

VIII.

Über die angebliche technische Bedeutung von *dare* in der römischen Rechtssprache.

Von

Herrn Professor **Schloßmann**

in Kiel.

I.

Ob das Wort *dare* neben den sehr verschiedenen Bedeutungen und Verbindungen, in denen es im allgemeinen Sprachgebrauch der Römer auftritt, bei den römischen Juristen, wie bisher allgemein angenommen wurde, auch eine technische Bedeutung, nämlich „Eigentum verschaffen“ gehabt habe, darüber sind die Meinungen neuerdings in Schwanken geraten; aber die bejahende Ansicht hat noch in neuester Zeit wieder energische Vertreter gefunden, namentlich in Erman¹⁾ und V. Scialoja²⁾, während ich selbst mich kurz vorher mit eingehender Begründung³⁾, und jetzt sich ebenso bestimmt auch Mitteis⁴⁾ dagegen ausgesprochen haben. Eine möglichst gründliche Klärung der Frage ist von Wichtigkeit; denn die Auslegung mancher Juristenaussprüche, die für die Gestaltung gewisser Lehren bei den Neueren von Einfluß gewesen sind, beruht gerade auf der Annahme, daß in ihnen das Wort *dare* in jenem technischen Sinne gebraucht sei. Und da meine früheren Ausführungen gegen die herrschende Meinung teils der Berichtigung bedürftig, teils der Ergänzung fähig sind, so wird eine nochmalige Prüfung der Frage nicht ungerechtfertigt erscheinen.

Vorab ist hier aber nochmals zu betonen⁵⁾: eine Verpflichtung, jemandem Eigentum zu verschaffen, kann, wenn wir die Sache vom Standpunkte eines *condemnatio in ipsam*

¹⁾ Z. Sav.-St. 25, 465. — ²⁾ Bull. dell' Ist. di dir. Rom. XIX p. 181. 3. — ³⁾ Z. Sav.-St. 24, 160 ff. — ⁴⁾ Röm. Priv.-R. I (1908) S. 58 A. 50. — ⁵⁾ Vgl. Z. Sav.-St. 24, 163 ff.

rem und Naturalvollstreckung zulassenden Rechts betrachten, niemals anders verstanden werden, denn als Verpflichtung zur Vornahme der zur Übertragung des Eigentums an der geschuldeten Sache erforderlichen Rechtshandlungen und Gewährleistung für den Fall, daß sie das Eigentum nicht verschafft haben, — so daß also allein auf jene Handlungen ein Vollstreckungszwang gerichtet werden kann, bei Ausbleiben des Erfolges des Übertragungsaktes aber, ebenso natürlich auch bei Erfolglosigkeit der Vollstreckungsmaßregeln, dem Gläubiger das Interesse wegen des ausgebliebenen Erfolges zu ersetzen ist. Nicht anders steht es in einem Rechte, das, wie das klassische Recht der Römer, lediglich *condemnatio pecuniaria* kennt, — nur daß hier auch schon die Vornahme des Übertragungsaktes nicht unmittelbar erzwungen werden kann. Das alles ist nur eine logische Folgerung aus dem Begriff der *obligatio*, der für uns kein anderer ist als bei den Römern. Unbegründet ist deshalb das Bedenken Ermans¹⁾, ob diese „psychologische Analyse“ zur Aufhellung oder Fortführung der römischen Gedankengänge benutzt werden könne, da nicht bewiesen sei, daß sie schon den Römern vertraut gewesen. Denn es handelt sich hier nicht um eine psychologische, sondern um eine logische Analyse, und daß die Logik der römischen Juristen eine andere gewesen, als die unser Denken beherrschende, wird niemand behaupten wollen.

Angenommen aber, *dare* sei bei ihnen ein technischer Ausdruck gewesen, so würde diese Einsicht für uns so lange wertlos sein, als nicht genau bestimmt wäre, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen jener besondere Sinn dem Worte zukomme. Unmöglich wird man sagen können, *dare* sei überall, wo es in juristischen Erörterungen gebraucht wurde, in diesem Sinne verstanden worden; denn in der weit überwiegenden Mehrzahl seiner Anwendungsfälle steht es auch in den Rechtsquellen in einer seiner gewöhnlichen Bedeutungen; und daß es auch nicht einmal in der Gesetzessprache einen solchen technischen Sinn habe, hat Mitteis²⁾ gezeigt.

Aber wir müssen überhaupt der ganzen Lehre, daß *dare*, wo es von den Juristen in einem von dem gewöhnlichen

¹⁾ a. a. O. S. 465. — ²⁾ a. a. O. S. 58 Anm. 50.

abweichenden Sinne verstanden wurde, überall soviel wie „Eigentum verschaffen“, nicht mehr und nicht weniger, bedeutet habe, skeptisch gegenüberstehen. Sie kann sich nur auf zwei allgemeine Juristenaussprüche stützen, nämlich Gaius IV, 4¹⁾ und Paulus I. 49 ad ed. Dig. 50, 17, 167 pr.²⁾ Von diesen verdient der erste keine höhere Beachtung als zahlreiche andere von den Klassikern ausgesprochene allgemeine Sätze und Definitionen, die sich bekanntlich oft bei näherer Betrachtung als unrichtige Verallgemeinerungen erweisen. Der Satz des Paulus aber erhielt wahrscheinlich durch den Zusammenhang, in dem er in seinem Ediktskommentar stand, eine engere Begrenzung und bezog sich gewiß auf die Bedeutung von *dare* in einer *stipulatio aquam dari* und in der zur Geltendmachung des Anspruchs aus ihr gegebenen *actio*.³⁾

Zu einem sichern Ergebnis für unsere Frage vermag uns nur ein anderer Weg zu leiten. Wir müssen unabhängig von jenen allgemeinen Aussprüchen untersuchen, in welcher Weise die römischen Juristen das Wort *dare* in der Beurteilung praktischer Fälle verwenden, und da sie hier regelmäßig die Worte der gerade für den konkreten Fall in Betracht kommenden Prozeßformel zum Ausgangspunkt nehmen, so ist uns das Gebiet unserer Untersuchung fest abgesteckt: es ist uns in den Tatbeständen gegeben, auf die sich die das Wort *dare* enthaltenden Aktionsformulare beziehen, d. h. in dem Gebiete der *actiones in personam*, gleichviel ob sie ein *dare oportere* oder ein *dare facere oportere*, und ob sie dieses schlechtweg, oder mit dem Zusatz *ex fide bona* enthalten. Es findet sich nun in den Digesten eine nicht geringe Zahl kasuistischer Erörterungen, in denen mit Rücksicht auf den jedesmal gerade vorliegenden Fall oder auf die Gattung, der er angehört, gesagt wird, in welchem Sinne *dare* hier zu verstehen sei. Die Vergleichung dieses Materials ergibt nun aber, daß dem Worte *dare*, wo es als Formelwort auftritt, der Sinn von „Eigentum verschaffen“ keineswegs überall zukam, und ihm überhaupt nicht in allen Fällen derselbe Sinn beigelegt worden ist, ja, daß es in der Bedeutung von „Eigen-

¹⁾ .. *id dari nobis intellegatur, quod (ita datur ut) nostrum fiat.* —

²⁾ *Non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt.*

— ³⁾ Vgl. Z. Sav.-St. 24, 173.

tum verschaffen“ nirgends vorkommt, vielmehr die durch *dare* ausgedrückte Leistung bald eine viel umfassendere ist, bald unterhalb der Grenze derjenigen bleibt, die dem Verkäufer gegenüber dem Käufer obliegt.

Daß *dare* in den Formeln der b. f. actiones in den allermeisten Fällen, in denen der Geschworene auf Grund eines von ihm angenommenen *dare oportere*, das ja in dem *dare facere oportere ex f. b.* eingeschlossen war, zu einer Kondemnation gelangte, dieses *dare* nicht als Eigentumsverschaffung verstanden wurde, ist bekannt. In vielen Fällen bestand es nur in der einfachen Herausgabe einer Sache, wie z. B. bei a° depositi, commodati, pigneraticia, locati. In anderen Fällen konnte es auch in der Vornahme eines Übereignungsakts bestehen, wie z. B. Remanzipation einer fiduzierten Sache, Manzipation einer vom Mandatar für Rechnung des Mandanten erworbenen Sache an diesen, und namentlich bei emptio venditio, bei der die Gewährleistung für *habere licere* sicher nicht als Bestandteil des *dare* mitgedacht, sondern durch das *facere* der Formel gedeckt war.¹⁾ Auf den vom Käufer zu zahlenden Kaufpreis bezogen, wurde es dagegen als Eigentumsverschaffung verstanden, und ebenso in bezug auf die Sache, wenn der Verkäufer wußte, daß sie nicht ihm gehöre.²⁾

Bei der *condictio certae rei* aber wurde, wenn sie gegen den *fur* ging, das *dare* einfach als Wiedererstatten, Herausgeben verstanden, und in einigen anderen, besser in anderem Zusammenhange zu erörternden Anwendungsfällen der *condictio certae rei*, der *cond. triticaria* und a° *ex testamento* beschränkt sich die Pflicht zum *dare* auf die Vornahme des Übertragungsakts ohne Rücksicht auf den Eintritt des Rechtserfolges.

Betrachten wir, abgesehen von der letzten Beobachtung, alle das *dare* enthaltenden Aktionen, nämlich die a° *certae creditae pecuniae*, die *condictio certae rei*, die *condictio triticaria*, die a° *ex stipulatu incerti* und die a° *ex testamento*, so darf für die zuerst genannten wiederum als sicher gelten, daß der zur Zahlung einer Geldsumme Verpflichtete den Gläubiger zum Eigentümer der Geldstücke machen muß.

¹⁾ Das wird namentlich durch Dig. 22, 1. 4 pr. (vgl. unten S. 299) klar erwiesen. — ²⁾ cf. Dig. 19, 1. 30, 1 Africanus l. 8 quaest.

War das sicher bei dem Kauf Rechtsens, so müssen wir, wenngleich es für den Fall der *a° certae creditae pecuniae* sich m. W. nirgends ausgesprochen findet, es auch für diese ohne weiteres annehmen. Die übrigen Fälle bedürfen einer eingehenderen Besprechung.

In allen hier in Betracht kommenden Stellen steht zur Frage, ob eine dem Gläubiger vom Schuldner gemachte Leistung als ein *dare* anzusehen, damit also der Pflicht zum *dare* derart genügt sei, daß das *dare oportere* zu verneinen, oder ob in ihr die Erfüllung der Verpflichtung zum *dare* noch nicht enthalten, also trotz bewirkter Leistung das *dare oportere* fortbestehe und die *actio* noch begründet sei. In der Mehrzahl der Stellen findet sich das Urteil, die Leistung sei als *dare* nicht anzuerkennen, daher die *actio* auf Grund eines bestehenden *dare oportere* noch zulässig; in einigen wird dagegen die Leistung zwar nicht ausdrücklich an dem Begriff *dare* gemessen, aber ohne weiteres ihre liberierende Wirkung verneint, oder die *actio* trotz der Leistung als noch immer begründet bezeichnet, und zwar offenbar aus demselben Grunde, aus dem dies in jenen anderen Stellen geschehen war.

Ich stelle das Quellenmaterial hier zusammen. Seine Vollständigkeit will ich nicht verbürgen; aber es ist mehr als ausreichend, um die über den Begriff von *dare* im Recht verbreitete Lehre zu widerlegen.

I. *Condictio certae rei*.

1. Dig. 30. 82 pr. Julianus l. 33 dig.:

Non quocumque modo si legatarii res facta fuerit die cedente, obligatio legati exstinguitur, sed ita, si eo modo fecerit eius, quo avelli non possit. ponamus rem, quae mihi pure legata sit, accipere me per traditionem (Julian: mancipationem) die legati cedente ab eo herede, a quo eadem sub condicione alii legata fuerit: nempe agam ex testamento, quia is status est eius, ut existente condicione discessurum sit a me dominium. nam et si ex stipulatione mihi Stichus debeatur et is, cum sub condicione alii legatus esset, factus fuerit meus ex causa lucrativa, nihilo minus existente condicione ex stipulatu agere potero.

2. Dig. 12, 6. 63. Gaius l. sing. de casibus:

Neratius casum refert, ut quis id quod solverit repetere non possit, quasi debitum dederit, nec tamen liberetur: velut si is qui cum certum hominem deberet, statuliberum dederit: nam ideo eum non liberari, quod non in plenum stipulatoris hominem fecerit; nec tamen repetere eum posse, quod debitum dederit.

3. Dig. 45, 1. 75, 10. Ulpianus l. 22 ad edictum:

Haec stipulatio: 'fundum Tusculanum dari' ostendit se certi esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.

4. Dig. 46, 3, 27. Ulpianus l. 28 ad edictum:

Etiam circa stipulationem et ex testamento actionem si res tradita fuerit quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est: ut puta possum fundum petere, licet mihi traditus (Ulpian: mancipio datus) sit, si ius quoddam cautionis supererit.¹⁾

II. Condictio triticaria. Actio ex stipulatu.

5. Dig. 46, 3. 33 pr. Julianus l. 52 dig.:

Qui sibi aut Titio fundum dari stipulatus est, quamvis fundus datus (Julian: mancipio datus) fuerit, tamen, si postea evictus est, habet actionem, quemadmodum si hominem stipulatus esset, et promissor statuliberum dedisset isque ad libertatem pervenisset.

6. Dig. 46, 3. 72, 5. Marcellus l. 20 dig.:

Qui hominem debebat, Stichum, cui libertas ex fidei-commisso praestanda est, solvit: non videtur liberatus: nam vel minus hic servum dedit quam ille, qui servum dedit nondum noxa solutum. num ergo et si vispellionem aut alias turpem dederit hominem, idem sit? et sane datum negare non possumus et differt haec species a prioribus: habet enim servum, qui ei auferri non possit.

7. Dig. 45, 1. 131, 1. Scaevola l. 13 quaestionum.

Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus Titio traditus (Scaev.: mancipio datus) sit, nihilo-

¹⁾ Vgl. zu dieser Stelle Z. Sav.-St. 29 S. 328.

minus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur: nam interest eius, quia mandati actione fundum recepturus sit a Titio. sed si donationis causa Titium interposuit, dicetur traditione (Scaev.: mancipatione) protinus reum liberari.

III. Actio ex testamento.

8. Dig. 32, 29, 3. Labeo l. 2 posteriorum a Javoleno epitomatorum:

Si heres tibi serco generaliter legato Stichum tradiderit (Labeo: mancipio dederit) isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possit: et hoc verum puto.

9. Dig. 30, 82 pr. Julianus l. 33 dig. (cf. Nr. 1).

10. Dig. 30, 45, 1. Pomponius l. 6 ad Sabinum:

Heres generaliter dare damnatus (servum) sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat: sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet; sed ob id quod furtum fecit servus aut noxam nocuit, evenit, quominus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat.
§ 2. *Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est.*

11. Dig. 46, 3. 27. Ulpianus l. 28 ad edictum (cf. Nr. 4).

12. Dig. 30, 71, 1. Ulpianus l. 51 ad edictum:

De evictione an cavere debeat is, qui servum praestat ex causa legati, videamus. et regulariter dicendum est, quotiens sine iudicio praestita res legata evincitur, posse eum ex testamento peti: ceterum si iudicio petita est, officio iudicis cautio necessaria est, ut sit ex stipulatu actio.

II.

Aus diesen Stellen gewinnen wir für unsere Frage folgendes Ergebnis:

Wer einen Sklaven oder ein Grundstück durch Stipulation, sei es in specie, sei es in genere, verspricht, und wer auf Grund eines Damnationslegates einen Sklaven oder

ein Grundstück in specie oder in genere schuldet, wird nicht ohne weiteres schon durch die Übertragung des Eigentums auf den Gläubiger befreit, sondern nur dann, wenn er es ihm so verschafft hat, daß es ihm nicht von einem Dritten entzogen werden kann¹⁾ auf Grund eines diesem zustehenden Rechts an der Sache, wie z. B. eines Pfandrechts (Nr. 10)²⁾, oder mittelst einer Noxalklage (Nr. 6. 10), und es ihm auch nicht von selbst wieder verloren gehen kann, z. B. infolge des Eintritts der Bedingung, unter der dem geschuldeten Sklaven in dem Testament eines früheren Eigentümers die Freiheit geschenkt (Nr. 2. 5), oder wenn ihm die Freiheit fideikommissarisch vermacht war (Nr. 6), in welchem Falle er nach Analogie eines *statuliber* behandelt wurde³⁾, oder wenn die geschuldete Sache vor der Übertragung auf den Schuldner einem Dritten durch Vindikationslegat vermacht war. Die Obligation besteht also trotz der Eigentumsverschaffung fort; diese wird als *dare* im Sinne der Formelworte *dare oportere*, *dare facere oportere* nicht angesehen, und es kann daher die actio (*condictio certae rei*, *triticaria*, a° *ex stipulatu*, a° *ex testamento*) mit der intentio: *si paret dare — dare facere — mihi aut Titio dare oportere — quidquid dare facere oportet* angestellt werden, und zwar — anders als die Eviktionsklage und die a° *empti* bei dem Kaufe — nicht erst, wenn eine Eviktion erfolgt oder das übertragene Recht erloschen war.

Das müßte, auch wenn aus den Quellen hierüber nichts zu entnehmen wäre, aus der soeben dargelegten Auffassung von *dare* gefolgert werden. Aber die Quellen bieten dafür einen sicheren Anhalt. Den sichersten Dig. 30, 82 pr. (Nr. 1): wenn eine mir durch Damnationslegat unbedingt vermachte Sache vom Erben mir zu Eigentum übertragen ist, die zugleich unter einer Bedingung einem Dritten ver-

¹⁾ — *ita si eo modo fecerit eius, quo avelli non possit* (Nr. 1). — *quod non in plenum stipulatoris hominem fecerit* (Nr. 2). — *ut dominium omnimodo efficiat stipulatoris quoquo modo* (Nr. 3). — *quamdiu aliquid iuri rei deest* (Nr. 4). — *habet enim servum, qui ei auferri non possit* (Nr. 6). — *non videtur heres dedisse, quod ita dederit, ut habere non possit* (Nr. 8). — *ita dare debet, ut eum habere liceat* (Nr. 10). —

²⁾ Vgl. auch Dig. 31, 66, 6. Papinian. l. 17 quaest. — ³⁾ cf. Dig. 40, 5. 21 u. 51, 3.

macht ist, so kann ich die *a° ex testamento* anstellen, weil die Stellung des Erben zu der Sache so gestaltet ist, daß (er nur auflösend bedingtes Eigentum¹⁾ hat und also) das mir übertragene Eigentum, sobald die Bedingung sich erfüllt, mir wieder verloren gehen muß. Julian rechtfertigt also die Zulässigkeit der *a° ex testamento* nicht für den Fall, daß die Bedingung eingetreten ist, also als einer künftig anzustellenden, sondern aus der gegenwärtig für den Legatar bestehenden Gefahr künftigen Verlustes bei Eintritt der Bedingung, also als einer jetzt schon zuständigen (*quia is status est eius, ut existente condicione discessurum sit a me dominium*). In dem als Parallele herangezogenen Falle, wenn der Erbe eine von seinem Erblasser einem anderen unter einer Bedingung per vindicationem vermachte Sache einem Dritten promittiert und zu Eigentum übertragen hat, ist die *condictio certae rei* nach dem Wortlaut der Digestenstelle allerdings erst anstellbar, wenn die Bedingung und damit der Rechtsverlust eingetreten ist. Aber es scheint mir unzweifelhaft, daß die Worte '*existente condicione*' vor *ex stipulatu agere potero* nicht von Julian herrühren; denn durch sie wird der Parallelismus mit dem vorher besprochenen Falle zerstört. Vermutlich liegt eine Dittographie vor; der Abschreiber hat diese Worte aus einer kurz vorhergehenden Zeile aus Versehen wiederholt, — wie denn auch die Einfügung der von Mommsen mit Recht als zu tilgend bezeichneten Worte *ex lucrativa causa* sinnlos erfolgt ist.

Ebenso deutlich spricht gegen das Erfordernis einer Eviktion der dem Stipulator übertragenen Sache Dig. 45, 1. 131, 1. (Nr. 7), wo Scaevola, wie man auch immer den Satz *ut sibi de evictione promittatur* verstehen mag²⁾, doch sicher

¹⁾ Das bedingte Legat, von dem in Dig. 30, 82 pr. die Rede, ist offenbar ein Vindikationslegat. Dieser Annahme steht nicht entgegen der Gebrauch der Wendung *herede a quo* — *legata fuerit* zur Bezeichnung des mit dem Legat Beschwernten. Denn *legare ab aliquo* wird keineswegs nur bei Damnationslegaten, sondern nicht selten auch bei Vindikationslegaten gebraucht. Vgl. z. B. Dig. 7, 1. 49 — 7, 1. 54 — 7, 4. 16 — 30, 81. 7 — 30, 81. 10 — 31, 66. 5 — 40, 7. 6, 3. Vat. fr. 58 (Paulus I. man.). — ²⁾ Vgl. Z. Sav.-St. 29 S. 331 ff.

nicht eine bereits geschehene, sondern eine befürchtete Eviktion voraussetzt.

In Dig. 12, 6. 63 (Gaius. — Nr. 2) wird von demjenigen, der einen bestimmten Sklaven schuldet und ihn manzipiert hat, für den Fall, daß der Sklave *statuliber* war, ausgesagt, er werde nicht befreit, weil er den Sklaven nicht vollständig (*in plenum*) dem Gläubiger zu eigen gemacht habe. Hier kann man aber gewiß sagen, es fehle wegen dieser Rechtslage des Sklaven etwas an dem dem Gläubiger zu verschaffenden Recht, und der Fall wird deshalb als einer von jenen anzusehen sein, von denen Ulpian in Dig. 46, 3. 27 (Nr. 4) sagt: *aliquid iuri rei deest*, und für Fälle dieser Art gerade hält Ulpian offenbar die sofortige Anstellung der *a° ex stipulatu* und der *a° ex testamento* für zulässig.

Nach einigen Stellen könnte es freilich scheinen, als ob die Zulässigkeit dieser Aktionen nach erfolgter Eigentumsverschaffung von vorgängiger Eviktion abhängig wäre; nämlich nach Dig. 32, 29, 3 (Labeo. — Nr. 8), Dig. 46, 3, 33 pr. (Julianus. — Nr. 5) und Dig. 30, 71, 1 (Ulpianus — Nr. 12). Aber abgesehen davon, daß nicht leicht angenommen werden darf, Julian und Ulpian seien mit sich selbst in Widerspruch geraten¹⁾, und daß dann die Bedeutung des *dare* in der *condictio certae rei* etc. im Punkte der Eviktion vollkommen der ihr beim Kaufe zugeschriebenen gleichgestellt sein würde — im Widerspruch mit Dig. 18, 1. 25, 1²⁾, — so löst sich die scheinbare Antinomie durch folgende Erwägung. Wenn dem Gläubiger das Eigentum an der geschuldeten Sache verschafft ist, so wird in den meisten Fällen das Vorhandensein eines dessen dauernden Bestand gefährdenden Rechts eines Dritten und ähnlich wirkender Verhältnisse, wie Noxalhaftung, *Statulibertät*, erst nachträglich dem Gläubiger kund werden, und er wird in der Regel den Ausgang des Eviktionsprozesses abwarten, um erst im Falle des Unterliegens sich mit der *condictio* etc. oder der *a° ex testamento* gegen den Schuldner zu wenden.

¹⁾ Vgl. Ulpian in Dig. 46, 3, 27 (Nr. 4) u. Dig. 30, 71, 1 (Nr. 12). Julian in Dig. 30, 82 pr. (Nr. 1) u. Dig. 46, 3, 33 pr. (Nr. 5). — ²⁾ Ulpian. l. 34 ad Sabinum: *Qui vendidit non habet necesse fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit.*

Zu diesem zuwartenden Verhalten wird er sich besonders durch praktische Rücksichten veranlaßt gesehen haben. Wollte er den mit einer dieser Aktionen geltend zu machenden Interesseanspruch darauf stützen, daß ihm das Eigentum nicht in der Weise, daß es ihm nicht wieder verloren gehen könne, verschafft worden sei, so mußte er Tatsachen beweisen, die die Gefahr des Verlustes für ihn begründeten; dieser Beweis konnte aber sehr oft und wohl meistens von ihm erst dann geführt werden, wenn ein gegen ihn erhobener Eviktionsprozeß einen ihm ungünstigen Ausgang gehabt hatte. Diese häufige Gestaltung der Dinge ist es wohl, die die Juristen vor Augen haben, wenn sie von einer wirklich geschehenen Eviktion sprechen, wo sie sich über die Zuständigkeit der Aktionen nach bereits vollzogener Eigentumsübertragung verbreiten.

Unser Ergebnis für das Anwendungsgebiet der *condictio certae rei, triticaria*, der *a° ex stipulatu* und *a° ex testamento* ist demnach, daß in den Intentionen dieser Aktionen *dare* im Sinne von Verschaffung des Eigentums mit allen dazu gehörigen Rechten, aber des vollen, auf keine Weise entziehbaren Rechts verstanden, und daß Übertragung eines den Todeskeim in sich tragenden Rechts als *dare* hier nicht anerkannt wurde.

Aber dieses Ergebnis bedarf wiederum nach verschiedenen Richtungen einer Einschränkung, durch die in gewissen Fällen das Vollgewicht der in das *dare* gelegten Bedeutung in verschiedenen Graden gemindert erscheint. So sehen wir, daß Scaevola (Nr. 7) den Schuldner durch die Manzipation des geschuldeten Grundstücks an den *solutionis causa adiectus* sofort befreit sein läßt (und zwar gewiß ohne ihn in irgendeiner Weise für Eviktion haften zu lassen), wenn die *promissio* eine Schenkung bezweckt und der *adiectus* nur zur Ausführung dieser Schenkung interponiert war.¹⁾ Hier war also mit der Vornahme des Manzipationsaktes dem *dare oportere* bereits genügt und also das *dare* vollzogen. Und indem Pomponius in Dig. 30, 45, 1 (Nr. 10) für das *legatum certi*

¹⁾ Vgl. zu dieser Stelle Z. Sav.-St. 29 S. 331 ff.

hominis den Erben nur für verpflichtet erklärt, ihn in dem rechtlichen Stande zu übertragen, in dem er sich befindet (*qualis est*), sagt er damit gleichfalls für diese Anwendungsfälle der *a° ex testamento* (in einer allerdings nicht völlig zutreffenden Allgemeinheit), daß schon die bloße Vornahme des Übertragungsaktes ohne Rücksicht auf einen Rechtserfolg und darum erst recht ohne Rücksicht auf einen dauernden Rechtserfolg hier ein *dare* darstelle. — Ein drittes Beispiel für eine solche Abweichung von der sonst bei diesen Aktionen üblichen Bedeutung, zugleich aber einen besonders lehrreichen Einblick in die Versatilität der römischen Juristen in der Behandlung des Wortes *dare* bietet uns ein Fragment aus Papinians 27. Buche der Quästionen:

Dig. 22, 1. 4 pr.:

Si stipulatus sis rem dari vacuumque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet. an idem de parte ancillae responderi possit, considerandum est. nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem (Papinian: mancipationem) dominii transferendi continent, partus non continentur: verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi (Papinian: mancipio dandi) stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur. sed tamen propter illa verba 'vacuumque possessionem tradi' potest dici partus quoque ratione committi incerti stipulationem: etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset.

Hier geht Papinian bei der Beurteilung des Stipulationsversprechens davon aus, daß das *dari* hier und selbstverständlich in entsprechender Weise auch in der für sie erteilten Formel je nach Verschiedenheit der Sachlage in verschiedenem Sinne verstanden werden müsse, und zwar entweder in dem der bloßen Vornahme des Manzipationsaktes oder in dem von Eigentumsverschaffung (wobei er, als für den vorliegenden Fall nicht erheblich, wenn auch selbstverständlich, die Notwendigkeit der Verschaffung unentzieh-

baren Eigentums unerwähnt läßt).¹⁾ Während er stillschweigend auch hier dem *dare* die vollere Bedeutung als die regelmäßige zuerkennt, in der es sonst bei Anwendung der *condictio certae rei* etc. genommen zu werden pflegt, legt er ihm für den Fall einer der Stipulation zugrunde liegenden Verpflichtung eines Verkäufers, die durch diese Stipulation noviert werden sollte²⁾, die schwächere Bedeutung bei, die ihm im *iudicium empti* regelmäßig zukam.

Vergleichen wir nunmehr die wenigen Äußerungen von Juristen, in denen als der Inhalt des *dare* die Eigentumsverschaffung ohne Hinzufügung des Momentes der Unentziehbarkeit des verschafften Eigentums bezeichnet ist — Gaius IV, 4 (vgl. oben S. 290 Anm. 1), Paulus in Dig. 50, 17, 167 pr. (vgl. oben S. 290 Anm. 2) und Papinian in Dig. 22, 1. 4 pr. (vgl. oben S. 299) — mit den übrigen Stellen, die sich auf die das *dare* enthaltenden Formeln außer den b. f. actiones beziehen, so dürfen wir als sicher annehmen, daß auch diese Juristen das *accipientis, nostrum etc. facere* in demselben Sinne verstanden haben, der sich aus den anderen Stellen ergibt, und daß nur der Kürze halber in jenen das *'ita ut avelli non possit'* oder ein ähnlicher Satz nicht beigelegt wurde.

Während aber bei den anderen Juristen ihre Gedankengänge nirgends auf eine von ihnen angenommene technische Bedeutung von *dare* hinweisen, überall vielmehr nur Interpretationen dieses Wortes mit Rücksicht auf die Gestalt des einzelnen Falles vorliegen, steht es mit Gaius anders. Gaius l. c. hat offenbar in unrichtiger, wenngleich wohl auf das Gebiet der *condictio certae rei* etc. beschränkter Verallgemeinerung dem Worte die feste technische Bedeutung von *accipientis facere* = Eigentum verschaffen zugeschrieben und dann als ein echter Begriffsjurist und Teleologe³⁾ hieraus

¹⁾ Völlig unzulässig wäre es, aus den Worten *sive factum promittendi sive effectum per mancipationem dominii transferendi* einen Zweifel Papinians über die richtige Bedeutung von *rem dari* herauslesen zu wollen. Die römischen Juristen waren von solchen Skrupeln natürlich nicht geplagt. — ²⁾ Vgl. über die Natur der in dieser Stelle von Papinian erwähnten Novation v. Salpius, Novation und Delegation S. 232 ff. — ³⁾ Vgl. meine Praescriptiones und praescripta verba S. 46 ff.

Folgerungen gezogen, die der historischen Kritik nicht Stich halten. Für ihn steht im Anfang die — er sagt nicht, von wem, wie und wann — dem Worte aufgeprägte Bedeutung: Eigentum verschaffen. Daraus folgert er die Unanwendbarkeit der Formel *si paret dare oportere* auf Fälle, in denen jemand eine ihm schon gehörige Sache fordert, weil sie ihm nicht *dari potest*, und so muß ihm die *condictio certae rei* in ihrer Verwendung als *condictio furtiva* als eine Anomalie erscheinen, die er sich nur aus dem *odium furum* zu erklären vermag, und dieses mußte ihm so stark erscheinen, daß man um seinetwillen auch einen Bruch mit der Logik nicht verschmähte. In dieser sonderbaren Deduktion des Gaius sind aber Ursache und Wirkung miteinander vertauscht. Wir müssen uns die Entwicklung vielmehr folgendermaßen vorstellen. Die *condictio*, deren auf *dare oportere* lautende *Intentio* aus der Legisaktionszeit übernommen zu sein scheint¹⁾, wurde von jeher nur zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Verschaffung von Eigentum verwendet, obwohl bei der Weite der Bedeutung des Wortes *dare* die Formel sich auch bei Ansprüchen auf die Herausgabe einer dem Kläger gehörigen Sache hätte verwenden lassen. Die Einschränkung des Anwendungsgebiets, die wir auch schwerlich als eine von Hause aus gesetzte werden ansehen dürfen, beruhte vielleicht auf der Erwägung, daß der Anspruch auf Herausgabe der eigenen Sache durch die *rei vindicatio* und die *actio ad exhibendum*, und Ansprüche auf bloße Herausgabe und Rückgabe von Sachen überhaupt durch eine Reihe anderer Aktionen gedeckt waren, und auf dem Bestreben der Veteres, die Ressorts der verschiedenen Aktionen, namentlich aber das der *actiones in rem* von den übrigen scharf zu sondern.²⁾ War nun die *condictio* in der Praxis einmal tatsächlich auf jenen engen Kreis von Ansprüchen beschränkt worden, so ergab sich leicht, daß innerhalb dieses Anwendungskreises das Wort *dare* einschränkend in dem Sinne von „Eigentum verschaffen“ interpretiert wurde. Aber die gewöhnliche Bedeutung von *dare* ließ es doch zu,

¹⁾ Vgl. v. Mayr, Die *Condictio* des röm. Priv.-R. S. 44. — ²⁾ Vgl. schon Proculus bei Pomponius l. 22 ad Sabin. Dig. 12, 4. 15.

die es enthaltende Formel, wo ein Bedürfnis sich fühlbar machte, auch zu gebrauchen, um einen Anspruch auf bloße Herausgabe einer Sache, und dann auch der eigenen des Klägers geltend zu machen, und dieses Bedürfnis hatte sich bei den Römern jedenfalls einmal eingestellt, — ob wegen des *odium furum* oder aus welchen anderen Gründen, kann hier dahingestellt bleiben, — und sie konnten es befriedigen, ohne dabei mit einem feststehenden technischen Begriff von *dare* in Konflikt zu geraten. Und gerade auch in den Fällen, in denen die *condictio certae rei* gegeben wurde, weil der Gläubiger in Gefahr stand, das ihm verschaffte Eigentum wieder zu verlieren, wurde ja *si paret dare oportere* intendiert in bezug auf eine im Eigentum des Klägers stehende Sache — genau so wie bei der *condictio furtiva*.¹⁾ Nicht also eine ursprünglich dem *dare* zukommende technische Bedeutung war der Grund, weshalb man in der *actio* auf Eigentumsverschaffung die *intentio* auf *dare oportere* abstellte; sondern weil von alter Zeit her schon die auf *dare oportere* gestellte *condictio* überwiegend für auf Eigentumsverschaffung gerichtete Ansprüche verwendet zu werden pflegte, verstand man innerhalb dieser Grenze in der Regel das Wort *dare* als Eigentumsverschaffung.²⁾

III.

Wir sind jetzt in der Lage, uns ein Urteil darüber zu bilden, was es mit der verbreiteten Behauptung auf sich habe, *dare* sei ein technischer Ausdruck der römischen Rechtssprache gewesen, sei in Stipulationen, in Formeln und von den römischen Juristen in der Bedeutung von „Eigentum verschaffen“, „zivils Eigentum übertragen“ u. ä. gebraucht worden. Diese Behauptung ist in jeder Hinsicht falsch.

Ein Wort habe eine bestimmte Bedeutung, kann man nur dann von ihm aussagen, wenn es regelmäßig gebraucht wird, um mit ihm in dem Hörer oder Leser eine bestimmte

¹⁾ Auch auf die sog. *condictio possessionis* könnte hier Bezug genommen werden, wenn ihre Echtheit nicht zu erheblichem Zweifel Anlaß gäbe. Vgl. bes. v. Mayr a. a. O. S. 188f., S. 217ff. — ²⁾ So berichtet denn auch Ulpian (l. 27 ad ed. Dig. 13, 3, 1, 1) ganz objektiv: *Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi (re) mobili abrepta.*

Vorstellung zu erwecken, und wenn es regelmäßig diese auch in ihm erweckt, sei es in allen Fällen, in denen man es braucht, sei es in bestimmten Zusammenhängen. Von einer technischen Bedeutung eines Wortes sprechen wir, wenn es zur ständigen Bezeichnung eines einer Wissenschaft oder einer Kunst (im weitesten Sinne dieses Wortes) angehörigen Begriffes dient, mag diese Bedeutung die einzige ihm zukommende sein, oder es der allgemeinen Sprache angehören und nur daneben in einer bestimmten Wissenschaft oder Kunst eine besondere Bedeutung gewonnen haben, so daß es in dieser Wissenschaft oder Kunst angehörigen Urteilen regelmäßig in diesem besonderen Sinne gebraucht und verstanden wird. Wenn nun auch viele Worte in der allgemeinen Sprache als Ausdrucksmittel für verschiedene, oft sehr weit voneinander abliegende Begriffe dienen, so kommt doch technischen Ausdrücken innerhalb der Sprache der betreffenden Wissenschaft oder Kunst meistens nur eine einzige Bedeutung zu. Wenn daher, wie wir sahen, *dare* bei den Juristen in verschiedenen Zusammenhängen in ganz verschiedenen Bedeutungen auftritt, so erscheint es schon deshalb als nahezu ausgeschlossen, von einer technischen Bedeutung dieses Wortes zu reden. Und man darf auch nicht etwa behaupten, daß — was an sich nicht unmöglich gewesen wäre — dieses Wort verschiedene technische Bedeutungen angenommen habe, deren jede ihm für bestimmte Zusammenhänge zukam. Denn es ist gezeigt worden, daß es in jeder der verschiedenen von uns wahrgenommenen Bedeutungen gelegentlich in jedem der verschiedenen Zusammenhänge, in denen von *dare* die Rede ist, auftreten kann, keine von ihnen also mit einer bestimmten Gattung von Tatbeständen und Rechtsverhältnissen so unlöslich verknüpft ist, wie wir es von einem technischen Begriffe fordern müßten.

Man kann aber auch gar nicht einmal behaupten, daß die römischen Juristen das Wort *dare* jemals als Ausdruck für einen besonderen Begriff, für den es der technische Ausdruck sein sollte, oder für eine Mehrheit solcher Begriffe gebraucht, daß sie also z. B. das Urteil, der mit einem *Damnationslegat* Beschwerde sei verpflichtet, dem Legatar das

Eigentum zu verschaffen, mit den Worten ausgedrückt hätten: *heredem legatario rem dare oportet*, oder das Urteil, der Verkäufer sei nicht verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an dem verkauften Grundstück zu verschaffen, sondern nur die Manzipation an ihn zu vollziehen, mit den Worten: *venditor fundum emptori non dare, sed tantum mancipio dare debet*. Das wäre nicht nur dem Laien wie ein Orakelspruch erschienen; auch die Juristen hätten sich dabei gegenseitig nicht verstanden.

Angesichts der Art, wie das Wort *dare* in den kasuistischen Erörterungen der römischen Juristen erwähnt wird, ist vielmehr ersichtlich, daß sie immer nur darüber Aussagen machen, in welchem Sinne dieses Wort da, wo es in einer Formel oder in einem durch die Formel geschützten Formalgeschäft (Stipulation, Damnationslegat) auftritt, verstanden werden müsse. Aber hierbei gehen sie nicht etwa darauf aus, wie der Interpret einer alten Urkunde zu ermitteln, welchen Sinn ihr Verfasser mit dem Worte verbunden habe; ihre Tendenz ist eine andere. Für die Geltendmachung von Ansprüchen, die im ordentlichen Verfahren zu verfolgen waren, war es eine notwendige Voraussetzung, daß sie sich in den Rahmen einer ediktmäßigen Formel einfügen ließen; — Erteilung einer besonderen actio in factum für den einzelnen Fall war gewiß eine außerordentliche Seltenheit, mit der nicht gerechnet werden konnte. Da nun der Wortlaut der meisten Formeln von früherer Zeit her überkommen war, und namentlich die *stricta iudicia* in ihrer steifen, dem richterlichen Ermessen nur einen sehr schmalen Spielraum gewährenden Fassung stets unverändert blieben, so konnte es häufig kommen, daß ein billigerweise zu schützender Anspruch, der auf eine dieser Formeln angewiesen war, schutzlos blieb, wenn der ihm zugrunde liegende Tatbestand in seiner konkreten Gestaltung sich mit dem durch den Wortlaut der Formel gezeichneten nicht vollkommen deckte; er konnte an einem Formelworte scheitern. Einer der Wege nun, deren die Juristen sich bedienten, um das materielle Recht vor den Klippen des den Prozeß beherrschenden Formalismus zu retten, war der, daß sie Formelworten, die einen Anspruch der Formel zu unterstellen verhinderten, einen

Sinn beilegte, der es ermöglichte. Sie legten also die Worte hier nicht aus, sondern legten ihnen etwas unter, und zwar mitunter einen Sinn, der, von dem ihm nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zukommenden ganz verschieden, zuweilen sogar das Gegenteil von ihm darstellte¹⁾; und so konnte es geschehen, daß sie je nach Bedarf ein und demselben Wort, das in verschiedenen Formeln vorkam, in jeder einen anderen Sinn, und auch für dieselbe Formel je nach Verschiedenheit der Sach- und Rechtslage bald diese, bald jene Bedeutung unterschoben. Und das ist die Erscheinung, die wir gerade auch für *dare* in den actiones in personam beobachten können. Niemals haben die römischen Juristen daran gedacht, diesem Worte, das für sie wie für jeden der lateinischen Sprache Kundigen nichts anderes als unser „geben“ bedeutet, eine andere Bedeutung aufzuprägen und es zu einem technischen Ausdruck mit feststehender Bedeutung zu machen. Sie verwendeten nur die verschiedenen Formeln in Fällen, in denen jene allgemeine Bedeutung zu einer Kollision zwischen dem von ihnen vertretenen materiellen Recht und dem Prozeßformalismus führte, so, als ob das Wort *dare* nicht jenen allgemeinen, sondern einen anderen, für den vorliegenden Fall gerade passenden Sinn hätte, m. a. W. so, als ob ein anderes diesen ausdrückendes Wort in der Formel stände. Das waren latente Fiktionen, in denen ein wirklich geschehenes *dare* wie nicht geschehen, unter Umständen ein nicht geschehenes wie geschehen behandelt wurde (wie z. B. wenn im Tatbestand der *brevi manu traditio* und des *constitutum possessorium* eine *traditio* gesehen wurde); und diese Fiktionen haben, auch wo sie nicht im einzelnen Fall kraft der Autorität des Responsum eines privilegierten Juristen dieselbe Kraft wie die einer fiktizischen Formel hatten, sicher die Praxis der Gerichte in eben demselben Umfange beeinflußt, wie die ausgesprochenen Fiktionen des Prätors. Die dem Worte *dare* beigelegte Bedeutung war jedesmal das getreue Spiegelbild der Rechtsauffassung, welche der Jurist im einzelnen Falle zur Geltung bringen wollte.

¹⁾ Vgl. meine Abh. in Z. Sav.-St. 24, 173f.

Diese Darlegungen erhalten ihre volle Bestätigung, wenn wir uns Klarheit über die Motive verschaffen, durch welche die römischen Juristen zu den verschiedenen Auslegungen des *dare* veranlaßt worden sind. Ich beschränke mich hierbei auf eine Betrachtung der *condictiones*, der *a° ex stipulatu* und der *a° ex testamento*. In den *a°s bonae fidei* wurde das *dare* ja in der Regel in seinem allgemeinen Sinne von „geben“ verstanden. Die Erforschung der Gründe, aus welchen bei *emptio venditio* das *dare* der Formel nur als Vornahme des Übereignungsaktes (*mancipatio, in iure cessio, traditio*) gedeutet ward, würde rechtshistorische und dogmatische Untersuchungen erheischen, die hier nicht am Platze wären. Bei den *condictiones* und der *a° ex testamento* aber liegt der Zusammenhang der Dinge klar zutage.

Um das Motiv der Juristen für die von ihnen hier in der Regel beliebte Auslegung des *dare* zu finden, brauchen wir nur zu untersuchen, welche Konsequenzen sich in den Fragen, die in ihren auf *dare* offen oder versteckt bezüglichlichen Erörterungen verhandelt werden, ergeben haben würden, wenn sie das *dare* in dem ihm nach dem allgemeinen Sprachgebrauch aller Zeiten zukommenden Sinne verstanden hätten. Finden wir, daß ihre abweichenden Deutungen ein besseres und zweckmäßigeres Resultat geben, so werden wir in diesem Zweck der Umdeutung zu sehen berechtigt sein.

In den meisten Stellen handelt es sich darum, ob und auf welchem Wege dem Gläubiger aus Stipulation oder Testament, wenn die ihm vom Schuldner zum Zweck der Erfüllung übereignete Sache ihm von einem Dritten mit der Pfandklage oder einer Noxalklage evinziert war, oder sein Eigentum ihm aus einem der oben S. 295 angegebenen Gründe verloren zu gehen drohte, geholfen werden könne. Die Juristen vertraten hier offenbar die Ansicht, daß der Schuldner dem Gläubiger hier Eviktion leisten müsse. In einigen Stellen (Dig. 46, 3. 27. Nr. 4. Dig. 31, 66, 3. cf. unten S. 307 Anm. 1) handelt es sich darum, dem Gläubiger, nachdem ihm das Eigentum an der geschuldeten Sache verschafft worden ist, zur Erlangung gewisser Vorthelle, die nach Ansicht der Juristen außer dem Eigentumsrecht gewissermaßen als dessen Zubehör oder als in ihm normalerweise enthalten dem Gläubiger gebührten,

aber im konkreten Falle ihm fehlten, behilflich zu sein. Die einzigen Aktionen, die dem Gläubiger zur Durchführung seiner Ansprüche zur Verfügung standen, waren aber die *condictio certae rei*, *triticaria* etc. mit der *Intentio: dare — dare facere oportere*. Es war jedoch vorauszusehen, daß, wenn der Gläubiger etwa wegen geschehener Eviktion, oder wegen Fehlens eines im Eigentum regelmäßig enthaltenen Rechtes, wie z.B. des Fruchtbezuges (der etwa einem Dritten als Nießbrauch zustand), mit einer jener Aktionen auf das Interesse klagte, der Geschworene den Beklagten absolvieren würde, da ja dem Kläger die Sache schon verschafft, die Frage, ob ein *dare oportere* bestehe, bei einer dem Iudex am nächsten liegenden Auslegung im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs zu erwarten war. Der Jurist, der als Respondent oder im Consilium des Geschworenen oder auch des Prätors wirkte, wird daher die Notwendigkeit der Bejahung des *dare oportere* auch nach erfolgter Eigentumsverschaffung dem Geschworenen dadurch plausibel zu machen versucht haben, daß er ihm darlegte, ein *dare*, Verschaffung von Eigentum, das der Kläger unter den hier obwaltenden Umständen zu verlieren in Gefahr sei, könne als *dare* nicht angesehen werden, und könne daher der Anstellung dieser actio und zur Erlangung des Interesses wegen geschehener Eviktion oder wegen Fehlens gewisser zum Eigentumsrecht gehöriger Vorteile und Rechte nicht im Wege stehen. Die Nachteile einer *plus petitio* waren dabei nicht zu befürchten. Denn die bereits bewirkte Übereignung bildete ebensowenig einen Bruchteil der ganzen geschuldeten Leistung, wie andererseits die Beseitigung der von dem Pfandrecht eines Dritten, einer Noxalhaftung oder der Statulibertät eines Sklaven drohenden Eviktionsgefahr, oder die Verschaffung der Nutzungen der Sache, die einem Dritten infolge eines ihm zustehenden Nießbrauchs gebührten.¹⁾

¹⁾ Einer solchen Anschauung entgegenzutreten ist offenbar der Zweck der Ausführungen Papinians in Dig. 31, 66, 3: 1. 17 quaest.: *Fundo legato si usus fructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede: usus fructus enim etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet: enim vero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agatur, verbi gratia si fundus pignori datus vel aliena possessio sit.*

Diesen Ansichten, welche die Juristen im einzelnen Streit-falle verfochten, haben sie denn auch in ihren Schriften in allgemeiner lautenden Lehren Ausdruck verliehen. Es kam ihnen also in erster Linie darauf an, ein wirklich geschehenes *dare* als nicht geschehen hinzustellen, es hinwegzufingieren. Daher werden wir die negative Fassung der von ihnen beliebten Auslegung von *dare*, wie sie uns bei Labeo (Nr. 8) als erstem und vielleicht ihrem Urheber begegnet: *non videtur heres dedisse quod ita dederat, ut habere non liceat* als die ursprüngliche ansehen dürfen, aus der die positive erst durch Umkehrung gebildet worden ist. —

Es liegt also für *dare* keineswegs ein Bedeutungswandel vor, der ihm neben seiner allgemeinen Bedeutung eine besondere verschafft und sich in der tausendfältig in der Sprachgeschichte zu beobachtenden Weise vollzogen hätte, daß man unbewußt mit der Vorstellung des durch *dare* bezeichneten Handelns die einer bestimmten sich mit ihm verknüpfenden Wirkung assoziierte und diese als Merkmal eines neuen, durch das nämliche Wort ausgedrückten Begriffs auffaßte. Nicht eine solche sprachgeschichtliche Entwicklung, wie sie auch hier möglich gewesen wäre, sondern ein bewußtes, von Fall zu Fall vorgenommenes Umdeuten zum Zweck der Anpassung an wechselnde Zwecke tritt uns hier entgegen. Eine Konsequenz aus der Auffassung des *dare* als Verschaffung des Eigentums von dauerndem Bestande war es nun, daß die *condictio certae rei* und die andern genannten Aktionen im Hinblick auf Eviktionsleistung nicht eine wirklich erfolgte Eviktion voraussetzten, sondern schon durch den Nachweis des drohenden Rechtsverlustes begründet werden konnten, — eine Folge, die von den Juristen doch gewiß nicht bloß als logische, gleichsam mechanische Folge der Umdeutung von *dare* hingenommen wurde, sondern auch aus materiellen Gründen ihre Billigung fand.

Die Folgerungen aus der hier gewonnenen Erkenntnis für die Auffassung von *dare* in denjenigen Fällen, die außerhalb des hier in Betracht gezogenen Gebiets liegen, bedürfen hier keiner Erörterung. Hervorgehoben sei nur, daß für die Bedeutung des *dare* in den Kontrakten des Schemas *do ut*

des und für die Beurteilung der bei *permutatio* den Kontrahenten obliegenden Dationspflicht aus der Art, wie das *dare* innerhalb des von unserer Untersuchung betroffenen Gebiets von Aktionen sich keinerlei Schlüsse ziehen lassen, und die Behauptung, den Kontrahenten läge bei Tausch die gegenseitige Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung ob, aller Grundlage entbehrt, wie es ja ohnehin kaum glaublich erscheint, daß die römische Jurisprudenz der Verpflichtung zum *dare* bei Tausch einen weiteren Umfang gegeben haben sollte, als beim Kaufvertrag.

IX.

**Zu I. 16 Dig. de cond. causa data I 2, 4
und zur Eviktionshaftung bei stipulatio rem dari.**

Von

Herrn Professor Schloßmann

in Kiel.

I.

Nach der von Ch. Appleton zu Dig. 12, 4. 16¹⁾ gemachten Konjektur, nach welcher infolge unrichtiger Auflösung einer Abbreviatur das Wort *pecuniam* an die Stelle des von Celsus geschriebenen *Pamphilum* oder, wie er später

¹⁾ Celsus l. III digestorum: *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.*