

Bemerkungen zu der vorstehenden Replik.

Von

Herrn Professor **Dr. Krüger**

in Königsberg.

Der Versuch, die Band VII, 1 S. 7 geäußerten Zweifel gegen die Richtigkeit des Textes von Gai. 2, 151 zu zerstreuen ist nach dem obigen Aufsatz erfolglos gewesen. Er soll hier nicht erneuert, es sollen nur einige Nachträge zu dem Band VII, 3 S. 91 f. gesagten geliefert werden.

Der systematische Zusammenhang von Gai. 2, 151 kann der sein, dass Gajus nach der Episode in § 147—150 wieder an die vorhergehenden Fälle anknüpft, wo iure civili gültige Testamente nachträglich entkräftet werden. Ebenso nah liegt aber auch, dass Gajus, nachdem er 2, 147—150 Fälle besprochen hat, in welchen iure civili ungültige Testamente unter Umständen durch bonorum possessio aufrecht erhalten werden, zu dem umgekehrten Fall übergeht, dass ein iure civili gültiges Testament durch bonorum possessio entkräftet wird. Dieser Uebergang tritt deshalb nicht hervor, weil Gajus den Anlass benutzt, um den Widerruf des Testaments ganz allgemein zu behandeln.

Hinsichtlich der Collatio 16, 3, 1 bezweifle ich nicht sowohl, dass ihr Verfasser den aus Paulus ausgezogenen Abschnitt vollständig geben wollte, als dass dieser ihm vollständig vorgelegen hat oder uns durch die Handschriften vollständig überliefert ist. Ich nehme ferner an, dass Paulus, welcher das civile Intestaterbrecht nicht wie die verwandten Systeme in die Anhänge verweist¹⁾, sondern es innerhalb des Ediktsystems der prätorischen Intestaterbfolge voraufschiebt, den Begriff des intestatus für beide Systeme gemeinsam erörtert hat.

Bei L. 4 de his quae in test. del. (28, 4) ging ich davon aus, dass Papinian bei der Zurücknahme der überflüssigen Testa-

¹⁾ Vergl. VII, 3 S. 103.

mentsexemplare aus dem Archiv unter Zurücklassung eines, während jene vernichtet wurden, die Absicht des Testators dadurch einen Widerruf zu bekunden nicht vorausgesetzt habe. Der Frage, welche sonstige Absicht denn vorliegen konnte, lässt sich die andere gegenüberstellen: weshalb lies der Testator das eine Exemplar im Archiv zurück? Doch wohl, weil dies für die Geltung des Testaments genügte, so dass, wenn der Fall anders lag, dies hätte angegeben werden müssen. Wenn Schirmer letzteres damit erklären will, dass vielleicht die nicht angegebenen Umstände des Falls das Eintreten der *bonorum possessio ab intestato* ausschlossen, so entschuldigt er eine Weglassung mit einer zweiten nicht minder auffälligen.

Die Besprechung der L. 20 de iniusto (28, 3) ist über den eigentlichen Streitpunkt hinausgewachsen. Kommen wir auf diesen zurück, so handelte es sich darum zu erklären, wesshalb Frage und Antwort sich bloß auf *hereditatis aditio* beziehen, während nach dem Rechtszustande, welchen man aus Gajus entnehmen muss, das *incidere tabulas* und die Frage, ob dies bei klarem Verstande oder im Wahnsinn geschehen, nur für die *bonorum possessio ab intestato* in Betracht kam. Man hätte also die Frage erwarten sollen: steht Eröffnung der *bonorum possessio ab intestato* dem Antritt der *instituti* entgegen? und etwa noch: kann den *instituti* nach der Antrittung die Erbschaft durch etwaige *bonorum possessores* entzogen werden? Nach Schirmer hätte nun Scävola die Frage, wenn sie unrichtig gestellt war, erst berichtigen und dann dieser Berichtigung entsprechend antworten müssen. Dass er dies nicht gethan, beweise, dass die Frage richtig gestellt war, dass also *tabulas incidere* seitens des nicht geisteskranken Testators der *aditio hereditatis* entgegenstände. Diese Folgerung ist nur zulässig, wenn sich Scävola erweislich die Aufgabe gestellt hätte, alle verkehrten Anfragen zu berichtigen, oder wenigstens bei der Veröffentlichung seiner *Responsa* dies nachzuholen. Dem habe ich die Tendenz der *Digesta* von Scävola entgegengehalten, aus welchen obige Stelle entnommen; im Gegensatz zu den meisten anderen *Responsen-Sammlungen*, insbesondere derjenigen Papinians (L. 4 cit.) sei bei ihnen auf eine Umgestaltung des benutzten

Stoffs im wesentlichen verzichtet; Frage und Antwort würden geschieden¹⁾ und erstere abgesehen von stilistischer Bearbeitung²⁾ so wiedergegeben, wie sie gestellt worden. Damit ist nur Wiedergabe des sachlichen Inhalts gemeint, worauf es für den obigen Streitpunkt allein ankommt, nicht dass damit eine schärfere Formulirung und Erstrebung möglicher Kürze gezeugnet werden sollte. Auch das mag als möglich zugegeben werden, dass, wo etwa eine ganz unjuristische Fassung vorlag, Scävola die juristische Formulirung der Frage eingestellt haben könnte; doch glaube ich nicht, dass nach dieser Richtung hin viel nachzuarbeiten war. Ich nehme im Gegensatz zu Schirmer an, dass die Responsa regelmässig nicht auf mündliche Anfragen erfolgten, auch nicht durch die Parteien selbst, sondern durch ihre Sachwalter eingeholt wurden, welche mehr oder weniger Juristen waren. Das, glaube ich, ergibt sich aus der Stellung der privilegierten Juristen, dass wie sie über das Sachverhältniss nicht zu entscheiden hatten, sie auch regelmässig es abgelehnt haben werden dasselbe aus den Parteien herauszufragen, sondern diese zeitraubende und unfruchtbare Thätigkeit anderen überliessen. Bewiesen wird es bei Scävola namentlich durch die vielen Responsa, welche das Sachverhältniss ergänzen müssen, indem sie unter Voraussetzungen abgegeben werden, welche die Anfrage nicht enthält³⁾. Hätte die Partei vor dem Juristen gestanden, so wären derartige Nachträge ausgeschlossen gewesen. Auf schriftliche Anfragen führen auch die derben

¹⁾ Ausnahmen machen L. 78 ad SC. Treb. (36, 1) L. 243 de verb. sign. (50, 16) L. 41 § 13 de leg. III (32).

²⁾ Die Verwandlung der Partei-Namen in typische kommt hier nicht in Frage.

³⁾ Eine Reihe dieser Responsa ist oben S. 101 angeführt, um gegen mich (Bd. VII, 3 S. 93) zu beweisen, dass Scävola sich nicht auf das ihm unterbreitete Material beschränke. Auf eine solche Erweiterung des Materials, zu der der Jurist gezwungen ist, um nur überhaupt eine Antwort geben zu können, bezog sich meine Aeusserung nicht. Die wenigen Fälle, in welchen Scävola ohne solchen Zwang über das mitgetheilte Sachverhältniss hinausgeht, scheinen mir nicht geeignet, meine über das Werk im Ganzen ausgesprochene Meinung zu widerlegen. Dasselbe ist zu sagen von der Beweisführung gegen meine Aeusserung, Scävola gebe die Gründe seiner Entscheidung nicht an.

Antworten solcher Fassung, wie: *nihil proponi cur non*, und wohl auch die selbstverständliche und darum etwas auffällige Verwahrung Scävola's, dass er seine Entscheidung nur gemäss dem ihm mitgetheilten Sachverhalte abgebe.

Hat nun Scävola es sich zur Aufgabe gestellt, in seinen Antworten alle Verkehrtheiten der Anfragen zu berichtigen? In der Veröffentlichung der Responsa dies nachzuholen, hätte dahin führen müssen, Responsa auf fingirte Anfragen wiederzugeben. Gegenüber den Anfragenden aber wäre es meist zwecklos gewesen; sie stehen dem Respondenten nicht als Schüler gegenüber, sie über korrekte Auffassung des Falles zu belehren, wie es in den Quaestiones geschieht, liegt ausser seiner Aufgabe. Wenn es also wirklich einige Mal geschehen, so machen diese Fälle es nicht wahrscheinlich, dass Scävola es durchgängig so gemacht hätte; ausserdem fehlen in den Digesta Beispiele dafür nicht, dass Scävola stillschweigend über die Fehler der Anfrage hinweggeht¹⁾. Wenn also in L. 20 die Entscheidung auch derjenigen Sachlage entspricht, welche man nach Gai. 2, 151 annehmen muss, so liegt darin, dass sie die Verkehrtheit der Anfrage nicht hervorhebt, kein Grund zu Zweifeln gegen den Gajanischen Text.

V.

Actio fiduciae und Realvertrag.

Von

Herrn Professor **Dr. O. Geib**

in Tübingen.

I.

Ueber das rechtliche Fundament der actio fiduciae gehen auch nach Auffindung der spanischen Fiduciartafel die Ansichten auseinander. Wohl ohne Grund, sofern nach wie

¹⁾ Z. B. L. 58 de peculio (15, 1), L. 32 § 1. 7 de usu et usufr. (33, 2), L. 7 de instructo (33, 7), L. 31 § 2 de adimendis (34, 4).