befriedigend, und das Fragment muß m. E. immer noch als Beweis für die Zulässigkeit der *actio comm. div.* bei Fortdauer der Gemeinschaft betrachtet werden.

Die Stelle steht auch in dieser Beziehung nicht vereinzelt da. Auch bei anderen Stellen¹⁾ dürfte die nächstliegende Auslegung gegen die Lehre des Verf.s sprechen. So D. 47. 2. 62 (61) pr.; 9. 4. 19 pr. und 10. 3. 12. Auf die Ausführungen des Verf.s S. 228. 229 bzw. 235 ff. kann ich jedoch nicht näher eingehen.

Die Teilungsklagen haben ursprünglich Aufhebung der Gemeinschaft bezweckt; dabei ist es jedenfalls nicht geblieben, da, wie Berger hervorhebt, die Teilungsklagen auch nach Aufhebung der Gemeinschaft in gewissen Fällen angestellt werden konnten, und damit ist auch schon für die klassische Zeit der prinzipielle Grund weggefallen, die Zuständigkeit der Teilungsklage ohne Aufhebung der Gemeinschaft für ausgeschlossen zu halten.

Praktische Gründe dürften wohl dafür gesprochen haben, dem Genossen schon während des Fortbestandes der Gemeinschaft durch die auf die Gemeinschaft bezügliche Klage Ersatz für seine Auslagen zukommen zu lassen. Dadurch konnten alle schwebenden Ansprüche aus dem *Praestationesgebiet* auf einmal erledigt werden.²⁾

Upsala.

Martin Fehr.

C. Gunnar Bergman, Privatdozent an der Universität Lund,
Beiträge zum römischen Adoptionsrecht. Lunds Universitets Årsskrift, N. F. Afd. 1. Bd. 8 nr. 1., Lund 1912.

Der Verfasser geht von Justinians Reform des Adoptionsrechtes in C. 8, 47, 10 aus und untersucht in der Hauptsache, ob die Wurzeln der justinianischen *adoptio minus plena*, bei der der Adoptierte seine Stellung in der alten Familie behält, im nachklassischen oder im klassischen Rechte liegen.

Das syrisch-römische Rechtsbuch und diocletianische Reskripte warnen wiederholt davor, Adoptionen unter Umgehung der Behörden durch private schriftliche Adoptionsverträge vorzunehmen. Pap. Lips. 28 vom Jahre 381 war das erste Beispiel eines solchen *viðdeala*-Vertrages: der Adoptierende verpflichtet sich, das Kind zu erziehen und ihm seine eigene Erbschaft zu hinterlassen, im Ganzen ihn *ὡς υἱὸν γνήσιον* zu halten: eine Übertragung der väterlichen Gewalt findet nicht statt. Mitteis (Archiv 3, 173 f., Grundzüge 274) hat diese Bestimmungen sofort als typisch für derartige Verträge angesehen und daraus geschlossen, daß Justinian bei der Schaffung der *adoptio minus plena* diese volks-

¹⁾ Manche Stellen, die für die herrschende Lehre angeführt zu werden pflegen, werden vom Verf. S. 225 A. 1 zutreffend abgelehnt. Vgl. auch Berger 232 zu D. 8. 2. 26. — ²⁾ Vgl. zu den praktischen Gründen für die Teilungsklage nach Aufhebung der Gemeinschaft Berger 201.

rechtlichen Gebräuche legalisierte. Verfasser äußert hiergegen Bedenken. Er betont, daß die Leipziger Urkunde (was selbstverständlich Mitteis nicht entgangen war) keinen Adoptions- sondern einen Arrogationsvertrag enthalte und zweifelt, ob die Bestimmungen typisch seien. Der nach Erscheinen der vorliegenden Arbeit veröffentlichte zweite Fall einer nachdiocletianischen Adoptionsurkunde, Oxy. IX 1206 vom Jahre 335, widerlegt das: hier handelt es sich um Adoption und der Inhalt von Lips. 28 kehrt genau wieder. Zu dem Material gehört ferner ein Fall aus Paulus' Quaestionen (D. 45, 1, 132), der an verschiedenen Stellen des Buches sehr eingehend besprochen wird. Ich gebe daher den Text und mache die verschiedenen Interpolationsannahmen kenntlich:

Quidam cum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniae quantitatem, si eum aliter quam ut filium observasset. quaero, si postmodum domo eum propulerit vel moriens nihil ei testamento reliquerit, an stipulatio committetur, et quid intersit, utrum filius an alumnus vel cognatus agentis fuerit. praeterea quaero, si filium suum quis [legitime] in adoptionem dederit et ita, ut supra scriptum est, stipulatio intercesserit eumque pater adoptivus exheredaverit vel emancipaverit, an stipulatio committatur. respondi: stipulatio utilis est in utroque casu: igitur, si contra conventionem factum sit, committetur stipulatio. sed videamus primum in eo, qui [legitime] adoptavit, an possit committi, si eum exheredaverit vel emancipaverit: haec enim pater circa filium solet facere: igitur non aliter eum quam ut filium observavit. [ergo exheredatus de inofficioso agat. quid ergo dicemus, si et meruit exheredari? emancipatus plane et hoc remedio carebit.] quare sic debuit interponi stipulatio, ut, si eum emancipasset vel exheredasset, certum quid promitteret. [quo tamen casu commissae stipulatione potest quaeri, an exheredato permittendum esset dicere de inofficioso? maxime, si patri naturali heres extitisset, an victo deneganda est ex stipulatu actio? sed si ei, qui stipulatus est, non debuit denegari victo filio, nec ipsi deneganda erit debita pecuniae executio.] in eo autem, qui non adoptavit, quem intellectum habeat haec conceptio „si eum aliter quam ut filium observasset“, non prospicio: an et hic exigimus exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas? Sed si is, qui legitime adoptavit, nihil facit contra verba stipulationis, cum utitur patrio iure, in eo, qui haec non fecit, [dicit supervacuo: dici tamen poterit commissam esse stipulationem.]

Bergman folgt in der Annahme der Interpolation von legitime Moriaud (Simple famille paternelle 104 not. 76) und will sonst nur die Sätze ergo — carebit und den Schluß von dicit bis supervacuo streichen. Für letzteres hatte sich schon Mitteis (Archiv 3, 183) ausgesprochen, ergo — carebit streicht jetzt auch Beseler (Beiträge II 125). Ich glaube nicht, daß schon damit die Stelle hergestellt ist und möchte auch noch die anderen angegebenen Veränderungen treffen. Zu dem vorgelegten Fall werden drei Fragen gestellt, wobei die zweite eine Nebenfrage zur ersten ist. Paulus beschäftigt sich zunächst mit der dritten Frage,

ob bei einer Adoption eine Poenalstipulation auf den Fall, daß der pater adoptivus den Adoptierten „aliter quam ut filium observasset“ in Wirkung tritt, wenn er ihn enterbt oder emancipiert. Paulus verneint das und rät die Stipulation auf „si eum emancipasset vel exheredasset“ zu stellen. Hierauf folgen drei Sätze, die mir ganz kompilatorisch zu sein scheinen. Es wird gefragt, ob, wenn die Stipulation auf „si eum exheredasset vel emancipasset“ gestellt wäre (was sie in dem vorgelegten Fall nicht ist!) der Enterbte de inofficioso klagen kann. Eine Antwort erfolgt nicht, statt dessen wird eine neue Frage aufgeworfen: kann der Enterbte, wenn er mit der Klage de inofficioso keinen Erfolg gehabt hat, die actio ex stipulatu anstellen? Das wird bejaht. Beachtet man, daß Paulus einen konkreten Fall bespricht, so sieht man, daß die Fragen damit gar keinen Zusammenhang haben, denn Entscheidung wurde nur darüber verlangt „an stipulatio committitur“. Das Abschweifen auf Nebenfragen aber, die gar nicht gestellt sind, ist typisch kompilatorisch. Die letzte Möglichkeit wäre, die drei Sätze mit der gestellten Frage „quid intersit, utrum filius an alumnus vel cognatus agentis fuerit“ in Zusammenhang zu bringen, denn es fällt auf, daß Paulus hierauf in der ganzen Stelle keine Antwort gibt; in den drei Sätzen wird nun in der Tat der Punkt von Wichtigkeit, daß der Enterbte der Sohn des Stipulators ist. Aber auch dieser Ausweg ist ungangbar; Paulus hat ja die dritte zu dem Fall gestellte Frage vorweg genommen und bespricht also jetzt noch die Poenalstipulation bei einer wirklichen Adoption. Hier kann also die Besonderheit, ob es sich um einen filius, alumnus oder cognatus handelt, gar nicht von Bedeutung sein, da nur ein filius überhaupt in Adoption gegeben werden kann. Zudem setzt der Tatbestand voraus, daß der Stipulator selber klagt (an filius etc. agentis fuerit), im zweiten und dritten der fraglichen Sätze aber wird davon ausgegangen, daß der Stipulator verstorben ist. Sprachliche Indizien (maxime, an deneganda est) unterstützen die sachlichen Bedenken. Aus diesen Gründen möchte ich weitergehen als der Verfasser, der nur bei maxime eine Interpolation annimmt und entweder an Stelle der zweiten Frage setzen möchte: an exheredato, si patri naturali heres extitisset (in querella inofficiosi) victo, deneganda sit ex stipulatu actio? oder an Stelle der ersten und zweiten Frage als Paulinischen Text vorschlägt: „an exheredato permittendum esset dicere de inofficioso, si patri naturali heres extitisset, et an victo deneganda sit ex stipulatu actio“? Zu dem Schlusatz führt er mit Recht aus, daß hinter iure ein Kolon zu setzen und „in eo qui haec non fecit“ als „in eo qui non adoptavit“ zu verstehen ist.

Betrachtet man die Stelle im ganzen mit ihren Interpolationen, so ergibt sich, daß wir hier wieder einen Fall „griechischer Tatbestände in den Werken der casuistischen Literatur“ vor uns haben. Das „ut filium observare“ der Stipulation ist deutlich das *ὡς νόον γρησίων* der *νόθεα*-Verträge. Paulus hält nun solche Poenalstipulationen zu Zieh- und Erbverträgen bei Alumnusverhältnissen für unwirksam, da das klassische Recht solche Zieh- und Erbverträge nicht kennt. Nach-

dem aber Justinian sie in Form der *adoptio minus plena* zugelassen hat, erklären die Kompilatoren auch solche *Poenalstipulationen* für wirksam, wie die Interpolation im Schlußsatz zeigt. Die Stelle beweist also, daß die Kompilatoren ihre *adoptio minus plena* und einen *viðœðia*-Vertrag gleichstellen.

Mir scheint nach alle dem die Ansicht, die die Wurzeln der *adoptio minus plena* im *Vulgarrecht* vermutet, unangreifbar. Bergman bestreitet die Beweiskraft der besprochenen Zeugnisse und meint, daß wir hier „wahrscheinlich nicht mit fremden Einflüssen zu rechnen haben“. Das soll in einem zweiten Kapitel durch Untersuchung des materiellen *Noterbrechts* des Adoptierten gezeigt werden.

Bei der Frage nach dem materiellen *Noterbrecht* der Adoptierten gegen ihren leiblichen Vater kommt es darauf an, ob die Adoptierten als *liberi* oder als *cognati* angesehen werden. Bergman behauptet, daß Justinian in seiner Neuordnung dieser Materie in C. 8, 47, 10 sie als *liberi* ansähe, versucht zu erweisen, daß auch den klassischen Juristen diese Vorstellung nicht ganz fremd gewesen sei und kommt zu dem Resultat, es dürfe „jetzt mit verhältnismäßiger Sicherheit angenommen werden, daß das in Adoption gegebene Kind dadurch nicht lediglich auf den Adoptivvater angewiesen war, sondern gegebenenfalls noch immer als Kind seines leiblichen Vaters angesehen wurde: der von Justinian offen als „*duo patres*“ bezeichnete Zustand zeigt sich somit als tief eingewurzelt.“

Für die Frage nach dem materiellen *Noterbrecht* des Adoptierten gegen seinen leiblichen Vater ist von dem *intestaterbrecht* auszugehen. Verfasser hat dagegen Bedenken und möchte vom formellen *Noterbrecht* ausgehen. Hier finden sich ja in der Tat die zwei bekannten Fälle, in denen Adoptierte noch als *liberi* des leiblichen Vaters angesehen werden und daher als formelle *Noterben* in Betracht kommen; das sind diejenigen Fälle, in denen der Adoptierte von einem väterlichen Aszendenten adoptiert wurde, also durch die Adoption gar nicht in eine fremde Familie kam (D. 37, 4, 3, 7 und fr. 21, 1 eod.). Aber das wird an beiden Stellen bestimmt als Ausnahme bezeichnet; in der Regel hatte im klassischen Recht der Adoptierte kein formelles *Noterbrecht* gegen den leiblichen Vater. So ist also die These des Verfassers nicht zu beweisen. Geht man aber gar von dem *Intestaterbrecht* aus, so zeigt sich klar, daß sie unhaltbar ist. Gaius III 31 sagt mit dürren Worten, daß die Adoptivkinder für die Erbschaft ihres leiblichen Vaters nur in der Klasse unde *cognati* in Betracht kommen. Hierbei ist es unter Justinian für die *adoptio plena* geblieben (I. 3, 5, 3 und 3, 1, 13); sie ist auch darin der Ersatz der klassischen *adoptio*, daß sie ein materielles *Noterbrecht* gegen den leiblichen Vater nicht verleiht (C. 8, 47, 10, 1a). Bei der *adoptio minus plena* Justinians aber wird der Adoptierte nach der genannten Constitution behandelt „*quasi non fuisset in alienam familiam translatus*“, er hat also in seiner natürlichen Familie *Intestaterbrecht* in der Klasse unde *liberi* sowie materielles *Noterbrecht*, in der Adoptivfamilie *Intestaterbrecht* aber kein materielles *Noterbrecht* (I. c. § 1d)

Danach geht es nicht an, mit dem Verfasser die Wurzeln der justinianischen *adoptio minus plena* im klassischen Recht zu suchen; sie liegen in den provinziellen Zieh- und Erbverträgen. Erwähnt sei, daß der Verfasser hier auf das *SC Afinianum* und die *quarta divi Pii* zu sprechen kommt. In dem *Senatusconsult* wie in der *quarta* sieht er die Legalisierung einer *Poenalstipulation* der Art wie in *D. 45, 1, 132 pr.*; das ist insbesondere bei dem *SC Afinianum*, für das wir doch nur höchst dürftige Nachrichten haben, nur eine Hypothese mehr.

Ein drittes Kapitel behandelt „Interpolationen anlässlich der Adoptionsreform“. *Gaius* braucht, wie eine Lektüre von I 97–107 zeigt, *adoptio* außer als Gegensatz zu *adrogatio* noch als Oberbegriff zu beiden Unterarten; so z. B. III 83: *pater familias se in adoptionem dedit*. *Justinian* hat in den *Institutionen* einige Male bei Verwendung solcher Stellen statt des Oberbegriffs *adoptio* den Unterbegriff *adrogatio* eingesetzt; die zitierte Stelle z. B. lautet in den *Institutionen* 3, 10, 1: *pater familias sese in adrogationem dat*. Verfasser untersucht nun eine Reihe von *Digestenstellen*, die von *adrogatio* sprechen, indem er sich folgende Frage vorlegt: wenn dort im Texte des Klassikers an Stelle von *adrogatio* *adoptio* gestanden hätte, konnte *Justinian* darunter nach Lage des Falles seine *adoptio plena* verstehen? Kommt es zur Verneinung dieser Frage, so erklärt er *adrogatio* an der Stelle für interpoliert und behauptet *adoptio* als Klassikertext, so in *D. 23, 2, 12 pr.*; *D. 29, 1, 7*; *D. 38, 17, 7*; *D. 37, 4, 3, 4*; *D. 41, 3, 44 pr.*; *D. 28, 3, 18*; *D. 37, 4, 8, 8*. Daß das eine glatte *petitio principii* ist, liegt auf der Hand. Auch in *D. 1, 7, 40, 2* soll „*adrogando*“ für „*adoptando*“ interpoliert sein, aber *Gaius* I 103 ist der Beweis für die Echtheit der Stelle. Von dem fr. 132 *D. 45, 1*, das hier ausführlicher behandelt wird, war schon die Rede; im übrigen werden einige ältere Interpolationsannahmen besprochen.

Das Schlußkapitel bespricht Herkunft und Konstruktion der eigentlichen Adoption sowie deren Auflösung. Die Adoption wird auf die Sklavenadoption zurückgeführt und gezeigt, daß der Emanzipierte, was das Erbrecht zum väterlichen Aszendenten betrifft, in die vor der Adoption eingenommene Stellung zurückkehrt. Die unlängst von *Mitteis* veröffentlichte lateinische Emanzipationsurkunde aus dem 3. Jahrhundert, die auch für das justinianische Adoptionsrecht von Bedeutung ist (vgl. *C. I. 8, 47, 11*), hat dem Verfasser noch nicht vorgelegen.

Leipzig.

Hans Peters.

Giovanni Rotondi, *Gli atti in frode alla legge*, Turin, 1911, 226 Seiten.

Verfasser unternimmt eine sehr dankenswerte Untersuchung über die Entstehung einer Lehre, die im modernen Privatrecht eine in mehrfacher Hinsicht eigenartige Stellung einnimmt, dankenswert nicht zum mindesten deshalb, weil sie von neuem den Wert rechtshistorischer Forschung für die moderne Dogmatik erweist.