

Immer Aufmerksamem vom R. O. O. Universitätsbibliothek

Dr. Ludwig Killeis

empfiehlt übersetzt von Kiefelmeier.

Dr. HEINRICH HORTEN

# PERSONALEXECUTION.

II. BAND.

---

DIE  
PERSONALEXECUTION

IN  
GESCHICHTE UND DOGMA.

Von

Dr. HEINRICH HORTEN.

I. ABTHEILUNG: AUSSERDEUTSCHE GRUNDLAGEN.

2. BUCH: ITALIEN.



WIEN.

MANZ'SCHE K. u. K. HOF-VERLAGS- UND UNIV.-BUCHHANDLUNG.  
1895.

DIE  
PERSONALEXECUTION  
IN  
ITALIEN.

Von

Dr. HEINRICH HORTEN.

I. ABSCHNITT: ITALIENISCHE RECHTSGRUNDLAGEN.

Inv. čis.: 113  
Sign: 56



WIEN.

MANZ'SCHE K. u. K. HOF-VERLAGS- UND UNIV.-BUCHHANDLUNG.  
1895.

I dha 25



2482/I

Alle Rechte vorbehalten.

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA  
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP  
STARÝ FOND 04253  
Č. inv.:

MEINEM LIEBEN

BRUDER BERNHARD

## Inhalt des I. Abschnitts.

	Seite
<b>A. Das Recht im Reich der Stadt Rom</b> . . . . .	3—61
<b>I. Bis zur lex Poetelia</b> . . . . .	3—26
<i>a)</i> In ius vocatio . . . . .	3
<i>b)</i> Addictio . . . . .	10
<i>c)</i> Nexum . . . . .	18
<b>II. Bis auf Justinian</b> . . . . .	27—61
<i>a)</i> Lex Poetelia-Papiria . . . . .	27
<i>b)</i> Lex Julia iudiciaria . . . . .	39
<i>c)</i> Corpus iuris civilis . . . . .	45
<b>B. Das Recht im Germanen-Italien</b> . . . . .	62—187
<b>I. Germanisches Recht mit römischem Einschlag</b> . . . . .	62—130
<i>a)</i> Langobardenedicte . . . . .	62—103
1. Das Pfändungsrecht . . . . .	62
2. Die Pfändungstitel . . . . .	70
3. Die Wadiation insbesondere . . . . .	78
4. Verfestung und Verknechtung . . . . .	90
<i>b)</i> Weiterentwicklung . . . . .	103—130
1. Äußere Einwirkung (Capitularen und Schulproducte) . . . . .	103
2. Innere Fortbildung (Urkunden aus dem Rechtsleben) . . . . .	116



	Seite
II. Römisches Recht mit germanischem Einschlag . . . . .	131—187
a) Ostgoten-Edicte . . . . .	131—147
1. Vollstreckung in das Vermögen . . . . .	131
2. Vollstreckung wider die Person . . . . .	139
b) Weiterentwicklung . . . . .	147—187
1. Äußere Einwirkung (Satzungen) . . . . .	147—169
α) Westgotische Edicte . . . . .	147
β) Römisches Vulgärrecht . . . . .	159
2. Innere Fortbildung (Urkunden) . . . . .	169—187
α) Ordentliches Zwangsverfahren . . . . .	169
β) Parat exegible Urkunden . . . . .	177
—————	
Excurs: Die langobardische Schuldverpflichtung . . . . .	189

## I. ABSCHNITT.

## ITALIENISCHE RECHTSGRUNDLAGEN.

## A. Das Recht im Reich der Stadt Rom.

### I. Bis zur lex Poetelia.

- a) In ius vocatio.
- b) Addictio.
- c) Nexum.

### II. Bis auf Iustinian.

- a) Lex Poetelia-Papiria.
- b) Lex Iulia iudiciaria.
- c) Corpus iuris civilis.

### I. Bis zur lex Poetelia.

#### a) In ius vocatio.

Alle Zwangsvollstreckung wird von der Scheu beherrscht, die persönliche Freiheit zu verletzen. Sie muss es am Ende. Es besteht ein unversöhnlicher Antagonismus zwischen den beiden Postulaten der Rechtsordnung: Freiheitsschutz auf der einen Seite und auf der andern doch Vollstreckungszwang. Die Art aber, wie man zwischen diesen Gegensätzen zu vermitteln sucht, schlägt im Lauf der Geschichte aus einem Extrem allmählich ins andere um.

Die Scheu, den freien Willen der freien Person als Selbstherrscher ihrer Rechtssphäre zu verletzen, weicht mit der Zeit der Scheu, die Person als solche: die leibliche Persönlichkeit im Gegensatz zur Rechtspersönlichkeit, anzutasten. Was man früher zunächst vermied, und nur mittelbar durch die Person, durch Beugung ihres Willens zu erreichen versuchte: Ergreifung von Vermögensstücken für die Rechtsvollstreckung, tritt allmählich hervor: das Sachvermögen wird das nächste Object, wo der Staatszwang ansetzt. Die Person als solche im Sinn eines Angriffspunktes für den Hebel der Zwangsvollstreckung tritt zurück. Sie erscheint am Ende selbst nur als letztes Befriedigungsobject: als letzter Gegenstand ihrer Vermögenssphäre, wenn keine

andern Sachen vorhanden sind. Das ist die Person als Schuld-knecht. Und selbst da ist der Zwang ein stumpfer, nicht scharf und schneidig, wie im Beginn der Entwicklung, wo der Zwang ausschließlich die Person ergreift, wo sich in ihm als Beuge-zwang, der den heilig gehaltenen Willen zur spontanen Befriedigung bewegen soll, der staatliche Rechtsschutz verletzter Rechte erschöpft. —

Wir haben das für das germanische Recht im Frankenreich erwiesen. Wir wollen es nun im römischen Recht verfolgen: vom ersten Stadtrecht bis ins letzte Weltrecht Roms. Es wird sich manche verschiedene Grundanschauung gleich vom Anbeginn zeigen. Es wird sich noch mehr ein anderer Verlauf der Entwicklung in Einzelheiten ergeben. Das grosse Problem aber und in grossen Zügen auch die Versuche zur Lösung, der Gang der Entwicklung im Lauf der Geschichte bleibt sich gleich. Dann aber werden gerade die einzelnen Verschiedenheiten um so bezeichnender für die Gesamtentfaltung. Sie werden es, weil eben trotz ihnen die Gesamtentfaltung einen gleichen Verlauf zeigt. Sie sind es für uns aber auch als Einzelheiten um ihrer selbst willen.

Denn im Ringkampf der beiden Rechte in ihrer Gänze: des römischen und des germanischen Rechts, den man mit einem Schlagwort die Reception zu nennen gewohnt ist, dessen Ergebnis jedoch durchaus nicht die Annahme römischen Rechts in allen Stücken ist, in diesem Ringkampf, welcher eigentlich gleich mit der Völkerwanderung anhub und mächtig schon im ersten Germanen-Italien wogte, spielten gerade auch die Einzelheiten eine wichtige Rolle. So manche römische Einzelheiten wurden früh schon vom germanischen Recht übernommen. Aus ihrer Übernahme aber darf man nicht schon auf die Übernahme der sie beherrschenden Grundideen schließen. Sie sind nur zu oft bloß neue Form, weil bessere Form, welche germanische Rechtsgedanken aufnimmt. Das war stets ein germanischer Hauptmangel: bei aller Fülle der Gedanken ein Mangel in der Form, welche ihrerseits wieder die römische Hauptstärke ausmachte. Was Wunder, dass man gar bald nach römischen Formen griff, um seine Gedanken darein zu kleiden! Was Wunder freilich, wenn dann über der Form oft der Inhalt vergessen ward!<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Die mannigfachsten Belege dafür im zweiten Theil: bei Behandlung des Rechts im Germanen-Italien. Ähnliches ist noch heute bemerkbar. Die

Um so wichtiger wird die ergründende Darlegung sowohl der Principien als auch der Detailgestaltung. Und als Fundament dieser Darlegung soll nun eben das römische Recht erörtert werden. Seine Entwicklungsgeschichte soll uns die Rechtsgedanken aufdecken, die, schon ausgereift, im neuen Entwicklungsprocess des Germanen-Italiens wieder verjüngt, aber allerdings geändert zur Erscheinung gelangten. —

Gleich im Ausgangspunkt der Zwangsgestaltung unterscheidet sich nun das römische Recht vom germanischen. Was diesem die erste Voraussetzung, die Grundbedingung erscheint, ohne die jeder Zwang wider Unrecht selbst ein Unrecht wäre, weil er sich an der freien Person versündigte: die Entziehung der Freiheit und ihres Schutzes durch die Friedloslegung zum Zweck der Rechtsvollstreckung; kennt das römische Recht nicht.<sup>2)</sup>

Es bedarf ihrer nicht, wie das germanische Recht. Denn es stellt den freien Willen der freien Person nicht so hoch, um erst nach seiner Beseitigung durch die Acht einen Eingriff in den Rechtskreis des freien Bürgers zu wagen. Seit je kann die Obrigkeit für publicistische Zwecke alle Gewaltmittel aufbieten, von der pignoris capio und Confiscation bis zur servitus poenae und Todesstrafe.<sup>3)</sup>

Sie thut dies aber anfangs auch nur für publicistische Zwecke. Zum staatlichen Schutz civiler Interessen scheint zunächst kein Anlass. Jeder für sich, war die Lösung. Wie der Staat, so mag

feinsten Ideen, die wir mit unserm Wortschatz auszudrücken verzweifeln, legen wir in ein Fremdwort, welches derart einen ganz andern Sinn als in der Ursprache annimmt.

<sup>2)</sup> Vgl. Zumpt, Das Criminalrecht der römischen Republik. I, 1, 126.

<sup>3)</sup> Vgl. Aulus Gellius, noctes Atticae. XIV, 7; auch Huschke, Über das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht. Leipzig 1846, S. 51, 75. Savigny, Über das altrömische Schuldrecht, in seinen „Vermischten Schriften“, II, 450. Giraud, Des nexi ou de la condition des debiteurs chez les Romains, in den Mémoires de l'académie royale des sciences morales et politiques de l'institut de France, tome V (eine eingehende Abhandlung, gegen 300 Quartseiten stark, der Gallinger freilich mit Recht manche Wiedergabe fremder Ansichten ohne Angabe des Autors vorwirft), S. 477 f. Troplong, De la contrainte par corps, Paris 1847 (die Vorrede, römisch paginiert, ist geschichtlich), p. CI. Levieil de la Marsonnière, Histoire de la contrainte par corps (eine ausgezeichnete, gekrönte Preisschrift). Paris 1845, S. 37. Zumpt, Das Criminalrecht der römischen Republik, I, 1, 124 ff., 167 ff.

sich auch der Privatmann selbst helfen.<sup>4)</sup> Erst die Ausschreitung der Eigenmacht vermochte vielleicht eine Intervention der Obrigkeit zu bewirken. Und so brachte allenfalls erst das Staatsinteresse an Ruhe und Ordnung gegenüber Excessen und Conflicten eine Interessierung für Privatrechtsverhältnisse mit sich. Weil es jene zu beruhigen galt, galt es diese zu ordnen.

Ein dergestalt vermitteltes, ein solcherart abgeleitetes Interesse der Obrigkeit bezeugt auch das alte Compromiss aufs Priesterthum.<sup>5)</sup> Die Processwette bildete hier das publicistische Medium. Man stritt um sie, damit das Privatrecht entschieden werde. Im Aufkommen dieser Einrichtung zeigt sich einerseits die sonstige Gleichgiltigkeit des Staats für die private Rechtsfeststellung. Es zeigt sich darin aber andererseits auch schon das Streben der Parteien, den Staat für die Rechtshilfe zu gewinnen, welche eben nur Selbsthilfe war.

Je verfeinerter nun der Staatsorganismus, desto empfindlicher wird er für Ruhestörungen; und so wollte die Obrigkeit bald eine Selbsthilfe nur für öffentlich festgestelltes, wenn nicht an sich schon öffentlich feststehendes Recht gestatten. Soweit möglich aber knüpft jede staatliche Neuerung an schon Bestehendes an; und so wurde jene freicontractliche Unterwerfung unter eine Gerichtsbarkeit einfach gesetzlich zur Pflicht gemacht. Das und nichts Geringeres ist nun aber die Function des ersten Rechtszwangsacts — eines Personalzwangs: der in ius vocatio.<sup>6)</sup>

Sie ist in der That nicht nur Zwangsladung, sondern vermittelt geradezu eben den Einlassungszwang für jenen Unterwerfungszweck. Es ist also nicht genug, wenn die Partei vor Gericht kommt. Sie muss sich auch wirklich einlassen. Ohne Gegner gibt es kein Urtheil, weil es ohne seine Mitwirkung keine Verhandlung gibt. Das bezeugt der anfängliche Mangel jedes Contumazialverfahrens. Das bezeugt die Rolle des vindex im alten Processrecht. Und das bezeugt endlich auch der weitere Zwangsact:

<sup>4)</sup> Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts, I, § 11; Gauckler, Etude sur le vindex in der Nouvelle revue historique de droit français et étranger. XIII, 602.

<sup>5)</sup> Karlowa, Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen, Berlin 1872, S. 23, ließe sich immerhin damit historisch vereinigen.

<sup>6)</sup> Vgl. Gauckler, a. a. O. S. 621 ff. S. S. 19 oben, S. 32.

zur Leistung des vadimonium, wenn die Sache vertagt wird. — Darauf ist nun einzugehen.

Was zunächst den anfänglichen Mangel jedes Contumazialverfahrens anlangt, so ergibt er sich schon aus dem Umstand, dass ein Ungehorsamsprocess erst in späterer Zeit erwähnt wird, und zwar als ein Rechtsmittel, welches allein durch prätorische Hilfe gewährt ward.<sup>7)</sup> Wieso man sich ohne dieses künstlich vermittelnde Gelenk des Civilprocesses behelfen konnte, begreift sich aus den altrömischen Verkehrsverhältnissen: sie zwangen auch abgesehen vom Bürgerinteresse an Staatsgeschäften jeden auf den Markt nach der Stadt zu kommen. Es war dieser allgemeine Zwang der Verhältnisse, welcher einen besondern Zwang im Process ersetzte. Erklärt jedoch dies, wie man überhaupt irgend ohne Ungehorsamsverfahren auskommen konnte<sup>8)</sup>, so erklärt sich hinwieder sein grundsätzlicher Mangel, welchem auch unter durchaus andern Verhältnissen in späterer Zeit gewissermaßen bloß durch prätorischen Nothbehelf gesteuert ward, eben aus dem Processaxiom, das nur nach beiderseitigem Gehör zur Feststellung des Rechts und sohin zu dessen Durchsetzung schreiten ließ.

Zum zweiten beweisend hiefür ist die Rolle des vindex im alten Processrecht. Der vocatus in ius kam durch ihn, und zwar nur durch ihn, von der zwangsweisen ductio in ius los<sup>9)</sup>, weil er eben vollends den Streit auf sich nahm, weil er ganz in die Rolle des Belangten eintrat, das Zweiparteien-Verhältnis also trotz Fernbleiben des Belangten vom Verfahren gewahrt blieb. Darum nun mochte unbedenklich auf Grund der Verhandlung ein Urtheil erfließen, welches selbst auch wider den vindex: eben als Partei an Stelle des Belangten, seine Spitze richtete. Es ist sonach der vindex mehr als Processvertreter; er ist geradezu ein Ersatz der Person des Beklagten durch eine andere: und darum muss sie auch der erstern gleichwertig sein!<sup>10)</sup> Erklärt aber dieser Vollersatz die Function des vindex, so erklärt sich ihrerseits die Nothwendigkeit

<sup>7)</sup> Dies wird auch allgemein außer von Huschke und Voigt angenommen. Vgl. insbes. Schlayer, Die Lehre von den Cautionen im Civilprocesse, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Process, neue Folge, IX, S. 15; dazu Gaius, IV, 15.

<sup>8)</sup> Ähnlich Bethmann-Hollweg, I, 112.

<sup>9)</sup> Vgl. Gauckler, a. a. O. S. 608 ff.; daselbst die weitere Literatur.

<sup>10)</sup> Assiduo vindex assiduus esto etc; dazu die citierte Literatur.

eines solchen Vollersatzes, um loszukommen, eben aus dem angeführten Processprincip und hat darum für dieses selbst Beweiskraft: Ohne gegnerische Einlassung gibt es keine Verhandlung — ohne durchgeführte Verhandlung kein Urtheil — ohne geschöpftes Urtheil (oder dessen Surrogat) keine Vollstreckung.

Am klarsten aber erhellt dies endlich aus dem vadimonium: es kommt zu leisten, wenn die Sache vertagt wird.<sup>11)</sup> Wer es weigert, wird verhaftet.<sup>12)</sup> Warum? Weil es sonst einer neuerlichen Zwangsladung bedürfte, um ihn neuerlich stellig zu machen. Wozu aber müsste er wieder kommen, wenn anders sein williges Mitwirken für die gerichtliche Rechtsfeststellung nicht vonnöthen wäre? Dann aber muss er auch verhaftet werden, wenn er wol der Ladung folgt, aber ohne sich einzulassen! Und die Verhaftung erscheint nicht etwa nur als Mittel, um sich seiner Person zu versichern: sie könnte ja ohne die Nothwendigkeit einer wirklichen Einlassung des Belangten auch wol ausbleiben; die Verhaftung erscheint insbesondere auch als Maßregelung, um eben die Einlassung zu erzwingen! In der That ist die Haft ein übliches Zwangsmittel in den Händen der Obrigkeit, um sich und mit sich dem Gesetz Gehorsam zu schaffen.<sup>13)</sup>

Dass wirklich am Ende die Einlassung vorzüglich in Frage stand, das Erscheinen nur die formelle Voraussetzung der materiellen Einlassung war und darum nur als erste Bedingung der Unterwerfung unter das Gericht zuerst erzwungen werden wollte, bezeugt endlich auch der Brauch, welcher aufkam: der Kläger zog gleich anfangs das vadimonium<sup>14)</sup> der *vocatio in ius* vor<sup>15)</sup>, damit der Belangte schon sicher instruiert im ersten Termin erscheine, und dieser sohin, wie die ganze Bemühung für ihn, als Form ohne Inhalt, als Rahmen ohne Füllung nicht einfach vergeblich sei.

Die Einlassung durchzusetzen, ist also die Function der *in ius vocatio*: des ersten Rechtszwangsacts, welcher als

<sup>11)</sup> Vgl. Gaius, IV, 184; Schlayer, a. a. O. S. 16 ff. Voigt, Das Vadimonium, in den Schriften der sächsischen Akademie der Wissenschaften, VIII, 3.

<sup>12)</sup> Bethmann-Hollweg, I, 112. — Schlayer, a. a. O. S. 16; dazu I. 2, § 1, D. 2, 5.

<sup>13)</sup> Vgl. Zumpt, a. a. O., I, 1, 315. Rein, S. 914, 916. I. 2, D. 2, 4. Bethmann-Hollweg, II, 197.

<sup>14)</sup> Darüber Voigt in den Schriften der sächsischen Akademie, VIII, 3.

<sup>15)</sup> Vgl. Bethmann-Hollweg, II, 198 f.

Personalzwang erscheint. Er kann sofort geübt werden, weil sofort ein öffentlich feststehendes Unrecht vorliegt, wenn der Belangte nicht dem gesetzlichen Ruf vor Gericht folgt: offenbares Recht kann man ohneweiters mit gewaltsamer Selbsthilfe durchsetzen, die der Staat nur zu regeln sich begnügt. Und er wird sofort geübt, um auch den eigentlich verfolgten Rechtsanspruch offenbar zu machen: durch gerichtliche Feststellung, für welche es eben der Mitwirkung des Belangten bedarf, und in der darum der tiefere Grund des gesetzlichen Einlassungszwangs liegt. Ist einmal derart der Anspruch gerichtlich festgestellt, so darf man ihn auch schon eigenmächtig durchsetzen. Wie der Staat, so darf in Rom eben auch der Einzelne ohne anderes zur Selbsthilfe gegen den Einzelnen greifen, wenn sein Recht nur erst öffentlich feststeht.<sup>16)</sup> Allerdings auch nur, so weit es reicht. Um das zu bestimmen, dazu dient ja gerade die Feststellung des Rechts als Voraussetzung seiner Vollstreckung! Und da nun ergeben sich Schwierigkeiten.<sup>17)</sup>

Wir werden bald sehen, wie die Lösung dieser Schwierigkeiten dahin führt, die Person als solche zum Angriffspunkt des Vollstreckungszwangs zu machen. Wir werden also sehen, wie auch das römische Recht zu einer ähnlichen Personalexecution wie das germanische Recht, allerdings jedoch aus anderm Grund, gedrängt wird. Wir werden bald auch zeigen, worin dieser andere Grund liegt. Wir können aber hier schon sagen, dass der Grund ganz fälschlich, eben wie im germanischen Recht, in jenem Freiheitsprincip gesucht wurde, welches wir gleich eingangs fürs Römerrecht ablehnten: dass nämlich der Rechtskreis des freien Bürgers jeden Eingriff wider dessen Willen ausschließe, und darum aller Zwang nur wider die Person des Widerstrebenden zu richten sei, um irgend eine Rechtsvollstreckung gewaltsam durchzusetzen.<sup>18)</sup> Wenn wir diese Personalexecution

<sup>16)</sup> Siehe den Eingang der Untersuchung.

<sup>17)</sup> Vgl. Troplong, a. a. O. p. C s.

<sup>18)</sup> So irrig Niebuhr, Römische Geschichte, II, S. 670 f., III, S. 179 f.; Zimmern, Römische Rechtsgeschichte, III, S. 129; Troplong, a. a. O. p. V s.; Levieil, a. a. O. S. 66. Freilich ist es andererseits übertrieben, eine solche Untrennbarkeit des Geschicks der Person und ihres Guts ins Gebiet der Fabel zu verweisen, wie Giraud, a. a. O. S. 477, thut. Es ist nur nicht römisch, wol aber germanisch. Vgl. S. 5 u. 11.

thatsächlich für gewisse Fälle auch im römischen Recht, und zwar bei der Zwangsvollstreckung von Obligationen geltend finden, so muss die Erklärung hiefür ganz anders lauten! — Mit ihr gelangen wir zur Betrachtung der endlichen Zwangsvollstreckung überhaupt und insbesondere der Personalexecution. —

### b) *Addictio*.

Im alten Rom ist die Zwangsvollstreckung von absoluten und persönlichen Rechten zu unterscheiden. Um absolute Rechte steht es einfach. Mit dem festgestellten Recht erscheint jeder Zwangsact des Klägers wider den unbotsamen Beklagten nur als Rechtsbehauptung.<sup>19)</sup> Er vertheidigt seine Sache; jener ist der Angreifer. Er vertheidigt sein Kind; jener ist der Störefried. Er vertheidigt sein Erbe; jener ist der Vergewaltiger. Das Recht hat sein greifbares Substrat. Wem es zusteht, der mag es ausüben. Wer es ausübt, setzt es damit auch schon durch. Die Rechtsdurchsetzung ist nur eine Art der Rechtsausübung. Und so kann von einer eigentlichen Zwangsvollstreckung nur bei persönlichen Rechten die Rede sein.

Sie ist durchaus Personalexecution.<sup>20)</sup> Die Person hat sich verpflichtet. Die Person hat ihre Pflicht zu thun. Darauf geht das Recht des Gläubigers. Und darauf geht die Rechtsvollstreckung.<sup>21)</sup> Aber bei dieser Rechtsvollstreckung muss das Recht auch schon nothwendig seine Schranken überschreiten. Es gibt keine ganz adäquate Execution der Obligation. Sie hat eben kein greifbares Substrat, wie das absolute Recht. Ihr eigentlicher Inhalt ist ein gewisser Schuldnerwille, den man nicht erzwingen kann. Man kann nur zwangsweise auf ihn einwirken. Und das

<sup>19)</sup> Vgl. Bethmann-Hollweg, I, S. 190, 191.

<sup>20)</sup> Vgl. Bethmann-Hollweg, a. a. O. I, S. 196; Troplong, a. a. O. S. V; Leveil de la Marsonnière, a. a. O. S. 32 f., 35 f.; Gallinger, Der Offenbarungseid des Schuldners. München 1884, S. 17.

<sup>21)</sup> Dass Vermögensexecution schon in frühester Zeit erfolgte: Huschke, a. a. O. S. 82. Allein die Stelle, die er als Beleg anführt: Livius, II, 24, handelt wol von fiduciarisch mancipierten Pfandsachen. Ebenso steht es um das Edict des Servilius bei Dionysius, VI, 29 und Livius, II, 24, wonach den Gläubigern untersagt ist, die Kinder oder die Güter der Schuldner, die in den Krieg gezogen waren, in Besitz zu nehmen. Es soll hiemit ein Moratorium für die Schuldner bewirkt werden, da sie durch Abwesenheit im Krieg am Erwerb zum Zweck der Pfandlösung so lang gehindert sind.

thut die alte Schuldexecution. Allein indem sie es thut, greift sie schon über die einzelne Willensbestimmung hinaus und erfasst den ganzen Willen, ja die ganze Person. Sie kann nicht anders! Wie aber darf sie das?

Jedes Plus über die Rechtsdurchsetzung ist Strafe. Strafe des Rechtsbruchs, da man die Pflichterfüllung weigert<sup>22)</sup>; Strafe des Treubruchs<sup>23)</sup>, da man sein Wort nicht hält.<sup>24)</sup> Je ohnmächtiger man dem unbeugsamen Willen gegenübersteht, desto mehr entfacht sich der Rachetrieb.<sup>25)</sup> Indem der Staat ihn regelt, wird er zur Privatstrafe. Sie aber fügt sich ergänzend der Rechtsvollstreckung an, die ja auch als Selbsthilfe in der Hand des Privaten ruht. Und das nun ist es, was die alte Schuldexecution rechtfertigt, da sie, um einen einzelnen Willensact auszulösen, zum Zwang wider die gesammte Person führt. Das ist es, wodurch sich die römische Personalexecution von Obligationen rechtfertigt: und dadurch unterscheidet sich eben diese Personalexecution wesentlich von der germanischen, so viel Ähnlichkeit auch sonst herrschen mag.

Im germanischen Recht erschöpft sich die Execution in einem Zwang auf den Willen der Person, weil man mit Umgehung dieses Willens gar keinen Angriff auf die Rechtssphäre wagt, die der Wille beherrscht. Im römischen Recht aber glaubt man sich deshalb und auch nur dann allein an den Willen wenden zu müssen, wenn eben dieser Wille, eine Leistung des Schuldners, den eigentlichen Gegenstand der Verpflichtung ausmacht. Nur die Execution von Obligationen betritt darum den Weg der Willensvollstreckung, der Personalexecution: in ihrer Steigerung von der Verurtheilung zur

<sup>22)</sup> Vgl. insb. Troplong, a. a. O. pag. V, LXVI, LXX, LXXXIII, XCVIII, CII; Leveil, a. a. O. S. 52. Mit Unrecht dagegen Bethmann-Hollweg, a. a. O. I, S. 195 mit Note 5.

<sup>23)</sup> Bedeutung der fides: Giraud, a. a. O. S. 410; dazu die Worte des Livius: *ingens vinculum fidei* (VIII, 28).

<sup>24)</sup> Gellius, XX, 1: *Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt, maximeque in pecuniae mutuatice usu atque commercio. Adimi enim putaverunt subsidium hoc inopiae temporariae, quo communis omnium vita indiget, si perfidia debitorum sine gravi poena eluderet.* Vgl. auch Livius, VI, 34: *poena in vicem fidei cesserat.* Vgl. auch VI, 11; II, 27.

<sup>25)</sup> Über die Rache als ersten Impuls der Execution aus einem anderen Gesichtspunkt: Gauckler, a. a. O. S. 623.

Erfüllung, durch die Haft beim Gläubiger hindurch, allenfalls bis zur Capitalstrafe, wenn alle Beugemittel versagen.

Bevor wir jedoch auf diese Gestaltung der Execution im Zwölftafelgesetz eingehen, ist im Anschluss an den letztberegten Gedanken: über die Unmöglichkeit eines Zwangs auf den Willen ohne Zwangsübung wider die gesamte Person, noch eine ungemein wichtige Schranke des Vollstreckungszwangs aufzuzeigen, zumal sie sich bis ins Zwölftafelgesetz zurück verfolgen lässt. Wenn nämlich schon die Rechtsvollstreckung das Schuldrecht, welches sie durchsetzen will, unausweichlich überschießen muss, da sie eben statt des bloßen Willens die ganze Person dem Zwang unterwirft, so soll sie doch zum Nachtheil des Schuldners nicht über das Interesse des Gläubigers hinausgehen. Und so mag sie in eine Bahn geleitet werden, wo die volle Befriedigung des berechtigten Interesses zugleich mit der lindesten Last für den Schuldner vereint erscheint: Diese Bahn ist die *condemnatio pecuniaria*.<sup>26)</sup> Und so erklärt sich diese charakteristische römische Eigenheit.

Einerseits nämlich muss eine Geldsumme, genügend hoch gegriffen, dem Interesse des Gläubigers wol gerecht werden, da das Geld ja begrifflich der Wertmesser aller Dinge ist. Andererseits aber mag der Zwang auf den Schuldner am wenigsten gesteigert und also die immerhin das Schuldrecht überschießende Gewalt am wenigsten empfindlich werden müssen, wenn dem Schuldner die Möglichkeit geboten wird, sich mit Geld abzufinden. Denn Geld hinzugeben: die gangbarste Wertsache, an der man insofern am wenigsten hängen mag, als sie keinen individuellen Sachcharacter hat, ja die im Umlauf den Herrn zu wechseln wesentlich bestimmt erscheint: das mag dem Schuldner am wenigsten schwer werden, und so mag er sich am ehesten ohne allzu großen Zwang dazu bereit finden. Ja noch mehr.

Es ist gewissermaßen das nackte Interesse, welches so liquidirt wird, das Interesse, schematisiert als objectiver Schade, als welcher die Verletzung des Vermögensrechts, indem es ja doch schon mit der Pflichtübernahme erworben erscheint, ob des Scheiterns

<sup>26)</sup> Im Ergebnis übereinstimmend, unterscheiden sich gleichwol alle Versuche zur Begründung dieses Ergebnisses. Und ich möchte hinzufügen, dass mir keiner so natürlich scheint. Man sehe nur Huschke, a. a. O. S. 13 ff., dem sich selbst ein Karlowa, a. a. O. § 17, anschließt, übrigens auch Bethmann-Hollweg, a. a. O. I, S. 195. Natürlicher Puchta, Institutionen, § 258.

dieses Erfolges sich darstellt. Für einen Schaden aber muss man aufkommen. Man löst so die Rache ab, die sich wegen der Schädigung gegen den Schädiger wendet.<sup>27)</sup> Und so ist das die Brücke, die von hier wieder zum Gedanken der Rache im Gewand der Privatstrafe hinführt. Es erscheinen die Ideen eines Compulsivzwangs zur Erfüllung und eines Strafwzangs wegen Nichterfüllung vereinigt und gemäß dem Obigen nebeneinander gerechtfertigt.<sup>28)</sup> Beides nun zeigt sich bereits im Zwölftafelgesetz.

Die Schematisierung des Interesses zunächst in Form einer Geldsumme weisen die Worte der Executionsnorm nach: *aeris aestimiam iudicati praedicato*. Sie ergeben auch, dass die Norm nicht etwa überhaupt nur für Geldschulden gilt<sup>29)</sup>, trotzdem ihr Eingang lautet: *aeris confessi rebusque iure iudicatis*. Wirklich ist ja auch hier das zweite Glied allgemein gehalten. Das erste aber klärt sich einfach dahin auf, dass ein Geständnis allerdings nur bei Geldschulden gleich vollstreckbar ist, während sonst eben erst noch eine Geldliquidierung noththut!<sup>30)</sup> — Für das Schadenurtheil spricht auch das Wort *condemnatio*; ihr solennes *damnas esto* aber deutet schon die Verhaftung der Person für den Fall der Nichterfüllung an.<sup>31)</sup> Es gibt die Selbsthilfe gegen den Nichterfüllenden frei, die Selbsthilfe, welche, nun staatlich geregelt, vom Compulsivzwang zur Erfüllung oder Geldleistung bis zur Capitalstrafe wegen Nichterfüllung fortschreitet.<sup>32)</sup>

Dreißig Tage<sup>33)</sup> wartet man zunächst die Wirkung ab, welche schon die autoritative Verurtheilung durch die Obrigkeit üben mag. Sie ist insofern schon als erste Stufe der mildeste Compulsivzwang. Die zweite Stufe bildet die Festnahme des Verurtheilten

<sup>27)</sup> Vgl. Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, S. 11 f. Gauckler, a. a. O. S. 631.

<sup>28)</sup> Abenteuerlich Huschke, a. a. O. S. 81.

<sup>29)</sup> Dies gegen Savigny, a. a. O. S. 403 und passim; dagegen schon Heimbach, Die Lehre vom Creditum. Leipzig 1849, S. 20 ff.

<sup>30)</sup> Im Ergebnis gleich: *Levieil de la Marsonnière*, a. a. O. S. 38. Vgl. auch *Bethmann-Hollweg*, a. a. O. I, S. 157, 196.

<sup>31)</sup> Vgl. Huschke, a. a. O. S. 81.

<sup>32)</sup> Übereignet aber nicht etwa allsogleich und schlechterdings den Schuldner seinem Gläubiger, wie *Troplong*, a. a. O. p. LXIV, annimmt! Wie verträge sich auch die Executionsnorm in den Zwölftafeln damit? S. N. 34 und N. 44.

<sup>33)</sup> Über die Bedeutung der *triginti dies iusti* eigenartig *Salmasius*, de modo usurarum, p. 810 s. (= in quibus ius stat). Vgl. auch *Levieil*, a. a. O. S. 38.



durch den Gläubiger, um ihn zur Haft bei sich abzuführen. Und zwar erfolgt die Abführung erst nach Genehmigung durch die Obrigkeit, vor welche darum der Festgenommene erst zu bringen ist. Das ist die *addictio*. Es ist ein Zuspruch des Schuldners an den Gläubiger, nicht etwa im Sinn einer Übereignung, da der Schuldner noch immer frei werden kann, wenn er leistet oder sich abfindet.<sup>34)</sup> Es ist ein Zuspruch vielmehr im Sinn eines Zuschlags, wenn sich nämlich kein *vindex* findet, der auch jetzt den Schuldner befreien kann, um allenfalls Einreden, beispielsweise der Zahlung oder des Vergleichs, vorzubringen, wenn er nicht gar gleich die Schuld zahlt.<sup>35)</sup> Es ist also ein Zuspruch, der den Schuldner in Ermanglung einer Lösung nunmehr der Selbsthilfe mit ihren steigenden Zwangsmaßnahmen in der Haft beim Gläubiger preisgibt.<sup>36)</sup>

Diese Haft<sup>37)</sup> nun als zweite Zwangsphase dauert durch sechzig Tage. Der Schuldner ist zu fesseln. Wie, das gilt gleich: *vincito aut nervo aut compedibus*. Aber jedenfalls verlangt das Gesetz ein bestimmtes Mindestgewicht der Fesseln: *quindecim pondo ne minore vincito*. Und das bezeugt die Planmäßigkeit im Anwachsen des Compulsivzwangs, weil es nur aus ihr, aus ihr aber sehr wol erklärlich wird.<sup>38)</sup> Nur nachdem nämlich ein so hoch gespannter Druck auf den Willen versagt hat, soll man endlich, da auch dies sich als fruchtlos erwiesen hat, davon ablassen und nun jäh, da man nichts erzwingen kann, denn doch rächen und strafen dürfen. Und so tritt das dritte und letzte Stadium ein: die Capitalstrafe.

<sup>34)</sup> Darum darf man nicht sagen, dass der Schuldner aufhört, ein freier Mann zu sein (Bethmann-Hollweg, a. a. O. I, 197). Dagegen spricht schon das *ni cum eo pacit* überzeugend.

<sup>35)</sup> Vgl. Bethmann-Hollweg, a. a. O. I, 196 mit N. 15. Dass der Zweck hiebei auch war, Vollstreckungshemmungen ohne anderes zu hindern, zeigt zudem die Verurtheilung des *vindex* ins *duplum*. Gaius, IV, § 9, 171; Paulus, I, 19, § 1; Bethmann-Hollweg, I, 156, 197.

<sup>36)</sup> Richtig Giraud, a. a. O. S. 470 ff.; irrig Troplong, a. a. O. p. LXIII; Gallinger, a. a. O. S. 18. Zu weit geht wohl Huschke, a. a. O. S. 79, N. 97; vgl. auch Levieil, a. a. O. S. 39.

<sup>37)</sup> Vgl. Troplong, a. a. O. p. LXVII.

<sup>38)</sup> Es bedarf hier durchaus keiner Emendation, die das *minore* mit *maiore* vertauscht, wie Huschke, a. a. O. S. 83, N. 100, will. Fälschlich auch Levieil, a. a. O. S. 43. Mit sicherem Blick hat schon Puchta, a. a. O. § 179, N. i, die wahre Sachlage erkannt.

Man mag sie dem Willenszwang, den sie ja eigentlich aufgibt, gleichwohl noch insofern zurechnen, als sie immer näher droht und durch die imminente Gefahr auch der Druck auf den Schuldner stets an Gewicht gewinnt. Und insofern stellt sie in der That den Höhepunkt des Zwangs wider die Person dar, zumal noch unter dem gezückten Mordstahl eine Verständigung möglich bleibt. Denn der Zweck eines Ausgleichs erscheint immer mitbezieht.<sup>39)</sup> Mit der *Pression* zur Lösung soll dem Schuldner keine Gelegenheit hiezu verschlossen werden. Er mag sich zunächst schon in der Erfüllungsfrist Geld zu verschaffen suchen.<sup>40)</sup> Er muss dann vor der Inhaftsetzung erst noch in *ius* geführt werden, damit sich vielleicht wer als *vindex* einsetzt oder für ihn zahlt. Und er ist endlich dreimal je nach drei Wochen<sup>41)</sup> öffentlich anzubieten, ob ihn wer auslöst.<sup>42)</sup> Und bis zum letzten Moment gilt eben auch noch das: *ni cum eo pacit*.<sup>43)</sup>

Keiner ist direct dazu gezwungen. Es gibt gar keinen directen Zwang zum *pacisci*. Indem nun aber auch im letzten Moment, wo der Zwang auf den Willen zur Erfüllung, aufs äußerste gespannt, in die Capitalstrafe umschlägt, nur von *pacisci* und von nichts weiter die Rede ist, erhellt zur Klarheit, dass der Gläubiger nicht etwa eigenmächtig, ohne Willen des Schuldners, Geld oder Sachen oder gar die Arbeitskraft des Schuldners im Weg der Verknechtung desselben ergreifen darf<sup>44)</sup>, um sich Befriedigung zu schaffen. Denn mag man auch all dies als *Minus*, verglichen mit der Capitalstrafe, ansehen, so ist es darum

<sup>39)</sup> Vgl. Livius, VI, 36, in Verbindung mit VI, 34; dazu auch VI, 11.

<sup>40)</sup> Vgl. Huschke, a. a. O. S. 70; Troplong, a. a. O. p. LXI.

<sup>41)</sup> Das heißt das: *trinis nundinis continuis*, nämlich auf den nacheinander folgenden Trinundinen, also immer nach drei Wochen während der sechzig Tage, das ist eben drei Mal! Und dazu stimmt das: *tertiis nundinis partes secanto*; das ist das dritte Mal, also am Ende der Frist. Gegen Huschke, a. a. O. S. 160; an ihm zweifelt auch Karlowa, *Civilprocess*, S. 160; falsch wol Gallinger, a. a. O. S. 18; auch Gauckier, a. a. O. S. 608.

<sup>42)</sup> Vgl. Cicero, *de oratore*, II, 63.

<sup>43)</sup> Darüber Huschke, a. a. O. S. 84; Troplong, a. a. O. p. LXV, LXVII. Das *ni cum eo pacit* spricht nun aber entschieden gegen den Erwerb *quiritischen* Eigenthums am *addictus* im Zeitpunkt der *ductio*! (S. p. XCVII.) Richtig Levieil de la Marsonnière, a. a. O. S. 34, 39.

<sup>44)</sup> Gegen Bethmann, S. 199; Huschke, S. 81, 69, N. 83; vgl. aber Troplong, p. LXV und Levieil, S. 40. Wie könnte es sonst auch heißen: *de suo vivo*!



nicht weniger unrechtmäßig, weil incongruent mit der rein persönlichen Willensbindung des Obligierten. Die Capitalstrafe erscheint dagegen doch als endlicher Höchstdruck eben auf diesen Willen, und wenn sie auch sicher dabei die Grenzen des Forderungsrechts überschreitet, so darf eben einzig sie dies vermöge der ausdrücklichen Erlaubnis durch das Gesetz.<sup>45)</sup> Man kann also endlich zur Capitalstrafe schreiten. Man kann aber eigenmächtig weder Vermögen nehmen, noch zur Schuldknechtschaft zwingen. Und man kann ipso iure aufs Vermögen auch dann nicht greifen, wenn die Capitalstrafe erst einmal vollstreckt ist. Dies macht vielmehr die Pflichterfüllung erst recht unmöglich.<sup>46)</sup>

Welches ist nun aber schließlich die gesetzlich geregelte Capitalstrafe?<sup>47)</sup> Einmal schlechthin die Tödtung des Schuldners. Sind mehrere Gläubiger, so haben alle das gleiche Recht.<sup>48)</sup> Nur dass sie sich in der factischen Ausübung durch den Concurs von selbst auf Theile des Schuldnerleibs beschränken. Es ist wie bei Miterben: partes concursu fiunt. Daher der Zwölftafelsatz: partes secanto. Und nebstdem die ausdrückliche Bemerkung, dass es nichts verschlägt, wenn einer mehr oder weniger vom verfallenen Schuldnerleib für sich nimmt. Es kann eben gleich sein, ob man selbst oder ob ein anderer rächt und straft. Anders steht es allenfalls um die andere Art der Capitalstrafe: den Verkauf ins Ausland.<sup>49)</sup> Denn hier mischt sich eben eventuell<sup>50)</sup> ein ökonomisches Moment in die Strafe: Erhält man einen Kaufpreis, so wird er getheilt. Warum ist nun aber gerade der Verkauf ins Ausland erlaubt? Warum nicht auch in Rom? Warum dann nicht auch die mildere Schuldknechtschaft? Mit diesen wichtigen Fragen gilt es, sich

<sup>45)</sup> Hier verweise ich nachdrücklich auf die obigen Ausführungen S. 10 u. 11.

<sup>46)</sup> Und so konnte dann nur, indem das Vermögen des capite diminutus verfiel, die Obrigkeit daraus zunächst den Gläubiger befriedigen, was immerhin üblich werden mochte. Vgl. Zumpt, a. a. O. I, 1, 398.

<sup>47)</sup> Darüber von seinem Standpunkt: Troplong, a. a. O. p. LXIX.

<sup>48)</sup> Mit Unrecht von Huschke, a. a. O. S. 89, geleugnet. Richtig Troplong, a. a. O. p. LXX—LXXXV. Leveil a. a. O. S. 41, vergleicht dies wol unpassend mit dem salomonischen Urtheil. Treffend Bethmann-Hollweg, a. a. O. I, S. 200 mit dem Citat aus Gellius, §§ 48—59.

<sup>49)</sup> Merkwürdig Leveil de la Marsonnière, a. a. O. S. 41, der ein Wahrecht des Schuldners annimmt, getödtet oder verkauft zu werden.

<sup>50)</sup> Eventuell: weil auch nummo uno verkauft werden konnte. So oft im römischen Criminalrecht.

abzufinden; sie sind unausweichlich, und so mögen sie nicht unlöslich bleiben.

Es ist zunächst kein Verkauf als Slave in Rom möglich, weil man selbst mit Willen seine Freiheit als römischer Bürger nicht verlieren kann.<sup>51)</sup> Geschweige denn wider Willen. Freilich gibt es auch in Rom eine servitus poenae.<sup>52)</sup> Allein die Capitalstrafe ist durchs Gesetz für Privatansprüche eben nur im Endpunkt des Zeitraums gestattet, welcher überhaupt bloß im beschränkten Ausmaß von sechzig Tagen für die Zwangsgewalt des Gläubigers offen steht.<sup>53)</sup> Wird also zwangsweise ein Zustand geschaffen, in welchem die Zwangsgewalt über die gesteckte Grenze hinausrückt, so kann sich der Schuldner dessen erwehren. Und nur indem er dies factisch nicht vermag, sobald er ins Ausland verkauft ist, indem nämlich so zugleich mit der Trennung vom heimatlichen Staatsboden die Geltendmachung der Rechte eines civis vereitelt wird, erscheint ein Verkauf ins Ausland möglich, zumal wirklich diese Erstickung der Civität im einzig zur Strafmacht gewährten Endpunkt der Zwangsfrist auch schon vollendet ist.<sup>54)</sup>

Und darin liegt auch schon der Grund, warum auch die mildere Schuldknechtschaft wider Willen des Schuldners nicht erlaubt sein kann!<sup>55)</sup> Es würde eben die Zwangsgewalt über den Zeitraum hinausreichen, welcher ihr zur Ausübung eingeräumt ist.

<sup>51)</sup> Vgl. insb. Cicero, pro Caecina, §§ 33 und 34; insb. l. 10 C. 8, 47; Callistratus in l. 37 D. de lib. causa; Andere Belege bei Giraud, a. a. O. S. 438 f. in der Note; auch S. 471; Troplong, a. a. O. p. XVI s; Leveil, a. a. O. S. 11, 24, 28.

<sup>52)</sup> § 3, J. I, 12; l. 11, § 3, D. 48, 19; l. 29, D. 48, 19 etc. Eine ähnliche Bewandnis hat es mit dem Fall, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est. l. 5 D. de statu hom. auch l. 6 D. 25, 3.

<sup>53)</sup> Vgl. Leveil de la Marsonnière, a. a. O. S. 66.

<sup>54)</sup> Vgl. l. c. § 1 D. 48, 19: ... non prius amittere quem civitatem, quam Princeps deportatum in insulam statuerit ... S. dazu Cicero, pro domo sua, c. 29; insbes. auch: pro Caecina, c. 33 i. f.: non admittitur iis ius civitatis, sed ab iis reliquitur atque depositur. Mehr eigenartig, als überzeugend wol Leveil, S. 52, da er eine jedenfalls im öffentlichen Interesse am Schuldner zu vollziehende Strafe annimmt, als welche nach der Haft im Sinn einer Steigerung des Strafübels nur der bürgerliche nebst dem natürlichen Tod in Betracht käme: und das sei der Verkauf in's Ausland.

<sup>55)</sup> Gegen Huschke, S. 95; Troplong, p. XVII.

Und das ist unstatthaft.<sup>56)</sup> Es kann aber auch während der Dauer dieses Zeitraums<sup>57)</sup> keine Schuldarbeit insbesondere, d. h. durch besondere Zwangsmittel erzwungen werden. Denn die Strafmacht, als deren Minus etwa die Verknechtung in Betracht käme, steht erst im Endpunkt der Zwangszeit zu. Für die Zeit bis dahin erschiene also die Erpressung der Knechtesarbeit vielmehr als ein unstatthafes Maius an Zwang. Sie könnte sonach wider Willen des Schuldners, speciell erpresst, erst in einem Zeitpunkt beginnen, in dem sie auch schon enden müsste! — Anders freilich, wenn der Schuldner, schon durch den normgemäßen Willenszwang bewogen, einwilligt, Schuldknecht zu sein. Das führt uns zum Verknechtungsvertrag: dem nexum.

### c) Nexum.

Das nexum ist ein Darlehensvertrag per aes et libram, der die executive Verhaftung des Schuldners als Schuldknecht bis zur Abarbeitung der Schuld bewirkt.<sup>58)</sup> Woher das nexum diese Wirkung nimmt, und ob danach einzig ihm diese Wirkung zukommt: das sind die Fragen, deren Lösungsversuch zugleich zur Ergründung dieses alten Rechtsräthels dienen mag. Indem es jedoch mit dem spärlichen Quellenstoff sich zu begnügen gilt, können beide Fragen nicht streng getrennt, sondern müssen zusammen durch Rückschlüsse von den gewinnbaren Stützpunkten aus zu klären gesucht werden. Es gilt hier, Schritt für Schritt um festen Boden zu ringen. Demgemäß lässt sich gleich eine Negative im Anschluss an die soeben entwickelte addictio darthun.

Die addictio als solche führte ursprünglich noch nicht zur Schuldknechtschaft. Die Zwangsgewalt, welche dem Gläubiger zustand, erschöpfte sich im Zeitraum von sechzig Tagen. Am Schluss ist nur von der Capitalpön die Rede. Es mag ja die Selbsthingabe bei der addictio, besonders wenn man keine andere Hilfe sah, sehr gewöhnlich geworden sein.<sup>59)</sup> Und diese Übung

<sup>56)</sup> Vgl. Leveil, a. a. O. S. 66.

<sup>57)</sup> So Bethmann-Hollweg, S. 199.

<sup>58)</sup> Varro, de lingua latina, VII, 5, § 105: Liber qui suas operas in servitatem pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur. Ueber die Emendation der Stelle Huschke, a. a. O. S. 65 ff.; Giraud, a. a. O. S. 432, N. 1.

<sup>59)</sup> Dass die wirkliche Vollstreckung des in partes secare bald abkam, ist wol herrschende Lehre seit Puggé, im Rheinischen Museum, III, 1, 87 ff.

mag sich ja mit der Zeit zum Gewohnheitsrecht verdichtet haben. Allein von Anfang an und insbesondere im Zwölftafelgesetz, das noch nicht den geringsten Ansatz zu einer staatlich erzwungenen Vermögensexecution kennt, ist ohne willentlichen Vertrag beider Theile<sup>60)</sup> keine Schuldknechtschaft anzunehmen, um so weniger, als das Zwölftafelgesetz ausdrücklich zum Äußersten greifen lässt: ni cum eo pacit!

Es können sich also nicht addictio und nexum — dies unser weiterer Schritt — bis auf den Umstand gleichstehn, dass die addictio erst eines Urtheils oder Geständnisses bedarf, während das nexum von Haus aus executivisch war.<sup>61)</sup> Warum würden sonst auch im Zwölftafelgesetz nebst den aeris confessi rebusque iure iudicatis die nexi erwähnt fehlen? Warum wäre andererseits nirgends beim nexum von Fristen und nebst der Verknechtung von Capitalpön die Rede? Und zwar nicht etwa erst, wenn der Schuldner, der sich dazu verpflichtet hat, nicht Schuldknecht sein will<sup>62)</sup>, sondern so, dass der Gläubiger ganz nach Gutdünken die Verknechtung oder die Capitalpön wählen könnte! Man sieht wol: beides ist unvereinbar.<sup>63)</sup> Die addictio führt zur Capitalpön, das nexum führt zur Schuldknechtschaft. Beide können sich nur ablösen, indem der addictus durch das pascisci eben willentlich nexus wird.

Es mag also wol das nexum executivisch sein. Und es ist dies auch wirklich auf Grund der Publicität des Rechts<sup>64)</sup>: dieses steht ob der Publicität des Geschäfts öffentlich fest und bedarf also nicht erst der öffentlichen Feststellung, um zur executiven Selbsthilfe reif zu sein.<sup>65)</sup> Es kann jedoch die Execution nur

<sup>60)</sup> Vgl. Livius, VIII, 28; VII, 19; VI, 36; Valerius Maximus, VI, 1, 9.

<sup>61)</sup> So Bethmann-Hollweg, a. a. O.; Huschke, a. a. O. insb. S. 93; dagegen Giraud, S. 469.

<sup>62)</sup> Dann allerdings konnte die regelmäßige Execution gegen ihn ihren Lauf nehmen. So auch Huschke, a. a. O. S. 96. Vgl. übrigens unten S. 25 f.

<sup>63)</sup> Gegen Bethmann-Hollweg, a. a. O. I, S. 160; Huschke, a. a. O. S. 93.

<sup>64)</sup> Vgl. Giraud, a. a. O. S. 404, 411, 446, 465, 469; Bethmann-Hollweg, a. a. O. I, 158.

<sup>65)</sup> In Gemäßheit der obigen Ausführungen: S. 6 u. 9. Insoweit freilich richtig Gallinger, a. a. O. S. 19; Huschke, a. a. O. S. 7 f. Daraus aber folgt noch nicht die Zulässigkeit der Schuldverknechtung. Wenn die Analogie der

dann und deshalb die Schuldknechtschaft erzwingen, wenn und weil sich der Schuldner schon im Geschäftsschluss darein ergeben hat. Und zwar nicht durch bloße persönliche Verpflichtung, die erst recht nur wieder zum Willenszwang führen könnte, sondern durch einen quasi dinglichen Act<sup>66)</sup>: Das muss eben das nexum sein!

Und damit nun machen wir einen weitem Schritt zum Ziel: Die Selbstverstrickung, wie sie das nexum ergibt, muss wirklich den wesentlichen Inhalt des nexum gebildet haben.<sup>67)</sup> Nicht etwa nur eine Folgewirkung des per aes et libram gestum. Denn in der Geldhingabe kann nicht das Wesen eines Geschäfts wurzeln<sup>68)</sup>, bei dem doch gerade die Geldhingabe zum leeren Schein verblasste.<sup>69)</sup> Und es kann auch nicht ganz allgemein in der Solennität des Geschäfts die strenge Verpflichtung des Contrahenten begründet sein. Denn sie kam ja ebenso auch

publicistischen Execution als Beweis herangezogen wird (S. 10), so wird damit zu viel bewiesen. Denn beispielsweise von einer pignoris capio ist beim nexum nichts bezeugt, während sie doch als publicistische Execution in Verwendung war; sie ist ja übrigens nicht einmal beim Judicat bezeugt! Auch scheint es wol an sich gewagt, zu sagen: dass „die Parteien das Geschäft nicht bloß als Private eingiengen, sondern als pars populi“. Ebenso S. 21. In der That behauptet Huschke, S. 51: „dass die Person nach ihrem ganzen civilrechtlichen Dasein in familia pecuniaque als verpflichtet erscheine“, wie dies allen publicistischen Obligationen eigenthümlich sei. Vgl. auch S. 71 f. Dass übrigens von einem Mitverfall der familia pecuniaque mit der Person beim nexum keine Rede sei, ergibt schon ein Hinweis auf das damit unvereinbare: si volet, de suo vivito!

<sup>66)</sup> Vgl. die obige Ausführung, S. 10, 11. — Über die quasi-dingliche Natur gleich unten S. 21 f.

<sup>67)</sup> S. Livius, VIII, 28: se nexum dare; daher Cicero, de rep., II, 34 sagen kann: nexa civium liberata, d. i. die im Vertrag des nexum übernommene Schuldknechtschaft hörte auf. Vgl. auch Livius, II, 23, § 8: nexi vincti solutique. Über diese Stelle: Giraud, S. 457; Salmasius, a. a. O. S. 831.

<sup>68)</sup> So irrig Huschke, a. a. O., insbes. S. 13; fast phantastisch: „Denn nur im Gelde als dem von Staate anerkannten Wertmesser der natürlich so verschiedenartigen Sachen stellt sich das Sächliche als ein in die höhere publicistische Sphäre erhobenes Sächliches dar, als welches allein es auch publicistisch obligieren kann.“ Vgl. auch S. 26, 31, 162.

<sup>69)</sup> Ursprünglich mochte es immerhin eine materielle Bedeutung haben, die noch in der beschränkten Zahl der Geschäfte nachwirkt, welche der sich erhaltenden formellen Solennisierungskraft vermöge der beigezogenen Volkszeugen theilhaft wurden. Vgl. Giraud, a. a. O. S. 405 f., 415.

bei der mancipatio vor; haftete man also ebenso auch für den Kaufpreis? Es wäre nur folgerichtig, diese doch fragwürdige Behauptung aufzustellen.<sup>70)</sup> Ja mit Rücksicht eben auf die mancipatio, die den andern Hauptfall des per aes et libram gestum darstellt, erscheint es kaum zweifelhaft, dass wie bei ihr die Verstrickung der Sache, so beim nexum entsprechend die Verstrickung der Person im Vordergrund des Geschäfts stand.<sup>71)</sup>

Es muss nun aber die Gegenverpflichtung beim nexum wirklich ganz analog der dinglichen Sachverhaftung bei der mancipatio sein. Das Wort nexum deckt nämlich auch einen weitem Begriff, welcher neben unserm nexum im engern Sinn die mancipatio mitumfasst.<sup>72)</sup> Denn es heißt zunächst: nexum, Mamilius scribit, est quod per aes et libram geritur, in quo sint mancipia.<sup>73)</sup> Und weiter: (nexum) Mucius (scribit), quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur.<sup>74)</sup> Dazu kommt die wol erschöpfend<sup>75)</sup> gemeinte Verbindung im Zwölftafelgesetz: si nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. Es wurde schließlich noch in der spätesten Zeit das Wort nexum im Sinn einer jeder dinglichen, namentlich Pfandverhaftung gebraucht.<sup>76)</sup>

<sup>70)</sup> Oder glaubt dies Huschke, a. a. O. S. 37, wenn er sagt: „in jedem mancipare liegt ein nectere, und zwar mit Rücksicht auf das Geschäft des emere“? S. auch S. 40, 171 ff., wonach die Gewährleistungspflicht des Verkäufers auf einem bei der mancipatio unterlaufenden nexum beruhte. Vgl. Karlowa, II, 576.

<sup>71)</sup> Daher auch nexus der Name des Schuldknechts, weil eben das nexum wesentlich die Schuldknechtschaft begründete. Dass es aber für die quasi-dingliche Natur des Geschäftes spricht, wenn der Schuldner auch gleich nach geschlossenem Geschäft nexus heißt, darüber gleich im Folgenden.

<sup>72)</sup> Vgl. Savigny, a. a. O. S. 409 f., Giraud, a. a. O. S. 413, insbes. S. 419, 421. Troplong, a. a. O. p. XXV. Dasselbst in der Note weitere Literatur. Levieil de la Marsonnière, a. a. O. S. 27.

<sup>73)</sup> Die mancipatio heißt auch traditio nexu (Gaius, II, 27), ferner per aes et libram mercari (Horaz, epist. II, 2, v. 158); ähnlich Ulpian, XX, 2: quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam; endlich iure nexi mit iure mancipii gleichbedeutend bei Cicero, ad harusp. resp. 7. Vgl. auch Boëtius, ad Ciceron. Topic., c. 5, 28; Cicero, paradoxa, V, 1, § 35.

<sup>74)</sup> Über die Stelle Giraud, a. a. O. S. 416 f. Gekünstelt Huschke, a. a. O. S. 32—48 (1), insb. S. 37 u. 40.

<sup>75)</sup> Die gleichfalls bezeugte nexi liberatio kommt daneben nur als contrarius actus zur Lösung eines derart geknüpften Verpflichtungsbandes in Betracht. Vgl. Gaius, III, S. 174, Livius, VI, S. 14; Festus s. v. nexum.

<sup>76)</sup> Eine Zusammenstellung bei Huschke, a. a. O. S. 3 mit N. 5.

Indem sonach — um dies als bisheriges Ergebnis zusammenzufassen — das nexum mit der mancipatio unter einem Gattungsbegriff vereint ist, welcher selbst auch nexum genannt wird, das nexum also der mancipatio wesentlich verwandt sein muss; indem ferner, wie erwiesen, das Wesen beider Geschäfte in der Gegenverpflichtung für das zugewogene Geld bestehen muss: erscheint als festgestellt, dass beim nexum im engeren Sinn eben eine der dinglichen Sachverhaftung bei der mancipatio analoge Verhaftung der Person vor sich geht<sup>77)</sup>, welche deren Schuldknechtschaft, im Fall als die fällig gewordene Schuld nicht bezahlt wird, zum Zweck ihrer Abarbeitung durch den Schuldner zu Folge hat.<sup>78)</sup>

Es fragt sich nun aber — und das weist den Weg der weiteren Untersuchung — worin eine derartige Verpflichtung bestehen, und wie sie übernommen werden mochte? Hier nun herrscht das dichteste Dunkel.<sup>79)</sup> Eine Formel, etwa wie die solennen Worte der Mancipation, ist nicht überliefert.<sup>80)</sup> Es muss darum indirect Licht in die Sache zu bringen gesucht werden. Zur Aufhellung mögen ähnliche Fälle dienen. Zwei lenken mit Rücksicht auf die Ähnlichkeit ihrer Ursache und ihrer Wirkung den Blick auf sich: die mancipatio fiduciaria und die Hingabe des Haussohns als caput noxium. Jener Fall hat dieselbe Ursache: ein Darlehen; dieser dieselbe Wirkung: Schuldknechtschaft. Beides erscheint im Fall vereint, der darum besonders belangreich für uns ist: dass ein Haussohn als Darlehenspfand fiduciarisch mancipiert wird. Hier ist die Ursache und die Wirkung die gleiche, wie beim nexum; nur dass hier ein Glied der familia, beim nexum das Haupt selbst persönlich verhaftet erscheint.

Bedenkt man nun einerseits, dass ein Slave als caput noxium ganz verfällt, also nur in der Eigenschaft eines freien Bürgers der Grund liegt, warum im gleichen Fall ein Haussohn

<sup>77)</sup> Selbst Huschke, a. a. O. S. 67 nennt sie eine sachenrechtliche Verpflichtung, behauptet aber gleichwol, und zwar in einem Athem, ihre bloß obligatorische Natur!

<sup>78)</sup> Vgl. Dionysius, IV, 9, wo von einem *δρακίζεσθαι ἐπὶ σώμασιν ἐλευθέρους* die Rede ist! Vgl. auch Levieil de la Marsonnière, a. a. O. S. 27.

<sup>79)</sup> Vgl. Troplong, a. a. O. p. XXVI.

<sup>80)</sup> Reconstructionsversuche bei Giraud, a. a. O. S. 443; Karlowa, a. a. O. II, 556. Huschke, a. a. O. S. 56.

bloß bis zur Abarbeitung der Schuld in mancipio bleibt<sup>81)</sup>, dass also darum nur die Früchte seiner Arbeitskraft als noxae datio erscheinen<sup>82)</sup>; bedenkt man andererseits, dass auch bei fiduciarisch mancipierten Darlehenspfändern allenfalls nur die Früchte der Sachen zur Abzahlung der Schuld dienen<sup>83)</sup>, wonach dann ihr Eigenthum an den Schuldner zurückgelangt: so liegt es wol nahe, im nexum eben einen fiduciarischen Pfandvertrag zu erblicken<sup>84)</sup>, wodurch das Familienhaupt selbst zur Schuldknechtschaft beim Gläubiger sich verstrickt<sup>85)</sup>, um durch die Früchte seiner eigenen Arbeitskraft bei Fälligkeit der Schuld, wenn sie anders nicht getilgt wird, in eigener Person als Schuldknecht die Schuldzahlung zu bewirken.<sup>86)</sup>

Diese Annahme stimmt zudem noch in doppelter Hinsicht. Einmal mochte wirklich der pater familias, nachdem er durch fiduciarische Mancipationen, erst seiner Sachen, dann seiner Kinder, Darlehen erlangt hatte, endlich, wo wegen seiner um so größer gewordenen Dürftigkeit eine ökonomische Pfandsicherheit in jener Geschäftsform um so nöthiger geworden war, damit er noch weiter Geld geliehen erhalte, nun eben seine eigene Person, die ihm allein noch geblieben war, zu Pfand gesetzt haben —

<sup>81)</sup> Dies gegen Huschke, a. a. O. S. 35. Vgl. Giraud, a. a. O. S. 435; Troplong, a. a. O. p. XVII i. f.

<sup>82)</sup> Vgl. Collatio legum Mosaicarum et Romanarum, II, 3.

<sup>83)</sup> Vgl. Oertmann, Die Fiducia im römischen Recht. Berlin 1889, S. 168, § 26. Vgl. auch Bethmann-Hollweg, a. a. O. I, S. 199; Huschke, a. a. O. S. 69.

<sup>84)</sup> Vgl. Levieil de la Marsonnière, a. a. O. S. 2.

<sup>85)</sup> Dass diese Annahme ungemein naheliegt, gibt auch Savigny, a. a. O. S. 399 zu; die Bedenken aber, die er dagegen äußert, bestehen gerade nur für die allerdings ihrerseits wieder verfehlt Auffassung Niebuhr's; dagegen N. 18 auf S. 9 u. 11.

<sup>86)</sup> Es ist darum noch keine mancipatio der eigenen Person, wie Troplong, a. a. O. p. XXVII, XXX, annimmt; vgl. auch Giraud, a. a. O. S. 417, 430, 438, 452; es ist eben das nexum, welches der mancipatio nur sehr verwandt ist, sich eben dadurch und deshalb, weil es die eigene Person betrifft, von ihr unterscheidet. Vgl. Varro, De lingua latina, VII, 5, § 105, citiert S. 18, N. 58. Dazu freilich Giraud, S. 437 ff., insb. S. 444. Anders Müller, im Rheinischen Museum, V, S. 198. Richtig Levieil, a. a. O. S. 28f. mit Berufung auf Paulus, II, 18, § 1: homo liber, qui statum suum in potestate habet, et peierare eum et meliorem facere potest; atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat.

ein Endglied, das sich der Sachverpfändung, vermittelt durch die pfandweise Hingabe des Haussohns, leicht anreicht. Und diese Reihenfolge ist in der That bezeugt<sup>87)</sup>: man gab erst Sachen, dann die gewaltunterworfenen Personen zu Pfand, endlich sich selbst — also wol auch zu Pfand!

Zum zweiten aber ist so der Gattungsbegriff des nexum gegenüber dem Artbegriff am natürlichsten zu erklären. Dass er nämlich nicht auf die Geldhingabe per aes et libram Bezug hat, wenn sie auch sicher bei jedem nexum im weitern Sinn vorkam, dass vielmehr die Gegenleistung für die zur bloßen Form verblasste Geldhingabe damit charakterisiert wird, ist erwiesen worden. Dann aber mochte in der That, wo das Haupt der Familie immer, sowol bei der mancipatio, wie beim nexum im engern Sinn, einen Bestandtheil seiner Familie, als in seiner Macht befindlich, dinglich verhaftete, im vorzüglichen Fall, da diese Verhaftung den Hausvater selbst betraf, auch vorzüglich von einem nexum: einem nexum im engern Sinn die Rede sein!

Während nun aber bei fiduciarisch mancipierten Sachpfändern die fiducia besonders die Endigung des Verhältnisses anlangt, woneben die vertrauliche Festsetzung, dass erst bei Fälligkeit und Nichtzahlung der Schuld die Sache in Besitz und Genuss des Gläubigers gelangen sollte, allenfalls vorkommen konnte<sup>88)</sup>, musste sie wol beim nexum die Regel bilden, wenn es in der einen der beiden möglichen Gestalten geschlossen ward: nämlich nicht erst als pactio mit dem addictus, sondern von Haus aus bei der Geldhingabe.<sup>89)</sup> Das Bedenken aber, dass diese fiducia bloß obligatorisch war, verschlägt hier nicht, wo die Selbsthingabe überhaupt nur dem Gläubiger und bei ihm galt.<sup>90)</sup> Dass aber keine solche fiducia beim nexum überliefert ist, mag nicht Wunder nehmen: sie mochte wie die nicht überlieferte Hauptformel und

<sup>87)</sup> Livius, II, 23; vgl. Salmasius, a. a. O. S. 784; Troplong, a. a. O. p. XXIII; Leveil de la Marsonnière, a. a. O. S. 27.

<sup>88)</sup> Vgl. Gaius, II, 204, IV, 132; Fragm. Vatic. 313; dazu Oertmann, a. a. O. S. 184; Troplong, a. a. O. p. XXX.

<sup>89)</sup> Dass diese beiden Gestalten vorkamen: Livius, VII, 19; sorte ipsa obruebantur inopes nexumque inibant. Vgl. auch VII, 28; II, 24. Mit Unrecht also Huschke, a. a. O. S. 54; dagegen Leveil, a. a. O. S. 30.

<sup>90)</sup> Vgl. Troplong, a. a. O. p. XXIX. Dass man als Mancipierter keine actio fiduciae anstellen könne (Savigny, S. 400), verschlägt nichts, weil man eben nicht als mancipiert erscheint. S. 23, N. 86.

mit ihr vergessen werden, da das ganze Geschäft bald gesetzlich verboten ward.

Was nun aber dies Verbot herbeiführte, war ein Missbrauch, auf den wir hiemit als auf den letzten Punkt und sonach als Übergang zum Verbotsgesetz selbst zu sprechen kommen: Das ist die Execution der Nexumpflichten als solcher, der Zwang zur wirklichen Leistung jener Dienste, die der Nexus eben vertragsmäßig leisten sollte.

Einer Staatsexecution bedurfte es nicht. Es gab ja auch keine. Es gab aber ebensowenig gesetzliche Schranken der berechtigten Selbsthilfe, wie sie selbst beim addictus galten. Denn das ist ja eben der wesentlichste Unterschied, dass keine bloß persönliche Obligierung in Frage stand, wo dann nur ein Willenszwang, und zwar auch er, als das eigentliche Recht mit Nothwendigkeit überschießend, nur in gesetzlichen Grenzen dem Gläubiger für seine Selbstexecution eröffnet ward. Hier, wo es sich vielmehr um eine quasi-dingliche Verstrickung der Person, also um ein absolutes Recht am Verhafteten handelte, musste folgerichtig auch der oben für die Execution absoluter Rechte entwickelte Satz gelten<sup>91)</sup>: dass jeder Zwangsact wider den unbotmäßigen Gegner einfach als Rechtsbehauptung erscheint, jede Rechtsdurchsetzung sich als Art der Rechtsausübung darstellt. Und so griff man wol zur grausamsten Willkür, um möglichst viel Arbeit zu seiner Befriedigung zu erpressen.

Daher die Bemerkung<sup>92)</sup>: non in servitute, sed in ergastulum et carnificinam ducti. Das Erste, so hört man heraus, wäre wol, da es einmal so gekommen ist, hinzunehmen: wider das Zweite lehnt man sich auf! Daher auch die immer und immer wiederholten Klagen und Anklagen wegen Geißelung und Verstümmelung der nexi. In allen begegnet das gleiche Übel und die Empörung darob: der Vogtzwang, die Knute, die ganze Grausamkeit und Härte des zur Arbeit und zur Arbeit bis zur Aufreibung drängenden und drückenden Schuldherrn!<sup>93)</sup>

Das aber führt uns weiter. Auch wo sich ein iudicatus vermöge des pacisci zum nexum machen ließ, fand gegen ihn nun all

<sup>91)</sup> S. S. 10.

<sup>92)</sup> Livius, II, 23.

<sup>93)</sup> Darüber insb. die zahlreichen Stellen aus Livius, welche schon in den obigen Noten zerstreut citiert sind.

das statt, was der nexus von Haus aus dulden musste.<sup>94)</sup> Ja gerade dass die Zwangsvollstreckung derart zum nexum führte, bestätigt in der That die Willkürlichkeit der Zwangsgewalt wider den einmal nexus Gewordenen! Oder sollte bei jeder kleinern Trägheit des Schuldknechts etwa immer vom neuen die *addictio* mit ihrem Zwang einsetzen? Das ist kaum ausführbar. So weit muss die Macht des Schuldherrn über den Schuldknecht reichen.

Dann aber ist sie auch schon eine Willkürgewalt! Und wie maßlos sie geübt ward, zeigt in der That am klarsten der berichtete Fall<sup>95)</sup>, der die Aufhebung aller nexa, und zwar aus eben diesem Grund veranlasste: Peitschen und Peinigen ist die Folge eines Widerstands wider den Herrenwillen, welcher selbst auch maßlos ward, wie die Mittel seiner Durchsetzung. Als ihm gebührende Frucht der verknechteten Schuldnerperson — und in dieser Ausdrucksweise, welche wie der Versuch einer rechtfertigenden Construction der despotischen Zumuthung: eben mit Rücksicht auf die thatsächlich derartige Natur des Nexums anmuthet, zeigt sich noch letztlich ein starker Beweis für die Richtigkeit unserer Auffassung! — als zu verkostenden Theil des Genusses am Menschen verlangt der Schuldherr vom verknechteten Jüngling, was dem die Röthe der Scham und Entrüstung ins Antlitz treibt, ihn die Flucht auf den Markt ergreifen und hier das empört davon hörende Volk auf Abhilfe sinnen lässt, wie sie nur in der Abschaffung aller nexa zu finden war.

Das führt uns auf dieses erste Gesetz zur Fortentwicklung des Rechtszustands, welche nun im Sinn einer steten Linderung für den Schuldner vor sich gieng: die *lex Poetelia*.

<sup>94)</sup> S. S. 19.

<sup>95)</sup> Livius, VIII, 28.

## II. Bis auf Justinian.

### a) *Lex Poetelia-Papiria*.

Wir haben gezeigt, welche Uebelstände das nexum nothgedrungen nach sich zog. Wir haben auch gezeigt, dass wirklich eben diese Uebelstände, auf die Spitze getrieben, die Abschaffung aller nexa herbeiführten. Es war anders unmöglich, ihnen beizukommen; es galt aber auch nur, sie zu beseitigen: der Willkürzwang des Schuldherrn, womit er den Schuldknecht zur Arbeit trieb, musste aufhören.

Und dies nun bietet uns auch schon den Schlüssel, um das Problem zu lösen<sup>96)</sup>, welches — viel umstritten und kaum bewältigt — die Vereinigung jener Abschaffung des Nexums mit der gleichwol fortbezeugten Schuldhaft anlangt.<sup>97)</sup> Die Schuldhaft, von der bis ins Recht der Novellen die Rede ist, muss der Rest nach Tilgung des Willkürzwangs sein, welcher eben allein zu tilgen war; der Willkürzwang aber muss sich soweit als zu tilgen nöthig gezeigt haben, dass dadurch und damit auch schon das nexum begrifflich getilgt erschien.

Und nun sehen wir: es konnte die Willkür im Zwang nicht enden, ohne dass überhaupt jeder Zwang zur Arbeit ein Ende nahm. Denn was soll entscheiden, ob der Zwang auch am Platz, ob der Schuldknecht auch faul, und ob auch der Zwang entsprechend der Faulheit ist? Und so hieß es, damit jene Willkür mit ihren Auswüchsen aufhöre, den ganzen Arbeitszwang abschaffen! Es hieß die Haft zu nichts als Haft machen. Sie mochte ja immerhin und jedenfalls zwingend wirken, da der Freiheitstrieb zur Abarbeitung der Schuld drängte; allein von einem Sonderzwang zur Schuldarbeit durfte keine Rede sein. Damit aber

<sup>96)</sup> Die reiche Literatur ist bei Danz und Giraud zusammengestellt. Ein weiteres Eingehen in die einzelnen Ansichten muss hier vermieden werden. Es würde zu weit führen. Und ist wol gar überflüssig. Denn die folgende Darstellung baut sich selbständig aus den Quellen auf.

<sup>97)</sup> Die Streitigkeit letzthin noch bei Mitteis, a. a. O. S. 445, betont („Ein sehr zweifelhafter und noch nicht genügend aufgeklärter Punkt“). S. unten S. 57 ff. und schon S. 30.



endete auch schon begriffsgemäß jedes *nexum*, das ja eben die quasi-dingliche Unterwerfung der Person mit ihrer persönlichen Arbeitskraft unter die sonach absolute<sup>98)</sup> Gewalt des Schuldherrn zum Wesen hat. Es endete jedoch damit nicht jede Schuldhaft! Es erübrigte etwas, was sich als Haft ohne Zwang zur Arbeit: als reine, bloße Schuldhaft darstellt.

Und in der That! Dass zunächst die spätern Stellen über Schuldhaft nur eine solche und nichts als sie im Auge haben, ergibt jede einzeln und alle zusammen betrachtet. Jede einzeln, indem sie die möglichste Freiheit und Selbständigkeit des Schuldners in der Haft und trotz ihr gewährleisten wollen.<sup>99)</sup> Ja im Zug der Zeit nach stetiger Milderung kam es auch noch dahin, dass überhaupt jeder Privatarrest verboten und statt ihm einzig das Staatsgefängnis zur Schuldhaft gestattet ward.<sup>100)</sup> Denn es konnte auch schon die bloße Überantwortung ins Privathaus, die Absperrung von der Öffentlichkeit vielleicht — es bestand die Gefahr, und es galt sie zu bannen — zur Vergewaltigung, die da kaum controlierbar schien, missbraucht werden. Es sollte aber eben nichts als die bloße Haft von rechtswegen statthaben. Und dass in der That diese Wandlung mit der Privathaft vor sich gieng — und mit ihrer Annahme schwindet der weitere Zweifel, wie das später wiederholt betonte Verbot privater Schuldhaft mit dem Fortbestand irgend einer Schuldhaft vereinbar ist!<sup>101)</sup> — dass in der That diese Ablösung durch den Staatskerker ohne weiters möglich wurde: das ist hinwieder einzig und allein erklärlich, indem eben auch damit schon der Schuldherr alles hatte, was ihm von rechtswegen eine Privathaft bot, in welcher und weil in ihr eben kein Zwang zur Schuldarbeit bestand!

Es sprechen aber weiter, wie erwähnt, auch alle Stellen zusammen betrachtet für uns, indem darin nur von einzelnen Erleichterungen der Haft und niemals von einem fortbestehenden Arbeitszwang oder auch nur von einer Erleichterung eben dieses Zwangs die Rede ist. Das aber hätte doch gerade als das Wichtigste gelten müssen, wenn es nur überhaupt noch gegolten hätte! Und dass es nun in der That nicht galt, dass der Arbeitszwang

<sup>98)</sup> S. oben S. 25 und S. 26.

<sup>99)</sup> S. unten S. 57.

<sup>100)</sup> Darüber ausführlich unten S. 58 ff.

<sup>101)</sup> S. eingangs S. 27 mit N. 97.

in der Schuldhaft entschieden abgeschafft sein musste, legen zudem zwei Stellen nahe, die ich den gewichtigen Zeugen des praktischen Rechtslebens: Plautus und Terenz entnehme. Plautus sagt im *Rudens*<sup>102)</sup>, wo eine *ductio* in Frage steht:

Bono animo meliust te in nervom conreperere:

Tibi optigit quod plurimi exoptant sibi.

Das scheint doch sonderbar. Wer wollte die Haft wünschen! Und viele sollen es. Sie wird wie ein Glücksfall hingestellt. Gewiss ist das ein Scherz. Allein er wäre die blutigste Ironie, wenn der Häftling alle Qualen des Arbeitszwangs dulden müsste. Er muss etwas Wahres bergen, wenn es auch komisch wirkt. Und dass dies nun wirklich der Fall ist, indem der Gläubiger im Häftling einen müßigen Brotesser erhält, der sich ruhig von ihm füttern lässt; dass darum die Verhaftung eher als Glück denn als Unglück gelten mag, indem man für Kost und Quartier, die der Gläubiger bieten muss, nichts zu thun hat, als im warmen Nest zu bleiben: das ergibt in der That als Bekräftigung, und also selbst bekräftigt, die zweite Stelle, die im *Phormio* von Terenz den gleichen Fall behandelt<sup>103)</sup>:

Mihi sciunt nihil esse. Dices: ducent damnatum domum.

Alere nolunt hominem edacem; et sapiunt mea sententia,  
Pro maleficio si beneficium summum nolunt reddere!

Eine Übelthat würde mit einer Wolthat, mit der höchsten Wolthat vergolten, wollte der Gläubiger von der Schuldhaft Gebrauch machen. Er thut dies nicht und thut klug daran.

In dieser Erwägung aber, dass der Taugenichts von einem Schuldner gern in Haft kommt und darin bleibt, dass er sich gar nicht hinaus sehnt, und dass ihn eben darum der Gläubiger nicht verhaften mag, drückt sich auch schon aus, was die Schuldhaft einzig beim rechten Mann wirken soll: dass ihn der Freiheitstrieb aus der Haft und also irgend zur Zahlung der Schuld drängt. Das und nur das erscheint demnach als ihr Wert und Zweck: sie ist kurz bloße Schuldhaft ohne Arbeitszwang!

<sup>102)</sup> Plautus, *Rudens*, III. Act, 6. Scene, 35. und 36. Vers. Ausgabe Schoell (Kitschel), III. Band, 3. Heft.

<sup>103)</sup> Terenz, *Phormio*, II. Act, 2. Scene, 20./22. Vers. Ausgabe Umpfenbach. Berlin 1870.

Und nun mag am Ende eine Norm den Beweis beschließen, welche oft, und wol ebenso fruchtlos als oft, zu erklären versucht, u. E. ausdrücklich und geradezu besagt: in der Haft um Schuld soll ein Zwang zur Arbeit gesetzlich verboten sein:

C. IV. 10. 12: *Impm. Diocletianus et Maximianus At. et CC. Jovino: Ob aes alienum servire liberos creditoribus iura compelli non patiuntur.*<sup>104)</sup>

Die Stellung des *servire* und *compelli* macht es zweifellos: darauf liegt das Hauptgewicht: es sei ein Zwang zur Arbeit um Schuld von rechtswegen unstatthaft. Das aber wird hier nicht erst festgesetzt, sondern als schon geltendes Gesetz in Erinnerung gebracht. Und dieses längst schon geltende Gesetz nun scheint kein anderes zu sein, als das hier in Frage steht: die *lex Poetelia*!

Die *lex Poetelia*: wir haben von ihr gehandelt, ohne sie auch schon anzuführen. Wir haben gleich anknüpfend an die Übelstände des *Nexums* und erinnernd, dass die Schuldhaft doch weiter währt, in der Abschaffung alles Arbeitszwangs und im Fortbestand einer leeren Schuldhaft aprioristisch den Weg gefunden, den die *lex Poetelia* betreten haben musste, da sie jene Übelstände beseitigt und dennoch die Schuldhaft erhalten hat. Wir haben auch gleich die Gründe angereiht, welche aus dem gesamten Quellenstoff entnommen, in der That die Loslösung der Schuldhaft vom Arbeitszwang bezeugen, ohne auch hiebei schon die Stellen anzuführen, die gerade *ex professo* das poetelische Gesetz besprechen. Erst da wir Licht gewonnen, wollen wir sie behandeln, die selbst dunkel, ja sogar widersprechend sind, und demgemäß ihrerseits eben zunächst der Erklärung bedürfen. Erhalten sie aber diese durch unsere Auffassung, so wirken sie schließlich selbst für diese beweisend, und es scheint dann doppelt gerechtfertigt, sie erst am Schluss zu behandeln.

<sup>104)</sup> Savigny, a. a. O. S. 456, versteht die Stelle von einer Verpfändung der Kinder des Schuldners. Das ist bedenklich, weil zu viel unterstellt werden muss; und die Kaiser sparen doch sonst nicht mit den Worten. Das Gleiche gilt aber auch von Schlossmann, *Besitzerwerb durch Dritte*, S. 68, N. 2, dem sich Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, S. 451, N. 3, nähert: dass nämlich ein Selbstverkauf des Schuldners als *Slave* zugrunde liege. Da wäre gerade, worum es sich handelt, nicht ausgedrückt.

Der Wortlaut der *lex Poetelia* ist nicht auf uns gekommen. Es sind nur geschichtliche Notizen, die uns vorliegen. Da nicht eine der andern vollkommen gleicht, so gilt es, sie zusammen zu fassen und durch einander zu ergänzen. Die Stellen, welche von Cicero, Livius und Varro herrühren, sind die folgenden:

1. Cicero: *Propter unius libidinem omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum.*

2. Livius: *Ne quis nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur. Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti cautumque in posterum, ne necterentur.*

3. Varro: *Liber qui operas suas in servitutum dabat, dum solveret, nexus vocatur, hoc C. Poplilio sublatum, ne fieret, et omnes qui bonam copiam iurarent, ne necterentur, dissoluti.*

Die Stelle von Cicero, die im letzten Satz von Livius genauer wiederkehrt, stellt sich gemäß dem ersten Satz daselbst als Ausfluss eines directen Verbots aller *nexa* dar, insoweit sie nicht *Delicte* betrafen. In Straffällen währt also immerhin die Kettenhaft fort.<sup>105)</sup> Es folgt aber auch schon *a contrario* aus dieser Stelle, dass bloß die Fesselung während der Haft und nicht auch die Haft als solche verboten sein will. Und da nun ergibt sich denn unser Begriff einer Schuldhaft ohne anderes, wenn wir auch noch die weitere Beschränkung bei Varro hinzunehmen, wonach das *nexum* insofern als verboten erscheint, als dadurch eben eine contractliche Pflicht zur Schuldarbeit begründet ward: „*Liber, qui operas suas in servitutum dabat, dum solveret, nexus vocatur; hoc C. Poplilio sublatum ne fieret!*“

Das *nexum* nämlich als Verpflichtung zur Schuldarbeit ist verboten, will nur sagen: ein Zwang zur Erfüllung dieser Arbeitspflicht ist unstatthaft — wie es wirklich genauer bei Livius und Cicero heißt: die realisierten *Nexa* wurden aufgehoben; ihre künftige Eingehung aber hörte von selbst auf. Denn sie wäre eben aus dem Grund der Unerzwingbarkeit ihrer Arbeitsverpflichtung

<sup>105)</sup> Die Stelle XXIII, 14 (vgl. auch XXXVIII, 59) bei Livius ist damit einfach vereinbar, indem das *in vinculis esse* nicht nothwendig Fesseln bedeutet, sondern nur ein umschreibender Ausdruck für Haft ist; so auch öfters späterhin. Vgl. insb. als Beleg für diesen Gebrauch: I. 23, D. 4, 6, Ulpianus, I. XII ad Edictum: *Ait praetor inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret.*



nutzlos. Aber liegt nicht vielleicht doch ihr Wert in der Schuldhaft als solcher, die ja eben erlaubt und also auf Grund des Vertrags erzwingbar sein sollte?

Dass dieser Wert nicht mehr bestand, indem die Rechtsentwicklung dahin geführt hatte, auch ohne besondern Vortrag die Schuldhaft über den Schuldner zu verhängen, dass sich dies als durch stete Übung zum Gewohnheitsrecht erstarkte Zwangsablösung der *addictio* durchs *nexum* darstellt<sup>106)</sup>, und dass man darum jetzt wirklich sagen kann: *nectier postea desitum*; denn was man nicht ohne anderes erreicht, erreicht man auch durch den Vertrag nicht — Schuldarbeiterszwang; was man aber durch den Vertrag erreicht, erreicht man auch ohne anderes — bloße Schuldhaft: diese Milderung im allgemeinen, welche freilich auf Kosten der besondern Freiheit des Schuldners, nur mit Willen Schuldknecht zu werden, erreicht ward, erhellt zunächst aus spätern Stellen bei römischen Schriftstellern und erklärt hinwieder diese.<sup>107)</sup> Denn in ihnen erscheint durch *addictio* ohne anderes Schuldhaft bis zur Zahlung begründet, während anfänglich doch, wie erwiesen, *addictio* und *nexum* wesentlich unterschieden waren: jetzt gieng beides in die eine, reine Schuldhaft auf. Es erhellt aber diese Zwangsablösung der *addictio* durch die Schuldhaft gerade auch aus den vorliegenden Stellen übers poetelische Gesetz: Einmal, indem ganz allgemein Ketten und Banden verboten sind; denn damit erscheint schon begrifflich jene *addictio* mit ihren Zwangsphasen als beseitigt, welcher eben die Fesseln für die stetige Steigerung des Willenszwangs derart wesentlich waren<sup>108)</sup>, dass geradezu, wie oben dargethan, ein Mindestgewicht für sie normiert sich findet! Ferner, indem trotz des doppelt bezeugten *nectier postea desitum* dennoch *nexa* für Straffälle fortwährten; sie also mussten wol eben ohne besondern *Obnoxiationis*-Vertrag eintreten! Endlich, indem gerade im Sinn einer solchen unmittelbaren staatlichen Zwangsmaßnahme, wie sie in der sofortigen Schuldhaft ohne den vermittelnden Beugezwang der *addictio* liegt, die Stelle bei Livius gleich, da sie fortsetzt, auch noch eine weitere Zwangsvollstreckung ohne Willensdruck andeutet: *Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset.*

<sup>106)</sup> S. oben S. 19.

<sup>107)</sup> Schon bei Livius.

<sup>108)</sup> S. oben S. 14 mit Note 38.

Und damit kommen wir auf diese Stelle selbst zu sprechen.

So durchscheinend auch die Tendenz ist: die Ablösung der Personal- durch Realexecution: ihr Ausdruck im Satz als Norm ist doch vag. Und dass dies so ist, und gemäß dem noch späthin geltenden Recht zu beschränken kommt, ergibt eben, wie wir bald sehen werden, dieses, wonach die *civile ductio* des Schuldners unbedingt fortwährt, und die Vermögensexecution nur durch prätorische *missio* erreicht wird.<sup>109)</sup>

Es erscheint darum die Anordnung des Gesetzes etwa wie eine Grundnorm, welcher zunächst noch die Ausführungsnorm fehlt, durch die sie erst praktisch geltend und wirksam wird.<sup>110)</sup> Und es scheint, dass nun die prätorische Rechtshilfe, wol kein Ausführungsgesetz, aber eine Vollzugsverordnung hiefür ist: Ohne Aufhebung der *civilen ductio*, vielmehr bei Fortbestand der Schuldhaft, welche gemäß dem *ius civile* zunächst verhängt ward, trat daneben nun die prätorische *missio* in *bona* und *venditio bonorum*, welche durch den Prätor erlangbar wurde, etwa wie die *bonorum possessio* im Erbrecht: wobei dann der *ductus* bis zur Durchführung der Versilberung des Vermögens und sonach bis zur Durchführung der Befriedigung des Gläubigers bei diesem in Haft blieb! Das prätorische Verfahren schuf damit selbst die Bedingung, durch deren Erfüllung der Schuldner auch aus der bloßen Haft vollends zur Freiheit gelangen konnte, und es schuf damit zugleich den Ersatz für die durch Beschränkung der *ductio* auf nichts als Haft dem Gläubiger geminderte Befriedigungsaussicht.<sup>111)</sup> Kurz: das prätorische Edict mochte jene Tendenz, die auf Ablösung der Personal- durch Realexecution ging, wie es so sehr im Geist des prätorischen Edicts lag, factisch verwirklicht haben, ohne die *civile* Schuldhaft als solche aufzuheben. Der Prätor schuf nur von

<sup>109)</sup> Vgl. insb. die *lex Rubria*, c. 22, wo von einem *duci* und *bona possideri* *proscribere venire* que die Rede ist, ebenso wie es weiterhin *bona possideri* *proscribi*, *venire*, *ducique* heißt. Also beides zugleich fand statt. Darüber noch unten S. 52. S. aber gleich den folgenden Text und dazu die nächste Note!

<sup>110)</sup> Darüber vgl. auch S. 55.

<sup>111)</sup> Und für diese Verbindung von persönlicher Haft und Güterfrohnung verweise ich hier noch einmal entschieden aufs Rubrische Gesetz, wo eben (c. 22) thatsächlich *duci* und *bona venire* que und, wie um Deuteleien aus der Stellung abzuschneiden — sie wurden trotzdem versucht! — etwas weiter umgekehrt *bona venire ducique* geschrieben steht.

sich aus die civile Bedingung für die Aufhebung der Schuldhafte: das ist die Befriedigung; und er verschaffte diese Befriedigung eben durch eine honorarische Realexecution neben der personellen civilen: das ist die *missio in bona* und die *venditio bonorum*.

Wieso man auf die Gütereinweisung kam und warum sie die gesammten Güter ergriff: das sind Fragen, die wol namentlich im Hinblick aufs Contumazialverfahren, in welchem selbst hinwider der Prätor das von alters her übliche Strafmittel der Obrigkeit für die Privatrechtshilfe fruchtbar machte, zu beantworten sind. Beim Mangel einer Überlieferung muss dies immerhin dunkel bleiben.<sup>112)</sup> Aber dass ein solcher Process in solcher Art sich vollzog, und zwar im Anschluss gerade ans poetelische Gesetz sich vollzog, legt zudem die fernere Rechtsentwicklung nah, deren nächste Phase bereits im Bericht von Varro zu erblicken ist.

Und in diesem Sinn soll derselbe nun betrachtet werden! Hier zunächst noch einmal die Stelle:

*Liber qui operas suas in servitum dabat, dum solveret, nexus vocatur; hoc C. Poplilio sublatum, ne fieret, et omnes qui bonam copiam iurarent, ne nechterentur dissoluti.*

Man hat einen Irrthum der Handschrift behauptet, da sie nicht von Poetelius, sondern von Poplilius spricht: einer immerhin nachweisbaren Persönlichkeit, die jedoch erst unter Sulla lebte. Ich glaube vielmehr an einen Irrthum Varros selbst, welcher in der Vermischung der Aufhebung des Nexums mit dem Gesetz unter Sulla liegt.

Das Gesetz unter Sulla nämlich lässt gegen juratorische Caution für ein zur Befriedigung hinreichendes Vermögen — das besagt unser *bonam copiam iurare!* Und das soll nun gezeigt werden<sup>113)</sup> — gleich von Anfang an die *ductio* entfallen, die ja nicht mehr in erster Linie als Zwang

<sup>112)</sup> Vgl. Dernburg, *bonorum possessio*; Bayer, a. a. O. S. 14 f. Vgl. auch unten S. 50; Schlayer, a. a. O. S. 21 f.

<sup>113)</sup> Alle Versuche, das *iurare* in ein *eiurare* umzudeuten, scheitern am unverrückbaren Wortlaut der Handschriften. Und wenn es noch einer Bekräftigung bedürfte, so liegt sie im julischen Municipalgesetz, welches laut der *tabula Heracleensis II*, v. 113 sq. gleichfalls ein *bonam copiam iurare* nennt, — und zwar gerade unser *iurare bonam copiam*, wie sich gleich zeigen wird! Darüber im Text; daselbst das Citat.

zur selbsteigenen Befriedigung gelten konnte, wo der Prätor mit seiner *missio* das Meiste that. Nur wenn das Vermögen zu wenig war, kam sie dann noch als restlicher Druck zur Abarbeitung oder sonstigen Befriedigung in Betracht, da der Häftling eben aus der Haft in die Vollfreiheit streben mochte. Sie war also eigentlich ein überflüssig gewordenes Überbleibsel des *ius civile*, wenn die honorarische Güterfrohnung zur Befriedigung des Gläubigers durch Versilberung des Schuldnerguts ausreichte: Leistete also der *ducendus*, weil *exequendus*, die Caution hiefür, so mochte er frei bleiben.

Das will die Stelle bei Varro sagen! Und ein helles Licht darauf nun wirft die Stelle bei Gaius<sup>114)</sup>, worin er eben eine *cautio iudicatum solvi* als Ersatz des *vindex* hinstellt, welcher früher zur Befreiung von der *ductio* bei der *manus iniectio iudicati* und im Fall des *depensum* nöthig war:

*Iudicatus et is pro quo depensum est, etiam post hanc legem (sc. Valliam) vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur; idque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur; unde nostris temporibus is cum quo iudicati depensive agitur, iudicatum solvi satisdare cogitur.*

Die Caution ist ein Ersatz für den *vindex*, d. h. sie ist ein anderes Mittel zum selben Zweck. Der Zweck des *vindex* aber ist die Befreiung von der *ductio*; und also hat auch jene Caution diesen Zweck. Das jedoch stimmt genau zu unserm *bonam copiam iurare*: eben als einer juratorischen *cautio iudicatum s. depensum solvi*, wodurch man von der *ductio* und also vollends von jeder Schuldhafte frei wird!

Und um schließlich jeden Zweifel zu beseitigen, dass tatsächlich Gaius und Varro dasselbe meinen, sei auch noch eine Stelle aus der *lex Julia municipalis* angeführt, welche laut der *tabula Heracleensis* infamierende Wirkungen gedroht hat:

*Qui in iure abiuraverit, bonamve copiam iuravit iuraverit, quei sponsoribus creditoribusve suis renuntiavit renuntiaverit, se soldum solvere non posse, aut cum eis pactus est erit, se soldum solvere non posse etc.*

So nämlich ist diese viel umstrittene Stelle wol richtig aufgefasst: die durch *ve* verbundenen Glieder sind

<sup>114)</sup> Institutionen, IV, 27.

koordiniert, das bloße *quei sponsoribus* etc. aber subordiniert dem *queive bonam* etc.<sup>115)</sup>, so dass sie beide einen Thatbestand gegenüber dem andern des *abiurare in iure* bilden; und es heißt: Infamierende Wirkungen treffen einmal den Meineidigen, welcher seine Schuld vor Gericht abgeschworen hat, und weiter gleichfalls einen Meineidigen, nämlich den Schwörenden, dass er genügende Güter für die Befriedigung seines Gläubigers oder Sponsors hat, welcher dann aber nicht zu zahlen oder auch nur einen Abfindungsvertrag<sup>116)</sup> zu schließen vermag.

Man sieht: es fügt sich diese Stelle als beweisendes Zwischenglied zwischen die Stellen von Gaius und Varro: sie beweist in der That ihren wesentlichen Zusammenhang, da sie gleichwie Gaius den Fall des *iudicatum* und *depensum* — *sponsoribus creditoribusve!* — als Anlass dieser Caution, und da sie eben diese Caution gleich Varro ein *iuramentum bonae copiae* nennt.

Die Stelle aus dem julischen Municipalgesetz lässt uns aber noch einen weitern, wichtigen Schritt in der Erkenntnis des hier fraglichen Instituts machen. Sie führt uns geradezu auf die Wurzel zweier überaus wichtiger Phasen der Executionsentwicklung: die Entstehung der *Specialexecution* in einzelne Schuldnersachen und die Entstehung des Offenbarungseids über ihr Vorhandensein. Und dies, indem sie uns eben das innerste Wesen: den eigentlichen Grund und Zweck des *bonam copiam iurare* erschließt.

Sie nennt nämlich einzelne infamierende Wirkungen als Folgen des Falscheids für den *bonam copiam iurans*. Nun fragen wir: Gesetz, es stünde selbst die volle Infamie, wie wol thatsächlich anzunehmen ist, auf den Falscheid, so kann sie offensichtlich und unzweifelhaft nicht auch den wahrhaft Schwörenden treffen; denn was sollte diesen sonst vom Falscheid abhalten? Nun ist aber Infamie die Folge der *venditio bonorum*. Es kann also folge-

<sup>115)</sup> Vgl. Marezoll, *Fragmentum legis Romanae in aversa tabulae Heraclensis parte*, S. 143; Heusde, *Disquisitio historico-iuridica de lege Poetelia Papiria*, S. 118; dagegen mit Unrecht wol Gallinger, a. a. O. S. 43: Es spreche das *Tempus* gegen die Subordination; welches andere *Tempus* konnte denn gebraucht werden? Und es spreche die Klarheit der Gesetze gegen solche Annahmen; sind sie nicht noch mehr kurz als klar, so dass damit die Auffassung Gallinger's fallen muss, wonach alle Worte von *quei* bis zum zweiten *posse* nur zur Meidung laienhafter Missverständnisse gebraucht wären?

<sup>116)</sup> Gallinger, a. a. O. S. 53.

richtig keine *venditio bonorum* für den *bonam copiam iurans* eintreten! Was aber soll sie dann ersetzen, da ja sicherlich eine Vollstreckung ins Vermögen erfolgen soll, ja da das ganze *iurare bonam copiam* eben den Zweck hat, vollends von der Personalexecution zu befreien und also einzig die Vollstreckung ins Vermögen walten zu lassen? Bedenkt man den Grund, warum die Infamie auf der *venditio bonorum* steht: weil, wie dies ausdrücklich und geradezu Cicero sagt<sup>117)</sup>, mit ihr die Auflösung des Vermögens als „des civilen Abdrucks der Persönlichkeit“ und also gewissermaßen „die civile Abtödtung der Persönlichkeit“ erfolgt, so wird man schon auf den Weg aus unserm Conflict geführt: es muss der Grund entfallen, damit die Folge aufhört! Es muss also, mag auch eine Vollstreckung ins Vermögen stattfinden, doch nicht ein Verkauf des Gesamtvermögens im Sinn eines einheitlichen Complexes vor sich gehen, sondern nur — die Consequenz liegt auf der Hand — ein Verkauf von einzelnen Stücken aus dem Gesamtvermögen. Wieso kann nun aber gewaltsam auf einzelne Stücke des Vermögens gegriffen werden, da ja derart willkürlich über die bloß persönliche Verpflichtung des Schuldners hinausgegangen würde<sup>118)</sup>, und welche Stücke sollen gerade derart willkürlich ergriffen werden? Gerade das bringt uns wieder auf den Weg des *bonam copiam iurare*, und zeigt sohin, wie in der That beide Wege zusammenlaufen.

Gewiss: es darf kein willkürliches Ergreifen einzelner beliebiger Vermögensstücke erfolgen; es erfolgt aber auch gar nicht willkürlich! Der *bonam copiam iurans* ist es selbst, der die fraglichen Vermögensstücke aufzeigt, und er zeigt sie eben mit seinem *bonam copiam iurare* auf: Das *bonam copiam iurare* ist nicht eine bloße Betheuerung, dass man hinreichend Güter besitze, das wäre auch kaum genug gewesen; das *bonam copiam iurare* ist eine eidlich erhärtete Angabe genügender Güter. Und auf sie ist nun Execution zu führen!

Es bot so auch den sonst mangelnden Vortheil, dass der Schuldner selbst seine Güter dem executiven Zugriff entgegenführt, also nicht hinterzieht; und es ersetzte auch gerade dadurch noch besonders die Haft, da sie als Verhütung einer Vereitelung der

<sup>117)</sup> *Pro Caecina*, c. 33.

<sup>118)</sup> Darüber oben S. 11, 16, 17 und unten S. 54, 55.

Execution entfallen mochte. Sein Wert für den Schuldner aber war das Entfallen der Infamie, wie ja andererseits ihre Androhung für den Falscheid die Gewähr bieten soll, dass der Schuldner auch wirklich wahr schwört.

Und darin mag auch der tiefere Grund liegen, warum der cedens bonorum frei von Infamie bleibt: er zeigt eben wenigstens alles, was er hat, auf, um es freiwillig der Vollstreckung zuzuführen. Dass es nicht ausreicht, und er doch von der Haft loskommt, hat hinwieder seinen Grund im Character der cessio bonorum als einer Rechtswolthat<sup>119)</sup>, der gemäß diese mangelhafte Güter-Manifestation auch nur ausnahmsweise statthat. Der Zusammenhang aber mit unserem bonam copiam iurare tritt noch sichtlich im Eid hervor, den der cedens bonorum nach Novelle 135 zu leisten hat: es ist ein bonam copiam eiurare!

Ist nun zunächst schon der Eid des bonam copiam iurans ein Manifestationseid? Er ist es nicht, aber er konnte es werden. Er ist es nicht, weil hier die eidliche Angabe genügender Güter vielmehr auf den Gläubiger zwangsweise wirken soll, dass er den Schuldner enthafte, als dass ein Zwang hiezu auf den Schuldner geübt werden sollte. Er ist es nicht, weil hier die Manifestation von Vermögen vielmehr das Mittel bietet, um aus der Haft zu gelangen, als dass die Haft ein Mittel wäre, um die Manifestation zu erpressen. Er ist es nicht, weil hier nur die ruhige Ablösung einer Sicherstellung für die volle Befriedigung durch eine andere in Frage steht, und nicht ein verzweifelter Willenszwang um den anderen bei Gefährdung der Vollbefriedigung. Er konnte es aber werden, je mehr die missio in bona alle Zwangsvollstreckung zur Güterexecution umprägte, woneben der Personalzwang, vermöge der weit gehenden Milderung seiner einstigen Härte, auch seine einstige Bedeutung: als wirkliches Mittel der Befriedigung durch Schuldarbeit, verlor. Er konnte es werden, je wichtiger es darum wurde, genügende Güter zur Befriedigung zu erhalten, da man im verstumpften Personalzwang ein wenig mehr schneidiges, bloß indirectes Zwangsmittel erblickte. Er konnte es werden, weil die derart einzig indirect gewordene Personalexecution, schon weil sie nur indirect war, das direct der Befriedigung Dienliche und also zu

<sup>119)</sup> Darüber unten S. 41.

Erzwingende in den Vordergrund treten lassen musste: das ist eben die anfangs nur subsidiäre Gütermanifestation!

Außer man hätte kein genügendes Vermögen. Aber da man einmal, wie gezeigt, allen executiven Zwang unter dem Gesichtswinkel der Befriedigung aus dem Vermögen anzuschauen und aufzufassen begonnen hatte, mag selbst dann der Gläubiger lieber von der Haft gelassen haben, um sich durch die juratorische Caution doch dessen, was da war, zu versichern, als im Schuldner, welcher nun einmal nicht loskonnte, einen allenfalls müßigen Brotesser zu behalten. Wenigstens wenn keine leichte Vergeudung als Gantgrund die Haft, wie sie bloß und leer von der einstigen Personalexecution als Rest erübrigte, als Rest der Rache, die ja darin auch zum Ausdruck kam<sup>120)</sup>, erwünscht machte.

Und das nun bot die Brücke, welche über die urgierte Manifestationsfunction in der ursprünglichen cautio iuratoria zum Institut der lex Julia iudiciaria führte: zur bonorum cessio. Auf sie ist nun einzugehn.

#### b) Lex Julia iudiciaria.

Man hat viel darüber gestritten, wann und von wem die Rechtseinrichtung der Güterabtretung eingeführt<sup>121)</sup>, und wann und von wem sie auf das gesammte Kaiserreich ausgedehnt worden ist.<sup>122)</sup> Aber was wol am wichtigsten scheint, hat man fast nicht berührt: Was ist die bonorum cessio eigentlich?

Sie ist ein beneficium. Damit ist nicht genug gesagt. Ein anderes bedeutet beneficium bei der Rechtswolthat des Nothbedarfs, ein anderes bei der Rechtswolthat der Zwangsstundung. Dort ist die Rechtswolthat abstract-objectiv, hier subjectiv-concret. Dort kann man unter den Bedingungen, die das Gesetz bestimmt, die Wolthat geradezu als Recht ansprechen, hier kann man unter allen Umständen nur um Gnade bitten. Dort geht man zum Richter, hier fleht man zum Kaiser.

Da heißt es denn einerseits die Güterabtretung sei lege Julia eingeführt<sup>123)</sup>; andererseits aber, sie werde solito more beim Kaiser

<sup>120)</sup> S. S. 11.

<sup>121)</sup> Insb. Dabelow, a. a. O. S. 113 ff.

<sup>122)</sup> I. 4 C. 7, 71. Insb. Spanheim, a. a. O. II, 25, S. 557 ff., in der zweiten Ausgabe zu London 1703; I. 4, C. 7, 71; Zimmermann, a. a. O. III, S. 249, N. 22.

<sup>123)</sup> Gaius, III, S. 78; I. 4, C. 7, 71.

angesucht.<sup>124)</sup> Es ist ferner von einer *scrupulositas priorum legum* die Rede<sup>125)</sup>; und weiter gesagt: dass jetzt die *sola professio querenda* sei.<sup>126)</sup> Und endlich meint wieder Justinian, dass dabei doch ein Offenbarungseid Noth thue<sup>127)</sup>, und Theodosius will sie nur dem schuldlosen Schuldner gestatten.<sup>128)</sup> Wie vereint sich dies alles?

Hier nun liefert die geschichtliche Entwicklung, wie sie vor sich gieng und wohin sie drängte, den Schlüssel zum Verständnis. Gewiss kam demnach die Güterabtretung in der Form einer *cautio iuratoria* über das, was man eben hat, bald als Abfindungsvertrag zwischen Schuldner und Gläubiger auf.<sup>129)</sup> Und gewiss auch wurden mit der wachsenden Bedeutung der Sachzwangsvollstreckung und dem Schwinden aller directen Personal-execution solche Verträge immer häufiger. Um so dringender trat aber an die Legislative das Bedürfnis heran, Normen für die Durchführung dieses Vertragswillens aufzustellen: Wie die infamierende *venditio* abgewandt und gleichwol ihr Effect erzielt werde?<sup>130)</sup> Wie der Schuldner das Seinige abtreten und der Gläubiger dazu gelangen sollte?<sup>131)</sup> Und nicht zum geringsten auch, wie sich fürder das Verhältnis zwischen beiden zu gestalten hätte? Denn soviel scheint klar, dass danach nicht gleich jedes bischen Erwerb des Schuldners wieder und immer wieder neu exequiert werden mag, soll nicht der Zweck des Ganzen vereitelt werden: der Schuldner mehr Muße für sich und zur Arbeit in Haft, als in

<sup>124)</sup> I. 8, C. 7, 71.

<sup>125)</sup> I. 6, C. 7, 71.

<sup>126)</sup> Ebenfalls I. 6, C. 7, 71.

<sup>127)</sup> Novelle 135, c. 1. Vgl. Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 345; Heimbach im Rechtslexikon, I, S. 873 ff.

<sup>128)</sup> C. Theod. 4, 20, c. 1. Vgl. Spanheim, a. a. O. S. 572.

<sup>129)</sup> Vgl. Heimbach, a. a. O. S. 873 ff.; I. 8, C. 7, 71: *accipere bonorum cessionem*.

<sup>130)</sup> Darüber schon oben S. 39. Vgl. Marezoll, Über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. Gießen 1824, S. 198; I. 7, 8, C. 7, 71; I. 11, C. 2, 12. Aber Nov. 4, c. 3 und 135; dazu Marezoll, a. a. O. S. 199, 200.

<sup>131)</sup> I. 4, C. 7, 71: *... non tamen creditoribus sua auctoritate dividere haec bona et iure domini detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suae consulere permissum est. . . . Quod si non bonis eum cessisse, sed res suas in solutum tibi dedisse monstretur, praeses provinciae poterit de proprietate tibi accommodare notionem. S. Nov. c. 3; Caesar, bell. civ. III, 1.*

Freiheit haben.<sup>132)</sup> Und was sollte endlich im Verhältnis zu andern Gläubigern gelten? Waren sie etwa einzuberufen, um mitzuberathen, da ja sie sonst neue Executionen bewirken, und also das praktische Ziel bis zum Schwinden verrücken konnten?<sup>133)</sup> Und wie nun, wenn sie uneins waren, oder manche nicht theilnahmen, weil sie nichts davon wussten oder auch wol, weil sie nichts davon wissen wollten?

Man sieht: der Fragen sind viele. Und man sieht auch: fast an jeder für sich hängt der ganze Geschäftserfolg. Da galt es zu helfen. Und diese Hilfe nun und nichts als sie wollte und konnte wol jene *lex Julia de bonis cedendis* bieten. Sie war eine Art Concursordnung für den fraglichen Fall!

Mit anderen Worten: sie war kein Gesetz, das die Güterabtretung etwa erst schuf, sondern sie nur ausgestaltete. Sie nahm nur die Fäden auf, welche ihr die privaten *Contracte* boten und verwebte sie zum festen Gespinnst eines geregelten Rechtsinstituts.

Sie war aber auch noch kein Gesetz, das die Güterabtretung als Rechtswolthat unter gewissen Bedingungen behandelte, sondern zunächst eben nur als contractliches Übereinkommen. Allein schon da sie alle Fragen, die hier auftauchten, befriedigend zu lösen versuchte, und darin gewiss die zeitgemäße Tendenz befolgt, dem Schuldner zu helfen, und zwar besonders aus der Haft zu helfen: ward die Legislative in eine Bahn gelenkt, wo sie erst wol bloß disponierend, bald aber auch wol cogent in die Verhältnisse eingriff — und so wurde aus dem Vertrag allmählich eine Rechtswolthat!

Und zwar eine Rechtswolthat, welche, weil sie entschieden geltendes Recht und gesetzliche Ansprüche der Gläubiger beschnitt, aus diesem Grund wol bloß als cäsarisches Machtwort sich Bahn brach; eine Rechtswolthat mit andern Worten, welche durch den Kaiser als über den Gesetzen stehendes Organ des Rechtslebens gewährt und also jedesmal bei ihm erbeten werden musste; eine Rechtswolthat aber, in welche denn doch eine stete Praxis auch eine gewisse Stetigkeit der Voraussetzungen für die Gewährung und der Maßnahmen für die Durchführung brachte —

<sup>132)</sup> I. 6, D. 42, 3.

<sup>133)</sup> I. 8, C. 7, 71.



und so ward das merkwürdige Zwittergebilde von Rechtsanspruch und Gnadenwerk erzeugt! So als Kind ihrer Zeit betrachtet und durch ihren Werdegang verfolgt, erklärt sich die *cessio bonorum* mit ihren vielfach widerspruchsvoll erscheinenden Bestimmungen.

Denn so erklärt sich nun, wie der Theodosianische Codex die Schuldlosigkeit des Zahlungsunfähigen als Bedingung der Rechtswolthat fordern kann<sup>134)</sup>, während im Justinianischen Codex nicht ein Wort davon steht. So erklärt sich, wie die Novelle 135 einen Manifestationseid verlangen mag<sup>135)</sup>, während er sonst in der Compilation nicht erwähnt ist. Es ist kaum anzunehmen, dass je auch nur eines dieser Erfordernisse erlassen worden wäre; sie sind nur nicht weiter vorgeschrieben und haben auch, wo sie gebraucht sind, keinen imperativen Normcharacter, weil es Normen für den Kaiser wären, die für ihn wol bestehen, aber nicht aufgestellt werden können.

Ist nun aber nicht schlechthin von allen Erfordernissen abgesehen, indem statt der *scrupulositas priorum legum* einfach die *voluntatis sola professio* genügen soll?<sup>136)</sup> Gerade diese Bedingungslosigkeit scheint mir Grund genug dafür, dass hiemit etwas anderes gemeint sein muss. M. E. ist hiemit die Erklärung gemeint, durch die man zunächst einmal die Rechtswolthat gebrauchen zu wollen kundthut, um sogleich die weitem, infamierenden Executionsschritte aufzuhalten. Früher war sie — soviel ist von der *scrupulositas* überliefert<sup>137)</sup> — in iure vor dem praetor abzugeben; jetzt genügt irgend eine Verständigung, sie darf sogar außergerichtlich sein; ja wegen der besondern Contumazialgefahr für *absentes* erscheint selbst ein Brief oder gar ein Bote genügend, um nur rasch die Nachricht vorzubringen: um eben nur rasch vorerst das Verfahren einzuhalten! Insofern ist l. 9 D. 42, 3, die dies sagt, eine weitere Ausführung zu l. 6 C. 7, 71, welche eben statt der *scrupulositas priorum legum* die *voluntatis sola professio* genügen lässt: sie

<sup>134)</sup> C. Theod. 4, 20, c. 1.

<sup>135)</sup> Nov. 135, c. 1.

<sup>136)</sup> l. 6, C. 7, 71: In omni cessione bonorum ex qualibet causa facienda scrupulositate priorum legum explosa, professio sola quaerenda est. Idem dixit, in omni cessione sufficit voluntatis sola professio.

<sup>137)</sup> S. l. 9, D. 42, 3.

macht die Tendenz zweifellos, vorderhand eine rasche Anmeldung zu ermöglichen, damit die Durchführung nicht zu spät komme. Denn nun ist erst recht das Gnadengesuch an den Kaiser einzureichen und dessen Erledigung eben abzuwarten. Es ist etwa wie beim Erbantritt *cum beneficio*: Zunächst genügt die bedingte Erbserklärung. Aber dann ist doch auch das Inventar aufzunehmen, welches das den Erbschaftsgläubigern verhaftete Vermögen wahrhaft aufzeigt. Und auch hier muss dann allenfalls noch ein Eid die Vollständigkeit der Vermögensangabe erhärten: l. 22, § 10 C. 6, 30. Besonders dieser Eid scheint dem unsern verwandt.

Allerdings fehlt ihm die Natur eines Offenbarungseids, da ja dieser erzwungen wird, während hier ein Zwang zum Eid nur höchst mittelbar besteht: Man muss nur schwören, wenn man *cum inventario* antritt; dies aber muss man ebensowenig, als überhaupt antreten.<sup>138)</sup> — gerade das liegt aber auch in unserm Fall ähnlich.

Denn auch in unserm Fall muss man ja nur schwören, wenn man *bonis cedit*; das aber muss man nicht. Dazu wird kein Zwang geübt; wenigstens kein directer Zwang. Indirect freilich besteht ein Zwang; er besteht in der alten Schuldhaft als Personalexecution. Ja da ihr der positive Befriedigungsgehalt genommen, d. i. der Schuldarbeitszwang beseitigt ward, kam die Personalexecution überhaupt nur mehr als solches indirectes Zwangsmittel in Betracht. Sie zwang durch den einzig in ihr noch wirksamen Drang aus der Haft in die Freiheit den Schuldner, welcher genügende Güter für die Vollbefriedigung hatte, zu dieser; und sie zwang ihn andernfalls wenigstens zur Abtretung dessen, was er eben hatte. Wie nun aber in jenem Fall vor allem ein Eid zur Erhärtung der Güterangabe für die Vollbefriedigung verlangt ward: so musste auch in unserm Fall ein ähnlicher Eid zur Befreiung aus der Haft geschworen werden; ein Eid, welcher den Befriedigungswerbern die möglichste Sicherheit bieten sollte, indem er negativ betheuert, dass man nichts als man angab, besitze, und positiv bestärkte, dass man eben alles, was man besaß, auch angebe; ein Eid also, welcher als wesentliche Vorbedingung für die bloße Güterexecution und Haftaufhebung, wie der Eid

<sup>138)</sup> Ausgenommen bei Einsetzung eines *servus cum libertate*; dessen anderweitige Begünstigung in diesem Fall interessirt hier nicht.

beim bedingten Erbantritt, zunächst nur indirect durch die Haft erpresst werden mochte. Und dieser Eid nun ist eben, wie im Fall der Vollbefriedigung das *iurare bonam copiam*, das wir oben kennen lernten, so im Fall der Güterabtretung das *eurare bonam copiam*, auf welches wir gleichfalls schon oben hinwiesen.

Schon weil nun aber die Personalexecution eigentlich nur mehr eine indirecte Pression zu diesem oder jenem Ausweg zur Freiheit war, musste sie bald hinter das zu Erzwingende zurück und dieses selbst als eine direct zu nennende Execution hervortreten. Und da dies nun eben in einem Fall die Vollbefriedigung mit ihrem *bonam copiam iurare*, im andern Fall die Güterabtretung mit ihrem *eurare bonam copiam* ist, neigte das *iurare* und *eurare* jetzt in der That zum wahren Manifestationseid, auf den vielmehr der Zwang durch die Haft gerichtet erschien, als dass er, wie anfangs<sup>139)</sup>, nur einen subsidiären Weg aus der principalischen Haft bot!

Und so nun erklärt sich auch, wie die Gläubiger endlich vollends nicht so sehr eine allenfalls sie treffende Pflicht annahmen, den Schuldner freizulassen, wenn er den Eid leisten wollte, sondern ihrerseits selbst geradezu ein Recht auf den Eid zu haben glaubten. Das ergibt die Novelle 135, c. 1, welche selbst hinwider dadurch erklärlich wird. Die Gläubiger drängen den Schuldner zur Güterabtretung; sie sehen so sehr ihren einzigen Vortheil in ihr, dass ihnen alles andere nur als Mittel zum Zweck erscheint. Und sie glauben sich darum schon zur Anwendung alles Zwangs befugt, um den widerwilligen Schuldner zu nöthigen, dass er *bonis cedere* und den Eid leiste. Erst der Kaiser muss eingreifen und sie aufklären: der Schuldner könne nur allenfalls sein Vermögen abtreten, wenn die Gläubiger wollen; er müsse es nicht, wenn er nicht wolle. Und nur wenn er dieses Willens sei, müsse er auch den bezüglichen Eid leisten; sonst nicht. Er bleibe da freilich in Haft; aber mehr könne niemand ihm anthun. Ist dies nun auch eine Richtigstellung, die den weitem Zug der behaupteten Entwicklungsrichtung aufhielt, so ist es doch eben für sie sehr bezeichnend: für den Verkehrsprocess, der den praktischen Wertgehalt der Haft, dass sie nämlich zur Sachenexecution unter eidlicher Sicher-

<sup>139)</sup> Siehe oben über die anfängliche Natur dieses Eides S. 38.

heit verhalf, alsbald in den Vordergrund rückte und dieses sobin als vorzüglich zu erzwingend erscheinen ließ.

Und also war es eine Sicherheit, zu deren Zweck nun die Haft das Mittel schien. Denn die Güterfrohnung und Ver Silberung erfolgte auch ohnedies immer nebenher.<sup>140)</sup> Aber dass man auch alles, was man zur Befriedigung brauchte, oder doch, was der Schuldner alles zur Befriedigung bieten konnte, erhielt, das vermochte der Eid, der darum auch die Haft gleich aufhob, weil eben nichts weiter durch den Haftzwang erreichbar oder doch erstrebenswert dünkte. Es war also dieser Eid, auf den in der That die Haft gerichtet erschien. Und also wurde dieser Eid zum wirklichen Manifestationseid.

Und damit nun wäre in der That die Bahn durchlaufen, die wir am Schluss des vorigen Abschnitts eröffneten. Man könnte nur meinen: es sei ja noch immer ein anderer Weg aus der Haft geblieben: Die Abarbeitung der Schuld eben unter dem bloßen Haftzwang; ja gerade diese hätte der einzige Ausweg sein müssen, wenn zunächst die Gläubiger keine *cessio bonorum* annahmen, noch auch gegen ihren Willen der Kaiser sie gewährte; und insofern fehle streng genommen der Character der Haft als eines bloßen Eideszwangs und also auch der Character des Eides als eines wahren Offenbarungseides. Aber wie diese Bedenken gegenüber dem endlichen Zustand der gesammten Zwangsvollstreckung überhaupt und insbesondere der Personalexecution verblasen müssen, wie nämlich vollends jede Befriedigungsfuction der Personal-Zwangsvollstreckung verblasst und als einzig practisch kaum mehr als eben eine Pression zum Zweck einer möglichst umfassenden Sachenexecution in Betracht kam: das mag nun die Aufrollung dieses Totalbilds der Executionsverhältnisse zur Zeit Justinian's ergeben, wie es der folgende Schlussabschnitt versucht.

### c) *Corpus iuris civilis*.

Die Einleitung des Verfahrens durch *vocatio in ius* währt fort.<sup>141)</sup> Es fragt sich aber, ob sie auch noch als Personalzwang erscheint, ob insbesondere noch, wer das Vorkommen vor Gericht verweigert, mit gewaltsamer Eigenmacht ergriffen und hingebracht werden darf? Freilich steht nach l. 2 D. 2, 5 prätorische Strafe auf

<sup>140)</sup> Darüber oben, S. 33 u. 35.

<sup>141)</sup> S. D. II, 4, 5, 6, 7, 8; C. II, 2.

Weigerung. Allein daraus folgt noch nicht, dass damit auch alle Reaction wider solche Contumaz erschöpft sei! Das Gegentheil ergibt wol l. 2 D. 2, 6. Denn danach muss, wer keinen tauglichen Bürgen für den Geladenen annimmt, Strafe zahlen. Daraus erhellt wol als der eigentliche Grund dieser Strafe irgend ein Zwangsact gegen den Geladenen. Und die prätorische Strafe gemäß l. 2 D. 2, 5 kann nicht dieser Zwangsact sein, da sie laut l. 2 §. 1 D. 1, 5 gerade in diesem Fall entfiel. Schließlich sagt l. 5 §. 1 D. 2, 8 ausdrücklich:

non sine qualibet iniuria est, duci in ius eum, qui satis idoneum fideiussorem det.

Es währt also wol noch die ductio fort, woneben prätorische Strafklage nur zur Wahl stand. Und dass in der That ein Gewaltact wider den vocatus allenfalls geübt werden mochte, ergibt zunächst das Verbot der vocatio gegen Amtspersonen, welche ihrerseits aliquem coercere possunt et iubere in carcerem duci<sup>142)</sup>; das ergibt ferner ihr Verbot ohne vorherige Erlaubnis des Prätors gegen Personen, denen man reverentia schuldet.<sup>143)</sup> Dass aber nicht schon die Ladung als solche, sondern ein eventuell auch damit sich verbindender Zwang dies bewirkt, zeigt zudem das zusammenhängend normierte Verbot ihrer Vornahme während gewisser Feierlichkeiten, in denen man nicht gestört werden soll<sup>144)</sup>; ja dass dieser drohende Zwang wider die Person gerade das Entscheidende für das Verbot bildet, erhellt am klarsten aus l. 18 ff. D. 2, 5.

Denn danach soll die Ladung im Heim verboten sein, weil das Heim die sicherste Zuflucht gegen Gewalt zu bilden hat, die Ladung aber eben als ein vim inferre erscheint. Und nun zum Beweis a contrario: weil nicht schon die Ladung als solche, sondern erst die allenfalls drohende Gewalt den Hausfrieden verletzt, so soll doch, wo eben die Gewaltübung ausgeschlossen erscheint, auch die Ladung gestattet sein:<sup>145)</sup> si ex publico conspiciatur! Und um jeden möglichen Zweifel an dem überall durchschlagenden Grund auszuschließen, heißt es am Ende<sup>146)</sup>:

<sup>142)</sup> l. 2, D. II, 4.

<sup>143)</sup> l. 4, D. eod.; l. 1, 2, 3, C. II, 2.

<sup>144)</sup> l. 2, 3, D. eod.

<sup>145)</sup> l. 19, D. eod.

<sup>146)</sup> l. 21, D. eod.

Sed et si is, qui domi est, interdum vocari in ius potest, tamen de domo suo extrahi nemo debet.

Es währt also sicher der Ladungszwang fort, und zwar sowol als directe wie als indirecte Personalexecution: jenes, indem allenfalls am sich Weigernden absolute Gewalt geübt wird, dieses, indem jenes droht, und zudem auch Pönfälle compulsiv wirken.

Wir haben schon gezeigt, dass die letztern dem Kläger nur zur Wahl standen, wenn er etwa Gewalt vermeiden wollte; dass darum aber doch die Gewalt nicht verboten war. Wirklich verboten war sie nur, wenn es zum vadimonium kam<sup>147)</sup>, wenn nämlich der Belangte versprach, in einem bestimmten Termin vor Gericht zu erscheinen und dies gleich versicherte. Da musste man zunächst den Termin abwarten; erschien auch dann der Belangte nicht, so war auch sofort wieder seine Duction erlaubt!<sup>148)</sup> Nur wer auch dann noch und überhaupt nicht persönlich Gewalt üben wollte — und solcher mochten immer mehr werden<sup>149)</sup> — für den ward in consequenter Weiterbildung der honorarischen Pönfälle<sup>150)</sup>, die und weil sie ja nur compulsiv wirkten, schließlich ein absoluter staatlicher Ladungszwang wider den Belangten eingeführt: im sogenannten Libell-Process mit seinem Denuntiations-Verfahren.<sup>151)</sup>

Danach folgten auf eine denuntiatio privata s. actoris, d. i. im Gegensatz zum Vadimonial-Vertrag eine einseitige klägerische Citation zu einem einseitig klägerisch bestimmten Termin, nun drei denuntiationes ex auctoritate, d. s. obrigkeitliche Ladungen zu obrigkeitlich bestimmten Terminen; und blieben sie alle vergebens, so nahm jetzt die Obrigkeit selbst durch ihre Büttel die ductio vor.

Ganz aber ist die in ius vocatio in diesem Denuntiations-Verfahren nicht aufgegangen, und mit ihr auch nicht die Zwangsgewalt der Privatduction.<sup>152)</sup> Ja selbst wenn bereits zur denuntiatio

<sup>147)</sup> S. oben S. 8.

<sup>148)</sup> Bethmann-Hollweg, I, S. 112.

<sup>149)</sup> „Et cum cive pudet conseruisse manus“ (Ovid.).

<sup>150)</sup> Schlayer, a. a. O. S. 29.

<sup>151)</sup> S. insb. Wieding, Der justinianeische Libellprocess, zusammenfassend S. 686 ff.

<sup>152)</sup> Dies gegen Wieding, a. a. O. passim.



privata geschritten war, musste nicht mit *denuntiationes ex auctoritate* weiter verfahren werden. Jene kam schon vor, ehe diese geschaffen waren: als ein milderer Versuch vor der strengen *Vocation*, zumal wo Ortsdifferenzen Schwierigkeiten machten.<sup>153)</sup> Und sie wie die *Vocation* erhielten sich neben dem officiösen Libell-Process. Das ergeben nicht allein alle angeführten *Corpus-Juris*-Stellen, die ja doch von der *Vocation* als von geltendem Recht handeln, das ergibt auch noch insbesondere l. 13 §. 10 D. 47, 10;

*Si quis quod decreto Praetoris non obtemperavit, ductus sit, non est in ea causa ut agat iniuriarum, propter Praetoris praeceptum.*

Da nämlich steht wol eine *denuntiatio ex auctoritate* in Frage; und da allein soll die *actio iniuriarum* versagt sein, sc. wenn sich die Ladung als grundlos herausstellt. Den doppelt betonten Gegensatz zu dieser Ladung *decreto s. praecepto Praetoris* muss nun aber die *denuntiatio privata* und in *ius vocatio* bilden: sie, das ergibt dieser Gegensatz, bewirken allerdings bei grundloser Zwangsladung eine *Injurienklage*<sup>154)</sup>; sie bestehen also fort, und zwar trotz und neben der schon eingeführten Staatsladung.

Das ist nun aber besonders zu betonen wichtig. Man könnte nämlich mit der Einführung der *denuntiationes ex auctoritate* die Aufhebung jeder andern Ladung behaupten wollen, und zwar gestützt auf Aurelius Victor, da er sagt:<sup>155)</sup>

*... vadimoniorumque solemnium remota denuntiandae litis opperiendaeque ad diem commode ius institutum.*

In Wirklichkeit scheint mir mit diesem „bequemen *Denuntiationsrecht*“ nur die Einführung gemeint, dass der Kläger, welcher eben aus Bequemlichkeit *Gewaltacte* meiden wollte, in der oben schon angeführten Art die Obrigkeit dazu veranlasst: es ist die gesetzliche Ausgestaltung aller früheren Versuche zum einfach geregelten *Denuntiations-Verfahren*. Wie nun aber von Anfang an die *private denuntiatio* nur neben der in *ius vocatio* aufkam und vorkam, so muss doch auch die bequemere Ausgestaltung

<sup>153)</sup> Vgl. Bethmann-Hollweg, a. a. O. II, S. 200f.; Schlayer, a. a. O. S. 28, 225f., wonach das *vadimonium* auch noch späterhin vorkam.

<sup>154)</sup> Über eine solche *Injurienklage* auch sonst in den Quellen.

<sup>155)</sup> De Caesaribus c. 16.

dieser *Denuntiation*, wovon allein in der Stelle die Rede ist<sup>156)</sup>, die eben daneben bestehende in *ius vocatio* in ihrem Fortbestand nicht berührt haben! Und nun finden wir sie thatsächlich in mannigfachen Wendungen im *corpus iuris* vor: sie währt also eben fort! Sie ist nicht wegzudeuten.

Warum nun die *stete ductio*? Eine ungemein wichtige Frage! Anfangs löst sie der Mangel irgend eines Ungehorsams-Verfahrens.<sup>157)</sup> Nun gibt es eines, und man braucht doch die *ductio*.<sup>158)</sup> Sie kann nur durch eine Sicherung ersetzt werden<sup>159)</sup>, und so lenkt diese Sicherstellung unsern Blick auf sich: das Ersetzte muss dem Zweck dienen, dem das Ersetzende dienstbar ist. Und soviel lässt sich also auch gleich sagen: die *ductio*, als durch eine Sicherstellung ersetzbar, dient sonach selbst zur Sicherung. Was aber soll versichert sein? Dafür ist etwas weiter auszuholen.

Wir stehen im Anfangspunkt des Verfahrens. Hier wird der Ladungszwang zunächst und seit je durch den *vindex* abgewandt<sup>160)</sup>, welcher eintritt und den Process auf sich nimmt. Hier also ist die Sicherung, welche der *vindex* bewirkt, zugleich eine *cautio iudicio sisti* und *iudicatum solvi*. Und zwar ist sie das eine, schon weil sie das andere ist: der Kläger erhält seinen Gegner im Process und auch schon seinen Schuldner zur Leistung ersetzt.

Man kann sich nun aber dem Ladungszwang auch entziehen oder ihm vielmehr auch genügen, indem man verspricht, in einem bestimmten Termin vor dem Prätor zu erscheinen, und dies versichert.<sup>161)</sup> Eine Sicherstellung ist unter allen Umständen unerlässlich.<sup>162)</sup> Die Regel bildet nach wie vor *Bürgenstellung*.<sup>163)</sup> Die *Bürgenstellung* ist eben „die Sicherstellung“ schlechthin. Und insofern mag es wol heißen, dass *Immobilienbesitz* von „der

<sup>156)</sup> So auch Wieding, a. a. O. S. 261. Vgl. auch unten S. 149.

<sup>157)</sup> S. oben S. 4 und 5.

<sup>158)</sup> S. oben S. 33.

<sup>159)</sup> Vgl. l. 19, D. II, 4 und dazu auch l. 4, § 5, D. II, 11.

<sup>160)</sup> S. oben S. 7 und 8.

<sup>161)</sup> S. oben S. 6f.; Schlayer, a. a. O. S. 28.

<sup>162)</sup> S. Titelnubrik D. II, 6: *In ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent.*

<sup>163)</sup> Der ganze letztgenannte Titel darüber handelt nur von Bürgen. Insb. aber vgl. l. 1, D. II, 8: *... ita cavit, ut eum hoc nomine securum facimus datis fideiussoribus.* Vgl. auch Schlayer, a. a. O. S. 8, 190.

Sicherstellung“ befreit<sup>164</sup>), trotzdem anderwärts ausdrücklich steht, es sei denn doch eine *cautio iuratoria* für das Zurechtstehen in diesem Fall zu leisten<sup>165</sup>): es tritt eben bloß der Eid statt der Regelcaution durch Bürgen ein! So löst sich der Widerspruch. Dass aber Immobilienbesitz diese Nachsicht der Regelcaution bewirkt, hängt mit dem Contumazial-Verfahren zusammen, welches eben die Güter mit Beschlag belegt und zur Befriedigung verwendet<sup>166</sup>); liegende Güter sind dem schwer entziehbar<sup>167</sup>); sie bilden also schon durch ihr Dasein eine gewisse Sicherheit — für die endliche Zwangsvollstreckung! Und so finden wir hier wieder, was wir beim *vindex* fanden: eine *cautio iudicio sisti* und *iudicatum solvi* zugleich, die eine in die andere übergehend, so dass schon im Anfang der Rechtsfeststellung der Schluss der Rechtsdurchsetzung gleich versichert erscheint.

Ebenso ist es nun auch bei den Bürgen. Der Bürge haftet allerdings fürs Zurechtstehen des Verbürgten. Er haftet aber dafür, indem er fürs Interesse daran haftet.<sup>168</sup>) Und das Interesse daran umfasst den ganzen Umfang des durchgesetzten Rechts, es umfasst kurz die volle Erfüllung. Und die Bürgenschaft umfasst daher auch schon in ihrem *iudicio sisti* dieses *iudicatum solvi*!

Und nun endlich zur *ductio*. Auch sie dient zunächst dem formalen Zurechtstehn.<sup>169</sup>) Und es dient auch zunächst nur dem formalen Zurechtstehn, wenn der erste Termin nicht das Ende des Streits bringt, und nun die gewaltsam vorgeführte Person gewaltsam festgehalten wird, falls sie keinen Bürgen findet.<sup>170</sup>) Das ist sonach ein provisorischer Personalarrest! Und er gestaltet sich mit dem Urtheil und dessen Erfüllung zur endlichen Zwangsvollstreckung: als Schuldhaft. Die vor Gericht gebrachte Person des Schuldners bleibt hier während des

<sup>164</sup>) I. 15, D. II, 9.

<sup>165</sup>) Dass *cautio* bei den Pandektenjuristen kein bloßes Versprechen bedeutet: Glück, III, S. 404.

<sup>166</sup>) S. oben S. 34.

<sup>167</sup>) Vgl. Schlayer, a. a. O. S. 208 ff.

<sup>168</sup>) I. 3 D., II, 8: *Sive in duplum est actio sive tripli aut quadrupli tantum eundem fideiussorem omnimodo teneri, quia tanti res esse intellegitur*. Vgl. auch I. 16, D. II, 8; I. 3, D. II, 5.

<sup>169</sup>) Vgl. die Titelnubrik D. II, 6 und nun die *leges* daselbst, die von *cautio iudicio sisti* handeln.

<sup>170</sup>) Darüber die folgende c. 6, IX, 4.

ganzen Verfahrens festgehalten, und kommt von hier schließlich in die Schuldhaft als *Personalexecution*. Und so erscheint auch die *ductio* schon als deren Versicherung; auch die *ductio* dient so schon zur *cautio iudicio sisti* und *iudicatum solvi*; auch die *ductio* zielt so schon auf den provisorischen Personalarrest<sup>171</sup>) und auf die definitive Schuldhaft!

Wirklich beweisend für diese wichtige Thatsache, welche nicht nur den Bestand eines provisorischen Personalarrests im römischen Recht zeigt, sondern insbesondere auch die organisch ins ganze Verfahren gefügte Function dieses provisorischen Personalarrests ergibt, ist vor allem und in allem I. 6 C. 9, 4<sup>172</sup>), in deren § 3 es heißt:

*si liber homo propter pecuniariam causam in carcerem coniectus fuerit, fideiussoribus praestitis liberetur.*

Denn daraus folgt eben umgekehrt persönlicher Arrest bei Bürgenmangel. Und es zeigt sich, dass wie die *ductio* vorerst einmal geschieht, und dann erst Bürgen befreiend wirken, so auch nach schon geschehener *ductio* gleich der Arrest verhängt wird, von dem nur wieder in zweiter Linie Bürgen loskommen lassen. Dass dies aber nicht etwa nur für *Delicte* gilt, dass also unter der *pecuniaria causa* nicht vielleicht allenfalls nur Geldstrafen zu verstehen sind, das ergibt der Gegensatz des zweiten Theils, welcher erst von § 4 an nur von *Delicten* handelt, und § 7, der von möglicher *cessio bonorum* spricht, die doch gerade bei *Delicten* unmöglich wäre!<sup>173</sup>) Es bestätigt ferner § 1, dass die Haft auch in *Civilfällen* eintreten konnte, indem die Bischöfe bei ihrer *Visitation* erforschen sollten, *utrum propter aes alienum an propter alias accusationes inclusi sint*. Dass aber endlich die Haft als bloßer provisorischer Arrest in Frage steht, ergibt nicht nur eben dieses

<sup>171</sup>) Es gibt also schon in Rom einen solchen! S. das Folgende.

<sup>172</sup>) Gerade auf diese Stelle erscheint in der langobardischen *Quaestio de lege Romana* Bezug genommen, wo eben von einem provisorischen Personalarrest, gemäÙ dem römischen Recht, die Rede ist:

§. 19. *Quaestio: Si Romanus homo ad placitum wadium dederit et non habet fideiussores paratos, comes prenda et faciat mittere in carcere, quia lex Romana praecipit: si quis fideiussorem non habuerit, non despicitur carcere.*

Dazu meint Boretius in seiner Ausgabe: diese *lex Romana* kenne er nicht. Ich glaube entschieden, dass es eben die herangezogene Codexstelle ist! S. S. 116.

<sup>173</sup>) S. oben S. 40, 42; I. 1 C. Theod. 4, 20.

alias accusationes: Anklagen und noch keine Urtheile<sup>174)</sup>, sondern auch gleich die Fortsetzung des citierten Paragraphen:

si fideiussores non habet, intra XXX dies causa decidatur, und schließlich § 7 daselbst:

sententia deinde adversus inclusos lata exequatur.

Im exequatur adversus inclusos der letzten Stelle zeigt sich aber auch schon, wie der provisorische Arrest in die endliche Execution überführt: wie sich die vorläufige Festnahme zur definitiven Schuldhaft gestalten mag, und also diese schon in jener versichert ist! Zumal da es weiter heißt:

sive corporalis est sive pecuniaria, ut in pecuniaria bonis cedere eis liceat.

Bei der criminellen corporalis sententia springt es in die Augen: man hat die Person, an der nun die Strafe zum Vollzug gelangt. Aber auch für die pecuniaria sententia ergibt der Utsatz ein Gleiches: Denn die Execution adversus inclusos findet ihre Schranke am bonis cedere, sagt eben: würde die Rechtswolthat der Güterabtrennung gar nicht angesucht oder nur nicht gewährt, so bliebe der Schuldner bis zur Befriedigung der Gläubiger durch die Versilberung seines Vermögens in Haft<sup>175)</sup>, und sohin auch nach der Versilberung noch, wenn sie nicht zur Befriedigung führen sollte!

Und so prägt sich gerade hier insbesondere das Ineinanderfließen der beiden Cautionen: iudicio sisti und iudicatum solvi aus, indem auch noch die endliche Personalexecution, welche nach wie vor gemäß dem civilen Recht erfolgt, mit Rücksicht auf die Vermögens-Execution, die zugleich durch die honorarische missio und venditio<sup>176)</sup> versucht wird, im Licht gewissermaßen eines Provisoriums erscheint: es ist ein Schwebezustand; es schwebt die Resolutions-Bedingung der Befriedigung aus dem Vermögen; nur wenn sie deficiert, wird die Schuldhaft unbedingt!

Dieses völlige Ineinander-Aufgehen der beiden Personalcautionen war aber vollends möglich geworden, ja schon von selbst gegeben, da die endliche Rechtsvollstreckung durch Per-

<sup>174)</sup> Vgl. übrigens Schlayer, a. a. O. S. 18, da er von einem beschleunigten Executionsverfahren bei der actio iudicati spricht, also unsere XXX dies, zudem als untere Zeitgrenze, nicht wol passen würden.

<sup>175)</sup> Und das stimmt vollends zur obigen Darlegung: S. 35, 38!

<sup>176)</sup> Darüber oben S. 34 ff.

sonalexecution zur leeren Haft und nichts als ihr verkümmert war.<sup>177)</sup> Denn nun glich das Definitivum äußerlich vollkommen jenem Provisorium; und auch innerlich mochte der Druck zur Befriedigung kraft des Freiheitsdrangs, der allein in der endlichen Schuldhaft wirksam blieb<sup>178)</sup>, allenfalls ebenso schon im Provisorium wirken. Dass aber dergestalt wirklich die Entwicklung verlief, bestätigt gerade manche Schranke in der Realisierung dieser Grundgedanken.

Dass zunächst die cautio iudicatum solvi immerhin nur mittelbar durch das iudicio sisti verfolgt blieb, zeigt I. 16 D. 2, 8 und I. 22 D. 2, 4, wonach Geständnis und Vergleich von der Sicherstellung befreien. Ja selbst das iudicio sisti wird nicht unbedingt und rückhaltlos durch den persönlichen Arrest bezielt, wie dies die Fortsetzung der eingangs citierten Constitution ergibt:

si fideiussores non habet, infra xxx dies causa decidatur, et ipse liberetur. Sin autem ampliore tempore opus sit, tunc iuratoriae cautioni committatur usque ad litis exitum, qui si iuramento praestito ante litem decisum afuerit, bonis suis excidat.

Das erinnert an die erste Function der Verhaftung überhaupt: Sie war, wie wir oben<sup>179)</sup> sahen, ursprünglich eine obrigkeitliche Maßregelung, wenn und weil man kein vadimonium leistete. Man mochte schuldlos daran sein; die Schuldfrage war noch nicht ausgereift; es trat wol auch unverschuldet Haftung ein.<sup>180)</sup> Jetzt gilt allerdings das Schuldmoment als Strafkriterium; allein die Verhaftung gilt nicht mehr vorzüglich als Strafe. Mit Hervorkehrung ihres praktischen Wertgehaltes<sup>181)</sup>, den sie anfangs wol nur mittelbar darbot, erfasste und verwandte man sie eben in erster Linie im Sinn einer Sicherung. Und gerade darin nun, dass noch in der letzten Zeit des römischen Rechts diese Haft auf dreißig Tage beschränkt erscheint, offenbart sich die bewusste, weil zögernde Umgestaltung dieser Haft in ein anderes, als was sie ursprünglich sein wollte: eine Strafe auf Ungehorsam mochte so lang als der Ungehorsam selbst währen;

<sup>177)</sup> S. oben S. 27 ff.

<sup>178)</sup> S. oben S. 38 ff.

<sup>179)</sup> S. oben S. 6, 7, 8.

<sup>180)</sup> S. Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, insb. S. 13 ff.

<sup>181)</sup> S. oben S. 44.

eine peinliche Zwangssicherung galt es thunlichst abzukürzen. Und so ward eben noch ein Nothweg eröffnet, um nach dreißig Tagen allenfalls der Haft zu entgehn: die juratorische Cautio, in welcher ein offenbarer Verzicht auf genügende Sicherung liegt, wo diese als Haft für den Schuldner zu dauernd und darum zu drückend schien. Wie jedoch auch in dieser Verflachung noch die Ideenfusion von Provisorium und Definitivum der Sicherung durchdringt, zeigt die Sanction auf den Bruch des Eids: dieser gilt ja doch zunächst dem *iudicio sisti*<sup>182)</sup> — jene aber dient auch schon dem *iudicatum solvi*!<sup>183)</sup>

Am energischsten erhellt endlich dieser Zug nach Vermischung der *cautio iudicio sisti* und *iudicatum solvi* in einer letzten Einleitungsart der Rechtsdurchsetzung, als welche im Sinn eines außergerichtlichen Ausnahmeacts das bekannte Selbsthilfe-recht gegen einen flüchtigen Schuldner erscheint.<sup>184)</sup> Weil nämlich Güter mangeln, gegen die sich das Contumazialverfahren richten könnte, und weil man auch der Person nicht habhaft werden kann, um sie vor Gericht zu führen und allenfalls festzuhalten, weil also alle Mittel versagen, durch die man im Weg der Erzwingung des Zurechtstehens allenfalls auch eine Sicherung der Befriedigung mit erzwingen kann: mag man unmittelbar, so weit es gerade geht, die Befriedigung anstreben, mag man trachten, dessen, was der Flüchtling bei sich hat, habhaft zu werden, da man eben seiner Person nicht habhaft werden kann!

Aus diesem Gesichtspunkt gesehen, erscheint nun aber als das eigentlich Besondere des Falls nicht schon die Gewalt als solche. Sie wäre ja doch, als Ladungszwang an der Person geübt, unbedenklich, sei es nun dass die Klage aus der Obligation oder aus dem *Judicat* in Frage steht. Dass aber da wie dort eben nicht die Person vom Zwang erfasst wird, sondern dass hinausgreifend über die Grenzen des Rechts der Zwang gleich Sachgüter ergreift, die nicht als solche, deren Leistung durch die Person des Schuldners nur geschuldet erscheint: das ist das Ent-

<sup>182)</sup> I. ult. D. 2, 8.

<sup>183)</sup> Das *bonis excidat* bedeutet wol eine Einziehung des Vermögens ohne anderes.

<sup>184)</sup> S. Wendt, Faustrecht, S. 281 zu I. 10, § 16, D. 42, 8; freilich mit anderer Begründung.

scheidende, was in der Regel verboten, hier aber unter den angegebenen Voraussetzungen, aus den angegebenen Gründen eben erlaubt sein soll!<sup>185)</sup>

Denn das gilt nach wie vor als *civiles* Rechtsprincip: wegen persönlich geschuldeter Leistungen hat man sich kraft des Rechtsinhalts an die Person zu halten.<sup>186)</sup> In die praktische Anwendung hat allerdings die prätorische *missio Bresche* gelegt.<sup>187)</sup> Aber immerhin hat die principielle Personal-execution ihre Geltung behauptet<sup>188)</sup>, klein vielleicht nach der Anzahl der praktischen Fälle gemessen, da man auf verschiedene Art aus der Haft gelangte, aber stets noch als centraler Ausgangspunkt, an den sich erst alle vom Prätor und durch die Kaiser geschaffenen Milderungen anreihen. — Das führt uns zur endlichen Zwangsvollstreckung im allgemeinen und insbesondere auf die bezügliche Personal-execution.

Die energischste Bethätigung des Gedankens, dass man sich ob persönlicher Schulden an die Person zu halten habe, schwand allerdings: es schwand die *manus iniectio iudicati*; für sie trat die *actio iudicati* ein. Aber was jener Handauflegung wesentlich innewohnte: die Versicherung der Befriedigung durch die ergriffene Person, zumal ja die *ductio* vor den *praetor* geradezu eine vorweggenommene Rechtsvollstreckung bildete; das blieb so sehr als nächster Hauptzweck bewusst, dass alsbald auch ein Ersatz hiefür bei der Urtheilsklage geschaffen ward. Und als solchen Ersatz nun nennt uns *Gaius* ganz ausdrücklich eine *cautio iudicatum solvi*, welche auf die *actio iudicati* zu leisten kam.<sup>189)</sup> Wieso sie bewirkt ward, sagt er zwar nicht. Aber aus dem geschichtlichen Zusammenhang, wie wir ihn entwickelt haben, erhellt dies genügend.

Es erhellt aus den vier Momenten, die wir für sich schon gewürdigt wurden, wenn wir sie nun zusammenhalten: aus dem Ladungszwang<sup>190)</sup>, der ja auch für die Urtheilsklage die Person ergriff, und aus dem Ersatz für die Personalhaft, welchen nun die

<sup>185)</sup> S. oben S. 15.

<sup>186)</sup> S. oben S. 10.

<sup>187)</sup> S. oben S. 33.

<sup>188)</sup> S. oben S. 38.

<sup>189)</sup> Citat nach dem Obigen, S. 35.

<sup>190)</sup> S. oben S. 45 ff.

gaisische Sicherstellung<sup>191)</sup> leisten sollte, ferner aus dem *bonam copiam iurare*<sup>192)</sup> als Befreiungsgrund der festgenommenen Person von der Festhaltung und endlich aus der *cessio bonorum*<sup>193)</sup> als Gnadensurrogat zum Befreiungszweck: dass eben der durch den **Ladungszwang** bei der Urtheilsklage vor Gericht Geführte daselbst nun **festgehalten** blieb, wenn kein Ersatz dieser Personalecaution durch die *cautio iuratoria* des **bonam copiam iurare** oder allenfalls durch die gnadenweise *cessio bonorum* mit ihrem **eiurare bonam copiam** geleistet ward.

So also ist jene *cautio iudicatum solvi* bei Gaius aufzufassen: als geretteter Rest der alten Handauflegung und Zwangsduction, soweit dem eine persönliche Sicherstellung innewohnte, als Rest einer alten Zeit jedoch, welcher entsprechend den neuern Tendenzen nach Vermögens-Befriedigung allenfalls auch durch Vermögens-Cautionen ersetzbar war.

Da aber bedurfte es nur eines Schritts, um die zum Ersatz der *manus iniectio* geschaffene *actio iudicati* vollends mit der Klage auf Sachentscheidung in ein Verfahren zu verschmelzen. Das ergibt die schon angezogene Kaiserconstitution, wonach die *sententia deinde adversus inclusos lata exequatur*. Und zwar ist dies nicht etwa nur eine schon geschöpfte, jetzt nur noch zu exequierende, sondern eine nach abgeführter Verhandlung erst gefällte *sententia*. Denn es heißt: *intra XXX dies causa decidatur, und: propter aes alienum aut propter alias accusationes inclusi*. Und da nun sehen wir auch schon das einigende Moment: die Continuität des Processes prägt sich in der Continuität der Sicherungshaft und damit der Caution aus, deren einheitliche Function in der zweifachen Form: als *cautio iudicio sisti* und eben *iudicatum solvi*, so noch schließlich im hellsten Licht, weil in der wichtigsten Rücksicht realisiert erscheint.<sup>194)</sup> Es ist Eine Haft, welche allenfalls, wenn sie nämlich durch die genannten Vermögens-Cautionen nicht

<sup>191)</sup> S. oben S. 35.

<sup>192)</sup> S. oben S. 35, 37.

<sup>193)</sup> S. oben S. 38, 43, 44.

<sup>194)</sup> In der That erklären uns Justinian's Institutionen die *c. iudicat. s.* für entfallen, geben aber der *c. iudicio s.* eine Ausdehnung, kraft der sie jene wirklich bereits in sich schließt! Schlayer, a. a. O. S. 227, 238, 240. Demgemäß geht sie aufs volle Interesse, S. 228.

abgelöst wird, vom Processbeginn bis zur Befriedigung fortwährt; dass sie schließlich hier wie dort auch inhaltlich gleich bleibt, soll nun an der Art der Schuldhafte im letzten Entwicklungsstadium erwiesen werden. —

Wir haben schon ausgeführt, dass die Schuldhafte als Execution zur Befriedigung eine leere Haft ohne andern Zwang zur Arbeit, als er schon in der Haft als solcher lag, geworden war.<sup>195)</sup> Wir haben auch schon ausgeführt, dass dadurch die ganze Execution immer mehr ihren ursprünglich unmittelbaren Vollstreckungs-Character mit einem mittelbaren vertauschen musste.<sup>196)</sup> Wir haben gleichfalls bereits gezeigt, wie derart die Befriedigung aus dem Vermögen, als hauptsächlich zu erzwingend, immer mehr hervortrat, so dass die Haft endlich nur als Druck zur *cautio iuratoria* durch ein *iuramentum bonae copiae* oder allenfalls zum Manifestationseid des *eiurare bonam copiam* bei der *cessio bonorum* wurde.<sup>197)</sup> Es bleibt nun zu zeigen, wie im Gefolge und im Zusammenhang mit dieser Entwicklung die Haft am Ende gesetzlich als derartig bloße Pression decretiert wurde. Die Gesetze unterlegten dies mindestens stillschweigend, da sie folgend dem Zug nach steter Milderung der Schuldnerlage, endlich Formen der Haft normierten, welche nichts als jenen Druck zu bieten vermögen.<sup>198)</sup> Es bleibt also kurz diese stetig gemilderte Umgestaltung der Schuldhafte darzuthun.

Das Nächste war, dass man aus der Privathafte eine Staatshafte machte. Und zwar nicht etwa so, dass die eine neben der anderen zur Wahl stand, sondern dass die Privathafte streng verboten, und einzig die Staatshafte gestattet ward; andererseits aber ist das Verbot der Privathafte auch nur soweit anzunehmen, dass nicht etwa jede Haft um Privatschuld verpönt, sondern dass eben nur der Staatskerker statt der Privathafte normiert sein will. So sind die folgenden Normen wol richtig aufgefasst; ihre Vielheit aber erklärt die eingewurzelte Übung der Privathafte in manchen Provinzen, so dass eben unser Verbot wiederholt und verschärft<sup>199)</sup> werden musste;

<sup>195)</sup> S. oben S. 27 f.

<sup>196)</sup> S. oben S. 38 f.

<sup>197)</sup> S. oben S. 44 f.

<sup>198)</sup> Vgl. schon S. 28.

<sup>199)</sup> Dafür das Gesperre der folgenden Stellen; darüber Troplong, a. a. O. S. 120; Mitteis, a. a. O. S. 450 ff.



darum zeigen auch diese Kaisererlässe zum Theil eine provinzielle Färbung:

I. 1 C. 9, 5: Imp. Zeno A. Basilio P. P. Iubemus nemini penitus licere per Alexandrinam splendidissimam civitatem vel Aegyptiacam dioecesin aut quibus libet imperii nostri provinciis vel in agris suis aut ubicumque domi privati carceris exercere custodiam . . . . . Nam illud perspicuum est, eos, qui hoc criminum genus commiserint, pro veterum etiam legum et constitutionum tenore tamquam ipsius maiestatis violatores ultimo subiugandos esse supplicio.

(I. 2 C. h. t. A.) Epitome graecae const. Iustiniani ad Mennam P. P. ex Bas. Ἡ διάταξις κελεύει, μὴ γίνεσθαι ιδιωτικὰ φυλακὰς, τοὺς δὲ τοῦτο πράττοντες ὑποκεῖσθαι καὶ διάγειν ἐν τῇ δημοσίᾳ φρουρᾷ τοσαύτας ἡμέρας, ὅσας δὴ ποτ' ἂν γέγονεν ὁ ἐγκλεισθεὶς ἐν τῇ γενομένῃ παρ' αὐτῶν φυλακῇ, ὅποιας ἂν εἴησαν τύχης ἢ ὀξείας, ἐκπίπτειν δὲ καὶ τῆς δίκης ἀρμόζουσας αὐτοῖς κατὰ τῶν ἐγκλεισθέντων, προνοίᾳ τοῦ ἐπισκόπου καὶ τοῦ ἀρχόντος. Εἰ δὲ ραθυμῆσαι ὁ ἀρχων, ὑφύσταται κίνδυνον καὶ περὶ τὴν οὐσίαν καὶ περὶ τὴν σωτηρίαν.

B. Epitome eiusdem ex Theodoro Hermopol. Ὁ νόμος οὐ βούλεται ιδιωτῆν ἔχειν φυλακὴν ἰδίαν, ἀλλὰ τὸν ἔχοντα κατὰ τινος ἀναγκάζει τοῖς ἀρχουσι προσιέναι κάκεινοι εἰ συνειδῶσι δίκαιον φυλακὴν γενέσθαι ἐπιτρέπουσι τοῦτο. U. s. w. wie oben sub A.

C. Theodos. VIII, 11, 1: Siquis posthac reum privato carcere destinarit, reus maiestatis habeatur. Vgl. auch I. 22 C. 2, 4 und I. 6 § 2 C. 9, 4.

Wir finden also die Strafen unerlaubter Selbsthilfe in analoger Anwendung<sup>200)</sup>, und wir finden auch geradezu die alleinige Statthaftigkeit der Staatshilfe in der fraglichen Richtung ausgesprochen.

Dass aber einzig die Staatshilfe statt der privaten erlaubt erscheint, bekräftigt nicht nur den bloßen Pressionscharacter dieser sicherlich leeren staatlichen Schuldhaft, sondern bekräftigt auch, wie wirklich die Entwicklung im Sinn einer steten Milderung für den Schuldner verlief: Sie hatte von Anfang an, da man keine Controle über die Angemessenheit des angewandten Zwangs zur

<sup>200)</sup> Diese völlige Analogie findet sich auch sonst öfter.

Schuldarbeit üben konnte<sup>201)</sup>, zur Abschaffung alles Arbeitszwangs überhaupt geführt. Und sie führte jetzt aus dem gleichen Grund einer mangelhaften Controle über etwaige Vergewaltigungen am Schuldner zur Abschaffung überhaupt aller Privathaft. Sie führte dahin, weil damit eben jede Vergewaltigung durch den Gläubiger ausgeschlossen erschien — sie konnte dahin führen, weil eben vorlängst der Arbeitszwang als Haftzweck, wie er allerdings kaum anders als in Privathaft realisiert werden konnte, beseitigt worden war.

Allein auch das schien bald zu viel. Auch der Staatskerker, wie er für Verbrecher verwendet ward, schien zu hart für Privatschuldner. Und so sollte dafür bloß custodia militaris eintreten.<sup>202)</sup> Das ist eine Haft bei den apparitores und executores als Vollstreckungsorganen der Obrigkeit:

I. 2 C. 10, 19: Imp. Constantinus A. ad populum. Nemo carcerem plumbatarumque verbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum reperta supplicia in debitorum solutionibus vel a perversis vel ab iratis iudicibus expavescat. Carcer poenalius, carcer hominum noxalius est, et officialium et, cum denotatione eorum iudicum, quorum de officio certiores esse debent, qui contra hanc legem commiserint. Securi iuxta praesidem transeant solutores; vel certe, si quis tam alienus ab humano sensu est, ut hac indulgentia ad contumaciam abutatur, contineatur aperta et libera et in usum hominum instituta custodia militari . . . .

Wenn die Stelle auch, wie besonders der weggelassene Schlusssatz ergibt, in erster Linie „de exactionibus tributorum“ (so die Titelrubrik) zu handeln vorhat, zumal nur bei Steuerschulden jener Übereifer der Richter erklärlich erscheint, und bei Steuerschulden zudem gewisse Pressionen geradezu gesetzlich geboten waren (I. 1 C. Theod. 4, 20; I. 4 eod. 10, 16; I. eod. 9, 35; I. 7 eod. 10, 2<sup>203)</sup>): so ist doch gerade aus den letztcitirten

<sup>201)</sup> S. oben S. 27 f. Dass die Privatgefängnisse zum Arbeitszwang missbraucht werden, erscheint auch bei Justinian geradezu als Aufhebungsgrund erwähnt; vgl. Wallon, Histoire de l'esclavage dans l'antiquité. 2. édit. III, 439; Hardouin, a. a. O. S. 120.

<sup>202)</sup> Vgl. Troplong, a. a. O. S. CXVIII; Schlayer, a. a. O. S. 52.

<sup>203)</sup> Dazu gehört wol auch die Wiedereinführung der Todesstrafe um Schuld, nämlich wol um Fiscalschuld, durch Valentinian I. Vgl. Amianus Marcellinus, c. 27.

Stellen<sup>204)</sup> und ihrer größeren Strenge gegen Fiscalschuldner a maiore ad minus zu schließen: es muss auch bei gewöhnlichen privaten Schulden der Staatskerker einer bloßen custodia militaris gewichen sein.

Vgl. übrigens auch schon l. 1 D. 48, 3 über diese custodia.

**In dieser so weit gemilderten Form aber hat sich die Schuldhaft immer erhalten.**<sup>205)</sup>

Genauer gesprochen müsste es freilich heißen: In dieser so weit gemilderten Form blieb die Schuldhaft immer erlaubt. Die Praxis nämlich, besonders in den östlichen Provinzen, schlug über die Stränge. Sie ließ nicht von Versuchen, dieser blutleeren Haftform ein nutzbares Leben einzubauchen; sie ließ nicht vom tief im Volksgeist wurzelnden Gefühl, dass dieser Popanz einer Personalexecution auch nur einen leeren Schein von Befriedigung biete. Sie beugte sich darum nicht den Kaisernormen trotz ihrer Wiederholung und Verschärfung; sie beugt Gesetze und Recht, die zudem mit der sinkenden Staatsmacht selbst auch immer mehr ohnmächtig wurden; sie beugte den Schuldnerwillen in Knechtschaft und Ketten trotz Gesetzen und Recht.

Sogar der todte Schuldner wurde nicht frei gegeben.<sup>206)</sup> Man weigerte die Leiche den Verwandten zum Begräbnis; man suchte so die Verwandten zur Schuldzahlung hinzudrängen. Und das wieder öffnete ein weiteres Feld der Pressions-Execution. Man wusste wol auch schon bei Lebzeiten Weib und Kind des Schuldners mittelbar mit zur Abarbeitung der Schuld zu zwingen.<sup>207)</sup> Man dingte wol auch die Familie zur Abarbeitung auf Abrech-

<sup>204)</sup> Vgl. Hiero, vita Paphnuti, c. 12: mihi est maritus, qui fiscalis debiti gratia suspensus est et flagellatus. Wallon, a. a. O., III, S. 194 ff.; Hardouin, a. a. O. S. 113.

<sup>205)</sup> Nur gewisse Ausnahmen wurden festgesetzt, für welche keine Verhaftung erlaubt sein sollte. Das ist namentlich — eine echt justinianische Norm — die Haft der Frauen (Nov. 134, c. 9, Cod. I, 48, 1), angeblich ob der natürlichen Ehrenhaftigkeit. Aber eben aus diesem Grund hat man wol mit Recht hinwider eine Ausnahme von der Ausnahme angenommen für Dirnen, für welche besondere Normen gerade wegen des Mangels ihrer Ehrenhaftigkeit bestanden, und auf die darum Bestimmungen aus dem Grund der Ehrenhaftigkeit nicht wol passen mochten.

<sup>206)</sup> Nov. 60, c. 1, § 1; Nov. 105, c. 5, § 1; Ambrosius de Bobia, c. 10.

<sup>207)</sup> Nov. 134, c. 7.

nung.<sup>208)</sup> Man nahm sie auch wol schon von vornherein quasi als Pfand hiefür.<sup>209)</sup> Und man nahm endlich auch wol den Schuldner selbst als solches Personenpfand.<sup>210)</sup>

So fiel ein Stück ums andere von der mühsam errungenen Reform. Die Entwicklung mündete, wo sie ausgelaufen. Ein eigenes Volk will seinen eigenen Weg der Entwicklung durchmachen. Und die sinkende Staatsmacht konnte dem nicht wehren. Das sehen wir hier im Osten. Das gieng auch im Westen so. Dort nun: im Germanen-Italien, soll es weiter verfolgt werden.

<sup>208)</sup> l. 6, C. 8, 16 (17); l. 26, C. 2, 4.

<sup>209)</sup> Ebendasselbst.

<sup>210)</sup> Ambrosius, a. a. O. c. 10; Mitteis, a. a. O. S. 454 ff.

## B. Das Recht im Germanen-Italien.

### I. Germanisches Recht mit römischem Einschlag.

- a) Langobarden-Edicte.
1. Das Pfändungsrecht.
  2. Die Pfändungstitel.
  3. Die Wadiation insbesondere.
  4. Verfestung und Verknechtung.
- b) Weiterentwicklung.
1. Äußere Einwirkung.  
(Capitularen u. Schulproducte.)
  2. Innere Fortbildung.  
(Urkunden aus dem Rechtsleben.)

### II. Römisches Recht mit germanischem Einschlag.

- a) Ostgoten-Edicte.
1. Vollstreckung in das Vermögen.
  2. Vollstreckung wider die Person.
- b) Weiterentwicklung.
1. Äußere Einwirkung. (Satzungen.)
    - α) Westgotische Edicte.
    - β) Römisches Vulgärrecht.
  2. Innere Fortbildung. (Urkunden.)
    - α) Ordentliches Zwangsverfahren.
    - β) Parat exegible Urkunden.

### I. Germanisches Recht mit römischem Einschlag.

#### a) Langobarden-Edicte.

##### 1. Das Pfändungsrecht.

Dem reinen römischen Recht soll zunächst ein rein germanisches gegenübergestellt werden. Ein fast rein germanisches wenigstens. Das sind die langobardischen Königsedicte.<sup>211)</sup> Sie athmen den altererbten Volksgeist, wenn sie auch manchmal vom Hauch der römischen Rechtsformen angeweht sind. Und darum soll mit ihnen die folgende Untersuchung einsetzen, welche das Rechtsleben im Germanen-Italien von seinem Beginn an verfolgt. Darum soll erst nachher das Ostgotenrecht behandelt werden,

<sup>211)</sup> Vgl. Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, I, S. 217; Val de Lièvre, Launegild und Wadia, S. 104 ff.; Brunner, I, S. 369.

obschon es zeitlich vorangeht.<sup>212)</sup> Es versöhnt sich nun aber diese Anordnung auch mit der Zeitfolge.

Die ganze nachrömische Rechtsentwicklung in Italien lässt sich nämlich in zwei Gebietsgruppen gliedern. Die eine Gebietsgruppe legt ein Recht zu Grunde, das ich kurzweg romanisch nennen möchte: Es ist ein römisches Recht mit germanischem Einschlag. Es ist ein Mischrecht römischer und germanischer Rechtsgedanken, in welchem zum mindesten römische Art und Form überwiegt, wenn sie auch vielfach von germanischem Geist beeinflusst, ja gerade in der Zwangsvollstreckung oft durchtränkt erscheint. Da gehört allerdings das Ostgotenrecht an die Spitze. Und das Gebiet, wo es vorzüglich galt, blieb auch weiter ein vorzügliches Entwicklungsfeld dieser Rechtsart: Ravenna mit der Pentapolis, Rom mit dem Ducat, dazu die Stadt und Provinz Neapel.<sup>213)</sup> Dieser Gebietsgruppe nun steht die andere gegenüber, welche wir vorher behandeln wollen.

Das ist eben das langobardische Rechtsgebiet, welches umgekehrt als ein Feld des Rechts von germanischem Ursprung mit römischem Einschlag erscheint.<sup>214)</sup> War dieser Einschlag zunächst bloß verschwindend, so wuchs er späterhin, als überhaupt in weiterem Umfang äußere Einflüsse wirksam wurden.<sup>215)</sup> Diese Einflüsse, die nebst dem römischen Recht zum guten Theil auch dem Frankenrecht entsprangen, waren nicht immer wirkungsvoll. Selbst Gesetze: das fränkische Reichsrecht, galten bloß, soweit sie im täglichen Rechtsleben Fuß fassten<sup>216)</sup>; noch schwerer natürlich errang sich die Schulweisheit Geltung, die sich über fränkisches sowol, als römisches Recht verbreitete. Das frisch pulsierende Rechtsleben selbst ist also das Richtmaß, welches insbesondere

<sup>212)</sup> Vgl. unten S. 131 f.

<sup>213)</sup> Vgl. Stefano Borgia, Memorie storiche della pontificia città di Benevento dal Secolo VIII al Secolo XVIII, Rom 1763, I, 121, 122. Für Sicilien, das auch hierher gehörte, konnten wir keine Urkunden aus der fraglichen Zeit finden. Vgl. auch Brandileone im Arch. giur. XXXVI, S. 24—28, 30. Zachariä von Lingenthal in den Rendiconti del R. Istituto Lombardo, Serie II, Vol. XVIII, fasc. 18.

<sup>214)</sup> Vgl. Schröder, S. 236, mit den zugehörigen Noten.

<sup>215)</sup> Vgl. Bethmann-Hollweg, V, S. 327, 275 ff. Auch Lupi, Codex diplomaticus civitatis et ecclesiae Bergomatis, 1784, I, Dissertatio IV.

<sup>216)</sup> Vgl. Boretius, Die Capitularen im Langobardenreich, S. 18 ff. und M. G. Leg. IV. praefatio pag. XLVI sqq.



über die dauernde Wirkung der äußern Einflüsse entscheiden lässt. Deshalb wollen wir die Weiterentwicklung nach den Königsedicten in folgende Theile gliedern.

Der erste Theil soll die äußern Einflüsse als solche wiedergeben. Der zweite erst soll sie in ihrem Ergebnis zeigen: im wirklichen Rechtsleben eben, wie es sich fürder entfaltet. Dieses Rechtsleben aber entnehmen wir den zahlreichen Urkunden, welche über jene Folgezeit gesammelt sind.<sup>217)</sup> Und weil nun die Urkunden fast nur der Folgezeit angehören, so sollen alle bezüglichen Urkunden erst im Schlussabschnitt herangezogen werden. Sie sollen nicht hier und dort etwa schon den Königsedicten als lebendige Belege angefügt werden, weil sie meist eben einer Zeit angehören, wo die Königsedicten nicht mehr rein galten, wo schon äußere Einflüsse eingewirkt hatten, und wo es also zum mindesten zweifelhaft bliebe, ob auch wirklich die angezogene Urkunde einen Beleg bildet, ob sie nicht erst dem später beeinflussten Recht ihr Dasein verdankt. — Danach ergibt sich unsere Disposition.

Wir werden am Schluss erst alle Urkunden auf den Rechtszustand prüfen, der in ihnen verkörpert ist. Wir werden vorher gleichfalls für sich die äußern Einflüsse behandeln, die zu diesem Rechtszustand vom reinen Königsedict aus geführt haben. Und an der Spitze werden wir eben nur das reine Königsedict geschlossen darstellen. Mit den Edicten der langobardischen Könige also wollen wir nun anfangen. —

Ein ungünstiger Umstand, welcher freilich andererseits alle Achtung verdient, erschwert die Erkenntnis der fraglichen Rechtsrichtungen. Wir finden wenig doctrinäre Entwicklungen, wie sie etwa breit und schaal das geschwätzig schwulstige Westgoten-Volksrecht darbietet.<sup>218)</sup> Wir finden zunächst nur kurze Entscheidungen von Rechtsfragen, die nicht immer einfach gestellt sind. Sie freilich finden wir in reicher Fülle aus allen Theilen des Rechtsgebiets und auch wol in ein gewisses System gebracht. Die zu Grunde liegenden Rechtsgebilde aber müssen wir daraus erst herauschälen. Diese Schwierigkeit zeigt sich gleich bei der ersten Frage, die es hier zu lösen gilt.

<sup>217)</sup> Vgl. die Zusammenstellung, S. 117, N. 323.

<sup>218)</sup> Vgl. unten S. 148, N. 371; Schröder, S. 235; Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, S. 92.

Das ist die Frage: War der Vollstreckungszwang bei den Langobarden ein directer oder ein indirecter; war die Zwangsvollstreckung eine Personal- oder eine Realexecution? Das heißt<sup>219)</sup>: Suchte man bloß durch Druck auf den Willen des Geklagten das Recht des Klägers durchzusetzen oder griff man ungeachtet des Willens in den Rechtskreis der Person ein, um die dem Recht des Klägers entsprechende Verschiebung vorzunehmen?<sup>220)</sup> Auf diese Fragen scheint uns Rothari in einer Norm erschöpfend zu antworten.

Die Stelle, von welcher wir ausgehen wollen, lautet:

Roth. 245. De pignorationibus. Si quis debitorem habens, appellet eum semel bis usque tertio; et si debitum non redderit, aut non composuerit, tunc debeat eum pignerare in his rebus, quibus pignerare licitum est.

Die Antwort überrascht: Dass einfach der Gläubiger seinen Schuldner eigenmächtig pfänden durfte.<sup>221)</sup> Also scheinbar eine nackte Realexecution. Und dass sie eigenmächtig geschieht, macht sie nur noch verwunderlicher. Denn die eigenmächtige Rechtsdurchsetzung entspricht der frühesten Rechtsentwicklung. Die Realexecution aber haben wir als Ergebnis eines Fortschritts erkannt, der vom Willenszwang wider die Person seinen Ausgang nimmt; und von diesem Ausgangspunkt bis zu jenem Endziel ist ein weiter Weg.<sup>222)</sup>

In der That soll uns nun eine nähere Prüfung zeigen, dass zunächst die fragliche Pfändung keine Pfändung in unserm Sinn war. Denn sie diente nicht einfach zur Befriedigung aus dem Pfänderwert, sondern nur zur Pression durch die Vorenthaltung und den endlichen Verfall der Pfandsachen. Sie war sonach wirklich keine Real-, sondern Personalexecution.<sup>223)</sup> Weiter aber war hinwider die Eigenmacht im Sinn jener Zeit keine Eigenmacht. Denn sie durfte nur auf Grund einer frühern Einwilligung des Schuldners erfolgen. An dieser hielt man dann fest. Und so konnte auch eine gewaltsame Überwindung schuldne-

<sup>219)</sup> Vgl. Bd. I, S. 5 f.

<sup>220)</sup> Vgl. Brunner, I, S. 369. Namentlich Bethmann-Hollweg, IV, S. 324.

<sup>221)</sup> Darüber Val de Lièvre, S. 197; daselbst weitere Literatur.

<sup>222)</sup> Darüber Bd. I, S. 4 und passim.

<sup>223)</sup> Darüber Bd. I, S. 3.

rischen Widerstands als getragen vom einmal erklärten Willen des Schuldners erscheinen. Es weist also auch diese Eigenmacht, indem sie den Willen des Schuldners voraussetzt und zu Grunde legt, auf die Personal- als Willensexecution hin.<sup>224)</sup>

Beides gilt es nun näher darzuthun und damit zugleich auf die Einzelheiten des Verfahrens einzugehen.

Die bloße Pressionsfunction der Pfandnahme vorerst erhellt aus mehreren Edictsstellen, aus Edictsstellen, die zudem eine stete Steigerung des Drucks auf den Schuldner ergeben.<sup>225)</sup> Der erste Grad des Drucks ist einfach die Entziehung der Pfandsachen. Er wird als Pfandzweck mit folgenden Worten hingestellt:

Roth. 251: — ponat eos (sc. pignera) post creditorem, dum usque iustitia faciat (sc. debitor) — et iustitia facta pignus restitatur.

Ergänzend tritt hiezu eine zweite Stelle. Sie lässt als Pfandzweck nur den Druck auf den Schuldner durch Vorenthalt der Pfänder erscheinen, indem sie die Schuldzahlung nur als Pfandlösung fordert. Der Gläubiger muss die Pfänder zurückgeben, wenn der Schuldner die Schuld zahlt — dieser Satz lautet hier umgekehrt: der Schuldner braucht nicht die Schuld zu zahlen, wenn er nicht die Pfänder zurückerhält. Mit anderen Worten: der Gläubiger trägt die Gefahr der Pfandsachen.<sup>226)</sup> Die Gefahr ist Verlust an der Schuld, soweit ein etwaiger Schaden am Pfand reicht. Es geht z. B. ein verpfändeter Sklave durch. Da erhält der Gläubiger nicht die Schuld bezahlt:

Roth. 252 — ipsum pignus quod tulerit (sc. creditor) per suam custodiam salvum faciat<sup>227)</sup> —.

Als bald aber tritt zu diesem schlechten Tropfen für den Gläubiger auch der gute: er erhält den Pfandgenuss. Er erhält

<sup>224)</sup> Darüber Bd. I, S. 18, 30, 73, 101, 102 und passim.

<sup>225)</sup> Über einen ähnlichen Weg der Steigerung, welchen die Pressionsexecution nimmt, s. oben S. 13 ff.

<sup>226)</sup> Dieser bedeutungsvolle Zusammenhang, welcher für die ganze künftige Entwicklung, besonders auch für das Recht in Deutschland gilt, ist wol zu wenig gewürdigt. Vgl. Meibom, S. 280 ff.

<sup>227)</sup> Gerade das angeführte Beispiel enthält die Fortsetzung dieser Stelle, die wir wegen ihrer Wichtigkeit in anderer Hinsicht erst bei deren Behandlung anführen (s. die folgende Seite). Und es findet sich angedeutet auch noch anderwärts (s. die folgende Stelle).

damit eine gewisse Genugthuung für den Schuldentgang; und für den Schuldner steigert sich eben damit auch wieder der Druck zur Zahlung:

Liutpr. 108: Si quis fideiussorem aut devitorem suum pigneraverit et ipsum pignus recolligere neglexerit, et eum per duodecim dies dimiserit; tunc ille qui pignus ipsum apud se habit, si servus aut ancilla est, custodiat eum ut ei fuga non faciat, et faciat sic eum operas facere, sicut suum proprium servum aut ancillam.

„Custodiat eum“ — die Gefahrtragung währt also fort. Bald aber hört sie auf. Und damit wächst auch wieder die Empfindlichkeit des Zahlungsdrucks für den Schuldner, und es mindert sich zugleich die Empfindlichkeit des Schuldentgangs für den Gläubiger — also wieder eine Maßnahme, die nach beiden Seiten wirkt:

Roth. 252, die angezogene Stelle, sagt weiter: ipsum pignus, quod tulerit, per suam custodiam salvum faciat usque ad praefinitum tempus, sicut supter adnexum est: id est intra eas personas qui intra centum milia inter se habebant, dies viginti. Et infra dies viginti quis ille pignus suum iustitiam faciens et debitum reddens non liberaverit, et post transactus viginti dies contigerit ex ipsum pignus, mancipium aut quolibet piculium, aut homicidium aut damnum facere, aut alibi transmigrare, tunc debitori in suum damnum repotet, qui pignera sua liberare neglexit. — Et si super centum milia inter se creditor et debitor habitaverint, tunc usque ad sexaginta dierum spatia poena suprascripta custodiat. —

Auf Grund der überwältigten Pfandgefahr mag das Pfand nun an Wert verlieren, so ändert das nichts an der vollen Erfüllungspflicht. Allein gerade diese Art, den Druck auf den Schuldner zu steigern, mag in einer anderen Hinsicht seine Neigung zur Erfüllung vielmehr mindern. Namentlich im Fall, wo der Schaden binnen der ersten Zeit geschah. Ein Schuldner, welcher unschlüssig war, früher auch nur den Theil der Schuld zu leisten, welchen die Sache nach Abzug des Schadens noch wert schien, wird sich nach den zwanzig Tagen kaum entschließen, mit Rücksicht auf die überwältigte Gefahrtragung nunmehr das Ganze zu zahlen.

Hier zu helfen, dient die folgende Norm: sie gestattet dem Gläubiger nach der verstrichenen Frist eine abermalige Pfändung:

Liutpr. 108. — Et insuper habeat licentiam repignerare usque in secundum vicem, ut sint ipsa pignera in dublo, quantum debitum ipse est.<sup>228)</sup>

Nützt auch das nichts, so droht am Ende als äußerstes Mittel der Pfandverfall, dessen Drohung gerade wieder als Pression wirkt. Es wird darum besonders betont, dass der einmal verwirkte Pfandverfall nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Es erhellt daraus in der That als Tendenz der Norm nicht so sehr der Erwerb für den Gläubiger, als vielmehr der Verlust für den Schuldner:

Et si per triginta dies pignera ipsa debitor aut fideiussor recolligere neglexerit, si in Neustria aut in Austria fuerent, amittat ipsa pignera et non habeant facundiam requirendum. Si vero in Tusciae partibus fuerit, habeat spatium in dies sexaginta; nam si super sexaginta dies fuerit, similiter amittat pignera ipsa.

Die Genugthuung also, welche immerhin der Pfandverfall dem Gläubiger gewährt, ist nicht im Sinn einer Befriedigung gemeint, wie sie wirkliche Pfänder zu bieten bestimmt sind. Der Pfandverfall stellt vielmehr nur eine äußerste Anspannung des Drucks zur Erfüllung dar. Bedürfte es noch des Belegs hiefür, so liegt er im Schluss der Norm, welcher sagt: der Pfandverfall konsumiert nicht den Anspruch; dieser kann erst recht noch gerichtlich geltend gemacht werden:

Insuper potestatem habeat, qui pigneravit, causam suam per legem agere et procurare. —

Ist aber demgemäß die bloße Pressionstendenz der Pfandnahme dargethan, ist mit andern Worten dargethan, dass die Pfandexecution keine Real-, sondern eine Personal-, eine Willens-execution ist, so liegt darin auch schon ein Argument für die zweite Behauptung, die wir oben aufgestellt haben und nunmehr erweisen wollen. Das ist die Behauptung: es sei die Eigenmacht des Gläubigers nicht in dem Sinn und soweit Eigenmacht, dass sie vom

<sup>228)</sup> Wie diese Pfändung aufs Doppelte zu verstehen sei: ob so, dass nun mit Inbegriff der ersten Pfändung Sachen bis zu doppelter Schuldhöhe in den Besitz des Gläubigers gelangen, oder so, dass die zweite Pfändung an sich schon den doppelten Schuldbetrag an Wert erreicht, scheint zweifelhaft. Für das erste erklärt sich Wach, a. a. O. S. 21; für das zweite aber spricht sich die Expositio aus: § 7. „Ut sint ipsa pignera in triplo“. Vgl. S. 128, N. 334.

Willen des Schuldners einfach absähe. Denn wenn man einerseits eine unmittelbare Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners ohne dessen Willen meidet, vielmehr bloß auf den Willen der Schuldnerperson wirkt, um sie zur persönlichen Leistung der geschuldeten Sachen zu veranlassen, so scheint es zum mindesten folgerichtig, dass man nicht andererseits ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Schuldners in seinen Rechtskreis eingreift, um eben doch Pfandsachen wegzunehmen. Es müsste denn der Gläubiger an der höchst persönlichen Leistung des Schuldners ein besonderes Interesse haben. In der Regel jedoch besteht kein solches Individualinteresse. Also kann der Umweg der Pfändung nicht in einer Wahrung der Interessen des Gläubigers, sondern nur in der Rücksicht auf den Schuldner, eben auf dessen Willen begründet sein: den freien Willen der freien Person, den man hoch und heilig hält. Und es mag also, da statt unmittelbarer Sachzwangsvollstreckung aus Rücksicht auf den Schuldnerwillen zunächst eine bloße Pfandnahme einsetzt, zu eben dieser Pfandnahme schon eine irgendwie gegebene Einwilligung des Schuldners gesucht werden.<sup>229)</sup> Worin nun ist sie zu finden? Das ist die Frage, die uns mitten ins Executionsproblem führt.

<sup>229)</sup> In manchen Fällen freilich kann eine solche Einwilligung auch wohl fehlen, und es wird doch gepfändet. Vgl. Wach, a. a. O. S. 32. Die Fälle selbst unten S. 129. Allein die Fälle sind derartig, dass man sie nicht einmal als Ausnahmen hinstellen kann. Sie bestätigen vielmehr a contrario die Regel. Es sind nämlich einmal Fälle, wo die Pfändung als statthaft gegenüber Fremden erscheint, und wo erst durch Staatsverträge die Pfandnahme ausgeschlossen werden soll. Der Grund der hier statthaften Pfändung liegt aber in der Eigenschaft des Gepfändeten als eines Fremden. Bei Fremden wird die Rechtspersönlichkeit nicht so geachtet: sie haben grundsätzlich in der Fremde keine Rechtspersönlichkeit. Und gerade der Staatsvertrag nun, der die Pfändung ausschließt, gewährt insofern dem Fremden eben eine Rechtspersönlichkeit. Andere Fälle sind jene, wo ein Pfändungsrecht des Herrn gegen seine Hörigen erwähnt wird. Da beruht eben auch auf dem Mangel der vollen Rechtspersönlichkeit, und zwar insbesondere auf der Abhängigkeit von dem Herrn die Pflicht, seine Pfändung zu dulden. Auch das bestätigt also eher a contrario unsere Annahme, als dass es sie widerlegt. Endlich der Fall einer statthaften Pfändung gegen den rechtsweigernden Richter. Hier muss der Richter als Delegat des Staatsoberhauptes die Pfändung dulden, weil das Staatsoberhaupt die Übung der Justiz verspricht und eben im Nichtübungsfall die Pfändung einräumt. Vgl. auch Meibom, S. 207.

## 2. Die Pfändungstitel.

Da finden wir zunächst eine schlicht contractliche Einräumung des Rechts zur Pfandnahme. Die Edictsstelle, welche darauf Bezug hat, lautet:

Liutpr. 67. Si quis alii cautionem fecerit et non ei obligaverit de rebus suis, nisi dixerit in ipsa cautionem: „in quibuscumque rebus ipsius invenire potuerit“; et postea vindederit alii homini de rebus suis, habeat ipse qui eas emerit. Nam si obligatae fuerit nominativae, non eas possit vindere, dum ipsam cautionem non sanaverit.

Daraus erhellt zunächst, dass überhaupt Pfandverträge vorkamen. Und das wieder liefert uns einen weitem Beweisgrund gegen die Annahme, es habe der Gläubiger seinen Schuldner ohne anderes pfänden dürfen.<sup>230)</sup> Die Verpfändung einzelner Sachen bliebe daneben noch erklärlich: sie würde eben, wie die Stelle zeigt, den Zweck haben, vor der Entziehung des deckenden Vermögens durch Verkauf zu sichern. Eine Generalhypothek aber wäre ganz unbegreiflich. Sie wird einzig begreiflich durch die Einwilligung des Schuldners als Erfordernis der Pfändung. Ja, dass damit eine schlechthin statthafte Pfandnahme unvereinbar bleibt, erhellt um so eher, als selbst der contractlichen Pfandnahme überdies Schranken gezogen sind.

Diese Schranken zeigt eine Stelle, welche allerdings zunächst nur von Kaufverträgen, und zwar von beurkundeten Kaufverträgen handelt, deren ratio aber darüber hinaus für alle beurkundeten Verbindlichkeiten zutrifft und gelten muss.<sup>231)</sup> Es heißt da nämlich, der Käufer dürfe, auf Zahlung des Preises beklagt, nicht durch Selbsteid loskommen, er müsse sich durch den Eid des Notars und der Urkundenzeugen überweisen lassen. Darin ruht allerdings der Tenor der Norm: der Missbrauch des Selbsteids soll möglichst beseitigt werden.<sup>232)</sup> Aber mittelbar liegt darin

<sup>230)</sup> Gegen Val de Lièvre, S. 196, 200, 205 ff. Vgl. auch Wach, S. 32.

<sup>231)</sup> Allgemein gefasst erscheint sie im Liber Papiensis Wido 6. De cartis etiam vel quibuscumque scriptionibus quae a quibusdam personis falsa appellantur, statuimus si notarius vixerit et testes, ut idem notarius cum legitimis sacramentalibus 12 simul et cum ipsis testibus qui in eadem carta scripti sunt ipsam cartam veram et idoneam facit.

Die Urkunde ist so wahr und geeignet zu machen — das heißt wol eben durch ihre Bewährung zur Execution geeignet. Vgl. Meibom, S. 193.

<sup>232)</sup> Vgl. auch Val de Lièvre, S. 198 f. Bethmann-Hollweg, IV, S. 381.

schon ausgedrückt, dass sogar bei beurkundeten Verbindlichkeiten erst eine gerichtliche Geltendmachung erfolgt, und dass also eine Zwangsvollstreckung durch Pfandnahme erst auf Grund eines Siegs im Rechtsstreit platzgreifen mag, wobei allerdings dem Kläger ein Vorrecht für den Beweis ertheilt wird. Die Stelle lautet:

Ratchis 8: Idem decernimus, ut si quis cartola venditionis alicui de aliqua re fecerit et ad scrivane publico scripta vel ad testibus idoneis rovorata fuerit — si pulsatus fuerit postea emptor, quod pretium ipsum non complessit, sacramentum exinde non procedat, nisi forte ipse ei per wadia oblicaverit, ipse prendat fideiussorem suum.

Der Schluss hat eine besondere Obligation im Auge. Zu seinem Verständnis bedarf es ihrer Ergründung. Wir werden alsbald darauf und damit auf den zweiten Fall einer statthaften Pfändung zu sprechen kommen: eben kraft obligatio per wadia et fideiussores. Wir werden finden, dass sie die Hauptform der Einwilligung des Schuldners in die Pfandnahme darstellt, und dass sie zu diesem Zweck nicht nur außergerichtlich erfolgt, sondern auch gerichtlich abgelegt wird, ja dass geradezu das Urtheil nicht einfach auf Erfüllung lautet, sondern auf Gelobung der Erfüllung unter Preisgabe an die Pfändung im Fall der Nichterfüllung: eben durch obligatio per wadia et fideiussores. Wir werden also finden, dass selbst auf Grund eines im Gericht ersiegten Urtheils die Pfandnahme nicht ohne Willen des Schuldners stattfindet, dass sogar die ordentliche Zwangsvollstreckung eine Einwilligung in die Pfändung voraussetzt, und sonach gewiss nicht allso gleich irgendwer, der sich Gläubiger dünkt, zur gewaltsamen Pfändung seines vermeintlichen Schuldners schreiten darf.

Gerade dafür aber bieten uns schon die Stellen, welche wir zum Beleg des Pfändungsrechts und seiner Gestaltung auf Grund eines Pfandvertrags anführten, einen gewissen Fingerzeig. Welchen Zweck soll nämlich ein geschlossener Pfändungsvertrag haben, da er doch das Gerichtsverfahren nicht entbehrlich macht? Er machteben im Gerichtsverfahren die obligatio per wadia et fideiussores für die Pfandnahme entbehrlich, also die Einwilligung, welche sonst erst erfolgen müsste. Denn weitläufig ist das Verfahren auf keinen Fall. Es käme so ziemlich

aufs Gleiche hinaus, ob nun der Abschluss des Schuldvertrags oder der des Pfändungsvertrags zum Beweis verstellt wird. Ja für den Abschluss des Schuldvertrags wäre sogar die Erledigung leichter. Es dürfte einfach ein Eid geschworen werden, dem gegenüber der geforderte Zeugenbeweis für den Pfändungsvertrag wie eine Weitäufigkeit anmüthet. Der Pfändungsvertrag also hat damals nicht den Zweck des spätern Executivvertrags: einen abgekürzten Executivprocess.<sup>233)</sup> Der Process wird nicht kürzer, eher länger; und eben darum konnten wir aus einer Vergleichung der Verfahren mit und ohne Pfändungsvertrag den Schluss ziehn, es erheische wol auch das Verfahren ohne Pfändungsvertrag eine nun eben vor Gericht erfolgende Einwilligung in die Pfandnahme, da sonst, wenn auch ohnedies einfach auf Grund des erwiesenen Rechts eine Pfandnahme statthaft wäre, nicht recht der Zweck eines eigens vorher geschlossenen Pfändungsvertrags begreiflich würde.

Einen Fall eines außergerichtlichen Pfändungsvertrags gibt es allerdings, welcher vollends jedes Gerichtsverfahren entbehrlich macht. Das ist die außergerichtlich vor Zeugen geschlossene obligatio per wadia et fideiussores. Sie als Mittelglied zwischen dem schlichten Pfändungsvertrag und der gerichtlichen Wadiation ist nun zunächst zu erörtern.

Ihre Beziehung zum Pfändungsrecht enthält die folgende Stelle:

Liutpr. 15. Quicumque homo sub regni nostri dicione cuicumque amodo wadia dederit et fideiussore posuerit presentia duorum vel trium testium, quorum fides amittitur, in omnibus complere debeat. Et si distolerit et pigneratus fuerit in his rebus, in quibus legitimum est pignerandi, nulla calomnia qui pigneravit petiatur. Nam qui sine hac manifestationem pignerare praesumpserit, iovemus ut dublum pignus restituat.

Gerade diese Stelle von Liutprand tritt zur eingangs gleich herangezogenen Stelle von Rothari, wonach eine Pfändung ohne anderes statthaft scheint, in den schroffsten Gegensatz.<sup>234)</sup> Denn

<sup>233)</sup> Über diese Eigenheit noch ausführlicher unten, wo ex professo vom Executionsvertrag gehandelt wird.

<sup>234)</sup> Darum müht sich auch die Literatur mit der Stelle. Citirt bei Val de Lièvre S. 197. Die richtige Lösung wird im Folgenden versucht, und zwar mit ihrer Begründung zugleich die Widerlegung der abweichenden Interpretationen. Geistvoll, aber gewagt, Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, II, S. 236.

Liutprand lässt in der That eben allsogleich eine Pfändung zu. Allein diese Pfändung ist in gar enge Grenzen gewiesen: Sie darf nur auf Grund einer obligatio per wadia et fideiussores stattfinden, und dem Abschluss dieser feierlichen Verpflichtung müssen Zeugen anwohnen. Andererseits nennt die Stelle gewisse Schranken nicht, welche Rothari für die Pfandnahme vorschreibt. Das ist die dreifache Mahnung vor der Pfändung. Man hat darum eben darin den Unterschied zwischen der Stelle von Liutprand und der von Rothari finden wollen: Die Wadiation erspare die dreifache Mahnung, welche sonst das Pfändungsrecht bedinge.<sup>235)</sup> Gegen diese Unterscheidung jedoch spricht Rothari selbst, da er die Sanction auf eine Pfändung ohne dreifache Mahnung normiert:

Roth. 256. Si quis alium pro quolibet debitum ante causam pignerare praesumpserit, antequam tertium eum pulsaverit, pignus quod ante contestationem tulerit, sibi nonum reformat in potestatem debiti.

Man hat darum überhaupt an der Vereinbarkeit beider Stellen von Liutprand und Rothari gezweifelt und angenommen, dass eben beide zwei verschiedene Normen für denselben Fall sind: es sei mit der Zeit eine Änderung des Rechts eingetreten.<sup>236)</sup> Allein eine solche Rechtsänderung, dass man statt des formlosen einen formellen Pfandvertrag verlangt, widerspräche allen Erfahrungen über die Rechtsgeschichte, deren Zug vielmehr vom Formerfordernis zur Formlosigkeit hinführt. Die Lösung wird daher wol dogmatisch zu suchen sein.<sup>237)</sup> Und man findet sie<sup>238)</sup>, wenn man nur bedenkt, dass die Königs-Edicte keine geschlossene Codification sind, sondern bloß Antworten auf einzelne Fragen bieten.

Da zeigt sich, dass nur Liutprand die materiellen Bedingungen für die Zulässigkeit der Pfändung festsetzt, Rothari nur die formellen Schranken für die Durchführung einer materiell als statthaft vorausgesetzten Pfandnahme. Von einer principiellen

<sup>235)</sup> So Siegel, a. a. O. S. 38; Meibom, S. 190 ff.

<sup>236)</sup> So Wach, a. a. O. S. 2 f. Auch Bethmann-Hollweg, V, S. 367, 384.

<sup>237)</sup> Wenn Val, S. 200, meint, das Hauptgewicht liege vielmehr auf der Beweisfrage, dass nämlich statt des Selbsteides Zeugen beweisen sollen, so ist der Umstand selbst wol wahr (vgl. oben S. 70); allein einmal, dass er hier im Vordergrund steht, ist nicht erwiesen, und weiter würde auch dann nicht die Klärung des scheinbaren Widerspruchs unserer Stelle mit der im Eingang erspart bleiben.

<sup>238)</sup> Zu Grunde gelegt auch bei Osenbrüggen, Das Strafrecht der Longobarden, S. 143; Meibom, S. 191.



Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit der Pfandnahme ist bei ihm keine Rede. Es handelt sich ihm eben gar nicht um sie, sondern um ihre Einschränkung: einmal durch das Gebot der voraufgehenden dreifachen Mahnung, und weiter durch das Verbot der Pfändung gewisser schwer entbehrlicher Gegenstände. Für diese Tendenz der Norm spricht entschieden die nähere Ausführung in den darauf folgenden Stellen:

Roth. 246. — 247. — 248. —

Liutprand dagegen bespricht in der That ex professo die Grundbedingungen einer schlechtweg statthaften Pfandnahme. Er sagt nämlich: Wer die genannte Obligation vor Zeugen geschlossen hat, muss nun in allen Stücken erfüllen; wer nicht erfüllt, darf unbedenklich gepfändet werden. Es ist sonach das Pfändungsrecht als Folge der Nichterfüllung hingestellt; die Erfüllungspflicht aber ist aus der feierlichen Verpflichtung abgeleitet: es ist daher das Pfändungsrecht eben auf die feierliche Verpflichtung gegründet.<sup>239)</sup>

Die Zeugen sind gefordert, um für alle Fälle gewisse Garantien zu schaffen. Zunächst kann und wird sich der Pfändende selbst bei ihnen dessen versichern, was er als Grundlage der Verpflichtung annimmt, wenn es der zu Pfändende leugnen wollte. Das ist der nächste Wert der Zeugen. Und gerade in diesem Zusammenhang begreift man die Nützlichkeit der dreifachen Mahnung pro quolibet debito, also auch bei der Wadiation, da die Mahnung unter Zuziehung der Zeugen stattfindet.<sup>240)</sup> Darum heißt sie contestatio (Roth. 246). Unter solchen Umständen darf es wirklich heißen:

Nulla calumnia qui pigneraverit patiatur.

Aus eben diesen Worten erhellt aber auch schon, dass es hinterher allenfalls zur Anfechtung der Pfandnahme kommen kann.<sup>241)</sup> Da haben die Zeugen für den Gepfändeten jenen Wert, den sie bei einem schlicht geschlossenen, wenn auch urkundlich aufgesetzten Pfändungsvertrag für den Pfändenden haben: es kann sich der Angeschuldigte nicht mit seinen Selbsteid losschwören. Die Ratio aber, warum der schlichte Pfändungsvertrag

<sup>239)</sup> Vgl. oben S. 71.

<sup>240)</sup> Vgl. Siegel, a. a. O. S. 245.

<sup>241)</sup> Beispiel für solche Anfechtung die Formel im Liber Papiensis zu Liutpr. 107. Citiert unten S. 109, N. 315.

noch vor der Pfändung ins Gericht kommen muss, die solenne Wadiation erst nach der Pfändung dahin kommen kann, liegt darin, dass bei formloser Beredung eher ein Zweifel entstehen kann, ob und wie verpfändet sei, als bei der Formalobligation, in welcher man für alle Fälle den concreten Willen abstract ausgedrückt findet: die Form bedeutet das; wer sie also gebraucht, der will das.<sup>242)</sup>

Gesetzt nun, es wären keine Zeugen beigezogen, so hätte die Wadiation doch immerhin noch einen Wert. Sie hat dann denselben Wert, wie ein schlichter Pfändungsvertrag ohne Zeugen. Beide machen die Pfandnahme alsbald erlaubt, wenn nur erst ihr Beweis gerichtlich erbracht ist. Und dadurch unterscheiden sich beide vom einfachen schlichten Schuldversprechen und seiner gerichtlichen Geltendmachung.<sup>243)</sup> Hier muss erst im Gericht eine Wadiation erfolgen, damit auf Grund derselben die Pfandnahme stattfinden darf.

Wir kommen damit auf die zweite Anwendungsart der Wadiation zu sprechen: die Wadiation vor Gericht. Und wir kommen damit auf einen letzten Beweis, dass nicht schon ein schlichtes Schuldversprechen pfändbar ist, sondern nebst einem allenfalls geschlossenen Pfändungsvertrag, der als solcher immer Giltigkeit hat, gesetzlich bloß die Wadiation mit dem Attribut der Pfändbarkeit ausgestattet erscheint. —

Das Urtheil im langobardischen Process geht, wie nach Frankenrecht, auf den Unschuldeid oder auf die Schuldleistung. Und zwar hier wie dort nicht einfach auf die Erbringung des Eides oder der Leistung, sondern auf die Gelobung der Erbringung. Diese Gelobung geschieht nun aber in der Form eben unseres Wadiationsvertrags. Ob nun freilich das Urtheil von Haus aus zweizünftig ist, wie nach Frankenrecht, das heißt, ob es immer die Alternative eröffnet, entweder den Eidschwur oder die Erfüllung zu geloben<sup>244)</sup>, oder ob es nicht je nach dem Fall bloß den Eidschwur oder bloß die Erfüllung geloben heißt, lässt sich schwer entscheiden. Eine Norm nämlich, welche den Hauptgrundsatz schlechterdings aufstellte, bietet das Edict nicht. Daraus aber folgt

<sup>242)</sup> Darüber noch unten S. 89.

<sup>243)</sup> Darüber Heusler, a. a. O. II, S. 239.

<sup>244)</sup> Darüber Bd. I, S. 17 u. Noten.

nichts. Denn wo eine Codification des gesammten Rechts nicht bezielt ist, wo vielmehr nur einzelne wichtige Fragen entschieden werden, da mag gerade ein oberstes Princip als selbstredend unterstellt und nicht erst aufgestellt werden. Soviel freilich zeigen manche Edictsstellen, dass immerhin auch bloß die Schuldleistung oder der Eidschwur gelobt werden.

Gerade das letztere Gelöbniß aber gewährt uns durch die Art, wie es vorkommt, einen wichtigen Einblick in den fraglichen Rechtszustand. Die Hauptstelle lautet nämlich:

Roth. 360. De wadia et fideiussore. Si quis alii wadia et fideiussorem de sacramento dederit, per omnia quod per wadia obligavit, adimpleat.

Der Schluss fällt auf: per omnia adimpleat, quod per wadia obligavit. Die bloße Beweispflicht scheint das kaum zu erschöpfen. Ihr ist bald genügt: man schwört einfach. Freilich sind auch Zeugen zum Schwur nöthig. Allein dass sie kommen, dafür sind sie selbst verantwortlich.<sup>245)</sup> Sonach scheint ein Plus über die Beweispflicht gemeint. Und nun finden wir, dass fast dieselben Worte in der Stelle von Liutprand wiederkehren, welche die Haftungsfolgen einer Wadiation enthält, und zwar einer Wadiation nicht im Sinn des Beweisgelöbnisses, sondern im Sinn gerade des Leistungsversprechens:

Liutpr. 15: in omnibus complere debeat.

Und wir finden ferner in der Expositio zu unserer Stelle die Bemerkung:

Expos. § 2: Quod in hac lege: „omne quod per wadium obligavit, adimpleat“, dicebant antiqui iudices, generale esse preceptum. Quod non laudatur; sed dicitur, solummodo esse dictum de wadia de sacramento data.

Auf diese Ansicht der valentes und die Änderung des Rechtszustands, worin sie begründet ist, werden wir noch zu sprechen kommen, wenn wir überhaupt den geänderten Rechtszustand ins Auge fassen.<sup>246)</sup> Hier interessiert uns gerade die als überwunden hingestellte Ansicht der antiqui. Wir glauben nun kaum fehlzugehen, wenn wir schon in der Wadiation für den Beweis

<sup>245)</sup> Das ergibt die Fortsetzung der citierten Stelle. Sie verfallen in Bußen, wenn sie der Pflicht nicht genügen.

<sup>246)</sup> S. unten S. 110.

die Verpflichtung auch zur Schuldleistung erblicken, falls der Beweis etwa nicht erbracht würde. Gerade das scheint der Zweck einer Wadiation für den Beweis, das heißt einer feierlichen Verpflichtung, welche auch schon im Fall der Nichterfüllung ein Pfändungsrecht einräumt! Beachten wir dazu noch die allgemeine Rubrik der Norm: de wadia et fideiussorem, trotzdem doch bloß vom Beweisgelöbniß gesprochen wird, so gewinnt es vollends den Anschein, als ob in der Regel ganz allgemein das Urtheil bloß auf die Wadiation für den Eid gieng (<sup>247)</sup>), indem eben, falls der Eid aus irgend einem Grund nicht geschworen wird, sei es, dass man nicht schwören kann oder gleich die Schuld gesteht, in der Wadiation für den Eid auch schon die Erfüllung der Schuldverpflichtung und damit die Duldung der Pfändung bei Nichterfüllung übernommen erscheint.

Wenn aber nach alldem immer bei der gerichtlichen Geltendmachung von Rechten eine Wadiation erfolgen muss, und wenn, wie wir schon bei Betrachtung der außergerichtlichen Wadiation sahen, diese vorzüglich bezweckt, eine Pfandnahme einzuräumen, so kann nicht schon das schlichte Schuldversprechen mit dem Pfändungsrecht für den Gläubiger ausgestattet sein. Wozu bedürfte es sonst erst einer Wadiation im Gericht? Das also ist nun für alle Fälle erwiesen: das schlichte Schuldversprechen gibt noch kein Pfändungsrecht. Es wäre anders der Abschluss von Pfändungsverträgen einerseits und auf der andern Seite die Leistung der Wadiation, sie wieder entweder außergerichtlich oder im Gericht, nicht begreiflich. Es bedarf erst eines besondern Vertrags, um das Pfändungsrecht eingeräumt zu erhalten.

Nun aber noch eine andere Frage, welche wieder weiter in der Erkenntnis führt, warum gerade die Wadiation zur Pfändung berechtigt, wie ein Pfandvertrag, der die Einwilligung in die Pfändung schlechtweg zum Inhalt hat. Die Frage erhebt sich im Anschluss an jene, die wir eben vollends gelöst haben. Sie nimmt also ihren Ausgang von der Wadiation im Gericht. Sie gilt jedoch am Ende verallgemeinert für alle Wadiationen. Wenn das Urtheil die Schuldenerfüllung will,

<sup>247)</sup> Vgl. das nordgermanische Eidesangebot mit Holzstab und Bürgen. Dazu v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, I, S. 297f.; Lehmann, Der Königsfriede der Nordgermanen, S. 14; Schröder, S. 286.



warum lautet es nicht einfach auf Erbringung der Erfüllung, warum lautet es nur auf Gelobung der Erbringung? Warum wird zunächst ein Willensact des Schuldners, das ist die Wadiation, verlangt, um dadurch erst zur Vollstreckung des Anspruchs, das ist zur Pfandnahme, zu gelangen? Warum wird kurz nicht einfach auf Grund des Urtheils die Pfandnahme für die Vollstreckung gestattet, sondern erst die Wadiation als Willensact des Schuldners gefordert?

In der Fragestellung birgt sich bereits die Antwort: Es muss der Umweg des Willensacts für den Zweck der Vollstreckung seinen tiefern Grund darin haben, dass man ohne Willen des Schuldners einen Eingriff in seinen Rechtskreis scheut. Es muss also dieser Willensact als feierliche Form der Einwilligung in die Pfandnahme gelten, wie sie schlicht der einfache Pfändungsvertrag enthält. Kurz, der Act der Wadiation muss eine feierliche Pfändungsbewilligung verkörpern! Und das zu beweisen, wird nun unsere Aufgabe sein.

Wir fügen damit das letzte Glied in die Kette von Beweisgründen: dass die Zwangsvollstreckung bei den Langobarden eine germanische Willensvollstreckung, die Execution eine Personalexecution war.

### 3. Die Wadiation insbesondere.

Hiefür nun gilt es das Ceremoniell der obligatio per wadia et fideiussores zu erforschen, und zu ergründen, warum eben dieses Ceremoniell die Pfändung erlaubt, wieso es die Einwilligung in die Pfändung solenn symbolisiert? Diese Frage von entscheidender Wichtigkeit ist kaum noch gestellt worden, soviel man auch unsere Obligation untersucht und erörtert hat.<sup>248)</sup> Und doch muss das Wesen der Sache der tiefere Grund ausmachen, warum denn gerade dergestalt eine zur eigenmächtigen Pfändung reife Verpflichtung geschaffen wird. Dass dies nun aber für uns, die wir eben das Wesen der Execution auf ihren persönlichen Willenscharacter zu prüfen haben, ganz vorzüglich in Betracht kommt, ist selbstredend.

Das erste Glied nun im Ceremoniell der obligatio per wadia et fideiussorem ist die Wadiation: wadiatio oder wadiae

<sup>248)</sup> Literatur bei Val de Lièvre S. 183, N. 7 und Pappenheim a. a. O.

datio.<sup>249)</sup> Sie kann allerdings gleich mit der Bürgenstellung vereint sein. Sie muss es aber nicht; sie ist es nicht einmal regelmäßig. Die Bürgenstellung mag nachfolgen.<sup>250)</sup> Wenigstens setzen viele Stellen eine erst nur erfolgte Wadiation voraus. Sie betonen freilich daraufhin die Pflicht zur Bürgenstellung. Ja man kann geradezu sagen, dass Wadiation und Bürgenstellung sich bis zu gewissem Grad ablösen. Das erhellt aus folgenden Stellen:

Liutpr. 36: Si quis dederit wadium et eam recipere neglexerit (sc. per fideiussores); und: Et si ille, qui wadium acceperit, reddere neglexerit per fideiussores.

Liutpr. 37: Si qui alteri homini wadium dederit et antequam eam per fideiussores liberit.

Liutpr. 38: Si quis alii wadium dederit et voluerit eam per fideiussores recipere.

Liutpr. 128 endlich eröffnet dem Schuldner geradezu drei Tage Zeit für die Einlösung der Wadia durch Bürgen.

Und so scheinen die Stellen, welche vornweg von einer vollzogenen obligatio p. w. e. f. sprechen, vielmehr die Ablösung als eben schon vollzogen anzunehmen, als dass sie nothwendig eine zusammenhängende Stellung der Wadia und der Bürgen voraussetzten. Immerhin mag der zeitliche Unterschied von drei Tagen bis zur unmittelbaren Aufeinanderfolge abnehmen: Es wird gleichwol die Wadiation und ihre Ablösung auseinander zu halten sein.

Danach ergeben sich für uns zunächst zwei Fragen: Wie geschah die Wadiation an sich? Und welche Zwangsrechte wider den Schuldner gab schon sie?

Die Wadiation zunächst<sup>251)</sup> geschieht, wie schon das Wort sagt, durch wadiae datio. Der Schuldner übergibt dem Gläubiger

<sup>249)</sup> Die verschiedenen Worte, welche dafür gebraucht werden, stellt Val zusammen, S. 110 f.

<sup>250)</sup> Dies gegen Val de Lièvre, § 10. Die klarsten Belege aus dem wirklichen Rechtsleben bei Behandlung der Urkunden, S. 121 ff. Vgl. auch Heusler, a. a. O. II, S. 241; Osenbrüggen, S. 150. Ganz falsch Gengler, Germanische Rechtsalterthümer, S. 544, N. 59: „Wadia et Fideiussor bezeichnet pleonastisch die solenne Bürgenstellung, unter welcher sich der Beklagte zur Leistung des ihm obliegenden Eides verpflichtet.“

<sup>251)</sup> Darüber Val, § 4 u. 5. Vielfach irrig. Die Berichtigung erhellt aus den folgenden Ausführungen. Auch Wach, a. a. O. S. 3 N. 4, ist danach wol richtig zu stellen. Vgl. auch Schröder, S. 288.

einen Gegenstand. Was für einen Gegenstand? Jedenfalls eine körperliche, bewegliche Sache. Das zeigen die Worte *wadium dare* und *reddere, suscipere* und *accipere, abstrahere* und *recolligere, dispignerare* und *expignerare wadium*. Ob es eine Wertsache war? Soviel lässt sich sagen, dass es keine sein musste. Wenigstens ist dies nirgends vorgeschrieben und auch nirgends vorausgesetzt. Ja daraus, dass nirgends in all den zahlreichen Stellen von der Art und dem Wert der *wadia* gesprochen wird, kann man schließen, dass Art und Wert eben nebensächlich waren. Und so konnten wol auch wertlose Sachen *Wadien* sein. Ja so waren sie es wol zumeist, da sie es sein konnten. Dass aber nur solche Sachen als *Wadien* dienten, oder dass geradezu bloß ein bestimmter Gegenstand: die fränkische *festuca* italisch als *wadia* erscheint, bleibt unerweislich.<sup>252)</sup> Dass der fränkische Einfluss da gewirkt hat, und was er gewirkt hat, wird noch erörtert werden. Vordem aber gab wol jeder als *wadia*, was ihm gerade zur Hand war. Und so zog er wol auch seinen Ring vom Finger und gab ihn als *wadia* hin.<sup>253)</sup> Es wird dies um so klarer erhellen, wenn wir erst die wahre Function der *wadia* ins Licht gerückt haben.

Um dies zu erzielen, ist nun ihren fernern Schicksalen nachzugehen.

Der Schuldner hat die *Wadia* dem Gläubiger gereicht. Sie bleibt aber nicht beim Gläubiger. Der Gläubiger übergibt sie dem Bürgen, wenn ihm dieser gestellt wird. Und dieser muss jenem gestellt werden; und jener muss diesem die *wadia* geben. Es ist eine Zwangsablösung von *Wadia* und Bürgen durch das Gesetz vorgeschrieben. Das zeigt die folgende Königsnorm:

Liutpr. 36: *Si quis dederit wadium et eam recepere neglexerit, componat sicut in anteriore edicto legitur. Et si ille qui ipsam wadium acceperit, reddere neglexerit per*

<sup>252)</sup> Der Beweis, welchen Val, a. a. O. § 5: „Identität der *Wadia* und *Festuca*“ versucht, wird durch ihn selbst beseitigt, da er zugibt, dass die Belegstellen fränkischen Einfluss zeigen. Auch ohnedies wäre es bedenklich, Stellen aus einer Zeit heranzuziehen, in der jedenfalls schon fränkischer Einfluss gewirkt hat.

<sup>253)</sup> Treffend Zöpfl, R. G. III, S. 288, N. 34: „wie jetzt noch beim Pfänderspiel“.

*fideiussores et apud eum remanserit, sic componat, quomodo et ille, qui wadium suam recipere neglexerit.*

Es drohen sonach dem Schuldner Bußen, wenn er die *Wadia* nicht durch Bürgenstellung einlöst.<sup>254)</sup> Und es drohen auch dem Gläubiger Bußen, wenn er die *Wadia* nicht dem gestellten Bürgen herausgibt. Dass hüben und drüben Bußen gedroht werden, ist merkwürdig.<sup>255)</sup> Denn danach können beide Theile am Zustand, wie er ist, Interesse haben, und er soll doch geändert werden. Es muss also wol auch ein Staatsinteresse einspielen. Und dass in der That ein Staatsinteresse für die ordnungsmäßige Einlösung eines bestellten *Wadiums* spricht, das deutet bereits die nächste Norm an:

Liutpr. 37. *Si quis alteri homini wadium dederit, et antequam eam per fideiussorem liberit, violenter de manu illius abstraxerit, cui eam dedit, componat ei, cui ipsam wadium abstraxerit, solidos 24. Hoc autem ideo adfigi precipimus, ne pro tali causa scandalum oriatur aut anima pereat.*

Wieso sich die Befürchtung, welche der Schlusssatz ausspricht, ergibt, wird noch gezeigt werden.<sup>256)</sup> Hier mag zunächst weiter aus der Hinreißung bis zu Gewaltthätigkeiten das eine Privatinteresse erhellen, welches der Gläubiger am Behalten der *Wadia*, der Schuldner an der Herausgabe haben muss. Worin aber ist es begründet?

Worin kann zunächst das Interesse des Schuldners begründet sein? Nicht im Wert der *Wadia*, da sie regelmäßig, wie gezeigt, wertlos war. Also kann es sich nur um ein Recht handeln, das der Schuldner dem Gläubiger mit der *Wadiareichung* einräumt. Und zwar muss das ein Recht sein, das durch die

<sup>254)</sup> Der Bürge tritt nicht an die Stelle der *Wadia*, sondern an die Stelle des Schuldners. Die Einsetzung des Bürgen statt des *Wadiums* erfolgte allerdings im fränkischen Recht. Dass beides verschieden ist, soll noch unten gezeigt werden, S. 125. Richtig zu stellen ist wol Heusler, II, S. 250 f., wo aber treffend die befreiende Wirkung der Bürgenstellung für die Schuldnerhaftung hervorgehoben wird. Franken, Das französische Pfandrecht, S. 235.

<sup>255)</sup> Die Erklärungsversuche, theils von, theils bei Val, S. 219 ff., müssen wol als verfehlt bezeichnet werden. Val selbst, der sich sicher am gründlichsten mit der Frage befasst hat, verzweifelt an ihrer Lösung und zweifelt selbst, dass seine die rechte sei.

<sup>256)</sup> S. unten S. 84.

Bürgenstellung wieder erlischt. Denn der Bürge bekommt, gestellt, die wadia heraus. Und indem der Gläubiger diese Auslösung abwehrt, will er wol eben das fragliche Recht behaupten. Auch hier nämlich muss der obige Schluss stimmen: der Gläubiger kann nicht um des Sachwerts willen die wadia behalten wollen, weil die wadia regelmäßig keinen Sachwert besitzt. Es muss nun aber der Bürge, indem er die wadia auslöst, dem Gläubiger ein Äquivalent für sein Recht gegenüber dem Schuldner bieten, welches und weil es eben mit der Auslösung durch den Bürgen aufhört. Es wird sonach wichtig, welches Recht der Gläubiger mit der Übergabe der wadia an den Bürgen erwirbt.

Hiefür nun ist zunächst die folgende Stelle bedeutsam:

Liutpr. 128: De wadia solvenda qualis fideiussor sit. . . .  
 Modo vero, dum pravus homines cognovimus talis fideiussores velle statuere, qui nihil habuerent, nisi solummodo personam suam, ut per eos iustitiam suam creditur ipse invenire menime possit, statuimus, ut talis esse deveant fideiussoris ipsi, ut, si amplius non habuerent, quomodo eum pignerare possint, quam ipsa obligatio sit, vel tantum habeant, quantum, ut diximus, ipsa obligatio est, unde fideiussore invenire debeant. Nam si minus habuerent, non sit culpavilis ille qui eum recipere noluerit, nec ipse qui dare devit, possit se excusare a culpa dicendo quod fideiussores paratus habuisset; quia impossibile est, ut talis fideiussoris homo recipiat, qui non habent, etsi amplius non vel quantum ipsum devitum fuerit, quod tollere locum pigneris possit. —

Danach erwirbt der Gläubiger mit der Annahme des Bürgen, oder was dasselbe ist, mit der Auslösung der wadia durch den Bürgen, das Recht zur Pfändung desselben. Schon daraus möchte man schließen, dass auch das fragliche Äquivalentrecht, welches der Gläubiger vorher gegen den Schuldner hat, nichts anderes ist, als eben das Pfändungsrecht. Dieser Schluss wird gestützt, indem ja gerade das Pfändungsrecht, wie wir sahen<sup>257)</sup>, das gemeine Vollstreckungsrecht bedeutet. Das Vollstreckungsrecht durch Pfandnahme also, welches gegen den Schuldner zustand, stünde nun gegen den Bürgen zu. Gerade aber, was daran auffällt: die ausschließende Zuständigkeit des fraglichen Pfändungsrechts.

<sup>257)</sup> S. oben S. 65, 70, 72, 77.

erst nur gegen den Schuldner, dann nur gegen den Bürgen, findet in der angezogenen Stelle eine unzweifelhafte Bestätigung.

Man beachte nur, wie der ganze Rechtserfolg für den Gläubiger: das iustitiam suam invenire, als bedingt durch Solvenz des Bürgen hingestellt wird. Man beachte nur, wie für den Gläubiger, dem sein Recht lieb ist, die Annahme insolventer Bürgen geradezu als eine Unmöglichkeit erklärt wird: impossibile est recipere. Und man wird finden, dass eben darum der Gläubiger zögern muss, für zweifelhafte Bürgen seine wadia aus der Hand zu lassen, weil er damit ein zweifelhaftes Äquivalent für sein Recht gegenüber dem Schuldner eintauscht. Man wird finden, dass darum in der obigen Stelle ein Streit bis zu Gewaltthätigkeiten um die wertlose wadia entbrennen kann, weil sie eben für den Gläubiger sein Pfändungsrecht, für den Schuldner seine Befreiung vom Pfändungsrecht bedeutet.

Dass also muss das Recht sein, welches dem Gläubiger die Reichung der wadia durch den Schuldner gewährt und die Auslösung der wadia durch den Bürgen wieder nimmt: das Pfändungsrecht wider den Schuldner.<sup>258)</sup> Und für den Zusammenhang dieses Rechts mit der wadia spricht es auch, dass durch den Übergang der wadia von Gläubiger an den Bürgen nun der Gläubiger eben den Bürgen pfänden darf.<sup>259)</sup> Jetzt aber hat der Bürge die wadia des Schuldners in der Hand; und so mag jetzt eben hinwider der Bürge den Schuldner pfänden. Die Probe stimmt. Das zeigen die Stellen:

Liutpr. 39. Si quis alii homini wadium dederit pro quacumque causa et fideiussorem posuerit, et postea ad ipsum fideiussorem antesteterit, aut pignus de manu tulerit, et probatum fuerit, componat solidos viginti. — Liutpr. 40. Si quis alii homini wadia dederit et fideiussorem posuerit, et ipse fideiussor eum pigneraverit et pignera ipsa ad creditorem eius dederit, et postea ei ipse cuius pignera fuerit, per virtutem tulerit, componat in octogild.

Wir sehen hier regelmäßig vorausgesetzt, dass der Bürge eben den Schuldner pfändet und die Pfänder dem Gläubiger gibt,

<sup>258)</sup> Vgl. allgemein Schröder, S. 287. Anders Franken, S. 237.

<sup>259)</sup> Diese Übernahme selbst bezeugt die unten citierte Stelle aus der Expositio im Liber Papiensis: s. S. 112.

weil dieser ihn sonst gemäß der obigen Stelle pfänden würde.<sup>260)</sup> Ja die Norm von Rothari 178 nimmt diesen Umweg als ganz selbstredend an, indem sie vorerst nur von Verbindlichkeiten des Verpflichteten spricht, und da er diesen nicht nachkommt, einfach und ohne anderes sagt, dann habe der Berechtigte die Macht: *distringere fideiussorem quatenus adimpleat*.

Es schiebt sich also der Bürge zwischen Schuldner und Gläubiger. Er tritt für die Zwangsvollstreckung als Mittelsmann zwischen beide.<sup>261)</sup> Und diese Vermittlungsfunktion ist es eben, die das oben betonte Staatsinteresse an der Auslösung der *wadia*<sup>262)</sup>, das heißt eben an der Stellung des Bürgen begreifen lässt: Die Eigenmacht, wie sie ja doch in der Pfändung liegt, mag dadurch gemildert, mit unparteiischem Maß geübt werden. Diese Eigenmacht aber, welche die *obligatio per wadium et fideiussores* gewährt, erscheint sonach bereits und bloß durch die *Wadiation* begründet. Die Bürgenstellung dient mit ihrer Vermittlungsfunktion nur einer Milderung im Vollzug der Pfandnahme.

Damit aber haben wir auch die zweite der beiden Fragen beantwortet, die wir oben bezüglich der *Wadiation* stellten. Wir haben nicht nur gezeigt, wie sie geschieht; wir haben nun auch gezeigt, was sie schon wirkt: Sie wirkt schon eigentlich alles — eben das Pfändungsrecht als Vollstreckungsrecht! Und so erscheint es um so berechtigter, wenn wir gleich im Eingang über das Ceremoniell der *obligatio per wadium et fideiussores* sagten: die Bürgenstellung sei ein zweites Glied, das nicht unmittelbar an das erste der *Wadiation* angeschlossen sein

<sup>260)</sup> Den gleichen Gang der Vollstreckung nimmt auch allgemein Schröder an: S. 283 f.; im einzelnen abweichend S. 285. Den vollen Beleg für diesen Gang der Vollstreckung werden uns zahlreiche Urkunden geben, welche alle einzelnen Stadien der Pfändung und die Functionen der einzelnen Vertragstheile hiebei deutlich hervortreten lassen; s. S. 121 f.

<sup>261)</sup> Darum nennen ihn die Urkunden nicht nur häufig, sondern fast ausschließlich *mediator*! Darum können auch alle jene Spielarten in der Stellung des *mediator* vorkommen, wie sie noch die Betrachtung der Urkunden als den schlagendsten Beleg der Darstellung zeigen wird, welche hier zunächst als gesetzliches Gerüst des Vollstreckungsbaues eben nach dem Gesetz gezeichnet ist.

<sup>262)</sup> Vgl. oben S. 81. Darum konnte auch die Verfolgung dieses Zweckes immer mehr verwischt werden, als die Staatsgewalt, ihn zu wahren, immer mehr schwand. Darüber auch noch unten S. 122 mit Belegen aus Urkunden.

muss.<sup>263)</sup> Wir fanden schon dort an der Hand des Königsdicts, dass die Bürgenstellung erst nach drei Tagen folgen mag. Wir haben nun gefunden, dass sie für die Begründung und den Bestand eines Pfändungsrechts und damit der Vollstreckung überhaupt gar nicht nachfolgen muss! Es mag ja auch der Gläubiger oder gar der Schuldner an ihr ein Interesse haben: das Hauptinteresse hat der Staat an ihr. Er will die vermittelnde Bürgenschaft mit den angedrohten Bußen erzwingen, weil er eben ihre begütigende Vermittlung zur Meidung von Gewaltexcessen bei der Eigenmachtsübung wünscht.

Es ähnelt demnach das langobardische Recht dem Recht der *Gundobada* und auch dem Frankenrecht.<sup>264)</sup> Es ähnelt freilich zunächst nur dem Recht der *Gundobada*: es gleicht ihm nicht. Denn finden wir auch in Burgund ein Pfändungsrecht, welches durch die Reichung eines Symbols begründet wird, und finden wir daselbst auch Bürgen, und zwar zur Vermittlung der Pfandnahme wieder, so wird doch das Pfändungssymbol nicht vom Schuldner dem Gläubiger gereicht und vom Bürgen ausgelöst, sondern vorwiegend gleich vom Schuldner dem Bürgen übergeben und von diesem dem Gläubiger eingehändigt.<sup>265)</sup> Es spricht das dafür, dass die Mittelsperson des Bürgen hier von vornherein durchaus üblich war, dass sie aus der urgermanischen Einrichtung von Schiedsvermittlern im Streit der Genossen ererbt und eingewurzelt erscheint, wie wir annahmen<sup>266)</sup>, während in der langobardischen Bürgenschaft das gleiche Institut der Vorzeit erst im Staatsinteresse für alle Fälle dem Volksleben aufgenöthigt wurde.

<sup>263)</sup> Verfehlt Val, dessen Untersuchungen in den bedenklichen Satz auslaufen: die *Wadia* sei das Symbol der Bürgenschaft, wie das *Launegild* das der Entgeltlichkeit. S. S. 227. Dagegen Brunner in Goldschmidt's Ztschr. XXII, 511. Richtig zu stellen aber auch wol Heusler, a. a. O. II, S. 241. Franken, S. 235.

<sup>264)</sup> Darüber Bd. I, S. 99 ff., 109 f., 18 f.

<sup>265)</sup> An dieser verschiedenen Gestalt kann kein Zweifel sein. Der Wortlaut der Stellen in der *Gundobada* spricht zu entschieden dafür und gegen jede andere Auffassung. Die Gleichstellung mit dem Langobardenrecht, bloß weil hier etwas ganz Ähnliches stattfindet, ist also vollkommen unzulässig. (Das ergibt auch die Stelle von *Chilperich*, Bd. I, S. 106 ff. Vgl. Schröder, S. 287.) Dass aber eine solche Gleichstellung gar nicht wesentlich sei, dass nämlich trotz der Verschiedenheit im Einzelnen die Aehnlichkeit im Ganzen auch eine Aehnlichkeit der Grundgedanken erkennen lässt, neben der die Verschiedenheit im Einzelnen gerade wieder ihre Erklärung hat, das zeigen die folgenden Textausführungen!

<sup>266)</sup> S. Bd. I, S. 109 f.

Im Frankenrecht aber gibt das gereichte Symbol nur überhaupt das Recht zum Eingriff ins Vermögen des Schuldners; der Eingriff selbst erfolgt nicht eigenmächtig, sondern durch die Obrigkeit<sup>267)</sup>; und darum sind hier vermittelnde Bürgen entbehrlich — eine treffende Gegenprobe auf die behauptete Bürgenrolle!

Gegenüber dieser Ähnlichkeit in der Begründung der Haftung durch das gereichte Symbol steht nun aber eine Verschiedenheit in ihrer Art und Tragweite. Die fränkische und die burgundische Fidesstipulation unterwerfen dem zwangsweisen Zugriff die ganze Rechtspersönlichkeit<sup>268)</sup>, Gut und Blut des Schuldners: das Langobardenrecht unterwirft nur die Fahrhabe der Pfandnahme. Wenn wir das erst erwiesen und also dargethan haben, dass schon die Reichung der wadia etwas anderes sagen will, als die Reichung der festuca; wenn wir insbesondere dem entgegen halten, dass mit der festuca ausdrücklich Gut und Blut durch den Schuldner willentlich der Vollstreckung unterworfen wird: dann werden wir auch den letzten Schritt zum Ziel machen können, das wir oben abgesteckt haben.<sup>269)</sup> Dann werden wir nämlich gegenüber der gewollten Gesamtunterwerfung durch die festuca die Wadia-reichung als gewollte Unterwerfung nur der Mobilien unter die Execution erkennen; dann werden wir erkennen, dass die Reichung der Wadia wirklich symbolisch den Willen ausdrückt, die Fahrhabe der Pfandnahme preiszugeben, und dass sonach wirklich auch in dieser letzterübrigten Art der Zwangsvollstreckung, wie in den andern Arten, eine Willensvollstreckung, eine Personalexecution gelegen ist. —

Dass zunächst kein Grund und Boden, sondern allenfalls nur dessen Inventar der Pfändung unterliegt, zeigt der Eingang der Stelle:

Roth. 252. Nulli liceat pro quodlibet debitum casa ordinata tributoria loco pigneris tollere, nisi servus, ancillas, vaccas, pecores.

Unter casa nämlich ist wol der Bauernhof gemeint. Und das ordinata und tributoria sind auseinander zu halten: die casa kann entweder eine ordinata oder eine tributoria sein; und keine

<sup>267)</sup> Darüber Bd. I, S. 33 ff. Meibom, S. 196.

<sup>268)</sup> Darüber Bd. I, S. 28, 102.

<sup>269)</sup> S. oben S. 78.

von beiden darf eben gepfändet werden.<sup>270)</sup> Die unmittelbare Aneinanderreihung darf hier ebensowenig wundern wie am Schluss: nisi servus, ancillas, vaccas, pecores. Gerade dieser Schluss ergibt einen weitem Beweisgrund für die Unpfändbarkeit von Grundgut.

Das genannte Gutsinventar ist nämlich für die Regel gleichfalls unpfändbar.<sup>271)</sup> Das sagt Roth. 249 und 250. Und Roth. 251 nennt nur einen Fall der ausnahmsweisen Pfändbarkeit: den Fall des Mangels anderer Pfandsachen. Selbst dann aber darf nur der Schultheiß die Pfändung vornehmen. Und nun kommt Roth. 252 und scheint die Pfändung schlecht und recht zu gestatten. Das ist im Hinblick eben auf die durchaus unpfändbare casa folgendermaßen erklärlich: Das sonst befreite Gutsinventar mag allenfalls pfändbar sein: das Grundgut selbst ist es nie!

Dazu kommt die folgende Erwägung. Die genannten Mobilien kann ein freiwillentlicher Vertrag unbedenklich der Pfändung unterwerfen.<sup>272)</sup> Immobilien jedoch dürfen selbst durch freiwillentliche Veräußerung nur im äußersten Nothfall und nur unter Intervention der Obrigkeit hintangegeben werden.<sup>273)</sup> Das sagt uns Roth. 173 und 149. Den Ausschlag jedoch mag endlich die Prüfung der Stelle geben:

Liutpr. 57, worin es heißt:<sup>274)</sup> a publico intromissi fuerent (sc. creditores) in omnes res debitoris, qui debitum sanare non potest.

Es findet also Gütereinweisung bei Insolvenz statt. Bei Insolvenz, das heißt: der Schuldner kann nicht zahlen, selbst wenn er wollte. Da also können die Gläubiger auch nicht bis zum Schuldbetrag pfänden. Warum aber pfänden sie dann nicht wenigstens das, was da ist? Warum bedarf es da erst einer Einweisung durchs Gericht? Die Antwort kann nur eine sein: Weil die Gläubiger keine Immobilien pfänden dürfen, in denen der Rest des Schuldnervermögens bestehen mag! Dazu stimmt

<sup>270)</sup> Dies gegen den Schluss a contrario, es sei nur die casa ordinata tributoria unpfändbar; vergl. Wach, a. a. O. S. 12; gegen Osenbrüggen, S. 144. Meibom, 222. Richtig, aber ohne Begründung, Bethmann-Hollweg, IV, S. 367.

<sup>271)</sup> Vgl. Heusler, II, S. 241; Osenbrüggen, a. a. O. S. 143, 144.

<sup>272)</sup> Darüber mit Beispielen aus dem Urkundenschatz: S. 126.

<sup>273)</sup> Vgl. Pappenheim in der Gierke'schen Sammlung, Th. XIV, 45 ff.

<sup>274)</sup> Vollständig angeführt ist die Stelle auf S. 101.



eben die Einziehung der Immobilien durch den Staat, um sie den Berechtigten zuzuweisen. Was der Einzelne nicht darf, das darf der Staat thun. Er darf es kraft seiner Macht, zu ächten, Gut und Blut den Frieden zu nehmen, also auch nur dem Gut. Dass dies den Sinn der Gütereinweisung ausmacht, werden wir bald näher zeigen können. Hier genügt es, derart in allen Stücken unsere Annahme richtig zu finden: Grundgut ist unpfändbar.

Was nun aber fürs Grundgut gilt, das muss auch für die Person des Schuldners selbst gelten. In der That lässt sich nur aus der Unpfändbarkeit der Person erklären, dass wir keinerlei Schranken einer Personalpfändung finden; die Person müsste doch so wichtig wie ihr Vieh sein. Ja es ist nicht einmal von Veräußerung auch nur im Nothfall die Rede; und wirklich sagt eine Stelle der *Expositio im Papiensis*, dass die alte Zeit keine Schuldhaft für Civilfälle kannte.<sup>275)</sup>

Lib. Pap. Loth. 1 Expos. Dum ipse leges facte fuerunt, nondum preceptum erat, quod aliquis liber homo propter aliquas causas posset ad servitium implicari.

Und bestärkt wird dies endlich auch durch die Norm vom tauglichen Bürgen, welche wir oben anführten. Sie nennt ihn untauglich, wenn er nicht wenigstens soviel besitzt, wie die Schuld beträgt. Und sie fährt nun fort:

pravus homines cognovimus talis fideiussores velle statuere, qui nihil haberent, nisi solummodo personam suam, ut per eos iustitiam suam creditor ipse invenire meninae possit.

Daraus nämlich folgt wol, dass jedenfalls der Bürge nicht mit seiner Person haftet, auch wenn er nicht genug oder gar kein Vermögen hat. Die Bürgenhaftung gleicht nun aber der Schuldnerhaftung, die sie ja ablöst. Sie beruhen ja beide auf derselben Grundlage: dem *Wadiationsact*. Es haftet also wol auch der Schuldner ebensowenig wie der Bürge mit der Person. Man haftet eben, was zu erweisen ist, aus der *Wadiation* nicht persönlich.

Es erübrigen also nur Mobilien für das Pfändungsrecht. Es unterwirft die *Wadiation* also nur Mobilien der Pfandnahme. Und so sagt denn wirklich die *Reichung der wadia*, wie wir schon vorweg nahmen, etwas anderes als die *Reichung*

<sup>275)</sup> Darüber noch unten S. 97 ff.

der *festuca*. Die *Reichung der festuca* sagt: ich unterwerfe mich mit allem, was ich bin und habe, der *Zwangsvollstreckung*. Das *Saliergesetz* überliefert als allenfalls ausdrückliche Begleitworte der *fides facta*, d. i. der *Festucation*: *super me et furtuna mea pono!*<sup>276)</sup> Und die *festuca* ist eben das Symbol einer solchen Gesamtunterwerfung. Die *Reichung jenes Symbols* bringt den Willen dieser Unterwerfung zum Ausdruck.<sup>277)</sup> Sie ist dem Handschlag verwandt, welcher gleichfalls die volle Unterwerfung der Person mit allem, was sie ist und hat, bedeuten will. Heißt ja doch auch der Handschlag eine *Handtreue*, eine *fides facta*, wie eben die *Festucation* genannt wird.<sup>278)</sup> Dem gegenüber ist nun eben die *wadia*, welche gereicht wird, das Symbol der Unterwerfung bloß der Mobilien unter die *Zwangsvollstreckung*, d. i. die Pfandnahme. Und da nun erinnern wir uns, wie wir ausführten: als *wadia* kann eine jede bewegliche Sache, gleichgiltig welche, gegeben werden.<sup>279)</sup> Wie man eben mit der Hingabe der Hand oder auch der *festuca* von Hand zu Hand besagen will: ich unterwerfe alles, was diese Hand beherrscht, das ist meinen ganzen Rechtskreis<sup>280)</sup>, deiner Hand, das ist deiner *Rechtsherrschaft*, so will man auch hier mit der *Reichung eines Theiles* die Unterwerfung desjenigen Ganzen ausdrücken, welchem dieser Theil entnommen ist, und das daher dieser Theil *versinnbildlicht*: das ist die *Fahrhabe*.

<sup>276)</sup> Darüber im I. Bd., S. 28. Vgl. Siegel, Gerichtsverfahren, S. 247.

<sup>277)</sup> Aehnlich schon Schröder, S. 286.

<sup>278)</sup> Dazu Siegel in den Sitzungsberichten der Wiener Akademie, 1894.

<sup>279)</sup> S. oben S. 80.

<sup>280)</sup> Über diese Bedeutung der Hand im Recht vgl. namentlich Schröder, S. 286. v. Amira, Recht bei Paul, S. 166. Im Grund verschieden, geistvoll Franken, §. 4. Für die Hand als Zeichen der Unterwerfung der ganzen Rechtspersönlichkeit spricht überdies eine ungemein bezeichnende Anordnung, welche in den meisten germanischen Volksrechten und auch wol späterhin wiederkehrt: Das ist die *Büßung der Hand* mit dem vollen Wergeld, sei es, dass man die *meineidige Schwurhand* loskaufen will, sei es, dass man das *Abhauen der Hand* dem Verletzten sühnen soll! In der behaupteten Bedeutung der Hand liegt die Erklärung dieser Thatsache, welche nicht hinwegzudeuten ist, so geistvoll dies auch z. B. Brunner, I, S. 225, N. 7, versucht, dem darin *Bewer*, Die *Todtschlagsühne* in der *lex Frisionum*, Zeitschr. d. Sav.-Stift., Bd. XIII, S. 100, folgt. Die Vergrößerung der Bußen in neueren Rechtssätzen, welche unter den alten vermischt sich finden, stimmt nicht!

Also ist auch in der Wadiation, wie im schlichten Pfändungsvertrag, als den beiden Titeln zur Pfandnahme, gleicherart der Wille verkörpert, seine Fahrhabe eben der Zwangsvollstreckung durch Pfandnahme preiszugeben. Und also ist nun für alle Fälle der Pfandnahme, ebenso wie für den Zweck, den am Ende die Pfändung selbst verfolgt<sup>281)</sup>: einen Druck auf den Schuldner zur Leistung zu üben, das Willensmoment als Executionsmoment erwiesen. Es ist erwiesen, dass in der That, wie wir annahmen, jede Zwangsvollstreckung der Langobarden eine Willensvollstreckung, jede Execution eine Personalexecution war. Es ist zum mindesten für die ordentliche Zwangsvollstreckung erwiesen. Es gilt aber auch für ein außerordentliches Zwangsverfahren, auf das wir nun schließlich zu sprechen kommen.

#### 4. Verfestung und Verknechtung.

Zum Schluss nämlich fragt sich: Was geschah, wenn der Schuldner die Wadiation nicht leistete, keine tauglichen Bürgen fand oder auch nur selbst nicht genug besaß? Was geschah kurz, wenn der Schuldner die gesetzliche Befriedigung nicht leisten konnte oder wollte?

Eine unmittelbare Antwort fehlt allerdings in den Königsnormen.<sup>282)</sup> Aber mittelbar bieten sie manchen Fingerzeig. Da kommt zunächst die oben schon<sup>283)</sup> citierte Stelle in Betracht: Liutpr. 108. Sie sieht beim Ungehorsam eines per wadium obligatus dessen pignatio, weiter seine repignatio, endlich die amissio pignorum vor. Sie sagt aber auch noch:

insuper potestatem habeat, qui pigneravit, causam suam per legem agere et procurare.

Worin nun sollte dieses causam suam per legem agere et procurare bestehen? Gesetzt sogar den Fall, es wären die genannten Pfändungen auf Grund einer außergerichtlichen Wadiation oder auch nur eines Pfändungsvertrags erfolgt, es wäre also überhaupt noch kein gerichtliches Verfahren eingeleitet: die gewöhn-

<sup>281)</sup> S. oben S. 66 ff.

<sup>282)</sup> Ganz leichtin beantwortet selbst ein Bethmann (IV, S. 393, N. 119) diese Frage mit Heranziehung späterer Stellen, die entschieden schon fränkischen Einfluss zeigen. Dagegen im allgemeinen oben S. 63 f.

<sup>283)</sup> S. S. 68.

liche Einleitung würde erst recht eine Wadiation als Urtheilerfüllungsgelöbnis bezielen. Und würde diese Wadiation im Gericht geleistet, so käme erst recht die eigenmächtige Pfandnahme für den Vollzug zur Verwendung. Nun gar, wenn erst die Klage und Ladung zum Urtheilerfüllungsgelöbnis und das Urtheilerfüllungsgelöbnis zur fruchtlosen Pfandnahme führte: Hier kann es gewiss nicht neuerdings nur zur Klage und Ladung und wieder zum Urtheilerfüllungsgelöbnis und zur Pfandnahme kommen. So also ist das causam suam per legem agere et procurare gewiss nicht gemeint.

Dann aber muss damit wol eine staatliche Maßnahme schlechterdings für die Vollstreckung gemeint sein. In der That! Eine staatliche Maßnahme zunächst bedeutet gewiss das agere per legem im Gegensatz zur Pfändung mit Eigenmacht. Indem nun aber die eigenmächtige Pfändung für die Vollstreckung dient, muss wol auch als Ersatz hiefür die Staatsmaßregel auf die Vollstreckung gerichtet sein.

Wie aber soll eine solche Staatsmaßnahme geartet sein? Wir haben gesehen, dass der Staat einen unmittelbaren Eingriff in den Rechtskreis der freien Persönlichkeit scheut. Wir haben gesehen, dass darum das Urtheil die willentliche Fügung in die Leistung: die Ablegung eben des Urtheilerfüllungsgelöbnisses bezieht. Und nun soll dennoch auch wider den Willen des Schuldners ein Eingriff in seinen Rechtskreis erfolgen? Es gibt nur eine Versöhnung dieser beiden Gegensätze. Und auf sie deutet deshalb von vornherein die gesuchte Staatsmaßnahme. Das ist die Brechung des Willens, der sich nicht beugen lässt. Das ist die Friedloslegung.<sup>284)</sup> Und das ist der zweite Fingerzeig, welchen wir weiter verfolgen wollen.

Es fragt sich: Kennt das langobardische Königsedict eine solche Friedloslegung?<sup>285)</sup> Und kennt es sie insbesondere für Civilzwecke? Eine Friedloslegung überhaupt findet sich öfter vor, geradezu ausgesprochen oder doch zweifellos angedeutet:

Roth. 1, 2, 3, 203; Liutpr. 30, 35, 85; Ratch. 9, 12, 15.

Die volle Gefahrfrage aber wird nicht stets voll verwirklicht. Das steht beim König:

Roth. 9: aut det animam aut qualiter regi placuerit componat.

<sup>284)</sup> S. Bd. I, S. 18 f; Wilda, S. 278 ff. Franken, S. 231.

<sup>285)</sup> Vgl. Osenbrüggen, a. a. O. § 2.



Vgl. auch Roth. 163, 17; Liutpr. 38, 128.

Was nun der König im Einzelfall thun mag, spricht er auch wol als Sanction für alle solche Fälle aus.<sup>286)</sup> Und da nun kommen zwei große Classen von Sanctionen vor: Sanctionen, welche bloß die Person, und solche, welche bloß das Vermögen, dieses aber dann ganz betreffen<sup>287)</sup>:

Roth. 5, 6, 7; 20, 33, 34 (hier Vermögensverlust).

Das Band, also, das Person und Vermögen zusammenhält, ist damit zerschnitten. Es ist anfangs allerdings nur, aber auch schon durch die Acht zerschnitten, welche der Person ihr Vermögen nimmt, es einzieht, da sie vollends die Rechtspersönlichkeit aufhebt.<sup>288)</sup> Es mochte aber aus eben diesem Grund die Vermögens-einziehung als selbständige Sanction um so näher liegen: der König glaubt eben damit schon genug geschehen: er fand eine weitere Verfolgung der Person nicht mehr nöthig! Und so finden wir selbst für schwere Delicte bloß die Confiscation angedroht. Beispiele oben.

Daraus nun können wir schon einen Schluss für die Lösung unserer Frage ziehen: Wenn wirklich, wie wir annahmen und zu beweisen ausgingen, in der Richtung der Friedloslegung die Staatsmaßnahme zur Zwangsvollstreckung zu suchen ist, so wird sie wol in einer bloßen Confiscation liegen, da diese selbst für schwere Delicte genügend schien. Und nun finden wir in der That die Confiscation als Achtabspaltung<sup>289)</sup> auch in Civilfällen angewandt. Sie wird also auch in unserm Fall die fragliche Staatsmaßnahme ausmachen. Sie wird dies umso eher, als der Civilfall, für den ihre Anwendbarkeit erwähnt wird, auch ein Fall ist, in dem es sich um Vollstreckung eines Schuldrechts handelt. Ja wir werden geradezu finden, dass eine enge Verwandtschaft der beiden Fälle, um die es sich handelt, besteht, und darum ganz folgerichtig die Sanction in beiden Fällen die gleiche sein mag.

<sup>286)</sup> Ähnliches Bd. I, S. 121, 159. Insbesondere unten bei Betrachtung des Westgothenrechtes, S. 155.

<sup>287)</sup> Vgl. Brunner, Abspaltungen der Friedlosigkeit, im XXIV. Bd. der Zeitschr. d. Savigny-Stiftung.

<sup>288)</sup> S. eingehend S. 68 in Bd. I.

<sup>289)</sup> Vgl. Brunner, a. O., vgl. auch Bd. I, S. 68, S. 186 ff.; und in diesem Band S. 107, S. 135.

Der Civilfall nämlich, für den das Edict die Confiscation des Vermögens erwähnt, ist der Insolvenzfall, der Fall einer Unmöglichkeit für den Schuldner, seiner Verbindlichkeit nachzukommen. Wir haben die bezügliche Stelle schon oben einmal<sup>290)</sup> kurz angedeutet. Hier wollen wir sie vollständig wiedergeben, da sie in diesem Zusammenhang auch noch anderweitig bedeutsam scheint.

Roth. 57. Si quis debitum fecerit es res suas vendiderit et talis fuerit ipse debitus quod sanare non possit, et filius eius per uxorem suam aliquid conquisierit vel postea sibi per quocumque ingenio laboraverit, postea genitor eius omnes res suas vendiderit, vel pro debito creditoribus suis dederit, aut a publico intromissi fuerent; non habeant licentiam creditores eius res quas filius de coniuge sua habere vedetur, vel quod postea conquisivit aut laboravit, repetendum aut distraendum, sed habeat sibi filius eius iure quieto; sic tamen, ut si a creditoribus pulsatus fuerit, preveat sacramentum, quod de rebus patris aut matris suae, si ipsa in mundo patris eius mortua fuerit, nihil apud se habeat nec alicubi comendassit aut abscondissit et sit absolutus. Et si postea apud eum inventum fuerit de rebus paternis, componat in octogild.

Um den uns zunächst interessierenden Theil herauszugreifen: der Schuldner ist zahlungsunfähig. Da erfolgt, wenn nicht der Schuldner selbst sein ganzes Vermögen den Gläubigern abtritt, ein Einweisung ins Gesamtgut durch die Obrigkeit.<sup>291)</sup> Man muss nun wol sagen: Wenn selbst den Schuldner, welcher allenfalls unverschuldet zahlungsunfähig ist, die Wegnahme seines Vermögens trifft, so muss sie um so mehr einen Schuldner treffen, welcher nicht zahlen will. Allerdings ist gegen diesen Schluss ein Bedenken möglich.

Im Fall der Zahlungsunfähigkeit bedarf es des ganzen Vermögens zur Schuldtilgung. Ist ja doch eben das Ganze auch zu wenig. Anders im Fall eines eigentlichen Ungehorsams. Hier kann weniger als das Ganze für die Tilgung der Schuld genügen. Soll doch alles verfallen? Wir können kaum umhin, dies anzunehmen. Der Verfall des Ganzen als solchen ist eben der Weg, der den

<sup>290)</sup> S. S. 87.

<sup>291)</sup> So auch Bethmann, IV. Wach, 17; Meibom, 193.

Zugriff ins Einzelne eröffnet. Weil sich uns unter diesem Gesichtspunkt der Verfall des Vermögens darstellt, ist er auch bei großem Vermögen anzunehmen. Es spricht dafür überdies entscheidend die Steigerung, welche in der fraglichen Staatsmaßnahme als letztem Mittel nach der pignoratio und repignoratio und amissio pignorum offenbar liegen soll.<sup>292)</sup> Auf eine bloße Befriedigung kommt es jedenfalls nicht an. Sonst wäre auch die Pfändung, zum mindesten wenn der Verfall der Pfänder eintritt, genügend. Ja in diesem Zeitpunkt hat man eigentlich schon den dreifachen Schuldwert hereingebracht. Und trotzdem ist noch vom *causam suam per legem agere et procurare* die Rede. Die Steigerung kann nun nur im Verfall des Gesamtvermögens an die Gläubiger liegen, im Achtfall des Vermögens als Strafe, die man eben durch staatliche Hilfe für die Gläubiger zum Vollzug bringt: durch die *intromissio a publico*.

So also steht es, wenn man die geleistete Wadiation nicht erfüllt. Ob da Bürgen gestellt sind oder nicht, das kommt im Ergebnis aufs gleiche hinaus. Es ist eben nur das Pfändungsrecht je nachdem einfacher oder verwickelter, da dem Gläubiger der Bürge, dem Bürgen der Schuldner haftet. Und dieselbe Constellation ergibt sich auch für die oben besprochene Gütereinziehung.

Wie aber steht es, wenn die Wadiation überhaupt nicht geleistet wird? Es steht wol ebenso, wie wenn die einmal geleistete Wadiation nicht erfüllt wird. Es tritt also wol auch in diesem Fall die *intromissio a publico* ein. In der That ist ja auch der Grund hiefür der gleiche: ein Ungehorsam gegen die Gebote der Rechtsordnung, dem man nur durch die Einziehung des gesammten Vermögens als zu Gunsten der Gläubiger vollstreckte Achtstrafe beikommen kann. Es liegt zudem hier ein schuldhafter Ungehorsam vor; und die *intromissio a publico* findet sogar bei schuldloser Nichterfüllung der gebotenen Pflicht statt. Nun fehlt wol ein unmittelbarer Beleg hiefür im Edict. Das ist aber unbedenklich, da überhaupt eine ganz geschlossene Codification fehlt. Und wir finden überdies einen Fingerzeig, der auf die Richtigkeit unseres Schlusses hindeutet.

Den Fingerzeig bietet gerade die angeführte Stelle dar. Es ist darin nämlich von einer Beweispflicht und den Folgen

<sup>292)</sup> Darüber oben S. 68 ff.

ihrer Nichterfüllung gesprochen. Wenn der Sohn nicht schwört, dass er nichts vom Vermögen des Vaters besitzt, ist sein Vermögen dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt. Nun muss aber jene Beweispflicht entsprechend dem ordentlichen Rechtsgang zunächst die Pflicht zur Wadiation für den Beweis sein; und der Zugriff der Gläubiger kann gemäß der Stelle selbst nur auf Grund einer *intromissio a publico* stattfinden.<sup>293)</sup> Man kann aber nicht sagen, dass aus der Nichtableistung des Eids schon folgt, es sei das Vermögen des Sohnes eben Vermögen des Vaters, und dass also die schon wider den Vater verhängte *Intromission* nun wider den Sohn wirke. Man kann dies wenigstens nicht so schlechtweg sagen, sondern nur, indem man dem Ungehorsam, den Beweis zu versprechen, die gleiche Folge beimisst, wie der versuchten, aber nicht gelungenen Erbringung des versprochenen Beweises! Das heißt nun aber, dass eben die Nichtableistung der Wadiation dieselbe Folge habe, wie die Nichterfüllung der geleisteten Wadiation. Allerdings wäre das zunächst nur an einem Fall der Beweiswadiation erhärtet. Allein wir haben es oben zum mindesten sehr wahrscheinlich gemacht, dass überhaupt das Urtheilserfüllungsgelöbniß meist nur in einer Beweiswadiation bestand, dass nämlich damit schon, wenn der Beweis nicht erbracht wurde, das Recht der Pfändung zur Zwangsvollstreckung zustand, also die Wadiation für den Beweis die zur Pfändung nöthige Wadiation für die Erfüllung in sich schloss. Was wir dort mit Rücksicht auf die Folge der geleisteten Wadiation: die ordentliche Zwangsvollstreckung durch Pfandnahme darthaten, das wird wol auch hier mit Rücksicht auf die nicht geleistete Wadiation und ihre Folgen gelten: das außerordentliche Zwangsverfahren durch *intromissio a publico*.

Damit ist eigentlich auch schon eine Frage beantwortet, die sich hier unwillkürlich aufdrängt: Ist der Eid, den der Schuldnersohn schwört, ein Manifestationseid? Diese Frage muss wol verneint werden.<sup>294)</sup> Der Schuldnersohn wird gar nicht auf die Eidesleistung belangt, die Eidesleistung ist überhaupt nichts besonderes. Die Gläubiger belangen den Sohn auf

<sup>293)</sup> Für die Ungehorsamsfolge der Bannmission auch bei Nichtleistung einer Wadiation: unten noch Belege aus den Urkunden, S. 118, 119. Franken, S. 231.

<sup>294)</sup> Vgl. Wach, Der Manifestationseid in Italien in der Z. f. R. G. VII, 439 ff.

Herausgabe von Vermögensstücken, die er etwa vom Vater hat; und der Sohn sagt, er habe nichts vom Vater her, und genügt der gewöhnlichen Beweispflicht durch den gewöhnlichen Eidschwur. Der Process unterscheidet sich also gar nicht von jedem andern; und auch nicht der Eid im Process. Wenn allerdings auffällt, dass der Eid nicht schlechtweg als Leugnung des Anspruchs geschworen wird, sondern specificiert: *quod nihil apud se habeat nec alicubi commendassit aut abscondissit*, so beruht dies eben auf den specificierten Behauptungen des Gläubigers und auf der allgemeinen Entwicklung des langobardischen Beweisrechts, wonach zum Beweis eben solche Behauptungen, statt kurz der Anspruch verstellt werden können. Gleichwol müssen wir gerade in dieser Formulierung des Eides sowol, als auch in der Leistung durch den Belangten Elemente erkennen, welche auf die Entstehung des spätern Manifestationseids hinwirkten.<sup>295)</sup>

Dass allerdings der Sohn des Schuldners und nicht dieser selbst schwört, macht nicht viel Unterschied. Es kann nämlich auch wol der Schuldner selbst in die Lage kommen, den Eid zu leisten, und zwar im Fall, den die angezogene Stelle gewissermaßen alternativ mit der *intromissio a publico* verbindet: wenn der Schuldner spontan sein Vermögen den Gläubigern abgetreten hat. Es ist hier nicht der Ort, zu prüfen, unter welchen Bedingungen eine solche Gesamtabtretung, eine Abtretung nämlich nicht nur der Fahrhabe, sondern auch des Grundguts statthatte.<sup>296)</sup> Wol aber ist zu erwägen, inwiefern diese Güterabtretung und allenfalls der Eid hiebei verwandt mit der römischen *cessio bonorum* und dem *copiam eurare* sei.

Eine äußere Ähnlichkeit waltet ja vor. Es wird eben hier und dort das ganze Vermögen den Gläubigern abgetreten und ein Eid geleistet, dass man wirklich alles ausgeliefert habe. Aber der Grund und die Folge der Abtretung und des Eidschwurs sind hier und dort verschieden. Die Abtretung geschieht im römischen Recht, wie wir oben<sup>297)</sup> gezeigt haben, auf Grund einer

<sup>295)</sup> Darüber noch im zweiten Abschnitt. S. oben S. 87.

<sup>296)</sup> Darüber treffend Pappenheim, Launegild und Gairethinx in der Gierke'schen Sammlung, Th. XIV, § 3 des II. Cap.

<sup>297)</sup> S. S. 41.

Rechtswolthat, eines kaiserlichen Gnadenaacts, wodurch der Schuldner von der Haftung mit seiner Person befreit wird. Und diese Befreiung von der persönlichen Haftung, die Beschränkung der Haftung aufs Vermögen ist eben die Folge der Abtretung auf Grund der Rechtswolthat. Dass man nun wirklich auch alles herausgebe, ist der Grund des geforderten Eides bei der Abtretung. Er ist die Bedingung dafür, dass man die bewilligte Rechtswolthat auch wirklich genieße. Und also ist eben der Nichtgenuss der bewilligten Rechtswolthat die Folge des nicht geleisteten Eidschwurs. Ganz anders im Langobardenrecht! Hier erspart man mit der spontanen Güterabtretung nur die obrigkeitliche Einziehung; man erspart also eigentlich gar nichts. Und die Eidespflicht hat einfach ihren Grund in der Klage der Gläubiger, ihr Schuldner besitze noch Sachen, die er nicht ausgeliefert habe: es ist, wie gesagt, die gewöhnliche Beweispflicht im gewöhnlichen Rechtsstreit. Wird der Eid nicht geleistet, so ist die Folge am Ende nur eine *intromissio a publico*, wodurch auch die restlichen Sachen dem Zugriff der Gläubiger preisgegeben werden. Das ist alles. Eine Haftung mit der Person steht gar nicht in Frage. Eine Haftung mit der Person findet in Civilfällen überhaupt nicht statt. — Und damit kommen wir schließlich auf diese letzte Frage des Vollstreckungsrechts zu sprechen.

Wir haben schon oben gelegentlich die beiden Stellen erwähnt, aus denen erhellt, dass die Zeit der Königsedicta keine Haft um Schuld kennt.<sup>298)</sup> Die eine Stelle: die aus der *Expositio*, sagt das mit dünnen Worten. Die andere: die von Liutprand, lässt mit ziemlicher Sicherheit darauf schließen, indem sie eben zahlungsunfähige Bürgen untauglich, ja überhaupt die Hereinbringung der Forderung durch die Annahme solcher Bürgen ausgeschlossen findet, *qui nihil habuerent, nisi solummodo personam suam*. Hat also der Schuldner, beziehungsweise sein Bürge, nicht genug Vermögen zur Befriedigung seines Gläubigers, so geschieht nichts weiter: die Forderung bleibt eben soweit ungetilgt. Dieser Rechtszustand scheint auf den ersten Blick ganz unannehmbar; um so wichtiger wird hier seine Erklärung. Sie soll nun versucht werden. Und um sie vorwegzunehmen: sie liegt gerade schon in unserer Anschauung über die Art der langobardischen Zwangsvollstreckung.

<sup>298)</sup> S. S. 88.

Wir haben in der Zwangsvollstreckung nur eine Willens-execution gefunden. Wir haben sie zunächst durch Pressionspfändung und am Ende durch die drohende Güterächtung bezieht gefunden. Diese Güterächtung ist auch selbst nichts als eine bloße Steigerung der Pression, die zuerst durch die Pfändung und den endlichen Pfandverfall versucht wird. Die Steigerung liegt in der Strafe, die mit der Güterächtung gedroht erscheint. Denn eine Strafe will diese Güterächtung in erster Linie sein.<sup>299)</sup> Sie ist eine wirkliche Strafe, indem der Achtfall der Güter zu Gunsten der Gläubiger vom Staat auch vollstreckt wird. Sie ist aber eben in erster Linie auch nichts mehr als eine Strafe. In zweiter Linie kommen allerdings die eingezogenen Güter den Gläubigern für die Befriedigung zu gute, indem sie ihnen überwiesen, die Gläubiger in die Güter eingewiesen werden. Allein an eine vorweg mit der Gütereinziehung bezielte Befriedigung ist um so weniger zu denken, als ja schon mit dem Pfandverfall der dreifache Schuldwert hereingebracht sein kann!

Erhält man aber derart allenfalls weitaus mehr, als die eigentliche Schuld beträgt, so erhält man wider allenfalls weitaus weniger: wenn eben das Vermögen auch in seiner Gesamtheit nicht die Schuld deckt! Das ist gerade das Charakteristische dieser Art Zwangsvollstreckung. Wir haben das noch weit drastischer bei der ursprünglichen Friedlosanction der Franken bemerken können.<sup>300)</sup> Geht da etwa der Schuldner, welcher eben bis zur Befriedigung seines Gläubigers völlig friedlos ist, durch, und zwar auch mit seinem Vermögen durch, so wird der Staat nichts thun, um ihn aufzuhalten. Indem dieser das befriedete Gebiet verlässt, bringt er gerade die staatliche Sanction zur vollsten Bethätigung: Er verlässt eben selbst die Friedensgemeinschaft, aus der ihn der Staat gestoßen hat und also geschieden wissen will. So hat auch in unserm Fall des langobardischen Rechts der Staat nur die Strafe für den ungehorsamen Schuldner im Auge: eben die Güterächtung. Er spricht sie aus und lässt sie vollstrecken, unbekümmert um die Größe des Vermögens. Er geht aber auch nicht darüber hinaus, unbekümmert um die Vermögenskleinheit. Die Strafe scheint eben groß genug für das Delict, zumal in

<sup>299)</sup> Darüber noch ausführlich unten S. 107, 136, 160.

<sup>300)</sup> S. oben S. 209, 214 in Bd. I.

der That auch bei sehr schweren Delicten nur diese Strafe verhängt sich findet!<sup>301)</sup>

Wie nun aber im Frankenrecht der Staat mit der Zeit die Befriedigungsfuction, welche auch die Ächtung allenfalls zu erfüllen vermag, immer mehr in die vorderste Linie rückt, bis er sie endlich an und für sich und losgelöst von der alten Acht verfolgt<sup>302)</sup>: so zeigt auch das langobardische Königsrecht einen deutlich verfolgbaren Zug, welcher mehr und mehr die Befriedigung als das vorzüglichste Ziel der Zwangsvollstreckung erkennen und am Ende die Befriedigung als solche bezielen lässt. Dieser Zug soll nun an der Entwicklung gezeigt werden, welchen die andere Seite der vollstreckten und damit zur wirklichen Strafe gewordenen Achtsanction nahm: der als Strafe vollstreckte Achtfall der Person. Es wird sich zeigen, dass er, wie der Achtfall des Vermögens, immer mehr seine ökonomische Function hervorkehrte, bis er endlich geradezu nur in diesem Sinn bezieht wurde: da gilt die verfallene Person als gewonnene Arbeitskraft, um die fehlende Buße hereinzubringen. Und eben das bahnte die Entwicklung an, ja führte schon fast bis dahin, dass die Schuldhafte auch für Civilfälle bei Insolvenz verwendet ward. Endgiltig kam es allerdings erst durch den Einfluss des Frankenrechts dazu.<sup>303)</sup> — Diese Entwicklung soll nun verfolgt werden.

Gegenüber der schlichten Friedloslegung, dem Achtfall von Gut und Blut, brach sich die ökonomische Idee zunächst in den Bußen Bahn. Ungemein bezeichnend hiefür ist die folgende Stelle:

Liutpr. 20. Der Mord soll in Änderung der früheren Wehrgeldbußen, wodurch man die Acht ablöste, von nun an mit dem Verfall des ganzen Vermögens gebüßt werden. Ita sane ut si minus fuerit ipsa substantia homicidae quam anterior compositio (= Wehrgeld) erat, aut nisi tantum, tunc et res suas perdat ipse homicida et persona eius tradatur ad propinquos defuncti. Nam si amplius habuerit ipse homicida

<sup>301)</sup> Vgl. Osenbrüggen, a. a. O. S. 28.

<sup>302)</sup> Darüber eingehend Bd. I. Das ganze III. Cap. des II. Abschnitts.

<sup>303)</sup> Nicht schon zur Zeit des Königsdicts. Darin erst Spuren einer Schuldhafte für Civilschulden, wie nun gezeigt werden soll. Richtigzustellen: Osenbrüggen, S. 30; Pertile, III, S. 62; Zöpfl, II, S. 140 f., III, S. 295; Bethmann, IV, S. 393, N. 120, V, S. 176, N. 18, S. 385, N. 17.

substantia, quam ipsa compositio anterior erat, amittat omnes res suas et accipiant heredis ipsius qui occisus fuerit; — et ipse homicida animam suam liberit.

Lösegeld ist also jetzt das ganze Vermögen<sup>304)</sup>; und zwar zum Unterschied von der früheren Composition nur, wenn das Vermögen mehr als die Composition beträgt. Es soll auch nicht äußerlich die gleiche Summe genügen, widrigenfalls der persönliche Achtfall nicht gelöst erscheint. Das zeigt uns, wie man auf die Summe sieht. Die Verletzung soll nicht nur durch eine höhere Strafe gesühnt werden; die Verletzten sollen wirklich auch mehr als früher erhalten! Es liegt nun nahe, dass man eben in der Person, die verfällt, als solcher dieses Mehr zu realisieren sucht. Und das geschieht eben durch die Ausbeutung des ökonomischen Wertes der Person. Während einige Stellen nur kurz bemerken, der Verletzte könne mit dem überlieferten Verletzer machen, was er wolle: Liutpr. 80 z. B., fügen andere ausdrücklich hinzu, wie er ihn auch ökonomisch verwerten kann: Liutpr. 121 z. B. Er kann ihn nicht nur strafen; er kann ihn auch verkaufen. Und als Kehrseite dieser ausgeprägten ökonomischen Nutzung finden wir andererseits auch schon ein Verbot ganz unnützer Grausamkeiten. Der Verfallene darf nicht getötet und nicht entmannt werden. Dann aber sagt eine Stelle geradezu: Er verfällt der Gewalt wie ein Slave. Da also finden wir den Achtfall geradezu ökonomisch gekennzeichnet:

Liutpr. 63. Si quis testimonium falsum contra quemcumque redderit, aut in cartola falsa se scientem manum posuerit, et ipsa fraus manifestata fuerit, componat widrigeld suum, medietatem regi et medietatem cuius causam fuerit. Et si talis persona fuerit, ut non habet, unde compositio facere, tunc publicus debeat eum dare pro servo in manum eius, cui culpam fecit, et ipse deserviat sicut servus.

Hier blickt auch schon durch, dass der Achtfall am Ende eben dazu dienen soll, die ökonomische Buße zu ersetzen, da deren Leistung ausbleibt. So aber nimmt der Personsverfall schon den Character einer (civilen) Personalexecution an. Er erscheint eben als eine Schuldsclaverei, die ein Äquivalent für die Buße und damit eine Befriedigung gleich der Buße

<sup>304)</sup> Vgl. dazu auch Bethmann-Hollweg, IV, S. 365 zu N. 6.

bieten soll. Und in der Verfolgung dieser Tendenz wird nun bald ein entschiedener Fortschritt gemacht.

Dieser Fortschritt liegt in der folgenden Norm:

Liutpr. 152: Si quis cumque homo qui est procius aut naufracus qui vendiderit aut dissipaverit substantiam suam et non habit unde compositionem faciat, et fecerit furtum aut adulterium aut scandalum, et placas alio homine intulerit, et fuerit ipsa compositio valente viginti solidi aut supra: dare debeat eum publicus in manu eius, cui istas causas inlicitas fecit, et ipse eum habeat pro servo. Si autem minus de viginti solidis fuerit ipsa compositio, sicut solit fieri usque ad sex aut duodecim solidos, tunc debeat eum publicus dare in manum eius, cui tale culpa fecerit pro servo in eo ordine, ut serviat ei tantos annos, ut ipsa culpa redimere possit, et vadeat postea ubi voluerit absolutus.

Es tritt also allenfalls kein totaler Verfall der Person ein. Es wird nach der Höhe der Bußschuld unterschieden. Es wird damit folgerichtig die Äquivalentfunction des Verfalls der Person urgiert. Nur für höhere Bußen entspricht der Bußhöhe ein Totalverfall. Bei geringeren Bußen entspricht dem Bußwert vielmehr schon ein Dienstwert, welcher sich zeitlich berechnen lässt. Und also kann die Dienstzeit entsprechend begrenzt werden. Wie aus dem Personsverfall eine Schuldsclaverei, so wird nun aus der Schuldsclaverei eine bloße Schuldknechtschaft. Mit dem Begriff der Schuldknechtschaft aber ist implicite schon ein weiterer Fortschritt gemacht. Der Schuldsclave hat mit dem Ächter die unfreie Rechtlosigkeit gemein; der Schuldknecht aber kann nicht als völlig unfrei und rechtlos gelten. Er ist eher frei als unfrei zu nennen. Er steht nur in Diensten. Und so sagt die folgende Stelle:

Aist. 22. Einem Freien, der dient, kann keine Ersitzung des Dienstrechts entgegengehalten werden, so dass der Freie ein Slave würde. Nam si pro furto aut pro alia malitia, sicut edictus contenit, ad deservendum in manus datus fuerit, deserviat.

Das ist alles. Der Freie hat einfach als solcher die Schuld abzu-dienen.

Aregis wiederholt in ausführlicher Fassung die obige Unterscheidung von Verfall zur Schuldsclaverei und bloßer Verknechtung



um Schuld. Er zieht dabei insbesondere auch die Familie in Betracht. Die Frau verfällt nicht mit dem Mann in Sklaverei. Sie bleibt dennoch seine Frau. Er hat wie die andern Sklaven zwei Tage in jeder Woche für ihre Ernährung frei. In die Schuldknechtschaft aber verfällt die Frau mit dem Mann. Das schadet ihr eben gerade so wenig wie ihm an der Freiheit. Sie muss nur mitdienen, und diese Theilung der Lasten des Gatten ist ihre Pflicht als Gattin. Darum gilt auch umgekehrt eben dasselbe, wenn die Frau eine Buße nicht zahlen kann, für den Mann.

Alles das steht in Aregis 6.<sup>305)</sup> In all diesen Fällen ist nun aber nur von einem Verfall durchs Gesetz die Rede. Es bedarf nicht erst einer Selbsthingabe. Es muss darum auffallen, dass wir gleichwol diese erwähnt finden. Das ist der Fall in der folgenden Norm:

Aist. 22. Si quis pro bonitatem suam introierit in servitium.

Es kam also wol eine Selbsthingabe vor. Dann aber muss sie in andern Fällen vorkommen, als wo schon kraft Gesetz die Person verfällt, wo es also der Selbsthingabe eben nicht bedarf. Darauf beziehen sich auch die Stellen von Liutprand 19, 58, 149. Und darauf hat wol auch die Capitularienstelle Bezug, welche omnes cartas obligationis aufhebt.

Lib. Pap. Lud. S. 4. Primum omnium placuit nobis, ut cartulae obligationis quae factae sunt de singulis hominibus, qui se et uxores et filios vel filias in servitio tradiderunt, ubi inventae fuerint, frangantur; et sint liberi sicut primitus fuerunt.<sup>306)</sup>

Hier scheint der Schritt gemacht, um die Schuldknechtschaft vollends auch Civilzwecken dienstbar zu machen.

<sup>305)</sup> Die Literatur in Bd. I, S. 236, N. 490; S. 226, N. 436, 437, 438; S. 230, N. 474.

<sup>306)</sup> Allerdings erfolgte diese Selbsthingabe oft nicht erst um Schulden, die man in der Noth gemacht hatte und nicht zahlen konnte, sondern auch sofort für Geld, das man nur für die sofortige Selbsthingabe bekam. Es scheint in jenen Zeiten eine drückende Nahrungsnoth geherrscht zu haben. Darüber noch im Folgenden. Allein schon hier mag zur Capitularienstelle bemerkt werden, dass sie wol nicht eine einfache Nichtigkeit des eingegangenen Verhältnisses bedeutete, sondern nur die Nichtigkeit der Clausel, wodurch man sich für ewige Zeiten und unwiderruflich hingab. Es sollte trotzdem eine Auflösung statthaben, und zwar, wie gleichzeitige Kirchenconcilien und am Ende das Edictum Pistense, alle im Anschluss an eine römische Constitution von Valentinian bestimmten, um einen Preis, der ein Fünftel zum erhaltenen Geld hinzuschlug. S. unten S. 169.

Die weitere Verfolgung dieser Spur aber machen erst die fränkischen Capitularien möglich. Ihre ziemlich zahlreichen Stellen über die Selbsthingabe in die Schuldknechtschaft, und zwar in die Schuldknechtschaft auch um civiler Verpflichtungen willen, drangen nach Italien und übten ihren Einfluss. Wir kommen darauf zu sprechen, indem wir uns jenen Einflüssen überhaupt zuwenden, sie zusammenfassend betrachten wollen, die aufs langobardische Königsrecht einwirkten.

## b) Weiterentwicklung.

### 1. Äussere Einwirkung.

(Capitularien und Schulproducte.)

Die Capitularien, in denen der fränkische Einfluss aufs langobardische Recht geübt ward, beziehen sich gerade vorzüglich auf den Stoff des zuletzt behandelten Abschnittes: die Verfestung und die Verknechtung. Daneben bieten sie freilich auch Manches über die Wadiation und die Pfandnahme. Vereint mit diesen Einflüssen, welche von außen ins Land drangen, wollen wir aber auch jene Einflüsse abhandeln, die als äussere erscheinen, wenn sie auch im Land selbst entsprangen: die Einflüsse der Schule aufs Rechtsleben. Die Vereinigung der so verschiedenen Einflüsse in der Darstellung ergibt sich um so eher, als gerade die Schule auch vorzüglich fränkisches Reichsrecht in die Erörterung einbezog, und als sie es namentlich auf den hier belangreichen Punkt prüfte, ob und wie weit dadurch das Recht der Königsedictate geändert oder gar aufgehoben erscheine. Die Vereinigung, wie wir sie vornehmen, ist am Ende auch schon in der langobardischen Zeit zu finden: im liber Papiensis mit seinen Glossen und seiner Expositio, woneben noch die gleichfalls aufgenommenen Formeln in Betracht kommen, ebenso wie am Ende das Cartular und die Quaestiones et Monita. — <sup>307)</sup>

Wenn wir nun mit der Ladung und Contumaz beginnen, so war im Frankenrecht die Verfestung durchaus üblich, um bei Ungehorsam zur Zwangsvollstreckung zu gelangen. Die fränkischen Rechtssätze, welche fast vollständig in den liber Papiensis kamen, sind sehr ausführlich, während in den langobardischen Königsedictaten nur vereinzelt Spuren ein ähnliches Verfahren an-

<sup>307)</sup> Vgl. Bethmann-Hollweg, V, S. 290 ff.; Boretius, M. L. XC sq.



deuten. Ein ähnliches Verfahren: es ist nicht das gleiche. Die Verschiedenheiten äußern sich in zwei Richtungen. Das Vermögen, welches nach beiden Rechten dem Contumax genommen wird, scheint ihm nach langobardischem Königsrecht gleich genommen zu werden <sup>308)</sup>, nach dem Capitularienrecht erst in einem Jahr. <sup>309)</sup> Und die Königsedictie enteignen den Contumax völlig zu Gunsten seiner Gläubiger, diese erhalten das ganze Vermögen <sup>310)</sup>; die Capitularien dagegen lassen nach Jahr und Tag das Vermögen dem Staat verfallen, welcher seinerseits freilich daraus die Gläubiger befriedigt. Das ist nun nachzuweisen.

Wir wollen hiebei mit den eigentlichen Gesetzesstellen des *liber Papiensis* immer zugleich die verschiedenen Zusätze behandeln: Formeln, Expositio, Glosse und die andern Privaterzeugnisse. Wenn derart die Klärung des Sinns der Normen oft wieder getrübt wird, so gibt doch gerade dieses getrübt Bild den wahren Zustand wieder: Die Schule hat vieles missverstanden und so manches verwirrt; gerade das Fäschliche, Missverständliche aber ist durch sie zuweilen zur wahren Geltung gelangt. In anderer Hinsicht freilich, und zwar in vieler Hinsicht mussten ihre Bemühungen fruchtlos sein, fruchtlos, weil sie keine brauchbaren Früchte zeitigte, weil sie sich in unfruchtbaren Speculationen ergieng, denen das praktische Rechtsleben fremd blieb. Und so ist durch diese Vermengung von Gutem und Schlechtem, Wahren und Falschem, Verwendbarem und Unbrauchbarem der Weg zu finden, den das praktische Rechtsleben, folgend den Einflüssen der Reichsgesetze, aber eben auch der Privaterzeugnisse, und andererseits wieder festhaltend am ererbten Heimatrecht nahm. Der Weg selbst soll dann im letzten Capitel an Hand der Urkunden verfolgt werden.

Den ersten Differenzpunkt des fränkischen und heimischen Rechts nun: die fränkische Confiscation nach Jahr und Tag, belegt schon die Stelle von Karl:

Lib. Pap. Karoli Magni, c. 27: Si quis ad mallum legibus manitus fuerit et non venerit, si eum sunnis non detinuerit, 15 solidis culpabilis iudicetur; si ad secundam et

<sup>308)</sup> S. oben S. 87, 93.

<sup>309)</sup> Ungenau Bethmann-Hollweg, V, S. 386.

<sup>310)</sup> Das erhellt aus der oben gezeigten *intromissio a publico*! S. 92.

terciam similiter; si autem ad quartam venire contempserit, possessio eius in bannum mittatur, donec veniat et de re qua interpellatus fuerat iusticiam faciat. Si autem infra annum non venerit, de rebus eius quae in bannum missae sunt rex interrogetur et quicquid exinde iudicaverit fiat.

Dass diese Einrichtung nicht in dieser Art auch langobardisch war, zeigt die Glosse, die zur eben citierten Stelle sagt: *Hoc capitulum Salichum est*. Mit der Bezeichnung als salisch will gesagt sein: fränkisch. Wir finden ähnlich eine andere Stelle <sup>311)</sup>, wo es sich wol um engeres salisches Recht handelt und umgekehrt von ribuarischem Recht gesprochen wird. Gerade in unserer Stelle liegt eine gleiche Verwechslung zu Grunde, da die Norm den *Capitula legi Ribuariae addenda* entstammt. Das Fränkische an dem Capitular beruht nun nebst der ganzen Ausdrucksweise nicht allein in der langen Bannmission. Es beruht auch in der Anfrage an den König, was nach Jahr und Tag mit dem Gut zu geschehen habe. Es fällt demnach das Gut nicht einfach, wie nach Langobardenrecht <sup>312)</sup> an die Gläubiger. Ihre Ansprüche allerdings werden

<sup>311)</sup> Expositio § 1 im Lib. Pap. Liutpr. 67: *Sacramentum quod in hac lege iubetur fieri a filio, a quodam Ribuario sacramento dissidet, quod filius ex paternis plus quam confessus est sub terra aut supra terram non habere iurare precipitur*. Dazu Boretius in seiner Ausgabe N. 54. Vgl. Ficker, I, 31.

<sup>312)</sup> Einen wichtigen Beleg für diese andere Gestalt und wol einfachere Gestalt des langobardischen Rechts bildet der Umstand, wie fremd die Schule jene Anfrage an den König anmüthet, was mit dem eingezogenen Vermögen zu geschehen habe; die einfache Erklärung bietet die Stelle von Ludwig, die wir gleich folgen lassen, und wonach nun eben der König die Bezahlung der Gläubiger aus dem eingezogenen Gute verfügt! Die Schule aber, statt so die eine Stelle aus der andern zu ergänzen, findet eben darin einen unlösbaren Widerspruch: dass die eine Stelle ihre Bannmission mit einem *rex interrogetur etc.* beschließt, die andere mit einem *fisco societur*, nebst Bezahlung der Gläubiger:

Lib. Pap. Kar. Magni c. 27, Expos. § 3: *Eo quod in hoc capitulo rex de rebus quae in bannum missae fuerint, quid exinde iudicaverit, interrogari precipitur — dicebant antiqui iudices, hoc capitulum a Ludoyci capitulo, quod est „Si cuiuscumque hominis proprietas ob crimen“ ruptum esse partim, quia secundum eos, quid de rebus illis fieri debeat, ut hoc precipit capitulum rex non interrogandus erat, immo iuxta predictum Ludoyci capitulum, si ille re cognita iustitiam facere venire distulerit annoque ac die res illas in eo banno esse permiserit, non ulterius eas acquirere maluerit, quia eas fisco habuerit.*

Es kann nun kein Zweifel sein, dass beides: „*rex interrogetur etc.*“ und „*fisco societur etc.*“ dasselbe bedeutet, zumal noch hinzugefügt wird, dass der

aus dem verfallenen Gut befriedigt. Diese Bedeutung hat eben die Anfrage an den König, was mit dem eingezogenen Gut geschehen solle. Und in diesem Sinn führt dies auch die folgende Capitularienstelle aus, die wir darum zur Ergänzung heranziehen:

Lib. Pap. Ludovici Pii, c. 16. Si cuiuscumque hominis proprietas ob crimen aliquod commissum in bannum fuerit missa et ille re cognita iusticiam facere venire distulerit annoque ac die in eo banno illam esse permiserit, ulterius eam non acquirat, sed ipso fisco nostro societetur. Debitum vero — iuxta aestimationem damni de rebus mobilibus — exsolvatur. Quod si quantitas ad compositionem non suffecerit, suppleatur de immobilibus. Quod si non de aliis rebus, sed de ipsa proprietate quae in bannum missa fuit — fuerit interpellatus, comes — hoc ad nostram noticiam proferre curet — ut in illius potestatem, qui eam quaerebat, si suam esse debet, faciamus pervenire.

Freilich scheint die Stelle gemäß ihrem Eingang nur von Delicten zu handeln. Man möchte das debitum dementsprechend

Fiscus aus dem Vermögen die Gläubiger bezahle. Es will, das ergibt der vielfache synonyme Gebrauch beider Phrasen, gesagt sein: das Gut fällt an den Staat, und also an das Oberhaupt des Staats, den König, welcher damit dann machen kann, was er will; er befriedigt nun eben die Gläubiger. Das befremdende Missverständnis der Schule erscheint nun aus dem andern Brauch bei den Langobarden erklärlich, und dieser andere Brauch wird also eben dadurch belegt: der einfache Anfall des schuldnerischen Guts an die Gläubiger und ihre Einweisung daren: die *intromissio a publico*.

Nun wird allerdings im Paragraph der *Expositio* die Auffassung der *antiqui* abgelehnt. Allein sie wird nicht wegen ihrer Begründung abgelehnt, sondern nur wegen ihrer Schlussfolgerung: dass die Stelle von Karl durch jene von Ludwig aufgehoben sei, weil jene von einem „*rex interrogetur etc.*“, diese dagegen von einem „*fisco societetur etc.*“ spricht. Dass letzteres eine Verschiedenheit bedeute, nehmen auch die *valentes* an; nur sei darum die Stelle von Karl nicht aufgehoben. Sie versöhne sich mit der von Ludwig, indem diese etwas anderes behandle und darum eine andere Sanction auf dieses andere setzen könne: die Stelle von Ludwig nämlich handle von einer Bannmission um *Delicta*, jene von Karl jedoch von einer Bannmission *de ingenuitate et hereditate*.

Und nun lässt sich die *Expositio* in eine Scheidung dieser zwei Fälle gemäß den verschiedenen Capitularien ein, welche ergibt, dass sie unter der *ingenuitas et proprietates* alle andern Fälle außer *Delicta* versteht (Vgl. auch Lib. Pap. Lud. Pii 17, *Expos.* 2) und welche so unsere Ausführung im I. Bd., S. 238 f., bestätigt!

von einer Bußschuld verstehen, zumal da im weitern von *compositio* die Rede ist. Dann aber wird hinwider von einem dinglichen Anspruch gehandelt, welcher gewiss als solcher kein crimen bedingt. Es handelt sich nun um die richtige Lösung des scheinbaren Widerspruchs, dass Ludwig von *crimen* und *debitum* und *proprietates*, also von Delict- und Schuld- und dinglicher Klage in einem *Athem* spricht.

Die Lösung liegt in der criminellen Natur des Ungehorsams als solchen.<sup>313)</sup> Darum gilt schon das Ungehorsamsverfahren als solches für ein Criminalverfahren, wie bei sonstigem crimen. Darum aber kann doch am Ende die civile Natur des eigentlichen Hauptanspruchs, indem er aus dem Banngut befriedigt wird, durchdringen. Und es kann sonach eine Schuldforderung aus dem eingezogenen Gut getilgt, ein dinglicher Eigenthumsanspruch aber vollends durch die Herausgabe des Gutes selbst befriedigt werden. Diese Lösung, welche übrigens nicht nur dem fränkischen, sondern auch dem langobardischen Recht der Königsedikte entspricht, ist, allerdings getrübt, in einem *arbor actionum* enthalten, den die Glosse zur Stelle von Ludwig verzeichnet:

Lib. Pap. Ludovici Pii c. 16, Glosse: *Actionum*

alie sunt ut criminales pro quibus res mittuntur in bannum.	alie ut debiti pro quibus pignus committitur.	alie ut in re pro quibus datur investitura salva querela.
---	---	---

Et ita est secundum quosdam, sed alii mittunt pro omni accione in bannum.

Die Trübung liegt im Schlusssatz, welcher auch den *arbor* selbst verdunkelt, als ob um Schulden überhaupt keine Bannmission stattfinden könnte. Sie kann wol stattfinden. Sie findet aber dann nicht unter dem Titel der Schuld als solcher, sondern des Ungehorsams als solchen statt. Und das ist ein *Delict*. Soviel nur sagt der Klagenbaum, insbesondere wo er von den Schulden spricht und da nur die Pfändung erwähnt. Damit nun stimmen in der That die folgenden Capitularienstellen:

Cap. Olonense, cap. generalia, cap. 5: *De liberis hominibus qui in aliena potestate mobilem suum transferunt, ut causator eorum eos pignerare non possit, placet nobis ut res*

<sup>313)</sup> Vgl. die Untersuchung in Bd. I, S. 190 f. Insbesondere aber auch oben S. 98 ff.; ferner unten S. 160. Vgl. Ficker, I, 33.

eorum infescentur, quousque venientes ad audientiam iusticiam faciant. Si vero venire contempserint, secundum capitulare domni ac genitoris nostri de eorum rebus agatur; nam et de ipsis rebus habita existimatione damnum quaestori sarciatur.

Steht hier eine *missio in bona propter debitum* in Frage, so im Cap. Hlud. II. (840/50) eine Verfestung propter delictum, und endlich im *Conventus Papiensis* (971) eine *investitura salva querela*<sup>314)</sup>: das ist der dritte Zweig des beschriebenen Klagbaums, die Bannmission um dinglicher Rechte willen, eine Bannmission, welche gleichfalls wegen unterbliebener Streiteinlassung des Geklagten erfolgt und bis zum ordnungsmäßigen *iustitiam facere* fortwährt:

Si inter ecclesiam vel alios ingenuos vel liberos homines, aut inter ecclesiam vel hominem de praediis seditio vel certamen sit, pugna decernatur. Si non audeat, res sue infescentur, et ecclesie vel homini cui iustitia pertinet, res sue reddantur.

Das *iustitiam facere* nun besteht, wie die letzte Stelle in Ergänzung der ersten zeigt, nicht nur im Vorkommen vor Gericht, sondern auch in der wirklichen Streiteinlassung; diese aber erfolgt nach wie vor, und zwar im fränkischen Capitularienrecht, wie im Recht der langobardischen Königsdicte durch die Leistung des Erfüllungsgelöbnisses, sei es nun für den Beweis oder für die Schuldleistung. Wir kommen damit auf diese Frage und ihre Behandlung zu sprechen. —

Wir werden da gleich zu Beginn sehen, dass die Pfändung, welche der Klagbaum als Zwangsvollstreckung um Schulden nennt, nicht ohne weiters, sondern erst auf Grund eines Erfüllungsgelöbnisses platzgreifen mag. Wir werden daraus noch ein letztes Beweismoment entnehmen können, dass die Pfändung nicht das einzige Zwangsmittel für die Schuldvollstreckung sein kann, da sie eben nur auf Grund eines vorhergehenden Erfüllungsgelöbnisses statthaft ist. Wir werden also noch einen letzten Beleg dafür finden, dass bei Nichtleistung des Erfüllungsgelöbnisses eine andere Zwangsvollstreckung geübt ward: eben die zur Beugung des Ungehorsams bestimmte und am Ende auch befriedigende Bannmission.

<sup>314)</sup> Darüber Bethmann-Hollweg, Bd. V, § 112.

Wir beginnen demnach mit der Prüfung der Bedingungen einer statthaften Pfandnahme. Da finden wir zur Stelle von Roth. 245, welche auf den ersten Blick ein unbedingtes Pfandrecht um Schuldforderungen zu gewähren scheint, zur Stelle, von welcher unsere Untersuchung des langobardischen Rechts der Königsdicte ausgieng, eine sehr bezeichnende Einschränkung durch die Glosse: 'sie fügt zum Wort *debitorem*, d. i. der Schuldner, den man pfänden können soll, hinzu: *sc. confitentem*. Was aber dieses „*confitentem*“ bedeuten will, dazu liefern die Formeln den Schlüssel, indem sie vielfach ein synonymisches Wort gebrauchen und also wol auch den gleichen Sinn damit verbinden: das ist *recordari*. Das Wort „*recordari*“ erscheint nun aber in Verbindungen angewendet, welche nicht den geringsten Zweifel darüber lassen, dass damit die Leistung des Urtheilserfüllungsgelöbnisses verknüpft ist. Stereotypisch finden wir immer die Worte wieder:

Da wadia, si te recordatus fueris, quod emendes, si non, iures sicut lex est.

Vgl. die Formeln zu Lib. Pap. Liutpr. 30, 60; Lud. P. 23 etc.

Da steht entschieden ein zweizüngiges Urtheil in Frage; das „*recordare*“ bedeutet also im Gegensatz zum Beweis für den Nichtbestand der Schuld deren Eingeständnis, verbunden mit dem Erfüllungsgelöbnis! Und so also wird auch unser ergänzendes „*confitentem*“ zu verstehen sein: der Schuldner, der gepfändet werden darf, muss ein *confitens*, d. i. ein *recordatus* sein, das aber ist eben einer, der das Erfüllungsgelöbnis geleistet, also wadiert hat.<sup>315)</sup>

<sup>315)</sup> Und so nun mag auch die folgende Stelle erklärt werden: Lib. Pap. Liutpr. 107. Form. Petre te appellat Martinus, quod tu pignerasti eum malo ordine in uno suo servo ministeriali. — Propter hoc te pigneravi, quia tu es michi debitor 100 solidorum. — Tunc ipse qui pigneravit probet, quod ipse sit debitor dare ei solidos 100, et si non potuerit, ipse qui pigneratus est iuret, et ipse emendet pignus tibi nonum. Si dixerit: „propter hoc te pigneravi, quia tu dedisti michi vadium de dare solidos 50 in Kalendis Maiis, et non dedisti“. — „Non dedi tibi unquam ipsam wadium“ — probet ipse qui pigneravit. Si dixerit: „propter hoc te pigneravi, quia tu fuisti meus fideiussor de uno vadio quod michi dedit Marcoarchus“. — „Non fui tuus fideiussor“ — probet ipse qui pigneravit, et si non potuerit, iuret quod non fuit fideiussor suus. — Die Stelle spricht, wie jene von Roth., vorerst schlechthin von einem Pfandungsrecht um Schulden. Was sie aber weiter hinzufügt, erscheint eben hier auch als weitere Einschränkung des Pfandungsrechts: Nachdem einmal festgestellt ist, ob überhaupt der gepfändete

Und damit sind wir bei der Betrachtung des Erfüllungsgelöbnisses selbst angelangt.

Sehen wir hier ein Erfüllungsgelöbniß, welches zunächst auf die Schuldleistung abgestellt ist, so finden wir andererseits Erfüllungsgelöbnisse, welche überhaupt nur auf die Eidesleistung oder auch auf den Kampf, kurz bloß auf die Führung des Beweises der Unschuld gehen:

Lib. Pap. Liutpr. 69 Form. *Date vadia invicem, unus de ostendere cartam de uno fratre et alius de alio.* — Lib. Pap. Roth. 361 Gloss. *Nam antiquitus preceptum erat, ut homo daret vadia et fideiussorem de sacramento.* — Lib. Pap. Roth. 148 Form. *Wadiate pugnam.* — Vgl. noch die Formeln zu Roth. 232, Otto 3, Loth. 79; Expos. § 2 zu Liutpr. 69, § 7 zu Lud. 15 etc.

Die große Rolle aber, welche wir gerade diesen Beweiswadiationen für die Königsedicté zusprechen konnten<sup>316)</sup>: dass sie die vorzüglichste Form des Erfüllungsgelöbnisses überhaupt bildeten, indem mit ihnen auch schon die Pfändungsbefugnis gegeben war, diese herrschende Rolle scheint ausgespielt. Das zweizüngige Urtheil des Frankenrechts hat seinen Einfluss geübt. Denn wir finden nun vorzüglich diese Alternativform des Urtheils angewandt: Wir finden zum Beweisgelöbniß gleich auch das Leistungsgelöbniß eben alternativ geboten:

Formeln im Lib. Pap. Loth. 2: *Da vadimonium, ut te exdicas aut emendes*; ähnlich zu Wido 3, 4, 9; Otto 3, 4.

Und wir finden auch gerade zunächst das Gelöbniß der Schuldleistung aufgetragen:

Kläger auch Schuldner ist, muss nun weiter festgestellt werden, welcher besondere Titel diesen Schuldner pfänden ließ: Wadiareichung oder Bürgenstellung, ob er kurz Hauptschuldner oder Bürge auf Grund der oblig. p. w. e. f. sei. Diese Auslegung, welche die nähere Ausführung des Anfangs der Stelle in ihrer Fortsetzung findet, erklärt einerseits die sonst unerklärliche Thatsache, warum man noch weiter nach der Wadiareichung oder Bürgenstellung fragt, wenn schon die nackte Schuld zur Pfändung genügt. Dass aber erst die Frage unter Beweis gestellt ist, ob der Kläger überhaupt Schuldner ist, erklärt sich daraus, dass der Geklagte aufs Neunfache haftet, wenn er einen Nichtschuldner pfändet, dagegen nur aufs Doppelte, wenn der Gepfändete Schuldner und nur nicht Wadiaschuldner oder Bürgschaftsschuldner ist!

<sup>316)</sup> S. oben S. 76, 77.

Expos. § 2 Lib. Pap. Roth. 363: *Si quis de maleficio interpellatus emendandi vel se purgandi wadium dederit*; Lib. Pap. Roth. 361 Form: *Quod emendaret aut iuraret cum suis sacramentalibus.* — Lib. Pap. Liutpr. 30: *Det wadium, si recordatus fuerit, ut emendet, si autem non, idoneet se cum suis sacramentalis.* Ähnlich Lib. Pap. Liutpr. 60 Form.; Lud. P. 23 Form. etc.

Ja während die Stelle im Lib. Pap. von Liutpr. (60) überhaupt nur vom Eid handelt, sagt doch die Formel hiezu ganz ausführlich:

*Da wadia, si te recordatus fueris, quod emendes, si non, iures sicut lex est.* —

Hier also ist das Langobardenrecht dem Capitularienrecht gewichen. Das fränkische Recht hat aber auch weiter auf die Art, wie die Wadiation geschah, wenigstens in gewisser Richtung — sie aber ist um so bedeutungsvoller, wir werden sie in den Urkunden erkennen<sup>317)</sup> — wirksamen Einfluss geübt. —

Im allgemeinen freilich ist die Art der Wadiation so wie früher. Es erfolgt die wadiae datio durch den Schuldner an den Gläubiger. Und es ist dann ein Bürge zu stellen, welcher durch die Übernahme der wadia vom Gläubiger als Mittelsmann zwischen diesen und seinen Schuldner tritt. Die Übernahme der wadia durch den Bürgen bezeugt eine Stelle der Expositio:

Lib. Pap. Roth. 182. Exp. *Tunc wadia a fideiussoribus accipiatur.*

Das Gebot, auch wirklich Bürgen zu stellen, wird in den Formeln betont:

Lib. Pap. Otto 3 Form. *Cuius placiti vadimonia debent esse cum fideiussoribus, tacita poena.* Ebenso Otto 4, 5, 6; Henr. 2; Expos. § 2 zu Otto 4; vgl. auch die Glosse zu Roth. 361.

Das Pfändungsrecht endlich auf Grund der Wadiation, und zwar schon vermöge der bloßen wadiae datio ergeben folgende Stellen:

Form. zu Liutpr. 15, wo einfach nur von Wadiation durch den Schuldner und daraufhin schon von Pfändungsrecht gegen ihn die Rede ist. Ferner wadia ohne fideiussores: Form. zu Liutpr. 51, 62, 77, 114, 117, 127; Loth. 6, 15, 78/80; Expos.

<sup>317)</sup> Vgl. unten S. 123 ff.

zu Lud. P. 15, § 1 und 7; 16, § 6; Add. IV (602); vgl. auch Form zu Liutpr. 107, worüber in der Note 315 auf S. 107. —

Zum Pfändungsrecht des Gläubigers gegen den Bürgen oder den Schuldner kommt als drittes das Pfändungsrecht des Bürgen gegen den Schuldner, worüber sich die Glosse ausspricht:

Lib. Pap. Liutpr. 38. Glosse zu pignus: Hic videri potest, quod debitor fideiussoris est debitor, quod et fideiussor debitorem pignorarare potest, et adversus eum accionem mandati exercere potest.

Der Schluss allerdings enthält eine romanistische Construction. Und das führt uns überhaupt auf die Versuche der Schule, das römische Bürgschaftsrecht mit dem langobardischen zu vergleichen und womöglich zu vereinigen. Da sagt zunächst die Expositio:

Lib. Pap. Roth. 178, § 3: Iuxta legem Langobardorum creditori datur electio, utrum fideiussorem aut debitorem pignerare velit, in quo a Romanorum lege dissidet, iuxta quam nisi prius debitor interpelletur et inopia approbetur, fideiussor appellari non debet.

Dazu kommt die Glosse:

Lib. Pap. Liutpr. 107, Hic est videndum, ut indiscrete pignoremus fideiussorem aut debitorem aut utrumque.

Der Gläubiger soll also nicht nur die Wahl haben, wen von beiden er pfänden will, den Bürgen oder den Schuldner; er soll auch wol alle beide pfänden dürfen. Es hätte auffallen müssen, dass die Königsedictate gerade den Bürgen voran nennen, während gemäß dem römischen Recht, das bezogen wird, umgekehrt der Schuldner zunächst stünde. Dazu kommt nun aber eine Stelle, die denn doch auch der Schule bedenklich schien, deren Interpretation wol mehr den Zwecken rhetorischer Dialectik, als praktischer Jurisprudenz diene. Das ist die Stelle, welche eben die Wahl des Gläubigers, ob er den Bürgen oder den Schuldner pfänden wolle, als endgiltig schon in einen Zeitpunkt verlegt, wo vorerst noch gar nicht von wirklicher Pfändung die Rede ist, wo überhaupt erst der Bürge angenommen wird. Es ist die Stelle von Liutprand (35), die wir oben eingehend untersucht haben, und aus der wir eben mit Rücksicht auf das Zögern des Gläubigers, die wadia an den Bürgen herauszugeben, folgern konnten, dass er das Pfändungsrecht gegen den Schuldner

nicht für ein ausschließliches Pfändungsrecht gegen den Bürgen eintauschen will.

Dazu sagt nun die Expositio:

Lib. Pap. Liutpr. 35. Expos. § 2: Notandum est, quod ambo, scilicet dans wadium et accipiens, iuxta hanc legem Langobardi erant et de omnibus alia lege viventibus nichil in hac lege praecipitur; etc.

Also will das romanisierende Bürgschaftsrecht der Schule gegenüber dem unvereinbaren Sinn des Edicts nun wol recht kleinlaut doch für Nichtlangobarden gerettet werden. Gleichwol wird die Untersuchung des Rechtszustands auf Grund der Urkunden zeigen, wie die romanisierende Anschauungsweise, vielleicht unterstützt durch den Einfluss des römischen Vulgärrechts im Handelsverkehr, nicht wirkungslos blieb. Gerade die Urkunden, aus denen sich der unzweifelhafte Beweis der bloßen Vermittlungsfunktion des langobardischen Bürgen ergibt, werden uns andererseits die beginnende Änderung zeigen, wie sie eben bereits durch diese Schulweisheit inauguriert erscheint.

Als bloße Schulweisheit und doch nicht einflusslos haben wir oben schon<sup>318)</sup> die Reflexionen der Schule erkannt. Man könnte sie die erste Naturrechtsschule nennen, da sie aus dem heimischen und fränkischen und römischen Recht zusammenschweißte, was ihr das Beste schien. Sie machte aber eben dadurch darauf aufmerksam. Ja sie zeigt wol in ihrer bewusst rationalistischen Reflexion auch den unwillkürlichen Einfluss, den die fremden Rechtseinrichtungen auf das ganze Volk, da es näher damit vertraut wurde, übten, und dem es sich in der weiteren Entwicklung des Rechts nicht entzog.

Ebenso widersprechend zunächst mit Rücksicht aufs geltende Recht und doch wieder als die erste Spur einer neuen Entwicklung erscheinen diese rechtsvergleichenden Reflexionen endlich im letzten Punkt, dessen Prüfung uns noch erübrigt: das ist der Umfang, in welchem das Pfändungsrecht zustand. —

Ganz allgemein wollte es Pippin beim Alten lassen:

Cap. Lang. c. 6 (Pertz I. 42). Ubi consuetudo fuerit pignerandi a longo tempore, ut et inantea in eo modo sit pro ipsas iusticias faciendas.

<sup>318)</sup> S. N. 312.



Mit dem *in eo modo* sind wol die Schranken gemeint, die besonders das Grundgut und die Person betrafen. Bezüglich des Grundguts kann nur im Nothfall, wenn schon der Zahlungstag da ist, ein Verkauf mit Bewilligung der Obrigkeit stattfinden. Das ergibt die Stelle aus dem Cartular:

Cartularium Nr. 6 (Additio III zum Papiensis der Monumenta): *Domne comes, hoc dicit Petrus infantulus. Cum Dominico suo tutore, quod petitur necessitatem famis, vel quod pater suus Albertus dimisit sibi debitum 10 librarum, et non habeat de mobilibus rebus, unde istud tempus necessitatis famis evadere possit vel debitum sanare possit, pro qua causa requirit vobis, ut pro Deo et anima domni imperatoris ac vestra mercede tribuatis illi licentiam et auctoritatem publicam ad venundandum unam petiam de terra iuris sui quae est in tali loco. Dann kommt ein Missus hin, um die Wahrheit zu prüfen, und dann erteilt der Graf die Verkaufserlaubnis.*

Was nun aber die Person als Executionsobject anlangt, so hat das fränkische Reichsrecht, unterstützt durch die Glosse und Expositio, also durch langobardische Theoretiker und Praktiker, eine wichtige Änderung angebahnt.

Wir finden zunächst im Papiensis fast alle Capitularien aufgenommen, welche von Schuldhaft handeln:

Lib. Pap. Caroli Magni 31, 34, 72, 107; Ludovici Pii 4, 7; Lotharii 1, 90; Capitula extra librum Papiensem vagantia 27; Capitulare Olonense, C. 10.<sup>319)</sup>

Die Capitularien handeln nun aber von der Schuldhaft als einer erzwingbaren, und zwar bei Vermögensmangel erzwingbaren Vollstreckungsmaßregel. Als solche hatte das Langobardenrecht bislang die Schuldhaft nur um Delicte gekannt, wenn man eine Buße nicht zahlen konnte.<sup>319a)</sup> Und nun sollte dasselbe für Civilfälle gelten. Ja es sollte sogar, wenn wol Vermögen, aber nur Immobilien-Vermögen vorhanden war, allenfalls eher die Hingabe der Person, als ihres Grundguts stattfinden. Das findet und das betont die Expositio im Cap. Car. 34<sup>320)</sup>, dessen entscheidende Wendungen sie selbst als Beleg citiert:

<sup>319)</sup> Den vollen Wortlaut s. Bd. I, S. 219 ff.

<sup>319a)</sup> Vgl. oben S. 88 und 97.

<sup>320)</sup> Darüber Bd. I, S. 238 f.

Lib. Pap. Caroli Magni c. 34, Expositio § 3; Capitulum hoc. dicens: „quod non habuerit unde illam solvat summam, semet ipsum per wadimonium in servitio principi tradat“, et postea dicens: „Et si ille homo qui propter eribanum in servitio se tradit mortuus fuerit, heredes illius hereditatem que ad illos pertinet non perdant“, declarat bannum non nisi de mobilibus esse solvendum, quia si de immobilibus deberet solvi, tunc hic de quo hoc loquitur capitulum potius de hereditate solvisset quam se in servitium principis tradidisset.

Wie sollte nun aber die Schuldknechtschaft erzwungen werden? Nicht unmittelbar, wie in Straffällen. Die citierte und auch die übrigen Stellen verlangen eine Selbsthingabe des Schuldners, ein *se pro wadio in servitium tardere*, wobei *wadium* soviel wie Pfand bedeutet. Auf die Selbsthingabe als Personalpfand war also der Zwang zu richten. Und das geschah in der That im Frankenrecht.<sup>321)</sup> Indem man zugleich mit der Leistung des Erfüllungsgelöbnisses dessen Versicherung forderte, verhaftete man denjenigen, der wegen Insolvenz keine Bürgen zur Sicherstellung fand, als „Selbstbürgen“. Aus dieser Haft als Selbstbürgschaft befreite erst die Verknechtung als Selbsthingabe. Und so war eben die Haft der Zwang zur Selbstverknechtung. Ähnliches bahnte nun die Schule fürs Langobardenrecht an.

Sie fasste zunächst ganz ähnlich das Erfüllungsgelöbniß als zu versicherndes Leistungsversprechen auf, indem sie die Bürgen bei der Wadiation, allerdings fälschlich und widersprechend, wie gezeigt, im Sinn einer römisch-rechtlichen Sicherstellung auffasste. Von der theoretisch verfehlten Construction gelangte man aber zur praktisch wichtigen Consequenz, dass beim Mangel dieser obligatorischen Bürgensicherheit, ebenso wie bei der römischen *cautio iudicatum solvi* — ja als diese mochte dann geradezu die Wadiation cum *fideiussoribus* erscheinen!<sup>321a)</sup> — ein Personalarrest einzutreten habe:

In der *Quaestio de lege Romana* (*Quaestiones et Monita*) finden wir folgende Stellen:

§ 1. *Homo qui ad placitum wadium dederit et non habet fideiussores paratos, comprehendatur et mittatur in*

<sup>321)</sup> Darüber Bd. I, S. 240.

<sup>321a)</sup> Darüber noch unten S. 161 ff., 175 f.



carcerem, quia lex Romana precipit: si quis fideiussorem non habuerit . . . (rel. des.)

§ 19. Si Romanus homo ad placitum wadium dederit, et non habet fideiussores paratos comes prenda et faciat mittere in carcere, quia lex Romana precipit: si quis fideiussores non habuerit, non despicitur carcere. Tamen de Langobardo hoc non posuimus, quia lex precipit, ut habeat „tres dies sine culpa“.

Die zweite Stelle spricht da von einem Personalarrest bei Bürgenmangel, gemäss dem römischen Recht. Die betreffende Stelle des römischen Rechts haben wir bei dessen Darstellung schon hervorgehoben. Es ist die c. 6. IX. 4.<sup>322</sup>) Nun wird diese Norm allerdings zunächst nur für Römer herangezogen. Allein der Unterschied für die Langobarden soll nur darin bestehen, dass sie sich drei Tage Bürgen suchen können. Das sagt der Schluss. Er bezieht sich auf Liutpr. 127. Und wir werden deshalb umso mehr annehmen, dass nach den 3 Tagen auch ein Langobarde ohne Bürgen selbst in Haft kommt, als der § 1, der wol aufs gleiche hinausläuft, allgemein anfängt: Homo qui. Der Schuldner, der da statt des Bürgen selbst mit seiner Person für sich bürgt, ist nun wol ein Selbstbürge, ein Selbstbürge freilich, wie ihn das frühere Langobardenrecht nicht gekannt hat. Diese Kenntnis vermittelte eben das Capitularienrecht mit seinem se pro wadio in servitium und pro servo in wadium tradere.

Wie sich diese Apperception der fränkischen Vorstellung im langobardischen Geist gestaltet hat, das soll an Hand der Urkunden im Schlussabschnitt ausgeführt werden, dem wir uns nunmehr zuwenden.

## 2. Innere Fortbildung.

(Urkunden aus dem Rechtsleben.<sup>323</sup>)

Gleich im Beginn des Verfahrens: bei Ladung und Ungehorsam zeigt sich ein Vorgang, welcher wie ein gemeinsamer Niederschlag heimischer Ansätze und fränkischer Einflüsse anmuthet. Die Ladung wird nämlich vorerst privatim vorgenommen.

<sup>322</sup>) Siehe darüber oben S. 50, 51 mit N. 171, 172.

<sup>323</sup>) Wir citieren die folgenden Urkundensammlungen in folgender Weise, wobei die erste Ziffer den Band des Werkes, die zweite die Seite, die dritte (in Klammern) das Jahr der Errichtung bedeutet: *Historiae patriae monumenta edita*

Bleibt sie fruchtlos, und wird nun das Ungehorsamsverfahren angestrengt, so stellt die Obrigkeit erst noch durch eigene Ladung den Ungehorsam abschließend fest. Daraufhin verhängt sie auch schon die Folge des Ungehorsams und vollzieht sie gleich: durch resolutiv bedingte Gütereinweisung, welche eben endet, wenn der Belangte vorkommt; d. i. die *intromissio a publico* als investitura salva querela, welche die folgenden Stellen zeigen:

H. P. M. XIII, 893 (927); 1284 (972); 177 (820); 822 (918); 808 (915); 858 (919); 860 (923): Gütereinweisung nach vergeblicher *mallatio* und *bannitio*. — H. P. M. XIII, 618 (896): Rückinvestitur bei Erscheinen und Entschuldigung fürs Ausbleiben. (Dagegen Ficker, I, 30.)

Statt sofortiger oder doch baldiger Folge des Belangten vor das Gericht kann sich der Kläger allenfalls mit einer *Wadiation* dafür begnügen, eine Einrichtung, welche ans römische *vadimonium* gemahnt:

Cod. Cav. III, 98 (999): *set ille nec paratus fuit minime nec mediatorem eis exinde possuit.*

Jedenfalls ist eine solche *Wadiation* vom Belangten zu leisten, wenn die Sache vertagt wird. Daraus aber folgt wol, dass auch wer diese *Wadiation*, wieder zu kommen, nicht leistet, ebenso dem

*iussu regis Caroli Alberti* (H. P. M.); Muratori, *Rerum Italicarum scriptores* (Mur. Scr.), Muratori, *Antiquitates Italicae medii aevi* (Mur. Ant.). *Codex diplomaticus Cavensis* (Cod. Cav.); Brunetti *Codice diplomatico Toscano* (Brunetti); *Monumenta di Storia patria delle provincie Modenesi* (Mon. Mod.). *Monumenta historica ad provinciam Parmensem et Placentinam pertinentia* (Mon. Parm.). *Affò, Storia della città de Parma* (Affò); *Codice diplomatico Padovano dal secolo sesto a tutto l'undecimo in den Monumenti storici pubblicati dalla deputazione Veneta di storia patria II. 2* (Cod. dipl. Pad.) *Romanin, storia documentata di Venezia* (Romanin); *Memorie e documenti per servire alla storia di Lucca* (Lucca); *Fanteschi, Memorie storico-diplomatiche riguardanti la serie dei duchi di Spoleto* (Fanteschi); *Dal Borgo, raccolta die scelti diplomi* (Borgo); *Lupi, Codex diplomaticus civitatis et ecclesiae Bergomatis* (Lupi). *Beltrani, Documenti Langobardi e Greci per la storia dell'Italia meridionale nel medio evo* (Beltrani). — *Marini, I papiri diplomatici* (Marini); *Ughelli, Italia sacra* (Ughelli); *Galetti, Del Primicerio della santa sede apostolica* (Galetti), *Jaffé, Regesta Pontificum Romanorum* (Jaffé). — *Monumenta storici della Romagna* (Mon. Rom.). — *Fantuzzi, Monumenta Ravennati* (Mon. Rav.); *Lami, Ecclesiae Florentinae monumenta* (Lami), *Passerini, Gli Alberti di Firenze* (Alb. de Fir.). — *Monumenta regii Neapolitani archivi edita ac inedita* (Mon. Neap.); *Matteo Camera, Storia della città e costiera di Amalfi* (Camera). Andere sind im gegebenen Fall citiert. S. S. 118, 170, 1, 2, 5.

Güterbann verfällt, wie wer von Haus aus nicht sein Erscheinen im Gericht per wadium versprechen wollte. Das aber führt uns noch einen Schritt weiter.

Es findet sich nämlich vielfach in den Urkunden eine Ver- tagung für Beweis Zwecke. Und es ist nun die Pflicht für den Be- langten, die Beweisführung zu geloben, mit der Pflicht, die Wa- diation für sein Wiedererscheinen zu leisten, ausdrücklich ver- bunden: er leistet eine Wadiation für beides, zumal ja die Tagfahrt nur der Rahmen eben für die Führung des Beweises ist:

H. P. M. XIII, 738 (908); 803 (915); 838 (949); 1752 (856); Cod. Cav. I, 235 (952); 88 (869); 92 (575); 145 (902); 166, 167, 177 (882); Mur. Ser. II, 2, 978 (983); 943, (874); Brunetti II, 1, 338 (803); Affo I, 339 (935); Troya Storia d'Italia IV, 4 (747).

Nun ist aber die Wadiation für den Beweis, wie wir oben ge- sehen haben, auch schon eine Wadiation für die Schuldleistung, falls der Beweis nicht erbracht würde. Es muss dies insbesondere in jenen Fällen gelten, wo laut den Urkunden gleich ein bedingtes Endurtheil, namentlich auf Beweis durch Eid oder Kampf erfließt:

Cod. Cav. I, 230 (950); 241 (954); 144 (902); II, 20 (964); 30 (966); 227 (985).

Auch in diesen Fällen wird zugleich das Zurechtstehn: das Erscheinen in der Tagfahrt zum Eid oder Kampf gelobt. Man sieht, wie die Fälle stufenweise in einander übergehen. Und so wird wol auch für diese qualifizierten Fälle des Nichtzurecht- stehens die gleiche Sanction gelten: die *intromissio a publico* als *investitura salva querela*.

Und man kommt so zum selben Schluss auf Grund der Ur- kunden, zu dem wir oben auf Grund der Königsedictie gelangten: jeder Ungehorsam, den organisch in die Execution auslaufenden Rechtsgang zu gehen, löst als Folge die genannte Einweisung der Gläubiger in das Schuldnervermögen aus.

Das also ist die Folge, wenn der Geklagte eine Wadiation, die ihm obliegt, nicht leisten will. Will er sie aber leisten: wie ist sie dann zu leisten, und welches sind die Folgen, wenn sie geleistet ist? —

Für die Art der Wadiation nun ist die Verbindung der Wadiareichung mit der Bürgenstellung die Regel. Zahlreiche Stellen nennen in der That diese beiden Theile der Wadiation

zusammen. Andere aber, und auch sie sind zahlreich, nennen nur die Wadiareichung:

H. P. M. I. 35 (827); 37 (832); 62 (880); 63 (880); 121 (915); I. 285 (990); XIII. 345 (859); 396 (865); 435 (874); 437 (875); 664 (901); 665 (901); 666 (901); 738 (908); 838 (919); Cod. Cav. I. 118 (882); 209 (937); 210 (938); 211 (938); 242 (955).

Dabei kann freilich mit dem Ausdruck *wadia* allein schon die ganze *obligatio per wadia et fideiussores* begriffen sein. Schon das aber spricht dafür, dass eben die Wadiareichung die Haupt- sache sei. Und namentlich die Stellen ergeben dies, wo zuerst allein von der *Wadia* die Rede ist und nur hinterher auch noch Bürgen gestellt werden:

Mur. Ant. I. 435. *Tunc iudicaverunt predicti Iudices, ut donet Nothekarius vadimonium de ducendis consortibus et Cartis ad placitum, et posuit fideiussore . . . Mur. Ser. I. 2. 501. Et gnadiare illos fecimus tali tenore ut ipse Hilarius aut missus eius monstraret rebus ipsae unde intentionem habebat ipsi Adelberti Abbati, aut ad missum eius; et sic reversi ante praesentia nostra staret exinde ad legem, et mediatores inter se positi abierunt. Cod. Cav. I. 209 (937); 241 (954); II. 12 (963); 30 (966); 72 (972); 167 (982); 177 (982); 184 (983); 227 (987); 277 (989); 317 (991); 327 (992) etc.*

Besonders die erstangeführte Stelle ist bezeichnend. Auf- erlegt wird nur die Wadiareichung. Und zur Erfüllung werden doch auch Bürgen gestellt. Das spricht dafür, dass die Bürgen- stellung einem Zweck dient, welcher eigentlich außerhalb des eigentlichen Geschäfts-Interesses fällt. Es erinnert an die ähn- liche Darstellung der *Expositio*: *wadia debent esse cum fide- iussoribus, tacita pena*. Diese *tacita pena*, die Buße bewirkt es, dass Bürgen gestellt werden. Die Strafe aber verfolgt ein Staatsinteresse: eben das Staatsinteresse, das wir oben behauptet haben: eine unparteiische Vermittlung der Pfandnahme zu be- wirken. Und nun finden wir eine ganze Reihe von Urkunden, welche diese Vermittlungsfunktion der Bürgen ganz außer Zweifel setzen.

Da sei zunächst auf ein Wort verwiesen, das sehr häufig, ja in mancher Urkundensammlung fast ausschließlich für den

Bürgen gebraucht wird. Der Mann, dem wir jene Function eines Vermittlers vindicieren, wird da schlecht und recht eben ein Vermittler genannt: er heißt mediator! Die Stellen sind zu viele, um auch nur eine Auslese anzugeben. Im Codex Cavensis z. B. kommt das Wort fast auf jeder Seite vor, während man lang und selbst dann oft vergeblich das Wort fideiussor suchen wird. Das Wort mediator ist es nun aber nicht allein, wodurch die Vermittlungsfuction erhärtet wird.

Für diesen mediator wird auch ganz ausdrücklich betont, was er vermitteln soll: eben die Pfandnahme.<sup>324)</sup> Er soll den Schuldner pfänden und die Pfänder dem Gläubiger übergeben. Und thut er dies nicht, so mag der Gläubiger ihm Pfänder nehmen und sie behalten, bis er es thut:

Beltrani 5 (915): et ipse supra nominatus mediator tribuit eis licenciam pignerare per bobes et legitima pignora quousque et ipse comprehendere inclita rebus que fuit supra nominati maui in pre (des. quaed.) eidem et tradat illam in pigno ipsorum qui supra zaffiri et adelprandi seu heredum illorum etc. — Vgl. auch: Mur. Scr. I. 2. 434 (972): mediatorem posuimus ad pignorandum. Ebenso Mur. Scr. I. 2. 435 (972); 436 (973); 437 (972): per suprascripta gaudia se ipsos mediatores ad pignorandum obligaverunt. Cod. Cav. I. 258 (958): unde ipse mediator vester tribuit vobis licentiam se pignerandum per bovi et alia sua legitima pignora, usque dum ita vobis adimpleamus per ordinem omnia etc. — Cod. Cav. I. 117 (882): Et si exinde in pignorationem beneritis, antipono me ego qui supra mediator tibi suprascripti creditori triplo pigno de omnia mea rebus legitima, ut licentiam habeatis prindere et tradere in manu creditore nostro usque dum

<sup>324)</sup> Und so nennen zwei romanische Urkunden unter germanischem Einfluss, welchen wir vielfach und gerade in dieser Hinsicht auch als wirksam im romanischen Recht erweisen werden: die eine den vermittelnden Bürgen interpres, die andere executor:

Ughelli, I, 530 (954): Ille audiens talem contentionem fecit nobis dare gaudiam et [qu]indenitatem intertrepretes ponere Andream, ut usque in tertium diem haberemus inducias pensandi inter nos etc.

Mon. Rav. V, 269 (1005) Iudicantes dixerunt ambabus partibus sub fideiussorem mittere sicuti fecerunt et delegaverunt utrasque partes executorem Leo de melo etc. S. auch S. 174.

siat bona iustitiam etc. — Vergl. auch Beltrani, 27 (1059); 28 (1072); 30 (1075).<sup>325)</sup>

Das alles könnte man vielleicht noch mit dem gewöhnlichen Bürgenbegriff für vereinbar halten. Nun aber kommen wir auf Belege aus Urkunden, welche nicht nur wieder unsern mediator zur Pfandnahme in dieser Function zeigen, sondern schlechterdings einzig und allein aus der unparteiischen Vermittlungsfuction des mediator begreiflich werden.

Wir finden bei wechselseitig verbindlichen Verträgen für beide Theile gemeinsam nur einen mediator bestellt! Das scheint der Triumph seiner Unparteilichkeit, dass er eben unbedenklich beiden Theilen dienen darf:

Cod. Cav. III. (997): unde iterum inter eis iudicabit et utrisque illis guadiare fecit — unde per partes mediatorem exinde posuerunt iohannes presbiter filius quondam leoni. — Ebenso III. 64 (997): unde sicut utraque partes inter illis convenit, guadiati sunt inter se et per partes posuerunt inter se mediatorem petrus filius audoaldi; Vgl. auch III. 90 (998).

Von da ist offenbar nur ein Schritt zum fränkischen Recht, das entgegen der Gundobada und eben auch entgegen dem Langobardenrecht keine Bürgen braucht, weil die Zwangsvollstreckung von vornherein in einer unparteiischen Hand: der Hand des Gerichts ruht. Der staatliche Richter, welcher zwischen beiden Parteien steht und urtheilt und vollstreckt, ist der Typus der Unparteilichkeit, welche unter den privaten Bürgen doch nur selten sein mag. Auch dieser letzte Schritt ist nun aber gemacht worden: Die Parteien haben den iudex selbst als mediator bestellt! Das zeigen die Urkunden:

Cod. dipl. Pad. 107 (994): Et posuit exinde fideiussor predicto Walcauso iudex. — Ebenda 354 (1099): fideiussor Walterius iudex. — Vgl. auch H. P. M. XIII. 1326 (970/4): in tali wadiaverunt, inter se posuerunt ei fideiussor Olrico, Angelberto, Alkerico, Algiso, Amizo, et Adam iudex.

Diese Form der Pfändungsvermittlung mochte dem Staat wol erwünscht sein. Was freilich zur ihr führte, war vielmehr der Wunsch, die leidige Last des Bürgschaftszwangs möglichst

<sup>325)</sup> Andere Stellen, welche hier einschlagen, bei Val, S. 209, N. 1; S. 245, N. 4. Brunner bei Goldschmidt, XXII, 512.

abzuschütteln. Und so kam es wol auch zu Spielarten, die dem Staatsinteresse an der Verbürgung so wenig gerecht wurden, dass sie es praktisch eigentlich ganz unterdrückten. Das geschah durch die Selbstbürgschaft, die vielmehr nur den Schein einer Bürgschaft trug<sup>326)</sup>:

Mur. Ser. I. b. 234 (972): *guadia mihi dederunt — et mediatores posuerunt nobis seipsos tali tenore etc.* Ebenso 435 (972); 436 (973); 437 (972); 463 (945); 470 (981); 501 (1022); 516 (1059). — Cod. Cav. I. 129 (884: *per vona convenientia guadia mihi ipse maraldus dedit et mediatore mihi posuit seipsum.* Ebenso I. 236 (884); 255 (957); II. 57 (968); ipsi sibi exierunt mediatores; II. 140 (980); 158 (981); 204 (984); 205 (984); 206 (984); 223 (885); 236 (986); 267 (989); 295 (990); 314 (991); 1 (960); III. 5 (993); 52 (996); 73 (997); 76 (997); 78 (997); 88 (999); — Beltrani 18 (1035): *Unde statim bona mea voluntate guadium dedi eidem falconi et mediatorem posui me ipsum;* 19 (1036); 28 (1072); 50 (1075); 33 (1098); 17 (1035): *Et me ipsum mediatorem tribui ei licentia sine compellatione me et mei heredes pignere etc.* Ebenso 11 (1036); 20 (1039).<sup>327)</sup>

Gerade dadurch, dass die letzten Stellen noch ausdrücklich auch bei der Selbstbürgschaft den Pfändungszweck als Bürgschaftsgrund betonen, wird es klar, dass, wenn Fremdbürgen gestellt wurden, eben nur gegen den Fremdbürgen vermöge seiner Bürgschaftsfunktion das Pfändungsrecht bestand. Ja wenn noch ein Zweifel sein könnte, dass der Gläubiger nur den Bürgen als solchen und nicht auch den Schuldner als solchen pfänden durfte, so zerstreut ihn die Art, wie allenfalls eine Haftung des Schuldners neben dem Bürgen begründet wurde: indem der Schuldner neben den Bürgen auch noch als Selbstbürge trat!

Cod. Cav. III. 38 (995): *Et mediatorem mihi posuit iaquintus diaconus et se ipsum.* Ähnlich Cod. Cav. II. 236, 248, 303; III. I, 37, 54. Ferner Mon. Neap. VI. 107: *Et*

<sup>326)</sup> Irrig über Selbstbürgen, Val de Lièvre, 244 f., 246 f. Pertile, IV, S. 498, N. 56. Richtig Sohm, Eheschließung, S. 42. Vgl. auch Brunner in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XXII, S. 513, N. 1.

<sup>327)</sup> Andere Angaben auch noch bei Val de Lièvre, S. 245, N. 3 und S. 209, N. 1.

*ego ipse (= Schuldner und Selbstbürge), etiam ego qui supra Russonus (= Fremdbürge) mediatores tribuimus vobis licentiam sine compellere nos nostrosque heredes pignora per omnia nostra (prindere).*<sup>328)</sup>

Das ergibt wol zwingend a contrario, dass sonst dem Gläubiger keine Pfändung des Schuldners neben der des Bürgen bestand. Es zeigt, wie nur ausnahmsweise eine Verbreiterung der Forderungsgrundlage<sup>329)</sup>, wie sie das Grundmoment der römischen fideiussio ausmacht, bezielt wurde. Und dass nun wirklich dieser römische Gedanke regelmässig fern lag, dass wirklich der Bürge statt des Schuldners dem Gläubiger genügen mochte, das beweist ganz schlagend der Fall, welcher geradezu eine Verengung der Haftungssicherheit bedeutet: Es tritt von mehreren Schuldnern ein einziger nur als Selbstbürge ein!

Beltrani, 8 (983): *Guadium dedimus tibi prenominati calopetri una mecum que supra mulier astante eodem viro meo et prenominati nepotes mei et mediatorem tibi posuerunt me ipsum qui supra musardo.* Ebenda: 16 (1033): *et mediatorem inter nos posuerunt tibi me qui supro paschali.* Ferner 22 (1053).

Nach einer Richtung allerdings war der Verbürgung, und zwar ihr gerade in Form der Selbstbürgschaft die Rolle beschieden, eine Steigerung der sonstigen Haftung zu bewirken. Diese Richtung, welche durch fränkischen Einfluss aufkam und durch die Schule begünstigt wurde, war die Haftung mit der Person als solcher, die Haftung als Personalpfand, die durch sofortige Selbsthingabe auch gleich verwirklicht wurde. —

Wir haben oben die bezüglichen Capitularien angeführt, welche alle in den liber Papiensis Eingang fanden. Wir haben auch betont, dass wadium hiebei etwas anderes als die langobardische wadia, nämlich Pfand bedeute, wenn die Verbindung gebraucht wird: in wadio pro servo se tradere oder pro wadio in servitium venire. Gerade die letzte Verbindung hat wol die Brücke gebildet, über die das fränkische Institut ins langobardische Rechtsleben kann.

Bei den Franken nämlich heißt dieses „pro“ soviel wie „als“: pro wadio heißt als Pfand. Das ergibt sich zweifellos aus der

<sup>328)</sup> Über diese Stelle in anderer Richtung Val, S. 245, N. 4.

<sup>329)</sup> Siehe die Schulconstruction S. 112, 113.

andern Verbindung: pro servo in wadium. Das wadium kann danach nicht die wadia sein. Bei den Langobarden aber scheint man das „pro“ im Sinn von „statt“ verstanden zu haben; und da nun konnte man immerhin unter wadium die wadia verstehen: Man fand so in der Verbindung pro wadio in servitium se tradere einen Ersatz der wadia durchs servitium, sei es dass man an eine unmittelbare Selbsthingabe statt der Wadiation dachte<sup>330)</sup>, oder dass man bei der Wadiation die wadia als derart ausgelöst auffasste: nicht durch eine Bürgenstellung, wie sie sonst vorkam, sondern durch eine Selbstbürgschaft, welche die Einsetzung der Person als Pfand enthielt, und wobei dieser Selbsteinsatz auch gleich verwirklicht wurde: durch die Selbsthingabe. In diesem Sinn ist die folgende Urkunde gehalten:

Cod. Cav. I. 121 (882). Ego — mutuum accepit a te — unde wadia tibi dedit et ipsi mihi mediator exhibeo tinore, ut benientes nos in quinque anni completi reddamus bobis ipsi sex solidi asque opera, et tale pretium bobis reddere spondimus — et amodo et dum ipsi solidi apud nos fuerit, spondimus bobis facere per omnes eadomada opera una ubi tibi necessum fuerit. et si amplius post ipso constitutum ipsi solidi apud nos retenti fuerit, ipse opere bobis demus per domada.

Man sieht: eine wadia ist schon gereicht, bevor der Selbstbürge eintritt. Der Selbstbürge kann also nicht die wadia sein, er kann sie nur auslösen! Seine Pfandfunction aber zeigt der Pfandgenuss, den er dem Gläubiger bis zur Schuldzahlung einräumt. In der gleichen Gestalt: als Versprechen der Dienstleistung an bestimmten Tagen der Woche, bald an mehr, bald an weniger,

<sup>330)</sup> Zunächst die Auffassung des in servitium pro wadio venire, schlechterdings als Ersatz der Wadiation durch eine sofortige Verknechtung, spielt in die folgende Criminalverknechtung hinein, wie sie schon früher üblich war: Cod. Cav. I. 135 (894): nos quidem iudicibus diximus eidem teodelgardo, ut daret wadia ipsorum, ut secundum legem nongentos solidos eidem mulieris et ad pars palatii componere; ille dixit, ut non tanta abere rebus aut substantia, unde se ab ac culpa liberare postat, eo quod pauca rebus se dicebat habere, dum nos iudicibus tale eius audibimus manifestationem et pauca se dicebat abere substantia, de presentis per capillis capitis suis se ipso teodelgardus comprehendere fecimus, et in manum ipsius adelgise et adelfrid parenti et tutori sui seu et ipsius Gaidenardi qui missus erat a pars palatii, se tradidit cum omnibus rebus suis pro suprascripta compositione.

kommt die Schuldknechtschaft auch in Verknechtungsformeln zum Ausdruck, jenen Formeln, welche ausdrücklich „obnoxiationes“, d. i. Hingaben in die Schuldknechtschaft genannt werden. Jener Zeit erscheint eben schon als Schuldknechtschaft die bloße Dienstverdingung, wenn sie in ähnlicher Weise für ganze Tage in jeder Woche durch Jahre erfolgt, umsomehr, als ja selbst die wirklichen Hörigen, namentlich bei den Langobarden<sup>331)</sup>, aber auch bei den Franken<sup>332)</sup> einige Tage in der Woche frei haben. Wie natürlich schon in dieser Verdingung für einen Bruchtheil der Zeit ein entsprechender Bruchtheil der Schuldknechtschaft gefunden wurde, zeigen insbesondere jene Verknechtungsformeln, welche die Dienstverpflichtung für die halbe Woche als ein „medietatem status locare“ eben im Sinn einer Schuldknechtschaft bezeichnen. Ja indem die Dienste des Schuldknechtes zunächst als Antichrese gelten, findet er gerade in der andern medietas Zeit und Kraft, seine Schuld am Ende auch abzuarbeiten und so zur Vollfreiheit zu gelangen, die ihm vorbehalten erscheint. In anderer Richtung ein medietatem locare zeigt nun aber die folgende Urkunde:

Cod. Cav. I. 117 (882) . . . in muctum accepit . . . unde wadia tibi dedit et mediatorem tibi posuit radelgisum, filio airissi, ut amodo et usque in quinque anni completi emitte te in ipso casalem meum, quem habeo hic noceria propria ipsa casa mea: . . . clauso isto, sicut fini continet, in integrum te ibi emitte usque in predicti quinque anni completi, in tali bero rationem, ut bos ipso laborate cum bobi et date media semente et nos ibi ponimus media semente et laboramus manualiter et potamus et bendidiamus cum omnem meo spengio (= meis expensis) et omnem frugio et laborem et binu et poma per equaliter debidamus annualiter; et ammodo et usquedum ipsi solidi apud nos fuerit, non habeamus potestatem per nulli modi nec bindere nec donare, neque per nulla rationem ubique ipso dare, usque dum ipsos solidos bobis reddamus. —

Mit dem Fall der Selbstverbürgung als Selbsthingabe sind wir eigentlich schon von der ersten Frage, wie die Wadiation

<sup>331)</sup> Vgl. oben S. 102 mit N. 305.

<sup>332)</sup> Vgl. Bd. I, S. 233 f.



geschah, auf die zweite zu sprechen gekommen: welche Folgen die geschehene Wadiation nach sich zog. Die persönliche Pfandhaftung nämlich erscheint als contractliche Ausdehnung des gesetzlichen Pfändungsrechts, wie es im Gefolge einer Wadiation bestand. Und zwar ist hier die Folge vorweg genommen, indem gleich nach der Wadiation die Schuldknechtschaft anfängt: die Auslösung der wadia geschieht durch sofortige Pfandsetzung seitens des Schuldners, und das Pfand ist er selbst.

Die letzte Urkunde zeigt aber noch ein weiteres: mit dem vorweg genommenen Personalpfand vereint sich ein eben solches Sachenpfand, und zwar Grundgut als Sachenpfand. Auch darin liegt, und zwar zunächst in dieser anticipativen Gestalt, eine contractliche Ausdehnung des gesetzlichen Pfandrechts, wie es als Wadiationsfolge zustand. Die Person nun und auch ihr Grundgut als Pfand von vornherein, das nebst der Schuldtilgung theilweise auch der Antichrese diene, kehrt in der folgenden Urkunde wieder:

H. P. M. XIII. 160 (809) . . . et pro usuris eorum de superscriptis Dagimundo et Walderisso devitoris vovis Sespaldi et Trasemundi creditoris nostris in logo pignoris seu fiducia, id est omnibus rebus nostris in fundo Salomno, tam casis, orto, area, pummiferis, campis, pratis, vineis, silvis, astalariis pascuis, agnationibus, accessionibus omnis et in omnibus ex integrum, ut supra dixi, in fundo Salomno; et repromittimus nus supradictis rebus laborare et meliorare et persolvere labore etc. Vgl. auch H. P. M. XIII. 30 (747); 233 (837).

Immerhin sind das Ausnahmen: Ausnahmen noch unter den Ausnahmen, indem die erweiterte Pfändungsbefugnis wol oft vorkommt, nur nicht gleich vorweg verwirklicht.

Am häufigsten ist mit der Einräumung des Pfändungsrechts überhaupt, sei es nun durch schlichten Vertrag, sei es durch solenne Wadiation, die einfache Ausdehnung des gesetzlichen Pfändungsrechts auf alle Fahrhabe, auch die sonst ausgenommenen Gegenstände, verbunden. Sie findet sich in verschiedenen Wendungen:

Beltrani, 5 (915): et ipse supra nominatus mediator tribuit eis licenciam pignerare bobes et legitima pignera. — 6 (980): et ipse qui supra mediator tribuit licenciam se pignerare per legitima pignera sua et inlegitima. — 9 (983):

per omni causa mea legitima et inlegitima. — Ähnlich 17 (1033); 18 (1035); 19 (1036); 20 (1039); 22 (1053); 29 (1072); 30 (1075); 33 (1098). — Cod. Cav. I. 258 (958); Mur. Scr. I. 2. 434 (972): ad pignorandum obligaverunt nobis per nominative bovi, baccae, porci, et omnia alia sua causa usque ad legem. Auch 435.

Der nächste Schritt ist die Preisgabe liegenden Guts an die Pfändungsbefugnis. Er wird zugleich mit dem ersten gemacht, bedingt dadurch, dass alle Fahrhabe noch nicht die Schuld tilgt:

H. P. M. XIII. 129 (796): Et si menime persolveremus omnia qualiter supra legititer, tunc potestatem haveas creditor vel tuis heretis per vos aut messo vestro sine adisione iudici comprehendere pegneras meas vel heretibus lecititas vel inlicititas, boves, cavallos domitus et indomitus; et si pegneras intra curtes nostras de dublo non inveneretes, potestatem haveatis sine messo iudici introire in camporas, pratas, vites et selvas iuris nostris, quas habere vedeor in vico Salomne, aut ubi meo iuri pertinet, ubi aelegere voluaeretes, quanto presens cautio in diae illa in se continuaerit; et si antequam presens cautio persolveremus, de superscriptis territoriis per qualecumque ingenio aliaenare presumpseremus non redroavilem nisi tanto quanto tunc presens cautio persolta fieri possat, pro extrumento vinditiones in vestra creditori deveniat potestatem faciendi quod voluaeretes vel cui ad exegendum dederetes. — Vgl. auch Cod. Cav. III. 49 (996); I. 121 (882); 117 (882); H. P. M. XIII. 285 (848).

Den letzten Schritt endlich bildet die Unterwerfung auch der Person, wenn sie zur Schuldtilgung noththäte.

H. P. M. XIII. 883 (918): Presencia bonorum hominum quorum nomina subter leguntur, dedit wadium Adelbertus — Ragiberti — eo ordine sicut supter insertum fuerit . . . . Posuit exinde fidem Dominicone de superscripto vico Colonia, filius quondam Roperti, qui oblicavit eidem domno Ragiberti abbati a parte eiusdem monasterii omnes pigneras et boves et reliquas bestias suas et de suos heredes compreindendum per se ipse Ragibertus abba eiusque missi vel pars eiusdem monasterii, sine kalumnia vel publica autoritate vada o stet non vada; ubique eas invenerit, et ipse Adelbertus obligavit eidem Domineci pignoras suas eciam sua persona, si oportet



venerit, compreindendum et in presencia eidem abbati vel puplici adducendum.

Die Urkunde zeigt auch schon, dass nur mit Willen eine Vernechtung um Civilschulden eintrat. Es gibt nur eine Ausnahme von dieser Regel; und das ist der Fremdenarrest: Er allerdings war auch um Civilschulden möglich. Und zwar als Arrest nicht nur des Schuldners selbst, sondern irgend eines Bürgers seiner Gemeinde: als Repressalienarrest.<sup>333)</sup> Es war nur eine Ausnahme von der Ausnahme, wenn dieser Repressalienarrest, meist durch Staatsverträge, verboten wurde:

Cod. dipl. Pad. 26 (853), 61 (952); H. P. M. XIII. 691 (904); 118 (787) fideiussores violentes tollere, ad fideiussores tollendos ingredi; vgl. auch Affò, I. 280 (674); et dum multas inter suprascriptus Civitates erant intentiones et scandala fiebant et pignerationes, previdimus etc. Romanin 358 (840): Liceat etiam pignerare hominem de ipso loco, ubi causa requiritur. —

Ist hiemit dargethan, was man und wann man es pfänden darf, so entsteht nun die Frage nach dem Maß der statthaften Pfandnahme. Und damit nach dem Zweck der Pfandnahme!

Am einfachsten ist es, wo ein bestimmter Schuldbetrag aussteht. Und hier wieder ist die Pfändungsbefugnis bis zum Schuldbetrag das Einfachste.<sup>334)</sup> Dass die letztere an Stelle der doppelten Pfändung bis zum dreifachen Schuldbetrag treten konnte, beweist, wie aus der bloßen Pressionsfunction der Pfandnahme, mit Her-

<sup>333)</sup> Vgl. Wach, a. a. O., S. 39 ff. Vgl. auch Meibom, a. a. O., S. 221, Das Fremdenrecht als „Pfändung im Nothfall“. Dazu namentlich Beltrani in den meisten Urkunden: „etiam sua persona“ — also war die Person wol sonst kein Pfandobject. Der fränkische Vernechtungszwang und seine römische Schulconstruction (s. S. 114 ff.) waren also noch nicht zur Geltung gelangt. Sie hatten nur die häufige Anwendung contractlicher Personalhypotheken bewirkt, und so wurde ihre Geltung als Gewohnheitsrecht angebahnt. Erreicht ward das Ziel erst späterhin. Jetzt gab es nur ausnahmsweise einen erzwungenen Arrest.

<sup>334)</sup> Dass späterhin die Pfändung nur bis zum Schuldbetrag zustand, nimmt auch Wach an (S. 27, 32).

Entschieden aber spricht für die Pfändung auf den einfachen Betrag einmal, dass eigens eine Haftung aufs Mehrfache ausgemacht wurde: darüber das Folgende im Text mit den urkundlichen Belegstellen. Und ferner, dass Conventionalstrafen für den Fall der Nichterfüllung und ein Pfändungsrecht für die Conventionalstrafen eingeräumt wird. Da kann wol kaum mehr als eben der Betrag der Conventionalstrafe gepfändet werden!

vorkehrung des praktischen Wertgehalts, den der Pfandverfall bot, entsprechend dem Zug der Zeit eine Befriedigungsfuction geworden war<sup>335)</sup>: die Pfandnahme war parate Execution. Die Wadiationsurkunden parat exegible Urkunden. —

Immerhin kommen Verwicklungen vor. Es wird zunächst die Pfändung für ein Vielfaches der Schuld erlaubt. Und zwar meist bis zur doppelten<sup>336)</sup> oder dreifachen Schuldhöhe:

M. H. P. XIII. 30 (747): et si menime complivero de omnia quibus superius legitur compuna tibi supra credituri meo ipso solido in dublo. — Cod. Cav. III. 49 (996): et obligavimus vobis qui supra germani ut licentiam et potestatem abiatis vos et vestris heredibus cum ista cartula introire in ipsa rebus nostra de lu mercatu (= ex loco mercatu) et tollere exinde alio tanto per appretiatum, quantum de ista nostra vindicione nobis tultum fuerit. — Cod. Cav. I. 121 (882): et si exinde in pignerationem beneritis, antipono me ego qui supra debitor et mediator et meos heredes triplo pigno de omnia mea rebus legitima, ut licentiam habeatis prindere et tenere usque dum ad bestra beniatis iustitiam. — Ähnlich Cod. Cav. I. 117 (882).

Es wird aber ferner die Pfändung und damit die parate Execution eines beliebigen Anspruchs derart ermöglicht, dass für die Nichterfüllung Strafen stipuliert und für die Strafsummen nun das Pfändungsrecht eingeräumt wird. Gerade diese letzte Art ist die häufigste: sie begegnet bei den verschiedensten Vertragspflichten, welche sonst einer Execution durch Pfändung schwer zugänglich wären. Es würde jeder Pfändungsmaßstab fehlen, namentlich wo es sich um persönliche Leistungen oder Unterlassungen handelt. Und namentlich Unterlassungen: nämlich der Anfechtung irgend einer Veräußerung, sei es Verkauf oder Tausch oder Schenkung, und zwar zu Eigenthum oder Erbpacht, bilden die überwiegende Zahl der Fälle. Sie sind einfach unzählig!

Belege zu geben scheint darum überflüssig. Sie finden sich auf jedem Blatt einer jeden Urkundensammlung. Wichtig aber

<sup>335)</sup> Dieser welthistorische Process, der uns überall wieder begegnet, ist schon oben (S. 44, 53) fürs römische Recht und fürs fränkische Recht (Bd. I, S. 209 bis 223: „Materialisierung der Processactidee“) gewürdigt worden. Auch oben S. 99.

<sup>336)</sup> Vgl. Goldschmidt, Universalgesch. d. Handelsrechts, I. S. 134, Nr. 138 a.

ist es, auf die Entwicklung hinzuweisen, in welche die fraglichen zahllosen Fälle die ganze Wadiation drängten. Damit kommen wir am Schluss, nachdem wir die Art und die Folgen der Wadiation besprochen haben, von den Folgen wieder auf die Art zurück, weil in der That die Folgen auf die Art zurückwirkten, weil man, um diese Folgen: parate Execution durch Pfändung in bestimmtem Maß, zu erreichen, und zwar möglichst bequem und womöglich überall zu erreichen, die Wadiation, welche derart das ganze Vertragsleben in seiner Vielgestaltigkeit mitlebte, immer mehr abgeschliffen und zugeschnitten hat.

Wie die Bürgen entfallen konnten, ist schon gezeigt: durch die Selbstverbürgung. Aber auch die Wadiareichung entfiel mit der Zeit. Sie entfiel zum mindesten als solche. Sie wurde durch die Urkunde aufgesogen, die schon früh und meist neben der Wadiation über sie errichtet worden war. Allmählich hat sich dieser Process vollzogen. Zum Schluss war die Urkunde alles — die Wadiation war verflüchtigt. Allein ihr Geist lebte in der Urkunde fort. Er war deren Seele geworden. Er war es, der die germanische Urkunde zur Schriftverpflichtung machte, wobei das Papier die Verpflichtung verkörperte, und sohin zum Inhaberpapier, da eben das Papier mit seiner Verpflichtung das Recht in die Hand gab. Durch die Untersuchung dieses Entwicklungsprocesses werden wir auf den Grund der verpflichtenden Kraft des Papiers geführt, auf den Grund auch seiner Inhaberfunction und Begebungsfähigkeit. Ja wir werden alle diese Rechtseinrichtungen, welche dem Vertragsleben seinen modernen Schwung geben konnten, in der einfachsten Form schon in unserer Zeit verwirklicht finden.

Die Untersuchung soll im Anschluss an das romanische Urkundenrecht erfolgen, weil die Entwicklung gemeinsam verlief, dem Vulgärrecht wol gar der erste Impuls entstammte. Nur so viel sei schon hier gesagt, und damit beschließen wir diesen Abschnitt, dass die tiefste Wurzel dieses Rechtsproductes, welches die Welt eroberte, die germanische Willensexecution gewesen ist: die Einwilligung in die Zwangsvollstreckung, welche immer und überall die Bedingung der Vollstreckbarkeit eines Anspruchs war und also auch mit die Bedingung seiner Verpflichtungskraft. —

## II. Römisches Recht mit germanischem Einschlag.

### a) Ostgoten-Edicte.

#### 1. Vollstreckung in das Vermögen.

Die Macht und der Zauber des römischen Rechts wirkte wundersam auf die Ostgoten. Ein barbarisches Volk, in Streit und Krieg geboren und auferzogen<sup>337)</sup>, nahm es das fein gefügte römische Recht, gleichsam wie einen Schatz, eine Kriegsbeute, die dem Eroberer gebührt, für sich an. Allerdings gieng die Errungenschaft von oben aus: der große Theodorich hatte den Blick des Staatsmanns, um Cultur mit dem Recht vererben zu wollen.<sup>338)</sup>

Und doch hat ein solches, von oben herab dictirtes Recht seine Geltungsgrenzen. Theodorich selbst hat sich kaum dem erbten germanischen Volksgeist entziehen können. Und es hat darum sein Bedenken, eine blinde Reception des römischen Rechts im gotischen Reich anzunehmen. Was vorzüglich blendete, war die römische Form, und ihr nun, das soll gezeigt werden, hat man vielfach einen germanischen Sinn unterlegt.<sup>339)</sup>

Niemand vermag es, über sich selbst hinauszukommen. Der Volksgeist lebt im Einzelnen, bildet das Medium, welches brechend auf alle aufzunehmenden Vorstellungen wirkt. Und so haben sich auch die römischen Rechtsvorstellungen am germanischen Geist gebrochen. Was dann aufgenommen blieb, das besaß oft vom römischen Recht nichts als die blendende Form, welche eben zur Aufnahme angelockt hatte: Eingezogen in die Form war germanischer Geist. Das römische Recht war durch die Brechung in den Köpfen der Goten zu einem innerlich germanischen, von germanischem Rechtsgeist erfüllten Recht geworden.

So dürftig auch die Spuren sind, die dies verfolgen lassen: die Tragkraft der Grundidee, die sich sonst auch in allen Germanenreichen, wo römisches Recht recipiert ward, bewährt, ja die endlich auch den großen Process, den man vorzüglich als die Reception bezeichnet, beherrscht, die Wahrheit dieses Grundgedankens gibt uns den Muth, sein Walten im Ostgotenrecht zu zeugen.

<sup>337)</sup> Vgl. Dahn, Könige der Germanen, IV, 51 f.

<sup>338)</sup> Vgl. Dahn, Könige, III, 17 ff., 254 ff.

<sup>339)</sup> Vgl. schon eingangs S. 4.

Wenn manches vielleicht nur hypothetisch bleibt, so mag man nicht vergessen, dass da eine Hypothese nur mit einer andern ringt: es sei das römische Recht bei den Goten zur vollen Geltung gelangt. Und es scheint keine fruchtlose Mühe, wenn wenigstens diese Hypothese als solche klar erkannt, wo nicht erschüttert wird.<sup>340)</sup> —

Die Mischung römischen und germanischen Rechts zeigt sich gleich in der Einleitung des Gerichtsverfahrens. Diese ist eine germanische Modification der römischen Zwangsladung. Das ergibt die folgende Norm von Theodorich<sup>341)</sup>:

VIII. Sine competentis iudicis praecepto nullus ingenuorum sustineat detentionis iniuriam aut ad iudicium deducatur vel in privata habeatur cuiuslibet praesumptione custodia.

Detentio — deductio — custodia sind mit gerichtlicher Ermächtigung erlaubt, das heißt: es ist erlaubt, aufzuhalten, vorzuführen und festzuhalten. Die Norm ist entschieden dem römischen Recht entlehnt. Denn in eben dieser Aufeinanderfolge sieht das römische Recht<sup>342)</sup> zunächst die in ius vocatio eben als detentio vor. Wird der Ladung nicht genügt, so reiht sich daran die zwangsweise Vorführung. Und kommt der Process nicht am Gerichtstag zu Ende, so bleibt der zwangsweise Vorgeführte zwangsweise festgehalten, wenn er sein Wiedererscheinen nicht durch Bürgen versichert.

Dieses römische Recht wurde nun von den Goten geändert. Es sollte nur auf richterliches Geheiß ein Ladungszwang stattfinden.<sup>343)</sup> Die unbedingte Gestattung wäre römisch — germanisch müsste ein unbedingtes Verbot sein. Denn das ist der altgermanische Standpunkt, dass nur mit Willen des zu Belangenden irgend ein Zwang wider ihn geübt werden dürfe. Bei Contumaz mag die Ächtung helfen. Der Wille, der sich nicht beugt, ist zu

<sup>340)</sup> Vgl. Dahn, Könige, II, S. 145 f.

<sup>341)</sup> Wo nichts weiter gesagt wird, sind die folgenden Normen alle dem Edictum Theodorici entnommen. Citirt nach Walter.

<sup>342)</sup> Vgl. oben S. 51.

<sup>343)</sup> Dass eine solche Art obligatorischen Libellprocesses nicht römisch war, darüber schon oben S. 47. Dass in der That nach römischem Recht beides: eigenmächtige oder obrigkeitliche Ladung zur Wahl stand, wird sich namentlich bei Betrachtung des Westgotenrechts zeigen, welches mit der Aufnahme beider dieser Ladungsformen eben weiter gieng als das östliche Bruderrecht. S. S. 149.

brechen. Zwischen diesen zwei Extremen vermittelt die Staatsgewalt, indem sie selbst, die ja auch eine volle Ächtung verhängen kann, als zum Theil vollstreckte Acht den allenfalls nöthigen Ladungszwang übt.<sup>344)</sup> —

Ein ähnliches Compromiss galt auch für den weiteren Verlauf des Verfahrens. Hier kommt zunächst die Contumaz in Betracht. Der zu Belangende ist nicht zu finden. Das kann unabsichtlich sein oder absichtlich: im Fall einer latitatio. Der Belangte mag ferner trotz wiederholter Ladung nicht erscheinen, der Kläger aber will oder kann von der ductio keinen Gebrauch machen. Was da zu geschehen hat, sagt die folgende Stelle:

CXLV. Si quis barbarorum tertio competentis iudicis auctoritate conventus, et edictis sollemniter inelamatus ad iudicem cuius praeceptione conventus est, venire neglexerit, merito sub discussione causae sententiam excipiat contumaciae, adeo ut iudicetur, de quo conventus est, perdidisse negotium, dummodo tertio quemlibet capillatorum fuisse conventum aut cautionis ab eodem emissae fides ostendat, aut ingenuorum vel honestarum testium dicta confirmant, quibus manifeste clareat, auctoritate pulsatum contemnisse dare responsum nec voluisse ad iudicium convenire.

Es tritt also der Processverlust bei verschuldeter Contumaz für Goten ein. Diese sind unter den barbari und unter den capillati<sup>345)</sup> am Schluss gemeint. Sie sind dadurch in Gegensatz zu den Römern gebracht. In der That bestimmt für diese ihr Recht etwas anderes: Die Contumazialfolge, das ist missio in bona, soll auch ohne Verschulden des Contumax eintreten.<sup>346)</sup> Und in der Beschränkung der Contumazialfolge auf den schuldhaften Ungehorsam liegt nun eben das Compromiss des gotischen mit dem germanischen Recht!

Auch hier nämlich widerstrebt der römischen Zwangsmaßnahme der germanische Rechtsgrundsatz, dass ein Eingriff in den Rechtskreis der freien Person wider ihren Willen zu meiden sei.

<sup>344)</sup> Ähnliche Gedanken: eine Milderung der Vollacht zur bloßen Zwangsladung, kommen auch im Frankenrecht zum Durchbruch. Darüber ausführlich Bd. I, S. 214 f.

<sup>345)</sup> Hiezu Dahn, Könige, IV, 98, N. 6.

<sup>346)</sup> Darüber Bethmann-Hollweg, Bd. II, §. 106. Allerdings geschieht da die missio in bona nur custodiendi causa.

Die römische Maßnahme des Processverlustes und damit der *missio in bona* auch nur als Folge eigentlichen Ungehorsams erscheint da als *Concession*. Die *Concession* aber lässt sich eben, beschränkt auf den schuldhaften Ungehorsam, allenfalls aus einem Gesichtspunkt erklären, welcher immerhin schon zu directen Maßnahmen trotz des Freiheitsschutzes geführt hatte, und welcher zudem auch anderwärts in Germanenrechten den Titel des Ungehorsamsverfahrens bildete<sup>847)</sup>: das ist der Gesichtspunkt der Strafe.

Als Vermögensstrafe also stellt sich die gotische *missio in bona* bei schuldhafter *Contumaz* dar. Die Strafe freilich bezieht als solche weniger Hilfe für den Kläger als Ahndung am Beklagten. Die Hilfe ergibt sich nur als Schlagschatten der Ahndung.

Gerade eine solche civile Hilfe durch criminelle Ahndung, und zwar gerade auch bewirkt durch Vermögenseinziehung, finden wir sonst auch im Gotenrecht. Das zur Strafe verfallene Gut soll vorzüglich für die Befriedigung des Beschädigten dienen. Ich nenne namentlich die folgende Norm, da sie vollends mit ihrem Schadenersatz aus dem Gutsverfall dem Civilrecht nahe kommt:

LVI. Wer fremdes Vieh verjagt, wird getödtet, sein Vermögen verfällt: *et in quadruplum amittentis damno de eius substantia consolatur.*

Dass man aber bloß auf dem Umweg des gesammten Gutsverfalls zur Schuldzahlung kam, dass also unser Processverlust nicht etwa einfach die Wegnahme schuldnerischen Guts in genügender Menge nach sich zog, das ergibt gerade auch das Strafrecht der Ostgoten. Selbst hier nämlich, wo gewiss die Energie der Vollstreckung die größte war, trieb man eine Geldpön nicht einfach ein, sondern suchte sie nur mittelbar durch einen Druck auf den Willen des Schuldigen zu erpressen:

IV. *Officium cuiuslibet iudicis, quod quid ultra quam iussum est exegerit, in quadruplum sub fusticaria poena cogatur exsolvere iis, quibus inlicite monstrabuntur ablata.*

Nur eine Einziehung des Gesamtvermögens mag als Strafe schlechthin vollstreckt werden. So ist es zum Beispiel in XCI

<sup>847)</sup> Vgl. die eingehende Erörterung bei Betrachtung der langobardischen Königsedict, S. 97 f., S. 98 f. Dort ist auch der Unterschied ausgeführt, den diese *Contumazialsanction* als Strafe gegenüber einer civilen Vollstreckung bedeutet: es wird vielleicht mehr als die Befriedigung, aber allenfalls auch weniger als sie dadurch erreicht. Vgl. die Andeutung im folgenden Text.

verfügt. In der Einziehung des Gesamtvermögens erscheint eben doch die eine Seite der alten Acht vollstreckt. So nun dürfte es auch in unserm Fall sein. So aber zeigt die Beschränkung, mit der allein man die römische *Contumazialfolge* aufnahm, nicht nur die Rücksicht auf das germanische Rechtsprincip: Sie erscheint am Ende geradezu als das Ergebnis einer Unterbringung, aber eben nur einer theilweisen Unterbringung römischen Ungehorsamsverfahrens unter germanischen Strafprocess. Derart versöhnt sich das gotische Recht mit dem römischen. Und derart finden wir hier auch wieder ein Compromiss vor, wie beim Processbeginn durch Zwangsladung. —

Wie in der Einleitung des Civilverfahrens, ja wie selbst im Strafprocess, finden wir nun auch in der weitem Verfolgung einer civilen Rechtssache und endlich in der Zwangsvollstreckung den germanischen Rechtsgedanken vertreten, ohne Willen der freien Person nicht ihren Rechtskreis anzugreifen. Auch hier unterlaufen immerhin römische Wendungen. Es sind aber wol kaum mehr als Gewandstücke, mit denen zum Theil die im Wesen germanischen Rechtseinrichtungen geschmückt und so verhüllt werden. Sie aufzudecken, soll nun versucht werden.

An die Spitze gehört eine Norm, welche eigenmächtige Pfändungen bloß auf Grund eines Executionsvertrags erlaubt, der die Pfändungsbefugnis eben willentlich einräumt. Auch dann ist die Pfandnahme nur nach gerichtlicher Prüfung über das Dasein des Vertrags und mit gerichtlicher Bewilligung für den Vollzug der Pfändung gestattet. Das nämlich ist, wie gezeigt werden soll, der wahre Gehalt der folgenden Norm:

CXXIII. *Capiendorum pro suo arbitrio pignorum uniuicuique licentiam denegamus: ita ut si probabile fuerit hoc agendi iudicis praestet auctoritas.*

Auf den ersten Blick könnte scheinen, dass hiemit ein allgemein übliches, eigenmächtiges Pfändungsrecht beseitigt oder doch eingedämmt werden will. Mit der Eindämmung hat es nun wol seine Richtigkeit. Die Pfandnahme soll fortan nur nach gerichtlicher Prüfung und mit Bewilligung eben auf Grund der Prüfung platzgreifen. Was aber ist zu prüfen? Man möchte meinen: der Bestand einer Schuld. Das jedoch steht nicht hier. Die einzigen Beziehungsworte, welche in Betracht kommen können, sind „*licentia*“ und „*hoc agendi*“. Und beides kommt in

der That zusammen in Betracht! Geprüft wird das Dasein und bewilligt sonach der Vollzug eben einer „licentia hoc agendi“. Das ist die Erlaubnis der Pfandnahme. Diese Erlaubnis aber kann dann keine allgemeine sein; was sollte sonst die Prüfung? Diese Erlaubnis kann nur eine besonders eingeräumte, und zwar vom Schuldner seinem Gläubiger eingeräumt sein: eine willentliche Unterwerfung unter die Pfandnahme, eine Generalhypothek als Executivvertrag.<sup>348)</sup>

Und vom gleichen Gedanken getragen erscheint die unmittelbar daran geknüpfte Normierung:

CXXIV. Creditor si debitori suo res sibi non obligatas violenter rapiat, intra annum criminis admissi conventus sub poena quadrupli praesumpta restituat: post annum vero in simplum debet exsolvere.

Das ist wol kaum die Sanction auf ein erst eingeführtes Verbot der eigenmächtigen Pfandnahme, welches etwa die vorige Norm enthielt. Auf der Eigenmacht ruht auch nicht der Accent des Verbots; sie ist ja überhaupt gar nicht hervorgehoben. Der Accent des Verbots ruht auf dem *res sibi non obligatas*. Dass die gepfändeten Sachen nicht verpfändet waren, dass der Schuldner die Sachen nicht zur Pfandnahme freigab, dass also der Gläubiger ohne Willen des Schuldners Sachen desselben als Pfänder ergriff, das ist die Übelthat. *Res sibi non obligatas* darf man sonach unter keinen Umständen pfänden. Und weil die Einwilligung des Schuldners in eine künftige Pfandnahme als unbedingte Voraussetzung vielleicht ermangelt, weil der Gläubiger sie vielleicht annimmt, ohne dass sie besteht, soll fortan eben ihr Bestand unter allen Umständen vorerst durch den Richter geprüft werden: das ist klar der innerliche Zusammenhang der beiden Normen, welche äußerlich an einander geknüpft erscheinen.

Nun aber mag der Blick auf eine Stelle gelenkt werden, die, das offenbare Vorbild unserer Norm, ihr die äußere Form, die Einkleidung in Worte geborgt hat, ohne auch ihren Sinn zu übertragen. Die Stelle ist von Paulus<sup>349)</sup> und lautet:

Creditor si sine iussu praesidis per vim debitoris sui pignora quum non habuerit obligata ceperit, in legem Iuliam

<sup>348)</sup> Über diese Construction als durch die Quellen bestätigt vgl. noch unten S. 175; vgl. auch Meibom, a. a. O., S. 402, 413.

<sup>349)</sup> Sie findet sich auch im C. Theod. 2, 13. — Vgl. Dahn, Könige, IV, 91.

de vi privata committit. Fiduciam vero et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur.

Hier nämlich ruht das Hauptgewicht wirklich auf der Eigenmacht. Unter den *pignora* sind genommene Pfänder im Gegensatz zu den gesetzten gemeint, für welche der Schluss der Stelle das *vindicare sine auctoritate iudicis* zulässt. Es gab im römischen Recht schon ein *pignus in causa iudicati captum*. Es mochte also immerhin eine nicht verpfändete Sache als Pfand ergriffen werden, freilich nur mit gerichtlicher Genehmigung. Von einem allgemeinen Verbot der Pfandnahme ohne Pfandsetzung kann hier sonach keine Rede sein.

Nun beachte man aber die charakteristischen Änderungen, welche das Ostgotenrecht an der römischen Stelle vornahm. Die Worte „*sine iussu praesidis*“, womit das Gewaltverbot in den Vordergrund rückt, sind weggelassen. Und so ruht nun thatsächlich auf dem „*sibi non obligatas*“ das Hauptgewicht. Da aber heißt es *res* statt *pignora*; und der Schluss ist ganz entfallen. Beide diese Änderungen deuten nun darauf, dass die Goten gar keine *pignora* ohne Setzung kannten! Das war der Grund, warum eben der letzte Satz entfiel. Und das war der Grund, warum statt *pignora* einfach *res* gesetzt wurde. Von *pignora, quae non obligata sint*, zu sprechen, schien verkehrt.

So also hat man sich die römische Stelle zurecht gelegt. Und so zurecht gelegt, hat man sie aufgenommen. Und darum nun erscheint sie eben im unmittelbaren Anschluss an jene andere Norm, welche gleichfalls nur auf Grund einer schuldnerischen Unterwerfung unter die Pfändung von Pfandnahme spricht! Darum ergibt sich eben der Zusammenhang beider aneinander gereihten Normen, dass die eine die Einwilligung des Schuldners in die Pfandnahme als deren unbedingte Voraussetzung bezeichnet, und die andere wegen des etwa angenommenen, aber gleichwol ermangelnden Bestandes dieser Voraussetzung darüber die Prüfung und darauf die Genehmigung durch das Gericht verlangt. —

Wie steht es nun um die Execution, wenn ein solcher Executivvertrag nicht schon von Haus aus geschlossen ist? Da kommt zunächst die folgende Norm in Betracht:

CXXXI. Qui de debito in iudicio convicti vel condemnati fuerint, intra duas menses a die latae sententiae solu-



tionem procurare debent: quod si non fecerint, per auctoritatem iudicis ad eius petitionem qui vincit, capi eorum pignora debent et distrahi: ut quod sententia iuste lata constituit, possit impleri.

Dieser Norm mag nun gleich eine Paulusstelle <sup>350)</sup>, die ihr zu Grunde liegt, entgegen gehalten werden:

Eorum qui debita confessi sunt, pignora capi et distrahi possunt.

Hier ist entschieden eine zwangsweise Pfandnahme für die Rechtsvollstreckung gestattet; und eben dies muss für die Gotennorm gelten, da sie wenig am Wortlaut geändert hat. Dann aber stehen hiemit die obigen Stellen, da sie nur für Vertragspfänder eine Pfandnahme kennen, in Widerspruch, welcher nach Lösung verlangt.

Es kennt nun allerdings das germanische Recht einen Fall, in welchem Pfänder auch ohne besondere Verpfändung ergriffen werden dürfen. Und das ist ein Fall, der gerade die Zwangsvollstreckung eines geschöpften Urtheils nach abgeführtem Verfahren angeht. Es ist kurz unser Fall! Da gestatten die Germanenrechte eine zwangsweise Pfändung auf Grund des Gelöbnisses, mit dem der Belangte von vornherein seinen Rechtskreis dem Zwang unterwirft, falls er unterliegen sollte: das Gelöbniß ist die *fides facta*, die Handtreue, deren Wesen trotz der verschiedenartigen Einkleidung immer dasselbe bleibt: eine Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung.

Wo man nun ein Ungehorsamsverfahren nur auf dem Umweg des Strafverfahrens erreicht, wo man dann die Befriedigung nur durch den Achtfall des Gesamtguts bewirkt, ja wo man sogar bei Delicten einen Griff auf einzelne Sachen scheidet, Geldstrafen nicht einfach einzieht, sondern durch einen Willensdruck zu erpressen sucht: da muss schon ein Fingerzeig, eine irgend deutliche Spur genügen, um auch der Zwangspfändung in Civilfällen einen Willensact: eben das Erfüllungsgelöbniß, die *Fidesstipulation* zu Grunde zu legen. Und eine solche Spur nun findet sich.

Sie liegt in der folgenden Edictsnorm:

CXXXV. Fideiussor qui redimendo pignora eius debitoris, pro quo fidem dixerat, a creditore liberavit, oblata sibi debita pecunia, restituere pignora debitori compellatur.

<sup>350)</sup> Sie findet sich auch in der *lex Romana Wisigotorum*. — Über sie Dahn, *Könige*, IV, 94.

Der Bürge, welcher hier die Vollstreckung vermittelt, ist nicht einfach ein *fideiussor* des römischen Rechts. Er ist es nicht, wenn er auch mit dem römischen Wort genannt wird. Er wird nur so genannt, weil er *pro debitore fidem dixerat*. Das aber heißt vielmehr, das er seine Treue für den Schuldner eingesetzt: die *fides facta* für ihn geleistet hat! <sup>351)</sup>

In der That zeigt gerade diese Stelle ähnliche Verhältnisse, wie wir sie sonst bei *Fidesstipulationen* mit vermittelnden Bürgen finden. <sup>352)</sup> Und so steht denn neben oder hinter diesem *fideiussor* auch ein Hauptschuldner, *qui fidem dixerat*, ein Hauptschuldner, der die *fides facta* <sup>353)</sup>, das Urtheilserfüllungsgelöbniß, geleistet hat! Und mit dieser Annahme und durch sie lösen sich alle Widersprüche harmonisch: wir finden ein geschlossenes Rechtssystem, welches durchaus von der Willensexecution beherrscht ist.

Es steht sonach um die Vollstreckung auf Grund eines gerichtlich ersiegten Urtheils wol nicht anders, wie wenn von Haus aus ein Executivvertrag geschlossen war. Hier wie dort erfolgt die Pfandnahme auf Grund einer Einwilligung des Schuldners: ein Willensact des Schuldners gibt die Bahn für die Execution frei.

Es erübrigt eine Frage: Wie ist es, wenn der Schuldner das Erfüllungsgelöbniß nicht leistet oder das geleistete Gelöbniß nicht erfüllt? Sei es nun, dass er nicht will oder kann, was er soll? Darauf ist nun einzugehn.

## 2. Vollstreckung wider die Person.

Erinnern wir uns an die im Ergebnis römische Processeinteilung: Es findet *vocatio in ius*, *deductio in ius* und endlich *custodia* statt. Auch die *custodia* geschieht zunächst im Gericht. Sie liegt eben schon darin, dass der vor Gericht gebrachte Schuldner hier für die Dauer der Verhandlung festgehalten wird. Das römische Recht aber lässt ihn auch bis zur nächsten Verhandlung für dieselbe festhalten, wenn die erste vertagt, der Process kurz nicht erledigt wird. <sup>354)</sup> Nur gegen Bürgenstellung kann man

<sup>351)</sup> Über diese Annahme des römischen Worts *fideiussor* in germanischem Sinn siehe die weitere ganze Entwicklung des *Vulgärrechts*! Conform S. 163, 173 ff.

<sup>352)</sup> Vgl. oben S. 49, Bd. I, S. 103 f.

<sup>353)</sup> Siehe ganz conform im weitem *Vulgärrecht*: unten, S. 161 ff, 175 ff.

<sup>354)</sup> Darüber oben, S. 49 f.



loskommen. Die Bürgenstellung dient eben als Versicherung des Zurechtstehens, wie sonst die eigene Schuldnerperson. Wie sich aber die ursprüngliche *detentio* und *deductio* als *cautio iudicio sisti* fortsetzt, so schlägt sie schliesslich in eine *cautio iudicatum solvi* um, wenn der Rechtsstreit geendet und gegen den Geklagten entschieden ist. Auch jetzt wieder kann man allenfalls durch Bürgenstellung loskommen. Nur ist eben jetzt die Befriedigung zu versichern, wenn sie nicht sogleich geleistet wird. An den Bürgen hält man sich dann, um voll befriedigt zu werden. Und auch die *custodia* dient am Ende selbst zur Befriedigung: als Schuldhäft. Ungefähr ebenso ist es nun auch im Ostgotenrecht. Manche Änderung bewirkt der germanische Rechtsgeist.

Für die *detentio* und *deductio* haben wir die Geltung des römischen Rechts, allerdings mit einer Modification, bereits erwiesen. Wir können dies aber auch für die *custodia*, und zwar in beiden Sicherungsaufgaben, allerdings wieder mit einer Modification, beweisen. Dass sie überhaupt stattfand, wenn auch nur mit gerichtlicher Bewilligung, legt schon die obcitierte Norm klar. Sie bringt es eben zum Ausdruck, dass der Gewahrsam des Schuldners mit gerichtlicher Bewilligung stattfinden dürfe: *Sine competentis iudicis praecepto nullus ingenuorum — in privata habeatur cuiuslibet praesumptione custodia*. Eine Modification aber liegt nicht nur in dem Erfordernis einer Bewilligung durch das Gericht, sondern auch darin, dass bloß von einer *privata custodia* die Rede ist. Das nämlich legt schon den Schluss nah, dass eben die *custodia* überhaupt nur als *privata* in Frage stand. Bekräftigt wird dieser Schluss aber durch die Analogie des Strafverfahrens. Denn auch das Strafverfahren überlässt die Vollstreckung seiner Maßnahmen allenfalls dem Privatverletzten, wenn ein solcher bei Verbrechen hervortritt: das zeigt die folgende Norm des Athalarich, welche Cassiodor in seinen *Variis* wiedergibt<sup>355)</sup>:

VII. *iugo servitutis cum filiis suis modis omnibus ad dicatur uxori, ut illi se per honesta iudicia sentiat subdi cui per illicitam libidinem credidit posse praeponi . . .*

Es bleibt also dem Privatverletzten die Vollstreckung selbst in Straffällen, wo das Interesse des Staats am Vollzug noch be-

<sup>355)</sup> Citirt nach dem Abdruck bei Gengler in seinen germanischen Rechtsalterthümern. Über den Inhalt Dahn, Könige, IV, 130 f.

sonders durch die Strafen betont erscheint, die den Privatverletzten treffen sollen, wenn er den Vollzug versäumt! Es muss also wol um so mehr in Civilfällen alle Vollstreckung der zu ergreifenden Maßnahmen dem Privaten zukommen. Und so wird eben auch die *custodia* für Civilfälle nur als *privata* in Betracht kommen.

Freilich wo es nicht anders geht, leiht wol auch der Staat dem Vollzug seinen Arm. So ist uns gerade ein Fall von staatlicher *custodia* im Strafverfahren bezeugt. Da der Fall für uns noch ein weiteres Interesse hat, mag er hier citirt werden:

XIII. Bei privat erhobenen Straffklagen wird der nicht beweisende Kläger so gestraft, wie der überwiesene Angeklagte gestraft worden wäre: *et usque ad eventum iudicii tam reus quam accusator aequali custodiae sorte teneantur. Nisi forte aut minora sint crimina, in quibus fideiussor praeberi debeat, aut reus adeo nobilis et splendidi honoris sit, ut suae committi debeat dignitati.*

Unser weiteres Interesse knüpft sich an die Ausnahmen von der *custodia*. Sie kann zunächst durch Bürgen ersetzt werden. Da aber ist wol ein Rückschluss auf Civilfälle selbstredend. Ist ja doch die Verbürgung statt der *custodia* ausdrücklich als eine Linderung hingestellt, welche bei großen Verbrechen gar nicht statthabe, bei kleineren immerhin, gewiss also eben auch in Civilfällen als den geringsten Vergehen gegen die Rechtsordnung. Und so ist auch in diesem Punkt das römische Recht angenommen.<sup>356)</sup>

Auch die zweite Ausnahme aber: der Ersatz der *custodia* durch die besondere *dignitas* eines *nobilis*, erinnert ans römische Recht. Und zusammengehalten damit, lässt sie uns einen wichtigen Schritt vorwärts für die Lösung unserer Frage machen. Im römischen Recht nämlich gibt es eine ähnliche Ausnahme von der Cautionspflicht für das Zurechtstehn. Das ist Immobilienbesitz.<sup>357)</sup> Die Ähnlichkeit liegt darin, dass die gotischen *nobiles* stets einen größern Besitz haben.<sup>358)</sup> Ja beides: *Nobilität* und *Besitzthum* wird

<sup>356)</sup> Vgl. oben S. 149, 151.

<sup>357)</sup> Darüber oben S. 150.

<sup>358)</sup> Vgl. Dahn, a. a. O., III, 39, auch die Bemerkung im IV. Band, S. 89 zu CXL.

geradezu identifiziert. Oft und oft ist von einem nobilis die Rede, wo man einen Reichen meint; und umgekehrt von den Ärmern als humiliores. Man vergleiche nur die Stellen LIX., LXIII., LXXV., LXXXIII., XCI., XCVII., CXI., in denen fast stereotyp die Worte:

honestiores bonorum suorum ammissione multentur — humiliores caesi fustibus exsulentur, oder capite puniantur,

mit den Worten wechseln:

partem patrimonii sui fisco sociare cogatur, si nihil habuerit, caesus fustibus civitate pellatur.

Wird aber derart dignitas und Besitzthum identifiziert, so hat wol auch die Ausnahme von der Cautionspflicht für das Zurechtstehen im gotischen Recht bei dignitas denselben Grund, wie im römischen Recht bei Begüterung. Und dieser Grund nun liegt fürs römische Recht darin, dass bei Contumaz eine missio in bona erfolgt, welche eben zur Befriedigung aus den Gütern führt. Daraus jedoch ergibt sich für uns ein Doppeltes.

Wir finden zunächst unsere obige Annahme bekräftigt, dass die Contumazialfolge eine Vermögensspön war. Sie war es, wie eben bei Ungehorsam im weitem Verlauf des Verfahrens, wol auch bei Ungehorsam gleich auf die Ladung hin. Wir finden also, dass der Processverlust, von welchem das Ostgotenrecht bei Ungehorsam spricht<sup>359)</sup>, in der That wol eben die römische missio in bona bedeutete. Und gleich bekräftigend mag auch umgekehrt ein Rückschluss von dieser Contumazsanction bei Processbeginn auf jene im weitem Processverlauf sein.

Wir finden aber weiter derart in der Sicherstellung für das iudicio sisti auch schon die Richtung auf das iudicatum solvi. Das jedoch muss dann auch für die eben durch Güterbesitz zu ersetzende custodia gelten: Auch in der custodia muss schon eine solche Richtung der Sicherheit aufs iudicatum solvi liegen. Ja gerade dies muss den tiefern Grund bilden, warum eben Güterbesitz die custodia ersetzen kann! Dann aber ist auch schon klar, dass am Ende in Ermanglung anderer Befriedigung die Person des Schuldners selbst hiefür dienen soll, dass also die Person am Ende für diesen Zweck festgehalten erscheint. Und so bleibt uns nur noch eines zu zeigen übrig: wann und

<sup>359)</sup> Siehe oben S. 133.

wie die custodia in dieser letzten Bedeutung abgelöst oder perpetuiert, d. h. aus einem provisorischen Personalarrest in eine definitive Schuldhaft übergeleitet wurde.

Die Ablösung geschah im römischen Recht, wenn nicht geradezu durch Befriedigung, so auch hier wieder durch Verbürgung. Der Gläubiger brauchte nur zahlungsfähige Bürgen anzunehmen und konnte sich dann an sie zu seiner Befriedigung halten. Auch in dieser Beziehung nun finden wir, wenn nicht das Gleiche, so doch etwas Ähnliches, dieses sogar in viel ausgeprägter Form, im Ostgotenrecht. Das ist die weitaus wirkungsvollere Bürgschaftsstipulation, die als nöthiger Theil des Urtheilserfüllungsgelöbnisses jedes condemnatorische Verfahren abschließt und damit und darum eben auch den Schluss der während des Verfahrens dauernden custodia bedeutet.<sup>360)</sup> So verwebt sich bis an den Schluss des Verfahrens ursprünglich römisches Recht mit urgermanischer Rechtseinrichtung. Und um so näher mag es gelegen haben, den germanischen mediator römisch fideiussor zu nennen. Neben dem äußerlichen Widerschein des fidei facere im Wort spiegelt er eben auch etwas vom angenommenen römischen Wesen wider.

Bleibt also das Urtheilserfüllungsgelöbnis mit seiner Verbürgung aus, so bleibt der Schuldner in Haft. In der That ist die Schuldhaft durch mehrere Stellen bezeugt, welche auch ihre Form des Nähern erkennen lassen. Und auch hier herrscht der Einfluss des römischen Rechts, ohne die germanische Anschauungsart zu verdrängen.

Dass zunächst der Gläubiger seinen Schuldner in Haft behalten konnte, solange bis er seine Schuld bezahlte, zeigt die folgende Stelle, indem sie nur die äußerste Ausbeutung dieser Nothlage unter Strafe stellt:

LXXV. . . Si quis autem sepeliri mortuum quasi debitorem suum adserens, prohibuerit, honestiores bonorum suorum partem tertiam perdant, et in quinquennale exilium dirigantur; humiliores caesi fustibus, perpetui exilii damna sustineant.

Diese Schuldhaft aber, in der sich der Schuldner befindet, ist nicht ohne weiteres eine Schuldknechtschaft. Sie ist zunächst

<sup>360)</sup> Ganz so werden wir dies noch im späteren Vulgärrecht finden! Und zwar sowohl in den Aufzeichnungen (s. S. 161 ff), als auch in den Rechtsurkunden (s. S. 174 ff.).

nur die Fortsetzung jener custodia, die das Gesetz vom Beginn des Verfahrens an allenfalls eintreten lässt. Sie wird zur Schuld-knechtschaft erst durch besondere Vereinbarung, wodurch sich der Schuldner zur Abarbeitung der Schuld verpflichtet. Erst dann kann ein Arbeitszwang wider ihn geübt werden.<sup>361)</sup> Es wird zwischen custodia und servitus unterschieden. Das ergibt die folgende Stelle:

LXXIX. Qui ingenuum in servitute tenet, nec condicione potest obnoxium comprobare, et calumniae et iniuriarum reus teneatur obnoxius.

Dass dieser ingenuus wirklich ein Schuldner ist, welcher eben erst durch die Obnoxiation zur Schuldarbeit pflichtig wird, ja dass dieser Schuldner wol mit Fug in Haft, nur nicht wider Willen in Knechtschaft gehalten werden mag, ergibt die unmittelbar vorhergehende Norm, welche ähnliche Freiheitsbeschränkungen ohne anderes mit ganz unvergleichlicher Strenge bestraft:

LXXVIII. Qui ingenuum plagiando, id est sollicitando, in alia loca translatum aut vendiderit aut donaverit vel suo certe servitio vindicandum crediderit, occidatur.

Die Inanspruchnahme des Freien als Knecht wird hier dem Menschenraub gleichgestellt und mit dem Tod bedroht. Verschwindend erscheint dagegen die Strafdrohung unserer Stelle: das wird nur dadurch erklärlich und also dafür beweisend, dass der Freie, dem man die Knechtdienste zumuthet, ein Schuldner in Haft ist. Diese custodia nun kann nur durch obnoxiation zum servitium führen.

Das condicione esse obnoxium bedeutet sonach das Ergebnis einer obnoxiation, wie wir sie auch sonst in Germanenrechten üblich finden.<sup>362)</sup> Es fragt sich nun, welches die rechtliche Stellung eines solchen obnoxius ist? Die Antwort ergeben die folgenden Normen, die zunächst wol für Kinder in servitio bestimmt sind, aber offenbar allgemein gelten müssen, da ihre Begründung eine ganz allgemeine ist:

XCIV. Parentes qui cogente necessitate filios suos alimenterum gratia vendiderint, ingenuitati eorum non praedjudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur.

<sup>361)</sup> Ähnlich gemäß den Formeln, die wir im I. Bd., S. 212 ff., behandelt haben.

<sup>362)</sup> Vgl. Bd. I, S. 225 ff.

XCIV. Nec pro pignore filii a parentibus alicui dari possunt; et si sciens creditor ingenuos pro pignore a parentibus susceperit, in exilium dirigitur. Operas enim tantum parentes filiorum, quos in potestate habuerint, locare possunt.<sup>363)</sup>

Ein Freiheitsverlust um Schulden ist also ausgeschlossen. Zulässig ist nur die willentliche Übernahme der Schuldarbeit im Gewand einer Dienstmiethe, für welche die abzutragende Schuld das Compensationsentgelt bildet.

Die letztern Bestimmungen lehnen sich vollends in Form und Sinn ans römische Recht an. Und selbst die germanische obnoxiation erinnert am Ende ans römische Recht. Wie sie hingestellt wird: als einzige Bedingung, unter der ein Zwang zur Arbeit um Schulden wider den custoditus erlaubt ist, gemahnt sie an die römischen Vorkehrungen, um den Schuldner in Haft vor maßlosem Zwang zu schützen. Nur dass im römischen Recht einfach aller Arbeitszwang aufhörte, während er hier auf Grund des Vertrags: eben der obnoxiation geübt werden durfte. Allein auch in dieser Hinsicht bereitete sich ein Umschwung vor, welcher auf dem Weg einer eigenen Entwicklung das germanische Recht dem römischen nahe bringen sollte.

Das römische Recht hob schliesslich jede Privathaft überhaupt auf: auch um Schulden war nur eine Staatshaft gestattet.<sup>364)</sup> Und die Anfänge eines germanischen Ersatzes für die Privathaft, und zwar durch eine staatliche Freiheitsbeschränkung, finden sich auch schon im Edict Theodorich's.

Man griff zu einem verwandten, obschon gegensätzlichen Mittel: zur Freiheitsbeschränkung nicht durch Internierung in Haft, sondern durch Exilierung ins Ausland.<sup>365)</sup> Diese wie jene ist eine Abspaltung aus der ursprünglichen Einheitssanction wider alles Unrecht: der Friedloslegung. Gestaltet aber die Internierung die Abhängigkeit des Verletzers, die sich aus der Einschränkung der Vogelfreiheit nur aufs Verhältnis zum Verletzten gegenüber diesem ergibt, zur allenfalls staatlich vollstreckten Strafe: eben zur Schuld-sclaverei, so gestaltet die Externierung hinwider aus der Flucht vor der Vogelfreiheit ins Ausland, welche stets dem Verletzer

<sup>363)</sup> Beide Stellen stammen von Paulus; vgl. Dahn, Könige, IV, 83.

<sup>364)</sup> Darüber oben S. 57 ff.

<sup>365)</sup> Über diese Verwandtschaft Brunner, II, S. 593; vgl. insb. unten bei Betrachtung des Westgotenrechts, S. 158.

als natürliche Entziehung vor den Achtfolgen offensteht<sup>366)</sup>, eine bestimmte staatlich vollstreckte Strafe: eben die Landesverweisung. Die Landesverweisung als Strafe bei Insolvenz finden wir später allenthalben verwendet. Und zwar als eine jener elastischen Strafen, deren Maß sich dem Grad des zu strafenden Thatbestands anpasst: Wenn der Schuldige zahlt, kann er wieder heimkehren. So aber wirkt nun die Strafe zugleich als Pression zur Zahlung und mithin als ziviler Vollstreckungszwang.<sup>367)</sup> Und so wird sie denn am Ende allgemein für Zivilzwecke angewendet.<sup>368)</sup> Die Anfänge dieser Entwicklung aber finden wir eben bereits im Ostgotengesetz.

Es kennt nämlich schon das Ostgotengesetz die Landesverweisung bei Insolvenz: wenn man nicht genügend vermögend für gewisse Vermögensstrafen ist. In der Regel handelt es sich hier um die Einziehung einer Vermögensquote zur Strafe; in Ermanglung entsprechender Begüterung tritt das Exil ein. Die betreffenden Stellen sind:

CXI. Qui intra urbem Romam cadavera sepelierit, quartam partem patrimonii sui fisco sociare cogatur; si nihil habuerit, caesus fustibus civitate pellatur. — Cass. Var. 4 . . . . . facultatum suarum media portione priventur, statim fisci iuribus applicanda. Si vero prohibente pauperie in aliquorum substantia nequiverit vindicari, poena relegentur exilii, ne (quod dictu nefas est) ideo videantur comminationem iuris publici evadere, quia vilissimae noscuntur subiacere fortunae.

Die letzte Begründung ist ungemein charakteristisch. Sie schon trägt über die ursprünglichen Anwendungsfälle hinaus auf ein weiteres Gebiet. Da finden wir dann dieselbe Sanction wieder:

LXIII. Wer eine fremde ancilla gebraucht, muss mit Willen ihres Herrn bei ihm bleiben; will er nicht, so: duo mancipia domino tradat, si eius substantia patietur, aut si hoc implere non potuerit, caesus districtissime fustibus vicinae civitatis collegio deputetur.<sup>369)</sup>

XCVII. Ein Slave wird wegen Brandstiftung verbrannt; ein Freier muss das doppelte Interesse leisten; aut si hoc

<sup>366)</sup> Darüber oben S. 98, 99 mit N. 302 und im I. Bd., S. 214 f.

<sup>367)</sup> Vgl. Bd. I, S. 43.

<sup>368)</sup> Vgl. Ficker, a. a. O., I, Capitel VI.

<sup>369)</sup> Vereinigung der Internierung und Externierung. Darüber noch insb. unten S. 158; vgl. auch Brunner, II, S. 593.

sustinere pro tenuitate nequiverit, fustibus caesus exilii relegatione plectatur.

Man sieht, wie sehr sich die fragliche Sanction, das Exil bei Insolvenz, dem Civilrecht nähert. Während in LXIII noch die Schuldselaverei neben dem Exil zur Wahl steht, ist in XCVII für den schon civil gefärbten Fall eines Schadenersatzes das Exil bei Insolvenz allein gedroht. Es bedurfte nur eines Schrittes, um das Exil zur allgemeinen Verwendung als Mittel ziviler Zwangsvollstreckung zu bringen. Der Schritt geschah erst im Statutarrecht. Den Ausgang aber dieser Entwicklung und ein gutes Stück zurückgelegten Wegs zeigt bereits das Ostgotenrecht.

## b) Weiterentwicklung.

### 1. Einwirkung von außen (Satzungen).

#### a) Westgotische Gesetze.

Als Weiterentwicklung des romanischen Rechts nach dem ostgotischen erscheint das römische Vulgärrecht. So nennen wir die Form, in der das ursprünglich römische Recht unter den Römern fortwährte, die veränderte Form, in der es sich erhielt, und zwar die durch germanisch-rechtliche Einflüsse veränderte Form. Die Spuren dieses Vulgärrechts sind in zweifacher Art auf uns gekommen. Wir finden sie in Urkunden aus den römisch gebliebenen Landschaften von Italien. Und wir finden sie in Rechtsaufschreibungen, welche reine römische Rechtsquellen mit germanischen Rechtsideen vermischen. Solcher Aufschreibungen zumal gibt es viele.<sup>370)</sup> Und viele sind gewiss auch nach Italien gedrungen, manche sicherlich selbst dort entstanden. Allein die Grenzen sind kaum zu ziehen. Es lässt sich nicht mit Bestimmtheit angeben, welche Vulgärrechts-Sammlungen in Italien entstanden sind, und welche und wie weit sie auf Italien einwirkten. Nur die Urkunden lassen keine Zweifel aufkommen. Und so bilden sie die einzigen unbedenklichen Zeugen römischen Vulgärrechts in Italien. Sie sind zudem die einzigen unbedenklichen Zeugen wirklich praktischer Geltung des fraglichen Rechts. Die Sammlungen stellen sich oft nur als Schulerzeugnisse dar, die im Rechtsleben kein Gewicht hatten. Durch die Schule wird es auch

<sup>370)</sup> Vgl. Conrat, Geschichte der Quellen und der Literatur des römischen Rechts im Mittelalter, I. Bd.

erklärlich, dass Aufschreibungen, die entschieden außerhalb Italiens entstanden, in Italien Einfluss gewannen. Und so kommen selbst italienische Aufschreibungen oft nur insofern in Betracht, als sie im allgemeinen die Punkte zeigen, auf denen germanisch-rechtliche Ideen sich Raum eroberten. Es tritt für uns demnach die Aufzeigung dieser Punkte in den Vordergrund, gleichgiltig, ob sie hier oder dort, in Italien oder auswärts berücksichtigt sind. Dass wir solche Punkte überall wieder finden, wird für uns zum Charakterzug, den wir verfolgen wollen. Dann aber scheint die folgende Stoffanordnung ehestens angerathen.

Wir wollen zunächst eine Entwicklung des compilierten Vulgärrechts in seiner Gesamtheit versuchen, und zwar ausgehend von den ersten Anfängen bis zu den letzten Spuren. Diese letzten Spuren führen zur Bologneser Rechtsschule und ihrer Neubelebung des reinen römischen Rechts aus den reinen römischen Rechtsquellen. Jene ersten Anfänge aber leiten auf die *lex Romana Visigotorum* zurück und am Ende auf die Quelle dieser *lex*, die reine *Visigotorum lex*; denn sie schon zeigt eine solche Mischung römischen und germanischen Rechts, dass vielmehr das germanische nur in einigen Punkten behauptet, als das römische hier und da eingedrungen erscheint.<sup>371)</sup> Gerade in dieser doch für Germanen bestimmten *lex* aber müssen die fraglichen Punkte, die uns hauptsächlich interessieren, naiver und darum reiner hervortreten. Und so wollen wir erst die *lex Wisigotorum* auf ihren germanischen Gehalt an Vollstreckungsnormen prüfen, dann das *Breviar* und seine *Interpretatio* mit den daran gereihten *Epitomen*, weiter die *Exceptiones Petri* und die an sie sich schließende vulgäre Rechtsliteratur. Hierauf erst soll das Vulgärrecht in Italien an Hand der Urkunden untersucht, und geprüft werden, inwieweit sich wirklich die aufgezeigten germanischrechtlichen Grundgedanken des compilierten Vulgärrechts praktisch geltend erweisen. —

Gleich im *Processbeginn* der *lex Wisigotorum* zeigt sich, dass trotz aller Aufnahme römischen Rechts doch germanischen Grundideen Rechnung getragen wurde. Und zwar vorzüglich jener Grundidee, die uns hier vor allem interessiert: den Willen der freien Person hochzuhalten, ohne diesen Willen insbesondere keine Maßnahmen gegen das Vermögen zu ergreifen, alles Zwangsver-

<sup>371)</sup> Vgl. auch Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, I, S. 91.

fahren also grundsätzlich als eine Willensvollstreckung, alle *Execution* principiell als *Personalexecution* erscheinen zu lassen. Das ist nun darzuthun. —

Für die Eröffnung des Verfahrens gelten die römischen Grundsätze. Der Kläger kann entweder die in *ius vocatio* vornehmen oder den *Libellprocess* einleiten. Im ersten Fall erfolgt dann sofortige Zwangsduction, im zweiten ergehen Ladebriefe. Indem wir diese Alternative als gleichzeitig offen erweisen, haben wir zugleich einen neuen gewichtigen Beweisgrund gewonnen, dass thatsächlich, wie wir annahmen<sup>372)</sup>, auch im römischen Recht die beiden Einleitungsarten des Civilverfahrens neben einander zur Wahl standen, und nicht etwa schon mit der Einführung des *Libellprocesses* die alte *Vocatio* und Zwangsduction verdrängt worden war.

Es ergibt sich nun aber die Zuständigkeit des *Libellprocesses* aus der Stelle II. 1. 18 — die Statthaftigkeit der *vocatio in ius* aus der Stelle VI. 4. 4. — Ungleich energisch, wie diese Ladungsformen, sind nun auch die Folgen ihrer Nichtbeachtung. Im ersten Fall erfolgt nach fruchtlosen Pönfällen eine beschränkte *Contumazialsanction*. Es wird eine interimistische *missio in bona ad modum debiti* ausgesprochen.<sup>373)</sup> Sie ist aufhebbar, wenn der Schuldner sich stellt und überdies eine Buße zahlt:

II. 1. 18. — *Hi denique quibus tam rationabile tempus adiectum est, si se ulterius dilatantes minime ad institutum diem superadiectionis occurrerint, confestim iudex ea quae pars petit quaerulantis, reservato negotio dilatoris tradere non differat petitori; ita ut si contemptor legis in postmodum ad negotium dicendum successerit, si 21. diem transcenderit, 20 auri solidos cogatur exsolvere.*

Ähnlich verfügt es Eurich in den provençalischen Fragmenten, welche Gaudenzi entdeckt hat. Diese Norm: c. XI daselbst, geht noch weiter. Sie lässt wegen solchen Ungehorsams einfach *Processverlust* eintreten: *perdat causam*. Sie stellt aber eben als Folge des *Processverlustes* bloß jene interimistische Einweisung hin! Daraus ist der Schluss zu ziehn, dass überhaupt

<sup>372)</sup> S. oben S. 49.

<sup>373)</sup> Vgl. Dahn, Westgotische Studien, S. 250.



nur eine solche Einweisung auf Processverlust stand, auch wenn er ordnungsmäßig im Endurtheil ausgesprochen wurde. Und wirklich bekräftigt gleich das nächste Capitel von Eurich diesen Schluss. Denn es sagt:

Eurich, 12: Qui ad iudicium iudicatum non reddiderit debitum, et contempserit in duobus mensibus, interpellat creditor regem aut iudicem, qui transmittat sagionem cum ipso; et tollat sagio ille de substantia eius quod ipsum debitum possit valere, quantum creditori suo restituere iussus fuerat, et reddat creditori. Et habeat creditor ille pecuniam apud se, usque dum reddatur ei debitum suum quod ei lex reddi precepit.

Es ist also diese endliche Zwangsvollstreckung nichts anderes und nicht mehr als eine Zwangspfändung. Sie tritt als Folge des Processverlustes am Schluss des Verfahrens, wie gleich anfangs ein, wenn ein Ungehorsam den Belangten eben sachfällig macht. Hier wie dort also bleibt der Zwang auf halbem Weg stehen. Er scheut sich, bis zur Entziehung der Pfandsachen aus dem Eigenthum des Geklagten fortzuschreiten. In dieser Scheu nun aber bewährt sich ein germanisches Rechtsprincip.

Das ist das germanische Rechtsprincip, ohne Willen der freien Person nicht in ihren Rechtskreis einzugreifen. Man hat nachgegeben, aber man hat es nicht aufgegeben. Man hat nachgegeben, indem man nicht erst durch Brechung des Willens, der sich nicht beugen lässt, zum Eingriff in das Vermögen gelangt, sondern schlechthin die zwangsweise Pfändung entgegen dem Rechtsprincip vornimmt. Aber man hat dasselbe nicht aufgegeben, indem doch endgiltig nichts dem Vermögen entrissen, nichts demselben entnommen sein soll, das nicht der Schuldner als Herrscher über sein Vermögen zu sich zurück berufen könnte.

Dem Kläger gewährt immerhin der Pfandbesitz und Pfandgenuss eine gewisse Genugthuung. Andererseits wirkt gerade das Entbehren des Pfandbesitzes und Pfandgenusses auf den Geklagten als Pression zur schuldigen Leistung. Und das eben soll die Pfandnahme wirken! Und so ist auch noch diese Zwangsvollstreckung, trotzdem sie die Reinheit des alten Rechtsprincips getrübt hat, ein Versuch, auf den Willen zu wirken: eine Personalexecution.

Dass in der That dem Kläger der Pfandgenuss zukam, können wir kaum umhin anzunehmen. Sonst wäre der Gläubiger gegenüber Schuldner, welche Vermögen besaßen, schlechter daran, als bei solchen, die keines hatten. Denn da wird der Schuldner, wie wir noch sehen werden, als Schuldknecht zugesprochen, dessen Dienste entschieden der Gläubiger genießt. Es ergibt also schon diese Analogie die Richtigkeit unserer Annahme. Es wird eben da ein Fruchtgenuss an der Person des Schuldners als solcher gewährt, wo genügende Sachen des Schuldners für diesen Zweck fehlen. Widerspricht es nun aber nicht dieser Annahme, dass andererseits ausdrücklich jeder Genuss am Pfand verboten wird?<sup>374)</sup> Das ist in folgender Stelle der Fall:

V. 6. 4. Si quis ei qui rem pro pignore crediderit, ad constitutum tempus, repraesentato debito pignus acceptum distulerit reddere, et hoc aut ante tempus lege superiori (sc. V. 6. 3) taxatum vendere, vel in usus proprios atque in alienos conferendum praesumpserit adtemptare, vel malitiose differens noluerit assignare, pignus quidem quod accepit, integrum reddat, et medietatem, quantum pignus valere constiterit, domino pigneris coactus impendat.

Dieser scheinbare Widerspruch löst sich dadurch, dass hier nur gesetzte Pfänder in Frage stehen. Das ergeben alle Normen dieses Titels. Für gesetzte Pfänder aber gelten überhaupt andere Normen. Für sie besteht ja, was gerade auch diese Stelle zeigt, eine Distractionsbefugnis, wie sie für die genommenen Pfänder gemäß der Tendenz und dem Wortlaut der obigen Norm gewiss fehlt. Und gerade die Distractionsbefugnis mag eben das ersetzen, was bei genommenen Pfändern der Fruchtgenuss bietet: die unmittelbare Rechnungstragung ans Interesse des Gläubigers! Den tiefern Grund nun aber für diese verschiedene Behandlung gesetzter und genomener Pfänder bildet eben jenes oft betonte Rechtsprincip: die Rücksicht auf den Willen des Schuldners, um es mit einem Wort zu sagen: das Willensprincip, welches selbst gerade durch diese Unterscheidung scharf hervortritt.

Pfänder nämlich liegen ja hier wie dort vor. Wenigstens werden die genommenen wie die gesetzten Sachen beide als pignora bezeichnet. Allein bei contractlicher Pfandsetzung hat

<sup>374)</sup> Vgl. Dahn, a. a. O., S. 111.



der Wille des Sacheigentümers mitgespielt; und darum mag zum Äußersten: zur Veräußerung der Pfandsachen für den Zweck der vollen und endgiltigen Befriedigung der Berechtigten geschritten werden. Bei der wider oder doch ohne den Willen des Schuldners erfolgenden Pfandnahme dagegen scheut man eben wegen der mangelnden Einwilligung eine endgiltige Entziehung der Schuldnersachen aus dem Vermögen des Schuldners; und so gelangt man, wie gesagt, statt zur vollen Befriedigung nur zur *Pression* hierfür nebst einer Quasigenugthuung für den Gläubiger durch den Fruchtgenuss.

Ein Mittelding endlich zwischen der gerichtlichen Pfandnahme und der contractlichen Pfandsetzung bildet die eigenmächtige Pfändung, wo sie gestattet ist. Im allgemeinen nämlich ist sie unstatthaft:

Vgl. V. 6 1.; ähnlich VIII. 1. 2 und 5; VIII. 3. 16. Ausnahmsweise aber erscheint die eigenmächtige Pfändung erlaubt.<sup>375)</sup> Und zwar als Pfändung von Vieh und Menschen in den Fällen, welche die folgenden Titelrubriken kennzeichnen:

VIII. 3. 8. Si in aliena silva quis cum vehiculo capiatur.

VIII. 3. 15. De animalibus in vinea, messe vel prato praevenis.

VIII. 3. 13. Si fructifera loca ab animalibus fuerint dissipata.

An diesen, obwol genommenen Pfändern ist entschieden vorerst kein Fruchtgenuss zulässig. Es sind vorerst eigentlich gar keine Pfänder, sondern vielmehr lebendige Schuldbeweise, deren man sich versichert hat. Nur wird allerdings in beiden Fällen ein Druck zur Einlösung ausgeübt. Und diese Einlösung, wenn sie anders nicht gleich durch Zahlung geschieht, erfolgt durch Setzung genügender anderer Pfänder. Sie sind nun ihrerseits als gesetzte Pfänder auch *distrahierbar*, wenn das Urtheil zu Gunsten des Pfänders entschieden hat. Mit eben diesem Urtheil aber wird auch das Pfandrecht an den genommenen Thier- oder Menschenpfändern *vollgiltig*, und an ihnen steht nun hinwieder der Fruchtgenuss bis zur Entschädigung zu.

Das Specificische der Menschenpfänder bleibt hiebei, dass die Schuldnerperson eventuell als Pfand behalten wird, trotzdem

<sup>375)</sup> Vgl. Meibom, S. 223 ff.

genügende Schuldnerhabe zur Befriedigung und also zur Pfandnahme behufs Befriedigung da sein mag. Denn allgemein wird sonst nur im Fall eines Mangels genügender Sachgüter für die Befriedigung die Person des Schuldners selbst ergriffen. — Damit kommen wir auf diese Art der Schuldvollstreckung zu sprechen. Zu ihr hin führt in acuter Entwicklung die acute Processeinleitung, wie sie in der zwangsweisen *Vocation* und *Duction* liegt. Und darum wollen wir anknüpfend an dieselbe, diese Entwicklung verfolgen.

Der allenfalls gewaltsam vor Gericht gebrachte Geklagte wird daselbst auch allenfalls gewaltsam festgehalten. Das zeigt sich besonders, wenn eine *Vertagung* nöthig wird. Da muss der Geklagte, bei irgend welchem Zweifel an seiner Sicherheit entweder Bürgen stellen oder in Ermanglung derselben mit seiner Person in Haft zur Sicherung dienen. Das ergeben die folgenden Stellen:

XI. 1. 8. Nullus medicum inauditum excepto homicidii causa in custodiam retrudat. Pro debito tamen sub fideiussore debet consistere.

II. 1. 11. An Feiertagen sind Gerichtsferien. Außer wenn der Process schon in Gang ist. Oder wenn man gerade da eines *latitans* habhaft wird. Immerhin genügt für besonders vertrauenswürdige Leute das Versprechen, in einem bestimmten Termin vorzukommen: Si certe talis est, de quo suspecta sit placiti fides, neque fideiussorem pro se adhibere poterit, apud iudicem sub custodia maneat.

Dieser Personalarrest bei Bürgenmangel ist nun aber höchst bedeutsam auch für den weiteren Processverlauf. Fragen wir zunächst: was soll die Person im Arrest als Sicherheit, so können wir immerhin antworten: sie soll einfach für die Verhandlung bis zum Endurtheil sicher stellig gemacht werden. Aber fragen wir dasselbe beim Bürgen, so kommen wir nicht mehr mit dieser Antwort aus. Der Bürge muss dann wol für die Schuld aufkommen. Und in der That! Bedenkt man, dass da ein Fall von *Contumaz* gegeben ist, bei *Contumaz* aber schlechthin Processverlust<sup>376)</sup> eintreten soll, und auf Grund des Processverlustes auch schon, wie bei Nichterfüllung des Endurtheils, zur Gütereinweisung als Zwangsvollstreckung ergriffen wird: so wird man wol sagen müssen,

<sup>376)</sup> Siehe oben S. 149, 150.

dass auch in diesem Fall einer Contumaz der Processverlust und sohin die Erzwingung der Erfüllung eintritt. Das aber heißt, dass nun wider den Bürgen der Zwang zur Erfüllung geübt wird. Dann jedoch muss auch wol, wenn der Schuldner persönlich in Haft bleibt, diese Haftsickeung eine Sickeung der Erfüllung sein! Wirklich wäre nicht abzusehen, wozu es noch einer besondern Sickeung für das Zurechtstehn bedürfte, wenn auch ohnedies das Contumazial-Erkenntnis ganz denselben Erfolg liefert, wie das Endurtheil in der Hauptsache: Processverlust und daraufhin Gütereinweisung als Zwangsvollstreckung. Die persönliche Versicherung muss also eine Versicherung nicht nur fürs iudicio sisti, sondern auch fürs iudicatum solvi sein. Was aber will das bedeuten?

Das will bedeuten, dass die einmal festgenommene Person am Ende dem siegreichen Gläubiger überantwortet wird, wenn nicht genügende Güter zur Einweisung da sind. Das will bedeuten, dass die Schuldhaft als Zwangsvollstreckung bei Vermögensmangel, auf die wir sofort zu sprechen kommen werden, schon durch die zwangsweise vocatio und deductio und detentio vorbereitet und versichert erscheint. Das will bedeuten, dass gerade in der Vermögensunsicherheit des Schuldners das Interesse liegen mochte, zur immerhin unbequemen Zwangsladung zu schreiten, statt einfach durch den Libellprocess wie von selbst zum Recht und, worauf es ankommt, zur Durchsetzung des Rechts zu gelangen. Das eben droht Gefahr, und da eben gilt es, sich der Person des Schuldners selbst als des letzten Befriedigungsmittels zu versichern, damit er nicht durchgeht. Und in dieser Tendenz erscheint auch die Zwangsladung als erlaubt in jener Norm hingestellt, die wir gleich im Beginn als Beleg für die statthafte Vocation und Duction allegiert haben:

VI. 4. 4. Si in itinere positum aliquis iniuriose sine sua voluntate retinuerit, et ei in nullo debitor existat, quinque solidos pro sua iniuria consequatur ille, qui retentus est. — Quod si debitor illi fuerit, et debitum reddere noluerit, sine iniuria hunc territorii iudici praesentet, et ipse illud quod iustum est ordinet.

Aus diesem provisorischen Personalarrest entwickelt sich also die endliche Schuldhaft. —

Und so kommen wir schließlich auf die Schuldhaft zu sprechen. Man kann sagen: in keinem Volksrecht ist so viel

von Schuldhaft die Rede, wie im Westgoten-Volksrecht. Die Zahl der bezüglichen Stellen ist Legion. Woher kommt das? Die Antwort auf diese Frage wird für uns um so interessereicher, als sie uns einen tiefen Blick in die Wurzel und das Wesen der germanischen Schuldhaft thun lässt. Um es gleich zu sagen: die germanische Schuldhaft ist hiernach nichts anderes, als die alte Friedlosigkeit, eingeschränkt aufs Verhältnis zum Verletzten, und von ihm genützt im Sinn einer ökonomischen Ausbeutung der verfallenen Arbeitskraft.<sup>377)</sup> In der Buße statt Rache hatte dieser ökonomische Zug sich durchgerungen. Was Wunder, dass er auch durchbrach, wenn keine Buße geleistet ward, und also die abzulösende Vogelfreiheit wieder waltete! So erschloss sich der Schuldhaft ein weites Gebiet. So aber verwuchs zugleich die Schuldhaft-idee mit dem Insolvenzgedanken. Und so wurde die Schuldhaft als Verfall der Person des Rechtskränkers an den Gekränkten nicht allein angewandt, wenn man keine Bußschuld bezahlte, sondern überhaupt, wenn eine auch nur civile Schuld aus den Sachgütern nicht getilgt werden konnte. Das Verhältnis hatte sich umgedreht. Wenn früher in erster Linie die Haftung der durch ihren Rechtsbruch verfallenen Person stand und erst in zweiter Linie die Ablösung durch die Hingabe von Sachgütern, so stand jetzt voran die Hingabe eben von Sachgütern, und erst in ihrer Ermanglung kam es zum Verfall der Person, die in eben jenem ökonomischen Sinn jetzt selbst als letztes Befriedigungsobject ihres Rechtskreises galt. Dieser Zustand ist nun kurz aus den Quellen zu belegen.

Dass einst die volle Acht auf Rechtsbruch stand, erhellt aus Sidonius Apollinaris, indem er vom Achter als wargus spricht. Die nächste Stufe ist, dass der Rechtskränker nicht allen ausnahmslos, sondern nur dem Betroffenen preisgegeben erscheint. Das ergibt die Stelle:

VI. 2. 2. . . . in eius potestatem tradendus est ille, qui dedit (sc. venenum): ut de eo quod facere voluerit, sui sit incuntanter arbitrii. — Vgl. III. 1. 11; III. 6. 1; III. 3. 2; III. 4. 1; III. 4. 12; IV. 5. 12; V. 7. 19; VI. 1. 7; VI. 5. 16.

Dass nun zunächst diese Macht zur Schuldverknechtung benutzt wurde, zeigt:

<sup>377)</sup> Vgl. Dahn, a. a. O., S. 199.

IX. 2. 9. . . . tunc regiae potestati sit licitum, huiusmodi transgressorem perpetuae servituti subicere. — Vgl. V. 4. 11; II. 4. 6; III. 3. 2; III. 4. 14; III. 4. 2; V. 7. 17; VI. 1. 3; VII. 2. 13; VII. 6. 1; VII. 2. 14; XII. 2. 14; VII. 6. 2.

Dass aber wegen der Regelmäßigkeit dieser Machtnutzung endlich schon die Sanction auf Schuldknechtschaft lautete, beweist:

VI. 1. 2. . . . ei confestim serviturus tradatur, ut salva tantum anima, quod in eo exercere voluerit, vel de statu iudicare elegerit, in arbitrio suo consistat. — Vgl. XII. 2. 16; XII. 2. 18; III. 2. 2; III. 6. 1; IX. 2. 8.

Ja daraus erhellt geradezu, dass nun umgekehrt nicht in der Preisgebung an die Willkür durch die Acht die Möglichkeit der Schuldverknechtung, sondern in der Schuldverknechtung als Sanction die Preisgebung an die Willkür gefunden wurde! Allerdings mit Ausschluss der Tödtung. Das ist auch anzunehmen, wo es nicht gesagt ist. Dies ergibt:

VI. 2. 2. Der Giftmischer ist zu tödten, wenn sein Gift gewirkt hat; wenn nicht, ist er dem Verletzten zu überantworten, ut de eo quod facere voluerit, sui sit incunctanter arbitrii. — Vgl. VI. 5. 16; XII. 2. 16; VI. 1. 4.

Daraus jedoch erhellt der Triumph der ökonomischen Idee, indem eben keine blutige Rache mehr walten soll, und zwar selbst dann nicht, wenn die Buße als Ablösung der Rache versagt. Dann soll vielmehr die Buße durch den Verfall zur ökonomischen Schuldhaft ersetzt werden, als dass die Rache wieder auflebte. Das ergeben die Stellen:

VI. 1. 2; VII. 3. 3; VII. 1. 5; VII. 2. 13; VII. 1. 1; VII. 1. 5; VII. 3. 2; VII. 2. 14.

Geradezu die Idee des Schadenersatzes durch Schuldhaft bei Insolvenz ist dabei betont in:

II. 4. 6; V. 4. 11; IV. 4. 1; IX. 1. 2; VII. 5. 2; und am anschaulichsten:

IX. 1. 2. Si quis alienum servum in fuga lapsum, ferro vinctum aut in quocumque ligamine constitutum absolverit: pro praesumptione sua, qui hoc fecerit, det domino servi solidos X. Si vero non habuerit, unde componat, a iudice C flagella suscipiat, et servum requirere ac domino restituere non moratur. Quod si eum non potuerit invenire, servum aequalis

meriti domino reddere non moretur; aut si non habuerit unde componat, ipse subiaceat servituti, illi cui servum laxaverit, addicendus.

Ein treffendes negatives Zeugnis ist zudem die folgende Stelle:

VI. 4. 2. Quod si non habuerit unde componat, ipse sine dubio serviturus tradatur: et si aliquid in domo quam ingressus erat, damni non fecerit, nec aliquid subtraverit, pro eo quod ingressus fuerit, X solidos cogatur donare et centum flagellis publice verberetur. Quod si non habuerit, unde componat, CC flagella suscipiat.

Es tritt sonach der Haftfall bei Insolvenz gerade nur ein, wo ein Schaden zu ersetzen ist. Es hat also vollends die Schuldhaft das Gepräge einer civilen Function erhalten. Und so wird sie nun bei Insolvenz ganz allgemein unter einem auch für den andern Fall civiler Obligation verhängt: sowol für obligationes ex delicto, als auch für obligationes ex contractu:

V. 6. 5. Si una persona reatu vel debito multis teneatur obnoxia. — Quod si quibus reus vel debitor manet, uno eodemque tempore contra eum agere coeperint: secundum quantitatem debiti vel reatus, aut reddere omnibus aut omnibus addicendus est serviturus. — Certe si non fuerit unde compositio exsolvi debeat, cum hoc saltem quod videtur habere, pro debito vel reatu perpetim servitutum iudex petentibus tradere non desistat.

Daran sind nun noch zwei allgemeine Bemerkungen zu knüpfen. Die eine bezieht sich auf das perpetim der Schuldhaft. Das gilt nicht genau. Es kann nur gemeint sein, dass nicht etwa schon die Arbeit in Haft als Abverdienung der Schuld gelten soll. Denn dass ein sonstiger Loskauf immerhin möglich bleibt, zeigt die Stelle:

V. 4. 10. Quicumque ingenuus se vendi permiserit, et precium cum venditore partitus est, ut circumveniret emptorem, proclamans postea nullatenus audiatur; sed in ea servitute, quam voluit, permaneat. Quoniam non est dignus ut liber sit, qui se volens subdidit servituti. Et tamen si ipse, qui se vendiderit vel venundari permiserit, precium unde se redimat habere poterit: aut si parentes eius redemptionem pro eo ei, cui se vendidit, dare elegerint; reddito ad integrum precio, quod pro venditi persona emptor accepit, ad ingenuitatis titulum ille, qui se vendiderat, poterit revocari. —

Die zweite Bemerkung bezieht sich auf den Mitverfall des Vermögens. Er ist eben eine Folge der Friedlosigkeit, als welche, wenn auch in abgeschwächter Gestalt, die Schuldhaft erscheint. Er ist eine Folge der Rechtlosigkeit, die sich im Verlust der Freiheit ausdrückt. Das erhellt sowol aus VII. 2. 14 (*careat libertate serviturus*), als insbesondere aus VII. 6. 2:

Quod si ingenuus sit qui hoc faciat, bona eius ex medietate fiscus adquirat; humilior vero statum ingenuitatis suae perdat, cui Rex iusserit, servitio deputandus. Vgl. auch III. 3. 4; III. 2. 1. —

Darin ist die Schuldhaft dem Exil verwandt. Sie zeigt aber sonst auch solche Ähnlichkeiten mit diesem, dass man schlechterdings beide identificieren möchte! Auch das Exil wird bei Insolvenz verhängt: XII. 3. 19 und IX. 2. 8. Auch das Exil wird geradezu als *servitus* bezeichnet: II. 1. 7. Und zudem ist von den *vincula exilii* (XII. 3. 2) und von den *ergastula exilii* (XII. 3. 27) die Rede. Es heißt: in *deputato sibi loco redactus a totius Palatii maneat societate seclusus* (II. 1. 6), und auch: *nec unquam in civitate ambulare permittitur* (III. 4. 17). Und so kommen wir zu dem Schluss, dass Exil und Schuldhaft, wie sie beide auf die eine Friedlosigkeit zurückzuführen sind<sup>378)</sup>, so beide, ökonomisch genützt, eine Abschließung von der Außenwelt mit Arbeitszwang bedeuten. Das erklärt auch, warum in späterer Zeit, als der Arbeitszwang in der Schuldhaft beseitigt wurde, das Exil vorzüglich beliebt war, weil es denselben Zweck der Ausschließung aus dem rechtlichen Verkehr erfüllte, ohne dem Gläubiger einen allenfalls müßigen Brotesser aufzuladen. Und so finden wir auch im Westgotenrecht, wie im Ostgotenrecht, aber wieder von einer andern Seite her, die Anfänge der Entwicklung, welche künftig zur häufig verwendeten Landesverweisung als *civilem Vollstreckungsmittel* geführt hat. —

Wenn wir mit einer abgezogenen Charakteristik vom Westgoten-Volksrecht als Quelle des römischen Vulgärrechts scheiden sollen, so ist es die folgende. Man scheut nicht davor zurück, die Person selbst wider ihren Willen mit Zwang zu verfolgen und mit Zwang zu ergreifen, damit sie auch nur *civiler Befriedigung* diene. In der Person trifft man eben auch schon den Willen, den es zu

<sup>378)</sup> Siehe S. 145 f. Vgl. auch Brunner, a. O., der Sav. Zeitschr. und II, 593 der R. G.

treffen gilt. Im weiten Kreis der Sachgüter aber, wo dieser Wille nur durch Vermittlung der Person zum Ausdruck, weil zur Herrschaft gelangt, scheut man eine endgiltige Wegnahme ohne den Willen des Schuldners. Nur wo mit dem Verfall der Person dieser Wille gebrochen erscheint, mag auch das Vermögen verfallen. Sonst bleibt man bei der Gütereinweisung und Zwangspfändung, also auf halbem Weg stehn; und eben diese Maßregeln dienen selbst auch mit dazu, am Ende den Willen für die Befriedigung fügsam zu machen.

### β) Römisches Vulgärrecht.

Von diesen Principien des Rechts der Westgoten wenden wir uns nun dem Vulgärrecht als solchem zu. Und zwar dem ausgezeichneten Vulgärrecht, dem Vulgärrecht also in den *leges Romanae* und in privaten Sammlungen. Es soll nach dem Plan am Schluss des vorigen Abschnitts behandelt werden: ausgehend vom *Breviar* und seiner *Interpretatio* und umfassend alle Erzeugnisse, die im Anschluss daran oder auch wol selbständig aufkamen. Es soll ein Gesamtbild entworfen werden, das den Einfluss germanischer Rechtsanschauungen wiedergibt. Es soll damit die Wechselwirkung, welche beide Rechte bei ihrem Zusammenstoß aufeinander übten, schon in diesen Anfängen dargelegt werden — ein Vorspiel zum großen Ringen im spätern Mittelalter, wobei aber das Ergebnis vielmehr eine *Reception* germanischen Rechts, oder doch seines Geistes, genannt werden darf.

Was nun zunächst den *Processbeginn* anlangt, so ruht das *Breviar* mit seiner *Interpretatio* und den *Epitomen* auf dem Grund des *Libellprocesses*. Das bezeugt die Stelle *Paulus V. 5. 6.*<sup>379)</sup> Nach dreifacher Ladung soll die *missio in bona* für den Belangten eintreten. Die *Epitomen Monachi* und *Aegidii* fügen hinzu: *quasi contumacem*. Sie deuten damit an, dass kein wirklicher Ungehorsam vorliegen muss. Sie stellen sich also ganz auf den Boden des römischen Rechts. Die Art aber, wie sie das ausdrücken, ist germanische Denkungsart. Im *quasi contumacem* liegt eine *Fiction* des Ungehorsams; und es liegt sonach darin, dass man sich die Ungehorsamsfolgen schwer ohne wirklichen

<sup>379)</sup> Ich citiere das *Breviar* und die *Epitomen* nach der Ausgabe von Haenel, *Die Exceptiones Petri* nach dem Abdruck bei Savigny. Bei der Anführung der übrigen Schriften erscheint der Herausgeber jedesmal genannt.

Ungehorsam denken kann. Wir haben das schon bei Betrachtung des Ostgotenrechts<sup>380)</sup> gefunden, welches deshalb nur bei wirklichem Ungehorsam die Gütereinweisung vorschreibt. Und wir finden nun hier im Vulgärrecht die Fiction des Ungehorsams, um unter der Flagge des germanischen Erfolgshaftungsprinzips über diese Klippe der Gütereinweisung auch bei mangelndem Ungehorsam hinwegzukommen.

Viel beredter sind die *exceptiones Petri*. Sie enthalten eine Reihe umständlicher Normen über die Folgen des Ungehorsams. Es wird zunächst zwischen Ungehorsam vor und nach der *Litiscontestation* unterschieden. Vorher findet zuvörderst *missio in bona* statt: lib. IV, cap. 16. Sie ist aufhebbar, sobald der Belangte in Jahresfrist vorkommt und den Process übernimmt. Nach einem Jahr bleibt sie bis zur Befriedigung unbedingt fortbestehn. Diese Gütereinweisung nimmt nun aber eine ganz verwilderte Gestalt an, welche deutlich germanische Rechtsanschauungen widerspiegelt. Es heißt nämlich gleich in der nächsten Stelle:

lib. IV, cap. 17. De his qui iustitiam facere noluerint, Si quis adversus alium aliquem actionem habuerit et ad iustitiam faciendam vocaverit, ille autem nec timore Dei, nec iussu iudicis nec propinquorum aut amicorum commotus iustitiam actori facere voluerit, actor autem ira commotus res eius mobiles rapuerit, immobiles invaserit, domus concremaverit, vineas, messes et arbores devastaverit, posteaque reus aliquo tempore ad iustitiam venerit, quidquid damni actori fecit vel lucrum, quod de rebus suis posset cepisse imprimis ei restituat. Postea actor res, quas ex bonis eius possedit, restituat; consumptorum vero si quid lucri ad praesens habet, tamen restauret. — Ebenso das Grazer Rechtsbuch, Fol. 185, 2. Col. —

Savigny will hier actor statt actori lesen; also dass der Kläger dem erschienenen Geklagten allen Schaden ersetzen soll. Davon kann keine Rede sein. Was hätte es auch für einen Sinn, wenn all diese Greuel vorläufig statthaft wären und hinterher haftbar machten? Was sollte ferner das „imprimis“ und „postea“ bedeuten? Und der Schluss der Stelle spricht doch schlechterdings eine Entbindung des Klägers vom Ersatz aus, soweit er

<sup>380)</sup> S. oben S. 133 f.

Güter vernichtet oder auch nur ohne bleibenden Nutzen verbraucht hat. Nur was noch da ist, hat er herauszugeben. Und nur eine extensive Interpretation dessen, was noch da ist, enthalten die Schlussworte, indem sie auf den Satz reflectieren: *pretium succedit in locum rei* und *res succedit in locum pretii*. Dazu vergleiche man die folgende Stelle Julian's, welche auch den Ersatz vom Belangten an den Kläger verlangt, und auch erst dann die Güterrückgabe fordert:

XLVII. 135. . . . Et postquam in possessionem actor fuerit missus, non aliter reus eam recipiat, nisi omnia damna, quae contigerunt, actori resarcierit . . .

Wir haben es also unzweifelhaft in unserer Stelle mit einer Zurechtlegung der römischen „iustitia“ gegenüber der „consuetudo“ zu thun.

Anders steht es, wenn die *Litiscontestation* bereits erfolgt ist. Da nämlich findet das *Eremodicialverfahren* statt. Das heißt, es ergeht die Entscheidung auf Grund der immerhin vorhandenen *Instruction*, wenn sie auch nur von einer Seite geboten wird. Wird danach der Geklagte verurtheilt, so erfolgt nun zur Rechtsdurchsetzung *Specialexecution*: Es wird eine *missio in res singulares* vorgenommen, und zwar nicht *custodiendi causa*, sondern zur Befriedigung. Es geschieht kurz die *capio et distractio pignorum*:

*Exceptiones Petri*, lib. IV. cap. 21. — *Dictatum de Consiliariis* bei Haenel, Julian, S. 200. — *Fingierte Constitution* bei Fitting, Gualcausus, S. 127. — Vergl. I. 13, §. 3, C. III. 1.

Also vor der *Litiscontestation* Vermögensverfestung — nachher *Specialexecution*. Das konnte nun aber in Einklang mit der germanischen Rechtsanschauung gebracht werden. Und es wurde in solchen Einklang durch die germanische Auffassung gebracht, welche die römische *Litiscontestation* und ihre *cautio iudicatum solvi* erfuhr.

Um vorwegzunehmen, was die mannigfachsten Belege ergeben sollen: man identificierte das *litem contestare* als Einlassung in den Rechtsstreit mit dem *iustitiam facere* als Unterwerfung unter das Endurtheil; man identificierte die *Stipulation* hiebei als *cautio iudicatum solvi* mit der *fides facta* als Urtheilerfüllungsgelöbniß; man identificierte kurz die römische *Fidejussoren-Stipulation* für das *iudicatum solvi* mit der germanischen *Fides-facta-Stipulation* zum selben Zweck.



Denn auch die *fides facta* sicherte insofern die Befriedigung, als sich in ihr der Schuldnerwillen dem Vollstreckungszwang unterwarf. Ohne diese Unterwerfung unterliegt er ihm nicht; der Wille, der sich nicht so gebeugt hat, müsste gemäß dem germanischen Rechtsbewusstsein gebrochen werden: durch die Acht. Und so wird denn wirklich hinwider die römische *missio* vor der Streitbefestigung, wie gezeigt, im Sinn einer solchen Ächtung aufgefasst: sie erscheint als Wüstung in den *Exceptiones Petri*! Es erschien also — eine Bemerkung, die wir schon beim Ostgoten-Volksrecht machten — die *fideiussio* als *fides facta*. Und es erschien demnach die römische Sicherung für die Befriedigung durch *Specialexecution* auch nach germanischer Denkweise als eine solche Sicherung: Auch hier war nun eine endliche *Execution* gesichert, eine *Specialexecution*, und zwar hier wie dort dieselbe *Specialexecution*: durch Pfandnahme!

Nun zu den Belegen. Da sei zunächst festgestellt, dass die *stipulatio* des römischen Rechts überhaupt als germanische *fides facta* erschien. Daran reiht sich um so ungezwungener die Auffassung des *fideiussor per stipulationem* als eines *fidens faciens* überhaupt, und insbesondere der *fideiussio* zum Zweck der *cautio iudicatum solvi* als *fides facta* in eben dem Sinn. Das Erste: die Auffassung der *stipulatio* als *fides facta* ergibt ganz unzweifelhaft die *lex Romana Curiensis*.<sup>381)</sup> Sie sagt im Zusammenhang mit der Definition der *stipulatio* von Paulus im *Breviar*:

II. 2. De *stibulatione*. *Stibulatio est, si inter duos homines de quaecumque rem intencio est, possunt inter se causa sine scripta et sine fideiussores per stipula finire. Stipula; hoc est, ut unus de ipsos levet festucum de terra et ipsum festucum in terra reiactet et dicat: Per ista stipula omne ista dimitto; et sic ille alter prendat illum ipsum fistucum et eum salvum faciat; et iterum ille alius similiter faciat.* — Ähnlich Isidor in seinen *Etymologien*, I. 24, c. 5, §. 30.

Vergleicht man mit dieser Darstellung das *Edictum Chilperici*<sup>382)</sup> und seine Beschreibung des *fidem facere* als *fistucam*

<sup>381)</sup> Vgl. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, S. 222; Heusler, a. a. O. I, S. 76.

<sup>382)</sup> Darüber eingehend: Bd. I, S. 106.

*tenere et auferre*, so kann kein Zweifel sein, dass die Ceremonie des *stipulari* in unserer Stelle eben die Ceremonie des *fidem facere* ist, dass also die *stipulatio* eine *fides facta* sein soll.

Was nun aber von der „*stipulatio*“ gilt, das gilt auch vom „*stipulator*“. Dass dabei an den Schuldner und nicht an den Gläubiger gedacht ist, ergibt die Gleichsetzung des *stipulator* mit einem *promissor* oder *firmator*:

Glossar bei Conrat im *Epitome exactis regibus*, S. 202.

Ist nun aber der „*stipulator*“ ein *fidem faciens*, so ist es auch der „*adstipulator*“, welcher zusammenhängend damit genannt<sup>383)</sup> und als ein „*adpromissor*“ und „*adfirmator*“ bezeichnet wird. Er wird aber zudem ein „*sponsor*“ vel *cautor*<sup>384)</sup> geheißt. Es kann nach alldem kein Zweifel sein, dass er als Mitverpflichteter neben dem Schuldner sein *fideiussor* ist. Dass aber in allen Glossen seiner neben dem Schuldner gedacht ist, und zwar mit ganz adäquaten Worten, erklärt sich gerade aus der *fides facta* und ist sonach für sie als gemeinte Verpflichtung beweisend: denn viele Volksrechte fordern eben nothwendig neben dem Schuldner einen Bürgen zur Vermittlung des *fidem facere*.<sup>385)</sup> Statt Bürge sollte es freilich besser „*Vermittler*“ heißen. Und in Satzungen und Urkunden wird er auch wirklich „*mediator*“ genannt.<sup>386)</sup> Nun finden wir in der That auch diese Bezeichnung für den Bürgen im *Vulgärrecht*! Die *Interpretatio* zu Paulus, V, 10, 4 spricht von einer „*media fides*“ des *fideiussor*. Und ähnlich heißt es in der *Interpr.* zu Paulus, II, 11, 1: „*fidem suam interponere*“ von diesem Bürgen, der eigentlich keiner ist, der nur „*fideiussor*“ genannt wird, weil er „*fidem facit*“: der Gleichklang führt zur gleichen Ableitung und damit zur Gleichsetzung — wir erinnern an die oben zum Ostgotenrecht gemachte Bemerkung.<sup>387)</sup> Aus der „*fides iuncta*“ des römischen Rechts wurde so eine „*fides facta*“. Es wurde das Geben und Nehmen der *festuca* von Hand zu Hand unterlegt. Und so wird nun geradezu „*fides iuncta*“ mit „*dextra data*“ glossiert, da dem Geben und Nehmen der *festuca* von Hand zu Hand am Ende der bloße Hand-

<sup>383)</sup> Glossar, a. a. O. S. 202.

<sup>384)</sup> Ebenda, S. 202.

<sup>385)</sup> Vgl. für die *Gundobada* Bd. I, S. 101 ff., für die langobardischen Königs-*edicta*: oben S. 75 ff., für das nordische Recht: v. Amira, a. a. O. I, 297.

<sup>386)</sup> Darüber eingehend S. 120 f. und S. 84 f.

<sup>387)</sup> S. oben S. 139.



schlag gleichkam: der Handschlag in Treuen<sup>388</sup>), wie mit einem Anklang aus *fidem facere* noch das spätere deutsche Recht sagt.

Aus dieser Zusammenbringung der „*fideiussio*“ mit der „*fides facta*“ einestheils und andernteils aus der Auffassung der „*stipulatio*“ als „*fides facta*“, wie wir sie belegt haben, erklärt es sich auch, warum die *Interpretatio*, da sie die Definition des „*stipulari*“ von Paulus im *Breviar* erläutern will, von allen daselbst erwähnten Beispielen des *stipulari* einzig das „*fide sua esse iubere*“ nennt: Nur dieses allein, das aber ganz vorzüglich, passt eben zur Auffassung des „*stipulari*“ als „*fidem facere!*“ Die Stellen lauten:

Paulus, II. 3: *Stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet: velut spondeo? spondeo, dabis? dabo, promittis? promitto, fidei tuae erit? fidei mei erit etc.*

*Interpretatio*: *Stipulatio est inter praesentes haec verba, quibus se invicem partes obligare possunt, ubi necesse est, ut interrogatione petentis pulsatus ad interrogata respondeat. Veluti si quis pro alio fideiussorem se dicat accedere, qui cum se hac responsione obligaverit, ad solutionem etiam sine scriptura poterit retineri. — Ähnlich die Epitomen Monachi und Guelpherbitana. — Noch charakteristischer sagt die Epitome Aegidii schlechtweg: Quicumque verborum conceptione se obligaverit vel fideiussor extiterit, ad solutionem sine scriptura teneatur.*

Man sieht, wie sich alle diese Glossen winden und drehen, als ob sie mit der „*stipulatio*“ nichts rechtes anzufangen wüssten, bis sie endlich auf die „*fideiussio*“ eben als „*fides facta*“ verfallen. Daran klammern sie sich. Da schwindet ihre Unsicherheit bis zur Entschiedenheit des Aegidius, welcher einfach nur die „*fideiussio*“ als „*stipulatio*“ nennt und ihren Wert im Beweis ohne Schrift sieht.

Diesen Beweiswert betonen auch die andern. Ihn hebt auch die oben schon angeführte *Curiensis* hervor, nachdem sie das „*stipulari*“ einfach als „*stipulam dare*“, also eben als „*fidem facere*“ erklärt hat:

*Si hoc fecerint et aliquis de illos aut de heredes eorum ipsa causa removeare voluerit, ipsum fistucum in iudicio*

<sup>388</sup>) S. oben S. 80. Dazu Siegel in den Sitz.-Ber. d. Wien. Akad. 1894.

*coram testes presentetur. Ambo duo, qui hoc contendunt, si hoc fecerint, ipsa causa removeare non possunt.*

Und da nun wird eine Stelle von Isidor in seinen *Etymologien* wichtig, welche gleichfalls die römische *Stipulation* erklären will und gleichfalls in ihrer Ceremonie ein solches Beweismoment als gezielt betont:

l. 24, c. 5, § 30. *Dicta autem stipulatio a stipula. Vēteres enim quando sibi aliquid promittebant stipulam tenentes frangebant: quam iterum iungentes sponsiones suas agnoscebant.*

Diese stete Accentuierung des Beweiswerts und nur des Beweiswerts heischt Erklärung. Sie ergibt sich unter einem mit der Lösung der anderen Frage, die sich aufdrängt, wie überhaupt eine solche Auffassung der *stipulatio*, eine solche Anlehnung ans germanische Recht entstehen konnte.

Bedenken wir nämlich, dass die germanische Schriftverpflichtung geradezu als die römische erscheinen mochte, da sie ja denselben Beweiswert, worauf es ankam, hatte; und bedenken wir ferner, dass hier wie dort der Zusammenhang, welcher zwischen der mündlichen und der schriftlichen Form bestand, auch äußerlich in der gleichen Bezeichnung zu Tage trat: so ergibt sich eben von selbst der Schluss: dass man auch in der mündlichen germanischen „*fides facta*“ die mündliche römische „*stipulatio*“ suchen und finden mochte, zumal man auch in ihr den Beweiswert, auf den es ankam, betonte, ja geradezu vorweg, wie die Stelle von Isidor zeigt, durchs Ceremoniell gezielt fand!

Das „*fidem facere*“ war nun aber mehr als bloße Beweisform. Es war überhaupt mehr als bloße Form. Es galt die Form nur als verfestigter Abdruck des Willens, den sie barg. Auf den Willen kam es wesentlich an, so dass auch eine formlose Erklärung dieses Willens, so weit sie reichte, verpflichtete. Man gebrauchte die Form nur als kurzen und unleugbaren Ausdruck des maßgebenden Willens.<sup>389</sup>) Das ist hier der Wille, sich und das Seine der Execution zu unterwerfen, wenn man nicht freiwillig selbst erfüllt. Er kommt

<sup>389</sup>) Diesen Punkt, von dem aus die Lösung des Problems zu erreichen ist, was die Voraussetzung einer erzwingbaren Verbindlichkeit bildete, und welches sonach die Erklärung der verschiedenen Formen ist, einen Punkt, den wir schon vielfach berührt haben, werden wir im „*Excurs*“ am Schluß des ersten Abschnitts eingehend untersuchen.

am klarsten in den begleitenden Worten zum Ausdruck, welche das Saliengesetz überliefert:

L. 3: *super me et fortuna mea pono;*

ganz ähnlich sagt dies nun aber das Vulgärrecht, und zwar in:

Petr. II. 43: *se remque suam obligavit;*

und es sagt dies gerade vom fideiussor als *fidem faciens*. Ebenso spricht der liber Papianus von „*caput aut facultatem obligare*“. —

Damit war vollends die eigenmächtige Execution, wie sie die *fides facta* auf Grund ihrer freiwillentlichen Unterwerfung des Vermögens unter die Zwangsvollstreckung gewährt, auch für die *stipulatio* eben als *fides facta* gewonnen! Und aus dieser Übertragung der Vollstreckbarkeit, welche die *fides facta* gewährte, auf die *Stipulation* erklärt sich am Ende die folgende höchst charakteristische Glosse, welche die *stipulatio* neben der *accio*, und zwar als *instar accionis* ein Mittel der Rechtsdurchsetzung nennt:

H. IV bei Fitting a. a. O.: *hoc ius quo quid persequimur generaliter dicitur accio; specialiter autem alias accio alias preiudicium, alias interdictum, alias stipulatio, quae instar accionis habet. Ähnlich ebenda § 72.*

Mit der Kennzeichnung der *Stipulation* als Vollstreckungstitel ist aber auch schon die römische Zwangsvollstreckung durch *pignoris capio* im germanischen Geist erklärt. Es erscheint eben diese Pfandnahme, welche wider Willen des Schuldners gemäß dem germanischen Recht nicht statthaft wäre, so willentlich übernommen. Und in der *fides facta* zu diesem Zweck einer Sicherung der Vollstreckung gleicht nun vollends das germanische Recht dem römischen, da dieses eine *fideiussio* als *cautio iudicatum solvi* bei der Streitbefestigung vorsieht. Diese *Fideiussoren-Stipulation* als *Vollstreckungsversicherung* gleicht der *Fides-facta-Stipulation* als *Urtheilserfüllungsgelöbnis*. Und so sind wir bei dem Satz angelangt, den wir zu beweisen ausgingen.

Fassen wir nun, was uns die Satzungen des Vulgärrechts bieten, geschlossen zusammen, so erhalten wir folgenden römisch-rechtlichen Aufbau, welcher auf germanisch-rechtliche Grundlagen gestellt ist: Während ein Ungehorsam vor der *Litiscontestation* eine bloße Gütereinweisung nach sich zieht, und zwar eine Gütereinweisung, die als Verkleidung der germanischen Idee

einer Ächtung des Ungehorsamen erscheint, mag bei Ungehorsam nach der Streitbefestigung auch schon Zwangsvollstreckung bis zur Befriedigung eintreten. Und zwar hier wieder eine Zwangsvollstreckung bis zur Befriedigung, der die germanisch-rechtliche Anschauung unterlegt wird, dass im *litem contestare* ein *iustitiam facere*, in der *cautio iudicatum solvi* eine *fides facta super fortuna* gelegen ist, welche als freiwillentliche Unterwerfung alles Vermögens unter Zwangsmaßnahmen diesen die Bahn öffnet. Indem nun aber die Execution mittelst *pignoris capio* erfolgt, sah man sich wieder veranlasst, diese erlaubte *pignoris capio* unter die erfolgte *Fidesstipulation* zu bringen. Und so fasste man diese im Sinn eines parat vollstreckbaren Executivvertrags auf. So aber fand man in der *fides facta super fortuna* eine *cautio iudicatum solvi*: eine Sicherung der Erfüllung im Versprechen, die Zwangsmassnahmen zum Zweck der Erfüllung zu erdulden. Man fand kurz in der *Fides-facta-Stipulation* als *Urtheilserfüllungsgelöbnis* die *Fideiussoren-Stipulation* als *Vollstreckungsversicherung*.

Die volle Belebung werden diese Ausführungen erst durch die Urkunden erhalten, welche im nächsten, letzten Capitel heranzuziehen sind. Hier wollen wir zunächst an der Hand der vulgären Gesetzessammlungen nun auch die weitere Frage prüfen: Wie steht es, wenn auf dem dargethanen Weg die Befriedigung nicht erzielt wird? Wie steht es, wenn Vermögen oder doch genug Vermögen mangelt? Dann tritt der Vollstreckungszwang an die Person heran. Soweit stimmt das mit dem römischen Recht überein. Allein die Art des Zwangs wider die Person entfernt sich vom römischen Recht in der Richtung aufs germanische. Wir wissen, dass im römischen Recht am Ende die Schuldhaft nur als Staatshaft gestattet war. Wir wissen dagegen, dass im germanischen Recht die *custodia privata* üblich blieb. Es ist nun bezeichnend, wie das Vulgärrecht hier verlegen wird, und wie es sich aus der Verlegenheit helfen will. Die *Interpretatio* macht es am einfachsten: Sie lässt, wie oft, so auch hier, was ihr nicht passt, einfach unerläutert. Sie sagt, während doch des Westgotenrecht gerade zahllose Normen über Schuldhaft nöthig findet:

*Ista lex interpretatione non eget* (IX. 8. 1).

Die *Guelpherbitana* findet darin nur ein Eigenmachtsverbot: es soll ohne Mitwirkung der Staatsgewalt keine Privathaft stattfinden:

Qui absqu[e] publicu[m] privato carcere reu[m] retene-  
rit reus maiestatis habeatur.

Ganz merkwürdig helfen sich die Epitome S. Galli und die lex Romana Curiensis. Sie sagen, anschließend an die Kaiserconstitution, also nach ihrer ganzen Anlage wol zum Zweck der Erläuterung des Gesetzes — man muss das hervorheben, da man sonst kaum darauf käme, dass dieses eine Erklärung der fraglichen Norm sei:

Si quis iudex, qui violentis homines scienter aut de carcere aut sic loco dimittunt, ut ipsa causa diligenter non inquirant, tale pena exinde ipsi iudices sicut in superiore lege scriptum est.

Sie sagen also, dass der Richter bei Strafe Gefangene nicht vor genauer Prüfung der Schuld wieder freilassen soll. Der genug verwunderliche Gedanken-Zusammenhang zwischen der römischen Stelle und der vulgären Glosse ist wol folgender. Nur wenn der Richter nicht hilft, darf sich der Kläger selbst helfen. Nur dann also sollte ein privater Arrest erlaubt sein, wenn der Richter den Geklagten, wo es sein soll, nicht in Arrest hält. Das aber soll er bei Strafe, so dass es also zum Privatarrest nicht zu kommen hat. Auf diesem Umweg also erscheint dem Vulgärrecht die Erklärung möglich, dass kein Privatarrest stattfinden solle! Der Arrest jedoch, der dabei gemeint wird, der Arrest, der als Haft bis zur Sachentscheidung bezeichnet wird, ist ein Arrest zur Sicherstellung und nicht ein Arrest zur Befriedigung. Er ist keine Schuldhaft. Dass gerade die Curiensis eine Schuldhaft, und zwar offenbar als private Schuldhaft für erlaubt hält, zeigt die Bemerkung zu Paulus, V. 1. 1.

Hier wird zunächst nur vom Kinderverkauf aus Unterhaltsnot gesprochen:

Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant; homo enim liber nullo pretio aestimatur.

Während die Interpretatio auch hier nur ihr billiges „interpretatione non eget“ hat, meint die Curiensis dazu: damit sei nur die volle Entäußerung der Freiheit ausgeschlossen. Eine volle Entäußerung der Freiheit aber finde durch die Hingabe zur Schuldknechtschaft, und zwar der Kinder sowol, als auch — und damit kommt sie eben auf die Selbstverknechtung zu sprechen — seiner

selbst nicht statt. Denn es sei ja der Rückkauf möglich und also die Freiheit unverloren! Eine solche Unterbindung der Freiheit sei erlaubt; nur die Abschneidung unerlaubt. Und nur diese wolle demnach die paulinische Stelle verbieten:

Ipsorum (sc. filiorum) ingenuitatem vindere non potest. Sed quando ipsos filios suos aut si ipse se redimere voluerint, hoc facere possunt et ingenui permanebunt.

Dieser Rückkauf nun soll um ein Fünftel mehr, als der Verkaufspreis betrug, unbedingt statthaft sein. Es ist das in einer Novelle von Valentinian gesagt, welche im Breviar recipiert und im Edictum Pistense ebenso wie in manchen Concilsbeschlüssen wiederholt erscheint. Hier hat sich die römische Norm auch unter den Germanen eingebürgert. Dagegen heißt es in den Exceptiones Petri, I, 14, dass der Rückkauf der Freiheit um den Wert zu erfolgen habe. Und ebenso sind wol die Prager Canonessammlung und das Grazer Rechtsbuch, Fol. 190, Col. 4 zu verstehen. —

Schließlich ist noch eine Stelle der Exceptiones Petri bedeutsam. Sie zeigt eine interessante Annäherung an die germanischen Grundsätze, dass die Verwandten die Pflicht zur Lösung des Schuldknechts haben, wenn sie ihr Erbrecht nach ihm nicht verlieren wollen:

I. 15: De causis exheredationem . . . si parentes captivos aut in custodia positos liberare non curaverint. — Vgl. auch Julian 107. 3 und Fitting N. 28, S. 35.

## 2. Innere Fortbildung (Urkunden).

### a) Ordentliches Zwangsverfahren.

Indem wir uns nun dem romanischen Rechtsleben zuwenden, wie es gemäß den gesammelten Urkunden in Italien verlief, wird sich auch hier, wie im compilierten Vulgärrecht, ein Grundzug erkennen lassen, den man als Reception germanischen Rechts oder doch seines Geistes bezeichnen kann. Überall freilich dringt dieser Grundzug nicht in gleichem Maß durch. Wir können zwei Rechtsgebiete unterscheiden, welche eine verschiedene Rechtsentwicklung zeigen.

Das eine zeigt ein mehr römisch geartetes Recht im Zwangsverfahren, aber ein verwildertes, ein römisches Recht, welches wie eine Rückbildung anmuthet, den der Verfall der Staatsgewalt

im Gefolge haben mochte. Im einzelnen freilich mischen sich auch darein noch germanische Rechtsgedanken.

Die ganze Untersuchung lässt sich an folgende Stelle knüpfen:

Borgia, II. 365 (10. Jhrt.). *Olim grecus qui nunc monachus est, villanum suum debitorem in foro repperit, cepit, vinxit, trusit in foveam quam profundam, et ad os fovee lapidem ingentem quem vix decem homines movebant fecit apponi, insuper feras hostiorum clavibus firmavit. Am andern Morgen fand er das Nest leer. Balbas invenit clausas, lapidem appositum et non solum captivum non invenit, sed et etiam compedes non repperivit. Audite rem dignam auditu. Debitum creditor villanus non ex malitia non exsolverat; sed ex nimia instante penuria. Ex insperato creditor illum invenit cepit et calumniis affecit. Cui villanus supplex et cernuus, domine mi, inquit, ausculta pusillum — posco igitur indutias — ex fide mea tibi adstipulor, quia mox pecuniam tuam cum dignis gratiarum actionibus vel duco vel dirigo. Aut si peccato tanta me manet paupertas, ut id exequi nequeam tibi memetipsum represento. Ad quem creditor: non per ambages ait me traducas amplius, sed aut reddes, quod debes, aut sine me terre pugillum non ibis; et cepit illum minare captivum. — Quid plus dicam; ascendente et cenante iam creditore cataracta domi claudi iubetur, ipse quietum peregit. Igitur ille miserabilis in tenebrosis angustiis constitutus atque semisepultus, immo dicam plus quam sepultus. Nempe cadaveri tolerabilius sepeliri quam homini in ergastulo detineri. — Und in der Früh fand der Gläubiger seinen Schuldner nicht. Der war durch ein heiliges Wunder entkommen.*

Drei Punkte treten aus der Stelle hervor: Einmal ein Recht des Gläubigers, seinen Schuldner, auch wenn er Vermögen hat, nur eben nicht zahlen will, persönlich zu verhaften, ohne irgend einen Zwang wider sein Vermögen versucht zu haben. Es steht beim Schuldner, ob er zahlen will; beim Gläubiger steht es nur, ihn zu verhaften, wenn er nicht zahlt. Daher die Alternative: aut reddes quod debes aut sine me non ibis. Daher auch die Bemerkung: *debitum non ex malitia non exsolverat.*

Zweitens nahm die Kirche den Schuldner in Schutz. Sie trat gegen solche Strenge des Schuldrechts auf. Und so wird es

eben als ein heiliges Wunder gepriesen, dass der Schuldner seinem Gläubiger entkommen konnte.

Drittens endlich sucht der Schuldner gegen ein Erfüllungsgelöbnis loszukommen, womit er zunächst die Bezahlung der Schuld verspricht, und wenn er sie irgend nicht zu erbringen vermöchte, betheuert, sich selbst zur Haft zu stellen. Und in diesem Erfüllungsgelöbnis dringt die germanische *fides facta* durch, sie vermischt sich mit der Stipulation. Daher der Ausdruck: *ex fide mea tibi adstipulor.* — Auf alle diese Punkte ist nun einzugehn.

Was zunächst den ersten Punkt anlangt: die Zwangsvollstreckung nur wider die Person des Schuldners, so spricht dafür auch eine neapolitanische Urkunde. Ja, aus ihr ergibt sich, dass wirklich im Urtheil einzig die Personalhaft als Zwangsvollstreckung eröffnet wird, das Urtheil schon sagt: wenn der Schuldner nicht zahlt, gleichgiltig, ob er nicht will oder nicht kann, so verhafte ihn der Gläubiger, gleichgiltig, ob ihm vielleicht eine Sachzwangsvollstreckung lieber wäre:

*Mem. Stor. Neap. I. 271 (9. Jht.): . . . Cum autem audisset valneator, quia defunctus esset debitor suus, et oblum ei minime direxisset, surgens exinde interpellavit Ducem terre eius, super uxorem eius, quod vir eius debuisset solidos aureos centum. Tunc illa detestando et iurando coepit dicere: Non faciet Deus, ut vir tibi solidos dare debuisset. Cui Dux tale dedit iudicium, ut aut debitum redderet ipse mulier aut ipse creditor haberet eam una cum filiis suis in suo servitio. Und da geht nun die Frau betrübt zum Bischof Severus und klagt ihm, dass sie um Schulden des Gatten willen zum Gläubiger kommen soll: in ius suum una cum filiis suis.*

Dieser Bittgang bringt uns auf den zweiten Punkt: Die Stellung der Kirche zum Schuldrecht.

Diese wie die obige Stelle belegen die Tendenz der Kirche: Geistliche scheuen keine Schutzmaßnahmen, die sich doch als Gewaltmittel gegen das geltende Recht darstellen. Und wie dem Recht, so thut man auch wol dem Gesetz für den guten Zweck Gewalt an: durch Zwangsinterpretationen.

So heißt es in einem Brief Gregor's (IV. 45 Jaffé 1315):

*Lex habet ut homo liber pro debito nullatenus teneatur, nisi res defuerint, quae possent eidem debito addici.*

Diese Lex aber soll eine Codexstelle sein, die den Fall einer *cessio bonorum* behandelt. (C. 7, 71, 1.) Da allerdings tritt keine persönliche Haftung ein. Andererseits gibt man doch mittelbar die Schuldhaft zu, indem man nur Auswüchse abgestellt wissen will: Ein todter Schuldner ist freizugeben:

*quia mortui cadaver per se nec respondere nec satisfacere potest.* (Concilienschluss aus dem Jahr 904, abgedruckt im Bd. I, Nr. 4 der *Monumenti storici della Romagna*, ser. 2, tom. 1.)

Wenn nun aber der Brief Gregor's die Freiheit als Grund betont, welcher Knechtesdienst ausschließt, so ist dagegen auf die zahlreichen *Obnoxiationen* hinzuweisen, die gerade am häufigsten an die Kirche geschahen.

Wir kommen damit auf den dritten obigen Punkt zu sprechen: den gütlichen Vertrag des Schuldners mit dem Gläubiger zum Zweck der Rechtsvollstreckung. Das konnte eben ein Vertrag sein, wie ihn der Schuldner in der Stelle von Borgia vergebens anbot: eine Stundung, nach welcher die Leistung erfolgen sollte, widrigens die Haft erst recht verwirkt wäre. Das konnte aber insbesondere eine *obnoxatio* sein. Und diese bot dem Schuldner sowol als dem Gläubiger einen Vortheil: den Vortheil einer Abarbeitung der Schuld, wodurch der Schuldner eben mit der Zeit befreit, der Gläubiger mit der Zeit befriedigt wurde.

Solche *Obnoxiationen*, die entschieden germanischen Rechtes sind, begegnen öfters in romanischen Urkunden. Sie kommen auch wol als von Haus aus geschlossen vor:

Mur. Ant. I. 837; Savioli I. App. N. 23; Mon. Neap. I. 51, II. 110; Mon. Rav. II. 138, V. 269; Nicolaus C. 20 (Jaffé 2812).

Ganz vorzüglich konnte endlich der Schuldner durch solche Verträge sein sonst verschlossenes Vermögen dem Zugriff des Gläubigers öffnen. Und auch diese Verträge wurden oft, ja meist schon von Haus aus, gleich bei Begründung der Schuldverbindlichkeit eingegangen: als *Executionsverträge*.

Ihnen nun, die sich in reicher Fülle in unsere Urkunden finden, ihnen, die der germanische Geist, welcher eindrang, zu ungeahnter Blüte entwickelt hat, wollen wir uns erst voll zuwenden, wenn wir das Zwangsverfahren in den andern römisch-rechtlichen Gebieten Italiens kennen gelernt haben, ein Zwangs-

verfahren, welches von Anbeginn vielfach germanischen Einfluss zeigt und in seiner ganz dem germanischen Geist gemäßen Vollstreckungsgrundlage unmittelbar die Brücke bildet, die uns zur schliesslichen Betrachtung der *Executivverträge* überführt. —

Der erste Processzwang ist hier ein Einlassungszwang. Ihn hat schon das alte römische Recht geübt: die in *ius vocatio* und ihre Zwangsduction wollten den *reus* zur Verhandlung vor Gericht bringen. Und vorgebracht, blieb er nun festgehalten, wenn er nicht durch ein *vadimonium* sein Wiederkommen versicherte. Dieses *vadimonium* aber ward zur regelmäßig nöthigen *cautio iudicio sisti*, seit die Streitbefestigung immer eine Vertagung mit sich brachte. — Daran nun knüpft das romanische Recht an.

Auch hier wird zunächst ein *vadimonium* für das Zurechtstehn gefordert. In seine Leistung aber mischen sich germanische Rechtsgedanken. Das *Chronicon Farfense* nennt noch die alte Form:

Mur. Ser. II. 2. 574: *dederunt invicem guadimonium, ut constituto termino iudicantibus Iudicibus fecissent secundum legem.*

Und es wird auch erwähnt, dass man nur gegen diese Versicherung loskommt:

Mon. Rav. II. 14: *tunc missae sunt ambae partes pro fideiussore per manu.*

Die Leistung dieser Bürgschaft schiebt sich aber bald weiter vor, so dass sie sogleich mit dem ersten Erscheinen vor Gericht verlangt wird:

Mon. Rav. IV. 80; wonach schon zur Einlassung ein *venire et legitime satisfacere* gehört.

Und dieses *legitime satisfacere* selbst scheint sein Wesen zu wechseln. Zunächst wechselt der Ausdruck:

Mur. Ser. II. 2. 505: *Hodie non exies de isto placito nisi legem feceris.*

Mon. Rav. II. 68: *noluerunt venire et legem facere.*

Savioli I. App. Nr. 47 fordert gleichfalls neben dem *venire* ein *paratum esse legem facere*.

Mur. Ant. I. 473: *veniant et predicti Monasterii iusticias faciant.*

Es wechseln aber auch die Folgen. Es wird zunächst gegen Abwesende eine *missio in bona* vorgenommen, welche vollends der langobardischen *intromissio a publico* gleicht, zumal sie ent-



schieden germanisch per virgam et fustem unter Königsbann geschieht. Und es wird nun diese Maßnahme nicht schon aufgehoben, wenn der Abwesende erscheint: er muss eben auch noch jenes iustitiam sive legem facere durch vadimonium sive cautionem fideiussoriam leisten:

Mon. Rav. IV. 80; II. 68; II. 33; I. 107; Mur. Ant. I. 473; Savioli I. App. Nr. 47.

Endlich wird diese Bürgensicherung, die zu leisten kommt, in einer Weise ausgedrückt, welche gegenüber der römischen cautio fideiussoria für das Zurechtstehn ganz fremdartig anmuthet:

Mon. Rav. V. 269: iudicantes dixerunt ambabus partibus sub fideiussorem mittere sicuti fecerunt et elegerunt utrasque partes executorem Leo de Melo iuguli dedit fideiussorem Johannes de Casale Pauli advocatore. Dodo suprascripto castaldio iterum dedit fideiussorem Leo de translimite avvocatore ipsius Abbas et levavit illum suprascriptus Vitalitem.

Es scheint mir zweifellos, dass dieser Bürge, welcher executor genannt wird, der germanische mediator ist. So erklärt sich auch das mittlere pro fideiussore per manu der ersteiterten Stelle: aus einem Erfüllungsgelöbnis mit Bürgen zur Sicherstellung. Und eben dieses Erfüllungsgelöbnis ist es, welches wir im allgemein dafür üblichen Ausdruck „iustitiam facere“ und „legem facere“ zu erblicken haben. Kurz, wir finden, dass wie in den vulgären Rechtsaufzeichnungen, so auch im praktischen Rechtsleben die Entwicklung zu einer Gleichsetzung der römischen Fideiussoren-Stipulation als cautio iudicio sisti mit der germanischen Fides-facta-Stipulation als Erfüllungsgelöbnis hinneigte. Die Grafen, welche die missio in bona mit der missio in bannum vertauschten, vertauschten ähnlich das vadimonium mit der vadiatio.

Greifbar deutlich wird diese Gleichsetzung durch den folgenden Parallelismus: einerseits ist von einem guadimonium die Rede, das ein Germane vor romanischen Richtern secundum suam legem leistet; und andererseits wird von einer vadiatio gesprochen, welche ein Römer im germanischen Gericht secundum legem suam vollzieht:

Mur. Ser. II. 505: Hodie non exies de isto placito nisi legem feceris. — Ego non contradico legem, sed si permissis, guadimonium tibi dabo secundum legem meam.

De Blasio Series principum app. mon. 15: Secundum legem et consuetudinem Romanorum guadiam — dederunt — et fideiussores posuerunt; ähnlich 12, 30, 35 etc. — Vgl. auch Mon. Neap. V. 379; VI. 107 etc.

Wie erfolgt und was bedeutet nun dieses romanisierte wadium dare et fideiussores ponere? Die Stelle selbst sagt, dass nebst der lex die consuetudo bedeutsam war. Wie weit blieb es die lex und wie weit ward es die consuetudo?

Zunächst das „wadium dare“ ist kaum einfach germanisch gemeint. Der Schuldner reichte wol kaum die festuca oder sonst etwas seinem Gläubiger. Das ergibt eine Urkunde, welche von „stipulationes guadimoniorum“ spricht.<sup>390)</sup> Das ergibt auch gerade das Zeugnis Isidor's, wonach nur in grauer Vorzeit ein stipulam dare erfolgt sein soll. Und es ergibt dies endlich der Unterschied, der ja doch zwischen einem guadimonium secundum Romanam und einer vadiatio secundum Germanam legem bestehen soll.

Beachtet man nun, dass die Wirkung der Wadiation mit dem wadium dare erreicht sein will; beachtet man ferner, dass im römischen Recht schon längst und oft eine Stipulierung von Generalhypotheken vorkam, dass diese Generalhypotheken zu Executionszwecken dienen sollten, ja dass geradezu ein Gesetz: Nov. 123<sup>391)</sup>, die Stipulierung einer Generalhypothek als vadimonium vorschreibt, und zwar in einem Fall vorschreibt, wo gerade auch die Execution nicht durchs Gericht geschieht, beachtet man endlich die obige Verbindung „stipulationes guadimoniorum“: so wird man kaum zweifeln können, dass eben die Stipulierung einer Generalhypothek für die Execution die römische Wadiation ausmachte, zumal damit die gleiche Wirkung: einer Unterwerfung des Vermögens unter die Execution erreicht ward, und der Formalact als solcher selbst im germanischen Recht nicht noththat, sondern allenfalls ein schlichter Verpfändungsvertrag dasselbe erzielte (s. S. 70 ff.).

Allerdings ein eigenmächtiges Pfändungsrecht war mit der Stipulierung der Generalhypothek noch nicht eingeräumt. Ja es war wol sogar eine solche Einräumung ungiltig; das Gesetz ver-

<sup>390)</sup> Mur. Ser. II. 2. 615.

<sup>391)</sup> Nov. 123, c. 21, § 2: Liceat actori civilem magistratum adire, ita tamen, ut persona accusata nullo modo fideiussorem dare cogatur, sed promissionem solum sine iureiurando cum hypotheca omnium rerum suarum edat.



pönte jede Eigenmacht.<sup>391a)</sup> Allein hier eben mochte der *lex* die *consuetudo* zur Seite treten. Die *consuetudo*, welche anderwärts, wie wir zeigten, eine Festnahme des Schuldners durch den Gläubiger schlechterdings als ordentliche Zwangsvollstreckung einführte, mochte leicht das germanische *fideiussorem ponere* auch im germanischen Sinn gestalten: nicht nur als Sicherung der Vollstreckung, wie bei der rechtgemäßen *cautio iudicatum solvi*, sondern auch als Schaffung eines privaten Organs für die Execution. Und da nun ist es ungemein charakteristisch, wie gerade Urkunden römischen Rechts, dessen Terminologie die germanischen Satzungen ihren „*fideiussor*“ entlehnten, diesen Bürgen, der eigentlich keiner war, der vielmehr zum Zweck des Executionsvollzugs diente, demgemäß eben auch *executor* nennen!

Wir haben den Beleg hiefür schon oben beigebracht; es erübrigt bloß daraus den Schluss zu ziehen, dass derjenige, den man so abweichend vom germanischen Recht einen *executor* nannte, um seine wahre Function auszudrücken, diese Function wirklich hatte. So aber ist nun vollends der Sinn und Gehalt der *obligatio per wadium et fideiussores secundum legem et consuetudinem Romanam* dargethan: Sie war eine Stipulation mit Generalhypothek für die Zahlung und Executorenbestellung zur Zwangseintreibung. Sie war so wirklich ein römisches Abbild des germanischen Erfüllungsgelöbnisses, das man seinem Urbild gleichsetzen konnte. Mit ihr war die Execution gesichert; kraft ihr erfolgte sie. Dazu kam noch allenfalls eine Vereinfachung. Sie lag in der Selbstbürgschaft des Schuldners für die Vollstreckung, so dass ihm der Gläubiger ohne weitere Executorenvermittlung pfänden dürfte. Gerade die Urkunden von de Blasio, welche wir oben für die *wadiatio secundum legem Romanam* citierten, enthalten ein *se ipsum fideiussorem ponere*. Und ebenso begegnet es uns in neapolitanischen Urkunden, welche überdies ausdrücklich die Befugnis betonen, eigenmächtig und ohne Anrufung eines Gerichts zur executiven Pfändung zu schreiten:

Mon. Neap. V. 379: *Bona mea voluntate coram ipsis testibus wadium eidem Leoni fratri meo dedi, et mediatorem posui me ipsum. — Quam rem ego qui supra Urso eidem Leoni fratri meo et suis heredibus tribui potestatem pignoris sine appellatione causam.*

<sup>391a)</sup> Vgl. Mitteis im Cap. über Executivverträge. Dasselbst Literatur. Namentlich Goldschmidt.

Diese Urkunde führt uns aber weiter. Sie führt uns vom Forum des Gerichts auf den Markt des Vertragslebens. Sie zeigt uns, dass man die einmal gerichtlich ausgebildete Form einer romanisierten *wadiatio* bald außergerichtlich verwendet hat.

Man gieng von Haus aus eine Verpflichtung in dieser Gestalt ein, um sie von Haus aus parat *exegibel* zu machen. Und gerade dazu führte ein schon üblicher Brauch, der nur demgemäß umzugestalten war: die *executorische* Urkunde. — Wir kommen damit auf sie und ihre Entwicklung zu sprechen, an die sich hinwider, während sie selbst vom germanischen Recht den Impuls bekam, eine ähnliche Fortentwicklung gerade des germanischen Rechts geschlossen hat. Ein Recht wirkt da auf das andere. Sie schwangen sich an einander von Stufe zu Stufe empor. Und sie haben es derart beide weit gebracht. Das soll nun gezeigt werden.

### β) Parat *exegible* Urkunden.

Ein altes Beispiel römischen Executivvertrags bietet die folgende Urkunde:

Marini, 124 (564)... *tunc non solum et periurii reatus secundum leges vero etiam daturum me promitto heredesque meos tibi sstae Gernanae heredesque tuis penae nom ante litis ingressum auri solidos triginta et sex suppositis omnibus rebus meis ypoticae titulo quas habeo habiturusve sum manente nihilominus hanc plenariam securitatem in sua firmitate, ubi ubi et in cuiuslibet iudicio prolata fuerit, quamque plenariae securitatis Johanni Tabellioni Civitatis Rav' scribendam dictavi in qua pro ignorantia litterarum suplex signum feci auctoritateque roborata praesentibus testibus optuli suscribendam quam si gestis municipalibus allegere, ubi ubi aut quando tibi placuerit non amplius spectata mea professionem quam presentibus testibus sum aelocutus tribuo ex more licentiam stipulatione et sponsione interposita. Actum Rav. sd. et pc. ssti iud.*

Mit dieser Urkunde geht man vor irgend ein Gericht oder auch nur vor eine Verwaltungsbehörde und erwirbt die Bewilligung der Vollstreckung ohne Gehör der Gegenseite. Und das soll ex more geschehen, indem die Urkunde mit ihren Zeugenunterschriften ein genügender Beweis für die wirklich erfolgte Stipulation ist.

Diesem Zweck dient die Schlussclausel: *stipulatione et sponsione interposita*. Die Worte sagen uns: es sei in der That die solenne Frage und Antwort erfolgt, wie sie zusammen die verpflichtende Stipulation ausmachen. Die Worte bedeuten: der Vertrag ist gültig, weil er in dieser gültig verpflichtenden Form geschlossen worden. Und so ist diese Clausel eigentlich der Kern der ganzen Urkunde, den die Zeugenunterschriften nur als schützende Schale umgeben. Und so beruht gerade auch die parate Vollstreckbarkeit im Grund auf dieser Clausel. — Sie hat nun aber mit der Zeit ihr Wesen gewechselt.<sup>392</sup>)

Bei Marini finden wir noch vielfach die volle Form: *stipulari et spondere, stipulatione et sponsione, ja geradezu: stipulationis et sponsionis solemnitate interposita*:

Vgl. auch Mon. Neap. I. 1. 264: *sub stipulatione et sponsionem solemniter interpositum*. Marini, 131 (491); 132 (523); 138 (587); 175 (540); 179 (541); 180 (540); 188 (591); 196 (650) etc. Lupi I. 415: *de quibus omnibus stipul. et sponsionem (inter)posita*.

Daneben jedoch tritt bereits eine Form auf, welche wol noch ganz ähnlich ist, aber schon ein Uebergewicht der Urkunde andeutet, das mit der Zeit immer mächtiger werden sollte, bis es die ganze mündliche Stipulation erdrückte: die Urkunde wird nicht über eine mündlich erfolgte Stipulation ausgestellt, sondern erst die Urkunde ausgestellt und nur hinterher die Stipulation als erfolgt erwähnt, um der Urkunde ihre verpflichtende Kraft zu geben.

Marini 134 (553): *propria manu si qua impressimus et testibus obtuli suscribendam stipulationis et sponsionis robore confirmatam*.

Das *robore confirmare* bedeutet also wol keine bloße Bestärkung eines an sich gültigen Vertrags. Es bedeutet vielmehr ganz ernstlich, dass die Urkunde erst durch die vorgenommene Stipulation verpflichtende Kraft erhält. Allein das Verhältnis hat sich umgedreht: die Urkunde, welche früher bloß zum Beweis für die Stipulation aufgenommen wurde, scheint an sich das Wichtigste

<sup>392</sup>) Der allmähliche Übergang in eine Dispositionsurkunde wird allgemein angenommen. Vgl. Brunner, a. a. O., S. 63 ff.; Gneist, Formelle Verträge, 256 u. 243 ff.; Leonhard, Institutionen, S. 400 f.; Zachariä von Lingenthal, S. 389 ff. Den Weg der Entwicklung zu zeigen, versucht die folgende Ausführung.

zu werden, welches vorerst errichtet wird, und dem dann die Stipulation nur hinterher dienstbar ist, da sie der Urkunde ihre verpflichtende Kraft leiht. Der Verkehrsprocess geht nun aber weiter.

Bald finden wir nicht mehr die volle Form vor. An ihre Stelle tritt ein bloßes *spondere et promittere, obligare et spondere* etc. oder auch wol die abgekürzte Clausel: *stipulatione interposita, subnexa* etc.

Marini 142 aus dem 6. Jhrt. lautet noch: *in verbis solemnibus sponendi*; aber einfach bereits: Marini 150 (690); 195 (691); 138 (587); Camera I. 96; Savioli I. App. Nr. 2; Nr. 24; Nr. 42; Nr. 48; Galetti, 117; Mon. Rav. I. 301; Mon. stor. della Romagna II. 1, 6, 7, 8, 9, 34; und zahlreiche Urkunden in den H. P. M. und bei Muratori.

So wird die Urkunde alles; die Bedeutung der Stipulationsclausel verflüchtigt sich. Und so sehen wir im Vertragsleben selbst den Process sich vollziehen, dessen Ergebniss nur der bekannte Satz constatirt: *quodcumque scriptum est quasi actum videatur etiam actum*. — Das aber gilt gerade auch für die Executivurkunden, von deren einer und ihrer Stipulationsclausel unsere Darlegung ausgieng.

Ja es mochte gerade vorzüglich die erwähnte executive Function der Urkunde diesen Entwicklungsgang, wenn nicht veranlassen, so doch begünstigen. Der Richter, der auf Grund der Urkunde einfach die Execution bewilligte, musste sich ja kurz mit einem Blick auf die Clausel begnügen: *stipulatione interposita*. Und noch mehr musste diese verpflichtende Kraft der Urkunde mit ihrer schattenhaften Clausel hervortreten, als die Executivurkunde nicht erst vor Gericht kam, sondern sofort zu eigenmächtiger Execution berechtigte.

Dass dieser Fortschritt der Vollstreckbarkeit durch germanischen Einfluss mitbewirkt ward, darauf ist schon hingewiesen worden. Wir haben die Form *dargethan*, in der das germanische *wadium dare et fideiussorem ponere* römisch verwendbar gemacht wurde: Das *wadium dare* lag in einer stipulierten Generalhypothek, das *fideiussorem ponere* in einer stipulierten Executorenbestellung. Und auch diese konnte am Ende ausscheiden, indem der Schuldner sich als Selbstbürge stellte, und damit der Gläubiger einfach ihn pfänden durfte. Gerade die angezogenen Urkunden

aus de Blasio zeigen in ihrer wadiatio secundum legem Romanam das fideiussorem se ipsum ponere. Und ebenso neapolitanische Urkunden, welche ausdrücklich aus der Wadiation den Schluss auf die statthafte eigenmächtige Pfändung, ohne Anrufung eines Gerichtes ziehen. Wir haben auch bereits betont, dass eben diese Urkunden aus Neapel schon die Verpflanzung der gerichtlichen Form ins außergerichtliche Vertragsleben zeigen, und ebendies hat uns zur Untersuchung der römischen Executivverträge geführt. Für diese ihrerseits haben wir die Verflüchtigung der Stipulation in der alles werdenden Executivurkunde nachgewiesen. Und nun finden wir als Vereinigung beider Entwicklungsreihen: einen Executivvertrag in Urkundenform, wodurch die eigenmächtige Pfändung gemäß dem germanischen Recht gestattet wird, während andererseits gemäß der römischen Entwicklung die Stipulation, die der wadiatio entspräche, in eine leere Urkundenclausel aufgeht. Kurz wir finden eine Urkunde mit verblasster Stipulationsclausel, wodurch die eigenmächtige Zwangsvollstreckung gewährt wird:

Mon. Rav. V. 111: sub tali pena a q. libr. eorum in solidum solemnem stipul. pmissa et solvendi et obligatione suorum bonorum s. duorum digestorum veterorum et quattuor Codicum et oium aliorum suorum bonorum generaliter ubilibet constitutorum nec non iurium et actionum tam patrimonialium quam prebendarum. Ita ut se de ipsis bonis et rebus de predictis oleo dampnis itu pena et exemptione se eorum auctoritate conservent indpnes ipsi res et iura vendendo et hobligando sibi iusto pretio retinendo sine conditione vel molestia alicuius. — Camera I. 171: Unde deposuimus vobis in pigni omnia nostra causa, hereditas et substantias, et si non fuerimus parati vobis pargiare (= pagare), sicut superius legitur licentia habeatis apreendere omnia nostra causa, hereditas et substantias. — Camera I. 168: Unde deligabimus vobis predictam vineam, ut si contra hanc chartolam venire praesumpserimus potestatem haberetis tollere vobis predictam vineam sine pretio. — Ähnlich Mon. Rav. V. 112; Camera I. 136; Savioli I, App. Nr. 48; Mon. Neap. II. 147; III. 105: et vos et posteris vestris licentiam abeat is me et heredes meis exinde pignerare etc.; Lupi II. 675; Ughelli I. 901: sub fide et obligatione

nostrorum bonorum; Alb. di Fir. II. 2. 11; II. 13. 109? sub obligatione omnium bonorum suorum etc. —

Hat aber derart für Executivverträge das germanische Recht dem römischen seine eigenmächtige Vollstreckung vererbt, so hat hinwider das römische Recht dem germanischen seine Verflüchtigung der Stipulation gelehrt. Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: wir finden die gleiche Clausel stipulatione subnixa, inserta, interposita etc.<sup>393</sup>), welche entschieden römischen Ursprungs ist, mit derselben Tendenz in germanischen Urkunden: mit der Tendenz einer Verflüchtigung, die sich hier auf die Wadiation bezieht, mit der Tendenz, die Wadiation nicht als etwas außerhalb der Urkunde stehendes selbständiges, sondern als ein Urkundenelement erscheinen lassen. Wir finden ein allmähliches Absehen von jedem äußeren Ceremoniell, das als Hauptsache zu bezeugen die Urkunde zunächst berufen war; sie saugt alles auf, und die fragliche Clausel stellt am Ende nur einen letzten, schwachen Rest der alten Wadiation dar. — Das ist nun darzuthun.<sup>394</sup>)

Zunächst bedeutet die Clausel eine Bezeugung der wirklich erfolgten Wadiation. Diese konnte als stipulatio bezeichnet werden, indem man die stipulatio als stipulam dare, d. i. gleich wadium dare auffasste. Beides erhellt aus der folgenden Urkunde:

Affo I. 284 (836): Cum stipula spopondi ut ei auctor conscriptionis omnibus essem, necnon et testibus obtulit roborandum; und am Schluss: et hec mea donatio sive traditio adque institutio vel bonorum hominum manibus roborata, inconvulsa diuturnis maneat stipulatione subnixa.

Gerade diese Urkunde könnte auch den Brauch belegen, dass man die stipula allenfalls der Urkunde einfügte, anfügte, beilegte.<sup>395</sup>) Dafür sprechen auch die ganz adäquaten Clauseln: stipu-

<sup>393</sup>) Erklärungsversuche verzeichnet Brunner, Rechtsgeschichte der Urkunde, I, S. 221 ff. Seine eigene Erklärung, die Clausel bedeute die Unterschrift, stimmt, wie gezeigt werden soll, nur für eine weitere Phase der Entwicklung oder vielmehr der Verflüchtigung der Wadiation. Dieselbe Erklärung findet sich schon im Glossar zum Cod. dipl. Pad., p. CXXXVI: subnixa stipulatio in vece subnixa stipulatio = sottoscrizione.

<sup>394</sup>) Auf die Nothwendigkeit einer solchen Darlegung weist auch Goldschmidt in seiner Zeitschrift, Bd. XXVIII, S. 75 hin. Ein Versuch erscheint im Text unternommen. Dazu die römische Entwicklung S. 178 ff.

<sup>395</sup>) Darüber Michelsen, Ueber die festuca notata und die fränkische Traditionssymbolik, S. 13. Brunner, a. a. O. S. 532 f.

latione inserta, adnexa, iniuncta, welche vielfach vorkommen. Dafür sprechen ferner Wendungen, wie die folgende:

Quam igitur cartola donatonis una cum stipulatione subnixsa ingelbertus notarius scribere sic rogavi (H. P. M. I. 135. 929; I. 138. 933).

Endlich folgende Verbindung:

Cod. dipl. Pad. 30 (874): Et manifestatus sum ego Rorius episcopus quia pagina et calamo cum spinna de terra levans et Ulfari notario scribere rogavi. Und dann wird alles dem Berechtigten eingehändigt. Ebenso Cod. dipl. Cav. 65 (955).

Gerade diese Verbindung: Überreichen der wadia und der Urkunde führt uns auf eine weitere Entwicklung.

Was nämlich die Urkunde in ihrem Streben, das ganze Rechtsgeschäft in sich selbst aufzunehmen, zunächst nur äußerlich beigelegt enthielt, das wird ihr bald eingegliedert.

Statt mit der Urkunde die wadia, die ja irgend ein Gegenstand sein konnte, zu übergeben, übergab man gleich die Urkunde: das Pergament als wadia.<sup>396)</sup> Es entsprach das dem Brauch der festuca notata: die Urkunde auf Pergament mit ihrer genauen Aufnahme des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts ersetzte die Kerben am Holz, die dem gleichen Zweck dienten.<sup>397)</sup> Und wie nun die festuca oder die wadia oft ceremoniell von der Erde aufgelesen und dann von Hand zu Hand gereicht ward<sup>398)</sup>, so ist dies ebenso auch vom Pergament bezeugt, das die Urkunde trug: Ja wie man mit der festuca das Messer überreicht<sup>399)</sup>, das jene Kerben eingeschnitten, so überreicht man ebenso mit der Urkunde auch das Tintenfass und allenfalls die Feder, mittelst deren das Pergament „notiert“, d. h. beschrieben worden war:

H. P. M. XIII. 285 (848): Tunc licentiam abeat introendum et abendum sine ulla calumnia, quia sic inter eos

<sup>396)</sup> So schon Franken, allerdings auf anderer Grundlage, S. 242 ff. Gegen die volle Gleichsetzung von Wadia und Pergament: Brunner, a. a. O., weil die Wadia eingelöst werden musste. Allein da die Bürgen überhaupt, vermittelt durch die Scheinfuction der Selbstbürgschaft, endlich ganz entfielen, musste auch keine Auslösung erfolgen, welche ja nur im Austausch der durch die Wadia verpflichteten Person bestand! Darüber oben S. 80 ff. S. aber Heusler, I, 90.

<sup>397)</sup> Vgl. Michelsen, a. a. O., S. 12, S. 26. Insb. Heusler, I, 77 („Runenstäbchen“).

<sup>398)</sup> Vgl. Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer, S. 557 ff.; Michelsen, a. a. O. S. 7, S. 20.

<sup>399)</sup> Vgl. Michelsen, S. 8 u. S. 26.

convenit. Et ipse pergamenta cum atramentarium de terra levavit, et mihi Ambrosio dedit hac tradit, et omnia ut supra scribere rogavi, stipulatione subnixsa et pena interposita firma permanent. — Ähnlich H. P. M. XIII. 681 (903); 1034 (953); 1306 (973); 1608 (996); Affò II. 332 (1073); I. 321 (919); 348 (946). Cod. dipl. Pad. 31 (906); Savioli I. App. Nr. 74 (1078).<sup>400)</sup>

Auch hier begegnet, wie die Citate zeigen, die Clausel stipulatione subnixsa. Gerade die Verbindung mit poena interposita<sup>401)</sup> zeigt, dass sie keine selbständige Bedeutung hat: es ist nur eine Aufzählung der Verpflichtungsmomente, die der Urkunde ihre Kraft verleihen. Aber in der Verfolgung des Aufsaugungsprocesses der Urkunde hat dieses stipulatione subnixsa bald eine selbständige Bedeutung gewonnen.

Denn beschränkte sich auch das Ceremoniell nur auf die Urkunde, so war es doch gerade das Hauptmoment, was sie nur verzeichnete, nicht verkörperte: ihre feierliche Übergabe als Verpflichtungsgrund. Damit auch dies in der Urkunde selbst aufgehe, erfasste und verwandte man einen Bestandtheil, der als der wichtigste von der festuca notata in die Urkunde übergegangen war: das Handzeichen, die Unterschrift. Diese Kerbe hatte die festuca erst so recht individualisiert: man erkannte die Hand, welche die festuca gereicht und damit die Person, welche durch diese Handreichung sich verpflichtet hatte. Im Handzeichen der Person erhielt sich ersichtlich ihre Handreichung.

<sup>400)</sup> Ein analoger Process vollzog sich bezüglich der Investitur. Vgl. Heusler, I, 88; Brunner bei Goldschmidt, S. 529 ff.; aber auch Ficker, Urkundenlehre, I, 110 ff. Dazu Brunner, S. 557. Was Brunner über das Wesen dieser Investitur mittelst Urkunde sagt (a. a. O. S. 540 f.), mögen die folgenden Urkunden belegen: In Beltrani 8 (983) werden Übergabe durch Festucation und per cartam einander gleichgestellt: Per fustem seu et per hunc videlicet scriptum. Ebenso 15 (1031); 28 (1082). In Savioli I. App. Nr. 74 (1078) wird neben der Übergabe der Carta alles andere als überflüssige Häufung gekennzeichnet: dono cedo confero et per presentem cartulam offensionis ibidem habendum confirmo, insuper per cultellum festucam notatam quantionem et uasone terre seu ramum arboris etc. Ähnlich Cod. dipl. Pad. 57 (944). Affò I. 333 (923); 347 (942). Die Carta als gleichwertiger Ersatz der Übergabe bezeichnet: Marini 152 (Mitte 9. Jhrt.) Ut ammodo licentiam abetis per hec chart. a me in vobis fact. introire et peroccupare sen ingredere in satis rebus sicut tamquam per legitimam et corporalem traditionem.

<sup>401)</sup> So auch H. P. M. XIII, 285 (848) und öfter. (Vgl. Heusler, I, 88.)

Und so konnte die ganze Wadiation in diese zum Bestandtheil der Urkunde gewordene Handreichung gedrängt werden: in das Handzeichen, in die Unterschrift. Und dies bedeutet am Ende das *stipulatione subnixa*.

Dafür bieten sich die mannigfachsten Belege.<sup>402)</sup> Mit dem schlichten *stipulatione subnixa*, *inserta*, *interposita* wechseln Ausdrücke wie *roboratione subnixa* nebst einem *manu propria roborare*, *subscriptione subnixa* und *subscriptione vel conscriptione subnixa*. Und mit der stehenden Phrase „*haec cartola maneat inconvulsa stipulatione subnixa*“ wechselt nun ein „*stabile permaneat manu nostra roboratum*“, noch klarer: „*manus adstipulatu fecit perpetualiter corroborari*“ und daneben: „*manum in cartula ipsa subscribere*“ (Ughelli, III, 23). Dazu kommt, dass am Ende die Urkunde selbst als „*manus*“ bezeichnet wird.<sup>403)</sup> —

So verlief die Entwicklung der executorischen Urkunde. Es bleibt zu prüfen, wie weit die einzelnen Phasen der Verpflichtung des Wadiations-Ceremoniells dessen executorische Kraft bewahrten.

Dass die Urkunden, welche ausdrücklich über ein erfolgtes *wadium dare et fideiussorem ponere* berichten, nach wie vor die altlangobardische Execution mittelst eigenmächtiger Pfändung gewährten, muss kaum hervorgehoben werden. Beispiele bieten die oben schon citierten Urkunden, welche überdies eine Ausdehnung der gesetzlichen Pfändungsbefugnis enthalten. Im Anschluss daran aber ist schon eine Beobachtung zu machen, welche für die Verflüchtigung des Wadiations-Ceremoniells symptomatisch erscheint.

Es tritt die Selbstbürgschaft immer mehr an die Stelle der Fremdbürgen. Endlich wird sie als solche nicht mehr erwähnt: statt zu sagen „*mediatorem me ipsum ad pignorandum obtuli*“, wie dies vielfach wiederkehrt, heißt es einfach „*me et hereditatem meam ad pignorandum obtuli*“. Gerade im Anschluss an den Ausfall der eigentlichen Executoren, zum mindesten der Fremdbürgen, wird nun aber betont, dass es gleichwol nicht etwa der Vermittlung des Gerichts bedürfe, um zur Pfändung zu gelangen:

Mon. Neap. V. 379: *Quam rem ego qui supra Urso eidem Leoni fratri meo et suis heredibus tribui potestatem*

<sup>402)</sup> Zusammengestellt bei Brunner, Rechtsgeschichte der Urkunde, S. 224 ff.

<sup>403)</sup> Vgl. Brunner S. 37, 221 mit zahlreichen Beispielen. Dasselbst auch über das Handauflegen als Ersatz der Unterschrift: S. 39, 36, 220. Dort weitere Literatur. Dazu Siegel in den Sitzungsberichten der Wiener Akademie 1893.

*pignoris sine appellatione causam*. Ebenso Mon. Neap. VI. 107. Beltrani 17, 18, 19, 20, 22: *Tribui tibi — licentiam sine compellere me et meos heredes pignerare per omnia causa mea legitima et inlegitima*.

In diesen letzterwähnten Urkunden könnte man vielleicht sogar eine Befreiung von der *contestatio*, der Mahnung vor der Pfändung erblicken. Namentlich wichtig durch ihre ausdrückliche Erwähnung, dass „ohne Gericht“ eine Pfändung stattfinden dürfe, wird nun aber die folgende Urkunde, weil sie eine Ausdehnung der Pfändungsbefugnis enthält, die uns vollends zur zweiten Phase der Entwicklung überführt: der Wadiation durch Übergabe der Urkunde als *wadia* und ihrer gleichfalls paraten Vollstreckbarkeit.

Die Urkunde nennt nämlich als berechtigt zur Pfandnahme „ohne Gericht“ neben dem eigentlichen Gläubiger auch einen Stellvertreter, den er etwa pfänden schickt, einen Stellvertreter, wie er für die gerichtliche Rechtsdurchsetzung überhaupt nicht statthaft war<sup>404)</sup>, hier eben nur für die außergerichtliche, eigenmächtige Pfändung durch Übereinkunft erlaubt wird: einen Stellvertreter, der nun aber am Schluss als legitimiert zur Pfändung durch den Besitz der *carta* bezeichnet wird, so dass die *carta* das eigenmächtige Executionsrecht zu verkörpern scheint, welches jedem Präsentanten als Inhaber zusteht.<sup>405)</sup>

H. P. M. XII. 129: *Et si menime persolveremus omnia qualiter supra legitur, tunc potestatem haveas creditur vel tuis heretes per vos aut messo vestro sine adisiones iudici comprehendere pegneras meas vel heretibus meis lecitias vel inlecitias, boves, cavallos domitus et indomitus, et si pegneras intra curtes nostras de dublo non inveneretes, potestatem haveatis sine messo iudici introire in camporas, pratas, vites et selvas iuris nostris, quas habere ve-*

<sup>404)</sup> Vgl. Brunner, Zeitschr. f. vergl. R. W. I., S. 321 ff. und in Goldschmidt's Zeitschr., XXII, S. 518 ff.

<sup>405)</sup> Darüber Brunner in der Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. XXII, S. 104 ff. Einen inneren Zusammenhang zwischen dieser Entstehung des Inhaberpapiers mit executorischer Kraft und dem Verbot gerichtlicher Stellvertretung sucht die Ausführung im Text nachzuweisen, und zwar gerade durch den Hinweis auf die executorische Kraft der Urkunde, welche eine gerichtliche Geltendmachung überflüssig macht und also die gewollte Stellvertretung nicht an der Klippe des Gerichtes scheitern ließ.



deor in vico Salomno, aut ubi ubi meo iuri pertinet ubi delegere voluaretis, quanto presens cautio in diae illa in se continuaerit; et si antequam presens cautio persolveremus, de suprascriptis territoriis per quaecumque ingenio aliaenare presumperemus, non redroavilem nisi tanto quanto tunc presens cautio persolta fieri possat, pro extrumento vinditiones in vestra creditori deveniat protestatem faciendi quod volueretes aut cui ad exegendum dederetes.

Dieses Recht zur eigenmächtigen Execution, welches dem Stellvertreter des Gläubigers als Präsentanten und Inhaber der carta zusteht, führt uns nun eben zu den Fällen der zweiten Entwicklungsphase, wo die in der Übergabe der carta als wadia sich vollziehende Wadiation, wie oft betont wird, jedwedem Präsentanten und Inhaber der carta die gleichen Rechte gewährt, wie dem ersten Übernehmer. Wir vermögen nun auf die ausdrückliche Erwähnung in der letzten Urkunde zu stützen, was wir auch ohne anderes kaum umhin könnten anzunehmen: dass auch in dieser zweiten Entwicklungsphase die Execution der Verpflichtung eine eigenmächtige sein darf, da ja doch hier auch die gleiche Wadiation, obschon in verflüchtigter Form, zu Grunde liegt, ja dass die Execution eine eigenmächtige geradezu sein muss, weil sonst an eine Stellvertretung, welche im Gericht eben durchaus unerlaubt ist, nicht zu denken wäre. Die nähere Begründung mag sich an die folgenden Belege schließen, welche nebst der letztgenannten Urkunde vorzüglich anzuführen sind. Die meisten enthält der Codex Cavensis:

Cod. Cav. I. 117 (882); 121 (882); II. 13 (964); 17 (964); 37 (966); 66 (971); 94 (975); 169 (982); 233 (986); III. 1 (993): aut cui tu isto cautum in manum miseris; vel cui iste brebe pro parte mea in manu paruerit etc. Vgl. aber auch Camera I, 171 (10. Jhdt.). Parate Execution durch Generallhypothek eingeräumt; und schließlich gesagt: et in cuius manibus paruerit iste memoratorius, ipsum expeditemus ut supra legitur.

Aus der Art, wie die Stellvertretungs-Befugnis hier, sowie in der obigen Urkunde ausgedrückt wird, lässt sich schon auf ihr Wesen und ihre Wurzel schliessen. Das „cartam ad exigendum dare“ erinnert an die Mittelsperson des executor, wie wir den

mediator bei der Wadiation in einer Urkunde genannt fanden; das „cartam in manum mittere“ erinnert an die Wadiareichung, durch deren Vornahme seitens des Gläubigers an den Bürgen dieser eben zum Executionsvollzug legitimiert wird. Erinnern wir uns weiter, dass der Schuldner die Wahl des mediator hat, der Gläubiger jede irgend annehmbare Person auch annehmen muss, und dies, weil der Schuldner im mediator eine Vertrauensperson nominert, von der er sich pfänden lassen will, so erscheint der Stellvertreter unserer Urkunden in einem eigenen Licht: wir erblicken in diesem Executor kraft Wadiareichung eben den mediator, der jedoch nicht namentlich vom Schuldner bezeichnet wird, sondern dessen Bestellung gewissermaßen in bianco erfolgt: der Schuldner erklärt sich mit einem mediator einverstanden, den der Gläubiger wählen mag, er delegiert die Wahlbefugnis seinem Gläubiger; er will, wen der Gläubiger pfänden schickt, so anerkennen, als ob er ihn selbst zu diesem Behufe ernannt hätte.

Und so erscheint der fragliche Stellvertreter in unsern Urkunden als eine neue Spielart des mediator neben den älteren Spielarten, die wir bereits gewürdigt haben. Ja indem der Gläubiger selbst auch die Pfändung vornehmen mag, werden wir an ein analoges Gegenstück erinnert: das ist die Selbstbürgschaft neben Fremdbürgen, nur dass hier die Stellung nicht von der Seite des Schuldners erfolgt, sondern von der Seite des Gläubigers, aber doch mit Einwilligung des Schuldners: kraft des Blanquetts der Carta!

Und diese Neuerung verstieß um so weniger gegen das Verbot einer processualen Stellvertretung, als es zu einem Rechtsstreit im Gericht gar nicht kam, als vielmehr der mediator sofort zur eigenmächtigen Pfändung, in der Hand die wadia, das ist die Carta, schreiten konnte. Ja gerade dieser Stellvertreter war vielmehr vom Gesetz gefordert, als dass er einem Verbot des Gesetzes widerstrebt hätte!

Und so ergibt sich in der That nicht nur, dass für diese ersten Inhaberpapiere eine eigenmächtige Execution erlaubt ist, sondern dass gerade die eigenmächtige Execution, die Willensvollstreckung auf Grund der wadiatio, welche eben die Unterwerfung unter den Zwang symbolisiert, jene wichtige Neuerung im Vertragsleben aufkommen ließ, als die sich die Präsentationspapiere und ihre Begebbarkeit darstellen. —

Was aber endlich die bloße Clausel „*stipulatione subnixa*“ anlangt, so lassen sich die Befugnisse, welche auch sie für die Execution gab, erst im zweiten Abschnitt verfolgen.<sup>406)</sup> Nur so viel sei schon hier gesagt, dass mit der Verblassung der Clausel zur bloßen Phrase, welche auch in Briefen und sonst fast sinnlos für die einfache Unterschrift angewendet ward, auch nothgedrungen die executorischen Befugnisse verblassen mussten, die ja doch nur, und weil sie eben nur für eine gewollte Wadiation bestehen sollten.

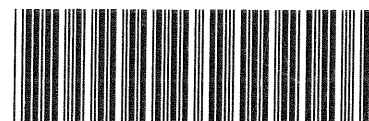
Mit der erklärten Einwilligung in die Zwangsvollstreckung musste gerade auch eine Execution sich verlieren, für welche diese Einwilligung wesentlich war: eine Execution, die sich eben durchaus als Willensexecution darstellt. —

---

<sup>406)</sup> Hier sei vorläufig auf die Untersuchungen von Esmein, *Études sur les contrats*, p. 202 f., 207 f., und von Kohler, *Zeitschr. d. Sav. Stift.* VIII, S. 133, verwiesen: dass die Urkunde „*sous scel*“ eine vollstreckbare Universalhypothek erzeugt. Dazu auch Heusler, I, 92. Franken, 255.

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04253

T. Dorušák  
knihárství  
Brno - Dvorská 5.