titel stehen, von denselben Personen zurechtgemacht sind, und es wäre doch sehr verwunderlich, daß diese in so grundverschiedener Weise vorgegangen sein sollten. Einen anderen Ausweg schlägt Solazzi vor¹⁾: der Fall, wo mehrere Personen mit *a° de peculio* haften, und nun nach Belangung des einen noch ein anderer belangt werden soll, stehe keineswegs auf gleicher Linie mit dem Fall, wo jemand mit der *a° de peculio* wiederholt, und zwar so lange in Anspruch genommen werden soll, bis der Gläubiger vollständig befriedigt ist; daher sei es auch gar nicht ausgemacht, daß die für den einen Fall getroffene Entscheidung auch für den andern gelten müsse. Dieser Ausweg scheint mir weniger Bedenken zu unterliegen, als die von Lenel vorgeschlagene Lösung²⁾; er verdient jedenfalls auch den Vorzug vor der Annahme, Ulpian habe seine Ansicht in bezug auf diese Fragen geändert.

Dürfte man annehmen, daß der *Passus sed licet hoc iure contingat* usw. in dem Straßburger Fragment ein vorjustinianisches Emblem sei, dann wäre allerdings eine Schwierigkeit überhaupt nicht vorhanden.³⁾

¹⁾ A. a. O. S. 8 f. — ²⁾ Lenels Vorschlag wird vorgezogen von S. Riccobono, *Bullett. dell'Istit. di dir. Rom.* XX p. 96. — ³⁾ An und für sich scheint mir diese Annahme nicht unmöglich zu sein, denn das von Lenel publizierte Fragment beweist zwar, daß dieser *Passus* nicht von den Kompilatoren herrührt, aber dadurch allein ist noch nicht bewiesen, daß er von Ulpian ist. Zugunsten eines vorjustinianischen Emblems könnte man anführen, daß in dem andern, von Lenel gleichzeitig publizierten und Bd. 25 S. 370 dieser Zeitschrift abgedruckten Fragment allem Anschein nach ein Emblem sich findet. Die Worte (Zeile 4/5 des Fragments) *hoc est conventio de pignore*

16, 1 l. 13 § 2 Gai. l. 9 ad ed. prov.

Si sub condicione vel in diem mulier pro alio intercesserit, etiam pendente condicione volenti creditori cum priore debitore experiri actio danda est restitutoria: quo enim bonum est exspectare condicionem vel diem, cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo ipse debeat suscipere actionem?

Es handelt sich um eine intercessio privativa, und zwar hat die Frau sub condicione dem Gläubiger promittiert. Tritt die Bedingung ein, so wird der alte Schuldner iure civili frei, der Prätor gibt aber dem Gläubiger gegen ihn actio restitutoria; defiziert sie, so tritt Novation nicht ein, der alte Schuldner wird nicht frei, und es kann dann von a° restitutoria keine Rede sein. Da nun der Schuldner jedenfalls actione tenetur — zivil oder prätorisch — gleichviel ob die Bedingung eintritt oder ausfällt, so ist es zwecklos, den Bedingungsentscheid abzuwarten. Man kann ihn also schon pendente condicione belangen; das versteht sich aber doch ganz von selbst, daß der Gläubiger hierzu der actio restitutoria nicht bedarf, da sein Schuldner ja noch gar nicht frei geworden ist.¹⁾ Es ist also das Wort restitutoria entweder eine ungeschickte Interpolation oder ein Glossem.

Anders steht die Sache, wenn die Frau in diem promittiert hat. Es hat dann freilich auch keinen Zweck, diem exspectare, aber aus einem ganz andern Grund, als bei der condicio; weil nämlich der alte Schuldner sofort frei geworden ist.²⁾ Hier kann also nur von a° restitutoria

sind eine Erklärung des vorhergehenden Wortes pignus, welche Ulpian doch sicherlich nicht für nötig erachtet hat. Andererseits spricht allerdings stark für die Autorschaft Ulpians der Ausdruck rescissorium iudicium, welchem in einem Emblem aus dem 4. oder 5. Jahrhundert zu begegnen man kaum erwarten wird. Aber unüberwindlich scheint mir dies Bedenken nicht zu sein: die Kompilatoren haben wenigstens eine actio rescissoria, und dann denke man an den Gaius von Autun.

¹⁾ l. 14 pr. de novat. 46, 2: Quotiens quod pure debetur, [novandi causa] sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio exstiterit. — ²⁾ l. 8 § 1 de nov. 46, 2 .. qui in diem stipulatur, statim novat [si hoc actum est] cum certum sit, diem quandoque venturum.

die Rede sein, und zwar von vornherein; man braucht nicht erst den Eintritt des dies abzuwarten. Man sieht: die Erwägung und Entscheidung des Juristen für den Fall einer bedingten Expromission hat für den Fall einer betagten gar keinen Sinn. Es müssen daher auch die Worte *vel in diem* und danach folgend *in diem* dem Gaius abgesprochen werden. Hier möchte ich mich eher für Annahme einer Interpolation entscheiden, weil dergleichen durch *vel* (oder auch *sive*) bewirkte generalisierende Gleichstellungen bei den Kompilatoren beliebt sind.

16, 1 22 Paul. l. 6 regul.

Si mulieri dederim pecuniam ut eam creditori meo solvat vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse senatusconsulto Pomponius scribit, quia mandati actione obligata in rem suam videtur obligari.

Obgleich hier äußere Interpolationskriterien fehlen, halte ich doch die Worte *vel expromittat* für interpoliert.¹⁾ Die Interpolation ist erfolgt mit Rücksicht auf die Begründung *quia mandati actione* usw., die der Interpolator mißverstanden hat. So wie die Stelle jetzt lautet, sagt die Begründung: da die Frau sich mandatsmäßig verpflichtet hatte, zu expromittieren, liegt in dieser Expromission (si ea expromiserit) keine Interzession; die Frau hat ja lediglich die von ihr übernommene Verbindlichkeit erfüllt. Das ist aber so selbstverständlich, daß wir unmöglich annehmen können, Pomponius habe darüber ein Wort verlieren mögen, und noch weniger mögen wir es dem Paulus zutrauen, eine solche Binsenwahrheit zu reproduzieren.

Wenn wir die Worte *vel expromittat* streichen, wird der Fall feiner und einer juristischen Besprechung würdiger. Die Frau hat das Geld mit dem Auftrag bekommen, es dem Gläubiger des Mandanten zu zahlen. Sie hat dies aber nicht getan, sondern expromittiert. In dieser Übernahme einer fremden Schuld liegt aber deshalb keine Interzession, weil die Frau die Schuld in ihrem eigenen Interesse (in

¹⁾ Wir würden dagegen, diese Worte für ein Glossem zu erklären, nichts einzuwenden haben, wenn nicht auch die Basiliken (XXVI, 4, 53, Heimb. vol. III p. 141) diese Worte hätten.

rem suam) übernahm. Dadurch nämlich, daß sie über das Geld anders verfügte, als sie nach dem Mandat sollte, war gegen sie a° mandati directa begründet (mandati actione obligata); sie hat expromittiert, um sich gegen diese Klage eine Verteidigung zu schaffen. Sie kann jetzt ihrem Mandanten, der weiter nichts als Schadensersatz beanspruchen kann, entgegenen, er sei durch ihre Expromission außer Schaden gesetzt, weil von seiner Schuld frei. Die Redewendung in rem suam videtur obligari paßt hierzu sehr gut; sie würde dagegen den Gedanken, die Frau habe nur eine ihr obliegende Verbindlichkeit erfüllt, nur sehr mangelhaft zum Ausdruck bringen.

Ein weiteres Verdachtsmoment ist dieses. Das Wort meam ist nicht nur mit solvat, sondern doch wohl auch mit expromittat zu verbinden (sonst müßte das ut nach vel wiederholt sein). Die Frau kann aber das ihr gegebene Geld dem Gläubiger zwar zahlen, aber expromittieren kann sie nur eine Geldsumme.

16, 3 l. 22 Marcell. l. 5 (6 Lenel) dig.

In diesem Fragment ist der Schlußsatz von der Hand der Kompilatoren. Er lautet

nec tamen absurde sentiet, qui hoc putaverit plane nisi integrae rei restitutione eum, cum quo actum fuerit, liberari non posse, condemnandum tamen, si res non restituatur, pro qua parte heres exstitit.

Schon die ersten Worte zeigen, daß es sich um eine jener Interpolationen handelt, in denen die Kompilatoren den exzerpierten Juristen sich selbst korrigieren lassen, wie ich deren eine Anzahl in Bd. XIII S. 118 ff. zusammengestellt habe.¹⁾

Jeder etwaige Zweifel wird beseitigt durch die Wahrnehmung, daß die andern Stellen, welche die unteilbare Leistungspflicht im Falle der Kondemnation in eine teilbare übergehen lassen, ebenfalls interpoliert sind: 8, 5 l. 4 § 3 (itaque de iure quidem usw.); 10, 2 l. 25 § 9 (sed verius

¹⁾ Vgl. auch die interpolierte Stelle 5, 4 l. 1 § 5 (Bd. 18 dieser Zeitschrift S. 16) mit der sehr ähnlichen Redewendung „non audenter itaque dicetur“.

est usw.) und zu beiden Stellen Krüger in der neuen Bearbeitung der Mommsenschen Digesten. Ob auch der Schluß von 16, 3 l. 1 § 44) hierher gehört, bleibt zweifelhaft, weil nicht gesagt ist, auf was in dem dort gesetzten Falle die Klage geht.

17, 2 l. 57 Ulp. l. 30 ad Sab.

Nec praetermittendum esse Pomponius ait, ita demum hoc esse verum, si honestae et licitae rei societas coita sit: ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem. generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem.

Der gesperrt gedruckte Schlußsatz dürfte Zusatz der Kompilatoren sein (vgl. Bd. VII S. 26 dieser Zeitschrift)¹⁾, zumal er nach dem Vorausgehenden ziemlich überflüssig ist. Aber auch schon in dem vorhergehenden mit ceterum beginnenden Satzteil fällt auf, daß gesagt ist, si maleficii societas coita sit, während unmittelbar darauf folgt, daß dies rechtlich unmöglich ist. Man kann nun freilich sagen, das Erste sei in tatsächlichem Sinne zu verstehen. Aber in l. 53 desselben Titels drückt sich Ulpian etwas vorsichtiger aus: delictorum turpis atque foeda communio est. Übrigens ist dies Fragment aus demselben Buche 30 ad Sabinum, wie die l. 57, und man wird füglich bezweifeln dürfen, daß Ulpian einen so unzweifelhaften Rechtssatz in einem und demselben Buche dreimal ausgesprochen habe.

18, 2 l. 1 Paul. l. 5 ad Sab.

In diem addictio ita fit: „ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat.“

Die Worte quo res a domino abeat sind in den Mommsenschen Ausgaben als Bestandteil der Geschäftsbereidung aufgefaßt, wofür allerdings der Konjunktiv abeat spricht. Sie werden gewöhnlich so verstanden, daß mit dominus der Käufer gemeint, somit die sogenannte dingliche

¹⁾ Auch in dem Fragment 22, 1, 5: generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur dürften die drei ersten Worte nicht von Papinian herkommen.

Wirkung der Resolutivbedingung ausgesprochen sei. Andre meinen, es sei ausnahmsweise an eine Suspensivbedingung gedacht, und unter dominus der Verkäufer zu verstehen. Schulin¹⁾ ist der Ansicht, es solle durch diese Worte ausgedrückt werden, daß der Kauf nicht schon durch das bessere Gebot, sondern erst durch dessen Annahme seitens des Verkäufers aufgehoben werde; sie wollten also dasselbe besagen, was in l. 15 pr. h. t. mit *quae domino placeat*, in l. 14 § 2 mit *quam venditor comprobavit* ausgedrückt ist. Das klingt aber doch ganz anders, als: *quo res a domino abeat*²⁾; wie durch diese Worte das, was Schulin darin finden will, habe ausgedrückt werden können, ist nicht einzusehen. Vielmehr drücken sie nach dem Zusammenhang eher das Gegenteil aus. Denn da *quo* (wodurch) nur auf das *melio rem condicionem facere* bezogen werden kann, so ist aus der Stelle eher das herauszulesen, daß ebendieses, abgesehen von einer Annahme durch den Verkäufer, die Wirkung habe, den ersten Kauf zu beseitigen.

Ich halte die zuerst angeführte Deutung des in Frage stehenden Passus für richtig, bin aber der Meinung, daß derselbe interpoliert ist.

Veranlassung zu der Interpolation waren die Gesetze Justinians, wonach Schenkungen und Vermächtnisse ad diem nicht nur gültig sind, sondern mit Eintritt des dies auch das Eigentum an den betreffenden Sachen an den Schenker bzw. die Erben des Testators zurückfällt (C. 8, 54, 2 und 6, 37, 26). Wie die Kompilatoren das Gesetz Justinians über die *plus petitio re* (C. 3, 10, 3) zum Anlasse nahmen, durch Interpolationen eine kondemnationsmindernde Wirkung der Exzeptionen einzuführen³⁾, so haben sie hier eine Neuerung Justinians, betreffend die Wirkung des dies ad quem, entsprechend auf die sogenannte Resolutivbedingung ausgedehnt.⁴⁾

¹⁾ Über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 161 f. —

²⁾ Schulin verweist noch auf *dum res a venditore discedat* in l. 11 pr. eod. tit.; in dieser Stelle ist die in diem addictio ein suspensivbedingter Kauf. — ³⁾ Vgl. meine Kompensation S. 68 ff. — ⁴⁾ Einen sie darauf hinweisenden Fingerzeig konnten die Kompilatoren in C. 8, 54, 2 finden, wo es heißt *ad tempus certum vel incertum*; in der echten Konstitution (fr. Vat. 283) steht *ad tempus*.

An äußeren Merkmalen der Interpolation fehlt es nicht. Schon die Hereinziehung der Geschäftswirkung in die Geschäftsberedung, wenn diese einmal in eine Formel gebracht wird, mutet fremdartig an; wenn sie aber einmal hereingezogen wird, so fällt auf, daß von der nächsten Wirkung der *melior condicio allata*, dem Rückgängigwerden des Kaufs, keine Rede ist. Vom Standpunkt der Kompilatoren sehr begreiflich, da es ihnen nur um die dingliche Wirkung zu tun war. Auffallender ist aber noch folgendes. Paulus setzt in die Geschäftsformel ganz konkrete Daten ein: *fundus, centum, intra kalendas Ianuarias proximas*. Wie kommt es, daß er auf einmal an die Stelle des *fundus* das abstrakte *res* setzt? Und warum *a domino* und nicht: *a te* — wodurch zugleich jeder Zweifel beseitigt wäre, wer mit *dominus* gemeint sei? Wiederum leicht verständlich vom Standpunkt der Kompilatoren. Sie hatten den neuen Rechtssatz von der dinglichen Wirkung im Sinne, und ein solcher wird abstrakt gedacht: *res abit a domino*. Da sie ihn in eine Geschäftsformel aufnahmen, hätten sie ihn ins Konkrete, der Geschäftsformel entsprechend, übersetzen müssen. Das haben sie in der Eilfertigkeit, mit der sie nun einmal zu arbeiten gezwungen waren, unterlassen.

18, 5 l. 10 pr. Scaev. l. 7 dig.

Seius a Lucio Titio emit fundum lege dicta, ut si ad diem pecuniam non solvisset, res inempta fieret quaesitum est, an irrita emptio facta esset. respondit, secundum ea, quae proponerentur, inemptam videri.

Statt *inemptam* will Mommsen lesen *inemptum* (scil. *fundum*). Dies scheint aber nicht notwendig zu sein, da ja vorausgeht *ut res inempta fieret*, und zwar steht dies dem *inemptam videri* näher als der *fundus*. Die Konjektur Mommsens hat nur das für sich, daß man jetzt versucht ist — einen Augenblick lang wenigstens — die Worte *inemptam videri* auf das kurz vorher gebrauchte Wort *emptio* zu beziehen. Gleichwohl halte ich es für richtiger, *inemptam* beizubehalten, und dem angedeuteten Übelstande dadurch abzuhelfen, daß man vor *inemptam* einschaltet: *rem*. Dies Wort kann leicht ausgefallen sein (wenn in der Vorlage

der Kompilatoren blos R stand), weil das vorhergehende Wort mit R endigt.¹⁾

19, 1 l. 1 pr. Ulp. l. 28 ad Sab.

Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empti est.

Die Worte hoc est quod rem habere interest emptoris würden wir in einem Papinianischen Fragment mit einiger Zuversicht für ein Glossem oder eine Interpolation erklären; bei einem Fragment von Ulpian steht die Sache anders. Dagegen die Worte si pluris interest bis zum Schluß möchten wir doch dem Ulpian absprechen. Daß das Interesse das pretium übersteigt, si pluris interest, quam res empti est, ist eine glatte Tautologie; daß es das pretium übersteigt dann, si pluris interest quam res valet braucht durchaus nicht immer wahr zu sein: wenn die Sache wenig wert und zu teuer gekauft ist, kann das Interesse zwar höher sein als der Wert der Sache, aber immer noch unter dem Preis bleiben. Auch ist pluris quam res .. empti est statt pluris quam quanti res empti est hart.

19, 1 l. 13 § 12. 13 Ulp. l. 32 ad ed.

Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae vel Aquiliae vel interdicti quod vi aut clam.

§ 13. Item si quid ex operis servorum vel vecturis iumentorum vel navium quaesitum est, emptori praestabitur, et si quid peculio eorum accessit, non tamen si quid ex re venditoris.

Im § 12 ist verdächtig die Häufung von vel, das Wort forte, namentlich aber die actio interdicti.

Im § 13 wird vel vecturis iumentorum vel navium (auch wieder die Häufung von vel!) interpoliert sein. Andernfalls wäre doch wohl zu sagen gewesen et si quid peculio servorum accessit.

¹⁾ Dieselbe Emendation hat, wie ich nachträglich sehe, Ferrini in der oben zitierten Digesten-Ausgabe vorgeschlagen.

20, 1 l. 4 Gai. libr. sing. de form. hypoth.

Contrahitur hypotheca per pactum conventum . . . nec ad rem pertinet quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus quae consensu contrahuntur. et ideo et sine scriptura si convenit ut hypotheca (hypothecae l. gem.) sit et probari poterit, res obligata erit. fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit (possit l. gem.): et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem; sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.

Daß von dem Gelingen des Beweises die Rechtsfolge abhängig gemacht wird (res obligata erit, valet quod actum est), weist auf die Kompilatoren. In diesem Fragment macht sich das besonders schlecht, weil durch das, was über die Bedeutung der Schrift gesagt wird, die korrekte Unterscheidung von Gültigkeit und Beweisbarkeit doch sehr nahe gelegt ist. Im übrigen ist si habeat probationem wirklich nicht schön.

20, 5 l. 13 Paul. l. 1 decret.

Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.

Betrachtet man diese Stelle vom Standpunkt des klassischen römischen Rechts, so müssen die Worte ius suum cedere debet stutzig machen. Wie soll der Pfandgläubiger das anstellen? Ein ius in re, wie solches dem Nießbraucher, dem Servitutberechtigten zusteht, hat er nicht, sonst würde die formula der a^o hypothecaria nicht in factum conzipiert sein. Läßt man aber die Worte ius suum als Bezeichnung für ein prätorisches Recht im subjektiven Sinne auch passieren¹⁾, so ist Übertragung des Pfandrechts auf einen Nichtgläubiger immer noch anstößig, insofern das Pfandrecht zur Zeit des Paulus doch entschieden ein Verwertungsrecht zur Befriedigung für eine Forderung ist, und also eine Über-

¹⁾ Wie man das aus den Edikten der Magistrate fließende Recht in späterer Zeit als ius zu bezeichnen keinen Anstand nahm, so wird man das Wort ius auch für prätorische Rechte subjektiven Sinnes verwendet haben; vgl. iure pignoris 20, 4 l. 21 § 1. Ob man aber sagen konnte: ius cedere?

tragung eines Pfandrechts nur in Verbindung mit Übertragung einer Forderung einen rechten Sinn hat.¹⁾ Eine Übertragung des Pfandrechts auf den Käufer der Pfandsache — auf einen solchen Käufer, der mit der pfandrechtlich gesicherten Forderung nichts zu tun hat, z. B. auch nicht als Bürge²⁾ — hat aber, wenn der verkaufende Gläubiger nicht besitzt, allerdings einen guten Sinn insofern, als das Pfandrecht zugleich ein Recht auf den Besitz ist; dieses Recht wird aber übertragen durch Übertragung der *actio hypothecaria*, welche ja gerade bezweckt, dem Gläubiger den Besitz der Pfandsache zu verschaffen. Vom Standpunkt des klassischen Rechts aus müßte man also, da in der Stelle zunächst vorausgesetzt wird, daß der verkaufende Pfandgläubiger die Pfandsache nicht besitzt³⁾, durchaus erwarten *actione sua cedere debet*.⁴⁾ Sollen wir nun annehmen, daß Paulus dies geschrieben habe? Das wäre doch sehr unvorsichtig. Dieser Annahme steht das Bedenken entgegen, daß die Kompilatoren ja nicht die geringste Veranlassung hatten, diese Worte zu streichen und durch „*ius suum cedere debet*“ zu ersetzen.

Noch stärkeres Bedenken erregt dann die zweite Hälfte der Stelle. Da sie mit *et* angeschlossen ist, so muß man annehmen, daß zu dem *ius suum cedere* in dem Falle, wenn der Verkäufer das Pfand besitzt, noch etwas Weiteres, nämlich die Besitzübertragung, hinzukommen müsse. In Wahrheit liegt aber die Sache so, daß, wenn Besitzübertragung möglich ist, das *ius suum cedere* selbstverständlich wegfallen muß: es ist ja nur ein Surrogat für die nicht mögliche *traditio* der Pfandsache, durch welche das Recht, welches der Verpfänder an der Sache hatte, auf den Käufer übertragen werden würde.⁵⁾

¹⁾ Papinian sieht (20, 5 l. 2) eine Übertragung des Pfandrechts im eigentlichen Sinn als unmöglich an, auch wenn es sich darum handelt, dem zahlenden Bürgen für seine Regreßforderung das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers zu verschaffen. — ²⁾ Wie in der soeben zitierten l. 2. — ³⁾ Jedenfalls ist an diesen Fall mitgedacht. S. übrigens weiter unten. — ⁴⁾ Dernburg gibt die Worte *ius suum cedere debet* ohne weiteres wieder durch „er haftet für Abtretung seiner Klagerechte“, Pand. I § 282 Note 2 (6. Aufl. S. 289). — ⁵⁾ Ganz wie eine *Zession* der *rei vindicatio* als Surrogat für *traditio* vorkommt, wenn der nicht besitzende Eigentümer verkauft.

Alle diese Schwierigkeiten verschwinden mit einem Schlage, wenn wir annehmen, daß Paulus von *fiducia* gesprochen hat. Die erste Hälfte der Stelle würde dann gelaute haben:

creditor qui iure suo¹⁾ *fiduciam* distrahit, eam *mancipare* aut in iure *cedere* debet,

und in der zweiten Hälfte wäre statt *pignus* zu lesen *fiduciam*. Dabei muß an ein Grundstück als Objekt der Pfand*fiducia* gedacht werden, weil als möglich unterstellt ist, daß der Gläubiger nicht besitze. Es kommt nun die zweite Hälfte der Stelle in ein ganz gutes Verhältnis zur erstern: *Mancipatio* oder *Injurecessio* muß der verkaufende Gläubiger auf alle Fälle vornehmen, ob er besitzt oder nicht²⁾; und wenn er besitzt, muß er natürlich (*utique*) auch den Besitz übertragen.

Man könnte gegen das gewonnene Ergebnis einwenden, daß das, was Paulus hier sagt, doch gar zu selbstverständlich sei. Dies Bedenken, an und für sich nicht sehr schwerwiegend, würde beseitigt, wenn wir annehmen, daß Paulus hier eine von ihm nicht gebilligte abweichende Ansicht zurückgewiesen hat. Hier bietet sich nun folgende Hypothese, wie wir meinen in ganz ungezwungener Weise, dar. Muß die zu Pfand*fiducia* hingeebene Sache dem Schuldner zurückgegeben werden, so kann er an sich *mancipatio* oder in iure *cessio* verlangen. Im täglichen Verkehr muß man sich aber hier oft mit *traditio* an den Schuldner begnügt haben, andernfalls könnte ja das Institut der *usureceptio fiduciae* nicht entstanden sein. Möglich, daß der Ausspruch des Paulus sich gegen den Versuch richtet, diese Praxis auch auf den Fall auszudehnen, wo der Gläubiger die *fiducia* zu seiner Befriedigung verkauft. Zu dieser Hypothese stimmt vortrefflich, daß in unsrer Stelle Paulus offenbar das Hauptgewicht auf die Rechtsübertragung durch *mancipatio* oder in iure *cessio* legt, und von dem *tradere* nur so

¹⁾ Einmal: Kraft des ihm zustehenden Eigentums; sodann: gemäß der ihm im *fiduciarischen pactum* gegebenen Ermächtigung. —

²⁾ Die Rechtsübertragung ist nicht Surrogat für eine nicht mögliche Tradition.

nebenbei spricht: über das letztere war eben keine Meinungsverschiedenheit.

Es mag noch bemerkt werden, daß die hauptsächlich auf unsre Stelle sich stützende und für das römische und gemeinrechtliche Pfandrecht mit Grund verworfene Lehre, der verkaufende Pfandgläubiger habe dem Käufer nicht nach den Regeln des Kaufvertrags die Sache zu verschaffen, sondern ihm lediglich sein Recht (seine *actio*) abzutreten¹⁾, ein besseres Gesicht bekommt, wenn wir an *fiducia* denken, von der unsre Stelle ursprünglich handelt.

21, 1 l. 18 pr. Gai. l. I ad ed. prov.

Si quid venditor de mancipio adfirmaverit, idque non ita esse emptor queratur, aut redhibitorio aut aestimatorio (id est quanto minoris) iudicio agere potest: verbi gratia si constantem aut laboriosum aut curracem (aut) vigilacem esse, aut ex frugalitate sua peculium adquirentem adfirmaverit, et si ex diverso levis protervus desidiosus somniculosus piger tardus comesor inveniatur. haec omnia videntur eo pertinere, ne id quod adfirmaverit venditor amare ab eo exigatur, sed cum quadam temperamento, ut si forte constantem adfirmaverit, non exacta gravitas et constantia quasi a philosopho desideretur, et si laboriosum et vigilacem adfirmaverit esse, non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur, sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur.

Die Worte *id est quanto minoris* sind wohl Glossem. Dagegen die Ausführungen von *haec omnia* an scheinen mir von den Kompilatoren zu Lehrzwecken hinzugefügt zu sein. Sie besagen: wenn ein zugesicherter Vorzug auch nicht im höchsten Grade vorhanden ist, kann man nicht mit den genannten Klagen vorgehen; dies kann man nur dann, wenn das gerade Gegenteil des Vorzugs sich herausstellt.²⁾ An sich ist es nun ja ganz unbedenklich, daß ein Jurist das,

¹⁾ Windscheid Pand. I § 237 Note 20 (S. 1078 der 8. Aufl.). —

²⁾ So verstehen die Stelle auch die Basiliken 19, 10, 18 pr. (Heimb. II, 304 sq.): Si quid adesse servo utile venditor affirmaverit, puta . . . non exigimus, ut haec ad summum gradum in eo sint, sed mediocriter sive cum temperamento. Si tamen plane contraria iis, quae affirmata sunt, habere inveniatur, emptor redhibitoria vel quanto minoris actione . . . agit.

was er gesagt hat, noch erläutert. Aber eine solche Erklärung leitet er dann schwerlich mit Worten wie „haec omnia videntur eo pertinere“ ein; solche Worte passen, wenn man die Äußerung eines andern erklärt. Auch will mir scheinen, daß Übertreibungen wie *exacta gravitas quasi a philosopho, continuus labor per dies noctesque* zu der schlichten Art des Gaius wenig passen.

21, 2 l. 65 Papin. l. 8 qu.

Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis spondebant: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit: quaerebatur an uterque heredum conveniri possit, idque placebat propter indivisam pignoris causam. nec remedio locus esse videbatur ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur. sed familiae herciscundae iudicium eo nomine utile est: nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus an vero pro sua dumtaxat portione? cum coheredis neglegentia damnosa non debet esse alteri.

In diesem Fragment halte ich den Passus *nam quid — portione?* für interpoliert. Begründung einer Entscheidung in Form einer Frage ist eine Spezialität justinianischen Kanzleistils.¹⁾ An und für sich kein durchschlagendes Interpolationskriterium, ist sie doch in einem Fragment von Papinian mehr verdächtig, als anderswo: diese etwas aufdringliche Art, einen Satz zu begründen, paßt wenig zu seinem vornehmen Stil. Es kommt aber als zweites äußeres Kriterium hinzu, daß die Rede *tadellos* fließt, wenn wir die Schlußworte *cum coheredis neglegentia* usw. unmittelbar an die Entscheidung *familiae herciscundae iudicium eo nomine utile est* anschließen, während der beanstandete Satz die Rede in störender Weise unterbricht.

Sehen wir uns diesen Satz nun aber auch nach seinem Inhalt näher an, so muß jeder Zweifel schwinden. Die Argumentation läuft so: „Wenn ein Miterbe eine verpfändete Nachlaßsache ganz pfandfrei macht, so hat er Ersatzanspruch

¹⁾ Vgl. Bd. VII S. 23 dieser Zeitschrift unter II.

gegenüber den Miterben; dasselbe muß gelten, wenn er die Sache bloß zu seinem Erbschaftsanteil freimacht.“ Aber mit nichten! Wenn jeder Erbe pro sua portione die verpfändete Sache freimacht, hat keiner gegen den andern einen Anspruch; in dem Fall unseres Fragments hat der Miterbe, der nur pro parte sua pignus liberavit, allerdings Ersatzanspruch, aber nur deshalb, weil der andre Miterbe seinerseits nichts getan hat. Es besteht also zwischen den beiden in dem Fragment gleichgestellten Fällen schon gleich der Unterschied, daß der pro sua portione freimachende Miterbe möglicherweise auch keinen Ersatzanspruch hat. Wir können aber gleich noch weiter gehen und sagen: und wenn er einen hat, so hat er ihn aus einem andern Grund, als der Miterbe, der in totum liberavit. Er hat ihn, nicht weil er pro portione sua liberavit, sondern weil der andre Miterbe nichts getan hat und er, der Liberierende, nun auf Grund der Eviktionsstipulation in Anspruch genommen werden konnte und genommen wurde. Der Ersatzanspruch beruht also in dem einen Fall auf nützlicher Geschäftsbesorgung, in dem andern auf Vermögensschädigung durch kulposes Verhalten. Diesen Grund geben denn auch die Schlußworte cum coheredis neglegentia usw. an, und so erscheint die Begründung in Frageform nicht nur als etwas höchst Oberflächliches, sondern überdies als etwas durchaus Überflüssiges.

23, 3 l. 80 (und 83) Iavol. l. 6 ex poster. Lab.

Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futurum ait Labeo. falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.

Die promissio des Schuldners ist in pendenti, denn sie steht unter der Bedingung „si nuptiae sequantur“. Die Folge davon ist, daß nun auch die obligatio zwischen der Braut und ihrem Schuldner in einen Pendenzzustand kommt, der bewirkt, daß sie ihren Schuldner einstweilen nicht verklagen kann. Diesem Verhältnis würde es besser entsprechen, wenn man lesen würde: quia donec ea promissio in pendenti esset, obligatio in ea (eadem?) causa est. Allein

da der Satz in beiden Redaktionen des Fragments, l. 80 und l. 83, gleichmäßig steht, müßte man freilich annehmen, daß das Verderbnis des Textes sich schon in der Vorlage der Kompilatoren vorfand.

31, l. 14 pr. Paul. l. 4 ad Vitell.

Si idem servus et legatus et liber esse iussus sit, favor libertatis praevallet. sin autem et in posteriore scriptura legatus est et evidens ademptio libertatis ostenditur, legatum propter defuncti voluntatem praevalebit.

Der erste Satz gilt, gleichviel ob die Freilassung in der prior oder in der posterior scriptura ausgesprochen ist. Davon wird nun eine Ausnahme statuiert, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: der Sklave muß in der posterior scriptura vermacht sein und es muß als offener Wille des Erblassers nachgewiesen sein, durch das Legat die Freiheit wieder zu nehmen. Diese Ausnahme ist von den Kompilatoren hinzugefügt. Einmal ist die eine Bedingung, die dazu noch der andern, auf die es allein ankommt, durch das doppelte et nachdrücklich koordiniert ist¹⁾, ganz überflüssig: ist das Legat in der scriptura prior hinterlassen, so könnte doch von einer ademptio libertatis durch dieses Legat keine Rede sein; vielmehr versteht es sich ganz von selbst, daß die Frage, ob der Erblasser die Freiheit wieder habe entziehen wollen, überhaupt erst aufgeworfen werden kann, wenn das Legat in der scriptura posterior steht. Es würde also vollauf genügt haben: „sin autem evidens ademptio libertatis ostenditur.“ Ein zweites Bedenken ist, daß das Gelten der Vermächtnis-Verfügung abhängig gemacht wird vom Beweis, und daß bewiesen werden soll eine evidens ademptio libertatis. Gemeint ist: der Wille, die Freiheit zu entziehen, müsse evident sein. Der Kompilator sah ein, daß durch das Aufrollen der quaestio voluntatis die an der Spitze des Fragments stehende Regel einfach beseitigt werden würde, und hat deshalb die Sache ein wenig verklausuliert, in eben nicht besonders geschickter Weise. Endlich legatum propter defuncti voluntatem praevalebit ist durchaus schief.

¹⁾ Krüger will (adnot. crit. zu dieser Stelle) allerdings das erste et streichen.

Es müßte heißen *legatum . . . valebit*. Ein *praevalere* konnte nur prädiert werden von der *voluntas defuncti* im Gegensatz zu dem *praevalere* des *favor libertatis* im Eingang der Stelle.

33, 9 l. 1 Ulp. l. 24 ad Sab.

Es erweckt einigen Verdacht, daß der Fall gesetzt wird

Uxori suae in annos singulos penoris aliquid heres dare iussus est, si non dedisset, nummos dare damnatus est, und dann, nachdem die Zweifelsfrage gestellt ist, zunächst der Fall behandelt wird, *si quidem semel penus legata est*; dann erst folgt der an den Anfang gestellte Fall. Unzweifelhaft interpoliert sind die Worte *nisi forte aliud tempus vel verbis vel mente testator praestituit*. Das versteht sich von selbst; *mente* für eine stillschweigende Willenserklärung, bei der doch immerhin der Wille irgendwie zum Ausdruck kommen muß, ist sehr fragwürdig und *forte* ist ein Lieblingsausdruck der Kompilatoren.

Am Schluß der Stelle ist der *Passus heredis in devotione coërcenda* echt kompilatorisch.¹⁾

35, 2 l. 88 pr. Afric. l. 5 qu.

Qui quadringenta habebat, trecenta legavit: deinde fundum tibi dignum centum aureis sub hac condicione legavit, si legi Falcidia in testamento suo locus non esset: quaeritur, quid iuris est.

Hier sind nicht etwa centum aurei für eine entsprechende Summe von Sesterzen eingesetzt, sondern die Angabe des Wertes des Grundstücks ist überhaupt interpoliert. Sie hat nicht den mindesten Zweck: denn wenn einmal $\frac{3}{4}$ des Nachlasses zu Vermächtnissen verwendet sind, verstößt jedes weitere Vermächtnis, ob groß oder klein, gegen die *lex Falcidia*. — Interpolation, nicht Glossem, da auch die Basiliken (41, 1, 87, Heimb. IV p. 126) diese Wertangabe haben. Übrigens verrät sich die Interpolation auch dadurch, daß sie am unschicklichen Ort angebracht ist: die Worte *dignum centum aureis* mußten nicht nach, sondern vor dem Worte *tibi* eingerückt werden.

¹⁾ Diesen Schlußsatz hält auch Lenel für interpoliert.

36, 1 l. 30 (29) Marcian. l. 4 inst.

Die Stelle teilt den Wortlaut eines Reskripts der Kaiser Severus und Antoninus mit: „*Testamentum secundo loco factum licet in eo certarum rerum heres scriptus sit iure valere . . . sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet.*“ Die darauf folgende Bemerkung

et¹⁾ hoc ita intellegendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum sind wohl nicht von Marcian. Denn wenn die Kaiser so verfügen propter inserta fideicommissaria verba, so versteht es sich ganz von selbst, daß eine im zweiten Testament zum Ausdruck kommende contraria voluntas beachtet wird und die Anwendung des Reskripts ausschließt. Für Interpolation spricht auch die Redewendung aliquid specialiter contrarium.

39, 3 l. 10 pr. Ulp. l. 52 ad ed.

Si autem plures sint eiusdem loci domini, unde aqua ducitur, omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur: iniquum enim visum est, voluntatem unius ex modica forte portiuncula domini praeiudicium sociis facere.

Die Begründung iniquum enim usw. ist nicht unbedenklich. Es ist nämlich sehr zweifelhaft, ob sie den Sinn des Satzes, der begründet wird, richtig erfaßt. Der Satz omnium voluntas sequenda est mit dem Gegensatz eines einzigen von den Miteigentümern kann einen doppelten Sinn haben. Entweder: Alle müssen zusammen wirken, nicht Einer darf fehlen. Oder: Alle müssen zusammen wirken, Einer allein kann an der gemeinen Sache keine Servitut bestellen. Offenbar liegt der zuerst angegebene Sinn am nächsten, und daß Ulpian die Sache auch so gemeint hat, wird durch die im § 1 anschließende Frage: an tamen subsequi voluntas

¹⁾ Dies et will Mommsen streichen, wohl mit Recht. Es geht oportet voraus, und die Partikel et ist in solchen Fällen ungewöhnlich, üblich vielmehr set.

possit? zur Gewißheit erhoben. Denn so kann man doch nur fragen in bezug auf Einen, dessen man bedarf, nicht aber in bezug auf Einen, der nichts ausrichten kann.

Ist aber dies der Sinn des Satzes *omnium voluntatem esse sequendam*, so ist die Begründung sinnlos: denn was als *iniquum* bezeichnet wird, ist ja gerade die notwendige, wenn auch unliebsame Folge davon, daß das Recht das Zusammenwirken aller Miteigentümer fordert.

Soll der Begründungssatz einen Sinn haben, so kann er nur dahin verstanden werden, daß einer der mehreren Miteigentümer allein der gemeinsamen Sache eine Servitut nicht auflegen kann.¹⁾ Der so verstandene Begründungssatz fordert dann einen andern Sinn des Satzes *omnium voluntatem esse sequendam*, nämlich den zweiten oben angegebenen; aber in diesem Sinn hat, wie wir gesehen haben, Ulpian den Satz nicht gemeint. Damit ist erwiesen, daß der Satz *iniquum enim visum est* usw. nicht von Ulpian ist.

Als äußere Spur der Interpolation kann ich hier nur das bei den Kompilatoren sehr beliebte Wort *forte* anführen.

39, 3 l. 10 § 1 Ulp. l. 53 ad ed.

An tamen subsequi voluntas possit, videamus. et placet, nihil interesse, utrum praecedat voluntas aquae ductionem an subsequatur, quia et posteriorem voluntatem praetor tueri debet.

Zunächst ist wohl unzweifelhaft, daß die Worte *aquae ductionem* ein Glossem sind. Die *voluntas* (*cessio*?) eines einzelnen Miteigentümers folgt nach oder geht voran der *voluntas* der übrigen, und das brauchte nicht gesagt zu werden, wie es denn auch in der Frage als selbstverständlich weggelassen ist.

Sodann ist es einigermaßen auffallend, daß, während in der Frage nur von *voluntas subsequens* die Rede ist, darauf eine Antwort gegeben wird, aus der man schließen könnte, die Frage betreffend die Zulässigkeit sei bezüglich der

¹⁾ So auch Burkhard in Glücks Kommentar, Serie der BB. 39 und 40, Thl. III (die act. aquae pl. arc.) S. 17.

praecedens voluntas schon früher aufgeworfen und entschieden worden; dazu würde auch das *et* vor *posteriorem* stimmen. Man wird aber bei näherer Überlegung sagen müssen, die Gegenüberstellung einer *praecedens* und *subsequens voluntas* habe hier keinen Zweck, und Ulpians Frage habe keinen andern Sinn, als den: können die betreffenden Erklärungen auch zeitlich auseinanderliegen¹⁾, womit dann von selbst gegeben ist, daß eine oder einige vorausgehen, die andere oder die andern nachfolgen.

Am meisten fällt aber auf die Begründung *quia et posteriorem voluntatem praetor tueri debet*. Dies kann man doch wohl nur so verstehen: die Servitutbestellung ist, wenn nicht alle Miteigentümer sie zusammen vornehmen, iure civili ungültig, der Prätor behandelt aber, wenn eine Erklärung auch erst später als die andern erfolgt, die Servitutbestellung als gültig. Dies kann man ja allenfalls so ausdrücken: der Prätor verschaffe der *posterior voluntas* Wirkung, insofern er um ihretwillen die Servitutbestellung als wirksam behandle.²⁾ Nun ist aber aus den beiden soeben zitierten Fragmenten von Celsus und Paulus klar zu ersehen, daß das *ius civile* der klassischen Zeit ein zeitliches Auseinanderliegen der Zessionsakte gestattet, daß mit dem letzten Akt die Servitut existent wird, und daß hier eine gewohnheitsrechtliche Entwicklung vorliegt.³⁾ Die Begründung, welche in unserem Fragment steht, kann daher unmöglich von Ulpian herrühren.

Wir können also nur die Frage, an tamen *subsequi voluntas* possit videamus, dem Ulpian zuschreiben. Was mag aber dem Kompilator, der in diesem Falle eine besonders unglückliche Hand gehabt zu haben scheint, im Sinne gelegen haben?

¹⁾ Vgl. Celsus (8, 3 l. 11): *ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi*; Paulus (8, 4 l. 18): *plures domini et non pariter cedentes*. Als Gegensatz zu Ulpians *subsequi* ist nicht ein *praecedere*, sondern die Gleichzeitigkeit sämtlicher Erklärungen zu denken. — ²⁾ *Tueri* ist allerdings hierfür kein passender Ausdruck: geschützt wird nicht der Wille des zuletzt Zedierenden, sondern derjenige, dem das Servitutrecht bestellt wird. — ³⁾ Paulus 8, 4, 18: *receptum est...*

Man wird nicht fehlgehen in der Annahme, daß der Prätor in dem Falle, wo die Cessio seitens eines Miteigentümers erst später erklärt wurde, sich irgendwie mit der Sache befaßt haben muß; wie käme sonst der Kompilator dazu, ihn zu erwähnen? Das vorstehend schon mehrfach in Bezug genommene Celsus-Fragment gibt uns, wie wir glauben, einen Fingerzeig. Es lautet:

Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant, et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse.

Die Schlußworte von *benignius* an hält Ferrini für interpoliert.¹⁾ Bezüglich der Worte *benignius tamen dicetur* wird das richtig sein: sie sind ganz in der Art der Kompilatoren²⁾ und der scharfen Art des Celsus ganz und gar nicht gemäß. Dagegen das übrige dürfte in der Hauptsache echt sein; wir glauben, daß hier vom Prätor die Rede war und daß der Prätor in unserem Ulpianfragment eine Reminiszenz daran ist. Wir vermuten: wenn die Miteigentümer bis auf einen die Servitut bestellt hatten, so gestattete ihnen der Prätor in der Zwischenzeit bis zu dem Hinzukommen der cessio des letzten nicht, sich auf das *ius civile*, nach welchem ein Servitutrecht noch nicht bestand, zu steifen und sich dabei mit ihrem erklärten Servitutbegründungswillen in Widerspruch zu setzen. Er setzte dies so ins Werk, daß er ihnen *actio negatoria* denegierte bzw. gegen diese Klage *exceptio doli* gewährte. Das ist nun die *tuitio praetoris*, welche dem Kompilator vorgeschwebt hat; daß er als Objekt dieser *tuitio* die *posterior voluntas* bezeichnet hat, ist schlimm, aber manche andere Fehlgriffe sind auch nicht besser.

Es würde danach in dem Celsusfragment noch folgendes interpoliert sein: *ergo subtili ratione* (Celsus: *sed*), ferner

¹⁾ Zufolge Krüger in seiner Neu-Ausgabe der Mommsenschen Digesten. — ²⁾ Welche das *benignius, humanius, humanitatis ratione congruum* gern der *subtilitas iuris* entgegensetzen. Vgl. Seckel-Heumann s. v. *subtilis*, b (wo auch unser *Passus* mit ? als interpoliert verdächtigt ist).

die Worte *benignius. dicetur...non posse*. Celsus hatte etwa geschrieben *praetor tamen et antequam novissimus cesserit, eos qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure prohibet*.

42, 1 l. 7 Gai. ad ed. praet. urb.

Intra dies constitutos quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur, quia constitutorum dierum spatium pro iudicato, non contra iudicatum per legem constitutum est.

Daß hier constitutos und constitutorum für triginta interpoliert ist, hat Gradenwitz vorlängst bemerkt.¹⁾ Mir scheinen aber auch die Worte *multis tamen modis* interpoliert zu sein an Stelle von *tamen per aes et libram*. Lenel bemerkt zu dieser Stelle in seiner Palingenesie (Gai. 52 Note 8), daß gleicher Interpolationsverdacht von Huschke geäußert ist²⁾, und fügt hinzu: „quod non placet, cf. (42, 1) 4 § 7.“ Ich bezweifle sehr, daß mit dieser Verweisung die Sache abgetan ist, und glaube, die Interpolationsannahme ausreichend begründen zu können.

In dem von Lenel zitierten § 7 erläutert Ulpian die Ediktsworte „*condemnatus ut pecuniam solvat*“ (42, 1 l. 4 § 3) und sagt:

solvisse accipere debemus non tantum eum, qui solvit, verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit.

Also: daß er gezahlt habe, daß er dem Edikt nachgekommen sei, kann jeder behaupten, der irgendwie von der obligatio iudicati frei geworden ist. Darin liegt allerdings, daß man von der obligatio iudicati in verschiedener Weise frei werden kann, namentlich zur Zeit des Gaius. Aber das ergibt für die Frage, ob die Worte *multis tamen modis* in unserer l. 7 von Gaius sind oder nicht, schwerlich etwas. In dieser Stelle handelt es sich weder darum, daß es verschiedene Arten gibt, den Judikatsanspruch aufzuheben, noch darum, daß der Aufhebung durch Zahlung jede andre

¹⁾ Bd. VII S. 53 dieser Zeitschrift. — ²⁾ Nexum S. 235 Note 364. Dies war meinem Gedächtnis längst entschwunden, als ich die Gaius-Stelle auf meine Liste setzte.

Aufhebung — sei es überhaupt, sei es hinsichtlich der soeben erwähnten Bestimmung des Edikts — gleich zu achten sei, sondern um die ganz spezielle Frage: ob der *iudicatus* schon vor Ablauf der *triginta dies iusti* befreit werden könne. Denn daß zu den Worten: *multis tamen modis iudicatum liberari posse*, aus dem Vorhergehenden die Worte *intra dies XXX* hinzugedacht werden müssen, wird durch die Begründung *quia* usw. unwiderleglich bewiesen.

Wir erfahren nun (*hodie non dubitatur*), daß einstmals Zweifel darüber bestanden haben, ob vor Ablauf der erwähnten Frist Befreiung von der Judikatsschuld möglich sei, und als Zweifelsgrund wird angegeben, daß vor Ablauf dieser Frist *iudicati* *agi non possit*, d. h. Exekution noch nicht möglich sei. Lassen wir nun einige der denkbaren „*multi modi*“ — deren Zahl übrigens um so mehr zusammenschrumpfen wird, je weiter wir von Gaius rückwärts gehen — Revue passieren speziell unter dem Gesichtspunkt, inwiefern Zweifel über deren Liberationskraft bestanden haben könnten. Zunächst Zahlung — in ältester Zeit nicht *imaginaria solutio*, sondern *reale*, *per aes et libram*. Sollte man jemals gezweifelt haben, daß der *iudicatus* auch schon vor Ablauf der 30 Tage sich durch Zahlung befreien könne? Dies kann unmöglich angenommen werden, da ja diese Frist den Zweck hat, dem *iudicatus* die Möglichkeit zu gewähren, sich noch Zahlungsmittel zu verschaffen (Gai. III, 78). Durch *acceptilatio* kann die Judikatsschuld nicht aufgehoben werden, sie muß erst in eine *verbis* kontrahierte Schuld umgewandelt werden. Ob das in alter Zeit angängig war, mag dahingestellt bleiben; die 30 Tage spielen da jedenfalls keine Rolle. Denken wir dann an *datio in solutum*, so war in alter Zeit sicher nicht zweifelhaft, daß der *iudicatus* dadurch nicht befreit wurde, weder *intra triginta dies*, noch nach Ablauf derselben.¹⁾ An Kompensation ist natürlich erst recht nicht zu denken. Andererseits: wenn innerhalb der Frist der 30 Tage *confusio* eintrat, kann da irgendeinmal

¹⁾ Natürlich zweifle ich nicht im geringsten daran, daß mancher *iudicatus* seinen Gläubiger durch *datio in solutum* abgefunden hat; es mußte aber dann der Liberationsakt *per aes et libram* hinzukommen.

jemand der Meinung gewesen sein, daß deren Wirkung erst Platz greifen könne, wenn die Frist der 30 Tage abgelaufen sei?

Zweifel, wie der in unserer Stelle angedeutete, können doch wohl nur in dem Formalismus des alten Rechts ihren Grund gehabt und sich dann nur bei einem *Liberationsakte* des alten *ius civile* geltend gemacht haben. Sobald wir auf dieser Spur sind, bietet sich uns die *nexi liberatio* ohne langes weiteres Suchen dar. Daß von ihr bei Gaius die Rede gewesen, werden wir wohl nun annehmen dürfen, da 1. das *multis tamen modis* schlechterdings unhaltbar ist, 2. die *nexi liberatio* eine gerade bei dem *iudicatus* vorkommende Aufhebung der *obligatio* ist, die in hohes Alter hinaufreicht und doch noch zu Gaius' Zeiten vorkam (vgl. das *hodie* in unserer Stelle und das *Präsens* bei Gai. III, 173ff.). Wir werden das jedenfalls so lange annehmen dürfen, bis das *multis tamen modis* plausibel erklärt oder durch etwas anderes in plausibler Weise ersetzt ist.

Von außen her wird unsere Interpolationsannahme unterstützt dadurch, daß auch in einer anderen Digestenstelle die *nexi liberatio* ausgemerzt und durch eine Wendung ersetzt ist, die ebenso unbestimmt und nichtssagend ist, wie das *multis modis* in unserem Fragment. Wir meinen 4, 2 l. 9 § 4, wo *vel alia liberatione* steht statt *vel nexi liberatione*.¹⁾ Und in einer zweiten Stelle ist zwar nicht *nexi liberatio* durch etwas anderes ersetzt, aber die Art und Weise der Interpolation ist der in unserem Fragmente sprechend ähnlich. In 20, 6 l. 1 § 1 steht jetzt: *donationem quibusdam modis inutilem esse constabat*; Papinian hatte geschrieben: *propter legem Cinciam* oder etwas Ähnliches, wie schon Savigny erkannt hat.²⁾

Welches waren nun aber die Gründe, aus denen man früher an der rechtlichen Möglichkeit des Erlasses einer

¹⁾ Begründung s. Bd. XIII S. 133 dieser Zeitschrift. — ²⁾ Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft 4, 45. Er drückt sich allerdings zweifelhaft aus: „es ist nicht unwahrscheinlich“. Im System 4, 55 Note g lautet es zuversichtlicher: „Die Stelle ging ohne Zweifel auf die l. Cincia und ist interpoliert.“ Cujacius zu dieser Stelle denkt neben der l. Cincia an kaiserliche Konstitutionen.

Judikatsschuld per aes et libram vor Ablauf der 30 Tage gezweifelt hat? Sicherlich würde eine unbedingt befriedigende Antwort hierauf das Ergebnis unsrer Untersuchung ungemein befestigen; wir möchten aber doch dagegen Verwahrung einlegen, daß dies Ergebnis schon deshalb abzulehnen sei, weil wir einen solchen Grund nicht zu allseitiger Zufriedenheit anzugeben vermögen.

In dieser Beziehung kommt uns eine Stelle gelegen, die mit unserem Fragment insofern eine Ähnlichkeit hat, als in derselben ebenfalls Zweifel über die Zulässigkeit eines Rechtsaktes des alten ius civile vor Ablauf einer bestimmten Frist erwähnt werden, welche zur Zeit des darüber referierenden Juristen längst überwunden waren. Es ist dies die l. 72 de adqu. vel om. hered. (29, 2) von Paulus (l. 1 ad Plaut.):

Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat (Paul. cernat)¹⁾ hereditatem, et si non ita adierit (creverit) alius ei substituatur, prior autem heres antequam adierit (creverit), decesserit: nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis (cretionis) exspectare non solet (debet?).

Wir können uns heute schwer vorstellen, wie man so formalistisch sein konnte, im Falle des Todes des cum cretione Eingesetzten dem secundo loco Eingesetzten noch zuzumuten, erst noch den Ablauf der Kretionsfrist abzuwarten.²⁾ Aber aus der Darstellung der cretio bei Gaius vermögen wir uns diese Sonderbarkeit doch einigermaßen zu erklären. Nach dieser (II, 168) wird der so Eingesetzte durch die Erklärung³⁾, die Erbschaft nicht antreten zu wollen, nicht beseitigt, sondern es muß noch die Kretionsfrist ablaufen, und so sagt denn Gaius (II, 164) nicht ohne eine gewisse Übertreibung, daß die cum cretione Eingesetzten temporis fine sum-

¹⁾ Die Interpolation ist außer allem Zweifel, s. Jherings Jahrb. Bd. 23 S. 134f. — ²⁾ Ich nehme allerdings an, daß zu den Worten nemo dubitat hinzuzudenken ist: hodie. Wäre die strengere Ansicht niemals aufgestellt worden, so könnte ich mir nicht erklären, wie ein klassischer Jurist über diesen casus ein Wort habe verlieren mögen. — ³⁾ Constituere bedeutet doch wohl hier, wie auch anderswo (z. B. 41, 2, 17 § 1) einen erklärten Entschluß.

moventur.¹⁾ Es scheint nun, daß früher Manche der Meinung waren, wie das Nichtwollen nicht entscheidend sei, vielmehr der Ablauf der Frist, so sei es auch beim Nichtkönnen — je größer der Formalismus, desto eher werden materielle Unterschiede beiseite gesetzt.

Wir kehren nun zu unserer l. 7 in der Erwartung zurück, in dem Formalismus der alten Jurisprudenz die gewünschte Aufklärung zu finden.

Die *nexi liberatio* wird noch zu Gaius' Zeit verwendet und ist erforderlich, wenn gewisse Schulden (Gai. III, 174) durch Erlaß aufgehoben werden sollen. Solange das Darlehnsnexum bestand, gehörte die Schuld aus diesem in erster Linie hierher, denn die *nexi liberatio* war der *actus contrarius* der *nexi obligatio*. Wie bei der *acceptilatio* gilt: nur durch sie kann eine *verbis* kontrahierte Schuld aufgehoben werden, und andererseits: nur eine *verbis* kontrahierte Schuld kann durch *acceptilatio* erlassen werden, so galt auch hier: nur *per aes et libram* kann eine Nexumschuld erlassen werden, und nur eine Nexumschuld kann *per aes et libram* erlassen werden. Von den bei Gaius aufgeführten Fällen steht diesem am nächsten²⁾ derjenige, den er so beschreibt:

si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit.

Es ergibt sich aus dem Gebrauch des Präsens, daß dieser Fall zur Zeit des Gaius noch vorkommen konnte. Da an die Fortdauer des Darlehnsnexum bis in diese Zeit nicht zu denken ist, kann nur die Schuld desjenigen gemeint sein, *pro quo sponsor dependit* (Gai. 4, 22)³⁾, eine Schuld, die mit einem *per aes et libram gestum* aufs engste zusammenhängt.⁴⁾ Wie diese, so ist bezw. war auch die Schuld aus Judikat und *Damnationslegat* *exequierbar*, und da es hier zum Zweck

¹⁾ Denn es ist ja Unterlassen des *cernere* weiteres Erfordernis. —

²⁾ Natürlich nicht im zeitlichen Sinne. — ³⁾ Ob auch eine obligatorische Verpflichtung im Anschluß an einen *Manzipationsakt*, scheint mir jetzt zweifelhaft. Anders Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte S. 30 Note 15. — ⁴⁾ Die Ausdrucksweise des Gaius a. a. O. stimmt sehr gut dazu. Die *exequierbare* Schuld des Hauptschuldners beruht nicht unmittelbar auf dem *dependere* des Sponsor, denn dieses ist ja *solvendi causa* geschehen.

des Erlasses an einem *actus contrarius* fehlte, griff man als Surrogat zu der *nexi liberatio*, weil diese auch eine *exequierbare* Schuld, die aus dem *Darlehnsnexum*¹⁾, zu tilgen vermochte. Nunmehr lautete die Regel so: eine *exequierbare* Schuld kann nur mittelst *nexi liberatio* erlassen werden, und andererseits: mittelst *nexi liberatio* kann erlassen werden nur eine *exequierbare* Schuld. Wir brauchen jetzt bloß anzuschließen: eine *Judikatsschuld* ist aber erst nach Ablauf der 30 Tage *exequierbar*, und wir haben den ursprünglichen Rechtszustand, der in dem von Gaius berichteten Zweifel noch nachklingt. Daß man mit der Zeit diese formelle Bedeutung der 30 dies ignorierte und ihre materielle, wirtschaftliche Bedeutung hervorkehrte, entspricht durchaus dem allgemeinen Zug der Entwicklung des römischen Rechts.

45, 1 l. 116 Papin. l. 4 qu.

Decem stipulatus a Titio, postea quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire. sed et si decem petierit a Titio, Maevius non erit solutus, nisi iudicatum Titius fecerit.

Zunächst ist zu lesen *sed si decem petierit*. Das *et* ist Geminatio der beiden letzten Buchstaben von *set*, und paßt durchaus nicht zum Gedankengang. Dieser ist folgender: es kann allerdings Mävius in die Lage kommen, das Ganze zahlen zu müssen (wenn von Titius nichts zu holen ist); insofern könnte man Mävius einem Korrealschuldner gleichstellen. Aber er ist das nicht²⁾, und darum befreit ihn die Belangung von Titius nicht.

Der Nisi-Satz sodann ist interpoliert. Er enthält keine Ausnahme, sondern einen andern Tatbestand. Wenn Titius *iudicatum facit*, so ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß *si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus*.³⁾ Es scheint,

¹⁾ Daß ich immer noch an der Exekutivkraft des *Darlehnsnexum* und des *Damnationslegats* festhalte, kann ich hier nur konstatieren. Im übrigen vgl. meine Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte S. 18 Note 4.

— ²⁾ Paulus führt das in der *Nota*, die folgt, in mehrfacher Beziehung noch näher aus. — ³⁾ Vgl. Bd. VII dieser Zeitschrift S. 27.

daß der Kompilator diese ungeschickte Ausnahme mit Rücksicht auf das Gesetz Justinians C. 8, 40, 28 beigelegt hat.

In der folgenden Nota des Paulus schreibt Mommsen¹⁾:

et solvete Titio non liberatur Maevis (qui nec tenebatur), cum condicio stipulationis deficit et rel.

Mir ist es nicht zweifelhaft, daß zu schreiben ist: (qui nec tenebatur, cum condicio stipulationis deficit) et rel. Die Worte cum condicio usw. geben den Grund an für nec tenebatur, nicht für non liberatur. Das Imperfekt tenebatur darf nicht irreführen: es besagt, daß Mävis zu keiner Zeit schuldete.

46, 2, 2 Ulp. l. 48 ad Sab.

Omnes res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacunque obligatione.

Die drei letzten Worte sind als Glossem zu streichen; sie sind, da das Vorhergehende doch auch schon reichlich weitschweifig ist, geradezu unerträglich.

46, 2 l. 9 § 2 Ulp. l. 47 ad Sab.

Qui actum stipulatur, deinde iter, nihil agit; item usumfructum stipulatus si usum stipuletur, nihil agit. sed qui iter stipulatus actum postea stipuletur, aliud magis stipulatur: aliud est enim iter, aliud actus.

Die gesperrt gedruckte Begründung ist sehr fragwürdig. Aliud magis stipulatur ist für den Fall gesagt, daß die stipulatio itineris vorausging. Für den Fall, daß sie nachfolgt, heißt es: nihil agit. Dies nihil agit gilt für den andern Fall offenbar nicht, denn sonst könnten die Fälle so, wie es geschieht, einander nicht gegenübergestellt werden. Daß aber iter und actus etwas Verschiedenes sind, ist doch wohl in dem einen wie in dem andern Falle wahr. Die Begründung ist also unzweifelhaft unrichtig. Die nächste Frage ist nun — denn dem Ulpian wollen wir einen solchen Lapsus nicht aufs Konto setzen — Interpolation oder Glossem? Da die

¹⁾ In beiden Ausgaben der Digesten; desgleichen Krüger in der Neubearbeitung und Lenel in der Palingenesie Pap. 108.

Basiliken den Begründungssatz nicht haben, wird man sich für die zweite Alternative zu entscheiden haben.

Eine weitere Frage aber ist: welches war für Ulpian die *ratio decidendi*? Die Worte *aliud magis stipulatur*, die zu der falschen Begründung den Anlaß gegeben haben, dürfen bei dieser Überlegung nicht auch noch ausgeschaltet werden, vielmehr weisen sie uns den richtigen Weg. Es hat keinen praktischen Sinn und Zweck, etwas, was man aus Stipulation zu fordern hat, nochmals zu stipulieren. Eine solche Stipulation *nihil agit*, wörtlich: sie bezweckt nichts (kann nichts bezwecken) und das ist für den praktischen Juristen gleichbedeutend mit: sie ist nichtig. Daher das Erfordernis bei der Novation ohne Änderung der Subjekte, daß *aliquid novi* in der zweiten Stipulation sein müsse.

Eben dieser Fall liegt nun auch dann vor, wenn jemand ein *minus* stipuliert, nachdem er sich das *plus*, in dem das *minus* enthalten ist, hat versprochen lassen; er hat insoweit das zweitemal *idem* stipuliert. Seine Stipulation ist genau so zwecklos, wie wenn er in der zweiten Stipulation genau dasselbe sich hätte versprochen lassen, wie das erstemal. Daß aber *actus* und *iter* so sich zueinander verhalten, ist unzweifelhaft. Anders liegt die Sache im umgekehrten Fall; hier kann man in der Tat nicht sagen, es sei ebenso, wie wenn dasselbe stipuliert worden sei. Wenn also jemand die Worte „*aliud magis stipulatur*“ noch begründen wollte, so müßte er sagen: „denn in dem Rechte des *iter* ist das des *actus* nicht enthalten“; nicht darauf, daß der *actus* ein *aliud* ist, sondern darauf, daß er ein *plus* ist, kommt es an.

46, 3 l. 79 Iavol. l. 10 epist.

Pecuniam quam mihi debes aut aliam rem si in conspectu meo ponere te iubeam, efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiat: nam tum, quod a nullo corporaliter eius rei possessio detinetur, adquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda est.

Es ist zu lesen: *quanquam a nullo corporaliter usw.* Vgl. Celsus 41, 2 l. 18 § 2: *si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.*

46, 3 l. 95 § 1 Papin. l. 28 qu.

Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aequae peti poterit. enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est, tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur. aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset.

Daß dieses Fragment von den Kompilatoren überarbeitet sei, hat Scialoja im *Bollettino dell'istituto di diritto Romano* (XI, p. 63 sqq.) eingehend ausgeführt. Da diese Annahme neuerlich von Mitteis¹⁾ abgelehnt worden ist, möchte ich meine Zustimmung zu der Ansicht Scialojas, da dieser seine Ausführungen fast ausschließlich inneren, sachlichen Gründen entnimmt, durch Hervorhebung einiger äußerlicher Interpolationsmerkmale begründen.

Der Passus *si forte longe fuit vilior* ist in mehrfachem Betracht anstößig. *Forte* ist ein Lieblingsausdruck der Kompilatoren. Wenn man ferner zum Ausdruck bringen will, daß die aestimatio des gestorbenen Sklaven dann nicht angeboten werden kann, wenn dieser geringwertiger war, als der noch in obligatione gebliebene, so paßt das *forte* überhaupt nicht. Endlich wird durch diesen Passus der Fluß der Rede unangenehm unterbrochen. — Sodann: quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est. Was denn? Es kann doch nur gedacht werden an eine Bestimmung, daß der Gläubiger die aestimatio des gestorbenen Sklaven, wenn er will, fordern kann; das id weist uns aber zurück auf ein offerre aestimationem von seiten des Schuldners. — Ferner ist anstößig die schleppende

¹⁾ Römisches Privatrecht I S. 319 Note 14.

Wiederholung des Subjektes fideiussor, zumal die beiden Verba, zu denen fideiussor als Subjekt gehört, so dicht beieinander stehen (*interfecit, quia tenetur*). — Endlich die stets verdächtige *actio ex stipulatu*.

47, 2 l. 50 § 1 Ulp. l. 37 ad ed.

Ope consilio furtum factum Celsus ait non solum, si idcirco fuerit factum, ut socii furarentur, sed et si non ut socii furarentur, inimicitiarum tamen causa fecerit.

Das Wort furarentur kann nicht richtig sein. Ein Anstifter, dessen Absicht nicht darauf gerichtet ist, daß die Angestifteten stehlen! Die Emendation liegt aber auf der Hand: es ist zu lesen lucrarentur. Wenn Pedius richtig bemerkt: *sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo quemquam posse* (§ 2 unseres Fragments), so mochte mancher der Ansicht sein, der Anstifter müsse auch an dem animus lucri faciendi wenigstens insoweit teilhaben, daß seine Absicht auf einen von den Angestifteten zu machenden Gewinn gerichtet sei. Dagegen richtet sich der Ausspruch des Celsus.

Die Basiliken ergeben zu dieser Stelle nichts.

47, 2, l. 62 § 1 Afric. l. 8 qu.

His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas.

In seiner Palingenesie bemerkt Lenel zu D. 13, 7 l. 31 (Afric. 108) Note 3: „hoc fragmentum pertinere ad quaestionem (47, 2) 62 tractatam facile perspicis. cum autem ibi quoque de pignore agatur“ (in den §§ 1 und 3) „Tribonianum suspicari licet, id quod Africanus hoc loco“ (in 13, 7, 31) „de fiducia scripserat, ad pignus transtulisse“. Mir scheint die Interpolation (pignori für fiduciae und contraria pigneraticia für fiduciae) in unserm § 1 ebenso sicher zu sein, wie die entsprechenden Interpolationen in D. 13, 7, 31. Der Ausdruck pro noxae deditione hominem relinquere läßt keinen Ausweg offen; er beweist, daß der, dem der Sklave als Pfand gegeben ist, Eigentum schon hat, und das ist eben nur bei fiducia der Fall. Man muß nun eben annehmen, daß die

Kompilatoren dieselbe Stelle des African zweimal benützt haben, einmal in 13, 7, l. 31 und dann in 47, 2, 60 § 1 und 3, welcher letztere, gegen den entsprechenden Passus in 13, 7, 31 gehalten, schlecht genug sich ausnimmt. Daß African in dem Zusammenhang der Erörterungen des fr. 62 auch vom *pignus* gesprochen habe, ist nicht unwahrscheinlich, begreiflich aber, daß die Kompilatoren das wegließen, weil sie durch die Interpolation diesen Fall als miterledigt ansahen.

47, 2 l. 62 (61) § 2 Afric. l. 8 quaest.

Idem dicendum de eo, quem convenisset in causa redhibitionis esse, uti, quemadmodum accessiones et fructus emptor restituere cogitur, ita e contrario venditor quoque vel damnum decidere vel pro noxae deditione hominem relinquere cogatur.

Die Inkonzinnität dieser Stelle ist evident. Sie ist so groß, daß die Annahme, sie beruhe auf bloßer Flüchtigkeit des klassischen Juristen, gänzlich ausgeschlossen ist. Bei einem Satzgefüge, wie wir es hier vor uns haben — *quemadmodum: ita e contrario* — erwartet man, daß von der einen und von der Gegenseite korrespondierende Leistungen sich gegenüberstehen. Also im Falle der Redhibition auf Seite des Käufers Rückgabe der Kaufsache nebst Akzessionen und Früchten, auf Seite des Verkäufers Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen. Man versteht nun, warum hier beim Käufer nur von Rückgewähr der Akzessionen und Früchte die Rede ist — der Verkäufer muß ihm, wenn er nicht *damnum decidere* vorzieht, die Kaufsache lassen — aber warum statt Rückgewähr des Kaufpreises mit den Zinsen die Verpflichtung des Verkäufers, die aus dem von dem Sklaven begangenen *furtum* entsteht, als die der andern korrespondierende hingestellt ist, das verstehe ich nicht. Man kann ja sagen: es sei dem Juristen hier nicht darum zu tun, die sich aus der Redhibition auf beiden Seiten ergebenden Verpflichtungen gegenüberzustellen, sondern anzugeben, wie sich in diesem Falle die aus dem *furtum* sich ergebenden Verpflichtungen gestalten. Gut, aber dann ist mit der Gegenüberstellung *quemadmodum — ita e contrario* — nichts anzufangen.

Eine Gegenüberstellung, bei der die Folgen des *furtum* mit hereingezogen werden, hätte etwa in folgender Weise einen Sinn. Dem Käufer bleibt die Sache, wenn der Verkäufer es vorzieht, *pro noxae deditione* den Sklaven dem Käufer zu lassen; der Verkäufer muß aber gleichwohl den Kaufpreis des Sklaven zurückgeben. Wie aber der Käufer, der die Sache behält, dem Verkäufer deren Früchte und Akzessionen (bis zum Zeitpunkt des *pro noxae deditione relinquere*) zurückgeben muß, so muß auch der Verkäufer¹⁾ neben dem Kaufpreis noch Zinsen von demselben zahlen. Wenn African solches oder ähnliches geschrieben hat, kann man sich allenfalls vorstellen, daß durch eilfertiges Streichen und Wiederausammenflicken das herausgekommen ist, was wir jetzt lesen.

Sehr merkwürdig ist, daß Cujaz in seiner Behandlung dieser Stelle (*ad Afric. tract. VIII*) nichts Anstößiges darin gefunden hat.²⁾

47, 2 l. 62 (61) § 6 *Afric. l. 8 qu.*

... itaque eum, qui commodaverit, sicut in locatione, si dolo quid fecerit, non ultra pretium servi quid amissurum et rel.

Mich wundert, daß Mommsen hinter *fecerit* folgendes einschalten will: *omnimodo damnum praestaturum esse: si dolo non fecerit usw.* Denn es ist doch in viel einfacherer Weise zu helfen, indem man statt *si dolo* setzt: *nisi dolo*. Das hat auch noch das für sich, daß man sieht, wie das *ni* wegfallen konnte: wegen des vorangehenden *ne* in *locatione*.

50, 17 l. 35 *Ulp. l. 48 ad Sab.*

Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.

¹⁾ So kommt auch das *quoque* nach *venditor*, welches jetzt ganz überflüssig ist, zu seinem Recht. — ²⁾ Er wendet die Sache so (*ed. Venet. 1758 I p. 1264*): *actione redhibitoria venditor damnum sarcire aut servum pro noxae deditione relinquere debet, ut quemadmodum emptor ei restituit servum et accessiones et fructus perinde ac si eum non emisset, ita ipse emptori restituat (sic), si quid detrimenti senserit per eum servum, aut non accipiat redhibitum sed relinquat pro noxa.*

Es hält wirklich schwer, hier nicht an Stelle von *dissolvere* zu setzen: *dissolvi*. Der Jurist fährt unmittelbar so fort: *ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*.

Zum Schlusse möchte ich die Aufmerksamkeit noch auf ein Institut des klassischen Rechts lenken, das zur Zeit der Kompilatoren längst antiquiert war und eben darum ihnen Anlaß geben mußte, das eine oder andre der für die Digesten ausgewählten Fragmente zu ändern. Ich meine den sogenannten Literalkontrakt.

Bis jetzt ist von Interpolationen in dieser Richtung wenig bemerkt worden, was sehr wahrscheinlich auch darin begründet ist, daß die Kompilatoren die ihnen obliegende Adaptierung hier durch bloße Streichung bewirken konnten. Dies macht es natürlich schwierig, die Änderung zu bemerken, und noch schwieriger, sie zu beweisen.

Im folgenden Fragment von Ulpian:

46, 2 l. 1 § 1 Ulp. l. 46 ad ed.

Illud non interest, qualis praecessit (processit Flor.) obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscunque igitur obligatio sit quae praecessit, novari verbis potest et rel.

hat Lenel¹⁾ eine solche Änderung angenommen. Nach ihm hat Ulpian hier geschrieben *et utrum verbis an literis an re an consensu*. Dies hat große Wahrscheinlichkeit für sich, wenn dieser Passus überhaupt von Ulpian und nicht vielmehr von den Kompilatoren herrührt, denen Gai. III, 119^a vorgeschwebt haben kann. Der Zweifelsgrund ist, daß Ulpian doch wohl geschrieben haben würde: *et utrum verbis . . . an consensu contracta*. Es ist aber zuzugeben, daß dies kein durchschlagender Grund ist.

Eine weitere Stelle, in der meiner Ansicht nach die Erwähnung des Literalkontrakts von den Kompilatoren gestrichen wurde, ist die l. 11 § 1 de novat. (46, 2) aus Ulpians l. 27 ad edictum.²⁾ Um die vermutete Streichung wahr-

¹⁾ Ulp. Nr. 2925 Note 5. — ²⁾ Lenel bringt das Fragment in sehr plausibler Weise in Zusammenhang mit Erörterungen über das

scheinlich zu machen, muß ich etwas weiter ausholen und zunächst auf das principium desselben Fragments näher eingehen. Es lautet:

Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit.

Es scheint mir unmöglich zu sein, diese Stelle von etwas anderem, als von einer Passivdelegation, und nur von einer solchen, zu verstehen. Liest man sie bloß bis zu dem Worte *creditori*, so kann gar kein Zweifel sein, daß Passivdelegation definiert ist. Die nun folgenden Worte *vel cui iusserit* führen aber, wenn man ohne vorgefaßte Meinung an ihre Deutung herantritt, über Passivdelegation keineswegs hinaus. Die Frage ist diese: was ist als Subjekt des Verbums *iusserit* zu denken, und die Antwort darauf kann nicht zweifelhaft sein. Im Vorhergehenden findet sich kein Substantiv, welches ungezwungen als Subjekt zu *iusserit* ergänzt werden könnte, als das Wort *creditori*.¹⁾ Es geht nicht an, diese Auslegung, welche, wenn man nicht der Grammatik Gewalt antun will, die allein mögliche und welche auch sachlich in keiner Weise zu beanstanden ist, lediglich deshalb abzulehnen, weil die Definition der Delegation dann zu eng sein würde, d. h. diejenigen Fälle nicht mit umfasse, in denen der Delegatar nicht Gläubiger des Deleganten ist. Denn es ist offensichtlich eine ganz willkürliche Annahme, daß es nur einen Delegationsbegriff, den des weiteren Umfangs gegeben habe. Anstatt auf Grund dieser Annahme unserer Stelle Gewalt anzutun, muß man vielmehr auf Grund dieser Stelle anerkennen, daß das Wort *delegatio* auch in einem engern, nur die Passivdelegation begreifenden Sinne von den römischen Juristen gebraucht wird. Von den römischen Juristen: denn das ist doch wohl ausgeschlossen, daß es sich hier um einen spezifisch Ulpianischen Sprachgebrauch handle.

constitutum debiti alieni; vom Konstitut handelte Ulpian im 27. Buche seines Ediktskommentars; vgl. *ed. perpet. (II^a) § 97* Note 6 und *Palingen. Note* zu Ulpian Nr. 797.

¹⁾ Vgl. Regelsberger in der *Münchener Krit. V. J. Schr.* Bd. 28 S. 380 gegen Danz, *Die Forderungsüberweisung* usw. S. 30f., der seinerseits mit Recht die von v. Salpius, *Novat. und Delegation* S. 47f. gegebene Erklärung der Stelle verwirft.

Für diese engere Bedeutung von *delegare* und *delegatio* fehlt es nicht an anderweitigen Belegen. Gleich der § 1 unseres Fragments, in dem wir die Hand der Kompilatoren vermuten, bietet einen solchen. Wenn Ulpian unmittelbar nach dem pr. fortfährt:

Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem,

so ist schon formell die Annahme gerechtfertigt, daß mit *delegatio* ebendasselbe gemeint sei, wie mit *delegare* im pr., nämlich die Passivdelegation; das pr. sagt, was die Passivdelegation ist, der § 1, wodurch sie bewerkstelligt wird. Eine Bestätigung des Gesagten — die übrigens kaum verlangt werden wird — liefern die Basiliken, in denen pr. und § 1 in einen Satz zusammengezogen sind.¹⁾ Aber auch der Inhalt des § 1 führt zu der Annahme, daß mit *delegatio* Passivdelegation gemeint sei. *Fit delegatio per litis contestationem* kann so schlechtweg nur gesagt werden, wenn die Litiskontestation mit einem Vertreter des Schuldners vorgenommen wird, denn nur in diesem Falle wird ausnahmslos der Schuldner frei und erhält der Gläubiger den Vertreter zu seinem Schuldner. Setzt man den Fall, daß ein Vertreter des Gläubigers die Litiskontestation vornimmt, so kommt ein Subjektswechsel nur zustande, wenn der Vertreter ein Kognitor ist.

Auch in der Rechtsparömie *solvit et qui reum delegat* wird *delegare* schlechtweg für Passivdelegation gebraucht. Daß der delegierte Schuldner einem Gläubiger delegiert wird, ergibt das Wort *solvit*. Eine wirklich solutionsmäßige Befriedigung erhält aber mein Gläubiger nur dann, wenn er vom *delegatus* bekommt nicht was dieser mir zu leisten hat, sondern was ich, der Delegant, dem Gläubiger schulde. Der Satz *solvit et qui reum delegat* scheint übrigens sehr alt zu sein, denn der bei Cato vorkommende Ausdruck *pecuniam delegare*²⁾ setzt ihn offenbar als einen ganz geläufigen voraus.

¹⁾ Bas. 4, 26, 11 Heimb. III p. 111. Nach Heimbachs Übersetzung *debitor vice sua dat reum creditori vel cui iusserit vel per stipulationem vel per litis contestationem*. — ²⁾ Cato de agricult. c. 149: *donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit*.

Einen weiteren, wertvollen und an unser Thema unmittelbar heranführenden Beleg für den angegebenen Gebrauch von *delegare* bietet endlich Gai. III, 130. Gaius beschreibt in dieser Stelle die *transscriptio a persona in personam* als *Passivdelegation*:

A persona in personam transscriptio fit veluti si id,
quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero;

und setzt dann der so beschriebenen das Wort *delegare* ohne weitem Zusatz gleich:

id est si Titius te¹⁾ delegaverit mihi.²⁾

Sehr bemerkenswert ist auch, daß Gaius an einer andern Stelle, wo er von einer *Aktivdelegation* spricht, das Wort *delegare* nicht gebraucht, sondern *iubere*.³⁾

Ich wende mich nun wieder zu dem § 1 des fr. 11 de nov. et del. Er macht entschieden den Eindruck, als sollten die Fälle der *Passivdelegation* erschöpfend aufgeführt werden. Für das justinianische Recht ist das, was dasteht, auch in der Tat erschöpfend. Für das klassische Recht aber fehlt der *Literalkontrakt* und nur dieser, und ich zweifle nicht, daß Ulpian ihn auch angeführt hat. Es ist ja auch gar kein Grund erfindlich, weshalb Ulpian von drei Fällen zwei angeführt und den dritten weggelassen haben sollte. Er wird hinzugefügt haben:

vel ea transscriptione quae a persona in personam fit oder etwas Ähnliches, und dies mußte natürlich von den Kompilatoren gestrichen werden. Die Änderung hat keine Spur hinterlassen, weil sie lediglich in einer Streichung bestand.

Ferner ist auch l. 2 § 4 ad Sct. Vell. 16, 1 so, wie wir diese Stelle jetzt lesen, schwerlich von Ulpian geschrieben. Die Stelle lautet jetzt:

¹⁾ Huschke (und nach ihm Seckel und Kübler) hat *te pro se*, weil der Cod. Ver. *te se* bietet. Allein dies *pro se* ist doch allzu selbstverständlich. — ²⁾ Mir, der im vorausgehenden als Gläubiger bezeichnet ist (*quod mihi Titius debet*). — ³⁾ II, 38: „sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris.“ Da *delegare* auch für das Anweisen gebraucht wird, hätte Gaius wohl sagen können: *delegante me*.

Omnis omnino obligatio senatus consulto Velleiano comprehenditur, sive verbis sive re sive quocunque alio contractu intercesserint.

Zunächst liegt in den Worten omnis — comprehenditur insofern eine Zweideutigkeit, als man sie auch so verstehen kann, daß bei jeder Obligatio, in welche die Frau durch Interzession eintritt, das Sct. Hilfe gewähre; erst die folgenden Worte sive verbis usw. klären auf, daß omnis omnino usw. auf Obligationen geht, durch deren Kontrahierung eine Interzession bewirkt wird. Würde nach omnis omnino obligatio gesagt: durch deren Eingehung interzediert werden kann, so würde die soeben hervorgehobene Zweideutigkeit beseitigt sein. Aber noch ein anderer Mangel würde dann wegfallen: der nämlich, daß das omnis omnino obligatio ohne die gedachte Beschränkung zu weit und insofern falsch ist. Die Worte ferner sive quocunque alio contractu intercesserint sind ebenfalls zu weitgehend, insofern als sie die Vorstellung erwecken, als ob außer re und verbis noch vermittelt einer unbestimmten Zahl von Kontrakten interzediert werden könnte, was durchaus nicht der Fall ist. Mittelst Kontrahierung eines Kauf- und Mietvertrags, eines mandatum, einer societas kann eine Interzession nicht bewirkt werden, und von Realkontrakten ist einzig und allein das mutuum (welches im Texte des Sct. auch erwähnt ist) dazu tauglich. Wenn wir aber fragen, was Ulpian an Stelle von sive quocunque alio contractu geschrieben habe, so dürfte die Antwort nicht schwer sein: er hat den einzigen noch übrigen obligatorischen Vertrag, mittelst dessen interzediert werden kann, und der unter den Begriff contractus fällt, erwähnt, den Literalkontrakt: sive verbis sive re sive literis intercesserint. Man kann dazu in Parallele stellen die oben besprochene Interpolation von 42, 1, 7, wo multi modi an die Stelle der liberatio per aes et libram gesetzt ist.

In demselben Titel 16, 1 ist noch eine nicht interpolierte Stelle, welche auf Literalkontrakt bezogen werden kann:

16, 1, 13 pr. Gai. l. 9 ad ed. prov.

Aliquando, licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adiuvatur hoc senatus consulto: quod tum accidit, cum

prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipiat. ut ecce si . . . hereditatem emerit, et aes alienum hereditarium in se transscribat et rel.

Wenn auch der Bucheintrag des Gläubigers es ist, der obligationsbegründende Wirkung hatte, so war dafür doch ein entsprechender Eintrag des Schuldners — bei transcriptio a persona in personam des neuen Schuldners — condicio sine qua non, und man konnte mithin diesen Eintrag füglich als ein alienam suscipere obligationem charakterisieren.

V.

Über das *ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mutter, ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten.¹⁾

Von

Herrn Professor Dr. B. Kübler

in Berlin.

Es ist eine echt römische Anschauung, daß die Frau durch nichts so sehr geehrt wird, als durch die Kinder, die sie mit Schmerzen geboren, selbst genährt²⁾ und unter Entsagungen aller Art und mit mütterlicher Hingebung aufgezogen hat. So sagt Properz in der Cornelia-Elegie (4, 11, 71):

haec est feminei merces extrema triumphii,
laudat ubi emeritum libera fama³⁾ rogam.

¹⁾ Für mehrere inschriftliche Nachweise zu dieser Untersuchung bin ich meinem verehrten Kollegen H. Dessau zu besonderem Danke verpflichtet. — ²⁾ Marquardt-Mau, Privatleben der Römer 58 n. 4. C. J. L. VI 19128 = Dessau 8451: *Graziae Alexandriae insignis exempli ac pudicitiae, quae etiam filios suos propriis uberibus educavit.* — ³⁾ *libera fama* = *liberorum fama* nach Ad. Kießling, eine Erklärung, die allerdings Rothstein z. d. St. verwirft. Aber ich sehe keine andere Mög-