

*I del 83*



BEITRÄGE  
ZUR LEHRE VOM *2429/I*  
RÖMISCHEN PFANDRECHT  
IN DER KLASSISCHEN ZEIT

INAUGURAL-DISSERTATION

VON

MARTIN FEHR.

Inv. čis.: 189

Sign: 123



*393/684*

UPSALA 1910,  
AKADEMISCHE BUCHDRUCKEREI  
EDV. BERLING.

**B**



## Vorwort.

Es ist mir eine liebe Pflicht, Herrn Geheimrat Prof. Ludwig Mitteis für das gütige Interesse, das er an der Arbeit nahm, meinen warmen Dank auszusprechen. Seine Bemerkungen haben der Arbeit zu unschätzbarem Nutzen gereicht.

Zu gleichem Dank bin ich Herrn Professor C. A. Reuterskiöld für seine stete Förderung meiner Studien, namentlich auch der vorliegenden Arbeit, verpflichtet.

In Bezug auf die einschlägigen philologischen Fragen verdanke ich Herrn Professor O. A. Danielsson sowie den Herren Privatdozenten H. Sjögren und E. Löfstedt manche wertvolle Belehrung.

Etwaige Fehler in Bezug auf die Literaturzitate bitte ich mit dem in hiesigen Bibliotheken leider recht spärlichen Zugang an romanistischer Literatur (namentlich an Zeitschriften und italienischen Arbeiten) zu entschuldigen, da diese Spärlichkeit eine Revision der grösstenteils in Leipzig ausgezogenen Zitate zum Teil unmöglich gemacht hat.

Upsala, im Mai 1910.

Martin Fehr.



## Inhaltsübersicht.

Einleitung . . . . .	I
I. Kapitel:	
<i>Ist das Wort hypotheca klassisch?</i> . . . . .	7
§ 1. Die allgemeine sprachliche Tendenz . . . . .	9
§ 2. Die nichtjuristische Literatur . . . . .	12
§ 3. Die vorjustinianische direkt überlieferte Jurisprudenz	23
§ 4. Die Justinianischen Konstitutionen . . . . .	34
§ 5. Einleitende Bemerkungen zum Vorkommen des Wortes hypotheca in der Kompilation . . . . .	38
§ 6. Die Institutionen Justinian's . . . . .	46
§ 7. Interpolierte Stellen aus den Digesten . . . . .	54
I. Julian . . . . .	54
Pomponius . . . . .	58
Scaevola . . . . .	58
Papinian . . . . .	62
Ulpian . . . . .	62
Paulus . . . . .	71
Modestin . . . . .	74
II. Gaius . . . . .	74
Marcian . . . . .	89
§ 8. Interpolierte Stellen aus dem Codex . . . . .	89
§ 9. Zweifelhafte Stellen aus den Digesten und dem Codex	95
I. Papinian . . . . .	95
II. Gaius . . . . .	96
Marcian . . . . .	97
III. Codex Justinianus . . . . .	103
II. Kapitel:	
<i>Zur pfandrechtlichen Terminologie der Römer</i> . . . . .	107
§ 10. Die Frage . . . . .	109
§ 11. Pignori dare . . . . .	112
§ 12. Pignori obligare . . . . .	120
§ 13. Pignori accipere . . . . .	124

## III. Kapitel:

<i>Zur Entstehung des Vertragspfandes</i> . . . . .	127
§ 14. Die pfandrechtlichen Fragmente aus der Zeit vor Julian . . . . .	129
§ 15. Der Zeitpunkt der Entstehung des Vertragspfandes	135
<i>Beilage</i> . . . . .	138

## Abkürzungen.

- H. Appleton = H. Appleton, Des interpolations dans les pandectes et des méthodes propres à les découvrir. Paris 1895.
- Arch. giur. = Archivio giuridico, »Filippo Serafini».
- Ascoli = Ascoli, Le origine dell'ipoteca e l'interdetto Salviano, Livorno 1887.
- Bachofen = Bachofen, Das römische Pfandrecht I. Basel 1847.
- Bas. = Basilicorum libri 60. ed. Heimbach I—VI. Leipzig 1833—1870.
- Baviera = Fontes iuris romani anteiustiniani, edd. Riccobono, Baviera, Ferrini, II Auctores, ed. Baviera, Florentiae 1909.
- Beauchet = Beauchet, Histoire du droit privé de la république athénienne, Paris 1897.
- Bortolucci = Bortolucci, Index verborum graecorum quae in institutionibus et digestis occurrunt, Arch. giur. 76. (1906) S. 353—396.
- Bruns = Bruns, Fontes iuris romani antiqui, ed. 7. (Mommsen-Gradenwitz) I—II, Tübingen 1909.
- Bull. dell'ist. = Bulletino dell' istituto di diritto romano.
- Collectio = Collectio librorum iuris anteiustiniani ed. P. Krueger, Mommsen, Studemund. Berlin I. (Gai.) ed. 5. 1905, II. 1878, III. 1890.
- Cuq = Cuq, Les institutions juridiques des Romains I., 2. éd. Paris 1904, II 1902.
- Daremborg-Saglio = Daremborg-Saglio, Dictionnaire des antiquités grecques et romains.
- Dernburg = Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Leipzig I. 1860 II. 1864.
- Eisele, Beiträge = Eisele, Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte, Freiburg i. B. und Leipzig 1896.
- Ferrini, Pand. = Ferrini, Manuale di pandette, 3. ed. (cur. Baviera), Milano 1908.



- Fitting = Fitting, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen. 2. Bearb., Halle 1908.
- Girard = Girard, Manuel élémentaire du droit romain, 4. éd. Paris 1906.
- Gradenwitz = Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten, Berlin 1887.
- Herzen = Herzen, Origine de l'hypothèque romaine, Paris 1899.
- Heumann-Seckel = Heumann's Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl., neu bearbeitet von Seckel.
- Hitzig = Hitzig, Das griechische Pfandrecht, München 1895.
- Huschke = Huschke, Jurisprudentiae anteiustinianae reliquiae I., 6 Aufl. (Seckel-Kuebler) Leipzig 1908.
- Index = Der in der Berliner Königl. Bibl. befindliche Index zum Vocabularium<sup>1</sup>.
- Italienische Digestenherausgeber u. dergl. = Digesta, rec. et ed. Bonfante, Fadda, Ferrini, Riccobono, Scialoja. Libri I—XXVIII Milano 1908.
- Jacquelin = Jacquelin, De la fiducia (Thèse de Paris) 1891.
- Jörs = Jörs, Art. Digesta in Pauly-Wissowa.
- Jourdan = Jourdan, L'hypothèque, exposition historique et dogmatique, Paris 1876.
- Kalb = Kalb, Das Juristenlatein, 2. Auflage, Nürnberg 1888.
- Karlowa = Karlowa, Römische Rechtsgeschichte I (1885) II 1 (1901).
- Kipp = Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 3. Aufl. Leipzig 1909.
- Kuntze = Kuntze, Zur Geschichte des römischen Pfandrechts I—II Leipzig 1893 (Separatabdruck aus Leipziger Dekanatsprogramm).
- Lenel, E. P. = Lenel, Das edictum perpetuum, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 2. Aufl. Leipzig 1907.
- Lenel, Pal. = Palingenesia iuris civilis, disp. Otto Lenel, Leipzig 1889.
- Longo = Longo, Vocabulario delle Costituzioni latini di Giustiniano, Bull. dell' ist 10 (1898).
- Manigk = Manigk, Pfandrechtliche Untersuchungen. I. Zur Geschichte der römischen Hypothek. 1. Die pfandrechtliche Terminologie und Literatur der Römer, Breslau 1904.
- Manigk, Fiducia = Manigk, Art. Fiducia bei Pauly-Wissowa.

<sup>1</sup> Abschriften der interessierenden Artikel wurden mir von der Bibliothek mit grösstem Entgegenkommen zugestellt, wofür ich auch hier meinen verbindlichsten Dank ausspreche.

- Mitteis, Reichsrecht = Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, Leipzig 1891.
- Mitteis, Privatrecht I = Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. I. Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen, Leipzig 1908.
- Mnemosyne = Mnemosyne, Bibliotheca philologica Batava, Lugduni-Batavorum.
- Oertmann = Oertmann, Die Fiducia im römischen Privatrecht, Berlin 1890.
- Östergren = Östergren, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters nach römischem Recht, Leipzig 1905.
- Pappulias = Pappulias, *Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια κατὰ τὸ ἐλληνικὸν καὶ τὸ ῥωμαϊκὸν δίκαιον* I Leipzig 1909.
- Pauly-Wissowa = Pauly's Realencyclopaedie der klassischen Altertumswissenschaft, Neue Bearbeitung, herausgeg. von Wissowa. Seit 1894 (mir zugänglich bis einschl. des 12. Halbbandes).
- Perozzi, Ist. = Perozzi, Istituzioni di diritto romano 1—2, Firenze 1906—1908.
- Pernice, Labeo = Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Halle, 1 (1873), 2, 1—2<sup>2</sup> (1895—1900) 3, 1 (1892).
- Rabel = Rabel, Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri, Leipzig 1909.
- Riccobono = Fontes iuris romani anteiustiniani, edd. Riccobono, Baviera, Ferrini, I Leges, ed. Riccobono, Florentiae 1909.
- Salmacius = Salmacius, De modo usurarum, Lugd. Batavor. 1639.
- Siber = Siber, Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz, Leipzig 1907.
- Sohm, = Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 13. Aufl. Leipzig 1908.
- Vocab. iur. rom. = Vocabularium iurisprudentiae romanae, iussu Instituti Savigniani compositum I A—C 1903.
- Voigt = Voigt, Das pignus der Römer bis zu seiner Umwandlung zum Rechtsinstitute (Ber. über die Verhandl. der k. sächs. Gesellsch. d. Wissenschaften zu Leipzig, Philolog.-histor. Classe 1888. S. 240).
- Weise = Weise, Die griechischen Wörter im Latein (Preisschrift der Jablonowski-Gesellschaft zu Leipzig 1882).

Weiss = Weiss, Pfandrehtliche Untersuchungen 1. Abt. Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht enthaltend. Weimar 1909.

Windscheid = Windscheid, Lehrbruch des Pandektenrechts, 9 Aufl. bearbeitet von Kipp, Frankfurt am Main 1906.

Wissenbach = Wissenbach, Emblemata Triboniani, 1642.

Wlassak = Wlassak, Edict und Klageform. Jena 1882.

Z. Sav. St. = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, seit 1880.



## Einleitung.

Wie überhaupt die römische Rechtswissenschaft seit einigen Jahrzehnten einen gewaltigen Verjüngungsprozess durchmacht, ist auch die Lehre vom Pfandrecht nach der letzten vollendeten grösseren Monographie — Dernburg's — durch die schon in weitem Umfang zu Stande gebrachte Trennung des klassischen und byzantinischen Rechts in neue Bahnen geleitet: Es gilt auch hier die Trennung durchzuführen.

Beträchtliches ist schon geleistet worden. Es gibt eine stattliche Reihe Spezialuntersuchungen zur Quellenkritik sowie die alle anderen an Bedeutung überragende, von Lenel<sup>1</sup> zu bedeutender Klarheit gebrachte Entdeckung, dass die Pfand-fiducia des klassischen Rechts in der Kompilation beseitigt oder aber durch pignus ersetzt worden ist. Doch ist das Gebiet in interpolatorischer Hinsicht m. E. noch bei weitem nicht erschöpft. Bei dem Studium der Quellen wurde vielmehr die Empfindung bei mir immer lebhafter, dass die negative fiducia-Interpolation ein positives Gegenstück habe, indem ich zu finden glaubte, dass das Wort hypotheca den Klassikern fremd sei<sup>2</sup>. Es ist der Zweck

<sup>1</sup> Z. Sav. St. 3, 104.

<sup>2</sup> Wie nahe der Gedanke liegt, zeigt Manigk, der mehrmals die Theorie mit Energie bekämpft, ohne sich gegen einen Anhänger derselben zu wenden (S. 70, 84 f., 123), S. 105 zu A. 1 doch gegen Kuntze 2, 16, der den Gedanken äussert, es könne sich bei Papinian und Paulus um eine Interpolation der an das Wort gewöhnten Kompilatoren handeln. Sonst gibt es m. W. nur einen, der dieser Ansicht gewesen ist: Salmacius 590 ff. macht die durchgehende Interpolation des Wortes hypotheca geltend, will es aber überall durch fiducia ersetzt wissen. — Perozzi, Ist. 1, 517 gibt intuitiv der m. E. richtigen Auffassung Ausdruck, indem er, ohne jedoch an Interpolation zu denken, in der Behandlung des Pfandrechts prinzipiell auch dort von pignus spricht, wo eigentlich von der Hypothek die Rede ist.



des ersten Kapitels dieser Arbeit, den Beweis zu erbringen, dass diese Auffassung, obwohl der Natur der Frage nach nicht überall direkt zu beweisen, doch mit Wahrscheinlichkeit als stichhaltig bezeichnet werden darf.

Es kann nicht überraschen, wenn dem so ist. Waren doch die Römer ein Volk des zähesten Konservatismus und ist es nunmehr erkannt, dass sie das Vertragspfandinstitut ausgebildet hatten, bevor von einer Rezeption des griechischen Wortes die Rede sein kann<sup>3</sup>. Sie haben sich also ohne das fremde Wort behelfen müssen. Es würde sich lediglich um ein Nachhinken einer neuen Terminologie gehandelt haben<sup>4</sup>. Da dem so ist, hat der jetzt von neuem entflammte Streit über die Abhängigkeit der römischen Hypothek von der griechischen hier nur geringen belang<sup>5</sup>. Andererseits war das Wort in der griechischen Terminologie

<sup>3</sup> Manigk 93 f. und 131. Auf den Zeitpunkt für die Entstehung des Vertragspfandes komme ich unten im 3. Kapitel zurück. Zur Bestätigung des im Texte Gesagten mag hier nur soviel erwähnt werden, dass die Zeit vor das edictum perpetuum (unter Hadrian, † 138) gefallen sein muss, während »hypotheca« erst nach dem Jahre 148 auftaucht und zwar nur vereinzelt (Jul. l. 44. dig., D. 41. 3. 33. 4. Das 42. Buch der Digesten Julians fällt hinter das Jahr 148, weil Julian darin D. 40. 2. 5. seines Konsulats gedenkt. Fitting 22).

<sup>4</sup> Vgl. Manigk 113.

<sup>5</sup> Insbesondere würde dies der Fall sein, wenn der herrschenden Lehre, wonach das Vertragspfand etwa schon zur Zeit Cato's bekannt gewesen wäre, zugestimmt werden könnte, da in diesem Fall zwischen der Entstehung des Vertragspfandes und dem Auftauchen des Wortes hypotheca etwa drei Jahrhunderte gelegen hätten. Auf jeden Fall aber liegt ein nicht ganz unbedeutendes Intervall vor. Vgl. oben A. 3. — Herzen gibt S. 7. A. l. ein Verzeichnis der älteren Forscher, die in der römischen Hypothek ein Abbild des griechischen Instituts sahen, S. 8. A. 3. eines derjenigen, die darin eine nationale Schöpfung erkannten. Der Streit galt noch kürzlich als zu Gunsten der letzteren entschieden, indem man in der griechischen Hypothek durchgehend Verfallspfand sah, einen Charakter, den schon Salmacius 613 ff. aus Cicero ad fam. 13. 56 folgerte. Vgl. Hitzig 83 f., Ders. in Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft 19 (1906) 26, Beauchet 3, 270, Mitteis, Z. Sav. St. 23, 301, Ferrini, Pand. 505 ff. A. 1, Manigk 132 f., Naber, Mnemosyne 31 (1903) 226 f., Sohm 438 A. 4; a. A. Lee, Historical jurisprudence (1900) 233. Vgl. auch Herzen 212 f. und 161, wozu Neubecker, Z. Sav. St. 20, 287. Die Ansicht, wonach die römische Hypothek eine Entleihung der griechischen sei, wurde früher mit einem einfachen Hinweis auf das Wort hypotheca begründet (vgl. Dernburg 1, 67 zu A. 9., Hofmann, Beiträge zur Geschichte d. griech.

logie tiefeingewurzelt, wie ja auch sein späterer Siegeszug von innerer Lebenskraft zeugt. Wir wissen auch, dank dem Reichsrecht und Volksrecht, dass der Orient bei der Einverleibung in das römische Reich hellenisiert war<sup>6</sup>, und dass die Rezeption des römischen Rechts im Osten nicht die Unterwerfung des griechischen, sondern einen Kampf zweier Welten bedeutete, welche sich mit gleicher Kulturmacht gegenüberstanden<sup>7</sup> und, in diesem weltgeschichtlichen Prozess verbunden, gemeinsam den Weg in die Zukunft antraten<sup>8</sup>. So liegt der Gedanke nahe, dass die griechische hypotheca in diesem Kampf den Sieg über das römische pignus obligatum<sup>9</sup> davongetragen habe.

Dann erhebt sich aber die Frage, wie die römische Terminologie in der Tat ausgesehen haben mag. Die auf gründlichstes Quellenstudium gegründeten Forschungen Manigk's haben neuerdings ergeben, dass es der römischen Terminologie an Klarheit und Festigkeit völlig fehlte<sup>10</sup>. Wenn dem so wäre, würde das Verlangen nach einem neuen Terminus für das Vertragspfand natürlich gewesen sein. Im zweiten Kapitel unten wird — als eine nachträgliche Bestätigung meiner Interpolationsbehauptung —

und röm. Rechts (1870) 37, Aubert, Kontraktspantets historiske Udvikling (1872) 11, sowie die bei Pappulias 346 A. 4 Angeführten.) Nunmehr ist aber Pappulias mit eingehender Motivierung dieser Lehre beigetreten. Das altgriechische Pfand sei nicht Verfallspfand (§ 20 ff.), sondern dem römischen gleichartig gewesen (vgl. S. 353), und die praediorum subsignatio — welche ja nach der Ansicht mehrerer (Ascoli 68; vgl. die das. A. 21 zitierten; Jourdan 52 ff.; vgl. auch Manigk 55 ff.) den geschichtlichen Ausgangspunkt der Hypothek bildet — sei vielleicht griechischen Ursprungs (351 ff.). Zu der Lehre Pappulias' vom alten Charakter des griechischen Pfandes Mitteis, Z. Sav. St. 30, 443 ff., insbes. S. 447.

<sup>6</sup> Vgl. die erschöpfende Darstellung Mitteis', Reichsrecht, insbes. S. 17—60. S. auch Mitteis, Aus den griechischen Papyrus-Urkunden (Vortrag), Leipzig 1900, S. 19 f. u. A. 29.

<sup>7</sup> Mitteis, Reichsr. 62.

<sup>8</sup> Mitteis a. a. O. 8 f.

<sup>9</sup> Vgl. unten Kapitel 2.

<sup>10</sup> Die Ausdrücke »pignus obligare« und »pignori rem obligare« seien der Hypothek durchaus nicht vorbehalten. Manigk 11; »pignori dare« werde auch von der Hypothek gebraucht. Manigk 13 ff. Nur der Ausdruck pignori esse komme lediglich von einer conventio, einem pactum abhängig vor. Manigk 30 f. Nach Pappulias 213 f. können alle Bezeichnungen für Pfandbestellung ausser »pignus depositum« und »pignus tradere« auf jede Art von Verpfändung bezogen werden.

der Versuch gemacht, darzulegen, dass die römische pfandrechtl. Terminologie — wenn man von einigem Schwanken in der Zeit nach Julian absieht — ihre eigenen strengen Regeln befolgte, die uns nahezu schroff erscheinen können, gerade deshalb aber in desto besserem Einklang mit dem römischen Nationalcharakter standen, und die das Pfandrecht gegen fremdländische terminologische Einflüsse wohl immun machen konnten.

Über den Zeitpunkt der Entstehung des Vertragspfandes herrscht bekanntlich viel Streit. Die Älteren lehrten, dass er nicht vor Julian liegen konnte<sup>11</sup>, sehr spät also. Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt aus Gründen, die nicht mehr widerlegt zu werden brauchen<sup>12</sup>, Dernburg, der die Hypothek schon bei den römischen Komikern zu finden glaubt<sup>13</sup>. Bei Cato glauben mehrere Forscher, wie neuerdings Naber und Manigk<sup>14</sup>, die rechtlich geschützte Hypothek erwähnt zu finden. Auch Pappulias<sup>15</sup> ist geneigt, eine frühe Entstehungszeit anzunehmen, jedoch ohne den Zeitpunkt genau fixieren zu wollen; insbesondere lehnt er<sup>16</sup> es überzeugend ab, aus den Cato-Stellen den Schutz

<sup>11</sup> So die vor Bynkershoek, *observ. iur. rom.* (vgl. das. 1, 24) herrschende Lehre. (Ich zitiere die mir nicht zugängliche Arbeit Bynkershoek's nach Schilling, *Inst.* (1837) 734 sub d.) So sieht z. B. Cujaz (*Comment. in lib. VIII Codicis*) in Salvius Julianus den Urheber des *Salvianum*.

<sup>12</sup> Vgl. von Scheurl, *Kritische Vierteljahrsschrift f. Ges. u. Rechtswissenschaft* 2 (1860) 428; Demelius, *Zschr. f. Rechtsgesch.* 2 (1863) 232. Pernice, *Labeo* 1, 426 A. 7., *Kuntze* 1, 8 f., *Herzen* 31 ff., *Manigk* 8 ff., *Girard* 768 A. 1., *Pappulias* 311 f. *Pappulias* 312 denkt an die Möglichkeit, es könne sich bei den Komikern bei unbeweglichen Sachen um Hypothek, bei beweglichen um Besitzpfand handeln. Aubert a. a. O. (oben A. 5) 10 ff. folgt der Darstellung Dernburgs.

<sup>13</sup> 1, 64 ff.

<sup>14</sup> In die Zeit Cato's verlegen Jourdan 126 ff., Ascoli 58 und Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* 1 (1888) 153 A. 3 die Entstehung der Hypothek. Karlowa 2, 1280 sieht gegen diese Annahme keinen entscheidenden Grund. Naber, *Mnemosyne* 31 (1903) 222 denkt an den Servius, welcher im Jahre 567/187 Prätor war, als Urheber der *Serviana*. Nach Manigk 32 f. war die Stellung des Pfandgläubigers schon bei Cato rechtlich geschützt. Vgl. auch noch *Wlassak* 135 f. sowie unten A. 23.

<sup>15</sup> S. 317 ff. insbes. 330. Doch sei schon bei Cato die erste Erwähnung des hypothekarischen Vorgangs zu sehen (§ 48, insbes. S. 313 ff.).

<sup>16</sup> S. 326 f.

der Hypothek mit Bestimmtheit abzuleiten. Andererseits hat aber Kuntze<sup>17</sup> auf die Tatsache hingewiesen, dass in Ciceros Schriften kein Wort von *pignus conventum* zu finden ist, und er denkt deshalb mit Voigt an den Beginn der Kaiserzeit<sup>18</sup>.

Bekanntlich ist die »*actio hypothecaria*» nicht durch ein Edikt, sondern nur als formula im Anschluss an das *Salvianum* proponiert<sup>19</sup>. Dies braucht nicht darauf hinzudeuten, dass sie aus einer Zeit stamme, wo die Ediktalform dem Prätor noch nicht geläufig war<sup>20</sup>, sondern kann, wie Herzen<sup>21</sup> bemerkt, auch den Grund haben, dass die Wirksamkeit des Prätors sich schon im Niedersinken befand. Dagegen ist eingewendet worden<sup>22</sup>, dass wir dann der *hypothecaria* das zweite Jahrhundert der Kaiserzeit als Entstehungszeit anweisen müssten, was nach ihrem Erwähntwerden in der Literatur unrichtig wäre. Da aus der klassischen nichtjuristischen Literatur der Beweis von der Existenz des klagegeschützten Vertragspfandes, wie nunmehr erkannt<sup>23</sup>, nicht zu er-

<sup>17</sup> 1, 1. 27.

<sup>18</sup> *Kuntze* 1, 30. Ihm folgen Emmerich, *De l'action hypothécaire*, (Thèse de Paris 1894) 19, Cuq bei *Daremborg-Saglio*, *Art. Hypotheca* (1897) S. 359, 2. Vgl. auch Herzen 177: spätestens Mitte des 1. Jahrh. der Kaiserzeit. Zustimmend in der Hauptsache Ferrini, *Pand.* 505 A. 1. Ähnlich Girard 767 f. Nach Perozzi, *Ist.* 1, 517 wäre die Zeit Labeo's entscheidend gewesen.

<sup>19</sup> *Wlassak* 130 ff., Lenel, *E. p.* 473, *Pappulias* 301 ff. — Gegen die Ansicht Karlowa 2, 1279, wonach die *Serviana* in dem Edikt des praetor peregrinus ihren Ursprung habe (vgl. auch Cuq 2, 306 A. 4) s. *Pappulias* 303 A. 13.

<sup>20</sup> So *Wlassak* 135 f., *Manigk* 99, *Pappulias* 329.

<sup>21</sup> S. 188 f. Vgl. auch Thèse I zu seiner Dissertation (Lausanne 1898).

<sup>22</sup> *Manigk* 99 A. 2., *Pappulias* 328.

<sup>23</sup> Zwar sieht Dernburg 1, 66, bei der Stelle Cato's *de re rustica* 146, 5 (*Bruns* 2, 49) in der letzten Klausel (*si quid deportaverit, domini esto*) einen Beweis für die Klagbarkeit des Pfandvertrages; dagegen ist Pernice durchaus beizustimmen, wenn er *Labeo* 1, 426 A. 8 hier eher das Gegenteil schliessen will: »Hätte die *actio hypothecaria* schon bestanden, so würden die Parteien schwerlich zu solchem seltsamen Auskunftsmittel gegriffen haben, durch das sich anscheinend der Gläubiger die *Vindication* gegen dritte Besitzer sichern will». — *Pappulias* erkennt dagegen das im Text Angeführte an. Zwar sei die Existenz der Hypothek zur Zeit Cato's ausser Zweifel; in Bezug auf den Klagschutz könne man sich aber nur als Indiz an seine Aussprüche halten (S. 326 f.). Überhaupt sei aus der Literatur des Freistaates und bei Cicero kein Wort von einem hypothekarischen Klagschutz zu

bringen ist, kommen hier eigentlich nur die juristischen Quellen in Betracht. Das dritte Kapitel unten gibt in dieser Frage eine Untersuchung der älteren pfandrechtlichen Fragmente und gelangt zu dem Resultat, dass diejenigen Erwähnungen des eigentlichen, durch ein nudum pactum entstandenen Vertragspfandes, die aus der Zeit vor Julian stammen, sehr verdächtig sind — so verdächtig, dass sie die alte Lehre, das klaggeschützte Vertragspfand sei nicht älter als Julian, kaum zu widerlegen vermögen. Wenn dies richtig ist, so finden dadurch auch die kurz nach Julian beobachteten Schwankungen der pfandrechtlichen Terminologie ihre historische Erklärung.

finden (S. 312 f., 319). Die Ausführungen Pappulias' dürften in den genannten Punkten gegenüber seinen Vorgängern (vgl. oben A. 14) als abschliessend zu bezeichnen sein, die Gleichstellung des Illatenpfandes mit dem Vertragspfand ausgenommen.

## KAPITEL I.

### Ist das Wort hypotheca klassisch?

## § 1.

### Die allgemeine sprachliche Tendenz.

Die Worte Horaz<sup>1</sup>: »Graecia capta ferum victorem cepit« sind, wie Weise<sup>2</sup> bemerkt, insofern unzutreffend, als schon das freie Griechenland den wilden Sieger bezwungen hatte. Die griechische Sprache, die zu Lucrez' Zeit die Lieblingssprache der Liebenden war, spielte allmählich dieselbe Rolle, wie etwa die französische im gustavianischen Schweden: als Umgangssprache der Vornehmen<sup>3</sup>. Spuren davon sind auch in grosser Anzahl in der Gestalt der überaus zahlreichen griechischen Lehnwörter<sup>4</sup> im Latein zurückgeblieben, was alles mit der grossen Abhängigkeit der römischen Literatur von der griechischen zusammenhängt.

Indessen gibt es einen einzigen Literaturzweig, in dem die Römer vom Anfang bis zum Ende sich fremden Einflusses möglichst zu erwehren vermocht haben: die Rechtswissenschaft<sup>5</sup> — eines von den wenigen Gebieten, wo die Römer sich überhaupt eigene Wege gebahnt haben<sup>6</sup>. Und hier, wo die Römer eigene vollwichtige Gedanken, im heimischen Boden tief gewurzelt, hatten, zeigt es sich, dass Griechenland nichts ausrichten konnte. Die Rezeptionsfälle des griechischen Rechts, die mit einiger Sicherheit nachgewiesen worden sind, sind in der Tat kaum beträchtlich<sup>7</sup>. Und die griechischen Lehnwörter auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft sind auffallend wenig. Mit Ausnahme viel-

<sup>1</sup> Epist. 2. I. 156.

<sup>2</sup> S. 88.

<sup>3</sup> Vergl. Weise 89 ff. und daselbst zit.

<sup>4</sup> S. die Zusammenstellungen Weise's.

<sup>5</sup> Weise 264.

<sup>6</sup> Es kommen ausserdem nur das Staats- und Militärwesen und die Landwirtschaft in Betracht. Vgl. Weise 88.

<sup>7</sup> Vgl. die zusammenfassende Darstellung Mitteis, Privatrecht I, Einführungsabschnitt A. 55 (S. 19 ff.) und den Text daselbst S. 15—19, woraus sich ergibt, dass von einer stärkeren, direkt nachweisbaren Rezeption nur auf dem Gebiete der Staatsverwaltung die Rede sein kann.



leicht von *apocha* und *eremodicium*<sup>8</sup> sind es nur Bezeichnungen für Rechtsinstitute, die nicht nur dem Namen nach von Griechenland eingeführt worden sind, sondern wo man mit dem Institut auch den Namen rezipiert hat; es finden sich hier *arrha*<sup>9</sup>, *chirographum*<sup>10</sup>, *syngrapha*<sup>11</sup> (letzteres jedoch unter den Juristen nur bei Gaius zu finden<sup>12</sup>). Dagegen sind die Wörter *emphyteusis*, *parapherna*, *antichresis*, und *hyperocha* in klassischer Zeit nicht rezipiert worden, was deshalb besonders betont werden muss, weil öfters das Gegenteil angenommen wird<sup>13</sup>. *Emphyteusis* kommt in den Digesten — ausser den Titeln — nur einmal lateinisch vor, und diese Stelle ist als interpoliert erkannt<sup>14</sup>. In den Institutionen Justinians kommt das Wort einmal vor<sup>15</sup> — von der Hand der Kompilatoren. Im Codex Justinianus ist es erst in einer Konstitution vom Jahre 293<sup>16</sup> zu finden. Was *parapherna* be-

<sup>8</sup> *Apocha* kommt in den Digesten an 4 Stellen vor (Vocab.), *eremodicium* an 3 (4. 4. 7. 12 zweimal und 46. 7. 13 pr. — Index). Keines der beiden Wörter kommt in den übrigen für das Vocabularium exzerpierten Schriften vor.

<sup>9</sup> Wenn überhaupt dieses ursprünglich hebräische Wort durch Griechenland rezipiert worden ist, wie wohl mit Varro, l. l. s. v. *arrabo* (5. 175; Bruns 2, 53 f.) anzunehmen ist. So auch Weise 265, Perozzi, Ist. 2, 230. — Schon von Plautus (in der Form *arrabo*) verwendet, findet sich das Wort in den Digesten zehnmal, bei Gaius zweimal (Vocabularium).

<sup>10</sup> Kommt sehr oft in den Digesten vor, sowie bei Gaius (Vgl. Vocab.) und in den klassischen Konstitutionen des Codex — z. B. 8. 42. 14, 15, 18, 22 u. 25.

<sup>11</sup> Dass *chirographum* und *syngrapha* griechische Institute sind, vgl. Gai. III 143, Sohm, Inst. 13 § 81 A. 3 (S. 506).

<sup>12</sup> Mitteis, Reichsr. 459 f.

<sup>13</sup> Nach Manigk 71 verwenden »die römischen Juristen« die Wörter *emphyteusis* und *parapherna*. Das heisst m. E. den nachklassischen Kanzleijuristen eine beinahe zu grosse Ehre erweisen. Bei Manigk 117 wird indessen klar, dass die klassischen Juristen gemeint sind. — Zu *hyperocha* und *antichresis* s. Dernburg 1, 67. Nach Kuntze 1, 4 geben ausser der *hypotheca* auch die Wörter *antichresis* und *hyperocha* dem römischen Pfandrecht ein griechisches Aussehen, und Herzen 210 f. betrachtet sie als — allerdings spät — rezipiert. Vergl. auch noch Perozzi, Ist. 1, 516, Pappulias 2.

<sup>14</sup> D. 2. 8. 15. l. Lenel Pal. Macer 6 A. 1. Vgl. Lenel E. P. 182. — Griechisch geschrieben auch nur einmal (Bortolucci) Ulp. D. 27. 9. 3. 4. Die griechische Schrift beweist nach Macchioro, Arch. giur. 75 (1905) 149, dass das Institut dem damaligen römischen Recht fremd war.

<sup>15</sup> J. 3. 24. 3.

<sup>16</sup> C. 5. 71. 13.

trifft, zeigt die einzige Stelle in den Digesten, wo das Wort vorkommt<sup>17</sup>, dass das Wort nicht rezipiert ist: es wird nämlich daselbst griechisch geschrieben und ausdrücklich als griechischer Terminus bezeichnet<sup>18</sup>. Doch hatten die Römer keinen Terminus dafür (*res quas extra dotem mulier habet*<sup>19</sup>), und es ist deshalb auffallend, dass noch im Jahre 450 das Wort nicht für lateinisch galt<sup>20</sup>. *Antichresis* kommt überhaupt in den Quellen nur zweimal und nur griechisch geschrieben vor<sup>21</sup>. *Hyperocha* kommt in den Quellen nur in einem Fragment vor<sup>22</sup>, zwar lateinisch geschrieben, was aber nicht berechtigt von der Rezeption dieses Wortes zu reden<sup>23 24</sup>.

Es erübrigt nur<sup>25</sup> die *hypotheca*. Dieses Wort würde das einzige sein, das aus dem griechischen Rechtsleben ohne Begleitung des griechischen Instituts ins römische übertragen sein würde<sup>26</sup>. Sein häufiges Erscheinen in der Kompilation erregt deshalb schon aus allgemeinen sprachlichen Gründen Verdacht<sup>27</sup>.

<sup>17</sup> Ulp. D. 23. 3. 9. 3. (Index).

<sup>18</sup> »Quae Graeci παράθερα dicunt».

<sup>19</sup> D. 23. 3. 9. 3. C. 5. 14. 8.

<sup>20</sup> C. 5. 14. 8. »Quas Graeci parapherna dicunt».

<sup>21</sup> Dies wird vom Vocab. und — für den Codex — von Manigk 129 A. 2. bestätigt. Für die justinianischen Konstitutionen im Codex gibt Longo, für die klassischen, sowie für die Institutionen Justinians geben meine Nachforschungen dasselbe Resultat.

<sup>22</sup> Tryphonin D. 20. 4. 20. Das zweitemal (*pignoris hyperocha*) mit Mommsen und Lenel Pal. 25 del. Zweifelnd Manigk 116 f. — Vgl. Vocab. und Longo.

<sup>23</sup> Gegen die Annahme einer Rezeption der Worte *antichresis* und *hyperocha* Manigk 116 A. 2. und 129 ff.; vgl. auch 113 A. 1. Dagegen vgl. jedoch noch Manigk 71 und 113.

<sup>24</sup> Es mag noch bemerkt werden, dass *anatocismus* zwar bei Cicero (ad. Att. 5. 21. 11), nicht aber bei den Juristen (Vocab., Longo) vorkommt, und dass folgende Wörter erst in nachklassischer Zeit rezipiert worden sind: *antipherna* (C. 5. 3. 20. 2, a. 531—3), *diacatochus* (C. Th. 10. 16. 1.), *holographus* (Nov. Val. 3. 20. 2. pr. § 1.), *idochirum* (C. 8. 17. 11, a. 472).

<sup>25</sup> Wenigstens konnte ich bei Weise 262 ff. und 326—544 nichts mehr finden.

<sup>26</sup> Auch wenn das römische Vertragspfand ein Abbild der griechischen Hypothek wäre (zu dieser Frage vgl. oben Einleitung zu A. 5), so steht es doch fest, dass es vor der angeblichen Rezeption des griechischen Ausdrucks herausgebildet war. (Vgl. oben Einleitung A. 3.)

<sup>27</sup> A. M. Manigk 71 f. Die von ihm angeführten Tatsachen, dass zahlreiche Analogien und Gegenüberstellungen griechischer Termini,

## § 2.

## Die nichtjuristische Literatur.

Bei der Verwertung der nichtjuristischen Literatur für juristische Zwecke ist Vorsicht immer geboten<sup>1</sup>. Wenn aber das Wort *hypotheca* in der goldenen oder silbernen Latinität lateinisch vorkäme, läge ein sehr starker Grund vor, dass das Wort auch den Juristen bekannt war, während andererseits, wenn dies nicht der Fall wäre, eine grosse Wahrscheinlichkeit für das Gegenteil vorhanden wäre. Ein bei den Juristen so übliches Wort, wie die *Digesten* das von der *hypotheca* glaublich machen wollen, würde sicherlich auch in der Laienliteratur Spuren hinterlassen haben, vorausgesetzt dass pfandrechtliche Fragen dort überhaupt behandelt worden sind.

Es ist bisher unmöglich gewesen, mit Bestimmtheit zu sagen, wie oft ein Wort in der Latinität vorkommt. Indessen wird dem durch den im Erscheinen begriffenen *Thesaurus linguae latinae* abgeholfen. Ich konnte durch gütiges Entgegenkommen des

sowie Ableitungen aus dem Griechischen und Anwendungen griechischer Wörter statt lateinischer vorkommen, machen die Widerstandskraft der Juristen gegen die Fremdwörter desto prägnanter. Andererseits erkennt aber Manigk selbst S. 71 zu A. 1 an, dass die Rezeption des Wortes *hypotheca* zu dem Bestreben der Römer, ihre Terminologie selbständig aus ihrer Muttersprache zu bilden, im Widerspruch steht.

<sup>1</sup> Man denke an die übereilten Schlüsse Dernburg's aus dem dichterischen Ausdruck *pignus oppositum* (wohl das poetische Wort für *obligatum*?), wonach er die Entstehung des Vertragspfandes in die Zeit der punischen Kriege verlegte, d. h. nach der herrschenden Ansicht etwa 200, in Wirklichkeit vielleicht 300 Jahre zu früh. Vgl. oben Einleitung zu A. 12 und unten Kap. 3. Die Lehre von *pignus oppositum* als der älteren Bezeichnung der Hypothek wird noch in der französischen Doktrin bisweilen vertreten. Vgl. z. B. Cuq 2, 305 zu A. 6 und mehrere Dissertationen. Gegen diese Lehre vgl. die oben Einleitung A. 12 Angeführten.

Herrn Professor Dr. Lommatzsch das Material in dem noch nicht erschienenen, *hypotheca* betreffenden Teil schon verwerten, wodurch meine Arbeit eine sonst nicht erreichbare feste Grundlage erlangte<sup>2</sup>.

Das Ergebnis des *Thesaurus* ist in Bezug auf das Wort *hypotheca* kurz dies: es kommt in der in Betracht kommenden, klassischen Zeit — von August bis Diocletian<sup>3</sup> — in der Latinität überhaupt nicht vor, weder in der Literatur noch im *Corpus inscriptionum latinarum*. In der Zeit vor August kommt es (von zwei unten zu nennenden, scheinbaren Ausnahmen abgesehen) auch nicht vor, was um so bedeutungsvoller ist, wenn man die starken Einflüsse der griechischen Literatur auf die römische bedenkt. Waren doch schon die Stücke der römischen Komiker ganz mit griechischen Wörtern und Phrasen gesättigt<sup>4</sup>.

Eigentliche Bedeutung erhält jedoch diese Tatsache erst, wenn die Nicht-Juristen der beiden Perioden *pignus* und *fiducia* oft verwenden, d. h. wenn sie vom Pfandrecht oft reden. Obwohl der grösste Teil der hiehergehörigen Stellen schon längst für die Behandlung des Pfandrechts herangezogen worden ist, ist es doch zweckmässig, die Stellen hier zusammenzustellen, um eine Übersicht über ihre verhältnismässige Häufigkeit und Bedeutung zu gewinnen, wodurch allein das Fehlen des Wortes *hypotheca* die gebührende Beleuchtung erhält<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Herr Offizial M. Frey durchging nach Anordnung des Herrn Professor Lommatzsch das ganze in München befindliche Zettelmaterial, C. I. L. einschliesslich.

<sup>3</sup> Die erste Stelle, wo das Wort nach den *Digesten* vorkommt, stammt ja aus so später Zeit wie nach dem Jahre 148. Oben Einleitung A. 3.

<sup>4</sup> Weise 90.

<sup>5</sup> Hier werden nur diejenigen Stellen aufgeführt, wo technisch juristische Fragen behandelt sind. Doch wird besonders *pignus* (wie auch *obligare*) ausserdem sehr oft im bildlichen Sinne verwendet; obwohl dieser Gebrauch oft auf die allgemeine Bedeutung des Wortes (Sicherung) hindeutet, so ist er doch für unsere Untersuchung von einigem Wert. So z. B. die Verbindung *pignus amoris* (Ovid, *Ars amat.* 3. 486, 489; *Heroid.* 4. 100, 11. 113; *Met.* 2. 283, 8. 92; *Tristia* 1. 3. 60; *Livius* 39. 10. 1; *Seneca, Herc. Oet.* 490; *Lucan.* 4. 502; C. I. L. 3. 9610; 5. 5212, 5) oder *p. fidei* (*Liv.* 22. 58. 6, 25. 16. 13, 42. 39. 7; *Curtius* 8. 2. 31, 8. 12. 10; *Pomponius Mela* 2. 13). — Dass *pignus* ausser Pfand bisweilen auch andere spezielle Bedeutungen haben kann, vgl. Herzen 16 ff, Manigk 5 A. 1, Pappulius 211, wo Belege

Man wird dadurch einen erheblichen, obwohl allein kaum entscheidenden Grund für die Interpolationsannahme des Wortes hypotheca finden.

In Bezug auf die fiducia kommt hauptsächlich Cicero in Betracht. Er handelt davon an den folgenden Stellen:

De officiis 3. 15. 61:

Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plaetoria, et sine lege iudiciis in quibus additur »ex fide bona«. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae »aequius melius«, in fiducia »ut inter bonos bene agier«. Quid ergo . . . cum dicitur »ut inter bonos bene agier«, quicquam agi dolose aut malitiose potest?

Ibid. 3. 17. 70:

Nam quanti verba illa »uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem«, quam illa aurea: »ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione«! Sed qui sint boni et quid sit bene agi, magna quaestio est. Qu. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur, »ex fide bona«, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

De natura deorum 3. 30. 74:

. . . . Inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae.

Topica 5. 28:

Abalienatio est eius rei, quae mancipi est, aut traditio alteri nexu aut in iure cessio, inter quos ea iure civili fieri possunt.

Ibid. 10. 42:

Si (scil. fidem praestare debet) qui fiduciam accepit, debet etiam procurator.

und Lit. — Die Zusammenstellung des Verhältnisses zu pignus und fiducia ist auf Exzerpte der Zettel des Thesaurus zu den Wörtern pignus, pignero, pigneraticius, fiducia, fiduciarius gegründet. (A. 2.)

Ibid. 17. 66:

In omnibus igitur his iudiciis, in quibus »ex fide bona« est additum, ubi vero etiam »ut inter bonos bene agier oportet«, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est »quod eius aequius melius«, parati esse debent.

Epist. ad fam. 7. 12 (ad Trebatium):

. . . Ubi porro illa erit formula fiduciae: »ut inter bonos bene agier oportet.

Pro Qu. Roscio Comoedo 6. 16:

. . . Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aequae enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam, et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, et socium fallere, qui se in negotio coniunxit.

Pro Flacco 21. 51:

Abduxisti Temno Apollonidem; pecuniam adulescentulo grandi fenore, fiducia tamen accepta, occupavisti. Hanc fiduciam commissam tibi dicis: tenes hodie ac possides. Eum tu testem spe recuperandi fundi paterni venire ad testimonium dicendum coegisti.

Pro Caecina 3. 7:

Qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior? »Est enim turpe iudicium«. Ex facto quidem turpi.

Auf die fiducia ist auch Tertullian, De idolol. 23, mit Recht bezogen worden<sup>6</sup>: . . . »pecuniam de ethnicis mutuantes sub pignoribus fiduciati iurati cavent et se negant; . . .«

Vom pignus handelt zunächst Plautus an mehreren Stellen. So heisst es Captivi 939: »Postulo abs te, ut mihi illum reddas servom quem hic reliqueram Pignus pro me . . .«; Pseudolus 85 ff: (Calidorus:) ». . . Sed potes nunc mutuam Drachumam dare unam mihi, quam cras reddam tibi? (Pseudolus:) Vix hercle, opinor, si me opponam pignori«, und in Rudens 581 werden die

<sup>6</sup> Oertmann 13, Herzen 17.



folgenden Worte Sceparnio in den Mund gelegt: »... tibi ego numquam quicquam credam, nisi si accepto pignore». Auch das pfandrehtliche obligare wird von Plautus benützt<sup>7</sup>.

Von Terenz<sup>7a</sup> stammt der bekannte Dialog: (Geta:) »Ager oppositus pignori Decem ob minas est: (Demipho:) Age age, iam ducat: dabo» (Phormio 661).

Pignus wird auch in den Stellen aus Cato erwähnt<sup>8</sup>: De agri cultura 146, 2: »... donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneris sunt. ne quid eorum de fundo deportato. si quid deportaverit, domini esto»; 146, 3: »... emptor domino debeto et id satis dato, proque ea re ita uti s. s. e. item pignori sunt»; 149, 2: »Donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneris sunt»; 150, 2: »Donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto».

Von Cicero ist hier nur zu erwähnen Verr. 3. 11. 27: »Cum n his . . . rebus omnibus publicanus petitor aut pignerator . . . soléat esse».

Von Catullus sind hier anzuführen die beiden Stellen 44. 1—4

O funde noster seu Sabine seu Tiburs,  
(Nam te esse Tiburtem autumant, quibus non est  
Cordi Catullum laedere: at quibus cordist,  
Quovis Sabinum pignore esse contendunt).

und 26:

Furi, villula nostra non ad Austri  
Flatus opposita est nec ad Favoni  
Nec saevi Boreae, aut Apeliotae:  
Verum ad millia quindecim et ducentos.  
O ventum horribilem atque pestilentem!

Ferner Festus: Nancitor in XII »nactus erit», prenderit. Item in foedere Latino: »Pecuniam quis nancitor, habeto», et: »si quid pignoris nasciscitur, sibi habeto»<sup>9</sup>. »Reluere, 'resolvere'

<sup>7</sup> Trucul. 2. 1. 4, wozu Mitteis, Privatrecht I, 86 A. 38.

<sup>7a</sup> Terenz redet in Heauton. 3. 3. 41 f. von Pfandreht mit Verwendung des Wortes arrabo. Vgl. Herzen 18 zu A. 3.

<sup>8</sup> Bruns 2, 49 ff.

<sup>9</sup> ed. Müller (1839) 166; Bruns 2, 16.

'repignerare'. Caecilius in Carine: »Ut aurum et vestem, quod matris fuit, reluat, quod viva ipsi opposuit pignori»<sup>10</sup>.

Curtius 10. 2. 26: Nec pudet profundo ventre devictarum gentium spolia circumferentes reverti velle ad liberos conjugesque, quibus pauci praemia victoriae potestis ostendere? Nam ceterum, dum etiam spei vestrae obviam istis, arma quoque pignori sunt.

Martial 12. 25. 1—4:

Cum rogo te nummos sine pignore, »non habeo» inquis;  
Idem, si pro me spondit agellus, habes:  
Quod mihi non credis veteri, Telesine, sodali,  
Credis coliculis arboribusque meis.

Tacitus<sup>11</sup> hist. 3. 65. 7: domo agrisque pignori acceptis.

Plinius sec. ep. 3. 19. 6 will ein Nachbargrundstück kaufen, das in mehreren Beziehungen recht schön und fruchtbar ist; »sed haec felicitas terrae inbecillis cultoribus fatigatur. Nam possessor prior saepius vendidit pignora et, dum reliqua colonorum minuit ad tempus, vires in posterum exhausit, quarum defectione rursus reliqua creverunt».

Gellius Noct. attic. 18. 12. 10:

Verba autem patiendi pro agentibus in omnibus fermemodum veterum scriptis reperiuntur. Ex quibus sunt pauca ista, quae nunc meminimus: . . . »faeneror» pro »faenero» et »pigneror» pro »pignero» et alia . . .<sup>12</sup>

Apuleius met. 1, 22:

»Heus tu 'inquit' qui tam fortiter fores verberasti, sub qua specie mutuari cupis? An tu solus ignoras praeter aurum argentumque nullum nos pignus admittere?»

Tertullian ad nationes 1, 10:

Privatos enim deos, quos Lares et Penates domestica consecratione perhibetis, domestica et licentia inculcatis venditando, pignerando pro necessitate ac voluntate.

und adv. Marcionem 4. 17<sup>13</sup>:

et pignus, inquit, reddet debenti, — utique si non sit solvendo, quia solutori [utique] pignus restituendum esse

<sup>10</sup> Müller 281, Bruns 2, 31.

<sup>11</sup> Von pignoris capio handelt Annal. 13. 28. 13.

<sup>12</sup> Von pignoris capio handelt noct. att. 14. 7. 10, wie auch Sueton, Julius 17.

<sup>13</sup> Bei Kroymann, Corpus scriptorum eccl. lat. 47 (1906) 473 Z. 25 ff.



utrum homo scriberet? — multo manifestius in Deuteronomio: non dormies super pignus eius, redditione reddes illi pallium circa solis occasum, et dormiet in pallio suo.

Schliesslich sei hier erwähnt Cyprian op. et eleem. 21: oppigneratis vel distractis rebus suis<sup>14</sup> sowie eine Stelle von unbestimmbarem Alter: Plautus, Mostellaria, argumentum 7 f: ». . . nam mutuom Acceptum [tum] dicit pignus emptis aedibus».

Ist also das Wort hypotheca nicht aufzufinden, so gibt es doch zwei Stellen, die immer wieder spuken, und deren sich gründlich zu entledigen, damit sie nicht wieder auferstehen mögen, es deshalb geboten ist.

Cic. ad Atticum 2. 17. 3.

Sed haec coram. Tu tamen videris mihi Romae fore ad nostrum adventum, quod sane facile patiar, si tuo comodo fieri possit; sin, ut scribis, ita venies, velim ex Theophane expiscere, quonam in me animo sit Arabarches. Quaeres scilicet *κατὰ τὸ κηδεμονικὸν* et ad me ab eo quasi *ὑποθήκας* adferes, quem ad modum me geram. Aliquid ex eius sermone poterimus *περὶ τῶν ὄλων* suspicari.

Cic. ad familiares 13. 56. 2.

Praeterea Philocles Alabandensis *ὑποθήκας* Cluvio dedit. Eae commissae sunt. Velim cures, ut aut de *hypothecis* decedat easque procuratoribus Cluvii tradat aut pecuniam solvat, praeterea Heracleotae et Bargylietae, qui item debent, aut pecuniam solvant aut fructibus suis satis faciant.

Von diesen Stellen sagt Manigk<sup>15</sup>, dass die griechische Schrift zur Annahme einer griechischen Hypothek allein nicht genügt, und er ist anscheinend der Meinung, dass keine anderen Gründe vorhanden seien<sup>16</sup>.

Zunächst: könnte man sich nicht an die zweite Stelle im Briefe ad fam., die lateinisch geschrieben ist, halten, und so we-

<sup>14</sup> Vgl. Rönsch, Itala und Vulgata (1869) 360. Vgl. auch den durch Priscianus (Inst. 6. 89 bei Keil 2, 274. 3) überlieferten Passus von Juvenal in III: viginti milia fenus pignoribus positus.

<sup>15</sup> S. 104 A. 1.

<sup>16</sup> »Was soll sonst (nämlich ausser der griechischen Schrift) der Grund zu jener Annahme sein?« Manigk, a. a. O.

nigstens die Latinität des Wortes retten<sup>17</sup>? Es ist aber umso weniger berechtigt, wegen einer einzigen Stelle von einer Rezeption des Wortes zu reden, als dieses ja hier zuerst griechisch vorgestellt worden ist, und die zweite, lateinische Form einfach durch das Verlangen nach einem Ablativus (nach de), das durch keine griechische Form befriedigt werden konnte, hervorgerufen sein dürfte<sup>18</sup>. Wir müssen also die Stelle so beurteilen, als ob wir es nur mit einem griechisch geschriebenen Worte zu tun hätten.

I. Dann ist die erste Frage: Welche Bedeutung darf dem Umstand beigelegt werden, dass Cicero ein Wort griechisch schreibt?

Die Briefsammlung Ad Att. wimmelt von griechisch geschriebenen Wörtern — natürlich genug, wenn man die ausgeprägt griechische Bildung des Atticus bedenkt — und in den Familiar-Briefen gibt es deren nicht wenig<sup>19</sup>. Beinahe immer hat die Wahl von fremden Schriftzeichen den Grund, dass die Wörter im Latein keine Aufnahme gefunden hatten, obwohl man in einigen Fällen auf den ersten Blick hin dies anzunehmen geneigt sein möchte<sup>20</sup>. Einige sind zwar in der goldenen Zeit lateinisch aufzu-

<sup>17</sup> So Pappulias 354, vgl. 319 zu A. 11.

<sup>18</sup> So kann hier von der Möglichkeit abgesehen werden, dass die lateinische Schrift erst der Überlieferung zuzuschreiben sein könnte. Von dieser Möglichkeit wissen auch die Handschriften in diesem Falle nichts. Vgl. Mendelsohn's Ed. (1893).

<sup>19</sup> Diese Untersuchung unter I stützt sich auf den Thesaurus L., soweit erschienen, und im übrigen auf die Arbeiten von Weise, Forcellini und Georges. Die in den folgenden Anmerkungen zu zitierende Literatur wird in der Regel nach diesen Werken angegeben.

<sup>20</sup> So waren in der Latinität überhaupt nicht aufgenommen: aus Ad Att.: *αὐτονομία* 6. 1. 15; *τεχνολογία* 4. 16. 3; *πιθανά* 13. 19. 5. (pithanologia: Interpr. Iren. 2. 14. 8.; vgl. unten § 5 A. 14); *ἀνέκδοτον* 2. 6. 2, und 14. 17. 6.; aus Ad fam.: *ἀταραξία* 15. 19. 2. — Erst nach Cicero wurden die folgenden rezipiert: aus Ad Att.: *ἀλληγορίας* 2. 20. 3 (lat. erst bei Quintilian, † um 96 n. Chr.; z. B. inst. 5. 11. 21; hier sogar mit griech. Akk.-Endung; griech. geschrieben ibid. 8. 6. 44), *πρόβλημα* 12. 4 (Sen. controv. 1. 3. 8., später bei Suetonius und Gellius), *βλάσφημα* 15. 11. 4. (lat. erst eccl.); aus Ad fam.: *μάστιγς* 2, 13. 2. (lat. erst Tertullian); *πολυφαγίας* 7. 20. 3 (Suet. Ner. 37), *δυσεντερικά* 7. 26. (Plinius 28. 128); *πάθη* ibid. (Macrob. hat. 4. 1. 1.: pathos), *διάρροια* ibid. (Cael. Aur. chron. acut. 2. 19. 192), *παράγραμμα* 7. 32. Hieronymus ep. 71. 5.), *κρίσις* 9. 4. Sen. ep. 83. 3.), *συμπόσια* 9. 24 (Apul. apol. 57), *ὄργανον* 11. 14. 1. (Vitruvius 9. 15), *ἡδονήν* 15. 19. (Tertull. adv. Val. 8), *κανών* 16. 17

finden, aber nur vereinzelt<sup>21</sup>. Es gibt, wenn ich recht sehe, in den beiden<sup>22</sup> Briefsammlungen nur ein Wort, das so oft lateinisch vorkommt, dass man daran denken könnte, zu sagen, es sei rezipiert. Es ist das Wort *ιστορικώς*<sup>23</sup>, wofür bei den Römern *historicus* ziemlich geläufig war<sup>24</sup>. Sehr gewöhnlich ist dagegen, dass Cicero griechische Wörter und Wendungen lateinisch schreibt<sup>25</sup>.

Kam es also ausnahmsweise vor, dass das Streben nach fließendem und nachlässigem Konversationsston<sup>26</sup> Cicero dazu verlockte, auch Wörter, die er hätte lateinisch schreiben können, in ihrer ursprünglichen Form wiederzugeben, so ist es doch klar, dass diesen einzelnen Wörtern nur deshalb die Latinität zugesprochen wird, weil sie irgendwo anders in lateinischer Schrift vorkommen.

Wo dies nicht der Fall ist, gestattet die griechische Schrift die Feststellung, dass das betreffende Wort den Römern als lateinisch unbekannt war<sup>27</sup>.

(Vitruvius 262. 1.), *διαφόρησιν* 16. 18 (erst Theod. Prisc. d. diaet. 14, — ca. 500 n. Chr.), *ἐπιφορᾷ* 16. 23. (Col. 6. 17. 8.). — Weitere Beispiele aus den Briefen gibt Steele, *American Journal of Philology* 21 (1900) 388 f.

<sup>21</sup> Aus Ad Att.: *γεωγραφικά* 2. 6, lat. erst Ammian, 330—400; doch *geographia* Cic. ad Att. 2. 4. 3. *ὑπόθεσις* 1. 14, 12. 45 u. a.; (*Topica* 21; griechisch aber noch Quintilian 3. 5. 7); aus Ad fam.: *στραγγονικά* 7. 26 (Cato r. r. 156), *πολιτείας* 9. 2. (de div. 1. 30), *διοίκησιν* 13. 53. 2 (Ad fam. 3. 8. 4), *ἔντυμον* 16. 10 (lat. — mit griech. Akk.-Endung — bei Varro r. r. 1. 48. 2.; später auch Gellius 18. 4. 11).

<sup>22</sup> In den übrigen Briefen Cicero's sind nur wenige griechisch geschriebene Wörter vorhanden; keines, das zu Cicero's Zeit lateinisch geschrieben werden konnte. (Zu *ὑπόθεσις* [Ad Quintum fratrem 2. 15. (16). 4.] vgl. oben A. 21).

<sup>23</sup> 1. 19, 6. 1. — Vgl. allerdings auch *συνπάθεια*, ein Wort, das sowohl bei Varro (Sat. Men. 409) wie bei Vitruvius (1. 1) lateinisch geschrieben ist. Bei Cicero ist es aber immer griechisch geschrieben, und der auffallende fremdartige Sprachgebrauch des Vitruvius hat ihn bekanntlich mehrmals verdächtig gemacht; vgl. Schanz, *Gesch. d. röm. Lit.* 2. 1<sup>2</sup>, 350 — Müllers *Handbuch d. klass. Altertumswissenschaft* 8. 2. 1.

<sup>24</sup> S. bei Forcellini.

<sup>25</sup> Eine Zusammenstellung dieser Wörter aus Ad Att. gibt Paul Meyer, *Bayreuther Programm* 1887, 58 ff. Vgl. auch Ders., *Progr. Hof* 1899/1900, 4 ff.

<sup>26</sup> »Der Gebrauch des Griechischen gehört mit zum Plaudertone; in ernster Lage, besonders während des Exiles, wird Griechisch nie verwendet: Sternkopf, *Bursian's Jahresberichte* 139 (1908) 31.

<sup>27</sup> Pernice, *Labeo*, 3 (1892) 144 folgert aus der griechischen Schrift im Briefe ad fam. 13. 56, dass das Wort *hypotheca* in die

II. Es ist weiter die Frage aufgeworfen worden<sup>28</sup>, ob andere Gründe für die Annahme einer griechischen Hypothek als die Schrift vorliegen.

Was den Brief ad Att. 2. 17. betrifft, hat Herzen<sup>29</sup> schon darauf aufmerksam gemacht, dass »niemand je ernstlich angenommen hat, dass es sich dabei überhaupt um eine Hypothek, um eine griechische nicht mehr als um eine römische, handle«. Wenn indessen dieser Forscher, wie schon früher Jourdan<sup>30</sup>, geneigt ist, hier eine Verwendung des fraglichen Ausdrucks im bildlichen Sinne zu sehen, so ist das insofern unzutreffend, als der Ausdruck eine ganz andere Bedeutung hat, nämlich »consilia«, »praecepta«<sup>31</sup>, von der auch die griechischen Lexika Bescheid wissen<sup>32</sup>.

In dem Briefe ad fam. 13. 56 ist dagegen von einer technischen *ὑποθήκη* die Rede, nicht aber von einer römischen. Zwar ist der Gläubiger ein Römer — Cluvius Puteolanus, der reiche Bankier, Cicero's Freund. Der Pfandschuldner dagegen ist in Alabanda, einer Stadt in Karien, wohnhaft, und es ist teils aus diesem Grunde<sup>33</sup>, teils wohl auch mit Rücksicht auf die Wirkungen des Pfandvertrags<sup>33 34</sup> (Verfallspfand!<sup>35</sup>), offenbar<sup>36</sup>, dass

römische Rechtssprache noch nicht aufgenommen war. Dagegen Pappulias 354 mit Hinweis auf den Geschmack Ciceros für das Hellenisieren.

<sup>28</sup> Vgl. oben zu A. 15 f.

<sup>29</sup> In seiner Besprechung von Manigk, *Pfandrecht*, Z. Sav. St. 25, 451; vgl. auch Herzen 181 A. 3.

<sup>30</sup> S. 168 f.

<sup>31</sup> So auch Boot in seiner Ausgabe (2. Aufl. 1886); Tyrrell 1, 2. Aufl. S. 302 b. denkt wegen des quasi an das didaktische Gedicht *Χείρωνος ὑποθήκαι* (auch dem Hesiod zugeschrieben). Wenn der Ausdruck in unserem Briefe im bildlichen Sinne verwendet ist, so ist die beabsichtigte Bedeutung doch jedenfalls nicht Pfand.

<sup>32</sup> S. z. B. Liddell-Scott, wo s. v. *ὑποθήκη* unter I die Übersetzung »a suggestion, counsel, warning« etc. gegeben wird; erst unter II die von »a pledge, deposit, a mortgage«, und zwar mit weniger Belegen als zu I. — Ich verdanke diesen Gesichtspunkt einer gütigen Mitteilung des Herrn Professor O. A. Danielsson.

<sup>33</sup> So Herzen, Z. Sav. St. 25, 451 f.

<sup>34</sup> Mit *committi* könne nur Verfall zu Eigentum gemeint sein. Hitzig 84.

<sup>35</sup> Zu der Frage, ob das griechische Pfand zur Zeit Cicero's Verfallspfand war, vgl. oben Einleitung A. 5.

<sup>36</sup> Salmacijs 595, Beauchet 3, 270, Girard, 768 A. 1. Vgl. Ferrini, *Pand.* 514 A. 2; Dernburg 1. 67 A. 9 legt auf die Stelle kein besonderes Gewicht; ähnlich Jourdan 169 f.

es sich um griechisches Recht handelt. Auch sei darauf hingewiesen, dass der Brief (Ende 51 oder Anfang 50) in Tarsos von Cicero als Prokonsul in Cilicien geschrieben ist<sup>37</sup>.

In nachklassischer Zeit dagegen findet sich das Wort *hypotheca* in der nichtjuristischen Latinität, obwohl vor Justinian nur an einer einzigen Stelle, beim heiligen Ambrosius<sup>38</sup>, die auch deshalb interessant ist, weil sie die einzige ist, wo *fiducia* und *hypotheca* nebeneinander vorkommen<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Vgl. Koerner-Schmidt in Mendelsohn's Ed. 452.

<sup>38</sup> Ambrosius, De Tobia 12. 40: »Quid enim taetrius eo qui hodie faenerat et cras expetit? et odibilis inquit homo huiusmodi. oblatio quidem blanda, sed inmanis exactio. verum ipsa oblationis humanitas facit exactionis saevitiam. protulit pecuniam, *hypothecas* exigit atque in suis apothecis recondit. una pecunia a faeneratoribus datur et quam multa a debitoribus exiguntur! quanta sibi fecerunt vocabula! nummus datur, faenus appellatur: sors dicitur, caput vocatur: aes alienum scribitur, multorum hoc capitum inmane prodigium numerosam exactionem efficit: sygrapham nuncupat, chirographum nominat, *hypothecas* flagitat: pignus usurpat, fiducias vocat: obligationem adseret, usuras praedicat, centesimas laudat.»

<sup>39</sup> Vgl. hierzu allerdings Isidorus, Orig. 5. 25, 23—24 (Bruns 2, 82): *Fiducia est, cum res aliqua sumendae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur. Hypotheca est, cum res commodatur sine depositione pignoris, pactione vel cautione sola interveniente.*

### § 3.

#### Die vorjustinianische direkt überlieferte Jurisprudenz.

Erwies sich die nichtjuristische Literatur als eine gute Bestätigung meiner Behauptung, so treten auch die direkt überlieferten vorjustinianischen Rechtsquellen aus der klassischen Zeit mit ihrer grossen Autorität als das zwar leider nicht vollständigste, aber glaubwürdigste Erkenntnismittel, das wir von dem klassischen Recht überhaupt besitzen, für dieselbe ein. Während *pignus* und *fiducia* in einer Reihe Stellen aus der überlieferten Literatur und in einer nicht unbedeutlichen Anzahl Gesetze und Urkunden erwähnt sind, findet sich das Wort *hypotheca* weder in einem einzigen Fragment aus der Literatur, noch in einer einzigen Urkunde<sup>1</sup>.

Ich glaube diesem Umstand ein grosses Gewicht beilegen zu dürfen. Wenn das Wort in der Kompilation echt wäre, und folglich in den darin enthaltenen Auszügen der klassischen Juristenschriften 119 mal<sup>2</sup> und in den klassischen Konstitutionen des Codex 22 mal<sup>3</sup> vorkäme, müsste es in der klassischen Zeit recht geläufig gewesen sein. Es wäre dann ein seltener Zufall, dass dies Wort in keiner direkten Überlieferung bewahrt ist.

Das für die pfandrechtliche Forschung Wichtigste, was wir aus der klassischen Zeit direkt überliefert haben, sind die *Sententiae* des Paulus, die eine Reihe Fragmente aus der Zeit bieten, wo das klassische Pfandrecht voll entwickelt gewesen sein muss. Das Fehlen des Wortes *hypotheca* muss hier besonders auffallen<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> Dies wird von dem Index zum Vocab. für die daselbst exzerpierten Schriften bestätigt. Im C. I. L. ist das Wort — nach Mitteilung von Herrn Frey an der Hand des Thesaurusmaterials — auch nicht zu finden. Auch nicht in der *Collectio* oder bei Bruns, Huschke oder Riccobono-Baviera.

<sup>2</sup> Index. — *Hypothecarius* ist immer einberechnet.

<sup>3</sup> Vgl. Beilage.

<sup>4</sup> So Manigk 123.



sowie die Tatsache, dass sich die fiducia als durchaus praktisches Institut erweist, ganz zum Pfandinstitut gleich dem pignus herangereift<sup>5</sup>. Diese Gleichwertigkeit erhält einen schlagenden Ausdruck, indem die beiden Termini öfters zusammen erscheinen und so direkt den gleichen Regeln unterworfen werden.

Paul. sent. 1. 9. 8.

Minor adversus distractiones eorum *pignorum et fiduciarum* quas pater obligaverit, si non ita ut oportuit a creditore distractae sint, restitui in integrum potest.

Ibid. 2. 4, Titel:

De commodato et deposito *pignore fiduciave*.

Ibid. 2. 13.

§ 1. Debitor distractis *fiduciis* a creditore de superfluo adversus eum habet actionem.

§ 1 b. Cum creditor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus *rei* sibi *pigneratae* ad modum legitimum usuras retinere.

§ 2. Quidquid creditor per *fiduciarium* servum quaesivit, sortem debiti minuit.

§ 3. Debitor creditori vendere *fiduciam* non potest: sed alii si velit vendere potest, ita ut ex pretio eiusdem pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam sibi rem emptori praestet.

§ 4. Si per suppositam personam creditor *pignus* suum invito debitore comparaverit, emptio non videtur et ideo quandoque lui potest: ex hoc enim causa *pignoris vel fiduciae* finiri non potest.

§ 5. Si inter creditorem et debitorem convenerit ut *fiduciam* sibi vendere non liceat, non solvente debitore creditor denunciare ei sollemniter potest et distrahere: nec enim in tali conventionem *fiduciae* actio nasci potest.

§ 6. Si creditor rem *fiduciae* datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio *fiduciae* competit.

§ 7. Si creditor rem *fiduciarium* fecit meliorem, ob ea recuperanda quae impendit *iudicio fiduciae* debitorem habebit obnoxium.

<sup>5</sup> Vgl. Manigk, Fiducia; zusammenfassend S. 2308.

§ 8. Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in *pignore* potior sit.

Ibid. 2. 17. 15. (Consult. 6. 8.).

Heredibus debitoris adversus creditorem, qui *pignora vel fiducias* distraxit, nulla actio datur.

Ibid. 3. 6. 16.

Rem legatam testator si postea *pignori vel fiduciae* dederit ex eo voluntatem mutasse non videtur.

Ibid. 5. 1. 1.

Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur. idem nec *pignori* ab his aut *fiduciae dari* possunt: ex quo facto sciens creditor deportatur. operae tamen eorum locari possunt.

Ibid. 5. 26. 4.

Creditor chirographarius si sine iussu praesidis per vim debitoris sui *pignora*, cum non haberet *obligata*, ceperit, in legem Juliam de vi privata committit. *fiduciam* vero et *pignora* apud se deposita persequi et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur.

Immer wieder finden wir also die Zusammenstellung »pignus vel fiducia« und dergleichen. Noch so spät wie im Codex Theodosianus wiederholt dieser beinahe formelhaft gewordene Ausdruck:

C. Th. 15. 14. 9. (a. 395).

. . . . *pignoris adque fiduciae* obligatio perseveret . . .

Von einer Tautologie kann jedoch nicht die Rede sein, da trotz aller Ähnlichkeit Verschiedenheiten immer bestehen geblieben sind<sup>6</sup>.

An einer Reihe Stellen der direkten Überlieferung finden sich pfandrechtliche Erwähnungen mit Verwendung entweder des Wortes pignus oder des Wortes fiducia. So heisst es, was zunächst die fiducia betrifft, bei Paulus:

Sent. 3. 6. 69:

Servis DO LEGO legatis ancillae quoque debebuntur: non item servi legatis ancillis: sed ancillarum appellatione tam vir-

<sup>6</sup> Vgl. die Darstellung bei Manigk, Fiducia.



gines quam servorum pueri continentur: his scilicet exceptis, qui *fiduciae* dati sunt.

Auch Gaius erwähnt an mehreren Stellen die Pfand-fiducia:

Inst. 2. 59:

Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. nam qui rem alicui *fiduciae causa mancipio dedit* vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etiam soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.

§ 60: Sed *fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure*, aut cum amico, quo totius nostrae res apud eum sint; et siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit ususreceptio; si vero *cum creditore*, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit.

Ibid. 2. 220:

Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit: nulla enim alia res, quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum, sed ex senatusconsulto confirmabitur. aliquo tamen casu etiam alienam rem [per] praeceptionem legari posse fatentur; veluti si quis eam rem legaverit quam *creditori fiduciae causa mancipio dedit*; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is cui ita legatum sit.

Ibid. 3. 201:

Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit, nihil pro herede usucapi posse. item debitor rem quam *fiduciae causa creditori mancipaverit aut in*

*iure cesserit*, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

Ibid. 4. 33:

Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam DARI NOBIS OPORTERE intendimus; nec ullam adiungimus conditionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. eiusdem naturae sunt actiones commodati, *fiduciae*, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.

Ibid. 4. 62:

Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, *fiduciae*, pro socio, tutelae, rei uxoriae, [commodati, pignerticium, familiae erciscundae, communi dividundo].

Ibid. 4. 182:

Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, *fiduciae*, tutelae, mandati, depositi . . . . . Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit; sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratio aut cognitio nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur.

Ferner ist hier zu bemerken

Collatio 10. 2. 2. (Modestinus l. diff. 2. [sub. tit.] de deposito vel commodato)<sup>7</sup>.

Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur: sic enim et in *fiduciae iudicium* et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit.

Fragmenta Vaticana 18 (a. 255)<sup>8</sup>.

. . . secundum ius in facinorosos — — emptores inquietari, sed *actione fiduciae* — —

<sup>7</sup> Collectio 3, 169, Baviera 490.

<sup>8</sup> Collectio 3, 23, Baviera 402.

Ibid. 94 (Paulus l. 7 resp.)<sup>9</sup>.

[Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente *ex causa*] *fiduciae* ablatus est; quaero, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione submovenda sit; ait enim, se propterea non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non extitit. Paulus respondit: pro praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse; quae tamen officio iudicis rei uxoriae continetur. Poterit mulieri prodesse hoc, quod ait, se patri heredem non extitisse, si conveniretur; amplius autem et consequi eam pretium fundi evicti, evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat.

Ibid. 252 a (Papin. l. 12. resp.)<sup>10</sup>.

. . . . factam praedio neque mancipato . . . . habuisse. Respondi, nec fideicommiss . . . . in aede sacra aeditu . . . litteris post mortem suam . . . . post mortem suam . . . redditam . . . . rationem . . . . vit, quod *ne fiduciae daretur* . . . . num accepit, perveniret qui . . . .

Valerii Probi de iuris not. 5. 13<sup>11</sup>.

F. C. fraudare creditores vel *fiduciae causa* vel fideicommissum.

Pignus allein oder nur das pfandrechtliche obligare ist an folgenden Stellen zu beobachten:

Gaius Inst. 2. 64:

Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator . . . est, item creditor *pignus* ex pactione, quamvis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur *pignus* alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori *pignus* vendere, si pecunia non solvatur.

Ibid. 3. 200:

Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem quam creditori *pignori* dedit subtraxerit, vel si bonae fidei possessori rem meam possidenti subripue-

<sup>9</sup> Collectio 3, 48, Baviera 421.

<sup>10</sup> Collectio 3, 79, Baviera 445.

<sup>11</sup> Collectio 2, 145, Baviera 369, Huschke 1, 88.

rim. unde placuit eum, qui servum suum quem alius bona fide possidebat ad se reversum celaverit, furtum committere.

Ibid. 3. 204:

Unde constat creditorem de *pignore* subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subripuerit, nihilo minus creditori competat actio furti.

Ibid. 4. 12, 26—32: pignoris capio.

Ibid. 4. 147:

Interdictum quoque quod appellatur Salvianum adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi *pignori* futuras pepigisset.

Paul. Sent. 2. 5. 1:

Creditor si simpliciter sibi *pignus* depositum distrahere velit, ter ante denunciare debitori suo debet, ut *pignus* luat, ne a se distrahatur.

§ 2. Fetus vel partus eius rei quae *pignori* data est *pignoris* iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.

Ibid. 2. 14. 5:

Si quis *pignora* debitoris citra auctoritatem iudicantis abduxerit, violentiae crimen admittit.

Ibid. 2. 31. 19:

Rem *pignori* datam debitor creditori subtrahendo furtum facit: quam si et ipse similiter amiserit, suo nomine persequi potest.

Ibid. 4. 12. 6:

Debitor creditorve servum *pignoris* vinciendo dediticium facere non possunt: alter enim sine altero causam *pignoris* detriorem facere non potest.

Ibid. 5. 5 a, 4: pignoris capio.

Fragmenta Vaticana 9<sup>12</sup>.

Creditor a debitore *pignus* recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usu-

<sup>12</sup> Collectio 3, 21, Baviera 401.

rarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.

Papiniani resp. fragm. Berol. et Paris. 8.<sup>13</sup>

Curatores adulescentis mutui periculi gratia cautionem invicem sibi praebuerunt et in eam rem *pignora* dederunt. cum officio depositi solvendo fuissent, irritam cautionem esse factam et *pignoris* vinculum solutum apparuit.

Ulpiani disp. fragm. Argent. 3—9<sup>14</sup>.

*pignoris* dandi in Italia contractus est, sed si *pignus* in Italia contractum est, hoc est conventio de *pignore*: . . . . .  
Si in Italia *pignus* datum est convenit tamen, ut in provincia solvatur, puto nomine eius exceptionem locum habere: sed in provincia datum si convenerit, ut in Italia solvatur, magis Italicum *pignus* videbitur. Unde si renovata pactione licet in provincia heres redemerit, cessare exceptionem placet: e contrario si redemerit, exceptionem locum habituram. Nam si Romae *pignus* acceptum sit, in provincia eadem res . . . . exceptio ei prosit: et quod attinet ad formulae conceptionem, proderit, quia extraneus possessor est. Sed si ipse qui *pigneravit* rem distractam redemit, tunc quaeri potest, an exceptione, quasi extraneus is uti possit, et magis est non ei prodesse exceptionem, licet in factum formula concepta sit, ut supra ostendimus.

Fragm. Dositheanum 16<sup>15</sup>.

Servum *pignori* datum civem Romanum facere debitor non potest, nisi si forte solvendo non sit: obstat enim libertati lex Aelia Sentia, quae vetat servum fraudandorum creditorum causa manumissum civem Romanum fieri. sed Latinum . . . .

Fragm. de iure fisci 1. 5<sup>16</sup>.

Bona eorum qui cum fisco contrahunt — — e vacuaria velut *pignoris iure* fisco obligantur, non solum ea quae habent, sed et ea quae postea habituri sunt.

<sup>13</sup> Collectio 3, 288, Baviera 354.

<sup>14</sup> Huschke 1, 497 ff., Baviera 682.

<sup>15</sup> Collectio 2, 156, Baviera 514.

<sup>16</sup> Collectio 2, 163, Baviera 524 f.

Schliesslich sind hier zu erwähnen die erhaltenen Gesetze und Urkunden, wo pfandrechtliche Fragen erörtert worden sind. Von der fiducia ist an den folgenden Stellen die Rede:

Lex tabulae Heracleensis, dicta Julia municipalis, 111.<sup>17</sup>

queive *iudicio fiduciae*, pro socio, tutelae mandatei, iniuriarum deve dolo malo condemnatus est erit.

Hierher gehört anscheinend auch die s. g. lex ad exemplum legis Mancianae data 4. 8—9<sup>18</sup>.

ritu . . . *fiducieve* data sunt dabuntur . . . . uius *fiduciae* lege Manciana servabitur . . . .

Ferner auch die formula Baetica<sup>19</sup>

»Dama L. Titi ser(vus) fundum Baianum, qui est in agro, qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusq(ue) esset H S n(ummo) I (uno) et hominem Midam H S n(ummo) I *fidi fiduciae causa mancipio accepit* ab L. Baiano libripende — antest(ato) —. Adfines fundo dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet.

Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi ser(vum) et L. Baianum: quam pecuniam L. [Titius L.] Baian[i]o dedit dederit credidit crediderit, expensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit spopondit [spoponderit] fideve quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus *eaque mancipia fiducia[e] essent*, donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua quaque die L. Titio h(eredi)ve eius data soluta non esset tum uti eum fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is vellet L. Titius h(eres)ve eius vellet, ubi et quo die vellet pecunia praesenti venderet. Mancipio pluris H S n(ummo) I invitus ne daret neve satis secundum mancipium daret, neve ut in ea verba quae in verba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neve simplam neve [duplam] . . . .»

<sup>17</sup> Bruns 1, 108, Riccobono 116; vgl. auch die Ergänzungen zum Fragm. Atestinum (Bruns 1, 101, Riccobono 141).

<sup>18</sup> Riccobono 356.

<sup>19</sup> Bruns 1, 334.



und die pompejanischen Geschäftsurkunden<sup>20</sup>.

- A. Poppaea Prisci liberta Note iuravit pueros Simplicem et Petrinum, sive ea mancipia aliis nominib[us] sunt, sua esse seque possidere, neque ea mancipia . . . ali ulli *obligata* esse neque sibi cum ulo com[munia] esse, eaque mancipia singula sestertis nu[mmis sin-] gulis Dicia Margaris emit ob seste[rtios . . . et] mancipio accepit de Poppea Prisc[i liberta Note] tutore auctore A. Caprasio A. . . . .
- Libripende in singula P. C. . . . . [an-] testata est in singula . . . . .
- Poppea Prisci lib [erta Note] . . . . .
- uti ea manc[ipia] . . . . .<sup>21</sup>

Von *pignus* handelt wohl diese eben zitierte Urkunde Z. 4 (*obligata*); darum handelt es sich auch im Testamentum Dasumi Tusci Z. 94<sup>22</sup>:

. . . . . vendant, *pignore* dent, cedant, condonen[t . . .

sowie in einer Urne von hohem Alter, wo die Inschrift folgendermassen lautet<sup>23</sup>:

M. Aurelius Romanus et Antistia Chresime uxor eius fecerunt sibi et liberis suis posterisque eorum item libertis libertabusque posterisque eorum monumentum cum aedificio superposito. Hoc autem monumentum cum aedificio neque veniet neque donabitur neque *pignori obligabitur* sed nec ullo modo alienabitur ne de nomine exeat familiae suae.

Nur das Wort *hypotheca* findet sich nirgends.

Die nachklassische direkte Überlieferung ist auf dem pfandrechtlichen Gebiete sehr spärlich; ausser der bereits angeführten Stelle zu *fiducia* ist meistens nur *pignus* erwähnt<sup>24</sup>. Wie aber

<sup>20</sup> Bruns I, 332 f.

<sup>21</sup> Vgl. auch B. (Bruns, I, 333.)

<sup>22</sup> Bruns I, 307.

<sup>23</sup> Corpus inscriptionum lat. 6, 2 p. 1598 no. 13203. — Von *pignoris capio* ist in der lex Ursoniensis tab. III col. 1 (Bruns I, 129, Riccobono 149) sowie in der lex metalli Vipacensis 15 (Riccobono 368) und im C. I. L. 5, 1 p. 848 no. 3823, II, 2 die Rede.

<sup>24</sup> So Codex Hermogenianus (Lex Rom. Burg. 14. 1—3, Collect. 3, 244), C. Th. 2. 30, 3. 2. 1, 3. 30. 1, 6. 4. 13.

die *fiducia* in dieser Zeit allmählich verschwindet, so taucht jetzt das Wort *hypotheca* auf. Zwar kommt es m. W. nur ein einziges Mal in der direkt überlieferten vorjustinianischen Jurisprudenz vor, in einer Konstitution vom Jahre 424.

C. Th. 4. 14. 1.

. . . . . qui *pignus vel hypothecam* non a suo debitore sed ab alio possidente nititur vindicare . . . .

Doch findet man es auch in der Kompilation an Stellen aus der Zeit kurz vor Justinian, betreffs deren ich keinen Grund sehe anzunehmen, sie seien unecht<sup>25</sup>. War also die Rezeption des neuen Wortes in der klassischen Zeit auch bei den Juristen nicht zu vermuten, so scheint sie andererseits vor Justinian vollzogen zu sein. Es konnte übrigens wohl nicht anders sein, seitdem die Verfasser der lateinischen Konstitutionen Griechen waren.

<sup>25</sup> C. 7. 39. 7. pr. 1, 2, 4, 4 a, 5 a.

## § 4.

## Die justinianischen Konstitutionen.

Neben der echten Überlieferung aus der klassischen Zeit bieten die justinianischen Konstitutionen und diejenigen Teile der Institutionen Justinians, die offenbar Zusätze von Seiten seiner Mitarbeiter sind, das wertvollste Mittel zur Wiederherstellung des klassischen Rechts. Es könnte dies wie ein Paradoxon klingen; es ist aber aus guten Gründen einer der unbestrittensten Grundsätze der Interpolationsforschung, dass ein in den echten juristischen oder nichtjuristischen Schriften der klassischen Zeit nicht vorkommendes Wort, wenn es zugleich in dem unverfälschten Kompilatorenlatein gebräuchlich ist, einen guten Interpolationsbeweis bietet<sup>1</sup>. Die Stärke dieses Beweises hängt im einzelnen Falle — bei festgestelltem Fehlen des Wortes in der Latinität der klassischen Zeit — eigentlich von der Häufigkeit des Wortes in den justinianischen Konstitutionen ab. Je häufiger es hier vorkommt, desto stärker ist der Interpolationsbeweis. Bezüglich eines bei Justinian besonders üblichen Wortes könnte man geneigt sein, diesen Beweis als genügend zu erachten. Doch ist es klar, dass eine eingehende Prüfung der klassischen Stellen der Kompilation, wo das verdächtige Wort vorkommt, vonnöten ist.

Wer von der mit Sicherheit klassischen, pfandrechtlichen Terminologie an das Studium der mit Sicherheit justinianischen herangeht, ihm fällt der Unterschied scharf in die Augen. Dort *pignus vel fiducia*, hier *pignus vel hypotheca*. Letzteres Wort kommt sogar gegen  $2\frac{1}{2}$  mal öfter als *pignus* vor<sup>2</sup>. Und wie

<sup>1</sup> Eisele dürfte der erste sein, der diese Methode befolgt hat. Vgl. auch Gradenwitz 43, H. Appleton 69. — Es gibt bekanntlich eine ganze Reihe derartiger Wörter. S. die Untersuchungen von Gradenwitz 45 — 102, Kalb 68 — 82, sowie die Zusammenstellungen von H. Appleton 69 — 127.

<sup>2</sup> *Hypotheca* findet sich etwa 110 mal, *pignus* (incl. *pigneraticius*, *pigneratio*, *pignerare*) etwa 45 mal. Longo. Bezeichnend sind C.

*pignus* — im Gegensatz zum klassischen Sprachgebrauch — nur ausnahmsweise den allgemeinen Sinn<sup>3</sup> und, soweit ersichtlich, nie die Bedeutung von Vertragspfand hat, so bedeutet *hypotheca* in den weitaus meisten Fällen besitzloses Pfand. Nur in C. 8. 21. 2. pr., wo vom *duplex genus hypothecarum* die Rede ist, wird ihr der weitere Sinn beigelegt<sup>4</sup>; in einigen Fällen findet man die Bedeutung Verpfändung<sup>5</sup>. Das ist also die pfandrechtliche Terminologie der Kompilatoren: *pignus* wird für Besitzpfand, *hypotheca* für Hypothek verwendet.

5. 13. 1., wo *hyp.* in 2 §§ (1. b — d und 15) 9 mal, und Nov. 112 Cap. 1, in dessen letzten 5 Sätzen es 5 mal vorkommt.

Demnach erweist sich die Behauptung Manigk's 105 (»Es lässt sich durchaus nicht feststellen, dass die Kompilatoren eine besondere Neigung zu dem fremden Ausdruck gehabt haben müssten. Selbst in den justinianischen Konstitutionen treffen wir das Wort verhältnismässig selten. *Pignus* ist immer noch beliebter.«) als falsch. Schlagend ist auch sein Quellenbeleg nicht: »Vgl. etwa von C. 8. 13 ab«. Eine Übersicht der in Frage kommenden Stellen C. 8. 13 — 8. 34 ergibt vielmehr folgendes: 8. 13. 27: *hyp.* 2 mal, *pignus* keinmal; 8. 14. 7 weder h. noch p.; 8. 16. 9.: 4 h., kein p.; 8. 17. 12.: 6 h., kein p.; 8. 21. 1.: endlich 1 p.; 8. 21. 2.: 2 h., 3 p.; 8. 25. 11: 3 h., 2 p.; 8. 33. 3.: 10. p.

Wenn Manigk 98 behauptet, das Wort komme nur in 4 Konstitutionen Justinian's aus der Zeit 528—531 vor, übersieht er etwa dreissig. Die interessantesten Stellen sind in diesem § angeführt. Zwecks Vollständigkeit s. Longo.

Manigk 85 bestreitet auch aus dem Grund die Vorliebe der Kompilatoren für das Wort *hyp.*, weil sie da, wo sie sicher interpoliert haben, fast niemals *hyp.* setzten, sondern *pignus*, nämlich dort, wo sie dem Worte *fiducia* begegneten. Auf die Interpolationsfrage komme ich unten §§ 5—9 zurück; hier bemerke ich nur vorläufig, dass *fiducia* Besitzpfand war, was die Kompilatoren mit *hypotheca* nicht wiedergeben wollten. Die sichersten dieser Interpolationen befinden sich ja — obwohl Manigk 86 f., *Fiducia* 2310 mit Recht darauf hingewiesen hat, dass nicht jedes *pignus* in Ulp. 1. 30 ad. ed. et rel. zu *fiducia* geändert werden darf (hierzu vergl. Lenel E. P. 282 A. 9.) — eben im Titel D. 13. 7. vom Faustpfand, nur wenig sichere in D. 20. von der Hypothek.

<sup>3</sup> So nur C. 8. 25. 11. 1.

<sup>4</sup> Vgl. Manigk 20. — Etwa in C. 8. 25. 11. 2 die ähnliche Bedeutung finden zu wollen, könnte mit der sonst üblen Übereinstimmung mit der Frage im principium *ibid.* begründet werden; diese wird wohl aber eher der mangelnden Schärfe Justinians zuzuschreiben sein.

<sup>5</sup> So 2. 44. 3, 6. 43. 3. 3. (auch unter 3 a), 6. 61. 6. 2, 6. 61. 8. 5.

Die schon als auffallender Gegensatz zu *pignus vel fiducia* bezeichnete Zusammenstellung *pignus vel hypotheca* findet sich in sieben Konstitutionen<sup>6</sup>. Auch mag hier auf die Energie hingewiesen werden, womit diese Verbindung in den sämtlichen 6 Titeln des 20. Buches der Digesten angebracht worden ist<sup>7</sup>. Was diese Zusammenstellung betrifft, kann den Kompilatoren der Vorwurf nicht gemacht werden, sie drückten sich dabei tautologisch aus, denn das Wort *pignus* hatte, wie wir sahen, bei ihnen eine engere Bedeutung angenommen und wurde regelmässig nur vom Faustpfand angewendet, wie *hypotheca* vom Vertragspfand. »*Pignus vel hypotheca*» war also für sie soviel wie »Besitz- oder Vertragspfand«. Ich bemerke schon jetzt, dass gegen einen Klassiker, der den Doppelausdruck anwendete, der Vorwurf berechtigt gewesen wäre; für ihn war nämlich *pignus* soviel wie Pfand, regelmässig sowohl vom Faustpfand als vom Vertragspfand gebräuchlich.

Für die Stellung der Kompilatoren zu der »*hypotheca*» ist auch der griechische Sprachgebrauch lehrreich. Nach dem Ergebnis der Papyri wurden nämlich im Griechischen *ἐνέχυρον* und *ὑποθήκη* regelmässig<sup>8</sup> für Besitzpfand resp. Hypothek benützt. Zudem zeigen die Basiliken, dass *pignus* im späteren Griechischen mit *ὑποθήκη* wiedergegeben werden musste, wenn es sich um Vertragspfand handelte, und bestätigen deshalb die Vermutung, dass die Griechen auch in ihrem Latein das ihnen klare Wort lieb haben konnten<sup>9</sup>. Besonders in Bas. 25. 2—8, in der Wiedergabe von D. 20, kommt *ἐνέχυρον* nur ausnahmsweise vor, während es in der Bearbeitung von D. 13. 7<sup>10</sup> prinzipiell benützt wird. Vgl. z. B.:

<sup>6</sup> C. 1. 2. 21 pr., 4. 27. 3 pr § 1, 4. 51. 7, 6. 43. 3. 2 a, 6. 61. 8. 5. (auch 5 a), 8. 21. 2. 1, 8. 25. 11 pr. Besonders 6. 61. 8. 5. bietet ein Musterbeispiel für die justinianische Terminologie.

<sup>7</sup> Damit ist zusammenzustellen der Titel Paul. sent. 2. 4: »de com-  
modato et deposito pignore fiduciave».

<sup>8</sup> Kleinere Schwankungen sind doch — wie auch bei den Kompilatoren der Fall war — vorhanden. Insbesondere wird *ἐνέχυρον*, wie Manigk, Z. Sav. St. 30, 302, gezeigt hat, sowohl für Pfand überhaupt wie für die Hypothek gebraucht. Die von Manigk a. a. O. angeführten Stellen dürften jedoch die Gleichstellung des *ἐνέχυρον* mit dem klassisch-römischen *pignus* nicht beweisen, wie dieser Forscher meint.

<sup>9</sup> Vgl. auch den häufigen Gebrauch von *ὑποθήκη* bei Theophilus zu J. 2. 6. 1. (Auszg. Ferrini, Berlin 1884—97, S. 143).

<sup>10</sup> Bas. 25. 1.

Bas. 25. 2. 1. 1.

Τῇ γενικῇ ὑποθήκῃ καὶ τὰ ἐπικτώμενα ὑπάγονται. εἰ δὲ ἰδικῶς ἀλλότριον πράγμα μὴ κεραιωσθημένον μοι ὑπόθωμαί σοι γινώσκοντι, καὶ ἐπικτήσωμαι αὐτό, οὐκ εὐχερῶς ἔχεις ἐπ' αὐτῷ περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγὴν, ἀλλὰ νεμόμενος παρακάτῃσιν.

Pap. D. 20. 1. 1. pr.

Conventio generalis in *pignore* dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventionem, si non fuit ei qui *pignus* dabat debita, postea debitori dominio quaesito difficilior creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilius erit possidenti retentio.

Bas. 25. 2. 6.

Τῆς γενικῆς ὑποθήκης...

Ulp. D. 20. 1. 6.

Obligacione generali rerum, ...

Die Kompilatoren waren also nicht bloss in ihrem Kanzleilatein, sondern auch als Griechen an eine Terminologie gewohnt, die Besitz- und Vertragspfand durch verschiedene Wörter unterschied, und bei der kein Wort, wie das klassische »*pignus*», den allgemeinen Begriff wiedergab<sup>11</sup>. Für sie, die auch des streng logischen Formsinnens der Römer entbehrten, musste diese Terminologie der römischen<sup>12</sup> unendlich überlegen erscheinen, wenn wirklich diese — nach Streichung der *fiducia* — nur das einzige Wort *pignus* besass.

Das justinianische Werk musste mit dem ihnen unentbehrlichen Terminus bereichert werden<sup>13</sup>. Griechische Eleganz musste über römische Schwerfälligkeit siegen.

<sup>11</sup> Vgl. doch oben A. 8 die Ansicht Manigk's.

<sup>12</sup> Dieser ist Kap. 2 unten gewidmet.

<sup>13</sup> A. M. Manigk 105 und 85. Dagegen oben A. 2.



## § 5.

Einleitende Bemerkungen zum Vorkommen des Wortes  
hypotheca in der Kompilation.

Der Blick auf die echte vorjustinianische Literatur hat ergeben, dass die klassischen Juristen das Wort hypotheca wahrscheinlich nicht kannten, und die justinianischen Konstitutionen lehrten, dass, wenn dem so war, die Kompilatoren es einzumengen wahrscheinlich geneigt gewesen wären. Es erübrigt zu untersuchen, ob das häufige Erscheinen des Wortes in der Kompilation die Annahme der Interpolation ausschliesst, oder ob etwa das Erscheinen derart ist, dass es diese Annahme bestätigt. Da das Wort ausser in den Titeln gegen hundertfünzigmal vorkommt, würde es sich offenbar um eine mit grösster Energie durchgeführte Interpolation handeln.

Schon das äussere Auftreten des umstrittenen Wortes ist geeignet Verdacht zu erwecken. So kommt es in den Institutionen an sieben Stellen vor. Von diesen sind fünf aus handgreiflichen Gründen als justinianische Zusätze zu bezeichnen<sup>1</sup>, während pignus nur einmal in einem solchen, und zwar im direkten Anschluss an die Vorlage, vorkommt<sup>2</sup>.

Betreffs der Digesten hätte man erwartet, dass der Ausdruck bei den jüngeren Juristen öfter zu finden wäre als bei den älteren. Statt dessen findet sich das Wort bei jedem Juristen, der mit mehr als fünfzehn pfandrechtlichen Fragmenten vertreten ist, und zwar (mit zwei Ausnahmen) in einem beinahe konstanten

<sup>1</sup> Sie sind auch von Longo und P. Krüger als solche vermerkt (J. 2. 6. 14; 2. 8. pr.; 2. 20. 2; 4. 6. 29; 4. 11. 4.) Die beiden nicht aus *handgreiflichen* Gründen von Justinian stammenden sind J. 4. 6. 7. und 4. 6. 31., wozu unten § 6.

<sup>2</sup> J. 2. 8. 1. Die übrigen pfandrechtlichen Stellen aus den Institutionen sind, ausser denen zu hypotheca (A. 1.), soviel ich sehe, folgende: J. 1. 24. 3 (p. c.); 2. 1. 8 (obligare); 2. 1. 41; 2. 20. 5; 2. 20. 12; 3. 14. 4; 3. 19. 20; 3. 27. 2; 4. 1. 6; 4. 1. 10; 4. 1. 14 (16); 4. 2. 2; 4. 6. 28; 4. 15. 3.

Verhältnis. Verhältnismässig am stärksten mit dem fremden Wort versorgt ist Papinian (bei dem das Wort in einer auf je sieben Stellen vorkommt<sup>3</sup>), am schwächsten Pomponius (eine auf neunzehn) und Paulus (eine auf achtzehn<sup>4</sup>). Dem Umstand, dass das Wort bei den Juristen vor Julian fehlt, kann kein Gewicht beigelegt werden, denn von den Juristen aus dieser Zeit sind äusserst wenige Fragmente überliefert<sup>5</sup>, und auch den späteren Juristen, die gleich spärlich vertreten sind, fehlt das Wort<sup>6</sup>. Die Verwendung des Wortes bei den Digesten-Juristen zeigt also eine erstaunliche Gleichmässigkeit. Bei den jüngsten ist es verhältnismässig eben so selten wie bei den älteren<sup>7</sup>. Zudem ist das

<sup>3</sup> Betreffs dieser Berechnungen, die auf mathematische Genauigkeit natürlich keinen Anspruch machen, verweise ich für die Digesten-Juristen auf die Quellensammlungen Manigk's, wobei noch zu ergänzen: **Sabinus** (Manigk 25): D. 13. 7. 4; 47. 2. 12. 2; 47. 2. 20 pr.; 50. 17. 23 (dass diese Stellen z. T. wahrscheinlich wörtlich von Sabinus stammen, vgl. Jörs bei Pauly-Wissowa Art. Domitius Ulpianus S. 1442, Schulz, Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Kommentar, Halle 1906, S. 2, 67, 81 u. 95). **Scaevola** (M. 103): Fragment bei Lenel, Pal. 126 § 1 (D. 39. 5. 35. 1). **Gaius** (M. 94): Fr. 506 § 1. (D. 44. 7. 5. 1). **Ulpian** (M. 119 f.): Fr. 67 I. (D. 20. 4. 5.), 948 § 11 (D. 19. 2. 13. 11) 1444 III § 15 (D. 42. 6. 1. 15), 2512 II (D. 49. 15. 15). — Von »Nisi« an interpoliert. Pampaloni, Bull. dell' ist. 1905, 133. — 2731 (D. 50. 17. 23) 2774 IV. u. V. (D. 24. 1. 32. 5. u. 30. 57). **Paulus** (M. 122) Fr. 289 § 6 (D. 9. 4. 26. 6) 483 (D. 46. 2. 12) — Nach Lenel ist nämlich hier von der fiducia die Rede. 1398 pr. (D. 46. 3. 98 pr.) 1490 (D. 20. 4. 17) 1564 (D. 34. 1. 12). **Macer** (fehlt bei M. wie auch bei Pappulias 320 A. 15) Fr. 3 § 4 (D. 49. 1. 4. 4.), 6. § 2 (D. 2. 8. 15. 2), 12 (D. 42. 1. 63). — In Bezug auf die hierhergehörigen Konstitutionen des Codex verweise ich auf die Beilage. — Dass absolute Vollständigkeit erlangt sei, soll nicht behauptet sein, wohl aber, dass die erlangte Vollständigkeit hinreichend ist, um einen genügend sichern Schluss zu gestatten.

<sup>4</sup> Scaevola 1: 8, Ulpian 1: 12.

<sup>5</sup> Von Labeo nur drei direkte (einschliesslich der indirekten) pfandrechtliche Fragmente, von Javolen 4, von Celsus 2 (bezw. 4), Sabinus 1 (bezw. 5), von den übrigen nur je 1—2 indirekte.

<sup>6</sup> So African trotz 11 Fragmenten, Maecian, Florentin und Callistratus — je 1 —, Marcellus 5, Tryphonin 7, Macer 3 und noch Hermogenian trotz 5. Die Stellen sind bei Manigk leicht aufzufinden; vgl. jedoch dazu oben A. 3. — Die kleinste Fragmentenzahl, die den fremden Ausdruck mit sich gebracht hat, ist, wie gesagt, 16 (Modestin).

<sup>7</sup> Manigk 85, vgl. 105, meint, wer eine Interpolation des Wortes hypotheca annehmen wolle, habe gegen sich die Tatsache, dass dann »ge-

Wort in den im Codex enthaltenen Konstitutionen aus der klassischen Zeit bei den jüngern sogar seltener als bei den älteren. An den etwa 98 Stellen aus der Zeit vor J. 235 kommt es 12 mal vor, d. h. an einer auf je 8 Stellen<sup>8)</sup>; in den etwa 92 Verordnungen Diocletians kommt es dagegen nur 6 mal vor (= 1: 15). Diese Tatsachen sind historisch nicht zu erklären.

Es gibt aber in den Digesten zwei Ausnahmen von dem geschilderten Zustand. In den Libri ad formulam hypothecariam von Gaius und Marcian ist das neue Wort nicht mehr ein seltener Gast, sondern der Herr. In diesen dreissig Fragmenten kommt hypotheca dreimal öfter vor, als sonst in den ganzen Digesten: in dem Buch von Gaius neunzehnmahl, in dem von Marcian siebzigmahl — eine vollständige Revolution auf dem terminologischen Gebiete also. Ich enthalte mich aller Auslassungen über das Verhalten dieser Erscheinungen zum organischen Auswachsen der Terminologie und zum Konservatismus der Römer. Darauf aber mag aufmerksam gemacht werden, dass diese Neuerung von den beiden Juristen persönlich vollbracht sein muss, da die übrigen, sowie die Nichtjuristen, ihr, gelinde gesagt, »kritisch gegenüberstehen«<sup>9)</sup>, sowie auf die erstaunliche Tatsache, dass eben die beiden kühnen Neuerer in ihren übrigen, recht zahlreich überlieferten Schriften mit der alten pignus-Terminologie vorlieb nehmen — mit solcher Hartnäckigkeit, dass nur ein einziges Mal<sup>10)</sup> hypothecarius darin auftritt. War also bei den übrigen Juristen die seltene Verwendung des Wortes ein schwerer Verdachtsgrund, so ist die Häufigkeit desselben in diesen beiden Arbeiten ein ebenso schwerer.

Mancher, bei dem der Interpolationsverdacht entstanden ist, wird diesen mit einem blossen Gedanken an die beiden Titel<sup>11)</sup>

rade bei den jüngeren Juristen in stetig wachsendem Masse interpoliert worden wäre. Wenn er S. 109 als Beleg anführt, dass bei Papinian ein Steigen der Gebrauchsziffer zu beobachten sei, so wird dies durch das bei den sämtlichen späteren Juristen — abgesehen von Marcian — eingetretene Herabsinken der Ziffer entkräftet. Vgl. oben im Text sowie Anm. 4—6.

<sup>8)</sup> In der Zwischenzeit (235—284) 4: 42 = 1: 10. Vgl. Beilage. — Es ist noch zu bemerken, dass nur etwa 9 Stellen aus dem 2. Jahrh. stammen, und zwar aus seinem letzten Jahrzehnt. Die älteste Stelle, die das Wort *hypotheca* enthält, ist v. J. 297 (C. 8. 40. 2. 1).

<sup>9)</sup> Zu den Juristen so Manigk 98.

<sup>10)</sup> Gai. D. 16. 1. 13. 1.

<sup>11)</sup> Im Index Florentinus wird auch eine Schrift von Paulus namens *ὑποθηκαία μονόβιβλος* erwähnt, von der wir jedoch keine andere Nach-

»Ad formulam hypothecariam«<sup>12)</sup> erledigt haben. Es liegt indes auf der Hand, dass diese Titel genau so gut wie jedes andere Wort in den Digesten von Tribonian verändert sein können. Es hilft offenbar auch nicht, dass das Wort formula echt sein muss, weil sonst überall von den Kompilatoren gestrichen<sup>13)</sup> <sup>14)</sup>. Wenn diese das Wort hypotheca einsprengen wollten, konnte es ihnen vielmehr zweckmässig erscheinen, durch Beibehalten des Wortes formula in den Titeln der zu fälschenden Bücher diesen ein altherwürdiges Gepräge zu geben.

Ist also in diesen Titeln kein zwingender Echtheitsbeweis vorhanden, so sind andererseits zu ihrer Beseitigung schwerwiegende Gründe vonnöten. Wir haben in der terminologischen Sonderstellung der beiden Arbeiten einen gesehen, und er wird nicht der einzige sein. Betreffs dieses ersten Grundes sei noch bemerkt, dass die Stellen aus den Arbeiten der anderen Juristen, wo das neue Wort vorkommt, den Schluss sehr nahe legen, dass diese Juristen das Wort überhaupt nicht kannten<sup>15)</sup>; dadurch wird die Sonderstellung der Arbeiten von Gaius und Marcian noch auffallender. Es ist aber im Folgenden noch weiter zu zeigen, dass auch an mehreren der Stellen aus den bei-

richt haben. Es ist wahrscheinlich, dass unter diesem Titel eine griechische Übersetzung einer Arbeit des Paulus vorhanden war. Das Original kann aber sehr wohl »De Serviana« oder »De pigneraticia« geheissen haben.

<sup>12)</sup> Dies ist der Titel der Arbeit Marcian's. Der genaue Titel der Arbeit des Gaius ist »De formula hypothecaria«.

<sup>13)</sup> Wlassak 58 f. — Mit diesem Hinweis befreit sich Herzen 210 A. 4. von dem Interpolationsverdacht. Salmacius 596 denkt in konsequent mit seiner Interpolationshypothese (Vgl. oben Einleitung A. 2) daran, dass der ursprüngliche Titel der Arbeiten »ad formulam fiduciariam« geheissen habe. Es ist kein Grund vorhanden, näher auf diesen Irrtum einzugehen.

<sup>14)</sup> Es ist übrigens vielleicht nicht der einzige unechte Titel, den die Kompilatoren uns geschenkt haben. So möglicherweise auch Labeo's Pithanologia, Interpr. Iren. 2. 14. 8.) Weise, Forcellini, Georges. Bei Cic. ad att. 13. 19 griechisch. Bremer, Jurispr. antehadr. quae supersunt 2, 1 S. 149 nimmt wegen der wechselnden Inskriptionen an, dass das Originalwerk den Kompilatoren nicht zur Hand war. Allerdings wäre die Veränderung mit Energie gemacht, da nach D. 46. 4. 8. 2 Ulpian das Werk mit demselben Namen zitiert. Vgl. auch oben A. 11. — Zu dem Werke vgl. Pernice, Labeo 1, 35 f.

<sup>15)</sup> Vgl. unten § 6, 7, 9.

den Arbeiten von Gaius und Marcian, die das neue Wort enthalten, das Wort deutlich interpoliert ist<sup>16</sup>, und dass an einer Reihe anderer Stellen dieser Beweis zwar nicht direkt zu erbringen ist, aber doch andere nachweisbare Interpolationen die Behauptung motivieren, dass diese Arbeiten von den Kompilatoren einer besonderen Bearbeitung unterzogen worden seien<sup>16a</sup>. Schliesslich ist der Titel »ad formulam hypothecariam» schon an sich befremdend. Bekanntlich wurde die actio »hypothecaria» oder »quasi Serviana» der Institutionen Justinian's<sup>17</sup> und der herrschenden Lehre<sup>18</sup> nicht etwa durch ein Edikt, sondern nur als formula im Anschluss an das *Salvianum* proponiert<sup>19</sup>. Wie nunmehr anerkannt, ist es aber ausgeschlossen, dass diese formula das Wort *hypotheca* enthalten haben könnte<sup>20</sup>, und sie kann daher unmöglich den Namen *hypothecaria* geführt haben, sondern nur *Serviana* oder — *pigneraticia*. Gaius und Marcian würden also einen ediktalen *Terminus technicus* umgetauft haben. Die Unwahrscheinlichkeit hiervon ist klar<sup>21</sup>.

Der einzige Grund, der die klassischen Juristen dazu veranlasst haben könnte, sich eine neue Terminologie anzueignen, wäre der gewesen, dass diese ihnen als eine Verbesserung erschien. Dazu gehört einerseits Unzulänglichkeit der alten Termini, andererseits Zweckmässigkeit der neuen. In dem nächsten Kapitel wird der Versuch gemacht werden, darzulegen, dass die alte Terminologie eine angebliche Unzufriedenheit nicht rechtfertigte, sondern die Möglichkeit gewährte, das Faustpfand und die Hypothek besonders zu bezeichnen. Was die neue Terminologie betrifft, so ist gesagt

<sup>16</sup> Vgl. unten § 7.

<sup>16a</sup> Vgl. unten § 9.

<sup>17</sup> J. 4. 6. 7.

<sup>18</sup> M. W. ohne Meinungsverschiedenheit. Zuletzt Pappulias 305 ff. Ob diese Bezeichnung der Klage genügend begründet ist, wird § 5 unten behandelt werden.

<sup>19</sup> Vgl. oben Einleitung A. 19.

<sup>20</sup> Lenel E. P. 474 A. 1 (im Anschluss an Manigk 70), Pappulias 307. A. M. Lenel noch in der französischen Ausgabe (*Essai de reconstruction de l'édit perpétuel*, Trad. Peltier sur un texte revu par l'auteur, Paris 1901—3.) 2, 243. Bezeichnend ist, dass die Doppelbezeichnung *pignori hypothecae* gegen Bachofen, Keller und Dernburg nur mit Stellen aus Marcian, *Ad formulam hypothecariam* belegt werden konnte. *L'édit perpétuel* 2, 243 A. 1.

<sup>21</sup> Kalb 74 bemerkt mit Recht, dass *termini technici* besonders festen Regeln folgen. Sie »unterstehen nicht der subjektiven Willkür und der momentanen Laune».

worden, sie sei besser, weil sie systematisch unterscheidend sei<sup>22</sup>. Das ist aber bei demjenigen Juristen, der sich — obwohl nur in einer seiner Arbeiten — am vollständigsten der neuen Terminologie hingegeben hat, und bei dem das neue Wort beinahe doppelt so oft als bei sämtlichen übrigen zusammen vorkommt<sup>23</sup>, eben nicht der Fall. Nach D. 20. 1. 5. 1. sagt nämlich Marcian: *inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*. Damit ist auch jede Berechtigung des neuen Wortes aus der Welt geschafft. Die Äusserung Marcians ist eine Übertreibung genannt worden<sup>24</sup>; die klassischen Juristen übertrieben aber nicht gern. Ich denke, die Erklärung der Stelle ist einfach: es ist Justinian, der in gewohnter Weise seine eigene Begriffsverwirrung dem Marcian aufgebürdet hat. Da sich indessen *hypotheca* in den lateinischen justinianischen Konstitutionen in der Bedeutung von Besitzpfand nicht findet, kann es nicht angenommen werden, dass die Kompilatoren absichtlich das Wort in dieser Bedeutung eingemengt haben. Wer die Echtheit des Wortes *hypotheca* überhaupt verneint, muss deshalb annehmen, dass es aus Versehen auch diesen Sinn bekommen hat. Bei dem Bestreben, dem neuen Worte in dem Werke Marcian's eine möglichst erschöpfende Erwähnung zukommen zu lassen, wurden auch Faustpfand-*pignora*<sup>25</sup> und *pignus* im weiteren Sinne<sup>26</sup> damit vertauscht, und um dies in irgend einer Weise zu erklären — oder zu entschuldigen — wurde die sonderbare Regel geschaffen: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*, die doch eine recht unjuristische Begriffsbestimmung gibt. Diese Vermutung wird durch die störende Weise gestützt, in welcher die Äusserung den Zusammenhang unterbricht. § 2 ist nämlich eine direkte Fortsetzung des *principium*.

D. 20. 1. 5.

*Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive*

<sup>22</sup> Manigk 113.

<sup>23</sup> Ich verzichte darauf, seiner verhältnismässigen Verwendung in den pfandrechtlichen Fragmenten überhaupt nachzugehen. Sie wird bei Marcian bedeutend sein.

<sup>24</sup> Girard 768, Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirtes nach dem B. G. B. (1900) 2.

<sup>25</sup> D. 20. 4. 12. und 41. 2. 37. Vgl. Manigk 7 A. 1. Nach Manigk 129 A. 1. ist es Justinian, der sich der Ausdrucksweise Marcian's bemächtigt.

<sup>26</sup> D. 20. 1. 5. pr. § 2.



emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio et conductio vel mandatam, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et de parte eius: et vel pri civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali, sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit. [§ 1 Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt]. § 2 Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena.

Es ist unten auf die Stelle näher einzugehen; hier soll nur noch bemerkt werden, dass der eingeklammerte Satz den Ausgangspunkt des Verfassers der Arbeit Marcian's offenbar nicht bildet: mehrmals wird nämlich der Unterschied zwischen pignus und hypotheca hervorgehoben<sup>27</sup>.

Als sich nachträglich die Kompilatoren an das Verfassen der Institutionen heranmachten, scheint es ihnen indessen klar geworden zu sein, dass die Definition Marcian's mit der von Ulpian D. 13. 7. 9. 2.: »Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem« wenigstens für Anfänger ein bischen schwer zu vereinen war. Sie haben ihr nämlich eine Einschränkung zugefügt:

J. 4. 6. 7.

... inter pignus autem et hypothecam *quantum ad actionem hypothecariam nihil interest.*

Obwohl diese Vermutungen des vollen Beweises entbehren müssen, da die Kompilatoren nur wenig Bekenntnisse über ihr Verfahren hinterlassen haben<sup>28</sup>, werden sie doch, wie mir scheint durch gute Gründe motiviert. Die Art, durch »quantum ad...« dem alten Sinn eine Einschränkung hinzuzufügen, ist bei Justinian

<sup>27</sup> Vgl. z. B. D. 20. 1. 11. 3. (unten S. 82); 20. 4. 12. 10.

<sup>28</sup> In der Arbeit Marcian's ist aber eine Ungleichmässigkeit im Gebrauch des Wortes hypotheca zu beobachten, indem es in den letzten Fragmenten seltener wird. Vgl. von 20. 6. 8. 8. an. (Zwar verlegt Lenel dieses Fragment nicht an den Schluss der Arbeit Marcian's. Es ist aber jedenfalls das letzte im zwanzigsten Buch der Digesten.) Bekanntlich wurden die Interpolationen am Schlusse der Digesten wegen der durch Justinian's Drängen eingetretenen Beschleunigung mit der Vollendung seltener (Jörs 517). Es liegt nahe, hier an einen ähnlichen Vorgang zu denken.

beliebt<sup>29</sup>. Vor allem aber kann man einem klassischen Juristen schwerlich etwas so Banausisches wie die angeblich Marcianische Terminologie aufbürden. Der Wert des neuen Wortes wäre ja für Marcian nur der gewesen, dass er nach Belieben pignus oder hypotheca verwenden konnte. Pignus war hypotheca und hypotheca war pignus. Das neue Wort gab ihm keine Möglichkeit, das Vertragspfand besonders zu bezeichnen.

Wenn die anderen Juristen diese wünschenswerte Möglichkeit hatten, so war es nicht das Verdienst des Wortes hypotheca. Denn dies wird überaus selten benutzt. Das Vertragspfand wird immer wieder durch pignus ausgedrückt. Irgend welchen Nutzen würde also das neue Wort nicht bewirkt haben. Dagegen würde es der Sprache der Juristen einen Schaden zugefügt haben. Es gibt nämlich einen Ausdruck »pignus vel hypotheca«, der im Verhältnis zum Vorkommen des Wortes hypotheca überhaupt sehr stark vertreten ist, und der bei einem klassischen Juristen nichts als eine Tautologie bedeutet haben würde<sup>30</sup>. Es ist aber schon bemerkt worden, dass die Kompilatoren, wenn sie den Doppelausdruck verwendeten, sich wegen der zu ihrer Zeit eingeschränkten Bedeutung des Wortes pignus, wonach hypotheca nicht mehr diesem Wort untergeordnet war, sondern zur Seite stand, keiner Tautologie schuldig machten.

Es ist hier der Ort, einem gegen die Interpolationsannahme erhobenen Einwand entgegenzutreten. Bekanntlich wurde von den Kompilatoren die Pfandfiducia immer gestrichen. Es könnte scheinen, dass hypotheca an den Stellen der alten fiducia hätte eingesetzt werden sollen<sup>31</sup>. Da aber in den meisten Fällen, wo eine Interpolation für die fiducia erkannt ist, nicht hypotheca, sondern pignus steht, könnte dies wie ein Echtheitskriterium aussehen<sup>32</sup>. Indessen kann diese einfache Methode kaum von Tribonian befürwortet gewesen sein, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil er die fiducia, das Besitzpfand, mit hypotheca nicht

<sup>29</sup> Vgl. z. B. Const. Cordi 4, C. 5. 70. 7. 11; J. 4. 15. 4a (insgesamt 10 Stellen bei Justinian) u. D. 20. 1. 16. 6. (wo nämlich der Passus »quantum ad...« von Tribonian stammt. Unten § 7).

<sup>30</sup> Auch Manigk 84 f. scheint in diesem Ausdruck einen beträchtlichen Verdachtsgrund zu sehen, obwohl er aus Gründen, denen ich schon oben entgegengetreten bin, den Verdacht abweist.

<sup>31</sup> Zur Lehre des Salmacius vgl. oben Einleitung A. 2.

<sup>32</sup> So Manigk 85.

wiedergeben wollte. Die Methode zur Einverleibung des neuen Wortes scheint von Anfang an hauptsächlich die gewesen zu sein, die beiden Arbeiten Gaius' und Marcian's einer besonderen Umarbeitung zu unterziehen. Sie waren also als Hauptmittel zur Einführung des Wortes bestimmt, was sie ja nach den obigen Angaben tatsächlich geworden sind. Zu dieser Aufgabe waren sie besonders geeignet, da sie im Anschluss an die formula Serviana eben die Verhältnisse eines nicht besitzenden Pfandgläubigers eingehend behandelt haben müssen<sup>33</sup>. Die Interpolation muss also von vornherein beschlossen<sup>34</sup>, und die beiden Arbeiten, wie gesagt, einer besonderen Revision unterzogen worden sein. Dann lag es nahe, auch die Titel zu ändern.

Zu welcher Zeit hypotheca an den anderen Stellen eingearbeitet worden ist — ob sofort oder nachträglich — muss natürlich dahingestellt bleiben. An den Stellen, wo das Wort in einem gänzlich von den Kompilatoren stammenden Passus vorkommt, beruht wohl jedoch sein Erscheinen nicht auf der bewussten Tendenz, das Wort einzusetzen, sondern einfach darauf, dass es den Kompilatoren ganz geläufig war. So können die Stellen zu Julian und Pomponius und einige der Stellen der Paulus und Ulpian — also die meisten derjenigen, die ausser dem 20. Buch der Digesten begegnen — erklärt werden<sup>35</sup>. Im Codex scheinen

<sup>33</sup> Wir besitzen sogar ein Indizium, dass die Arbeit Marcian's schon vor den Kompilatoren zum Zweck des griechischen Rechtsunterrichts in griechischer Übersetzung vorhanden war und zwar mit dem Titel, den ein Grieche der Arbeit geben musste: mit Verwendung des Wortes *ὑποθήκη*. Scholia sinaitica 11 (Collectio III 272, Baviera 537): *τοῦτο φησι καὶ ὁ Marcianus ἐν τῇ ὑπο-[-θήκῃ]* vom Jahre 439 bis 533. (P. Krüger, Collect. 3, 268). — Zum Beweis, dass die Arbeit Marcian's »ad formulam hypothecariam« geheissen haben müsste, ist die Stelle dagegen wegen der griechischen Schrift nicht verwendbar.

<sup>34</sup> Vgl. Jörs 517.

<sup>35</sup> Das Wort kommt vorzugsweise in der Sabinusmasse vor, der die beiden pfandrechtlichen Monographien angehören. Sein Vorkommen an Stellen ausser diesen beiden Arbeiten (am spärlichsten ist das Wort in der Ediktmasse vertreten, wozu nur D. 2. 14. 10, 10. 2. 29, 10. 4. 33, 20. 1. 26, 21. 2. 59, 42. 6. 1. 3, 44. 4. 4. 30, 46. 2. 18) wird wohl nicht auf einen Befehl Tribonian's, das Wort an geeigneten Stellen einzusprenken, beruhen, sondern einfach darauf, dass es den Kompilatoren unentbehrlich war. An einigen Stellen kann jedoch an eine nachträgliche Zufügung gedacht werden. — Zu der Entdeckung Bluhme's, die für die obigen Ausführungen grundlegend ist, vgl. (gegen Hofmann) Mommsen, Z. Sav. St. 22, 1, P. Krüger, ibid. 12, Jörs 494 ff. S. auch Fitting, Z. Sav. St. 29, 283.

die beiden Interpolationen — die Ausschaltung der fiducia und die Einsetzung der hypotheca — Hand in Hand gegangen zu sein<sup>36</sup>.

Steht es also von vornherein fest, dass die Verwendung des Wortes hypotheca in den klassischen Fragmenten der Kompilation zu einem Teil sinnlos, zu einem anderen tautologisch und zu dem übrigen überflüssig ist, so wird die Quellenkritik, der das entscheidende Wort zusteht, wie schon angedeutet, ergeben, dass das Wort nicht nur nicht in der römischen Terminologie tief eingewurzelt ist, sondern auch in den Digesten und in den klassischen Konstitutionen des Codex mehrmals in deutlich justinianischen Zusätzen auftritt und von einer Reihe aus anderen Gründen erkennbaren Interpolationen begleitet wird. Insbesondere sind beinahe sämtliche Stellen, wo das Wort den Juristen ausser Gaius und Marcian zugeschrieben wird, als sicher interpoliert auszuscheiden. Von den Fragmenten des Gaius und insbesondere Marcian's sind dagegen mehrere nicht mit Bestimmtheit in dieser Weise zu erledigen. Es muss also dahingestellt bleiben, ob nicht das Wort zur Zeit Marcian's vereinzelt aufgetreten sein könnte. Der Umstand, dass das Wort an Stellen vorkommt, an denen sonst kein Verdacht haftet, ist zwar kein Echtheitsbeweis: bisweilen musste die Interpolation gelingen. Und wenn man — mit Rücksicht besonders auf das Ergebnis der vorjustinianischen juristischen und nicht-juristischen Überlieferung sowie auf den Sprachgebrauch Justinians — an den Titeln »Ad formulam *hypothecariam*« rüttelt, so liegt der Gedanke nahe, dass das Wort überhaupt ein Tribonianismus sei. Aber, wie gesagt, an jeder einzelnen Stelle ist der Beweis der Natur der Frage nach nicht zu erbringen.

<sup>36</sup> Vgl. unten § 8.

wurden, hat auch in der Form eines formellen Fehlers eine Spur hinterlassen, nämlich das »qua«, wo sie übersahen, dass schon quasi Serviana Ablativus war.

Auch an der anderen Stelle:

J. 4. 6. 31:

Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus nisi arbitrio iudicis cum quo agitur actori satisfaciatur, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedit, condemnari debeat. sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id, quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat,

sind zuvörderst zwei Gründe vorhanden, die es wahrscheinlich machen, dass auch hier, bei der Aufzählung der actiones arbitrariae, die Kompilatoren frei aus ihrem Gedächtnis diktiert haben. Ein Klassiker würde nämlich kaum den Fehler begangen haben, die actio noxalis als arbiträr zu bezeichnen; andererseits aber würde er schwerlich den nächstliegenden Fall, die rei vindicatio, übersprungen haben.

Indessen kommt ein anderer Umstand hinzu. Auf der ersten dieser Stellen beruht bekanntlich die Lehre von der actio Serviana als der Klage des Verpächters auf die illata in vecta des Pächters und der actio quasi Serviana als der hypothekarischen Klage des gewöhnlichen Pfandgläubigers, und in der zweiten findet sie eine direkte Stütze. Beim Durchgehen der übrigen Stellen in der Kompilation, welche die actio quasi Serviana, die ja vom grössten Interesse ist, erwähnen, findet man aber, dass diese Klage sich mit diesem Namen nur an einer anderen Stelle findet. Sie ist aber desto reichlicher unter einem anderen erwähnt. Lesen wir z. B. die älteste Stelle, wo von dieser Klage die Rede ist.

Julian l. 11. dig., D. 13. 7. 28. pr.

## § 6.

### Die Institutionen Justinian's.

Die zwei Stellen, die das Wort hypotheca enthalten und nicht offenbar von Justinian stammen, sind J. 4. 6. 7. u. 4. 6. 31.

J. 4. 6. 7.

Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur, sed in aliis differentia est: nam pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit: at eam quae sine traditione nuda conventionem tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.

Bei dieser Stelle, die, wie im vorigen § erwähnt, eine Verschmelzung der beiden in den Digesten befindlichen, widerstrebenden Definitionen von hypotheca zu Stande bringt, ist schon aus diesem Grunde der Verdacht am Platz, dass sie von den Kompilatoren ohne direkten Anschluss an eine Vorlage diktiert sei. Auch der Satz »maxime si mobilis sit« ist befremdend, da die klassischen Quellen den Ausdruck pignus ganz regelmässig von verpfändeten und tradierten Grundstücken verwenden<sup>1</sup>. Die grosse Geschwindigkeit<sup>2</sup>, mit welcher die Institutionen verfasst

<sup>1</sup> Nach Heumann-Seckel s. v. maxime, Bonfante, Istituzioni di dir. rom.<sup>4</sup> (1907) 4 A. 1 ist »maxime si« mehrfach interpoliert.

<sup>2</sup> »In einigen Wochen« C. Appleton, Revue générale de droit 1891, 14 ff.



Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione *Serviana actione* petierit et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor eandem rem petens exceptione summovetur, nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est.

Die actio quasi Serviana wird hier also einfach Serviana genannt. Es könnte eine Nachlässigkeit von Julian sein, obwohl dies bei einem Terminus technicus nicht zu erwarten ist, oder auch mangelhafte Überlieferung angenommen werden. Es ergibt sich aber überall dasselbe Bild. So bei Pomponius D. 21. 2. 34. 2; 44. 4. 4. 30, African 16. 1. 17. 1, Gaius 3. 3. 42. 4; 20. 6. 2, Papinian 20. 1. 1. 2; 20. 1. 3. pr.; 20. 6. 1. pr.; 21. 2. 66. pr., Ulpian 9. 4. 30; 10. 4. 3. 3; 20. 1. 10. (20. 1. 21. 1.<sup>3</sup>); 20. 6. 4. pr.<sup>4</sup>, Paulus 10. 2. 29; 20. 1. 7; 20. 1. 18; 21. 2. 35; 36. 1. 61 (59). pr.<sup>5</sup>; in den klassischen Konstitutionen im Co-

<sup>3</sup> Nach Lenel, Pal. 1632 interpoliert für Salvianum. Zustimmung Herzen 113 ff. und die daselbst 114 A. 1 Zitierten, sowie Ferrini, Pand. 512 A. 2, Pappulias 285 f. — Dass *rationem habere* keine sichere Stütze für die Annahme einer Interpolation ist, s. P. Krüger in der Festschrift f. Bekker, Aus römischem und bürgerlichem Recht (1907) 16 ff.

<sup>4</sup> Die Erwähnung des *Servianum iudicium* (von »et erit« an) in D. 43. 33. 2. interpoliert. Lenel Pal. Ulp. 1629.

<sup>5</sup> Auch in D. 43. 33. 1. 1. wäre nach Lenel, Z. Sav. St. 3, 180 f., Pal. Julian 676 ursprünglich von der actio Serviana statt des *Salvianum* die Rede gewesen. Zustimmung Herzen 139, 141. 144, Girard 776 A. 2., Östergren 111, Pappulias 297. Diese Annahme gründet sich auf einen Vergleich mit Ulp. D. 20. 1. 10., wo mit demselben Wortlaut in einem offenbaren Zitat (»esse«) von der Serviana die Rede ist. Ulpian habe die julianische Entscheidung in ihrer ursprünglichen Form wiedergegeben. Dagegen hat Karlowa 2, 1282 f. darauf aufmerksam gemacht, dass die lex 1 im Gegensatz zur lex 10 Ausdrücke enthält, welche für das Interdikt charakteristisch waren (Illatenpfand), und er denkt deshalb, da in der lex 1 doch offenbar von der Serviana die Rede gewesen ist (»utilis actio«), daran, diese könnte im ursprünglichen Text mit dem *Salvianum* verglichen worden sein. Ich enthalte mich geflissentlich jedes näheren Eingehens auf die Fragen von der Zulässigkeit des klassischen *Salvianum* gegen Nicht-Kolonen und Dritten, da diese bei der Verwirrtheit der Quellen m. E. mit objektiver Gewissheit nicht zu entscheiden sind. Subjektiv am ansprechendsten scheint mir wegen Gai. inst. 4. 147 die Annahme der Interpolation des *debitoremve* in C. 8. 9. 1 (Ferrini, Pand. 512 A. 2) oder der ganzen Parenthese daselbst. Schwierigkeiten bereitet dabei hauptsächlich Paul. sent. 5. 6. 16, wo gegen Ascoli

dex: Gordian C. 8. 9. 1., Diocletian — Maximian 4. 10. 14; 4. 32. 19. 2.; 8. 15. 6; und selbst bei Justinian C. 6. 43. 1. 1., doch nur vom Jahre 529, also vor den Institutionen<sup>6</sup>. Auch seien hier einige Stellen aus der Synopsis Basilicorum de actionibus<sup>7</sup> erwähnt: No 5: *Εἰ δὲ ὑποθήκην βουληθῆμεν ἐκδικῆσαι ἢ Serviana in rem*; No. 23: *Εἰ ὁ χρεώστης βούλεται ἀναλαβεῖν τὸ ἐνέχυρον διαλύσας τὸ χρέος, τὴν pignericiam*<sup>8</sup>.

Nur einmal treffen wir ausser den Institutionen die Zusammenstellung quasi Serviana: bei Gaius l. 9. ad ed., D. 16. 1. 13 1. Der Fall des Principiums ibid. ist der folgende: Eine Frau hat Schulden übernommen, die in der Tat ihre eigenen sind (z. B. für ihren eigenen Bürgen). Dann fährt unser § fort:

De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, cum *quasi Serviana (quae et hypothecaria vocatur) in his utilis sit*: quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam.

Wenn der frühere Schuldner ein Pfand bestellt hatte, so braucht der Gläubiger dafür keine neue Klage, da die »quasi Serviana« verwendbar ist. Hier entspricht also die Terminologie derjenigen der Institutionen, und es kommt darauf an, welchen Wert man dieser Stelle zuerkennen soll. Etwa aus dem Grund die Stelle für unverlässlich zu halten, weil der verdächtige Zusatz »quae et hypothecaria vocatur« da zu finden ist, ist auf diesem Stadium unserer Untersuchung unmöglich, da es einen Circulus bedeuten würde.

137 f., welcher diese Stelle mit der Annahme des eingeschränkten Gebrauchs des *Salvianum* dadurch vereinen will, dass er *interdictum* generell auffasst, s. Herzen 136 ff., Pappulias 294. Ferrini a. a. o. sieht in der Paulus-Stelle keinen Beweis gegen seine Interpolationsannahme. Vgl. auch den Erklärungsversuch der letztgenannten Stelle bei Dernburg 2, 346, dem Östergren 103 f. beistimmt. — Zusammenstellungen der Quellen und Literatur zu dieser Frage geben Dernburg, 2, 341—347, Herzen 115—160, Östergren 110 ff. (wider die Ausdehnung des *Salvianum* in klassischer Zeit) und Pappulias 293 ff. (für die Ausdehnung. — Letzterer 295 zieht die Grenze zwischen Gaius und Paulus).

<sup>6</sup> Es ist dies die einzige Erwähnung der Serviana bei Justinian. Longo.

<sup>7</sup> Mitget. von Zachariae von Lingenthal, Z. Sav. St. 14, 88 f.

<sup>8</sup> Die letzte Stelle zeigt, wie die sämtlichen übrigen 37 Fragmente, dass der Verfasser mit grosser Gewissenhaftigkeit die lateinischen termini technici wiedergegeben hat.

Die Verschiedenheit der Terminologie in den Institutionen und in der überwiegend grössten Zahl der übrigen Quellenstellen ist nicht leicht zu erklären. Einige Forscher<sup>9</sup> wollen darin eine geschichtliche Entwicklung erblicken: es soll sich in den Institutionen um den älteren, später verlassenen Sprachgebrauch handeln. Diese Entwicklung ist jedoch nicht recht klarzulegen, denn die ältesten Stellen haben eben die angeblich jüngere Terminologie. Wenn man auch annimmt, dass die Institutionsstellen den Tribonian nicht zum Urheber haben, so sind doch die Werke, denen sie nach dem jetzigen Stand der Wissenschaft entnommen sein können<sup>10</sup>, jüngeren Datums als die Werke Julians, Pomponius' und Africans.

Für die Interpolation der Stellen zur »quasi Serviana« lassen sich vielleicht die Paragraphen in den Paraphrasen des Theophilus zu J. 4. 6. 7. und 31. anführen, da sich hier die ausführlichste Schilderung der Serviana und quasi Serviana der Institutionen findet<sup>11</sup>. Es ist aber nicht ohne weiteres tunlich, die Terminologie der Institutionen als Tribonianisches Machwerk beiseite zu schieben, denn es wäre eine — jedenfalls mittels des spärlichen Materials — nicht zu ergründende Idee der Kompilatoren, hier ein neues System zu schaffen. Nur soviel kann geahnt werden, dass diese Veränderung, wenn überhaupt denkbar, mit der Einmischung des Wortes *hypotheca* im Zusammenhang gestanden haben muss. In den Institutionen heisst es nämlich: »quasi Serviana quae et hypothecaria vocatur«. Aber auch an die einfache Serviana ist in drei Digestenfragmenten der Zusatz »hypothecaria« angeknüpft worden. So heisst es bei Ulpian D. 10. 4. 3. 3. »... pigneraticia Serviana sive hypothecaria«. Hier ist zuviel des Guten. An einer anderen Stelle<sup>12</sup> konnte er sich mit der einfachen Bezeichnung *pigneraticia in rem* begnügen. Von Interesse ist auch:

Ulp. L. ad ed. D. 44. 4. 4. 30:

Idem tractat Pomponius et *in eum*, qui pigneri accepit, si Serviana vel hypothecaria actione experiatur: nam et hunc putat Pomponius *summovendum*, quia res ad eum qui dolo fecit reversura est.

<sup>9</sup> Bachofen 28, Pappulias 310.

<sup>10</sup> Vgl. die bei Kipp 159 A. 1. angeführten. Zusammenfassend P. Krüger in der Praefatio zu seiner Institutionenausgabe.

<sup>11</sup> Ausg. Ferrini, Berlin 1884—97 S. 420 f. resp. 434.

<sup>12</sup> D. 10. 3. 7. 12; vgl. auch Paul. D. 44. 2. 30. 1 in fine.

Ein Verdachtsgrund liegt schon in dem »*in eum*«; auch ist die weitschweifige Konstruktion auffällig: »Idem (sc. *summovendum eum esse*) tractat Pomponius et in eum . . . . nam et hunc putat Pomponius *summovendum* . . . .«

Als verdächtig ist auch die letzte Stelle bekannt.

Paul. 1. 23. ad ed., D. 10. 2. 29.

Si *pignori res data defuncto sit*, dicendum est in familiae *erciscundae iudicium venire*: sed is cui *adiudicabitur* in familiae *erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus nec cavere debet coheredi indemnen eum fore adversus eum qui pignori dederit, quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aestimatio oblata sit, ut et is qui optulerit adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. contra quoque si is heres, cui *pignus adiudicatum est, velit totum reddere licet debitor nolit, audiendus est. non idem dici potest si alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria: nisi si obiciatur creditori, quod animose licitus sit. sed huius rei ratio habebitur, quia creditor egit, pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset et eius, quod propter necessitatem impendit etiam ultro est actio creditori.**

Man hat hier eine Erwähnung der *fiducia* erkennen wollen<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Vgl. Oertmann 43, Heumann-Seckel v. Serviana; vgl. zu dieser Stelle auch Dernburg 2, 43 A. 8, 44. A. 11, Jourdan 204 ff., Siber 113 ff.

## § 7.

## Interpolierte Stellen aus den Digesten.

Ich führe hier die Stellen aus den Digesten, die das Wort hypotheca in verdächtiger Weise enthalten, in zeitlicher Reihenfolge an, nur mit der Ausnahme, dass ich die Libri des Gaius und Marcians zur »formula hypothecaria« bis zuletzt verspare.

## I. Die Juristen ausser Gaius und Marcian.

Julian<sup>1</sup>.

L. 44. dig. D. 41. 3. 33. 4. 5.

§ 4. Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est: si creditor eius possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio: et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei qui quid deposuit vel commodavit, quos palam est desinere usucapere, si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum accepit. *plane si creditor nuda conventione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perseverabit.*

§ 5. Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignorantem tuam esse, desino usucapere, quia non intellegitur quis suae rei pignus contrahere. *at si nuda conventione pignus contractum fuerit, nihilo minus usucapiam, quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur.*

<sup>1</sup> Dass Julian der erste ist, bei dem das Wort hypotheca zu finden ist, hat zuerst Herzen 169 f., vgl. Z. Sav. St. 20, 229, erkannt. Der Widerspruch hierzu, den Manigk 71 A. 1. bei Herzen 177 A. 1 (das Wort sei nicht vor der zweiten Hälfte des 2. Jahrhunderts zu finden) bemerkt, ist, wenn überhaupt vorhanden, von geringer Bedeutung, da die Julianstelle jedenfalls nach 148 geschrieben sein muss. Oben Einleitung A. 3.

Nach § 4 hat der Faustpfandschuldner Usucapionsbesitz; doch wird die usucapio unterbrochen, wenn der Gläubiger den Besitz einem Dritten übergibt. Dasselbe gilt beim depositum und commodatum. Danach kommt der letzte Satz ein bischen überraschend. »Natürlich hat der Schuldner Usucapionsbesitz, wenn er durch blosser Übereinkunft eine hypothecarische Verabredung getroffen hat«. Ja, es ist wahrhaftig natürlich, so natürlich, dass man sich nur wundern muss, dass Julian es für der Erwähnung wert hielt. Das einzig Bemerkenswerte im ersten Fall war ja, dass der nicht besitzende Pfandschuldner doch usucapiert. Dass der besitzende es tut — wer würde daran gezweifelt haben? Auch ist die Ausdrucksweise auffallend weitschweifig, indem die Wörter »nuda conventione« wegen des Wortes hypotheca überflüssig sind.

§ 5 enthält folgendes: Ein gutgläubiger Besitzer, der dem wirklichen Eigentümer, der von seinem Eigentum nichts weiss, die Sache zum Besitzpfand übergibt, verliert den Usucapionsbesitz, weil sich niemand seine eigene Sache zu Pfande bestellen kann. Wenn aber das Pfand nicht übergeben, sondern lediglich kontrahiert ist, bleibt der Besitzer bei der Usucapion, weil auch in dieser Weise kein Pfand entstanden zu sein scheint.

Der letzte Satz, der hier einen guten Sinn hat und eine zum Vorhergehenden konsequente Entscheidung enthält, zeigt eine auffallende Konformität mit dem als überflüssig und weitschweifig bezeichneten letzten Satze des § 4. Es ist bekanntlich eine häufige Erscheinung, dass die Kompilatoren Worte der klassischen Juristen kurz vor oder kurz nach ihrem Vorkommen noch einmal, und zwar in schlechtem Zusammenhang, einsprengten<sup>2</sup> — was wohl damit zusammenhängt, dass die Kompilatoren als Griechen einen spärlichen lateinischen Wortvorrat hatten. Es liegt nahe anzunehmen, dass ein derartiger Vorgang auch hier stattgefunden habe<sup>3</sup>, besonders da die Form in mehreren Beziehungen Verdacht erregt. So ist plane ein typisch kompilatorisches Anknüpfungswort, und der Ausdruck hypothecam contrahere ist befremdend. Zwar ist der Gebrauch des Zeitwortes contrahere nicht der zivilen Systematik vorbehalten — wie das mit contractus der Fall ist<sup>4</sup> — sondern ist dem Edikt geläufig<sup>5</sup>. Das Wort

<sup>2</sup> Gradenwitz 31 ff.

<sup>3</sup> Manigk 70 sieht in der Konformität ein Echtheitskriterium.

<sup>4</sup> Mitteis, Privatrecht I, 146 zu A. 32.

<sup>5</sup> Mitteis a. a. O. 147 A. 32, woseibst Belege.



hypotheca ist ja aber auch nicht einmal ediktal<sup>6</sup> und würde deshalb in der Zusammenstellung mit *contrahere* im speziellen technischen Sinne<sup>7</sup> einzig dastehen<sup>8</sup>. Dass die byzantinischen Juristen vor einer etwaigen Exklusivität des Wortes *contrahere* im technischen Sinne keine Achtung haben würden, kann als selbstverständlich angenommen werden. Nannten sie doch sogar das Testament *contractus*<sup>9</sup>. Auch findet sich die Verbindung *hypothecam contrahere* von ihrer Hand an einer Codexstelle: »*hypothecae contractae sunt*»<sup>9a</sup>, sowie in den beiden Digestentiteln »*De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahuntur . . .*» »*In quibus causis pignus vel hypotheca contrahitur . . .*»<sup>9b</sup> — Die Zusammenstellung *usucapere perseverare* schliesslich ist nicht schön<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Vgl. oben § 5 zu A. 20.

<sup>7</sup> Es ist hier von *contrahere* in der Bedeutung *constituere* (*nuptias, matrimonium*) und in generellem technischem (*negotium* und *absolute*) und untechnischem (*periculum*) Sinne abzusehen.

<sup>8</sup> Für die unbestimmte Verwendung des Zeitwortes *Pernice*, *Labeo* 3, 121 A. 1, *Mitteis*, *Privatrecht* 1, 147; wie Prof. *Mitteis* mir gütigst mitteilt, ist ihm jedoch der Ausdruck *hypothecam contrahere* jetzt auch verdächtig. — Mit *pignus* = Vertragspfand zusammen kommt *contrahere* vor (*Jul. D.* 41. 3. 33. 5 cit., *Scaev. D.* 20. 1. 34. 1, *Ulp. D.* 13. 7. 1 pr. bis; vgl. auch *Scaev. D.* 32. 38 pr., *Pap. D.* 20. 1. 1. 4., 20. 1. 3, *Paul.* 20. 3. 4.), obwohl *pignus* in diesem Sinne kaum als Kontrakt zu bezeichnen ist, da es in der Aufzählung der Konsensualkontrakte fehlt, denen es eigentlich zugehören sollte. Allein mit dem Worte *pignus* war seit altersher der Kontraktcharakter verbunden. — Auch bei der *fiducia* wird *contrahere* gebraucht (*Gai.* 2. 60, 61); dass sie ein *contractus* war, wird von *D.* 13. 7. 24 pr. (»*a contractu recessum*») bestätigt. So *Perozzi*, *Ist.* 2, 199 A. 2 gegen *Pernice*, *Labeo* 3, 121, welcher den Kontraktcharakter der *fiducia* leugnet und »*contractu*» in l. 24 cit. als für »*pacto*» interpoliert ansieht. — Der Ausdruck *hypothecam contrahere* kommt noch in *Gai. D.* 20. 1. 4 (vgl. unten im Text) vor.

<sup>9</sup> *D.* 45. 2. 9 pr., wozu *Bonfante*, *Rendiconto Ist. Lombardo*, ser. 2, 40 (1907) 902.

<sup>9a</sup> *C.* 5. 3. 19. 2, allerdings wahrscheinlich schon vom J. 527.

<sup>9b</sup> *D.* 20. 1. 2.

<sup>10</sup> Nicht weil *perseverare* mit Infinitiv steht, was öfters vorkommt (*petere*: *D.* 5. 3. 58, 6. 1. 27. 5, 44. 4. 2. 3, *facere*: 19. 2. 60. 4 u. a., *habere*: 23. 3. 78. 2, *gerere*: 27. 7. 4. pr., *agere*: 47. 10. 17. 6), sondern weil schon in dem Ausdrucke *usucapere* eine *Perseveration* liegt. Vgl. doch, ausser dem verdächtigen 43. 19. 3. 1 (*uti*), auch 2. 12. 1. 1 (*abesse*) und 49. 15. 12. 1 (*esse*). In den justinianischen Konstitutionen kommt das Wort nur zweimal vor, beide Male mit *in* (*C.* 1. 3. 54. 7, 2. 3. 30. 3).

Indessen haben die Kompilatoren vielleicht eine besondere Veranlassung zu einer Veränderung im § 4 gehabt. *De Ruggiero*<sup>11</sup> hat die Tendenz der Kompilatoren dargetan, die Institute *depositum* und *commodatum* zusammenzustellen in der Absicht, ihnen in viel höherem Grade, als bei den Klassikern der Fall gewesen war, die gleichen Normen zu geben. In der klassischen Zeit fanden sich *depositum* und *commodatum* allerdings schon oft zusammengestellt<sup>12</sup>, aber auch oft scharf unterschieden<sup>13</sup>. Beim Durchgehen der Stellen in den Digesten, die die beiden Institute in besonders engen Verbindungen — »*depositum vel commodatum*» u. ähnl. — erwähnen, findet der Forscher eine Reihe von Interpolationen, wovon hier besonders diejenigen von Interesse sind, wo der Doppelausdruck ein Ersatz für die klassische *fiducia* ist<sup>14</sup>. Die enge Zusammenstellung der beiden Termini sei jedoch an sich kein hinreichender Interpolationsbeweis; vielmehr seien diejenigen Stellen als echt zu betrachten, wo im übrigen weder formelle noch materielle Verdachtsgründe vorhanden seien<sup>15</sup>. Unter diese gehöre auch *D.* 41. 3. 33. 4.<sup>16</sup> Ist aber wirklich die Form so ganz einwandfrei? Der einschränkende Ausdruck »*quantum ad . . .*» ist bei Justinian beliebt<sup>17</sup> und kann wohl hier als überflüssig bezeichnet werden; im Folgenden ist auch die Konstruktion mit dem pluralen »*quos*» unter den singularen »*qui*» (»*similis . . . est ei qui quid deposuit vel commodavit, quos palam est desinere usucapere . . . si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo qui commodatum vel depositum accepit*») sehr schleppend. »*Quem*» wäre richtig gewesen. Es ist also gerechtfertigt, auch an dieser Stelle eine Äusserung der angedeuteten Tendenz der Kompilatoren finden zu wollen. Es wird deshalb entweder vor *quos*, also mit *commodavit*, das Original geschlossen haben, oder auch geheissen haben: *similis est ei qui fiduciae dedit* (denn damit erlischt auch die *Usukapion*, und es findet auch zu Julian's Zeit keine *Accessio possessionis* aus der Person des *Fiduziars* statt)<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> »*Depositum vel commodatum*», *Bull. dell' ist.* 19 (1907) S. 5—84.

<sup>12</sup> *De Ruggiero* a. a. o. 5 ff.

<sup>13</sup> Vgl. etwa *Modestin*, l. 2. diff., *Collatio* 10. 2 — *De Ruggiero* a. a. o. 8. ff.

<sup>14</sup> *D.* 13. 7. 31; 44. 7. 16; 15. 1. 27 pr.; 9. 4. 22; 45. 3. 6; 27. 3. 5; 13. 6. 18. 1. — *De Ruggiero* 25 ff.

<sup>15</sup> S. 16 ff. <sup>16</sup> S. 19. <sup>17</sup> Vgl. oben § 5 A. 29.

<sup>18</sup> Ich bin wegen der Klarlegung dieser beiden Alternativen Herrn Prof. *Mitteis* verpflichtet.

Pomponius<sup>19</sup>.

l. 2. ex Plautio, D. 21. 2. 59.

Si res quam a Titio emi legata sit a me, non potest legatarius conventus a domino rei venditori meo denunciare nisi cessae ei fuerint actiones, *vel quodam casu hypothecas habet.*

Über diese Stelle kann ich mich kurz fassen. Die hervorgehobenen Worte sind aus Gründen, die nicht wiederholt zu werden brauchen, allgemein als interpoliert anerkannt<sup>20</sup>.

## Scaevola.

Was den Sprachgebrauch Scaevolas betrifft, möchte ich zunächst auf D. 17. 1. 60. 4. (l. 1. resp.) und D. 20. 1. 34. 1. (l. 27. dig.) hinweisen. In einer griechischen Vollmachtsurkunde, die in dem ersten Fragment<sup>21</sup> ein Responsum veranlasst, wird der Bevollmächtigte auch zu *ὑποθήσθαι* bevollmächtigt; Scaevola aber erwähnt die so von dem Bevollmächtigten geschehene Verpfändung mit Benutzung der Worte *res obligatae*, obwohl er eine direkte Veranlassung hatte, *hypotheca* zu verwenden. In dem zweiten findet sich das Wort *ὑποθήκη*<sup>22</sup> in einem griechischen Zitat; Scaevola gebraucht aber in Bezug darauf *pignus*<sup>23</sup>.

Das Wort *hypotheca* kommt indessen in vier Scaevolastellen vor, welche die nach den vorigen Stellen naheliegende Annahme, dass er das Wort nicht kannte, bestätigen. Die vier Stellen sind nämlich sämtlich aus den Digesten Scaevolas, einem Werk, von dem Samter<sup>24</sup> überzeugend<sup>25</sup> nachgewiesen hat, dass es ein posthumes, der Epigonenzeit angehöriges Nachschlagewerk ist, worin ver-

<sup>19</sup> D. 44. 4. 4. 30 ist schon im vorhergehenden § erörtert.

<sup>20</sup> Lenel Pal. 331, Ferrini, Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano, Milano 1889, S. 289. Die Interpolation wird von Manigk 83 f., der die Stelle eingehend behandelt, anerkannt. — Ich verdanke den Hinweis auf die Arbeit Ferrini's einer gütigen Mitteilung des Herrn Professor P. Krüger.

<sup>21</sup> Zu dieser Stelle vgl. Manigk 100.

<sup>22</sup> Übrigens das einzige Mal, wo *ὑποθήκη* in den Digesten vorkommt. Bortolucci.

<sup>23</sup> Manigk 7.

<sup>24</sup> Das Verhältnis zwischen Scaevolas Digesten und Responen, Z. Sav. St. 27, 151 ff.; s. bes. 168 ff. u. 199.

<sup>25</sup> Den Resultaten Samters in der Hauptsache zustimmend Fitting 64. Vgl. auch Mitteis, Privatrecht I, 151 A. 55.

schiedene Arbeiten mit viel Fleiss und wenig Geschick verarbeitet worden sind. Da überdies noch das Wort nur in den Anfragen<sup>26</sup> vorkommt, die meist in ihrer ursprünglichen, mangelhaften Form wiedergegeben zu sein scheinen, sind also betreffs der Herkunft des Wortes drei Möglichkeiten vorhanden: es kann von dem fragestellenden Laien<sup>27</sup>, von dem nachklassischen Herausgeber<sup>28</sup> oder von den Kompilatoren herrühren. Nur Scaevola kann es nicht geschrieben haben.

Von Interesse ist noch zu untersuchen, ob die Stellen Spuren von der Tätigkeit der Kompilatoren tragen. Wie ich glaube, wird das z. T. der Fall sein.

L. 7. dig., D. 18. 1. 81, pr.

Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit *pignori sive hypothecae* praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum: *quod si id non fecerit die supra scripta et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia empta esse, quae creditoribus obligaverat.* quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, empta haberet supra scripta praedia. respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub condicione emptio facta est et contractam esse obligationem.

Hier fällt die Irrigkeit des Ausdruckes *pignori sive hypothecae* stark ins Auge. Sollte der Fragesteller nicht wissen, ob Besitz- oder nur Vertragspfand vorhanden war?

Das übrige Kursivierte ist nur eine schlechte Antezipation der folgenden Anfrage. Besonders befremdet die Angabe, dass ein bestimmter Tag im Vorigen bestimmt sei — »die supra scripta« —, während die Zeitbestimmung »intra triennium« lautete. Es

<sup>26</sup> Samter a. a. o. 156 f. bemerkt, dass in diesen die mangelnde Vertrautheit mit den juristischen Fachausdrücken stark ins Auge fällt, wobei öfters Scaevola in der Antwort den passenden Ausdruck einsetzt.

<sup>27</sup> Dies nimmt Voigt 240 A. 7 betreffs D. 18. 1. 81 pr. und 32, 38. pr. an. — Es liegt auf der Hand, dass der Ausdruck bei Laien geläufig gewesen sein kann, ohne dass er bei Juristen Eintritt gefunden hatte, geradeso, wie heutzutage in Schweden der Fall ist, wo die Juristen nur von der auf heimischer Entwicklung beruhenden »inteckning« (= Eintragung) reden, während unter Laien »hypotek« ein sehr beliebter Ausdruck ist, und zwar in der Marcianischen Bedeutung.

<sup>28</sup> Wie oben § 2 zu A. 38 gezeigt, taucht ja das Wort in nachklassischer Zeit ziemlich früh in der Literatur auf. (Vgl. auch S. 33.) — Diese Möglichkeit dürfte jedoch die geringste sein.



ist indessen von Kipp<sup>29</sup> bewiesen worden, dass im 4. Jahrhundert mit *intra* und Zeitangabe nicht gemeint war: innerhalb der Frist, sondern: am letzten Tage der Frist, und Gradenwitz<sup>30</sup> hat klargelegt, dass *intra* in diesem anormalen Sprachgebrauch nicht für die ganze Latinität nachgewiesen ist, sondern erst für die mit den von Kipp herangezogenen Konstitutionen<sup>31</sup> gleichzeitigen Gesetze.

Die Antwort Scaevola's schliesslich ist, wie Rabel<sup>32</sup> bemerkt geeignet, den Gedanken auf die *fiducia* zu führen. Die erste *obligatio* des Responsums ist am besten mit »Pfund« erklärt. »Aber was sollte es heissen, dass, wenn nicht Pfund gemeint sei, Pfund kontrahiert sei?« Rabel denkt deshalb daran, Scaevola könne den Kauf anerkennen, zugleich aber (*et*) den Käufer den Pflichten des Fiduziars aussetzen wollen. Unter den Erklärungsversuchen dieses Responsums<sup>33</sup> dürfte dieser trotz seiner Kühnheit der ansprechendste sein.

L. 27. dig., D. 20. 1. 34. pr.

Cum tabernam debitor creditori pignori dederit quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxit et alius comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor *hypothecaria* actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit: ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

Hier liegt der Gedanke nahe, dass der Fragesteller den Ausdruck *hypothecaria* gebraucht haben könnte, da er wohl Grieche war oder wenigstens in Griechenland wohnte<sup>34</sup>. Allein, wie gesagt, von der Hand Scaevola's stammt das Wort nicht<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Die *Litidenuntiation* als Prozesseinleitungsform im röm. Civilprozess, Leipzig 1887, S. 233 ff.

<sup>30</sup> Z. Sav. St. 16, 129. Vgl. das. 7, 51 f.

<sup>31</sup> Den Ausgangspunkt für die Untersuchung Kipp's bildet C. Th. 2. 6. 1.

<sup>32</sup> Z. Sav. St. 28, 363 A. 1.

<sup>33</sup> Näheres bei Rabel a. a. O.

<sup>34</sup> Nach § 1 *ibid.* gibt nämlich derselbe Mann eine Frage ein, die auf einem griechischen Tatbestande beruht.

<sup>35</sup> Dieser Umstand mag die Aufnahme der Stelle (wie auch des *Fragmentes D. 20. 3. 4* [Paul.] unten) in diesem § rechtfertigen, obwohl sie nicht mit Bestimmtheit interpoliert ist.

L. 19. dig., D. 32. 38. pr.

Pater filium heredem praedia alienare seu *pignori* ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex iustis nuptiis et ceteris cognatis fideicommisserat: filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore nummis novi creditoris, a priore in sequentem creditorem *pignoris hypothecaeve* nomine transtulit: quaesitum est, an *pignus* recte contractum esset, respondit secundum ea quae proponerentur recte contractum. idem quaesit, cum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emptores, qui fideicommissum ignoraverunt, bene emerint, respondi secundum ea quae proponerentur recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset<sup>36</sup>.

Ein Vater hatte es seinem Sohn und Erben verboten, die von ihm hinterlassenen Grundstücke zu veräussern oder zu verpfänden. Da die Grundstücke verpfändet hinterlassen wurden, befriedigte aber der Sohn den alten Gläubiger und überliess einem neuen das alte Pfandrecht. Bei dem Verpfändungsverbot des Vaters war Vollständigkeit vonnöten; hier steht das auch ganz genügende »*pignori ponere*«. Nachher aber, als die neue Verpfändung von seiten des Sohnes erwähnt wird, und offenbar nur Faustpfand oder aber Vertragspfand vorhanden sein konnte, heisst es, dass er die Grundstücke »*pignori hypothecaeve*« gab. Die Anfrage schliesslich, die Giltigkeit der letzteren Verpfändung betreffend, redet nur von *pignus*<sup>37</sup>.

Die letzte der hierhergehörigen Stellen Scaevola's ist D. 45. 1. 122. 1., l. 28. dig.

Mit Recht führt Samter<sup>38</sup> diese *lex* im allgemeinen und ihren § 1 insbesondere als eine höchst »unbeholfene und ungrammatische Erzählung« an, die »unwesentliche Punkte mit breiter Ausführlichkeit schildert und gerade da, wo alles auf präzise Berichterstattung ankam, durch die zerfahrene Art der Erzählung den Leser irre führt«. Es ist ein Vergnügen, auf die Darstellung Samter's hinweisen zu können. Der Paragraph als Ganzes kann weder Scaevola noch den Kompilatoren aufgebürdet werden. Es ist für alle beide zu schlecht. Eine andere Frage ist freilich, wen

<sup>36</sup> Der letzte Satz (von *si an*) unecht. Gradenwitz 200.

<sup>37</sup> Wie Manigk 7 hervorhebt.

<sup>38</sup> A. a. O. (A. 24) 163 ff.



die Verantwortung für den hier vorkommenden Ausdruck »sub pignoribus et hypothecis« trifft. Dabei sind vielleicht die Kompilatoren nicht ganz schuldlos.

### Papinian.

L. 3. resp., D. 3. 5. 31. pr.

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

Von dem weitschweifigen »iudicio quod de pignore dato redditur« ausgehend<sup>39</sup>, mit Rücksicht zugleich auf das für pignus sonderbare im »ius suum vendidisse«, hat Eisele<sup>40</sup> neuerdings behauptet, dass Papinian statt des ersten Passus kurz und gut »fiduciae« geschrieben habe, woraus sich ergeben würde, dass am Anfang statt »pignora vel hypothecas suscepit« zu lesen sei: »fiduciam (oder fiducias) mancipio accepit«. Ich kann dem nur beistimmen.

Nach der Auffassung Eisele's<sup>41</sup> ist das Fragment D. 20. 1. 2. eine Ruine desjenigen, das dem obigen zu Grunde gelegt worden ist.

Fideiussor, qui *pignora vel hypothecas* suscepit atque ita pecunias solvit, si mandati agat vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet. Ceterum iudicio, *quod de pignore dato* redditur, conveniri non potest.

<sup>39</sup> Vgl. Paul. sent. 2. 13. 7 (»iudicio fiduciae«), Modestin Coll. 10. 2. 2. (»fiduciae iudicium«). — Bei Papin. D. 13. 7. 42. findet sich übrigens ein Ausdruck gleich dem im Text angegriffenen: »iudicio quod de pignore dato proponitur«. Auch hier ist nach Eisele Z. Sav. St. 30, 114 f. eine Interpolation für »fiduciae« vorhanden, umsomehr als die letzte Stelle aus demselben Buch (Pap. 3. resp.) stammt wie die beiden im Text erwähnten. Lenel stellt sie nebeneinander. Pal. Pap. 449 f.

<sup>40</sup> Z. Sav. St. 30, 103 f.

<sup>41</sup> Ibid. 105.

Man könnte wohl auch daran denken, dass das erste die Fortsetzung des letztgeschriebenen sein könnte. Dem sei wie ihm wolle; dass sie eng zusammengehören, geht daraus hervor, dass sie aus demselben Buch (3. resp.) stammen; dass auch die letzte von der fiducia gehandelt hat, geht aus dem Ausdruck »iudicio quod de pignore dato proponitur« hervor. Aus diesem Grunde sind die Worte exemplo creditoris nicht ganz verlässlich, da die actio fiduciae infamierend war, und noch zur Zeit Papinians vielleicht nur Dolus-Haftung kannte<sup>42</sup>. Sicher ist dies bei den mangelnden Quellen jedoch nicht — schon Modestin lässt den Fiduziar für Culpa haften<sup>43</sup>. Sicher ist aber, wie Mitteis<sup>44</sup> klargelegt hat, dass die Haftung des Mandatars für Diligenz in den klassischen Quellen immer auf Interpolation beruht. So können vielleicht eben die Worte »exemplo creditoris« ihren Platz behaupten, und die Interpolation in den Worten »etiam culpam« zu suchen sein.

L. 11. resp., D. 20. 1. 1. 3.

Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis fructus *hypothecarum* usuris compensarentur fini legitimae usurae. quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit, cum ad diem minore faenore non soluto legitimae maiores usurae stipulanti recte promitti potuerunt.

Die compensatio fructuum cum usuris liegt jedenfalls beim Faustpfand, wo der Gläubiger die Früchte nur zu behalten braucht, mehr auf der Hand als bei der Hypothek, wo er sie erst erlangen muss. Es steht ja nicht, dass auch die Früchte obligantur, sondern einfach, dass sie eingerechnet werden sollen<sup>45</sup>.

Zwar konnte im griechischen Provinzialrecht eine Fruchtziehung von Hypotheken vorkommen, nämlich nach der ἐμβάτευσις, wie z. B. P. Oxy. 3, 653<sup>46</sup> (2. Jahrh. n. Chr.) der Fall zu sein scheint: Μαικιανὸς εἶπεν: — — — ἀπόλαβε τὸ δάνειον καὶ

<sup>42</sup> Mitteis, Privatrecht 1, 324 ff.

<sup>43</sup> Coll. 10. 2. 2. Mitteis a. a. O. 331. A. 45.

<sup>44</sup> a. a. O. 324 ff. insbes. 327 A. 41. (vgl. C. 2. 12. 10 und Modestin Coll. 10. 2. 3.).

<sup>45</sup> Ein ähnlicher Vorgang findet sich bei Paulus, Sent. 2. 13. 1 b., wo es sich offenbar um Besitzpfand handelt.

<sup>46</sup> The Oxyrhynchus Papyri ed. B. P. Grenfell and A. S. Hunt 3 (1903) 289.

ἀπόδος τὰς ὑποθήκας. — — — σὺ τὸ [δάνειον λ]αβὲ καὶ περὶ τῶν λοιπῶν μὴ φρόντιζε. » Ἰσίδωρος εἶπεν· »καὶ τοὺς τόκους ἀποδότω .» Μαικιανὸς εἶπεν. »[ἐδεχο]ν τῶν(?) καρπ[ούς].» — So schlägt mir Herr Prof. Mitteis vor zu lesen. — Ἰσίδωρον λέγοντος μὴ κεκαρπῶσθαι, Μαικιανὸς εἶπεν· »σὺ ἐνεβάδενσας . . .» Überhaupt kann im griechischen Recht an Immobilien auch ein Besitzpfand ὑποθήκη heissen. Aber das alles beweist doch nichts für den Sprachgebrauch der Klassiker.

L. 8. quaest., D. 20. 4. 1. pr.

Qui dotem pro muliere promisit, *pignus sive hypothecam* de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est: quaerebatur de pignore. cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.

Pignus kann an dieser Stelle wegen des Gegensatzes zur hypotheca nur Faustpfand bedeuten. Wie könnte denn der Ehemann, der eine Sache zum Faustpfande gegeben hatte, dieselbe Sache vor ihrer Wiedererlangung wiederum zum Faustpfand geben? Und doch wird nur dieser Vorgang von der ersten Alternative der Stelle gedeckt.

L. 2. definit., D. 46. 3. 97.

Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante potior habebitur causa eius pecuniae, quae sub infamia debetur: mox eius, quae poenam continet: *tertio quae sub hypotheca vel pignore contracta est*: post hunc ordinem potior habebitur propria quam aliena causa, veluti fideiussoris. Quod veteres ideo definierunt, quod verisimile videretur diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse et cet.

Wenn ein Debitor mehrerer Schuldposten eine Zahlung vornimmt, ohne eine Erklärung abzugeben, welchen Posten er tilgen wolle, muss der Creditor das Interesse des Schuldners zur Richtschnur nehmen, und zunächst die infamierende, in zweiter Linie die mit Poenalklausel versehene<sup>47</sup>, in dritter diejenige Schuld, quae sub

<sup>47</sup> Vgl. Dernburg 2, 213 f.

hypotheca vel pignore contracta est» abrechnen; nachher die Schulden des Debtors als Hauptschuldner u. s. f.

Die Erwähnung der hypotheca ist hier, wie immer, wo sie bei einem Klassiker mit pignus zusammen vorkommt, schlechthin tautologisch. Es fehlt aber in unserer Stelle eine Art von Schulden, von der man nicht annehmen kann, dass sie »ein sorgfältiger Schuldner» wahrscheinlich in letzter Linie bezahlt haben würde, sondern die er vielmehr auf eine Stufe mit der Pfandschuld gestellt haben würde: die Schuld sub fiducia. Der Verdacht liegt deshalb nahe, dass »fiducia» hier durch »hypotheca» ersetzt worden sei.

### Ulpian.<sup>48</sup>

L. 4. ad ed., D. 2. 14. 10 pr.

Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. quid ergo si quidam absentes sint? num exemplum praesentium absentis sequi debeant? Sed an et privilegiariis absentibus haec pactio noceat, eleganter tractatur: si modo valet pactio et contra absentes. et repeto ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripisse fiscum quoque *in his casibus, in quibus hypothecas non habet*, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. *haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt.*

Der kompilatorische Ursprung der beiden hervorgehobenen Sätze dürfte als festgestellt gelten können. Der Grund ist bekanntlich (ausser dem »barbarischen» in his casibus in quibus), dass eine Legalthypothek des Fiskus zu Ulpian's Zeit aller Wahrscheinlichkeit nach nicht bestand<sup>49</sup>.

L. 33. ad Sab., D. 30. 57.

Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, [nisi

<sup>48</sup> Zwei Stellen zu Ulpian sind schon im vorigen § behandelt.

<sup>49</sup> Gradenwitz 20, vgl. 89. Auch Lenel, Pal. 249 II, Mitteis, Privatrecht I, 373 A. 68; am letzten Ort Literaturhinweis und Gründe, warum für die klassische Zeit nur für die Forderungen gegen Publicani eine eigentliche Legalthypothek mit einiger Sicherheit angenommen werden kann, für andere aber nur eine Art Beschlagsrecht. Vgl. auch noch Pappulias, Z. Sav. St. 29, 369 ff. — A. M. Manigk 120 f.

si animo alio fuerit]: si nesciat a fideicommissario [(nisi si (vel hanc) vel aliam rem relicturus fuisset<sup>50</sup>, si scisset obligatam)] vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno<sup>51</sup>. [quod si testator eo animo fuit, ut, quamquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere noluerit, non tamen aperte utique de his liberandis senserit, poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi ut actiones sibi exhiberentur: quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per iurisdictionem praesidis provinciae id ei praestabitur.]

Die beiden nisi-Sätze sind als Auswuchs der krankhaften justinianischen Rücksichten auf den Willen des Testators<sup>52</sup> mit Eisele und Ferrini<sup>53</sup> für interpoliert zu halten. Was besonders den letzten der beiden Sätze betrifft, so muss man sich auch fragen, wie der Beweis möglich wäre, dass der Erblasser, der die Haftung der Sache nicht kannte, wenn er sie gekannt, eine andere Sache<sup>54</sup> gegeben haben würde.

Die Frage, die in dem Fragment aufgeworfen wird, ist die: Soll der Erbe oder soll der Fideikommissar eine dem letzteren

<sup>50</sup> Wer? Ferrini a. a. O. (s. oben A. 20.) 286.

<sup>51</sup> Ich sehe von dem umstrittenen Satze »vel potest... alieno« ab. Obwohl ungeschickt angeknüpft, ist doch sein Sinn von Mühlenbruch (Archiv. f. die civilist. Praxis 15 [1832] 393 ff.) genügend erklärt: »Auch kann ja nach getilgter Schuld noch ein Überschuss für den Honorierten verbleiben«, d. h. das Vermächtnis kann auch in dem Falle nützlich sein, wenn der Honorierte die vermachte Sache einlösen muss. Zustimmung Jourdan 190. — Über den Streit s. d. Literatur bei Mühlenbruch a. a. O. und Bachofen 131 f. A. 3.

<sup>52</sup> Vgl. J. 2. 20. 2, C. 6. 43. 1; s. auch Gradenwitz 171 ff.

<sup>53</sup> Ferrini a. a. O. 285 f. Vgl. Pandette 829 A. 3. — Wenn Bachofen 131 A. 1. in dem ersten nisi-Satz eine Parallele zu den Worten: »Si tamen defunctus voluit legatarium luere et hoc expressit, non debet heres eam luere« in J. 2. 20. 5. sieht, so ist dies wohl nur insofern richtig, als er eine unvollständige (»et hoc expressit« fehlt!) Antezipation der wirklichen, auch lokalen Parallele der angezogenen Institutionenworte bedeutet, die sich in dem freilich stark entstellten quod-Satz befinden dürfte. Vgl. unten im Text.

<sup>54</sup> Es dürfte wohl der Sinn der Worte »vel hanc vel aliam rem« sein, dass der Erblasser eine unbelastete Sache, gleichgültig welche, von etwa demselben Wert vermachen wollte. Vgl. C. 6. 42. 6. pr., dessen jedenfalls klarerer Zusatz von Ferrini a. a. O. 285 verdächtigt wird. Vgl. zu unserer Stelle Ferrini 286.

hinterlassene, verpfändete Sache einlösen? Im ersten Satze wird eine, wenn man von den beiden nisi-Sätzen absieht, klare und einfache Antwort gegeben: Wenn der Testator die Haftung der Sache kannte, soll der Erbe, wenn er sie nicht kannte, der Fideikommissar sie einlösen. Nachher fährt der quod-Satz fort: »Was end Fall betrifft, dass der Testator, obwohl er nicht wollte, dass die Last der zu befreienden Grundstücke seinen Erben obliegen sollte, doch seine Meinung betreffs ihrer Lösung nicht klar ausgedrückt hat, kann der Fideikommissar durch die exceptio doli bewirken, dass die gegen ihn mit der actio hypothecaria streitenden Gläubiger ihre Schuldklage abtreten müssen; und wenn er die Einrede zu rechter Zeit versäumt hat, kann er durch den praeses provinciae die Zession erwirken«.

Ausser dem verdächtigen Umstand, dass die »res« des ersten Satzes im zweiten zu »praedia« und der Erbe zu mehreren Erben geworden ist, ist der Fall, wie es scheint, schon mit weit grösserer formeller und materieller Präzision entschieden: Da der Erblasser die Haftung kannte (sonst hätte er über die Befreiung keine Meinung haben können), müssen die Erben dafür einstehen.

Indessen stand im ersten Satz nach dieser Regel: nisi si animo alio fuerit. Der quod-si-Satz ist anscheinend eine Fortsetzung des in diesem (wohl von den Kompilatoren stammenden) Satze enthaltenen Gedankenganges. Der Erblasser kannte die Verpfändung, wollte aber nicht, dass die Erben sie lösen sollten; da er aber dies nicht genau ausgedrückt hat, so wird, nachdem die Gläubiger gegen den Fideikommissar ihre Pfandklage geltend gemacht haben, dem letzteren die persönliche Klage der Gläubiger auf seine Einrede zediert. Das ganze Stück sagt also, obwohl sprachlich und juristisch schlechter konstruiert, auf den ersten Blick nur etwa dasselbe, was schon nach dem ersten Satz gelten würde: Der Erblasser kannte die Haftung, wollte aber nicht, dass die Erben zahlen sollten (er war »alio animo«); da er es aber nicht deutlich ausgedrückt hat, haben doch die Erben in letzter Hand für das Pfand einzustehen. Indirekt sagt aber doch der quod-Satz etwas Neues, nämlich dass der »alius animus« des Erblassers, um zur Geltung gelangen zu können, deutlich ausgedrückt sein muss<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> Man vgl. die von dieser abweichende Interpretation Ferrini's 287, welche z. T. auf falscher Lesung zu beruhen scheint (voluerit statt noluerit, ein Fehler, der auch in dem Zitat unserer Stelle bei Fer-



Dass die ganze, unklare Darstellung von »quod« an das Gepräge der Kompilatoren trägt, braucht nicht gesagt zu werden.

Ein Beispiel, wie etwa ein Klassiker den einfachen Inhalt des letzterwähnten Zusatzes klar ausdrücken konnte, geben die Institutionen Justinian's 2. 20. 5<sup>56</sup>, wo zunächst dieselbe Frage wie am Anfang der lex 57 aufgeworfen wird — nur dass es sich um ein Legat handelt<sup>57</sup> — und auch dieselbe Antwort gegeben wird. Wenn der Erblasser die Verpfändung kannte, muss der Erbe lösen. Dann setzt der folgende klare Satz, der nach der obigen Annahme unserem quod-Satz entspricht, ein: »Si tamen defunctus voluit legatarium luere et hoc expressit, non debet heres eam (sc. rem) luere.«

Ferrini, der den quod-Satz für kompilatorisch hält<sup>58</sup>, erwähnt als Interpolationskriterium, ausser der ganzen Aufstellung des Satzes, die Erwähnung (am Schluss) des praeses provinciae, die verdächtig ist, weil das Fragment von der Arbeit Marcian's ad Sabinum geliefert ist.<sup>59</sup> — Die Konjekturen Mommsen's — non noluerit — und, paläographisch besser, Donellus' — voluerit — geben, wie Ferrini bemerkt<sup>60</sup>, keinen guten Sinn.

L. 20. ad Sab., D. 32. 73. 2.

Eos vero (sc. servos), quos quis *pignori hypothecae* dedit, sine dubio inter suos legasse videbitur debitor: creditor nequaquam.

rini 286 vorkommt. Vgl. auch das — vom Verfasser nachträglich berichtigte — »non voluerit statt non noluerit« S. 287, Z. 3). — Die im Text gegebene Interpretation finde ich zu meiner Freude schon bei Mühlenbruch a. a. O. (s. oben A. 51) 399 f. angedeutet.

<sup>56</sup> Vgl. auch Alex. C. 6. 42. 6 (a. 224). Bachofen 131 A. 1. vindiziert hier für »maxime« die Bedeutung »nämlich«.

<sup>57</sup> Schon im J. 224 wurde übrigens das Legat in dieser Hinsicht durch die A. 56 erwähnte Konstitution dem Fideikommiss gleichgestellt, vorausgesetzt, dass die Stelle echt ist.

<sup>58</sup> A. a. O. 286 f.

<sup>59</sup> Ibid. — Der Forscher nennt ausserdem »aperte« und »utique« als kleinere Interpolationskriterien. Was das letztere Wort betrifft, ist es jedoch auffallend, dass es in den justinianischen Konstitutionen fehlt. Kalb, Jagd nach Interpolationen (Festschrift z. 25-jährigen Rektorats-Jubiläum von Autenrieth, Nürnberg 1897) 21 f. Dagegen könnte vielleicht eine deutliche Spur des Tribonian in dem Relativsatz »qui hypothecaria secum agerent« gesucht werden. Einem Klassiker würde Partizipialkonstruktion näher gelegen haben.

<sup>60</sup> S. 287. Gegen die Emendation des Donellus schon Mühlenbruch a. a. O. 400 A. 11., Bachofen 132 A. 6.

Die Regel, dass ein zur Hypothek gegebener Sklave von dem Schuldner, nicht aber von dem Gläubiger als Legat vermacht werden kann, scheint nicht der Erwähnung wert zu sein. Anders sind die Verhältnisse mit dem Faustpfand und der Fiducia.

L. 64. ad ed., D. 42. 6. 1. 3.

Sciendum est autem, etiamsi obligata res esse proponatur ab herede (iure *pignoris vel hypothecae*) attamen, si hereditaria fuit, iure separationis *hypothecario* creditori potior esse eum, qui separationem impetravit: et ita Severus et Antonius rescripserunt.

Ein Erbschaftsgläubiger hat Separation erwirkt. In dem Erbschaftsgut befindet sich eine Sache, welche nach Angabe der Erben verpfändet ist. An dieser Sache hat nach der vorstehenden lex der Gläubiger kraft seines ius separationis das (Besitz-) Recht vor dem Pfandgläubiger. Sowohl der Tatbestand wie die Entscheidung scheint für den Fall eines Faustpfandes ausgeschlossen, und doch bedeutet pignus in seinem Gegensatz zu hypotheca eben Faustpfand. Wenn man aber die Wörter »vel hypothecae« als kompilatorisch streicht, so handelt die Stelle nur von Vertragspfand (res iure pignoris obligata). Bezeichnend ist auch, dass im Folgenden nur von dem Vertragspfandschuldner die Rede ist; »pigneraticio« wäre also hier durch »hypothecario« nicht ergänzt, sondern ersetzt worden.

L. 2. regul., D. 46. 3. 43.

In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores *hypothecae* pignora, praeterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur.

Über diese Stelle ist zuerst zu bemerken, dass der praeterquam-Satz keine Ausnahme von der im vorigen gegebenen Regel enthält. »Alle akzessorisch Verpflichteten werden befreit, mit der Ausnahme, dass der Hauptschuldner nicht befreit wird« (!)<sup>61</sup>. Aber auch der Ausdruck »hypothecae pignora« ist hier besonders auffallend, weil mehrere<sup>62</sup> Arten von persönlicher Sicherheit mit der gemeinsamen Bezeichnung »adpromissores« angegeben sind.

<sup>61</sup> Levy, Sponsio, fidepromissio, fideiussio (1907) 18 f. bemerkt den mangelnden Zusammenhang.

<sup>62</sup> Nach Levy a. a. O. 13 ff. waren mit dem Worte adpromissor ursprünglich nur sponsores und fidepromissores, also nicht fideiussores, gemeint.

Und letzteres Wort ist wahrscheinlich echt, da die Kompilatoren es mit Vorliebe mit »fideiussor» ersetzten<sup>63</sup>. Es muss deshalb angenommen werden, dass die Kompilatoren hier eine ganz besondere Veranlassung zur Einschaltung des Wortes *hypotheca* hatten: dass sie nämlich dem Worte *fiducia* begegneten. Im Grundtext hätte also gestanden: *fiduciae pignora*.

L. sing. de off. cur. r. p., D. 22. 1. 33. 1.

Praeterea prospicere debet, ne pecuniae publicae credantur sine pignoribus idoneis *vel hypothecis*.

Dass die beiden letzten Worte bei Ulpian überflüssig sind, leuchtet ein.

L. 28. ad ed., D. 13. 7. 9. 2.

Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit *nec* possessio ad creditorem.

Auch auf diese Stelle kann man sich nicht stützen und mit Zuversicht sagen, dass *hypotheca* in echten Fragmenten vorkäme. Denn dass diese Stelle interpoliert ist, ist wegen des »*nec*» schon seit Wissenbach<sup>64</sup> erkannt. Dieser fügt »*nec* *proprietas*, ut in *fiducia*» hinzu, und andere ergänzen im selben Sinne etwas verschieden<sup>65</sup>. Aber auch mit dieser Konjektur kann man nicht recht zufrieden sein. Denn er selbst ist der erste, der gegen die Regel über *hypotheca*, die Ulpian hier gibt, verstösst<sup>66</sup>, indem er regelmässig dasjenige Pfand, das an den Gläubiger nicht übergeht, *pignus* nennt — in mindestens 8 erhaltenen einwandfreien Fragmenten drückt er die Hypothek durch »*pignus obligatum*» u. ähnl. aus<sup>67</sup> — an keiner unangreifbaren Stelle benutzt er aber m. E. *hypotheca*. Wenn dies richtig ist, was ich durch die obige Übersicht klargelegt zu haben hoffe, so erhellt, dass das Interesse Ulpian's für das fremde Wort kaum stark genug sein konnte, um eine Definition desselben zu veranlassen. Auch die anderen Klassiker folgen der Ulpianischen Regel nicht. Nur die Kompilatoren haben sie beobachtet. Erst in der Kompilation war unsere Regel am Platze.

<sup>63</sup> Lenel, Pal. praefatio VII 1. Levy a. a. O. 18 erkennt, dass die Kompilatoren keinen Anlass hatten, das Wort hinzuzufügen.

<sup>64</sup> S. 40.

<sup>65</sup> S. die bei Oertmann 45 f. (vgl. auch Manigk 121 A. 5.) Angeführten.

<sup>66</sup> Vgl. Manigk 122.

<sup>67</sup> Vgl. unten § 12.

Obwohl die Begründung z. T. erst im nächsten Kapitel gegeben werden kann, gebe ich hier einen Vorschlag, wie m. E. die Stelle etwa gelautet haben könnte: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, pignus obligatum, cum non transit nec possessio, nec ut in fiducia proprietas ad creditorem.*

### Paulus.<sup>68</sup>

L. 5. resp., D. 20. 3. 4.

Titius cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei et quasdam res *hypothecae* nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam: Quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur. respondit, cum in potestate fuerit debitoris post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore *pignoris obligationem* contractum videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

In Bezug auf das Wort *hypotheca*, das nur in der Frage vorkommt, braucht Paulus in seinem Responsum *pignus*, was Manigk<sup>69</sup> als auffallend bezeichnet, um so mehr, als Paulus die neutrale Wendung »*pignoris obligatio*» brauche. Es liegen zwei Möglichkeiten vor: Entweder ist der Ausdruck *hypotheca* interpoliert, oder aber hat sie der Laie gebraucht. Jedenfalls hat Paulus ihre Verwendung abgelehnt.

In dem folgenden Fragment, wo betreffs des Gebrauchs der Wörter *hypotheca* und *pignus* derselbe Tatbestand vorhanden ist, liegt die Annahme einer Interpolation am nächsten:

L. 4. resp., D. 20. 6. 11.

Lucius Titius cum esset uxori suae Gaiiae Seiae debitor sub *pignore sive hypotheca* praediorum, eadem praedia cum uxore sua Seiae Septiciae communis filiae nomine Sempronio marito eius futuro in dotem dedit: postea defuncto Lucio Titio Septicia filia abstinuit se hereditate paterna: quaero, an mater eius *hypothecam* persequi possit. Paulus respondit *pignoris quidem obligationem* praediorum Gaiam Seiam, quae viro pro filia communi in dotem eadem danti consensit, cum communis filiae nomine

<sup>68</sup> Eine Stelle zu Paulus ist schon im vorigen § erörtert.

<sup>69</sup> S. 123.

darentur, remisisse videri, obligationem autem personalem perseverasse: sed adversus eam, quae patris hereditate se abstinuit, actionem non esse dandam.

Denn es fragt sich, wie der Fragesteller mit dem vorhandenen Tatbestand so unbekannt sein konnte, dass er nicht wusste, ob pignus oder hypotheca vorlag. Es befremdet auch, dass er kein Interesse für den Fall zeigt, dass die Alternative mit dem pignus (hier Faustpfand) vorliegt, sondern nur nach der hypotheca fragt, wie auch dass Paulus auf die Frage nach der hypotheca die Regel für das pignus gibt.

L. 2. manual., D. 36. 3. 7.

Filio vel servo sub condicione a patre dominove herede instituto legatum est. huius legati satis petere non possunt: sed pendente condicione emancipatus vel manumissus si satis petant, quaeritur, an audiendi sint, ne beneficium patris dominive ipsis onerosum sit, an sibi imputare debeant, qui dederunt eis postulandi adversus se facultatem. [sed melius est per mediocritatem causam dirimere, ut cautioni tantum cum *hypotheca* suarum rerum committantur].

Die Frage ist, ob, wenn jemand seinem Haussohne oder Sklaven ein bedingtes Legat hinterlassen hat, und diese während der Schwebe der Bedingung emanzipiert, bezw. freigelassen werden, sie von den Erben-Emanzipanten-Freilassern Sicherheitsleistung durch Bürgen verlangen können. Bekanntlich galt im römischen Recht die Regel, dass der mit einem bedingten Vermächtnis Bedachte von dem Beschwerten derartige Sicherheit (oder, bei deren Ausbleiben, missio in possessionem) verlangen konnte<sup>70</sup>. In dem zitierten Fragment werden indessen Gründe angeführt, weshalb hier ausnahmsweise diese Sicherheit verweigert werden könnte — »damit nicht die Wohltat des Vaters oder Herrn demselben nachteilig werde, der dem Sohne oder Sklaven das Klagrecht gegen sich gegeben hat«. Die Entscheidung lautet indessen: »Besser ist aber die Frage auf einer billigen Mittelstrasse zu entscheiden, so dass die Erben nur mit einer Hypothek ihrer eigenen Sachen zur Sicherheitsleistung verfallen«.

Für die verworfene Entscheidung sind also gute Gründe angeführt, für die gewählte aber wird nur der Grund ange-

<sup>70</sup> D. 36. 3. 1. 2.

geben, dass dem so besser und billiger sei. Diese Methode, den Schluss ohne Änderung der Motive mit einem »sed melius est« zu ändern, ist bekanntlich für die Kompilatoren typisch<sup>71</sup>. Die Interpolation der Stelle (von diesen Worten an) ist auch schon von Faber erkannt<sup>72</sup>. Wenn ich mir erlauben darf, ein »Verisimile« vorzuschlagen, so hätte die ursprüngliche Entscheidung (»quod non admittendum existimo«?) ihre Stelle vor dem »ne« gehabt.

L. 57. ad ed., D. 46. 2. 18.

Novatione legitime facta liberantur *hypothecae et pignus*, usurae non currunt.

Von einem Worte in diesem kurzen Fragment hat de Ruggiero<sup>73</sup> bewiesen, dass es von den Kompilatoren eingeschoben sei. »legitime« kann sich nämlich nur auf die justinianische Konstitution<sup>74</sup> beziehen, wodurch erst eine Norm für die Novation aufgestellt wurde<sup>75</sup>. Dass aber die Interpolation mit der Entfernung dieses Wortes nicht erschöpft ist, wird durch die Beobachtung wahrscheinlich, dass der Numerus der beiden Pfandwörter verschieden ist. Zur Erklärung, warum denn Tribonian nicht geschrieben hat »liberantur [*hypotheca*] et pignus«, sind, wie Prof. Mitteis mir gütigst bemerkt, zwei Möglichkeiten vorhanden. Am wahrscheinlichsten ist, dass gestanden hat »liberantur *sponsors et pignus*«, da nämlich sponsor sehr gern im Plural steht. Zwar wurde sponsor regelmässig durch fideiussor ersetzt<sup>76</sup>; das Wort hypotheca könnte aber hier durch das nebenstehende pignus hervorgerufen sein. Denkbar ist aber auch, dass gestanden hat: fiducia; der Plural hypothecae könnte dann so erklärt werden, dass die Kompilatoren an die beliebte Generalhypothek dachten.

<sup>71</sup> Gradenwitz 20 ff.

<sup>72</sup> Conject. 448. — Die Ergebnisse Faber's sind durch de Medio, Bull. dell' ist. 13, 234, Baviere Arch. giur. 69 (1902) 398 ff. und de Medio, Bull. 14, 276. leichter zugänglich gemacht.

<sup>73</sup> Bull. dell' ist. 11, 49 ff. bes. 56 f. — De Ruggiero stellt übrigens die beiden Wörter legitime *facta* unter Interpolationsverdacht. Letzteres kann jedoch sehr wohl echt sein.

<sup>74</sup> C. 8. 41. 8. v. J. 530. Vgl. J. 3. 29. 3 a.

<sup>75</sup> Nämlich von der nunmehr notwendigen ausdrücklichen Erklärung, dass animus novandi vorhanden sei. Vgl. die Literaturübersicht Levy a. a. O. 32 ff.

<sup>76</sup> Lenel, Pal. Praef.



**Modestin.**

L. 4. resp., D. 20. 1. 26. 2.

Lucius Titius praedia et mancipia quae in praediis erant obligavit: heredes eius praediis inter se divisus illis mancipiis defunctis alia substituerunt: creditor postea praedia cum mancipiis distraxit. quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, *hoc est in hypothecis*, emptor vindicare recte possit. Modestinus respondit, si neque pignoratia sunt ipsa mancipia neque ex pignoratia ancillis nata, minime creditoribus obligata esse.

Ich halte die kursivierten Worte für unecht. Diese Weise, mit »id est«, »hoc est« eine überflüssige Bemerkung einzuschalten, ist bekanntlich bei den Kompilatoren sehr üblich<sup>77</sup>, und hier ist der Inhalt des Zusatzes geradezu störend. Es ist nämlich verdächtig, dass von dem Grundstück als der einzigen Hypothek gesprochen wird, da es sich eben darum handelt, ob nicht auch die Sklaven als Hypothek zu betrachten seien<sup>78</sup>.

II. Libri ad formulam hypothecariam.

**Gaius.**

Hier ist an erster Stelle die lex geminata D. 20. 1. 4. = 22 4. 4. zu beachten.

D. 20. 1. 4.

Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint *hypothecae nomine* obligatae: nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus quae consensu contrahuntur, et ideo et sine scriptura si convenit ut *hypotheca* sit et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. fiunt enim de his scripturae, *ut quod actum est per eas facilius probari poterit*: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, *licet testationes in scriptis habitae non sunt*.

<sup>77</sup> Vgl. z. B. H. Appleton 247 f.

<sup>78</sup> Die Bemerkung Manigk's 133, dass das Wort sich hier nur in der quaestio befindet, während Modestin selbst im responsum von pignorare und obligare spricht, halte ich deshalb für belanglos.

Contrahere hypothecam ist nicht einwandfrei<sup>79</sup>, »ut hypotheca sit« ist falsch<sup>80</sup>, »hypothecae nomine« ist überflüssig<sup>80a</sup> und der Indicativ in den ut- und licet-Sätzen ebenso. In der Doppelstelle aber findet sich nur der letzte dieser Fehler; da auch andere Verschiedenheiten vorhanden sind, darf man sich dies vielleicht so erklären, dass die Interpolation in der Vorlage nur angedeutet war, und von den Kompilatoren einmal mit grösserer, ein andermal mit weniger Sorgfalt ausgeführt worden sei. Man hat die Verschiedenheiten der beiden licet-Sätze aus einer Zerstreutheit der Kompilatoren erklären wollen. Sie wären bei dem Diktat mit einer anderen Idee beschäftigt gewesen<sup>81</sup>. Da indessen keine der beiden Versionen die klassische sein kann, setzt diese Annahme den Zufall voraus, dass die Kompilatoren sowohl bei dem Diktat zu D. 20. 1. 4. wie bei demjenigen zu D. 22. 4. 4. zerstreut gewesen wären. Auf griechische Verhältnisse deutet das energische Betonen, dass die Schrift keine pfandkonstitutive Bedeutung habe. Einem Römer wäre es nie eingefallen, daran zu denken<sup>82</sup>. Hier wird sogar zweimal darauf aufmerksam gemacht, dass die Pfandbestellung ohne Schrift gültig ist (»et sine scriptura si convenit ut hypotheca sit«, »et sine his autem valet quod actum est«). Auch scheint der Gedanke, dass die Pfandbestellung ohne Schrift nur dann gültig sei, wenn man doch Beweise hat, mehr auf die »graeca fides« als auf die römische Rücksicht zu nehmen<sup>83</sup>. Das »si habeat probationem« schliesslich ist »wirklich nicht schön«<sup>84</sup>. Nur wenig dürfte in diesem Fragment echt sein.

D. 20. 1. 15. pr.

Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur *sint hypothecae obligata*: idque

<sup>79</sup> Vgl. oben zu A. 4 ff.

<sup>80</sup> Dass dieser Fehler falscher Lesart zuzuschreiben sei, liegt natürlich nahe. So Manigk 30.

<sup>80a</sup> So Manigk 31.

<sup>81</sup> So H. Appleton 34 zu A. 1.

<sup>82</sup> Zwar war die Schrift auch in Griechenland für die Hypothek nicht Form (Beauchet 3, 196 u. 222.), wenn man von den Stellen absieht, wo Hypothekenbücher eingeführt waren. (Hitzig 49 ff. 52.).

<sup>83</sup> Zum Letztgesagten vgl. Eisele Z. Sav. St. 30, 125. Zur Verschiedenheit der römischen und griechischen Auffassung von der Bedeutung der Schriftform vgl. Mitteis, Reichsrecht 514 ff.

<sup>84</sup> Worte Eiseles a. a. O.

servandum est, sive dominus fundi convenerit [aut de usu fructu aut de his quae nascuntur] sive is, qui usum fructum habet, sicut Julianus scribit.

Hier ist zu bemerken, dass der Satz »futura tamen sunt» zum Hauptsatz nicht geeignet ist, dass das »et ea quae nascuntur» wegen des vorhergehenden »partus ancillae, fetus pecorum» unlogisch ist, und dass die Worte »sint hypothecae obligata» — was hier von besonderem Belang ist — nicht nur überflüssig sind, sondern auch ohne grammatikalischen Zusammenhang dastehen<sup>85</sup>. Dass die eingeklammerten Worte unecht sind, bedarf keiner Ausführung. Sie wurden früher als Glossem angesehen<sup>86</sup>, sind aber nach den Ausführungen Siber's<sup>87</sup> mit Rücksicht auf die Interpolation in D. 20, 1. 11. 2<sup>88</sup> eher interpoliert.

Viel befriedigender wäre die folgende Fassung unserer Stelle: »Et quae futura sunt pignori dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae.<sup>89</sup> idque servandum est, sive dominus fundi convenerit, sive is qui usum fructum habet, sicut Julianus scribit».

D. 20. 1. 15. 1.

Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, *quae cottidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis cetera etiam bona teneantur* debitoris, quae nunc habet et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.

Hier ist »cottidie» als eine wohl kompilatorische Übertreibung zu betrachten<sup>90</sup>. Auch ist die Erwähnung der schon gesehenen speziellen Verpfändung völlig belanglos und kann, wie mir scheint, nur durch ein allzu lebhaftes Streben der Kompilatoren, das Wort hypotheca einzupflanzen, erklärt werden.

<sup>85</sup> Vgl. allerdings die Konjekturen Huschke's — ut ea quum — und Mommsen's — simulatque.

<sup>86</sup> So Lenel, Pal. 400.

<sup>87</sup> S. 91 A. 1.

<sup>88</sup> Siber 89 ff. Vgl. unten S. 97.

<sup>89</sup> Schon die Aufzählung fructus, partus, fetus ist ja falsch, da die fetus schon fructus sind.

<sup>90</sup> Pernice soll nach Kalb, Jagd nach Interpolationen 20 den Ausdruck cottidie immer für verdächtig halten. Dagegen Kalb a. a. O.

D. 20. 1. 15. 2.

Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, [ut sit pignori *hypothecaeve* id quod pluris est:] aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit. de quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit [*ut sit hypothecae*]? et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, *an adhuc pars? sed illud magis est, quod prius diximus.*

Die Stelle ist offenbar interpoliert, wie auch die italienischen Digesten-Herausgeber bemerken. Schon »forte» ist bekanntlich ein Lieblingswort der Kompilatoren<sup>91</sup>, und der eingeklammerte Satz ist eine sinnlose Wiederholung des vorhergehenden. Gegen die Annahme, dass er ein Glossem sei<sup>92</sup>, spricht, dass seine Streichung zu einer Ergänzung in der Fortsetzung (*in solidum*) nötigt. Was das folgende betrifft, so ist ausser der Tempus-Folge »si conveniat . . . si convenerit» zu bemerken, dass die nachhinkenden Worte »ut sit hypothecae» überflüssig sind, und dass der Satz »et solida res . . . liberata» nur dann seinen Platz behaupten kann, wenn das folgende, das nicht nur überflüssig ist, gestrichen wird. Sonst würde er eine kategorische Entscheidung bedeuten, die weder kategorisch noch als eine Entscheidung gemeint ist. Andererseits wäre dieser Zusatz unbegreiflich, wenn das vorherstehende klassisch wäre und die Kompilatoren also den alten Schluss aufrecht erhalten hätten wollen. Dazu brauchten sie ja bei ihrer knappen Zeit keine Änderungen zu machen. Der Gedanke liegt deshalb nahe, dass ein neues Prinzip eingeführt werden sollte. Da aber der Satz »et solida res . . . liberata» ein formell echtes Gepräge hat, dürfte es nicht allzu kühn erscheinen, die Vermutung auszusprechen, dass die Entscheidung ursprünglich etwa folgendermassen gelautet habe: *Et non solida res inesse conventioni videtur, cum . . . liberata, sed adhuc pars.* Dass die Entscheidung, wenn sie in dieser Form den Kompilatoren zur Änderung vorlag, dabei das jetzige Aussehen annehmen konnte, liegt nahe.

<sup>91</sup> Eisele, Z. Sav. St. 13, 139, Beiträge 236.

<sup>92</sup> So Dernburg 2, 481 A. 6 mit Haolander.

D. 20. 4. 11. pr.

Potior est in *pignore*, qui prius credidit pecuniam [et accepit *hypothecam*] quamvis cum alio ante *convenerat*, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante *convenit*, non accipere ab eo pecuniam.

Die italienischen Digesten-Herausgeber bemerken, dass die Stelle interpoliert sei und nicht wiederhergestellt werden könne — zweifellos mit Recht. Denn ausser der hier besonders anstössigen Abwechslung von *pignus* und *hypotheca* — eine Abwechslung, die nur dem Verfasser der angeblich Marcianischen Regel »inter *pignus* autem et *hypothecam* tantum nominis sonus differt»<sup>93</sup> zugemutet werden kann, und die durch Einschaltung des eingeklammerten Satzes hervorgerufen zu sein scheint — ausser dem vertauschten Subjekt zu »*convenerat*» und den offenbaren Gräzismen mit dem Indikativ nach *quamvis* und in den beiden *licet*-Sätzen<sup>94</sup> ist der erste *licet*-Satz ohne Emendation unverständlich<sup>95</sup> und der Schluss von »*poterat*» ab schwerfällig.

D. 20. 4. 11. 1.

Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta [*hypotheca* data] sit, *qua pendente* alius credidit pure et accepit eandem *hypothecam*, tunc deinde prioris stipulationis existat condicio, ut potior sit qui postea credidisset. sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. quod et melius est.

So hat Gaius schwerlich geschrieben: »*qua pendente*» gehört in der jetzigen Fassung zur *hypotheca*. Wenn man *pignus datum* statt *hypotheca data* liest, wird alles richtig.

D. 20. 4. 11. 3.

Si de futura re convenerit, ut *hypothecae* sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis *fuit* debitoris: et in fructibus, si convenit ut sint *pignori*, aequè quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris.

<sup>93</sup> Vgl. oben § 5 zu A. 24 ff.

<sup>94</sup> Zu *licet* vgl. unten § 8 zu A. 20 ff.

<sup>95</sup> Dernburg I, 528 streicht ihn ohne Begründung. Mommsen liest »*scilicet si*». — Mit der Annahme dieser Emendation wurde natürlich die Anmerkung gegen den Modus dieses Satzes verfallen.

Hier steht in dem ersten, nicht aber in dem zweiten indirekten Redesatz der Indikativ. Dabei ist zu bemerken, dass in dem ersten Satz, woran der falsche Indikativ-Satz geknüpft ist, *hypotheca* steht, im zweiten, an den der echte Konjunktivsatz angehängt ist — *pignus*.

D. 20. 6. 7. 4.

Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso *dederit hypothecae*, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui *pignori dedit*, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.

Die Abwechslung von *hypothecae dare* und *pignori dare* ist nicht eben ansprechend.

### Marcian.<sup>96</sup>

D. 20. 5. 7. pr.

Si creditor *pignus* [vel *hypothecam*] vendiderit hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam et *pignus* recipere: an, si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit? et Julianus libro undecimo digestorum scribit recte quidem distractum esse *pignus*, ceterum agi posse cum creditore, ut, si quas actiones habeat, eas cedat debitori. [*sed quod Julianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est.*]

Der Gläubiger hat das *pignus* oder die *hypotheca* verkauft, mit der Verabredung, dass er das Recht haben solle, das *pignus* gegen Rückzahlung wiederzuerlangen. Wie denn mit der *hypotheca*? Davon ist nicht mehr die Rede. Das steht aber mit der Regel »inter *pignus* autem et *hypothecam* tantum nominis sonus differt»<sup>97</sup> in bestem Einklang. Dasselbe ist aber nicht mit dem Schluss des Fragmentes der Fall. Julian hat eine Regel für *pignus* gegeben, wozu gesagt wird, dass dieselbe auch für *hypotheca* gelten solle. Sollte also doch ein Unterschied existieren? Manigk<sup>98</sup> meint, dass Marcian den Julian nicht richtig verstanden habe, weil letzterer *pignus* regelmässig im weiteren Sinne benutze. Er scheint auch sich selbst nicht richtig verstanden zu haben.

<sup>96</sup> D. 20. 1. 5. 1, 2 sind schon im vorigen § 7 erörtert.

<sup>97</sup> D. 20. 1. 5. 1.

<sup>98</sup> S. 72.



Die Stelle gewinnt auffallend an Klarheit, wenn man die eingeklammerten Worte streicht. In D. 13. 7. 13. pr.<sup>99</sup> gibt Ulpian dieselbe Entscheidung Julian's wieder; dass der letzte Satz da fehlt, braucht nicht gesagt zu werden, aber auch im Tatbestand ist nur von pignus die Rede. Darf man wirklich Marcian, einen klassischen Juristen, der Zusätze für fähig halten?

D. 41. 2. 37.

*Re pignoris nomine data et possessione tradita*, deinde a creditore conducta convenit, ut is, qui *hypothecam* dedisset, pro colono in agro, aedibus autem pro inquilino sit: per eos creditor possidere videtur.

Hier wird hypotheca vom Besitzpfand verwendet (wie auch in D. 20. 4. 12. pr. der Fall ist), was mit der marcianischen Regel im schönsten Einklang steht. Sonderbar ist nur, dass diese Verwendung des Wortes eine Ausnahme ist. Sollte doch ein tieferer Unterschied existieren, als Marcian anerkennen will?

Indessen sind die ersten Worte unseres Fragmentes als weitschweifig verdächtigt worden<sup>100</sup>, indem, wie längst erkannt, pignori dare in der Regel Pfandverabredung mit Besitzübergabe bedeutet. Insbesondere wenn das Ergebnis des § 11 unten richtig ist, und der Ausdruck von den Juristen zur Zeit Marcian's nur vom Besitzpfand verwendet wurde, ist in der Tat der Zusatz »et possessione tradita« so überflüssig, dass starker Verdacht am Platze ist. Dabei ist natürlich an eine Ausschaltung der fiducia zu denken. Jetzt war eben bei der fiducia der Vorgang gewöhnlich, dass der Schuldner die fiduziierte Sache mietete.<sup>101</sup> Es liegt deshalb am nächsten, sich die ursprüngliche Fassung etwa in folgender Weise vorzustellen: »Re fiducia causa mancipio data, deinde a debitore conducta convenit, ut is pro colono in agro et cet.« Sicher ist doch diese letzte Veränderung keineswegs. Gegen dieselbe spricht das *eos*, welches gegenwärtig ein singulares Korrelat hat.<sup>102</sup> Man könnte vielleicht daran denken, dass die fiducia ursprünglich von dem Gläubiger an zwei Dritte vermietet sei — an den einen der Acker, an den anderen die Gebäude. Hierzu

<sup>99</sup> Der letzte Satz interpoliert. Eisele, Beiträge 78 f.

<sup>100</sup> Gradenwitz 197 A. 1.

<sup>101</sup> Siehe z. B. die interpolierte Stelle Paulus D. 13. 7. 37 — Lenel Pal. IIII.

<sup>102</sup> Vgl. die ähnliche, dem Julian zugeschriebene Konstruktion D. 41. 3. 33. 4, oben Text nach A. 17.

würde der letzte Satz gut passen: per eos creditor possidere videtur. Nachher, könnte man denken, wollten die Kompilatoren in diesem Fragment eine Hypothek erwähnen und glaubten dies durch Wiedereinsetzung des Schuldners in den Besitz zu erreichen.<sup>103</sup>

D. 20. 1. 5. pr.

*Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur vel etiam locatio et conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit.*

Es fragt sich hier, warum Marcian nur die hypotheca erwähnt und das pignus völlig übergeht. Es ist aber bei dem offenbar stark entstellten Zustand dieser Stelle untunlich, dem Marcian irgend etwas von ihrem Inhalt zuzuschreiben. Die ganze weitschweifige Exemplifikation zu dem nicht allzu schwierigen Begriff quaecumque obligatio, welche den Inhalt der Stelle im übrigen bildet — sive mutua pecunia datur . . . exstiterit — dürfte nämlich eine explikative Interpolation sein.<sup>104</sup> Trotz aller Weitschweifigkeit ist die Aufzählung, wie Perozzi<sup>105</sup> bemerkt, unvollständig und willkürlich. Die Verbalkontrakte fehlen gänzlich, und von den Real- und Konsensualverträgen sind mehrere prinziplos ausgelassen. Die Erwähnung der dotis datio zwischen dem mutuum und der emptio venditio ist befremdend. Dazu kommen noch grosse formelle Mängel (»sive emptio vel venditio contrahatur«; »vel etiam locatio«;<sup>106</sup> »sive in praesenti contractu« steht ohne grammatikalischen Zusammenhang da; der Satz »sive etiam praecedat« müsste zum Subjekt obligatio haben, was syntaktisch

<sup>103</sup> Herzen 21 zu A. 2 wirft die Frage auf, ob nicht hier eine Interpolation für pignus oder fiducia vorhanden sei.

<sup>104</sup> So Perozzi, Le obbligazioni romane (1903) 138 f. A.

<sup>105</sup> a. a. O.

<sup>106</sup> Dass »vel etiam« justinianisch sei, soll von Grupe, Z. Sav. St. 17, 318 nachgewiesen sein. (Ich zitiere diese mir nicht mehr zugängliche Arbeit nach Perozzi a. a. O.).

unmöglich ist<sup>107</sup>; die Modi sind falsch; datur — contrahatur — est — praecedat; im folgenden sind die drei »sed« anstössig [griechisch δέ?], von denen das erste deshalb desto weniger am Platze ist, weil die dos eine futura obligatio ist.<sup>108</sup> Auch im übrigen ist die Form mit den allzu häufigen »etiam« und gleichbedeutenden »et« nichts weniger als schön<sup>109</sup>.

D. 20. 1. 11. 3.

Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; [*igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint*].

Die italienischen Digesten-Herausgeber bemerken, dass die Stelle interpoliert und nicht wiederherzustellen sei, verwerfen also die Mommsen'sche Konjekture (conveniri; possunt del.), die ja in der Tat recht bedenklich ist<sup>110</sup>. Der kompulatorische Ursprung des zweiten Satzes scheint mir auf der Hand zu liegen, nicht nur, weil die Form misslungen ist, sondern auch weil alles, was zu sagen ist, schon mit dem ersten Satz erledigt war. Besonders mit D. 20. 1. 5. 1. — inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt — zusammengestellt, ist der Zusatz ganz überflüssig<sup>111</sup>. Nach Perozzi<sup>112</sup> beruht übrigens auch das Wort urbanorum auf Interpolation, weil nach klassischem Recht die Rustikal- nicht weniger als die Urbanälservituten wegen ihrer Unveräusserlichkeit unverpfändbar gewesen sein sollen.

D. 20. 1. 13. 1.

Statuliber quoque dari *hypothecae* poterit, licet condicione existente evanescat *pignus*.

Dies ist andererseits ein mit der erwähnten Marcianischen Regel in gutem Einklang stehender Gebrauch der beiden Wörter.

<sup>107</sup> Zu den bis jetzt genannten Anmerkungen vgl. Perozzi a. a. O.

<sup>108</sup> Diese Konstruktion der dos gibt neuerdings aus unserer Stelle Weiss 99. Ich gebe zu, dass ihre Konstruktion als eine obligatio sub condicione mir näher liegt; dass dabei die Präzision der Alternative mangelhaft ist, bedarf keiner Ausführung.

<sup>109</sup> Ob dagegen die Annahme Perozzi's a. a. O. (vgl. auch Ist. 1, 65 ff.), dass erst die Byzantiner die Dreiteilung »ius civile, honorarium et naturale« eingeschaltet haben, das Richtige trifft, ist fraglich. Zustimmung Mitteis, Privatrecht 1, 63 A. b). Ablehnend Longo, Rendiconti Ist. Lombardo, ser. 2, 40 (1907) 632 ff.

<sup>110</sup> »Sprachwidrig«. Huschke, Zur Pandektenkritik (Leipzig 1875) 16. f.

<sup>111</sup> Man hat hier eine Erwähnung der fiducia finden wollen, doch ohne Erfolg. Vgl. Oertmann 42.

<sup>112</sup> Ist. 1, 487 A. 3.

Der Eindruck der Echtheit wird dadurch jedoch nicht eben bestärkt.

D. 20. 1. 13. 4.

Etiam si creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet. et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisdederit et damnatus sit, aequae hypotheca manet obligata. multo magis ergo si in personam actum sit sive cum reo sive cum fideiussore sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet iudicati actionem.

Schon formell ist die Stelle mangelhaft. Der Satz id est (si . . . . . satisfactum est) entbehrt der Fortsetzung<sup>113</sup>. Der Inhalt ist der Form gleich. Zwar ist die Mitteilung, dass die hypothekarische Klage ihre eigenen condiciones hat, von grossem Interesse, wie auch die anfängliche Begründung: Die Hypothek erlischt durch Zahlung oder sonstige Abfindung, ohne die sie wirksam bleibt. Die Fortsetzung der Begründung aber ist befremdend. »Auch wenn ein defensor, wenn ich gegen ihn eine persönliche Klage erhoben habe, verurteilt wird, ist es, obwohl er mir durch Bürgen Sicherheit geleistet hat, billig, dass die Hypothek haften bleibt. Um so viel mehr (multo magis) muss das bei einem gewöhnlichen Schuldner oder dessen Bürgen u. s. f. der Fall sein«. Wozu die ganze Geschichte mit dem Defensor und seiner Sicherheitsleistung? Jedenfalls nicht zur Begründung des folgenden. Warum soll die Hypothek für die Schulden des gewöhnlichen Schuldners »multo magis« haften bleiben als für diejenigen des Defensors?

D. 20. 1. 13. 5.

Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interrim debeatur: [sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit.] sed si praesens sit debitum, *hypotheca* vero sub condicione, et agatur ante condici-

<sup>113</sup> Durch die Konjekture Mommsen's (id est finita est si) wird der Form allerdings notdürftig aufgeholfen. Im Text wird auch im folgenden angenommen, dass sie den Sinn des Verfassers wiedergibt. Zweifelhaft ist nur, ob sie die Abschreiber oder die Kompilatoren betrifft.

onem *hypothecaria*, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri *hypothecam* iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt 'si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui *hypothecam*, si in rerum natura sit'.

Der eingeklammerte Satz ist mit Enneccerus<sup>114</sup> und Eisele<sup>115</sup> für interpoliert zu halten, da erst infolge einer Konstitution Zeno's<sup>116</sup> die plus petitio tempore den Verlust der Klage nicht mehr nach sich zog<sup>117</sup>. Aber auch im Falle des zweiten Satzes, wo die Pfandklage erhoben wurde, bevor das Pfandrecht zustande gekommen war, ist wohl die Entscheidung aus demselben Grunde unklassisch. Was die Kompilatoren an die Stelle des Originaltextes gesetzt haben, ist nicht gerade sinnreich: die Klage wird abgewiesen, doch nur, wenn der Beklagte dafür kaviert, dass er nach Eintritt der Bedingung bei immer noch ausbleibender Zahlung dem Kläger die Pfandsache ausliefern werde. Wenn also der Beklagte die Kautionsweigert, so muss er, wie Siber<sup>118</sup> bemerkt, nach dieser Entscheidung schon vor Eintritt der Bedingung zur Herausgabe des Pfandes verurteilt werden! — Die abschliessende Bemerkung — »si in rerum natura sit« — ist ein hoffnungsloser Versuch, ein verlorenes Spiel zu retten.

D. 20. 1. 16. 6.

Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo *pignus*, quam computatio sortis et usurarum faciebat, an, si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur *hypotheca*? quod ego [quantum quidem ad subtilitatem legis et auctoritatem sententiae] non probo: semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi: [sed humanius est non amplius eum, quam quod re vera debet, dando *hypothecam* liberare].

<sup>114</sup> Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin (1889) 361; arg. (ausser dem im Text gleich zu erwähnenden): Ein klassischer Jurist hätte einfach geschrieben: Sed si condicio exstiterit.

<sup>115</sup> Z. Sav. St. II, 22; arg. agere statt agi, ein bei Interpolationen öfters vorkommendes Aus-der-Konstruktion-Fallen.

<sup>116</sup> C. 3. 10. 1. pr.

<sup>117</sup> Gai. IV. 53. Paul. sent. 1. 10; J. 4. 6. 33 b. — In die Interpolationsannahme einstimmend Jörs 527. Vgl. die ähnliche Interpolation D. 11. 1. 1. pr. wo nach Jörs 537 statt interdum u. s. f. zu lesen sei: plus petendo causa cadit.

<sup>118</sup> S. 129.

Dass die beiden eingeklammerten Sätze von den Kompilatoren stammen, ist längst erkannt<sup>119</sup>, und einen Beweis zu führen dürfte nunmehr überflüssig sein. Auch hier wird die Marcianische Grundregel beobachtet, indem *pignus* und *hypotheca* promiscue verwendet werden.

D. 20. 4. 12. 2.

Si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui *utrumque* fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est: unde si in diem de *hypotheca* convenit, dubium non est, quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re *convenit*.

Hier ist das *utrumque* befremdend, das *unde* ungerechtfertigt<sup>120</sup> und der Indikativ im *licet*-Satz kompilatorisch. Was den Inhalt betrifft, scheint die letztere Entscheidung (wenn jemand auf bestimmte Zeit eine Hypothek bestellt hat, und ein anderer vor dem Ablauf dieser Zeit eine uneingeschränkte bestellt, hat der erste das Vorrecht) so überflüssig, dass sie, wenn man auch die erwähnten formellen Mängel bedenkt, mit einiger Wahrscheinlichkeit als interpoliert bezeichnet werden kann.

D. 20. 6. 8. 5.

An pasisci possint filius familias et servus, ne res pignori sit, quam peculiariter [*hypothecam*] acceperint [et habent liberam administrationem], videamus, an quemadmodum donare non possunt, ita nec pasisci ne pignori sit possint. *sed dicendum est, ut concedere possint, scilicet si pretium pro pactione accipiant, quasi vendant*.

Die Wendung *rem hypothecam* (statt *hypothecae*) accipere ist wohl nicht nur originell<sup>121</sup>, sondern falsch. Die Worte »et habent liberam administrationem« können in keiner Beziehung ihren Platz wahren. Die Konstruktion ist formell unmöglich (»habentes« statt »et habent« würde den Sinn der Kompilatoren

<sup>119</sup> Faber, Conject (1630) 649—2, Ration. 1, 480. Vgl. Conject. 416—1 (von »sed humanius est«), Jurispr. Papin. scientia (1607) 950. — Für die Interpolation auch P. Krüger; a. M. Schirmer, Archiv f. d. civilistische Praxis 87, 131 f. — Seckel bei Heumann v. subtilis sub 2 b) schlägt statt »quantum . . . . . legis et« vor, »propter« zu lesen.

<sup>120</sup> Die italienischen Digesten-Herausgeber schlagen vor, »verum« zu lesen. P. Krüger streicht das Wort.

<sup>121</sup> So Manigk 128.



wiedergegeben haben) und sachlich überflüssig, da wir aus Ulp. D. 39. 5. 7 pr. wissen, dass die libera administratio für die aktive Schenkungsfähigkeit keine Rolle spielt<sup>122</sup>. Im folgenden ist das »sed« befremdend, das »sed dicendum est ut« hässlich<sup>123</sup>, und der scilicet-Satz macht die Entscheidung blöd. Wie würde ein entgeltlicher Rechtsverzicht mit ermangelnder Schenkungsfähigkeit in Kollision kommen können?<sup>124</sup> Wenn ich mir eine Emendation erlauben darf — ein gefährliches und verlockendes Unternehmen — würde die Stelle von »sed dicendum« ab etwa so gelautet haben: »et dicendum est non posse eos concedere«.

D. 20. 6. 8. 17.

Si debitor forte concessa venditione desierit possidere et novus possessor vendiderit, an duret pignus, quasi personae permiserit creditor? quod et magis est: [*nam si novo possessori, non debitori a quo hypothecam accepit, concessit creditor vendere, dicendum est nocere ei exceptionem.*]

Die Stelle enthält bis zu dem Eingeklammerten eine gut begründete Entscheidung: Wenn der Schuldner, nachdem er die Erlaubnis, das Pfand zu verkaufen, erwirkt hat, den Besitz des Pfandes verliert, und der neue Besitzer verkauft, »so bleibt doch das Pfand bestehen, weil die Verkaufsgenehmigung nicht dinglich wirkt«. Nur an dem »forte« könnte man hier einen Tribonianismus finden wollen. Das Folgende aber, das der Form nach eine weitere Begründung gibt (nam), sagt nur, dass man, wenn der Gläubiger dem neuen Besitzer, und nicht dem Schuldner, der die Hypothek bestellt hat, die Genehmigung gibt, sagen muss, dass die exceptio ihm entgegensteht. Dies ist keine Begründung des Vorhergehenden und sachlich unverständlich. Es könnte höchstens als eine weitere Entwicklung angesehen werden. »Nam« würde dann nicht die klassische Bedeutung haben, sondern lediglich eine Partikel sein. Bekanntlich verwendeten eben die Kompilatoren, die als Griechen ein starkes Bedürfnis nach Partikeln fühlen mussten, sowohl dieses Wort wie das »sed« an des

<sup>122</sup> Auch hat schon Lenel Pal. 26 die erwähnten Worte unter Interpolationsverdacht gestellt.

<sup>123</sup> Vgl. Jörs 526. — Sed griechische Partikel oder Gegensatz zum alten Text?

<sup>124</sup> P. Krüger bezeichnet auch die Stelle von »sed dicendum« ab als interpoliert.

griechischen δέ statt<sup>125</sup>. Es ist aber auch möglich, dass der nam-Satz von seinen Autoren als eine wirkliche Begründung gemeint war — etwa als ein misslungenes argumentum e contrario. Nur soviel unterliegt keinem Zweifel, dass der Zusatz aus der Hand Marcian's nicht stammt. Zudem sei als ein formeller Grund noch hinzugefügt, dass die Ausdrucksweise des Zusatzes der vorigen nicht entspricht. Statt der Mitteilung, dass die exceptio dem Gläubiger entgegensteht, hätte man im Anschluss an den Passus: »an duret pignus« diejenige erwartet, dass das Pfandrecht erlöschen sollte.

D. 22. 3. 23.

Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori [*hypotheca eve*] sit: sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore [*aut cuius voluntate hypotheca data sit*].

Der eingeklammerte Zusatz am Schluss ist überflüssig, und sein kompilatorischer Ursprung wird durch die nicht ganz gelungene Konstruktion bestätigt (cuius formell sc. temporis). Dass der Zusatz hypotheca eve im Vorhergehenden von derselben Hand stammt, ist einleuchtend, insbesondere weil er von einem sonst festen, schon von Manigk<sup>126</sup> beobachteten Sprachgebrauch abweicht, demjenigen nämlich, dass pignori esse nur vom Vertragspfand verwendet wird.

D. 46. 3. 49.

Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditori, sed et si iussu eius alii solvatur, vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet. ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit. tutori quoque si soluta sit pecunia vel curatori vel procuratori vel cuilibet successorum vel servo actori, proficiet ei solutio. quod si acceptum latum sit, quod stipulationis nomine *hypotheca erat obligata vel sine stipulatione accepta sit*, solutionis quidem verbum *non proficiet, sed* satisfactionis *sufficit*.

<sup>125</sup> Kalb 63 f. Nach Sittl (Die lok. Verschiedenheiten der lat. Sprache 138) führte erst Commodian das nam = δέ in die Literatur ein. Dagegen vgl. Kalb 64.

<sup>126</sup> S. 30 f.

Hier sind in Bezug auf den letzten Satz — quod si u. s. f. — einige formelle Verdachtsgründe vorhanden. So muss nach »acceptum latum sit» ein »in» ergänzt werden<sup>127</sup>, und die Tempusfolgen sind auffallend: »quod.... erat obligata vel ..... accepta sit: solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisfactionis sufficit». Nur in diesem Satze kommt das Wort hypotheca vor.

<sup>127</sup> Mommsen.

## § 8.

### Interpolierte Stellen aus dem Codex.

Die im Codex enthaltenen Konstitutionen aus der klassischen Zeit sind nur wenig erforscht und bieten auch, da man die Autoren nicht genau kennt und die Tatbestände aus praktischen Gründen nur in grosser Kürze angegeben sind, weniger Anhaltspunkte für eine kritische Forschung. Hierzu kommt noch, dass man hier heute noch eines Index entbehren muss und folglich auch mit der grössten Sorgfalt nicht der Gefahr entgeht, etwas zu übersehen<sup>1</sup>. Um wenigstens den Versuch zu machen, auf dem pfandrechtlichen Gebiete auch hier Vollständigkeit zu erlangen, habe ich in einer Beilage die sämtlichen pfandrechtlichen Stellen gesammelt, die ich aus dieser Zeit im Codex habe auffinden können<sup>2</sup>.

Auch im Codex muss man annehmen, dass an einer Reihe von Stellen fiducia weginterpoliert ist, da ja diese in der klassischen Zeit als praktisches Institut dem pignus zur Seite stand. Hier ist auch an mehreren Stellen die Verwandlung der fiducia in hypotheca nachweisbar<sup>3</sup>, was glaublich macht, dass die Kompilatoren hier mit grösserer Freiheit als in den Digesten vorgegangen seien, und man darf vielleicht sogar annehmen, dass sie hier in der Regel das neue Wort da einsetzten, wo sie im Grundtext der fiducia begegneten. Im übrigen macht sich derselbe Gesichtspunkt wie in den Digesten geltend: die von klassischem Standpunkt aus vollständige Überflüssigkeit nicht nur des Zusatzes »sive hypotheca» in der hier noch gewöhnlicheren Zusammenstellung »pignus sive hypotheca», sondern des ganzen neuen Wortes.

<sup>1</sup> Unvollständig sind die Angaben von Manigk 98 (vgl. auch 105).

<sup>2</sup> Eine demselben Zwecke dienende Quellensammlung zu den Institutionen Justinians findet sich oben § 5 A. 1 und 2.

<sup>3</sup> Anderer Meinung noch Oertmann 50.

An die Spitze der sicher interpolierten Stellen aus dem Codex ist eine zu stellen, wo die Interpolation aus einem Vergleich mit einer älteren, zum Teil gleichlautenden Wiedergabe desselben Reskriptes hervorgeht.

C. 6. 37. 3. Imp. Severus et Antoninus, a. 211.

Qui post testamentum factum *praedia quae legavit pignori vel hypothecae dedit*, mutasse voluntatem circa legatariorum personam non videtur: et ideo, etiam si in personam actio electa est, recte placuit ab herede praedia liberari.

J. 2. 20. 12.

. . . . Idem (sc. divi Severus et Antoninus) rescripserunt eum, qui post testamentum factum *praedia quae legata erant pignori dedit*, ademisse legatum non videri et ideo legatarium cum herede agere posse, ut praedia a creditore lantur, et rel.

An der älteren Stelle fehlt nämlich das Wort hypotheca.

An einer Reihe Stellen ist die Interpolation aus inhaltlichen Gründen sicher zu erkennen.

C. 8. 27. 2. (Imp. Alexander, a. 223).

Creditor qui *hypothecae seu pignori* rem sibi nexam vendiderit, rem litigiosam non videtur vendere, quia precario debitor possidet.

Im Anschluss an den Satz, dass der Verkauf einer res litigiosa von seiten eines Nichtbesitzers nichtig ist<sup>4</sup>, wird hier reskribiert, dass ein Pfandgläubiger, da der Schuldner nur precario besitzt, diesem Verkaufsverbot betreffs der Pfandsache nicht unterworfen ist<sup>5</sup>. Es war nach den Digesten sowohl beim Faustpfand als bei der fiducia sehr üblich, dass der Pfandschuldner precario im Besitz des Pfandes blieb — wenn man einem Wort Ulpian's<sup>6</sup> glauben darf, kam das beim pignus täglich vor. Indessen steht das Vorkommen des precarium bei pignus im Widerspruch mit der Regel, dass »precarium rei suae consistere non potest»<sup>7</sup>. Von den Fragmenten, die diese Anomalie beim pignus erwähnen,

<sup>4</sup> Fr. de iure fisci 8 (Collectio 2, 164, Baviera 525), Gai. 4, 117 a.

<sup>5</sup> Wie die Litigiosität entstanden ist, wissen wir nicht, da wir die Frage nicht kennen. Am nächsten liegt wohl der Gedanke an einen Rechtsstreit zwischen dem Schuldner und einem Dritten. Anders Dernburg 2, 55 f. Die Schwierigkeiten, welche unsere Stelle diesem Forscher bereitet, beruhen auf seinem Echtheitsglauben.

<sup>6</sup> D. 43. 26. 6. 4. Vgl. oben § 7 A. 90 sowie unten A. 11.

<sup>7</sup> Ulp. D. 50. 17. 45. pr.

haben sich auch die meisten für fiducia als interpoliert erwiesen<sup>8</sup>. Es gibt jedoch immerhin einige, für die der Interpolationsbeweis noch zu erbringen ist<sup>9</sup>, und eine Quellenstelle, obwohl nur von geringem Wert — Isidorus, Origines 5, 25 17<sup>10</sup> — ist geeignet, den Verdachtsgrund zu entkräften. Wenn es also übereilt ist, ohne die Erledigung dieser Stellen die Konstitution nur auf fiducia zu beziehen<sup>11</sup>, so ist es doch nachweisbar, dass hypotheca da nicht echt ist. Der hypothekarische Schuldner konnte nämlich jedenfalls nie den Besitz precario a creditore erhalten, da dieser nie den Besitz erlangt hatte.

C. 8. 27. 4. (Imp. Alexander, a. 225).

Creditor *hypothecas sive pignus cum* proscibit, notum debitori facere, si bona fide rem gerit, et quando licet testato dicere debet. si quid itaque per fraudem in *pignore villae venditae commissum* probare potes, ut inferatur actio, quae eo nomine competit, adi eum cuius de ea re notio est.

Dass diese Stelle nur von fiducia gehandelt haben kann, ist schon von Cuj<sup>12</sup> daraus erkannt, dass beim pignus gemäss Paul. sent. 2. 5. 1. drei Denunziationen nötig waren<sup>13</sup>, während bei der fiducia eine genügte<sup>14</sup>. Auf die Formel der fiducia weisen

<sup>8</sup> Celsus D. 43. 26. 11 (Lenel Pal. 65), Julian D. 41. 2. 36. u. 44. 7. 16 (Pal. 215 bezw. 217), Ulp. 13. 7. 22. 3. (Pal. 903). Der Schluss des Fragmentes Ulp. D. 43. 26. 6. 4. ist von P. Krüger unter Verdacht gestellt worden.

<sup>9</sup> Julian D. 13. 7. 29, 41. 3. 33. 6, Florentin 13. 7. 35. 1., Macer 2. 8. 15. 2.

<sup>10</sup> Precarium est dum' prece' creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere. (Bruns 2, 82.) Oertmann 174 f. bezieht auch diese Stelle auf die fiducia.

<sup>11</sup> So Oertmann 51. — Andererseits sind die Stellen schon wegen D. 50. 17. 45. pr. verdächtig.

<sup>12</sup> 1, 241 A. 3.

<sup>13</sup> Die widersprechende Stelle Ulp. D. 13. 7. 4. interpol.: Windscheid I § 237 A. 5, Herzen 163 A. 1, Ferrini, Pandette, 515 A. 4. Irrig Oertmann 196.

<sup>14</sup> Wenn überhaupt eine nötig war, was Pappulias 249 verneint, ausser in dem Falle eines pactum ne distraheretur, wo »solemniter» zu denunzieren war: Paul. Sent. 2. 13. 5. Vgl. Oertmann 196 ff, Manigk, Fiducia 2307.



auch die Worte »si bona fide rem gerit« hin<sup>15</sup>. Auf Besitzpfand von irgend einer Art deutet schliesslich der Umstand, dass der Schuldner eine actio wünscht, während bei der Hypothek eine exceptio näher gelegen haben würde. Auch formell ist die Interpolation erkennbar (*hypothecas sive pignus*).

C. 4. 24. 7. pr. § 1. (Imp. [Gordianus] a. 241).

Creditor, qui fundos et domos *pignori vel hypothecae* accepit, *damnum in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo datum in rationem deducere cogitur* et, si dolo vel culpa rem suppositam deteriore fecerit, eo quoque nomine pigneraticia actione tenebitur, ut talem restituat qualis fuerat tempore obligationis.

§ 1. Creditor autem necessarios sumptus, quos circa res pigneraticias fecit, exigere non prohibetur.

Die Kompilatoren haben kein Glück mit ihrem Lieblingswort. Hier ist es wieder an einer Stelle verwendet worden, wo vernünftigerweise nur vom Besitzpfand die Rede sein sollte, da der Besitz die Voraussetzung ist sowohl dafür, dass man ein Grundstück verschlechtern könne — von Delikt muss natürlich abgesehen werden — wie für die Rolle eines mit der actio pigneraticia directa Beklagten und für die Unternehmung einer Restitution. Zu beachten ist auch die Weitschweifigkeit des Satzes »damnum . . . . cogitur«, der auch wegen des folgenden überflüssig ist, sowie der Gräzismus *suppositam* (*ὑποτιθεῖσθαι*); er wird wohl, um den Schein der Hypothek zu retten, eingeschoben sein<sup>16</sup>. Der Paragraph 1 bestärkt die Vermutung, dass es sich hier ursprünglich um Besitzpfand allein gehandelt habe.

C. 4. 29. 11 (Imp. Philippus, a. 244).

Etiam constante matrimonio ius *hypothecarum seu pignorum remitti* posse explorati iuris est.

Diese Konstitution ist, wie Weiss<sup>17</sup> bemerkt, mit Rücksicht auf späteres Recht von den Kompilatoren verstümmelt. Während in klassischer Zeit ein Verzicht der Frau auf eine ihr vom Ehemann eingeräumte Hypothek nur dann zulässig war, wenn der Dritte, der das Pfandstück erwerben wollte, das Recht

<sup>15</sup> Vgl. Cic. de off. 3. 15. 61. (»ut inter bonos bene agier«: Formelworte bei der Fiducia.)

<sup>16</sup> Wie schon Voigt 244 f. bemerkt, ist dies ein bei Justinian geläufiger Ausdruck für Hypothek.

<sup>17</sup> 109 f.

der Frau nicht kannte<sup>18</sup>, so war seit dem Jahre 517 dieser Verzicht ohne Einschränkung gestattet<sup>19</sup>. Da in der älteren Relation des hier verstümmelten Prinzipes<sup>18</sup> das Wort *hypotheca* fehlt, wird es nicht allzu kühn sein, dies den Kompilatoren zuzuschreiben.

Hier ist wohl auch die folgende Konstitution zu erwähnen:

C. 4. 24. 4. (Imp. Alexander, a. 223).

Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia *pignori vel hypothecae* data vendere liceret, non admittit debitori adversus creditorem pigneraticiam actionem.

Hier lassen die Kompilatoren dem hypothekarischen Pfandschuldner die actio pigneraticia gegen den Gläubiger zu. Vorausgesetzt ist also — im Falle der Hypothek —, dass der Gläubiger nach Fälligkeit der Forderung den Besitz des Pfandes erlangt hat. Dass dies nicht erwähnt ist, erregt schon Verdacht, um so mehr, als diese Besitzerlangung im griechischen Recht durch die *ἐμβάρεσις* viel leichter vor sich ging. Wenn man aber diese Voraussetzung als erfüllt annimmt, so wird — abgesehen davon, dass nach klassischem Sprachgebrauch eine üble Tautologie vorhanden war — der Unterschied zwischen *pignus* und *hypotheca* von geringerem Belang als je.

In einem Fragment ist das Wort *hypotheca* aus formellen Gründen als sicher interpoliert zu bezeichnen:

C. 4. 30. 3. (Imp. Antoninus, a. 215).

Si ex cautione tua, *licet hypotheca data*, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur.

Hier ist nämlich das Einschleusen »*licet hypotheca data*« materiell belanglos, formell unklassisch und — compilerisch. Während nämlich die echte Überlieferung mit ziemlicher Sicherheit den Schluss gestattet, dass die klassischen Juristen nach *licet* nur den Konjunktiv gebrauchten — es finden sich mehr als 40 Stellen, sämtlich mit dem Konjunktiv<sup>20</sup> — ist der Ablativ absolutus nach *licet* den Kompilatoren nicht unbekannt<sup>21</sup>, wie ja

<sup>18</sup> African D. 16. 1. 17. 1. Weiss 103 f., 110.

<sup>19</sup> C. 4. 29. 21. Vgl. Weiss 110.

<sup>20</sup> Vgl. Ferrini, Bull. dell' ist. 14, 221 ff.

<sup>21</sup> C. 6. 27. 5. 2 a (a. 531).

licet überhaupt von den Kompilatoren gern und in unklassischer Weise benutzt wurde<sup>22</sup>. Der Gebrauch des Indikativs oder Ablativus absolutus nach licet ist übrigens im Spätlatein allgemein.

Die blossе Tautologie *pignus vel hypotheca* soll nicht als hinreichender Interpolationsbeweis betrachtet werden; an einer Stelle wird aber ein helles Licht auf die Überflüssigkeit des Zusatzes geworfen, und zwar in der ältesten Stelle, die das Wort *hypotheca* enthält, von Severus-Antoninus.

C. 8. 40. 2. 1. (a. 207).

Sed cum in alia quoque causa eadem *pignora vel hypothecas* habet obligatas, non prius compellendus est transferre *pignora*, quam omne debitum exsolvatur,

wo die beiden Ausdrücke »*pignora vel hypothecae*» und »*pignus* als gleichbedeutend verwendet werden. Das sind sie zwar, aber wozu die Weitschweifigkeit im ersteren Fall?

<sup>22</sup> Vgl. z. B. C. 7. 27. 15. 2 a und zahlreiche andere Stellen. — So erscheint die Möglichkeit, dass ein »sit« ausgefallen wäre, nicht beträchtlich.

## § 9.

### Zweifelhafte Stellen aus den Digesten und dem Codex.

#### I. Die Juristen ausser Gaius und Marcian.

Von den Fragmenten der Juristen ausser Gaius und Marcian bleibt uns hier nur eine Stelle übrig, gegen welche nichts einzuwenden ist — nichts als die Tautologie des Ausdruckes »*pignora vel hypothecae*».

Papinian l. 3. resp., D. 22. 2. 4. pr.

Nihil interest, traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutam et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit. utrobique igitur maius legitima usura faenus non debetur, sed in priore quidam specie semper, in altera vero discusso periculo: nec *pignora vel hypothecae* titulo maioris usurae tenebuntur.

#### II. Gaius und Marcian.

Bei Gaius finden sich aber einige, und bei Marcian eine Reihe Fragmente, wo das Wort *hypotheca* verwendet wird, ohne dass die Art dieser Verwendung an sich genügend starken Verdacht erregt; an einigen der Stellen Marcians ist sie sogar geeignet, den Verdacht einigermassen abzuschwächen. In einer beträchtlichen Anzahl der Stellen aber finden sich in der Nähe des Wortes *hypotheca* nachweisbare Interpolationen, welche hier notiert werden sollen, da sie für unsere Untersuchung in doppelter Hinsicht von Interesse sind. Fürs erste wird durch derartige Interpolationen die Vermutung näher gelegt, dass die Kompilatoren, während sie bei der Arbeit waren, etwas mehr als die sichtbare Interpolation verändert haben könnten, und zwar das Wort *hypotheca*, das doch nach den vorhergehenden Ausführungen verdächtig ist. Auf der anderen Seite wird dadurch auch die Wahrscheinlichkeit der oben<sup>1</sup> geäusserten Hypothese, dass

<sup>1</sup> S. 40—46.

die beiden Pfandrechtsmonographien einer besonderen Revision unterzogen worden seien, gestärkt.

### Gaius.

D. 20. 3. 2.

Si alius pro muliere quae intercessit dederit hypothecam, aut pro filio familias cui contra senatus consultum creditum est, *an his succurritur*, quaeritur. *et in eo quidem*, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicitur succurri *ei*, sicuti fideiussori huius mulieris eadem datur exceptio. *sed et in eo*, qui pro filio familias rem suam obligavit, *eadem dicenda erunt*, quae tractantur et in fideiussore eius.

Hier wird die Regel aufgestellt, dass ein Pfand, das von einem Dritten für die Interzessionsschuld einer Frau oder für die Schuld eines Haussohnes wider das S. C. Macedonianum bestellt worden ist, zwar nicht ipso iure ungültig ist, aber durch exceptio entkräftet wird — nach der Analogie mit dem Bürgen. Ob dies in den beiden Fällen klassisches Recht ist, ist an dieser Stelle nicht abzusehen. Die Form lässt nämlich betreffs der justinianischen Herstammung oder wenigstens Bearbeitung der Stelle kaum einen Zweifel übrig. So verraten schon der Indikativ *succurritur* in der indirekten Rede sowie das überflüssige »*ei*« den Tribonian. Noch offener wird die Interpolation im folgenden: »*et in eo quidem . . . . . facilius dicitur succurri . . . . . , sed et in eo eadem dicenda erunt*«. Der Klassiker sollte also hier den grossen Apparat mit »*in eo quidem — sed*« in Gang gebracht haben, nur um zu sagen, dass in den beiden Fällen genau dasselbe gilt. Oder sollte er etwa die ganze grossartige Antithese zu dem Zwecke aufgestellt haben, um zu sagen, dass er die Entscheidung im ersteren Fall leichteren Herzens — *facilius*<sup>2</sup> — treffen würde?

D. 20. 6. 7. pr.

Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca: sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam

<sup>2</sup> Eine ähnliche Ausdrucksweise findet sich bei Papinian D. 20. 1. 1. pr. Doch ist sie da kaum anstössig. (Siber 122 f. stellt diese letztere Stelle u. a. wegen des »bei Papinian auffallend unbestimmten« *difficilius* unter Interpolationsverdacht.)

si praesente tutore auctore consenserit aut etiam ipse tutor, [scilicet si commodum aliquid vel satis ei fieri ex eo iudex aestimaverit].

Das eingeklammerte Stück ist eine anerkannte Interpolation<sup>3</sup>.

Nur an zwei Stellen aus der Arbeit des Gaius ist kein besonderer Verdachtsgrund vorhanden, nämlich D. 20. 4. 11. 2 und 4.

### Marcian.

Hier sollen zuvörderst zwei Stellen angeführt werden, die der Interpolationshypothese anscheinend widersprechen.

D. 20. 1. 11. 2.

Usus fructus an possit *pignori hypothecae* dari, quaesitum est, [sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet]. et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere 'non esse ei ius uti frui invito se', tali exceptione eum praetor tuebitur: 'si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus *pignori* sit': nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? [eadem ratione et debitori obicietur exceptio].

Nach den Nachweisungen Siber's<sup>4</sup> sind die eingeklammerten Worte für interpoliert zu halten. Man könnte aber geneigt sein, in der verschiedenen Verwendung der beiden pfandrechtlichen Termini bei Papinian einerseits (der wohl, trotz des unvermittelten Überganges von der indirekten zur direkten Rede in dem grösseren Teil des letzten Stückes des Fragmentes zitiert wird) und Marcian andererseits, das geschichtliche organische Einwachsen des neuen Terminus in das römische Recht bezeugt zu sehen, indem der ältere nur das Wort *pignus* verwendet, während der jüngere von *pignus hypothecae* redet.

D. 20. 1. 16. 8.

Si duo pariter de *hypotheca* paciscantur, in quantum quisque obligatam *hypothecam* habeat, utrum pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis, quaeritur. et magis est, ut pro quantitate debiti *pignus* habeant obligatum. sed uter-

<sup>3</sup> Lenel, Pal. 403.

<sup>4</sup> S. 89 ff.



que, si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim: sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum agat, si minus unusquisque pro parte.

Das fehlende Prädikat in der Frage: sed uterque . . . . . quemadmodum wäre ohne weiteres mangelhafter Überlieferung zuzuschreiben<sup>5</sup>, wenn nicht die Antwort verdächtig wäre. Nachdem im ersten Satz die Regel gegeben ist, dass, wenn zwei Gläubiger zugleich eine Pfandverabredung treffen, das Pfand ihnen nach dem Betrag ihrer Forderungen hafte, fährt nämlich die Stelle fort: »Wenn einer von ihnen den Besitzer verklagt, kann er dann auf einen Teil oder auf das ganze Pfand klagen? Jeder kann auf das Ganze klagen, wenn ihm das Pfand an demselben Tage getrennt gegeben ist«. Wer ein Pfandrecht nach einem anderen — wenn auch an demselben Tage — verabredet hat, würde also das Pfand erlangen können. Hierzu bemerkt Faber<sup>6</sup>, dass nichts selbstverständlicher sei, als dass der erste Pfandgläubiger das Pfandrecht in solidum habe und von dem zweiten in keiner Weise beeinträchtigt werden dürfe. Und dem Prinzip nach ist dies unzweifelhaft das einzig richtige<sup>7</sup>. Indessen widerspricht Paulus D. 2. 12. 8 diesem Prinzip, indem hier erklärt wird, dass alles, was in den vierundzwanzig Stunden eines Tages vorgenommen sei, »perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset«<sup>8</sup>. Doch scheint diese Regel zu allgemein, um nicht eine Ausnahme zu gestatten, was in Bezug auf einen Pfandgläubiger, der nichts versäumt, und als Erster ein Pfandrecht an eine Sache bestellt hat, geeignet wäre. Und dass besonders die Stelle bei Marcian für eine entgegengesetzte Meinung keine sichere Stütze bietet, geht aus der mangelhaften Ausdrucksweise hervor. Nach der erwähnten Ausführung schliesst nämlich die Stelle mit einem »sed« an, dass, wenn sie an demselben Tag zugleich verabredet haben, dasselbe gelten solle; andernfalls, d. h. wenn die Verabredung an verschiedenen Tagen erfolgt, kann jeder pro parte

<sup>5</sup> Mommsen ergänzt: »aget«.

<sup>6</sup> De error. 282—2 f.

<sup>7</sup> So Dernburg 2, 410.

<sup>8</sup> Vgl. Windscheid I, 1229 (§ 242) A. 1.

klagen. Auch hier ist die Form mit dem weitschweifigen »sed si simul illi et illi, si hoc actum est . . .« befremdend. Ich stehe deshalb nicht an, die Stelle von »sed uterque« an als von den Kompilatoren stark verändert, wenn nicht gänzlich zugefügt zu betrachten. Dabei ist aber nicht zu verkennen, dass dieses Ergebnis der Interpolationsbehauptung für das Wort hypotheca zu widersprechen scheint, indem dieses Wort wohl in dem klassisch aussehenden Anfang, nicht aber in der verdächtigen Fortsetzung vorkommt, wo vielmehr pignus verwendet wird.

Allein der Beweiswert dieser stark entstellten Fragmente gegen die Interpolationshypothese ist kaum hoch anzuschlagen, obwohl sie zur Anerkennung der eingangs<sup>9</sup> geäußerten Möglichkeit, das Wort hypotheca könne zur Zeit Marcians vereinzelt vorgekommen sein, zwingen.

Was die übrigbleibenden Fragmente Marcians betrifft, so sind hier eine Reihe Interpolationen anzuführen, die, obwohl sie nicht nachweisbar das Wort hypotheca umfassen, doch aus den genannten Gründen von Interesse sind.

D. 20. 5. 7. 1.

Illud inspiciendum est, an liceat debitori, si hypotheca venerit, pecunia soluta eam recipere. et si quidem ita venerit, ut, si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur, intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam: si vero tempus *praeteriit* aut si non eo pacto res *venierit*, non potest rescindi venditio, nisi minor sit annis viginti quinque debitor aut pupillus aut rei publicae causa absens vel in *aliqua earum causarum erit*, ex quibus edicto succurritur.

Diese Stelle ist schon von Faber<sup>10</sup> unter starken Verdacht gestellt worden. Von seiner Begründung mag Folgendes erwähnt werden: Die Frage sei lächerlich, denn nach Ablauf der Zeit oder ohne Verabredung könne von einem Löserecht nicht die Rede sein. Die Antwort sei der Frage gleich: Der Schuldner sollte ohne Zession nach dem pactum des Verkäufers eine Klage gegen den Käufer erlangen. Zu dem nisi-Satz bemerkt Faber: »An verebatur Tribonian, ne quis forte dubitaret utrum pupilli deterior quam adolescentis conditio esse deberet, vel an minor esset annis viginti quinque qui esset pupillus«.

<sup>9</sup> Vgl. oben S. 47.

<sup>10</sup> De error. I, 357—2 f.

Im übrigen mag auf die anstössige Tempusfolge hingewiesen werden: »Si . . . . . praeteriit<sup>11</sup> aut . . . . . venierit»; »nisi minor sit . . . . . vel . . . . . erit». Auch in der Beziehung ist die Aufzählung der Restitutionsgründe falsch, dass die Alternativen einander nicht ausschliessen; vielmehr sind ja die Gründe sämtlich praetorisch<sup>12</sup>.

Man müsste offenbar *alia* statt *aliqua* lesen. Nun ist es aber erwiesen, dass im Spätlatein öfters *aliquis* in der Bedeutung *alius* oder *alius quis* verwendet wurde<sup>13</sup>. Wir haben es also mit einer für die ganze spätere Latinität typischen, logischen Nachlässigkeit zu tun, was den Interpolationsbeweis in beträchtlichem Grade stärkt.

D. 20. 5. 7. 2.

Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori *hypothecam* vendere *vel pignus*, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. *et certum* est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.

Diese Stelle steht anerkanntermassen<sup>14</sup> in Widerspruch zu dem Prinzip des römischen Rechts, wonach der Verkauf der

<sup>11</sup> Hier würde, wenn dies der einzige Fehler wäre, der Gedanke an einen haplographischen Fehler nahe liegen, da die richtige Form geeignet ist, einen solchen hervorzurufen (*praet-eri-eri-t*).

<sup>12</sup> Trotz aller Weitschweifigkeit ist Vollständigkeit nicht erlangt, da eben nur prätorische Unwirksamkeitsgründe erwähnt worden sind. So fehlt die zivile Anfechtbarkeit wegen Irrtums es sei denn, dass diese eine Rezeption der bezüglichen Ediktsklausel (Lenel, E. P. 117) bedeutet. Vgl. Mitteis, Privatrecht 1, 245 f.

<sup>13</sup> Löfstedt, Beiträge zur Kenntnis der späteren Latinität, Upsala Univ. Årsskrift 1907, S. 115 f. (Eine Reihe interessanter Beispiele aus der *Mulomedicina Chironis* gibt Ahlquist, Studien z. *Mulomed. Chir.*, *ibid.* 1909, S. 127.) — Beachtenswert ist die Kritik Löfstedt's a. a. O. gegen B. Kübler, welcher (in den *Commentationes Woelffliniana*, Lipsiae 1891, S. 209 f.), z. T. im Anschluss an Ältere, eine Reihe Stellen aus den *Digesten*, wo *aliquis* in der Bedeutung *alius* vorkommt, korrigiert. Es dürfte wohl so sein, dass der Mangel voraussichtlich nicht auf einen Schreibfehler, sondern auf eine Interpolation zurückzuführen ist. In der Tat sind auch einige der von Kübler angeführten Stellen als interpoliert erkannt (Gai. D. 15. 1. 27. pr. v. Grupe, Ulpian D. 40. 5. 24. 8 von Gradenwitz 212 ff. vgl. 29, 38.)

<sup>14</sup> Literaturangabe bei Windscheid 1, 903 (§ 72 a) A. 8, Dernburg, *Pandekten* 1, 3. Aufl. S. 19. A. 8. u. *Pfandrecht* 2, 24 A 5. und 26. f. Lusignani *Bull. dell. ist.* 11. 26. ff. Vgl. auch Rabel 5 ff.

Pfandsache von seiten des Verpfänders unbedingt giltig ist, was mit dem starken dinglichen Charakter des römischen Pfandrechts zusammenhängt<sup>15</sup> und in der grundsätzlichen Wirksamkeit einer Veräusserung trotz rechtsgeschäftlichen Verbots wurzelt<sup>16</sup>. Das Fragment hat auch zu einer Reihe von Erklärungsversuchen Anlass gegeben, wovon die Konjektur Mommsen's der sinnreichste sein dürfte. Dieser Forscher will den letzten Satz so lesen: »*Et certum est nullam esse (sc. pactionem) nec impediendam esse venditionem, ut pactioni stetur*». Eine so grosse Veränderung eines in diesem Teile formell richtigen Textes ist immer etwas Gewagtes; in diesem Falle wird auch der ursprüngliche Text durch die Basiliken<sup>17</sup> entscheidend bestätigt<sup>18</sup>. Es bleibt nur übrig, die Stelle so zu nehmen, wie sie ist.

Dabei fallen zunächst formelle Eigentümlichkeiten ins Auge. Das »sit« (in »sit posita«) ist überflüssig, ebenso wie das »talis«<sup>19</sup>. Grammatikalisch ist es die *pactio*, die »veniri possit«, und das »et certum est« ist typisch kompilatorisch<sup>20</sup>. Weit interessanter ist aber die Tatsache, dass die Entscheidung rein griechisches

<sup>15</sup> Vgl. Dernburg 2, 6 ff., bes. 8 A. 13.

<sup>16</sup> D. 19. 1. 21. 5., C. 4. 6. 3. Dies scheint erst durch ein Reskript von Severus und Antonin (Ulp. D. 30. 114. 14) endgültig durchgesetzt worden zu sein (vgl. Mitteis, *Privatrecht* 1, 254), was aber Marcian gekannt haben muss, da er seine Arbeit »*Ad formulam hypothecariam*« nach dem Tode des Severus schrieb. D. 13. 7. 17. (*divi Severus et Antoninus*) und 20. 1. 16. 9. (*divus Severus et Antoninus*). Fitting 123. Dass ausnahmsweise einem rechtsgeschäftlichen Verbot dingliche Wirkung beigelegt werden konnte, s. Mitteis a. a. O. A. 72. — Das Prinzip selbst wird von Rabel 54 ff. angefochten.

<sup>17</sup> 25. 7. 7.

<sup>18</sup> Vgl. Windscheid a. a. O. und Dernburg *Pandekten* I. c., Rabel 5. — Erwähnt sei auch die von mehreren Forschern (s. Dernburg, *Pfandrecht* 2, 26, Lusignani a. a. O. 27) aufgenommene Konjektur »*quaeritur, si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam*« u. s. f. Auch diese scheidet schon an dem Zeugnis der Basiliken; sie ist aber auch deshalb wenig glaublich, weil eine solche Verabredung mit keinem einzigen sicheren Papyrus zu belegen ist. Rabel 5. — Der Erklärungsversuch Dernburg's 2, 22 f., die Stelle sei auf eine sonst unbekannt gewordene, nach Analogie der Bestimmungen über die Veräusserung einer *res litigiosa* gebildete Rechtsregel zu beziehen, die auf positiver Bestimmung beruht haben müsste, ist kühn.

<sup>19</sup> Zu *talis* vgl. Eisele, *Beiträge* 229 ff.

<sup>20</sup> Zu den beiden letzten Anmerkungen vgl. Lusignani a. a. O. 30 f.



Recht enthält. Zwar hat sich die bis vor kurzem herrschende Lehre, dass im altgriechischen Recht ein Verkauf des Pfandobjekts von seiten des Schuldners gesetzesgemäss nur mit der Zustimmung des Gläubigers möglich war<sup>21</sup>, als nicht sicher begründet erwiesen, indem gezeigt worden ist, dass, wenn man von dem gortynischen Stadtrecht absieht, die in den Quellen erwähnten Zustimmungen des Gläubigers zum Pfandverkauf als Verzicht auf das Pfandrecht verstanden werden können<sup>22</sup>; ein vertragsmässiges Verbot dagegen war nach dem Ergebnis der Papyri noch während der Römerzeit etwas ganz Gewöhnliches<sup>23</sup>, und zwar, wie man wohl annehmen darf, mit dinglicher Wirkung<sup>24</sup>. War es also ziemlich klar, dass die Entscheidung nicht von Marcian stammen kann<sup>25</sup>, so liegt die Annahme nahe, dass sie von den Kompilatoren eben

<sup>21</sup> Hitzig 108 ff, Beauchet 3, 254. Herzen 207, Cuq bei Daremberg-Saglio 3, 1, 357. Die Zustimmung des Gläubigers war übrigens nach Beauchet 3, 255 f. für jede Verfügung des Schuldners über die Sache erforderlich.

<sup>22</sup> Rabel 9 ff., Pappulias 121 ff. insbes. 130. Gegen die Behauptung Pappulias' 122 f., dass aus einer Quellenstelle (Rede des Demosthenes gegen Pantainetos § 4, 5) direkt zu schliessen sein sollte, dass die Genehmigung des Gläubigers zum Pfandverkauf nicht nötig war, s. Rabel 17.

<sup>23</sup> S. die in der nächsten Anmerkung Angeführten (Rabel 5).

<sup>24</sup> So Lewald, Beiträge zur Kenntnis des römisch-ägyptischen Grundbuchrechts (Leipzig. Diss. 1908) 59 zu A. 3. Nach Eger, Zum ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit (Leipzig 1909) 45 f. wäre die Wirkung des Verbots insbesondere gutgläubigen Dritterwerbenden gegenüber noch nicht mit Bestimmtheit zu entscheiden, obwohl gewichtige Argumente für seine dingliche Wirkung vorhanden seien (in der Aufnahme der Unwirksamkeitsklausel in die Urkunden; auch habe das Eingreifen der *βεβλιφύλακες ἐγκτήσεων* eine weitere Veräusserung oder Nachpfändung überhaupt dadurch vereitelt, dass im Falle einer bestehenden Hypothek die erforderliche Erlaubnis zur Aufnahme des Kontraktes an die Notariatsbehörde verweigert wurde), Eger a. a. O. 46. Für die dingliche Wirkung auch Rabel 54.

<sup>25</sup> So schon Faber. Neuerdings Lusignani a. a. O. Rabel 6. f. (der die Gründe der Interpolation als fragwürdig bezeichnet). Schon Neubecker, Z. Sav. St. 20, 283 f. vermutet, dass in der Stelle griechisches Recht zum Ausdruck komme, meint aber, dass Marcian daran Schuld sei. Dagegen vgl. Rabel 6. — Lewald a. a. O. 59 A. 2. verneint die Interpolationsannahme; doch erkennt er, dass unsere Stelle gerade das in den Papyri zum Ausdruck gelangende Recht wiedergibt. Vgl. A. 24. Dass eben das griechische Pfandrecht vielfach das römische verdrängt hat, betont Weiss 56 f.

deshalb eingesetzt wurde, weil sie immer noch griechischem Volksrecht entsprach. Damit wäre denn ein Fall nachgewiesen, wo die Arbeit Marcians »Ad formulam hypothecariam« mit der Absicht verarbeitet ist, sie auch materiell mit griechischem Recht zu verquicken.

D. 20. 1. 16. 9.

Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem [iusto pretio tunc aestimandam:] hoc enim causa videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Die eingeklammerten Worte sind eine anerkannte Interpolation<sup>26</sup> wegen der deutlich kompulatorischen Abschwächung der lex commissoria, welche andererseits zu dem späteren griechischen Recht wahrscheinlich in keinem Widerspruch steht, da wohl durch das konstantinische Verbot eine schon begonnene Entwicklung des hellenischen Rechts zur Beseitigung der kommissorischen Verabredungen beschleunigt wurde<sup>27</sup>. Auch der folgende Satz mit seinem »quodammodo« ist schwerlich echt<sup>28</sup> <sup>29</sup>. Dieser unbestimmte Ausdruck dürfte wohl Ersatz der ursprünglich erwähnten, in der Kompilation auszuschaltenden cautio commissoria sein. — Die Frage, wegen deren Erledigung die vorliegende Entscheidung zu Stande kam, war wohl die, ob nicht eine incerti pretii venditio vorhanden wäre. Diese Frage wurde bekanntlich mit der

<sup>26</sup> Wissenbach 51 ff., Lenel, Pal. 29, Costa, Bull. dell' ist. 17, 102 A. 3., Naber, Mnemosyne 32 (1904) 82. — Aus unserer Stelle das Verbot der lex commissoria für die klassische Zeit folgern zu wollen (so etwa Ferrini, Pand. 514 A. 2), scheint mir wenig angebracht. Dass die lex commissoria in den Provinzen sehr üblich war, beweist nicht, dass die Konstitution Konstantins C. 8. 43. 3. ausschliesslich gegen die Übelstände der Provinzen gerichtet gewesen sein müsste. Vgl. Jourdan 555 f., Ferrini, a. a. O.

<sup>27</sup> Vgl. Hitzig 89 f.; Weiss 65 A. 3 und die am letzten Ort Angeführten.

<sup>28</sup> So Anton Faber, de error. 1, 280.

<sup>29</sup> Die Worte »iure emptoris possideat« zeigen meiner Empfindung nach, dass der Gläubiger schon die Sache besitzt. Der Ausdruck liegt aber für die griechische Hypothek nahe, weil diese bei Fälligkeit der Forderung durch einfache Besitzergreifung (*ἐμβάρεσις*) ohne jedwede gerichtliche Ermächtigung erlangt werden konnte. Vgl. Mitteis, Reichsr. 413 f., Hitzig 81 f., Beauchet 3, 262 ff., Pappulias 131 ff.



Begründung von den Klassikern verneint, dass die Summe von Kapital und Renten am Tage der Fälligkeit eine bestimmte sei<sup>30</sup>.

D. 20. 2. 5. 2.

Si quis fideiubeat, cum res illius a debitore pro quo fideiussit pignori data sit, *bellissime* intellegitur hoc ipso, quod fideiubeat, *quodammodo* mandare res suas esse obligatas. sane si postea sint eius res hypothecae datae, non erunt obligatae.

Wie Dernburg bemerkt, muss man für diese Entscheidung annehmen, dass der Bürge die Verpfändung seiner eigenen Sachen, die von seiten des Schuldners stattgefunden hat, kennt. Dies sei auch durch den Konjunktiv sit ausgedrückt<sup>31</sup>. Es fragt sich aber, ob wirklich dies als »am allerschönsten« ausgedrückt bezeichnet werden darf. Die Superlative haben immer etwas Verdächtiges in ihrer unbefugten Übertreibung<sup>32</sup>. Auch findet man in dieser Stelle das echt kompulatorische quodammodo wieder.

In D. 20. 4. 12. 8. sind einige formelle Verdachtsgründe vorhanden. (Der Schuldner tritt anfänglich in dritter Person auf, von »tibi« an aber in zweiter<sup>33</sup>. Der Moduswechsel: »num hic medius potior est (!) . . . et tertius . . . queri debeat«, ist zweifellos unklassisch).

In einigen Fragmenten sind kleinere formelle Mängel vorhanden, die sich aber natürlich auch auf mangelhafte Überlieferung gründen können. Es sind D. 20. 1. 16. 2 (der Ablativus absolutus am Schluss ist verdächtig<sup>34</sup>), 20. 6. 5. pr. (nisi si, possidebit falsches Tempus, forte), 20. 6. 8. 1. (heredi — cum herede<sup>35</sup>), 20. 6. 8. 2. (dubitare debere statt Gerundiv-Form), 20. 6. 8. 4. (pro indiviso vor quia ist zu streichen<sup>36</sup>), 20. 6. 8. 7. (deinde postea tautologisch — wie auch in 20. 1. 16. 1.<sup>37</sup>, der Passus »doli mali suspicio inerit translata ad praesens tempus« verdächtig).

<sup>30</sup> Fr. Vat. 9.

<sup>31</sup> Dernburg I, 189.

<sup>32</sup> Vgl. Eisele, Z. Sav. St. 7, 28. H. Krüger, Archiv für lateinische Lexikographie 10 (1898) 248 ff., Kalb 79. Was insbesondere bellissime betrifft, kommt dieser Superlativ bei Justinian dreimal vor (Longo), in den Digesten allerdings siebenmal (Vocab.).

<sup>33</sup> Doch hat F. 2 »solveret« statt »solveres«.

<sup>34</sup> Vgl. Eisele, Z. Sav. St. 7, 23 ff., Grupe, Z. Sav. St. 17, 312 f. Jörs 525.

<sup>35</sup> So Fadda in der italienischen Digesten-Ausgabe (mit Bas.).

<sup>36</sup> Mommsen.

<sup>37</sup> Doch ist der Doppelausdruck bei Justinian nicht zu finden.

Die Anzahl der Stellen, die keinen anderen Verdachtsgrund in sich tragen als das Wort hypotheca, ist verhältnismässig gering und auch deshalb wenig belangreich, weil die Stellen grossenteils ganz kurz sind:

D. 20. 1. 13. 3.

D. 20. 4. 12. 7.

» 20. 1. 13. 6.

» 20. 4. 12. 10.

» 20. 1. 16. pr.

» 20. 6. 5. 1.

» 20. 1. 16. 5<sup>38</sup>

» 20. 6. 5. 2.

» 20. 3. 1. pr.

» 20. 6. 5. 3.

» 20. 4. 12. pr.<sup>39</sup>

» 20. 6. 8. pr.

» 20. 4. 12. 4.

» 20. 6. 8. 19.<sup>40</sup>

Alein es muss dahingestellt bleiben, ob nicht einzelne dieser Stellen echt sein könnten. Wahrscheinlich ist das jedoch kaum. Eine mit so grosser Energie durchgeführte Interpolation, wie diejenige des Wortes hypotheca, musste eben an einer Anzahl Stellen korrekt ausfallen.

### Codex Justinianus.

Hier ist zunächst eine Konstitution von *Severus-Antoninus*, C. 8. 18. 1. pr., anzuführen, wo von hypothecarius creditor die Rede ist.

Was die drei Konstitutionen *Antonins* betrifft, so werden in C. 8. 40. 7. pignus und hypotheca willkürlich vertauscht, während in C. 4. 46. 1 vom »jus hypothecae sive pignoris« gesprochen wird.

Es finden sich von *Alexander* noch drei hierhergehörige pfandrechtliche Konstitutionen, von denen C. 8. 34. 1 pignus und hypotheca promiscue verwendet; in 8. 19. 1. pr. wird die hypothecaria auf das pignus angewandt; in 8. 27. 3 heisst es: »Hypothecis vel pignoribus . . .«

Es sind noch eine Konstitution des *Philippus* (C. 9. 34. 4. pr.) und eine von *Decius* (C. 4. 16. 2.) übrig, beide mit dem Doppelausdruck pignus seu(vel) hypotheca versehen.

<sup>38</sup> Vgl. doch hierzu Bachofen 634 f., wonach hier von fiducia die Rede gewesen sei. Dagegen Oertmann 245.

<sup>39</sup> Vgl. oben S. 43 A. 25.

<sup>40</sup> Vgl. auch 20. 1. 13. 4 (hypotheca das erste Mal, hypothecaria) und 5 (hypotheca das erste Mal) sowie 20. 4. 12. 2 (die beiden ersten Male); oben S. 83, 85.

Was schliesslich die Konstitutionen von *Diokletian* und *Maximian* betrifft, stammen sie bekanntlich sämtlich von Diokletian, und gehören also der östlichen Reichshälfte zu<sup>41</sup>. Dieser Umstand macht eine Nachforschung über die Echtheit des Wortes *hypotheca* zwecklos<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Mommsen, Abhandl. der Berl. Akad. 1860 S. 419 ff.

<sup>42</sup> C. 8. 40. 21; 8. 13. 10; 8. 13. 18; 8. 25. 8; 8. 25. 10; 8. 34. 2.

## KAPITEL II.

### Zur pfandrechtlichen Terminologie der Römer.

§ 10.

Die Frage.

Auch wenn das Wort *hypotheca* noch so echt wäre, so hat es doch den terminologischen Anforderungen auf dem Gebiete des Pfandrechts nicht entsprechen können. Es ist deshalb von vornherein wahrscheinlich, dass die Römer für die beiden verschiedenen Verpfändungsformen eine heimische, geschlossene und verlässliche Terminologie gehabt haben müssen. Auch hat Voigt<sup>1</sup> behauptet, *pignori obligare* sei bei Scaevola, Paulus und Modestin der Ausdruck für Vertragspfand, *pignori dare* und *pignori accipere* seien diejenigen für Besitzpfand. Diese Auffassung ist indessen von Manigk<sup>2</sup> in der schlagenden Weise widerlegt worden, dass er eine Reihe Stellen gezeigt hat, die die entgegengesetzte Terminologie aufzuweisen haben. Nur der Ausdruck *pignore esse* sei lediglich von der Hypothek verwendet<sup>3</sup>. Für die späteren Juristen — Ulpian und Marcian — glaubte schon Voigt<sup>4</sup> den Ausdrücken *pignus*, *pignori rem obligare* die Bedeutung Faustpfand vindizieren zu können.

Dass Schwankungen vorhanden sind, ist unwiderlegbar, sie sind aber m. E. begrenzt. Erstens müssen von Anfang an die beiden Ausdrücke *pignori dare* und *pignori accipere* getrennt werden, die auch aus dem Grunde verschiedene Regeln befolgen können, weil die Römer mehrere Bezeichnungen für die Pfandbestellung von seiten des Pfandschuldners hatten — vor allem das neutrale *pignerare* — keine andere geläufige aber für die Bestellung von seiten

<sup>1</sup> S. 240 f.

<sup>2</sup> S. 11 ff. und in den folgenden §§ zu zitierende Stellen. Zustimmend Pappulias 214 A. 18.

<sup>3</sup> S. 30 f. Vgl. auch oben Einleitung zu A. 10. — Einige abweichende Stellen seien zwar vorhanden — so handelt D. 13. 7. 1. 2. von Besitzpfand — können aber das Ergebnis nicht ändern. Manigk 30 A. 2. — Übrigens nimmt schon Dernburg 1, 140 an, dass *pignori dare* auch vom Vertragspfand verwendbar sei.

<sup>4</sup> a. a. O. 244.



des Gläubigers<sup>5</sup>. Die beiden Ausdrücke sind so fest zusammengestellt worden, dass ein Fragment, wo z. B. *pignori dare* für die Bestellung eines Vertragspfandes verwendet wird, als Beweis dafür angeführt wird, dass auch *pignori accipere* vom Vertragspfand benutzt werden könnte<sup>6</sup>. In der Tat scheint aber nur der Ausdruck *pignori accipere* nie einen bestimmten Sinn angenommen zu haben, während dagegen betreffs der beiden anderen Ausdrücke — *pignori dare* und *pignori obligare* — m. E. angenommen werden kann, dass in der späteren klassischen Zeit Schwankungen nicht mehr vorhanden waren, und insbesondere scheinen Gaius, Scaevola, Ulpian und Paulus in dieser Hinsicht eine feste Terminologie gehabt zu haben<sup>7</sup>. Es soll jedoch hier darauf aufmerksam gemacht sein, dass dieses Ergebnis auf Interpolationsbehauptungen beruht, von denen einige als unsicher zu bezeichnen sind. Ich habe aber geglaubt, dass man sich in erster Linie an diejenigen Stellen halten sollte, die völlig unangreifbar sind. Wenn diese die Schlüsse bestätigen, und andererseits einige Fragmente, die dem Schluss widersprechen, sich mit Bestimmtheit als interpoliert erweisen, so kann man sich bei den übrigen wenigen, widersprechenden Fragmenten mit kleineren Unechtheitsindizien begnügen<sup>8 9</sup>.

Vielleicht werden die früheren Schwankungen dadurch erklärt, dass das Vertragspfand damals ganz jung war — eine Frage, der das nächste Kapitel dieser Arbeit gewidmet ist.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Manigk's Zusammenstellungen S. 15 ff. der pfandrechtlichen Termini.

<sup>6</sup> Pappulias 214 A. 18. Vgl. Voigt a. a. O. Manigk 13.

<sup>7</sup> Pappulias 214 zu A. 19 sieht in dem Umstand, dass die Ausdrücke *obligare* auch von der fiducia verwendet werden, einen Grund zur Unklarheit. Da aber zur Bezeichnung des fiducia-Verhältnisses neben dem *obligare* auch das Wort *fiducia* nötig war (Paul. Sent. 1. 9. 8, C. Th. 15. 14. 9), so kann aus diesem Umstand keine Unklarheit entspringen sein.

<sup>8</sup> Es sind nur einige Stellen zu Modestin, die Bedenken erregen könnten. Vgl. unten § 11 zu A. 44, § 12 zu A. 21.

<sup>9</sup> Am Anfang dieser Untersuchung ist ein prinzipielles gegen die Exklusivität der Verwendung von *pignore dare, accipere* in Bezug auf Besitzpfand angeführtes Argument zu erledigen. Wenn nämlich Manigk 14 auf die mit *pignore dare, accipere* gleichartigen Verbindungen *hypothecae dare, accipere* mit der Bemerkung hinweist, dass um deren willen in *dare, accipere* keine Übergabe bzw. Annahme der Sache zu erblicken sei, so ist dies von unserem Standpunkt aus selbstverständlich unzutreffend.

Um eine Nachprüfung zu ermöglichen, habe ich in die folgende Untersuchung der drei Ausdrücke auch diejenigen Stellen mit aufgenommen, aus denen, wie mir scheint, für unsere Frage nichts zu schliessen ist. Beim Codex glaubte ich jedoch von dieser Vollständigkeit absehen zu dürfen, da die unbestimmten Stellen hier in grosser Majorität und zudem mit Hilfe der Beilage leicht aufzufinden sind.

## § 11.

## Pignori dare.

Bei den vorjulianischen Juristen ist diese Wendung direkt nur an zwei Stellen von **Javolen** bewahrt, von denen D. 41. 3. 16.<sup>1</sup> offenbar Besitzpfand bedeutet, während D. 22. 1. 49. = D. 50. 17. 72 in der Besitzfrage keine Auskunft gibt.

Bei **Julian** handelt es sich in den meisten Fällen offenbar um Faustpfand, nämlich in D. 5. 3. 54. 1, 13. 7. 29, 41. 1. 37 pr., 41. 3. 33. 4, 5 u. 6., 41. 4. 7. 7. In den übrigen Fällen lässt sich nichts mit Bestimmtheit sagen. Es sind: D. 30. 86. pr. und 40. 9. 5. 2. Eine Abweichung von der einfachen *pignori dare*-Terminologie (*pignoris causa tradere*: D. 44. 7. 16.) erweist sich als für fiducia interpoliert<sup>2</sup>.

Bei **Pomponius** handelt es sich in D. 16. 1. 32. 1. offenbar um Besitzpfand; so wohl auch D. 34. 3. 8. 7.<sup>3</sup>. An drei Stellen, wo dies auch der Fall zu sein scheint, ist eine Interpolation für fiducia wahrscheinlich<sup>4</sup>. D. 4. 4. 50 und 33. 5. 6.<sup>5</sup> geben über die Besitzverhältnisse keinen Bescheid. Es erübrigt nur D. 13. 7. 2., wo nach dem Wortlaut wohl besitzloses Pfand vorhanden ist<sup>6</sup>.

Auch bei **African** finden sich Stellen, wo der Ausdruck *pignori dare* vom Vertragspfand benutzt wird und zwar in deutlichster Weise. Es sind dies D. 20. 4. 9. pr., §§ 2, 3. In D. 16. 1. 17. 1,

<sup>1</sup> Das letzte *dedit* interpoliert für *accepit*? So Eisele Z. Sav. St. 18, 11 f. Dagegen Herzen 89 A. 1.

<sup>2</sup> Lenel, Z. Sav. St. 3, 103 (vgl. Gradenwitz 38): fiducia.

<sup>3</sup> »*apud quem deposuero vel cui commodavero pignori dare dedero.*»

<sup>4</sup> D. 13. 7. 6., 13. 7. 8. 1., 2., 20. 4. 4. Zu ersterer Stelle Gradenwitz 22. Lenel Pal. 797 f. Dagegen Manigk 89 ff. Zu letzteren Lenel Pal. 799 bezw. 800.

<sup>5</sup> Vgl. auch Paulus 20. 5. 9. 1. und Ulp 21. 1. 21. 1. unten, wo Pomponius zitiert wird.

<sup>6</sup> So Manigk 14.

30. 108. 13, 41. 2. 40 pr. und 47. 2. 62. § 3 bedeutet er dagegen Faustpfand<sup>7</sup>.

Was den Sprachgebrauch des **Gaius** betrifft, ist zunächst hervorzuheben, dass die einzige Stelle, die uns direkt überliefert ist — III 200 — vom Besitzpfand handelt. Weiter ist das bekannte Fragment D. 50. 16. 238. 2.: Pignus »*appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur . . . . .*» zu erwähnen, das auf diese Bedeutung als die ursprünglich einzige hinweist, was freilich nie bezweifelt worden ist<sup>8</sup>. Vom Faustpfand handelt auch die wahrscheinlich von Gaius stammende Stelle J. 3. 14. 4. Dasselbe ist mit D. 13. 6. 18<sup>9</sup>, 4. 2. 10. 1., 10. 2. 28.<sup>10</sup> und 18. 1. 53 der Fall<sup>11</sup>. Unbestimmt sind die übrigen: D. 20. 6. 7. 4. und 40. 9. 29. pr. Bei Gaius zeigt also der Gebrauch des Ausdruckes keine Schwankungen, wie schon Manigk<sup>12</sup> festgestellt hat.

Bei **Marcellus** dagegen wird der Ausdruck in D. 44. 2. 19. vom Vertragspfand<sup>13</sup> verwendet. D. 47. 2. 69. ist wohl dagegen Besitzpfand. D. 20. 1. 27. und 46. 3. 73 geben keinen klaren Bescheid.

Bei **Svaevola** wird der Ausdruck in D. 20. 1. 34 pr. anscheinend vom Vertragspfand benutzt<sup>14</sup>. Die Stelle stammt aber aus den Digesten Scaevola's und ist also nach Samter's Entdeckung<sup>15</sup> nicht von der Hand Scaevola's. Dasselbe ist andererseits auch mit D. 32. 101. pr., wo von Besitzpfand die Rede ist, der Fall<sup>16</sup>. Als unbestimmt sind zu erwähnen: D. 10. 2. 39. 5, 18. 1. 81. pr., 20.

<sup>7</sup> Anscheinend von Besitzpfand, in der Tat wahrscheinlich von fiducia handelnd. D. 13. 7. 31. (*fiducia cum amico*: de Ruggiero, Bull. dell' ist. 19, 26.). 47. 2. 62. 1. (de Ruggiero a. a. O. 26 A. 2. Eisele, Z. Sav. St. 30, 146 f).

<sup>8</sup> Vgl. Kuntze 1, 10, Manigk 7, Pappulias 212 zu A. 8.

<sup>9</sup> Wenn echt; nach Löhr (vgl. de Ruggiero, Bull. dell' ist. 19, 33 f.) fiducia. Manigk 97 behandelt die Stelle als Besitzpfand.

<sup>10</sup> fiducia? vgl. Oertmann 34 u. daselbst zit. Autoren.

<sup>11</sup> Zu den drei letzten Stellen Manigk 97.

<sup>12</sup> S. 97.

<sup>13</sup> Manigk 102. — Der Satz »*et nihil aliud novum et validum adjecerat*» schwerlich von Marcellus: das »*et validum*» ist selbstverständlich und das »*aliud*» schief und überflüssig. So Eisele, Z. Sav. St. 21, 44.

<sup>14</sup> Manigk 13 f. und 105 A. 2. gelangt zu demselben Resultat.

<sup>15</sup> Vgl. oben S. 58 f. Der verdächtige Ausdruck kommt sogar in der Anfrage vor. (In der Korrektur beigefügt).

<sup>16</sup> Hier sieht Mitteis, Reichsrecht 441 A. 3 eine Erwähnung der griechischen *ὑποθήκη*, während Naber, Mnemosyne 32, 85 statt *pignori* das erste Mal *mancipio*, das zweite *fiduciae* liest.



I. 31. pr., 20. I. 32, 26. 7. 47. 5., 42. 8. 21, 44. 3. 14. 3. und 5, 46. I. 63<sup>17</sup>.

**Papinian** verwendet in D. 6. I. 65. pr., 13. 7. 40 pr. u. § 2, 20. 5. 2. den Ausdruck vom Besitzpfand. In D. 20. I. I. pr. wird er dagegen von Generalverpfändung benutzt. In demselben Fragment § 4 sowie in 20. I. 3. I. und 20. 4. 3. I scheint er gleichfalls vom Vertragspfand verwendet zu werden. Ohne bestimmten Bescheid lassen uns:

3. 5. 31. pr. <sup>18</sup>	20. 5. 3. I.
13. 7. 42. <sup>19</sup>	20. 6. I. 2.
20. I. I. I, 2. <sup>20</sup>	26. 7. 39. 5. <sup>22</sup>
20. I. 2.	31. 66. 6.
20. 2. I.	36. I. 58.
20. 4. I. pr. <sup>21</sup>	36. I. 60. 8.
20. 4. 2.	44. 2. 29. I.
20. 4. 3. 2.	48. 19. 33.
	50. 8. 5. 3.

Der Sprachgebrauch **Tryphonin's** ist mit einer Stelle zu Besitzpfand vertreten: D. 20. I. 33, während die übrigen keinen bestimmten Schluss gestatten. Diese sind D. 20. 4. 20. 20. 5. 12. I, 49. 15. 12. 12.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> D. 20. 6. 15 nach Lenel fiducia.

<sup>18</sup> Nach Eisele, Z. Sav. St. 30, 103 f. fiducia; vgl. oben S. 62.

<sup>19</sup> Nach Eisele, a. a. O. 114 f. fiducia. Oben S. 62 A. 30.

<sup>20</sup> »consumptos» interpoliert? So Czyhlarz (bei Glück Serie der B. 41. f. S. 469 ff.), Pernice, Labeo 2, I, 359 f., Perozzi, Ist. I, 441 A. I; anders v. Petrażycki, Die Fruchtverteilung (1892) 150. — Eine geistvolle Erklärung — Schreibfehler für »consecutus» — wird von Siber 208 vorgeschlagen, indem er den Tatbestand so deutet, dass der Verpfänder nicht das Grundstück, sondern die Früchte auf dem Halm verkaufe, und der Käufer sie mit seiner Erlaubnis selbst geerntet habe. Siber 105 f. Da indessen die Annahme eines Schreibfehlers hier eine gewisse juristische Bildung bei dem Abschreiber voraussetzt, wird wohl die Interpolationsannahme vorzuziehen sein. — Im übrigen wird der Satz »quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur» von Siber 108 für interpoliert gehalten.

<sup>21</sup> Vgl. oben S. 64.

<sup>22</sup> = Pap. resp. fr. Berol. et Paris. 2, 8 (Collectio 3, 288, Baviera 354.

<sup>23</sup> Manigk 119 A. I. folgert aus dem Sprachgebrauch Tryphonin's in D. 20. 4. 20, wo Besitzpfand angenommen wird, dass auch an den anderen Stellen Besitzpfand gemeint sei.

Unter den reichhaltigen Fragmenten **Ulpian's** sind erstens drei Stellen anzuführen, wo es sich um den Fall handelt, dass ein Miteigentümer seinen Anteil verpfändet, wovon Ulpian den Ausdruck *pignori dare* verwendet, nämlich D. 10. 3. 6. 8. und 9., 10. 3. 7. 13. Manigk<sup>24</sup> behauptet, hier könne nur von Hypothek die Rede sein. Ein Miteigentümer könne an seinem Anteil nur eine Hypothek bestellen. Indessen handelt es sich hier nur um das tatsächliche Besitzverhältnis<sup>25</sup>, und dies kann offenbar von einem Miteigentümer, der selbst den Besitz hat, eingeräumt werden. Im Codex 3. 37. 2 ist auch bei demselben Tatbestand und derselben Terminologie von Besitzpfand die Rede.

Auch in D. 13. 7. I. I. sieht Manigk<sup>26</sup> eine Hypothek.

Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit *quasi pignori daturus* et aes *dederit, obligaverit* aurum pignori: et consequens est ut *aurum obligetur*, non autem aes, quia in hoc non consenserint.

Das Gold ist hier nicht übergeben worden, und das Pfandrecht daran besteht also *nuda conventione*. Es wird aber nicht gesagt, dass das Gold *pignori datum* sei; es war nur die Absicht, es zu übergeben (*quasi daturus*), und statt des Goldes wird Kupfer übergeben (*dederit*). Die Schärfe der Terminologie geht gerade aus dieser Stelle hervor, denn dieses Gold, an dem ohne Übergabe ein Pfandrecht besteht, *obligatur*.

Von den Stellen, wo *pignus datum* Besitzpfand bedeutet, mögen besonders die folgenden hervorgehoben werden, als Zeugnisse einer festen Terminologie:

D. 7. 6. 5. 5.	13. 7. 36. pr. § I.
12. I. 4. I. <sup>27</sup>	14. 6. 7. 2.
12. 2. 13. 5.	34. 3. I. I.
13. 6. 5. 12.	36. 4. 5. 7.
13. 7. 9. 4.	43. 26. 6. 4. <sup>28</sup>
13. 7. 11. 7.	

<sup>24</sup> Zu den beiden ersteren Stellen Manigk 122 A. 3. (vgl. 67 u. 70 A. A.)

<sup>25</sup> Vgl. z. B. Ulp. D. 10. 4. 3. 15: »Sciendum est adversus possessorem hac actione (sc. ad exhibendum) agendum non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. denique creditorem, qui *pignori rem accepit*, ad exhibendum teneri placet.»

<sup>26</sup> S. 122 A. 2.

<sup>27</sup> Nach Oertmann 47 (wo weitere Lit.), Perozzi, Ist. 2, 201 A. I interpoliert für *fiducia*.

<sup>28</sup> Wenn echt. Vgl. oben S. 91 A. 8.



Vgl. auch 6. 1. 39. 1, 6. 2. 9. 1, 13. 1. 12. 1.<sup>29</sup>, 13. 7. 1. 2, 44. 4. 4. 8, 47. 2. 14. 6 und 47. 2. 19. 5.<sup>30</sup>  
Unbestimmt sind folgende:

D. 4. 3. 9. 4.	24. 1. 7. 6.
5. 3. 25. 14.	24. 1. 32. 5.
11. 7. 2. 9.	27. 9. 7. 1.
13. 5. 14. 1.	29. 5. 1. 3.
13. 7. 9. pr. § 1.	32. 73. 2.
14. 6. 9. pr.	36. 1. 1. 16.
16. 1. 8. pr.	38. 5. 1. 19.
18. 2. 4. 3.	40. 5. 4. 8.
20. 1. 6.	40. 9. 4.
20. 1. 20.	40. 12. 8. 2.
20. 6. 3.	44. 3. 5. 1.
21. 1. 17. 11.	44. 1. 38. 23. <sup>31</sup>
21. 1. 21. 1.	

Schliesslich ist eine Stelle zu erwähnen, die wie eine Trübung der klaren Terminologie aussehen könnte: D. 44. 2. 11. 10. Diese Stelle hat aber nicht eben das Gepräge der Echtheit. Dieselbe Person — der Pfandgläubiger — wird sowohl in dritter Person (unter dem Namen Seius) als in der ersten Person dargestellt. Dabei ist die Bezeichnung mit der ersten Person anscheinend die echte, denn sie hat ihr Gegenstück teils im vorigen §, teils auch in dem »te« des ersten Satzes. Das Stück »Titius pignori . . . . . petere debuit« wäre also verändert. In diesem Stück kommt eben das befremdende pignori dare vor<sup>32</sup>.

Auch an einer Stelle zu **Paulus** findet sich nach dem Wortlaut der Digesten der Ausdruck pignori dare von Vertragspfand, allein jedenfalls nicht von der Hand des Paulus.

D. 13. 7. 18. 3.

Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait [*quia aliud sit materia aliud navis:*] et ideo [*nominatim in*

<sup>29</sup> Nach Oertmann 167 ff. fiducia. Betreffs des Streites über die Klassizität der *condictio incerti* Literaturangabe bei Sohm 498 A. von S. 497 (§ 80 A. 8.)

<sup>30</sup> D. 15. 1. 36. *fiducia*, Lenel E. P. 284 f. Pal. 48. Oertmann, 48 f. Cuq 240.

<sup>31</sup> = J. 3. 19. 20.

<sup>32</sup> Vgl. zu dieser Stelle Eisele, Z. Sav. St. 21. 26 ff.

*dando pignore*] adiciendum esse [ait]: quaequae ex silva facta natae sint.

Hier hat Eisele<sup>33</sup> eine Interpolation der eingeklammerten Sätze finden wollen. Von Interesse in diesem Zusammenhang ist der Passus »*nominatim in dando pignore*«. Und auch abgesehen von dem terminologischen Verdachtsgrund, der hier zum Beweis nicht verwendet werden kann, muss anerkannt werden, dass er wegen des »*nominatim*«<sup>34</sup> und wiederholten »*ait*« etwas verdächtig ist. Jedenfalls ist er aber nur eine Äusserung von Cassius. Paulus hat ihn höchstens zitiert<sup>35</sup>.

D. 13. 7. 41. fängt in folgender Weise an:

*Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei esse coepisti.*

Wie es unter diesen Umständen mit dem Pfandrecht geht, ist nicht in der einfachen Weise der *lex 41 — datur utilis actio creditori* — zu erledigen. Denn auch, wenn man annimmt, dass der Ausdruck *pignori dare* Vertragspfand bedeuten kann, so bedeutet er doch vor allem Besitzpfand. Und wozu eine *actio*, wenn der Gläubiger schon den Besitz hat? In D. 20. 1. 1. pr. hat Papinian die Frage von der Verpfändung einer fremden Sache aufgestellt, und er antwortet in schärfster Weise: Wenn die Sache dem Schuldner geschuldet war, besteht das Pfandrecht. Auch sonst wird ein gutgläubiger Kreditor geschützt, ein bösgläubiger aber erhält schwerlich eine *utilis actio*, kann aber, wenn er den Besitz erlangt hat, das Pfand behalten. Es scheint mir nahezu undenkbar, dass Paulus die Frage in der angeblichen Weise beantwortet haben würde.

Von Besitzpfand ist an den folgenden Stellen offenbar die Rede: 5. 3. 19. pr., 29. 2. 88, 41. 3. 4. 21, 41. 3. 49, 47. 2. 20. pr., 47. 2. 67. pr.<sup>36</sup> Hierher gehört auch D. 10. 2. 29, wenn echt<sup>37</sup>.

Unbestimmt sind die folgenden:

sent. 2. 5. 2.	sent. 3. 6. 16.
» 2. 31. 19.	» 5. 1. 1.

<sup>33</sup> Z. Sav. St. 13, 144 ff. Gegen die Interpolation des *quia*-Satzes Herzen 174 A. 2.

<sup>34</sup> Vgl. H. Appleton 122 ff.

<sup>35</sup> Nach Herzen 174, Manigk 39, Pappulias 324 f. liegt hier ein Fall vor, wo *pignori dare* vom Vertragspfand verwendet wird. — *Fiducia* ist wegen der Lehre Cassius' von der Spezifikation ausgeschlossen. Herzen 174.

<sup>36</sup> Diese Stelle zeigt, dass das Faustpfand die regelmässige Bedeutung von *pignoris datio* ist, da die Tradition nur durch spezielle Verabredung beseitigt wird.

<sup>37</sup> Vgl. oben § 6 zu A. 13.

D. 9. 2. 30. 1.	D. 20. 1. 29. 2. <sup>38</sup>
» 11. 3. 14. 4.	» 20. 4. 13. <sup>39</sup>
» 12. 6. 13. pr.	» 20. 4. 15.
» 13. 5. 21. 2.	» 20. 5. 9. 1.
» 13. 7. 16.	» 27. 10. 11.
» 13. 7. 18. 1, 4.	» 40. 1. 3.
» 13. 7. 20. pr., § 1.	» 40. 12. 23. 1.
» 13. 7. 21.	» 44. 2. 30. 1.
» 16. 1. 29. pr.	» 45. 1. 85. 6.
» 17. 1. 22. 3.	» 46. 1. 59 <sup>40</sup> .

Schliesslich ist noch D. 41. 2. 1. 15. zu bemerken. Der da be-  
gegnende Ausdruck »*corporaliter pignori datum*» ist ein Pleonasmus,  
der bei der übrigen klaren Terminologie Paulus' (und Julian's, der  
hier zitiert wird) zwar überrascht, dem aber m. E. keine Bedeutung  
zugesprochen werden kann<sup>41</sup>.

Bei **Marcian** geben die Stellen D. 13. 7. 32., 20. 1. 13. 2.,  
20. 1. 16. 1. und 20. 2. 5. 2. in der Besitzfrage keinen klaren Be-  
scheid, und für zwei Stellen aus seinem Liber ad formulam hypothe-  
cariam — D. 20. 1. 11. 2., 3. und 20. 1. 16. 9. — gilt wegen der  
Zweifelhaftigkeit des Wortes *hypotheca* das Gleiche. D. 41. 2. 37 ist,  
wie oben erwähnt<sup>42</sup>, von zweifelhafter Echtheit.

Unter den Stellen **Modestin's** scheint in D. 10. 3. 17. Besitz-  
pfand vorzuliegen. Von den drei übrigen handelt dagegen D. 20.  
6. 9. pr. und wohl auch 13. 7. 39, 20. 1. 26. 1. vom Vertragspfand.  
Der abweichenden Bedeutung des Wortes würde ich indessen an  
diesen Stellen kein besonderes Gewicht beilegen, weil sie immer in  
den Anfragen aus den Responsen Modestin's auftritt, die von ihm  
daum bearbeitet zu sein scheinen. Darauf deutet schon die in der  
Regel direkte Rede, aber auch die mehrmals breite Ausführung.  
So z. B. in der angeführten Stelle D. 20. 1. 26. 1.: . . . »*chirographum  
perscriberet sua manu filius eius, quod ipse impeditus esset scribere,*

<sup>38</sup> Zu dieser Stelle vgl. Pernice, Labeo 2, 1, 390 A. 4.

<sup>39</sup> Hier nehmen Manigk 14 und Pappulias 214 A. 18 eine Hy-  
pothek an. Es ist doch nicht Vertragspfand im eigentlichen Sinne. Vgl.  
unten S. 136 A. 10. Der Satz *quia — servetur* wird übrigens von  
Riccobono in der italienischen Digestenausgabe gestrichen.

<sup>40</sup> D. 13. 7. 25. fiducia. Lenel Pal. 481.

<sup>41</sup> Vgl. Manigk 70 A. 1.

<sup>42</sup> Oben S. 80 f.

*sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandae . . .*<sup>43</sup>  
D. 13. 7. 39. leidet an bekannten formellen Mängeln<sup>44</sup>.

Die beiden Stellen bei **Hermogenian** — D. 35. 2. 38. 2. und  
40. 9. 27. 1. — sind unbestimmt.

Noch sind zu erwähnen die mit Sicherheit oder Wahrscheinlich-  
keit klassischen Stellen aus den **Institutionen** Justinian's. In J.  
3. 14. 4. liegt Besitzpfand vor<sup>45</sup>; von den übrigen — 2. 1. 41., 2, 20,  
12. und 3. 19. 20. ist nichts mit Bestimmtheit zu sagen. Dasselbe  
gilt von **Fragmentum Dositheanum** 16<sup>46</sup>.

Was schliesslich die klassischen Konstitutionen des **Codex** be-  
trifft, so ist in der Regel kein sicherer Schluss betreffs des Besitz-  
verhältnisses möglich. In C. 3. 37. 2. (a. 222) und 4. 24. 5 (a. 224)  
ist jedoch Besitzpfand vorhanden, während, wenn ich recht sehe, an  
keiner Stelle mit Bestimmtheit gesagt werden kann, dass von Ver-  
tragspfand die Rede sei.

<sup>43</sup> Vgl. auch D. 31. 34. 6.

<sup>44</sup> Vgl. Eck, Z. Sav. St. 9, 75, Heck, Z. Sav. St. 10, 88. Oert-  
mann 49 f., Manigk 134. — Die Stelle ist auch auf fiducia bezogen  
worden. Heck, Oertmann a. a. O.

<sup>45</sup> Die Stelle ist schon oben S. 113 zu Gaius erwähnt worden.

<sup>46</sup> Collectio 2, 156, Baviera 514. Zu dieser Stelle vgl. Dernburg  
2. 14. A. 7.



## § 12.

## Pignori obligare.

Von den älteren sind hier nur zu erwähnen **Labeo** (Ulpian) D. 43. 32. 1. 4., wo *obligare* Verpächterpfand bedeutet, **Aristo** (Paulus) 20. 3. 3., wo es sich wahrscheinlich um Besitzpfand handelt<sup>1</sup>, und **Celsus** D. 46. 3. 69, wo indessen das Wort interpoliert sein dürfte<sup>1</sup>.

Bei **Julian** wird *obligare* in D. 39. 6. 18. 3. im weiteren, nicht nur pfandrechtlichen Sinne gebraucht. Unbestimmt ist D. 18. 1. 41. pr.

**Pomponius** verwendet den Ausdruck in D. 4. 4. 50.<sup>2</sup>, 30. 45. 1. und wohl auch 19. 1. 6. 9. und 41. 2. 43. 2. in der weiteren pfandrechtlichen Bedeutung. In D. 21. 2. 20, vielleicht auch 46. 3. 20., ist von Vertragspfand die Rede.

**African** zeigt in D. 20. 4. 9. pr. §§ 1. u. 3. (vgl. auch 46. 3. 38. 5.) eine vollständig verwirrt Terminologie, indem nicht nur *pignori dare*, wie schon gezeigt, sondern auch *obligare* im weiteren pfandrechtlichen Sinne gebraucht wird. D. 39. 2. 44. 1. handelt von Vertragspfand.

**Gaius** dagegen scheint den Ausdruck *pignori obligare* nur von Vertragspfand zu verwenden<sup>3</sup>, wie *pignori dare* bei ihm nur von Besitzpfand benutzt wurde<sup>4</sup>. Zwar sind II 61, D. 20. 6. 7. 4., 9. 4. 27. 1., 33. 4. 15., 47. 2. 49. pr. und 44. 7. 5. 1. = J. 3. 27. 2. unbestimmt, D. 20. 1. 4. = 22. 4. 4., 20. 1. 15 pr. § 2, 20. 4. 11. pr. § 2. und wohl auch 20. 1. 15. 1., 20. 3. 2., 20. 4. 11. pr. und 20. 6. 7. 4. handeln aber vom Vertragspfand und anscheinend keine einzige Stelle vom Besitzpfand.

<sup>1</sup> Näheres unten § 14.

<sup>2</sup> Ob echt?

<sup>3</sup> So Manigk 96 f. vgl. 56.

<sup>4</sup> Vgl. oben § 11 zu A. 12.

Unter den Stellen bei **Papinian** handeln 46. 3. 96. 3.<sup>5</sup> und wohl auch 21. 2. 65., 20. 1., 3. 1, 20. 5. 3. 1. vom Vertragspfand. Ob 10. 2. 31. dieselbe Bedeutung oder etwa die weitere zeigt, lässt sich nicht recht entscheiden. Bei **Tryphonin** liegt in 20. 4. 20. und, wie es scheint, auch in 13. 7. 23<sup>6</sup> Vertragspfand vor.

**Scaevola** verwendet den Ausdruck von Vertragspfand an folgenden Stellen: 13. 7. 43. pr., 20. 1. 34. pr. §§ 1, 2, 20. 4. 19, 20. 4. 21. pr., 39. 5. 35. 1.<sup>7</sup> Von Vertragspfand können auch 19. 1. 52. pr. § 1<sup>8</sup>, 31. 89. 4., 32. 38 pr., 40. 9. 26. und 42. 8. 22. handeln. Drei Stellen dagegen, wo der Ausdruck in einem widersprechenden Sinn benutzt wird, erweisen sich als interpoliert: 18. 1. 81. pr.<sup>10</sup>, 20. 2. 10., 20. 5. 14.<sup>11</sup> Vom Illatenpfand handelt schliesslich 20. 1. 32.

Bei **Ulpian** bedeutet der Ausdruck an den folgenden Stellen Vertragspfand: 13. 7. 1. 1,<sup>12</sup> 20. 1. 6, 20. 4. 5, 20. 4. 6. 1, 20. 4. 7. 1, 20. 6. 4. pr., 27. 9. 3. pr. und 49. 14. 28. Wohl auch 13. 7. 36. 1, 15. 4. 3, 19. 2. 13. 11, 20. 1. 8, 20. 1. 10, 20. 6. 4. 2, 30. 57, 27. 9. 1. 4. In D. 13. 7. 11. 6 ist zwar von Besitzpfand die Rede; derjenige aber, zu dessen Gunsten das Pfand *obligatum* wird, ist nicht Besitzer<sup>12a</sup>. Vom Illatenpfand handeln 20. 2. 6. und 43. 32. 1. 4. Von Vertragspfand können auch 20. 6. 6. pr., 24. 1. 7. 6, 24. 1. 32. 5, 27. 9. 1. 2, 27. 9. 7. §§ 2--6, 28. 5. 30, 40. 5. 26. 2. und 13. 7. 11. 5. handeln. D. 13. 7. 24. pr., eine Stelle, die dem Wortlaut nach von Besitzpfand handelt, ist interpoliert<sup>13</sup>, und dasselbe dürfte

<sup>5</sup> »*superfluum . . . placuit*» gloss.? So Lenel Pal. 671.

<sup>6</sup> Die Stelle ist unklar. Nach Lenel Pal. 27 sind nach »*obligata*» einige Wörter ausgefallen.

<sup>7</sup> Zu der Interpolationsfrage an dieser Stelle vgl. Lenel Pal. 126, Schirmer Z. Sav. St. 11, 84. ff.

<sup>8</sup> Nach Manigk 105 A. 2. kann hier auch von Faustpfand die Rede sein. Die Frage ist aber: Kann die Stelle vom Vertragspfand allein handeln?

<sup>9</sup> Manigk 105 A. 2. nimmt hier Besitzpfand an.

<sup>10</sup> Der Passus, wo das *obligare* im weiteren Sinne vorkommt, ist wenigstens nicht von Scaevola; vgl. oben S. 58 f.

<sup>11</sup> Die beiden letzteren Stellen dürften von der fiducia handeln. So Lenel Pal. 22., bzw. 23. Manigk 12 nimmt hier Besitzpignus an.

<sup>12</sup> Zu dieser Stelle vgl. oben § 11 zu A. 27.

<sup>12a</sup> plerumque und semper interpoliert nach Bonfante, Istituzioni<sup>4</sup> (1907) 397 A. 1.

<sup>13</sup> Lenel, Z. Sav. St. 3, 107: fiducia. Vgl. die anregende Darstellung C. Appleton's, Histoire de la compensation en droit romain, (1895) 24 ff., wonach insbesondere das Stück »*immo utilis . . . agetur*» gänzlich von den Kompilatoren stammt.



auch mit D. 42. 6. 1. 3. der Fall sein<sup>14</sup>. Schliesslich sind D. 13. 7. 11. 3. und 13. 7. 1. 2. zu erwähnen, wo von einem weiteren Begriff die Rede zu sein scheint. Indessen ist die erstere Stelle über Interpolationsverdacht nicht erhaben<sup>15</sup>, und an der letzteren scheint der abweichende Sprachgebrauch dadurch gerechtfertigt zu sein, dass er zu keinem Missverständnis über die vorliegenden Besitzverhältnisse Anlass geben konnte.

**Paulus** gebraucht den Ausdruck vom Vertragspfand an den folgenden Stellen: Sent. 5. 6. 16., 5. 26. 4.<sup>16</sup>, D. 13. 7. 41., 16. 1. 29. pr. (*obligatas*), 20. 1. 29. pr. § 1., 20. 4. 16. und 17., 20. 6. 11., 20. 6. 12. pr., 21. 1. 43. 8., 44. 2. 30. 1.<sup>17</sup>, 46. 3. 98. pr. und 47. 2. 67. pr. Wohl auch 13. 7. 16. 1., 20. 1. 29. 3. und 20. 2. 9. (*obligata*). Von Illatenpfand handeln 19. 2. 24. 1. und 20. 2. 9. (*obligatorum*). Die sämtlichen übrigen Stellen können vom Vertragspfand handeln: Sent. 1. 9. 8., D. 9. 4. 25. 6., 16. 1. 29. pr. (*obligatae*), 17. 1. 59. 1., 20. 1. 30., 20. 3. 3.<sup>18</sup> und 4. 22. 2. 6., 31. 85. pr., 40. 2. 4. 2. und 46. 2. 30.

Bei **Marcian** ist zu bemerken, dass an den Stellen aus seinem Liber ad formulam hypothecariam *obligare* im allgemeinen von Vertragspfand gebraucht wird, ausser D. 20. 4. 12. pr. dagegen niemals von offenbarem Besitzpfand<sup>19</sup>. Die Echtheit dieser Stelle hängt von der Echtheit des Wortes *hypotheca* ab. Was die übrigen Stellen Marcian's betrifft, so handelt es sich wohl in D. 41. 2. 43. 2. um Vertragspfand, während 22. 3. 31. und 49. 14. 22. 1. unbestimmt sind.

Was **Modestin** betrifft, liegt in D. 20. 1. 22., 20. 1. 23. 1. und vielleicht auch 20. 1. 26. 2, 20. 6. 9. 1. und 48. 10. 28. Vertragspfand vor. Davon kann auch in D. 20. 1. 26. 1. und 20. 5. 8.<sup>20</sup> die Rede sein. Bedenken erregt nur D. 20. 1. 23. pr.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> oben S. 69.

<sup>15</sup> Vgl. Eisele Z. Sav. St. 11, 17. f., wonach das Stück: »*sive autem usurae . . . illicitae sunt*« unecht ist.

<sup>16</sup> Sonst nicht logisch scharf, da durch *obligare* doch jedenfalls das Vertragspfand erwähnt ist.

<sup>17</sup> Zu der Interpolationsfrage in dieser Stelle Eisele, Z. Sav. St. 21. 26. f.

<sup>18</sup> Vgl. § 13 unten.

<sup>19</sup> »*obligatum*« in 40. 8. 6. Gloss? So Lenel Pal. 39.

<sup>20</sup> A. M. Manigk 12. Ursprünglicher Besitz ist aber nicht notwendig, um verkaufen zu können.

<sup>21</sup> »*Creditor praedia sibi obligata ex causa pignoris locare recte poterit.*« »Ein Gläubiger kann sein Pfand vermieten«. Manigk II f. ist geneigt anzunehmen, dies wäre nur beim Faustpfand möglich. Ich

Die hier zu berücksichtigenden Stellen aus den **Institutionen** — 2. 20. 5. und 3. 27. 2. — sind beide unbestimmt. Im **Fragmentum de iure fisci** I 5.<sup>22</sup> handelt es sich um besitzloses Pfand.

Im **Codex** schliesslich handeln 3. 33. 2. (a. 205.), 3. 33. 6. (a. 230), 7. 8. 3. (a. 209), 7. 36. 1. (Gordian), 8. 44. 4. (a. 212) und 8. 44. 19. (a. 293) vom Vertragspfand; andererseits gibt es hier zwei Stellen, welche von Besitzpfand handeln: 4. 32. 6. (a. 212) und 4. 24. 11 (a. 294); von diesen hat jedoch die letzte nur wenig Beweiswert, da sie erst aus dem Ende der klassischen Epoche stammt.

gebe unbedingt zu, dass dies naheliegt. Ein etwaiger Vorschlag, daran zu denken, es könne sich um eine *locatio* statt der *venditio* nach Fälligkeit der Forderung handeln, bleibt durchaus hypothetisch. Ich halte es aber wegen des breiten »*ex causa pignoris*« nicht für ausgeschlossen, dass Modestin hier *fiducia* vor Augen gehabt habe. War doch der einfache Ausdruck »*pignori obligare*« durchaus geläufig.

<sup>22</sup> Collectio 2, 163. Baviera 525.

## § 13.

## Pignore accipere.

- Javolen:** Besitzpfand: 41. 3. 16. Wohl auch 47. 2. 74.  
**Julian:** Besitzpfand: 8. 1. 16. = 43. 25. 1. 5., 3. 7. 28. pr. § 1.  
**Pomponius:** Vertragspfand: 13. 7. 2. Wohl auch 46. 3. 20.  
 Besitzpfand: 16. 1. 32. 1.  
 (Von fiducia dürfte 13. 7. 8. pr. § 1. handeln<sup>1</sup>).  
**African:** Besitzpfand: 16. 1. 17. 1.  
 Unbestimmt: 12. 1. 41.  
**Maecian:** Unbestimmt: 36. 1. 75. pr.<sup>2</sup>  
**Gaius:** Besitzpfand: 5. 3. 41. 1, 13. 6. 18. 1.<sup>3</sup>, 44. 7. 1. 6.  
 Unbestimmt: 12. 1. 28.<sup>4</sup>  
**Marcellus:** Unbestimmt: 13. 7. 34.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> So Lenel Pal. 799.

<sup>2</sup> »tamen habet . . . . . commodo actionem« interpoliert nach Faber, Coniect. 553.

<sup>3</sup> »pignus sive commodata res sive deposita« interpoliert für fiducia nach de Ruggiero, Bull. dell' ist. 19. 33. ff.

<sup>4</sup> Fiducia? Oertmann 35.

<sup>5</sup> Diese viel besprochene Stelle kann nicht ohne weiteres auf fiducia bezogen werden, das muss Manigk, Fiducia 2304 cf. 2294 (vgl. Heck, Z. Sav. St. 10, 88 ff) zugegeben werden. Denn — gegen Heck a. a. O. und Gradenwitz — die fiducia cum amico im Heck'schen Sinne ist wohl ein ebenso unglaubliches wie scharfsinniges Institut und nötigt vor allen Dingen zu einer übermässigen Emendation (Heck a. a. O. 93. Gegen Heck vgl. Oertmann 146 ff., Jacquelin 389 ff. Göppert, Z. Sav. St. 13, 317 ff.). Und — gegen Lenel Pal 278, Jacquelin 393 — eine fiducia cum creditore ist wegen Paul. sent. 2. 13. 3. nicht ohne weiteres denkbar, da der Gläubiger seine eigene Sache nicht kaufen kann. Schliesslich kann — gegen Oertmann 37 — wegen des certum pretium auch an eine fiducia cum creditore mit einer nachträglichen lex commissoria nicht gedacht werden. Andererseits hat man es nicht gern, ein Indizium wie das »eam« aufzugeben, und es ist auch befremdend, dass weder von einem pactum de vendendo noch von den drei Denunziationen die Rede ist. (Paul. sent. 2. 5. 1.) Auch ist die Stelle nicht frei von innerem Widerspruch (a. A. Manigk, Fiducia 2304; man beachte dagegen: Titius [der creditor] . . . . . petit a

- Scaevola:** Vertragspfand: 20. 1. 34. 2<sup>6</sup>, 20. 6. 15, 42. 8. 22.  
 Wohl auch 20. 4. 18.  
 Unbestimmt: 36. 1. 80. 15.  
**Papinian:** Vertragspfand: 20. 4. 1. 1<sup>7</sup>, 20. 4. 2, 20. 4. 3. pr.  
 = 20. 4. 12. 5, 20. 4. 1. pr.  
 Besitzpfand: 33. 10. 9. 2<sup>8</sup>, 47. 2. 14. 5.  
 Unbestimmt: 20. 1. 3. pr., 20. 5. 1, 20. 6. 1. 1, 21. 2.  
 68. 1.  
**Ulpian:** Vertragspfand: 13. 7. 36. 1., 42. 1. 15. 5, 42. 6. 1. 15,  
 Besitzpfand: 7. 6. 5. 5. 10. 4. 3. 15. 13. 7. 11. 12.  
 16. 1. 8. pr., 14. 3. 5. 15, 39. 2. 11, 39. 2. 15.  
 30, 43. 25. 1. 5, 47. 2. 14. 16, 48. 5. 28. 2, 50.  
 17. 23. Wohl auch 10. 3. 7. 6, 10. 3. 7. 12, 20.  
 1. 19, 47. 4. 1. 10.  
 Unbestimmt: 2. 13. 6. 3, 4. 9. 1. 7, 9. 2. 17, 14. 4.  
 5. 8, 20. 4. 8, 24. 1. 7. 6, 27. 9. 1. 2, 42. 1. 44,  
 42. 8. 10. 13, 44. 4. 4. 30<sup>9</sup>, 47. 2. 46. 4, 47. 2.  
 52. 18, 47. 10. 15. 32.<sup>10</sup>  
**Paulus:** Vertragspfand: 20. 1. 18, 20. 1. 28, 20. 4. 14.<sup>11</sup>  
 Besitzpfand: 9. 4. 22. 1, 12. 6. 36, 41. 3. 13. pr., 46.  
 1. 59. Wohl auch 16. 1. 29. pr.  
 Unbestimmt: 9. 2. 18, 14. 5. 8, 17. 1. 59. 6, 20. 3. 5,  
 22. 2. 6, 39. 2. 12.<sup>12</sup>  
**Marcian:** Vertragspfand: 20. 3. 1. 2, 20. 6. 8. 9. Wohl auch  
 20. 4. 12. 5.  
 Unbestimmt: 20. 1. 13. 2.  
**Macer:** Besitzpfand: 2. 8. 15. 2.  
**Modestin:** Unbestimmt: 20. 1. 24, 50. 1. 36. 1.  
**Hermogenian:** Unbestimmt: 36. 4. 11. 1.

creditor . . . . .). Wie denn, wenn die Wörter »certo pretio« Einschleissel der Kompilatoren wären, was wegen des damaligen Verbots der lex commissoria naheliegt? Vgl. die ähnliche Interpolation Marcian D. 20. 1. 16. 9., S. 103.

<sup>6</sup> Diese Stelle ist indessen aus den Digesten Scaevolas und zwar aus dem Tatbestand. Vgl. oben § 7 zu Scaevola.

<sup>7</sup> Wenn nämlich pignori dare Besitzpfand bedeutet.

<sup>8</sup> Fiducia? Vgl. Oertmann 37 ff., 122 ff. Gegen diese Annahme mit Recht Pernice, Labeo 3, 144 f., Pappulias 245 A. 8.

<sup>9</sup> Wenn hypotheca echt: Vertragspfand.

<sup>10</sup> D. 13. 7. 22. 1. und 13. 7. 25. fiducia, nach Lenel Pal. 2 S. 229.

<sup>11</sup> Zu den letzten beiden Stellen so Manigk 13.

<sup>12</sup> Fiducia, Lenel Pal. 481.



KAPITEL III.

Zur Entstehung des Vertragspfandes.



## § 14.

### Die pfandrechtlichen Fragmente aus der Zeit vor Julian.

Die in der Zeit nach Julian beobachteten Schwankungen der pfandrechtlichen Terminologie haben die Frage nach dem Zeitpunkt der Entstehung des Vertragspfandes angeregt. Die Schwierigkeiten, welche es bereitet, verständlich zu machen, wie das Vertragspfand etwa 2—3 Jahrhunderte bekannt gewesen sein konnte, ohne dass sich eine feste Terminologie ausgebildet hätte, geben zu einer Prüfung der für die herrschende Lehre, wonach das Vertragspfand jedenfalls vor Cicero entstanden sein sollte, angeführten Gründe<sup>1</sup> Anlass. Da diese, wie nunmehr<sup>2</sup> ausser Zweifel gestellt ist, nur<sup>3</sup> aus der vorjulianischen juristischen Literatur geholt werden können, will ich hier die älteren Fragmente pfandrechtlichen Inhalts mit Angabe der erwähnten Verpfändungsart durchgehen.

**Servius** (Ulpian) D. 47. 10. 15. 32.: anscheinend ein Besitzpfand<sup>4</sup>.

**Alfenus** (Paulus) D. 12. 6. 36.: Besitzpfand<sup>5</sup>.

**Labeo**. In D. 13. 6. 5. 12. (Ulpian) und 13. 7. 3. (Pomponius) liegt Besitzpfand vor<sup>6</sup>, während D. 2. 13. 6. 3. die Besitzfrage unbeantwortet lässt. In D. 20. 6. 14. und 43. 32. 1. 4. ist vom Illatenpfand die Rede, dessen Existenz also für die Zeit Labeo's sicher bezeugt ist. Dass aber ein Klagschutz (Salvianum oder Serviana) vorhanden gewesen sei, ist diesen Stellen nicht zu entnehmen<sup>7</sup>. Dass Labeo insbesondere die quasi-Serviana nicht

<sup>1</sup> Vgl. oben Einleitung Anm. 11 ff.

<sup>2</sup> Nämlich nach den Ausführungen von Pappulias S. 319 ff.

<sup>3</sup> Vgl. allerdings auch den unten § 15 zu A. 1 f. angeführten Grund, der der nachjulianischen Jurisprudenz entnommen ist.

<sup>4</sup> So Manigk 26.

<sup>5</sup> So Manigk 27.

<sup>6</sup> So Manigk 29.

<sup>7</sup> A. M. Ferrini, Pand. 507 A. betrifft D. 20. 6. 14.

kannte, geht anscheinend aus D. 13. 7. 3 hervor<sup>8</sup>. Was D. 42. 8. 6. 6. (Ulpian) betrifft, so liegt hier, wenn Labeo das Vertragspfand kannte, pignus im weiteren Sinne vor. Dass er es kannte, beweist die Stelle nicht<sup>9</sup>. Auch D. 20. 1. 35. vermag diesen Beweis nicht zu erbringen. Hier kann ebensogut von Besitzpfand oder fiducia die Rede sein<sup>10</sup>. Zwar hat der Schuldner den Besitz<sup>11</sup>, wenigstens während der von ihm ausgeführten Rekonstruktion des Gebäudes, und es könnte befremden, dass der stattgefundenen Vorgang betreffs des Besitzes nicht erwähnt worden ist<sup>12</sup>. Es ist aber an dieser Stelle nur von dem Verkaufsrecht des Gläubigers die Rede, und Labeo hatte keinen Anlass, auf die (wohl prekaristischen) Besitzverhältnisse einzugehen.

**Mela** D. 47. 2. 52. 7. (Ulpian): Besitzpfand. § 18 *ibid.* ist unbestimmt.

**Sabinus** D. 13. 7. 36. pr. (Ulpian); 47. 2. 20 pr. (Paulus) und 50. 17. 23. (Ulpian) handeln von dem Besitzpfand. Unbestimmt sind D. 13. 7. 4. und 47. 2. 12. 2. (beide von Ulpian).

**Nerva** D. 20. 2. 9. (Paulus): Vermieterpfand<sup>13</sup>.

**Nerva-Proculus** D. 20. 4. 13. (Paulus): Vermieterpfand<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> So Kuntze I, 30 f., Ferrini, a. a. O.

<sup>9</sup> Manigk 36 nimmt hier die weitere Bedeutung an.

<sup>10</sup> So Herzen 183 f., Z. Sav. St. 25, 452. Nach Ferrini, a. a. O. fiducia. Nach Pernice, Labeo I, 427 zu A. 12 bezeichnet hier Labeo das Recht des Gläubigers als *ius vendendi*. Es ist aber fraglich, ob *pactum conventum* die Pfandverabredung zu bedeuten hat (so Manigk 34) oder ein besonderes *pactum de distrahendo* (so Kuntze I, 30, Pappulias 335). Der Text folgt der letzteren Auffassung.

<sup>11</sup> So Kuntze a. a. O., Herzen 183.

<sup>12</sup> Manigk 35, Pappulias 325 ff. wollen hier den Beweis finden, dass Labeo das Vertragspfand gekannt haben müsse.

<sup>13</sup> Gegen die Interpretation Manigk's S. 38 zu dieser Stelle, wonach Nerva schon das gesetzliche Vermieterpfand gekannt haben würde, vgl. Herzen, Z. Sav. St. 25, 453 (früher eine vertragliche Verpfändung), Rabel 89 A. 2. Insbesondere vermag ich es aus der Stelle nicht herauszulesen, dass Nerva den dort von Paulus hervorgehobenen Unterschied zwischen den Sklaven, die vertragsmässig verpfändet waren, und denen, die infolge der *illatio* und *inhabitatio* gesetzlich ob *pensionem* hafteten, gekannt haben müsse.

<sup>14</sup> Manigk 41 sieht hier eine Erwähnung der zweiten Hypothek. Dagegen mit Recht Herzen, *Le concours de plusieurs hypothèques et* D. 20. 3. 3, *Mélanges Gérardin* (Paris 1907) S. 9 f. der Sonderpaginierung.

**Nerva=Atilicinus** D. 44. 4. 4. 8. (Ulpian) Besitzpfand<sup>15</sup>. D. 34. 3. 16 (Paulus) Illatenpfand.

**Atilicinus** D. 20. 6. 6. 2. (Ulpian) und 13. 7. 6. pr.<sup>16</sup> (Pomponius) sind unbestimmt.

**Cassius**. In D. 13. 7. 18. 3. (Paulus) sieht man dem Wortlaut nach mit Recht eine Erwähnung der Hypothek<sup>17</sup>. Die Stelle ist aber nicht frei von Interpolationsverdacht<sup>18</sup>. D. 41. 3. 4. 21. (Paulus) ist unbestimmt.

**Javolen**. In D. 41. 3. 16. und wohl auch 47. 2. 74 liegt Besitzpfand vor<sup>19</sup>. D. 22. 1. 49. = 50. 17. 72. ist in dieser Hinsicht unbestimmt<sup>20</sup>.

**Aristo** D. 20. 3. 3. (Paulus):

Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat. quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.

Wenn man von dem Standpunkte des entwickelten Hypothekensystems aus diese Stelle betrachtet, liegt der Gedanke an das Verhältnis eines Pfandgläubigers zum nachfolgenden

<sup>15</sup> So Manigk 38.

<sup>16</sup> Vgl. zu dieser Stelle Gradenwitz 22.

<sup>17</sup> Herzen 173 ff., Girard 767 A. 5, Manigk 39, Östergren II A. 4, Pappulias 324 f.

<sup>18</sup> Vgl. oben S. 116 f.

<sup>19</sup> So Manigk 42 f.

<sup>20</sup> Gegen die Annahme Manigk's S. 35., dass hier von einem Pfandrecht an *usus fructus* die Rede sei, s. Herzen Z. Sav. St. 25, 452. Der Annahme Manigk's stimmt Pappulias 321 zu. Ich bekenne, dass ich aus diesem unklaren Fragment (»Fructus rei est vel pignori dare licere») überhaupt nichts mit Bestimmtheit herauszulesen vermag. — Manigk und Pappulias führen übrigens die Stelle zu Labeo, von dem sie nach der Annahme Manigk's 35 wörtlich stammt.



Hypothekar sehr nahe. In dieser Richtung ist auch die Stelle bisher mit nur einer Ausnahme<sup>21</sup> interpretiert worden<sup>22</sup>. Diese Auslegung ist aber nicht notwendig und kaum möglich.

Die Worte Aristo's sind offenbar direkt wiedergegeben. Strei-  
tig ist jedoch, wo Aristo endet und Paulus anfängt.

Manigk, der die Stelle eingehend behandelt<sup>23</sup>, nennt den Antecedens Hypothekar, was vollkommen willkürlich ist<sup>24</sup>, und den Zweiten Nachhypothekar, was in dem Falle, dass keine Pfandkonvention vorliegt, offenbar falsch ist, aber auch sonst kaum angenommen werden kann. Es steht nämlich nicht, dass er ein Pfandrecht habe, bevor er in *ius pignoris* sukzediert hat<sup>25</sup> (hier steht auch nicht in *ius prioris*, dies wiederum gegen Manigk). Eher lässt sich das Gegenteil aus den Worten »nisi convenerit, ut sibi res esset obligata» schliessen<sup>26</sup>.

Die Frage, die von Neratius gestellt worden war, mag wohl die gewesen sein: Ein Pfandgläubiger ist mit dem Gelde eines Dritten erlöst worden, der mit dem Schuldner die Verabredung getroffen hat, dass der Pfandgläubiger damit befriedigt werden soll. Ist dies genug, um dem Dritten (für eine Auslage) das Pfandrecht des Befriedigten zuzusichern? Wahrscheinlich ist der Vorgang sogar derjenige gewesen, dass der Dritte das Geld dem Pfandgläubiger direkt gegeben hat und sich jetzt im Besitz der Sache befindet. Der Eigentümer stellt die *rei vindicatio* an. Kann der Besitzer die *exceptio rei pignori datae* entgegenstellen? Dazu die Antwort Aristo's: Zur Bestellung eines Pfandrechts genügt nicht die Verabredung, dass der Pfandgläubiger mit dem

<sup>21</sup> Herzen a. a. O. (oben A. 14) 5 ff, Vgl. Ders., Z. Sav. St. 25, 457 findet hier die Erwähnung einer »subrogation hypothécaire en faveur d'un tiers prêteur».

<sup>22</sup> Ausführliche Literaturangabe bei Herzen, a. a. O. 1 ff.

<sup>23</sup> S. 43 ff.

<sup>24</sup> Antecedens ist kein *terminus technicus* für einen Vorhypothekar. Vielmehr ergibt das Vocab., dass dies Wort, wenn nicht hier, an keiner Stelle in Beziehung auf die Konkurrenz zweier Pfandgläubiger verwendet wird. (In D. 24. 3. 49. 1 ist nur von einem Pfandgläubiger die Rede, und die Stelle ist für *fiducia itp.* Vat. fr. 94). Vgl. Herzen, a. a. O. 6 f., 18.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu Manigk 45, Herzen, Z. Sav. St. 25, 456.

<sup>26</sup> Vgl. auch den Satz »qui ipse nihil convenit de pignore». Hierzu (gegen Manigk 50) Herzen a. a. O. (oben A. 14) 6: »comment pourrait-il (sc. le creditor posterior) être créancier hypothécaire sans une telle convention?»

Gelde des Dritten abgefunden werden solle, sondern eine Pfandverabredung ist erforderlich. Wer keine Pfandverabredung getroffen hat, soll auch nicht in das (Pfand-) Recht des Ersten eintreten: In diesem Falle ist die Lage des Käufers günstiger (d. h. der Dritte wäre in besserer Lage gewesen, wenn er die Sache einfach gekauft hätte)<sup>27</sup>.

Bis hierher hängt also alles gut zusammen; zwar ist es z. T. ein wenig tautologisch; warum sollte aber Paulus sich tautologischer als Aristo ausgedrückt haben<sup>28</sup>? Jedenfalls ist aber hier die Erwähnung zweier gleichzeitiger Pfandrechte nicht mit Bestimmtheit zu finden, und damit auch nicht diejenige eines Vertragspfandes.

**Celsus.** In D. 10. 4. 5. pr. (Ulpian) und 43. 26. 11. liegt Besitzpfand vor, D. 10. 2. 18. 4. ist unbestimmt, während 20. 1. 14. pr. (Ulpian) von Vermieterpfand handelt. An der letztgenannten Stelle ist aber offenbar ein Klagschutz vorhanden: »*Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea: et ita Celsus scribit*». Es kann sich hier um das *Salvianum* oder etwa die *Serviana* im Sinne der Institutionen Justinians handeln<sup>29</sup>. Aus dem Fragmente folgern zu wollen, dass auch Celsus den Klagschutz mit Sicherheit gekannt habe, scheint mir jedoch nicht möglich. Dieser kann an die *perclusio* gedacht haben<sup>29a</sup>.

Schliesslich ist D. 46. 3. 69. zu erwähnen, wo dem Wortlaut nach vom Vertragspfand die Rede ist<sup>30</sup>:

*Si hominem, in quo usus fructus alienus est [vel qui erat pignori Titio obligatus], noxae dedisti, poterit is, qui condemnatus est, tecum agere iudicati, [nec exspectabimus, ut creditor evincat.] sed si usus fructus interierit [vel dissoluta fuerit pignoris obligatio], existimo [processuram] liberationem.*

<sup>27</sup> Vgl. den ähnlichen Gedanken bei Papin. D. 20. 6. 1. pr. Herzen in den *Mél. Gér.* 20 schreibt die letzte Ausführung dem Paulus zu, allein m. E. ohne zwingende Gründe.

<sup>28</sup> Das nimmt Manigk 50 anscheinend an.

<sup>29</sup> So Herzen 176 A. 1. Nach Lenel, *Pal. Celsus* 213, Jourdan 168 wäre nur an das *Salvianum*, nach Dernburg 2, 298, Ascoli 94, Manigk 53 und Pappulias 322 f. nur an die *Serviana* zu denken.

<sup>29a</sup> So Herzen 176 A. 1.

<sup>30</sup> Herzen 176, Manigk 52, Perozzi, *Ist.* 1, 516 A. 2, Pappulias 322 f.



Die eingeklammerten Stücke sind indessen von Gradenwitz<sup>31</sup> mit einem Hinweis auf die Doppelstelle D. 42. 1. 4. 8 unter Interpolationsverdacht gestellt worden. Sie haben auch da kein Gegenstück. Und in der Tat: Der Finger der Kompilatoren verrät sich erstens in dem Tempuswechsel (erat nach est), zweitens in dem als klassischem Latein in dieser Bedeutung nicht schönen *processuram*<sup>32</sup>, ihr Geist in dem schwachen »nec expectābimus».

**Neratius.** D. 10. 2. 18. 7. (Ulpian) und 13. 1. 12. 2. (Ulpian)<sup>33</sup> geben in der Besitzfrage keinen Bescheid, während D. 20. 2. 3. (Ulpian) und 20. 2. 4. pr. § 1. von Illatenpfand handeln.

Aus der Stelle von **Octaven** D. 20. 3. 1. 2 (Marcian) schliesslich, wo unzweifelhaft vom Vertragspfand gehandelt wird, darf kein Schluss auf die vorjulianische Existenz dieser Verpfändungsart gezogen werden, da er nach dem S. C. Juventianum<sup>34</sup> und damit nach der Ediktsredaktion<sup>35</sup> geschrieben zu haben scheint<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Bull. dell' ist. 2, 7. Diese Untersuchung scheint in Vergessenheit geraten zu sein. Die in der vorigen Anmerkung Zitierten begegnen dem Interpolationsverdacht nicht, sondern wollen in unserem Fragment eines der ersten sicheren Zeugnisse für die vorjulianische Existenz der Hypothek finden.

<sup>32</sup> Procedere in der Bedeutung »vor sich gehen», »stattfinden» ist bekanntlich immer verdächtig. Eisele, Beiträge 234 f. — In der Doppelstelle steht statt »existimo processuram liberationem» einfach »liberari ait».

<sup>33</sup> Zu der Interpolationsfrage in dieser Stelle vgl. Oertmann 46 und 160, Pflüger, Z. Sav. St. 18, 112. f. und Trampedach, Z. Sav. St. 17, 97 ff., wozu H. Krüger, Z. Sav. St. 21, 424.

<sup>34</sup> D. 5. 3. 18 pr.; Kipp 124 A. 77.

<sup>35</sup> Die Ediktsredaktion ging den Digesten Julians voran. Am Anfang der genannten Arbeit (in ihrem 6. Buche: D. 5. 3. 33. 1 und 5. 3. 31. pr.) kannte Julian noch nicht das S. C. Juventianum. Kipp 57 zu A. 19, 126 zu A. 95, vgl. Fitting 23, 25.

<sup>36</sup> Herzen 175 f, Manigk 42 und Pappulias 323 f. behandeln die Äusserung Octavens als vorjulianisch. — In dem Fragment dürften übrigens die Worte *rebus mobilibus* (am Schluss) für *rebus nec mancipi* interpoliert sein. So Siber 102.

## § 15.

### Der Zeitpunkt der Entstehung des Vertragspfandes.

Ausser denjenigen Gründen für die vorjulianische Existenz des Vertragspfandes, die aus der im vorigen § angegebenen, juristischen Literatur aus der Zeit vor Julian geschöpft zu werden pflegen, gibt es noch ein Argument, das der nachjulianischen Literatur öfters entnommen wird, entschieden aber abzulehnen ist. Man hat nämlich behauptet, dass aus der Papinianstelle D. 46. 3. 97, von der schon oben die Rede gewesen ist<sup>1</sup>, zu schliessen wäre, dass das *sub hypotheca vel pignore contrahere* schon zur Zeit des Augustus<sup>2</sup> üblich gewesen wäre, und hat also hier ein Argument für die Existenz der Hypothek zu dieser Zeit finden wollen<sup>3</sup>. Von dem m. E. schwerwiegenden Verdacht, dass hypotheca hier eine Interpolation für *fiducia sei*<sup>4</sup>, kann hier abgesehen werden, da auch bei der früher angenommenen Echtheit der entscheidenden Worte dieser Schluss unstatthaft sein dürfte. Was die veteres haben ausdrücken wollen, ist nämlich kaum etwas anderes als dasjenige Prinzip, dass bei der Zahlung eines Schuldpostens von seiten eines für mehrere Schulden haftenden Debtors, wenn jede Erklärung betreffs des fraglichen Postens fehlt, der Gläubiger das Interesse des Schuldners zur Richtschnur nehmen soll; dass die einzelnen Beispiele, womit dieses Prinzip illustriert wird, gleichfalls von den veteres stammen, ist nicht sicher<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. oben S. 64 f., wo die Stelle abgedruckt ist.

<sup>2</sup> Arg. veteres. Vgl. bei Heumann-Seckel s. v. vetus.

<sup>3</sup> So Manigk 69 und 82, vgl. auch 110 f., Pappulias 321.

<sup>4</sup> Vgl. oben 64 f.

<sup>5</sup> Nach Manigk 110 wäre alles vor dem Satze »quod veteres» in dem Fragment Erörtete altes Recht. Erst die folgenden Möglichkeiten und Ordnungen wären von Papinian aus seiner Zeit hinzugesetzt.

Wenn wir also jetzt unbefangen an der Hand des allein ausschlaggebenden Materials — der im vorigen § erwähnten juristischen Literatur — an die Beantwortung der Frage nach dem Zeitpunkt der Entstehung des Vertragspfandes herangehen, so ist sofort anzuerkennen, dass dieser Zeitpunkt nicht genau fixiert werden kann. In Bezug auf die Bestimmung des *Terminus post quem* kann hier auf ältere Untersuchungen hingewiesen werden<sup>6</sup>, denen ich nichts hinzuzufügen habe; was aber den *Terminus ante quem* betrifft, kann ich der Auffassung der herrschenden Lehre<sup>7</sup> nicht beistimmen. Ich meine vielmehr, dass die einzige Erwähnung des Vertragspfandes, die aus der Zeit vor Julian stammt und nicht sicher interpoliert ist — Cassius-Paulus D. 13. 7. 18 3<sup>8</sup> — zu unzuverlässig ist, um einen sicheren Anhaltspunkt zu bieten. Zwar kommt Illatenpfand in der fraglichen Zeit öfters vor, aber auch hier ist kein zuverlässiger Beweis für die Existenz eines Klagschutzes vorhanden<sup>9 10</sup>. Man wird also mit der Möglichkeit zu rechnen haben, dass das Illatenpfand zu dieser Zeit zwar

<sup>6</sup> Vgl. insbesondere Pappulias 328 ff. (mit Lit.), welcher, im Anschluss an die Forschungen Mitteis', *Privatrecht* 1, 50 ff. die Entstehung des Vertragspfandes in der Zeit vor der *lex Aebutia* als möglich, obwohl nicht erweislich bezeichnet. Damit ist der *Terminus post quem* in sehr alte Zeit zurückgeführt.

<sup>7</sup> Zu dieser vgl. oben S. 4 ff.

<sup>8</sup> Vgl. oben S. 131.

<sup>9</sup> Die einzige in Betracht kommende Stelle ist Celsus-Ulpian D. 20. 1. 14. pr., wozu oben S. 133. Dass zur Zeit Cato's kein Klagschutz des Illatenpfandes existierte, ist ein naheliegender Schluss aus den bekannten Stellen Cato's. Vgl. die oben Einleitung A. 23 zitierte Äusserung Pernice's.

<sup>10</sup> Über das Verhältnis des Illatenpfandes zum Besitz- und Vertragspfande ist sehr viel gestritten worden. Gegen die Behauptung Herzen's 35 f., wonach das Illatenpfand nach altrömischer Auffassung einfach Besitzpfand gewesen sei, mit Recht *Cuq* 2, 305 A. 6, Manigk 60 ff., Pappulias 315 f. Die herrschende Lehre aber verfällt in das entgegengesetzte Extrem und stellt das Illatenpfand dem Vertragspfand gleich (vgl. z. B. Manigk 34 Z. 1). Dagegen spricht aber schon der Umstand, dass das Pfandrecht nicht mit der Verabredung, sondern erst mit der Illation entsteht. *Gai.* D. 20. 4. 11. 2 (Dies will freilich *Enneccerus*, *Rechtsgeschäft* (1889) 285 f. und 492 daraus erklären, dass die Auswahl der zu verpfändenden Objekte erst durch die Induktion erfolgt.) Illatenpfand wird eben Illatenpfand gewesen sein: nicht Besitz und auch nicht bloss Vertrag, sondern Vertrag und Illation, welche einen Anschein von Besitz (und Möglichkeit zur *perclusio*) gab.

tatsächlich vorkam, aber nur durch die *perclusio* geschützt wurde, und dass das eigentliche Vertragspfand noch unbekannt war.

Es sind auch einige Tatsachen, welche für die Annahme, dass diese Möglichkeit Wirklichkeit gewesen sei, sprechen. So die Spärlichkeit der vorjulianischen pfandrechtlichen Literatur: bevor der Entstehung des Vertragspfandes waren keine grössere Schwierigkeiten — Mehrheit der Pfandrechte u. s. f.<sup>11</sup> — der pfandrechtlichen Doktrin vorgelegt<sup>12</sup>. Auch ist hier zu beachten, dass *Gaius* in seinem Lehrbuch das Vertragspfand nicht behandelt<sup>13</sup>. Dies ist, wie *Kuntze*<sup>14</sup> bemerkt, nur so recht erklärlich, wenn man annimmt, dass zur Zeit des *Gaius* die Theorie der Hypothek noch sehr jung und im vollen Fluss des ersten Werdens war<sup>15 16</sup>.

Die Form, in welcher der hypothekarische Klagschutz entstanden ist — als formula, nicht als Edikt<sup>17</sup> — kann zweierlei bedeuten, nämlich dass die Klage entweder aus einer Zeit stammt, wo die Ediktform dem Prätor noch nicht geläufig war, oder aus einer, wo diese ausser Gebrauch gekommen war<sup>18</sup>. Der letzteren Annahme stand die, wie man meinte, unwiderlegbare Erwähnung des Vertragspfandes in der Literatur der ersten Kaiserzeit entgegen. Wenn hier in der Tat kein Hindernis zu sehen ist, so tritt auch

<sup>11</sup> Die zweite Hypothek wird zuerst von *Marcellus* D. 44. 2. 19 erwähnt. *Herzen*, *Mél. Gér.* 9.

<sup>12</sup> *Pappulias* 320 meint, dieser Spärlichkeit könne aus dem Grunde keine Bedeutung zugesprochen werden, weil die vorjulianische Literatur jedoch sehr verwickelten Inhalts sei. D. 20. 2. 9 ist zwar verwickelt, aber nicht zu seinem vorjulianischen Teil (vgl. oben S. 130 A. 13 i. f.). 20. 4. 13 behandelt einen technisch ziemlich einfachen Fall (vgl. *Herzen* an der oben S. 130 A. 14 angegebenen Stelle). 20. 3. 1. 2 ist nicht sicher vorjulianisch (oben S. 134), und der D. 20. 3. 3 behandelte Fall ist pfandrechtlich ganz einfach (vgl. oben S. 131 ff.). Zu 22. 1. 49 vgl. oben S. 131 A. 20. — Dies gegen *Pappulias* 320 f. (A. 16. ff.).

<sup>13</sup> Nur Illatenpfand wird einmal (4, 147) genannt.

<sup>14</sup> I, 29.

<sup>15</sup> Gegen diese Annahme *Manigk* 98.

<sup>16</sup> Dagegen ist das Fehlen des Vertragspfandes im S. C. *Velleianum* ohne Bedeutung, da auch nicht Besitz-pignus oder *Fiducia* erwähnt wird. So (gegen Ältere) *Manigk* 80 f., *Pappulias* 321 f.

<sup>17</sup> Vgl. oben S. 5.

<sup>18</sup> Vgl. *ibid.*



der Platz der Serviana im Edikt — hinter dem Salvianum, am Ende des Ediktes — für diese Annahme ein<sup>19</sup>. Wenn man also wegen der Entstehungsform auf die Wahl zwischen einer ganz frühen und einer ganz späten Zeit beschränkt ist, so scheint es mir besser begründet, den Platz der Serviana im Edikt als ausschlaggebend zu betrachten. Als sicher kann es jedoch nicht bezeichnet werden.

<sup>19</sup> Vgl. Lenel, E. P. 17 ff.

### Berichtigungen.

- S. 41 A. 13 Z. 2: das in ist zu tilgen.  
S. 67 Z. 6: statt end lies den.

### Beilage.

#### Die im Codex enthaltenen Konstitutionen pfandrechtlichen Inhalts aus der klassischen Zeit.

(Die mit + bezeichneten Stellen enthalten das Wort hypotheca.)

- |                             |                            |
|-----------------------------|----------------------------|
| C. 2. 3. 11, a. 229.        | C. 4. 24. 10. pr., a. 293. |
| C. 2. 16. (17) 2, Diocl.    | C. 4. 24. 10. 2, a. 293.   |
| C. 2. 18. (19) 3, a. 199.   | C. 4. 24. 11, a. 299.      |
| C. 2. 20. (21) 1, a. 203.   | C. 4. 24. 12, a. 299.      |
| C. 2. 28. 1, a. 290.        | C. 4. 26. 9. (8), a. 294.  |
| C. 2. 28. (29) 2, a. 294.   | C. 4. 28. 4, a. 201.       |
| C. 3. 1. 7, a. 299.         | C. 4. 29. 5, a. 224.       |
| C. 3. 33. 2, a. 205.        | C. 4. 29. 6. pr., a. 228.  |
| C. 3. 33. 6, a. 230.        | C. 4. 29. 7, a. 238.       |
| C. 3. 37. 2, a. 222.        | C. 4. 29. 8. 1, a. 238.    |
| C. 3. 38. 7, a. 294.        | + C. 4. 29. 11, a. 244.    |
| C. 3. 44. 2, a. 216.        | C. 4. 30. 1, a. 197.       |
| C. 4. 2. 8, a. 293.         | + C. 4. 30. 3, a. 215.     |
| C. 4. 10. 6, a. 293.        | C. 4. 31. 12, a. 294.      |
| C. 4. 10. 7, a. 293.        | C. 4. 32. 4. pr., Sev.     |
| C. 4. 10. 10, a. 294.       | C. 4. 32. 6, a. 212.       |
| C. 4. 10. 14, a. 299.       | C. 4. 32. 12. (11), Alex.  |
| C. 4. 15. 1, a. 197.        | C. 4. 32. 19. 2, Dioclet   |
| C. 4. 15. 2, a. 205.        | C. 4. 32. 21, Dioclet.     |
| C. 4. 16. 1, a. 241.        | C. 4. 32. 22, Dioclet.     |
| + C. 4. 16. 2, a. 240.      | C. 4. 35. 2, Ant.          |
| C. 4. 22. 3, a. 294.        | C. 4. 35. 8, a. 259.       |
| C. 4. 24. 2, a. 222.        | C. 4. 35. 19, a. 294?      |
| C. 4. 24. 3, a. 222.        | C. 4. 39. 7, Dioclet.      |
| + C. 4. 24. 4, a. 223.      | C. 4. 43. 1, a. 294.       |
| C. 4. 24. 5, a. 224.        | + C. 4. 46. 1, Ant.        |
| C. 4. 24. 6, a. 225.        | C. 4. 51. 4, a. 294.       |
| + C. 4. 24. 7. pr., a. 241. | C. 4. 51. 6, Dioclet.      |
| C. 4. 24. 7. 1, a. 241.     | C. 4. 53. 1, a. 205.       |
| C. 4. 24. 8, a. 246.        | C. 4. 65. 5, a. 223.       |
| C. 4. 24. 9, a. 293.        | C. 4. 65. 16, a. 260.      |



- |                                   |                                    |
|-----------------------------------|------------------------------------|
| C. 5. 3. 13, Dioclet.             | + C. 8. 27. 4, a. 225.             |
| C. 5. 16. 20, a. 294.             | + C. 8. 34. 1, a. 222 <sup>1</sup> |
| C. 5. 70. 2. pr., a. 238.         | + C. 8. 34. 2, a. 293.             |
| C. 5. 70. 2. 1, a. 238.           | C. 8. 36. 1, a. 207.               |
| C. 5. 71. 1, a. 212.              | C. 8. 40. 2 pr., a. 207.           |
| C. 5. 71. 2, a. 239.              | + C. 8. 40. 2. 1, a. 207.          |
| C. 5. 71. 5, a. 260.              | + C. 8. 40. 7, a. 215.             |
| C. 5. 71. 9. 1, a. 285.           | C. 8. 40. 9, a. 223.               |
| C. 6. 27. 1, a. 193,              | C. 8. 40. 11, a. 229.              |
| + C. 6. 37. 3, a. 211.            | C. 8. 40. 14, a. 239.              |
| C. 6. 37. 16, a. 299.             | C. 8. 40. 17, a. 242.              |
| C. 6. 42. 4, a. 223.              | C. 8. 40. 18, a. 299.              |
| C. 6. 42. 6. pr., a. 224.         | + C. 8. 40. 21, a. 293.            |
| C. 6. 54. 3, a. 196.              | C. 8. 40. 25, a. 294.              |
| C. 7. 8. 1, a. 205.               | C. 8. 44. 3, a. 210.               |
| C. 7. 8. 2, Sev.                  | C. 8. 44. 4, a. 212.               |
| C. 7. 8. 3, a. 209.               | C. 8. 44. 5, a. 212.               |
| C. 7. 8. 4, a. 222.               | (C. 8. 44. 13, a. 239. p. c.)      |
| C. 7. 8. 5, a. 223.               | C. 8. 44. 15, a. 245.              |
| C. 7. 8. 6, Alex.                 | C. 8. 44. 19, a. 293.              |
| C. 7. 26. 6, Philipp.             | C. 8. 44. 23, a. 293.              |
| C. 7. 36. 1, Gord.                | C. 8. 44. 24. 1, a. 294.           |
| C. 7. 36. 2, Dioclet.             | C. 8. 44. 27, a. 294.              |
| (C. 7. 53. 1-3 a. 206-214; p. c.) | C. 8. 45. 1, a. 223.               |
| C. 7. 72. 6 pr., Dioclet.         | C. 8. 45. 2, a. 240.               |
| C. 7. 73. 2, a. 213.              | C. 8. 50. 2, a. 241.               |
| C. 7. 73. 3, a. 213.              | C. 8. 50. 8, a. 291.               |
| C. 7. 73. 4, a. 215.              | C. 8. 50. 11, a. 293.              |
| C. 7. 73. 6, a. 240.              | C. 8. 50. 13, a. 294.              |
| C. 8. 9. 1, a. 238.               | C. 8. 53. 15. 1, a. 293.           |
| + C. 8. 13. 10, a. 290.           | (C. 9. 12. 1, a. 205 p. c.)        |
| + C. 8. 13. 18, a. 293.           | C. 9. 33. 3, a. 293.               |
| + C. 8. 18. 1. pr., a. 209.       | C. 9. 34. 1, a. 231.               |
| + C. 8. 19. 1. pr., a. 230.       | + C. 9. 34. 4. pr., a. 244.        |
| + C. 8. 25. 8, a. 290.            | C. 10. 8. 2, a. 224.               |
| + C. 8. 25. 10, a. 293.           | C. 10. 32 (41) 4, a. 285.          |
| + C. 8. 27. 2, a. 223.            | C. 11. 30. (29). 2, Ant.           |
| + C. 8. 27. 3, a. 223.            |                                    |

<sup>1</sup> Hinzuzufügen sind noch die übrigen Stellen aus 8. 13—34.

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04323