

Lirarom istarene vdan

prohlanja

avtor

Ljubljana, 29. 5.

14-C-511/2

Leipziger rechtswissenschaftliche Studien

herausgegeben von der

Leipziger Juristen-Fakultät

— Heft 29 —

Die Erbenhaftung nach römischem Recht

Erster Teil

Das Zivil- und Amtsrecht

Von

Dr. Viktor Korošec

Dozenten für römisches Recht an der Universität Ljubljana

Inv. čis.: 588
Sign: 468



Verlag von Theodor Weicher in Leipzig
1927

244 - 35

Vorwort.

Beim Abschluß der ersten Hälfte meiner Arbeit drängt es mich allen jenen, die mich in meinen wissenschaftlichen Studien gefördert haben, meinen aufrichtigsten Dank auszusprechen. Zunächst dem hohen kgl. jugoslawischen Unterrichtsministerium für die Verleihung eines Staatsstipendiums, das mir durch drei Semester den Studienaufenthalt in Leipzig ermöglichte, sodann allen meinen verehrten Lehrern an den Universitäten von Ljubljana und Leipzig. Der Raum läßt es nicht zu, hier jedem einzelnen von ihnen namentlich zu danken, so sehr ich dies wünschte. Indessen möchte ich doch mit dem Ausdruck besonderen Dankes des Herrn Professor Krek in Ljubljana gedenken, dessen Pandektenübungen mich zu römisch-rechtlichen Studien anregten, der mir dann weiterhin den Weg zur akademischen Laufbahn geebnet, mich in jeder Weise gefördert und mir auch bei dieser Arbeit immer mit Rat und Tat beigestanden hat. Ferner danke ich herzlichst den Herren Professoren Siber in Leipzig, A. B. Schwarz in Zürich für zahlreiche wichtige Ratschläge, dem Herrn Geheimrat Alfred Schultze in Leipzig für die überaus freundlichen Hinweise auf germanistische Parallelen. Mein innigster Dank gilt jedoch Herrn Professor Koschaker in Leipzig, unter dessen Augen ich die Arbeit begonnen und abgeschlossen habe. Was ich ihm verdanke, läßt sich in kurzen Sätzen nicht sagen. Mit geradezu väterlicher Güte stand mir Herr Professor Koschaker in jeder Hinsicht allzeit zur Seite; er stellte mir nicht nur seine reiche Privatbibliothek zur Verfügung, sondern besprach nahezu jeden Teil der Arbeit mit mir durch, sah die einzelnen Entwürfe in aufopferungsvollster Weise durch und sicherte schließlich ihre Drucklegung.

Mein wärmster Dank gilt endlich der hohen Leipziger Juristenfakultät, die mir die besondere Ehre zuteil werden ließ, die Arbeit in die von ihr herausgegebenen „Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien“ aufzunehmen und die damit deren Drucklegung ermöglichte.

Ljubljana, den 24. Juni 1927.

Viktor Korošec.

Koupi od	<i>mi. Korošec</i>
Darem od	<i>~</i>
v	<i>20.000</i> za Kčs <i>35-</i>
inv. č.:	<i>33.244</i>
Sign.	

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND
C. inv.: *04746*

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
§ 1. Die Erbenhaftung im römischen Recht	1—11
I. Abgrenzung des Stoffes	1
II. Die Quellen	2
III. Die bisherige Lehre	5
IV. Die einzelnen Perioden	7
Erster Abschnitt. — Ius civile.	
§ 2. Die herrschende Lehre in ihren Hauptrichtungen	12—24
I. Allgemeines	12
II. Vererbung der Persönlichkeit	12
III. Vererbung der patria potestas	14
IV. Lenel	21
V. Siber	23
§ 3. Der materialistische Charakter der zivilen hereditas	24—38
I. Allgemeines	24
II. Rechtsgeschichtliches	25
III. Etymologie	28
IV. Der wirtschaftliche und kulturelle Hintergrund	29
§ 4. Die passive Unvererblichkeit der Obligationen nach ius civile	38—64
I. Der streng persönliche Charakter der römischen Obligation	38
II. Erträglichkeit der Schuldenvererblichkeit für die Zivilrechtsperiode	46
III. Vermeintliche Quellenbedenken	52
IV. Rechtsvergleichendes	61
V. Die einzelnen Beweise für die Unvererblichkeit der Schulden	62
§ 5. „Sponsio“ und „stipulatio“	65—72
I. Die Sponsion	65
II. Die Stipulation	66
§ 6. Actio familiae erciscundae, capitis deminutio und das Manzipationstestament	72—79
I. Actio familiae erciscundae	72
II. Capitis deminutio	74
III. Manzipationstestament	77
§ 7. Die aktive Unvererblichkeit	79—85
I. Grundsätzliches	79
II. Actio furti	80
III. Actio fiduciae	82
IV. Adstipulatio	84

	Seite
§ 8. Die Leichnamshaftung	85—94
I. Indirekte Zwangsmittel	85
II. Die Leichnamshaftung in der Rechtsvergleichung	85
III. Die Leichnamshaftung im römischen Recht	89
§ 9. Hereditas sacrorum	94—108
I. Die Bedeutung der Religion in der Antike	94
II. Totenkult und „sacra“	95
III. Die Pontifikaldekrete	99
IV. Sacrahaftung und Schuldenvererbung	107

Zweiter Abschnitt. — Ius honorarium.

§ 10. Die Unhaltbarkeit der zivilrechtlichen Schuldenunvererblichkeit in der amtsrechtlichen Periode	109—116
I. Allgemeines	109
II. Wirtschaftliche Zustände	110
III. Der Einfluß des griechischen Rechts	112
IV. Zivilrechtliche Ansätze	114
§ 11. Amtsrechtliche Vererblichkeit von Kontraktionsaktionen	116—127
I. Träger der Reform	116
II. Die Wahrscheinlichkeit einer derartigen prätorischen Reform	117
III. Art und Weise der Durchführung der amtsrechtlichen Reform	124
IV. Der Zeitpunkt der Reform	126
V. Die Beurteilung der Reform	127

Abkürzungen.

a) Autoren.

- Bonfante, Scritti I . . . = P. Bonfante, Scritti giuridici vari, I, Famiglia e successione, Torino 1926.
- Bruns, Fontes = Fontes iuris Romani antiqui, 7. Aufl., Tubingae 1909.
- Costa, Storia = E. Costa, Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane, sec. ediz., Torino 1925.
- Cuq, Manuel = E. Cuq, Manuel des institutions juridiques des Romains, Paris 1917.
- Girard, Textes = P. Girard, Textes de droit Romain, 5^e ed., Paris 1923.
- Girard-Mayr = Girard-Mayr, Geschichte und System des römischen Rechtes, Berlin 1908.
- Guarneri Citati = A. Guarneri Citati, Indice delle parole e frasi ritenute interpolate nel Corpus iuris, Sonderabdruck aus Bull. dell' Ist. di dir. rom., Roma 1923.
- Karlowa = O. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II. Band, 1. Teil, Leipzig 1901.
- Krüger, Quellen = P. Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts, 2. Aufl., München-Leipzig 1912.
- Kübler = B. Kübler, Geschichte des römischen Rechts, Leipzig-Erlangen 1925.
- Lenel, Ed. = O. Lenel, Das Edictum perpetuum, 3. Aufl., Leipzig 1927.
- Mélanges Cornil = Mélanges de droit Romain dédiés a Georges Cornil, I—II, Gand-Paris 1926.
- Mitteis, RPR, I = L. Mitteis, Röm. Privatrecht, I. Teil, Leipzig 1908.
- Pauly-Wissowa = Pauly-Wissowa, Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft.
- Wenger, ZP. = L. Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, München 1925.

b) Zeitschriften.

- SZ. = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung.
- Bull. = Bullettino dell' istituto di diritto romano, Roma.
- NRH. = Nouvelle Revue Historique du droit français et étranger, Paris 1877—1921.
- Rev. Hist. = Revue historique du droit français et étranger, Paris.
- Riv. it. = Rivista italiana per le scienze giuridiche, Roma.

Den Zitaten aus Gai. (institutionum commentarii quattuor) liegt die vierte Auflage von Seckel-Kübler, Leipzig 1921, zugrunde.

§ 1.

Die Erbenhaftung im römischen Rechte.

I. Abgrenzung des Stoffes.

Der Tod des Menschen rollt auch in rechtlicher Hinsicht einen ganzen Komplex von Problemen auf, die jede Rechtsordnung in ihrer Art und Weise zu lösen versucht. Als Rechtssubjekt war der Verstorbene an verschiedenen Rechtsverhältnissen beteiligt; für diese gilt es nun zu bestimmen, welche von ihnen zugleich mit dem Tode des Trägers untergehen, welche hingegen auf andere, von der Rechtsordnung zu bestimmende Rechtssubjekte übertragen werden sollen, mag dies mit einer Änderung in Form, Fassung und Inhalt der betreffenden Rechtsbeziehung verbunden sein oder nicht. Es liegt auf der Hand, daß bei der Aufstellung und Weiterbildung dieser Rechtsnormen die allgemeinen wirtschaftlichen, kulturellen und religiösen Anschauungen eine überaus wichtige Rolle spielen. Darum weisen auch die Rechtssysteme verschiedener Völker, besonders, wenn sie anderen Kulturkreisen angehören, unter den Gebieten des Privatrechts gerade im Erbrecht die größten Verschiedenheiten auf. So zeigt uns die Rechtsvergleichung im Erbrecht bei den primitiven Völkern ein recht buntes Bild¹⁾. Das Erbrecht der Nomaden ist wesentlich verschieden von dem eines Ackerbau treibenden Volkes. Aber auch bei einem und demselben Volke ist das Erbrecht in seinem Normeninhalte keineswegs etwas Stabiles, Unveränderliches. Anders gestaltet es sich im Zeitalter der Tauschwirtschaft, anders in den Perioden der Geld- und Kreditwirtschaft. Daher muß sich auch jede erbrechtliche Forschung, die nicht im voraus auf die Aufdeckung der letzten Zusammenhänge verzichten will, dieser gerade dem Erbrecht so stark immanenten Abhängigkeit von den gesamten Kultur- und Wirtschaftszuständen dauernd bewußt sein.

Die vorliegende Arbeit soll einen Beitrag zur Erforschung der Frage liefern, inwieweit im römischen Recht der Erbe für die Schulden des

¹⁾ Post, Grundriß der ethnologischen Jurisprudenz, II. Band, Oldenburg-Leipzig 1895, S. 171 ff.; Derselbe, Afrikanische Jurisprudenz, Oldenburg-Leipzig 1887, S. 1 ff.; Thurnwald s. v. Erbe und Koschaker s. v. Erbrecht im Eberts Reallexikon der Vorgeschichte, Band III, Berlin 1925, S. 109 ff.

Erblassers haftete. Um die Untersuchung nicht zu sehr anwachsen zu lassen, wollen wir uns nur auf die beim Tode des Erblassers schon bestehenden Schulden und Verbindlichkeiten beschränken; daher soll die in der letzten Zeit wiederholt behandelte ¹⁾ Frage nach dem Schicksal der suspensiv bedingten Verbindlichkeiten in den Rahmen unserer Erörterungen nicht einbezogen werden. Die gleichfalls engverwandte Frage nach dem Schicksal der Forderungen, die dem Erblasser zustanden, wird nur insoweit berücksichtigt werden, als sich dies zur Klarlegung unseres Problems als unumgänglich notwendig erweisen wird.

Da das römische Recht im Gegensatz zum modernen als das Primäre die „actio“ und nicht das „ius“ hinstellt, verwandelt sich die Frage nach der Haftung des römischen Erben in die Frage nach der Vererblichkeit bzw. dem Erlöschen der einzelnen Aktionen. Dies war auch der klassische römische Standpunkt, der nur den Übergang oder das Untergehen der betreffenden actio oder einer bestimmten Gruppe derselben (poenales, populares) feststellt ²⁾.

Vor allem gilt es einen Überblick über das uns vorliegende Quellenmaterial zu geben, wobei natürlich die Details den weiteren Ausführungen vorbehalten bleiben sollen.

II. Die Quellen.

Eine einheitliche Darstellung der Haftung des römischen Erben finden wir weder bei einem Klassiker, noch gibt sie uns Justinian selbst. Unser Problem greift zu sehr sowohl in das Gebiet des Erbrechts, als auch in dasjenige des Obligationenrechts ein — somit der Rechtsgebiete, die im römischen Recht einen langen Entwicklungsgang durchgemacht haben —, als daß seine Lösung schon in klassischer Zeit so ausgereift wäre, um eine einheitliche systematische Darstellung zu ermöglichen. Die Byzantiner fühlten sich jedoch einer derartigen Aufgabe offenbar nicht gewachsen.

Der einzige Versuch, die Frage systematisch zu behandeln, begegnet uns bei Gaius 4, 112—113:

Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent. Est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae, rell.

¹⁾ F. E. Vassalli, L'origine della trasmissibilità ereditaria dei crediti e debiti condizionali in Riv. Ital. 56. Band (1915), S. 195—211; Derselbe, „Dies vel condicio“ im Bull. 27, S. 192 ff.; S. Riccobono, Formazione del domma della trasmissibilità all'erede dei rapporti sotto condizione (Studi Perozzi), Palermo 1925.

²⁾ Siehe die in A. 1 auf S. 3 und in A. 2 auf S. 4 angeführten Stellen.

113. Aliquando tamen etiam ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit. Nam adstipulatoris heres non habet actionem, sed et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur.

Daß diese Ausführungen wohl die beste klassische systematische Leistung auf diesem Gebiete darstellen, ersehen wir daraus, daß sie Justinian als Grundlage für seine systematische Behandlung der Frage (Inst. 4, 12,1) nahezu wörtlich übernahm:

Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, et in heredem aequae competunt aut dari solent. Est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere, uelut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, cum testator dolose versatus sit et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenerit. Poenales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur et contra heredes transeunt.

Hier begegnen wir der strengen Unterscheidung zwischen den passiv grundsätzlich unvererblichen actiones ex maleficio und den grundsätzlich vererblichen actiones ex contractu. Der Grundsatz der Unvererblichkeit von Pönalklagen auf Schuldnerseite wird übrigens wiederholt auch von anderen Klassikern ¹⁾ sowie von Gaius ²⁾ selbst noch ausgesprochen, ohne daß jedoch gleichzeitig auch für Kontraktsaktionen eine allgemeine Regel aufgestellt würde.

Den Grundsatz von der Vererblichkeit der Schulden des Erblassers findet sich meines Wissens zum ersten Male klar ausgesprochen bei Cicero (Pro Roscio Comoedo 18, 55), der hierbei die Erbenhaftung als etwas so sicher Feststehendes ³⁾ erwähnt, daß er davon ausgehend die Haftung des Gesellschafters begründet:

Simillima enim et maxime gemina societas hereditatis est; quem ad modum socius in societate habet partem, sic heres in hereditate habet

¹⁾ Maecianus (9. fideic.) D. 35, 2, 32 pr.; Ulpianus (41. Sab.) D. 47, 1, 1 pr. Bei den einzelnen Aktionen wird die passive Unvererblichkeit mit dem Hinweis auf ihren pönalen Charakter begründet: Ulp. (23. ed.) D. 9, 3, 5, 5 (quod liber periisse dicitur); eod. 5, 13 (ne quis in suggrunda); Ulp. (23. ed.) D. 11, 3, 13 pr. (de servo corrupto); Ulp. (18. ed.) D. 9, 2, 23, 8 (legis Aquiliae); Ulp. (36. ed.) D. 27, 3, 1, 23 (rationibus distrahendis); Ulp. (41. Sab.) D. 47, 1, 1 pr. (furti); Ulp. (38. ed.) D. 47, 7, 6 (arborum furtim caesarum); Ulp. (56. ed.) D. 47, 8, 2, 27 (de hominibus armatis coactisve et vi bonorum raptorum); Ulp. (56. ed.) D. 47, 8, 4, 16 (de turba); Ulp. (62. ed., dazu Lenel, Ed. 3. Aufl., S. 424, N. 11), D. 43, 4, 1, 8 (si quis dolo malo fecerit, quo minus quis in possessionem sit).

²⁾ Gaius (2. ed. prov.) D. 50, 17, 111, 1.

³⁾ Emilio Costa, Cicerone giureconsulto, I, Il diritto privato, Bologna 1911, S. 231: La regola invece, giusta la quale ciascun erede risponde delle passività ereditarie in proporzione della sua quota, . . . è addotta fra le più sicure ed inconcusse anche dal Nostro.

partem. Ut heres sibi soli, non coheredibus petit, sic socius sibi soli, non sociis petit; et quem ad modum uterque pro sua parte petit, sic pro sua parte dissolvit, heres ex ea parte, qua hereditatem adiit, socius ex ea, qua societatem coit.

Deutlich spricht hier Cicero aus, daß dem Erben entsprechend seiner Erbschaftsquote sowohl die aktive (petit) als auch die passive (dissolvit) Klagelegitimation zusteht. Daß Cicero damit nur kontraktliche, nicht auch deliktische Obligationen, insoweit es sich um passive Vererblichkeit handelt, im Auge hat, darauf weist, ganz abgesehen von dem auf nicht-pönale Obligationen hindeutenden „dissolvere“, auch die Ablehnung der passiven Vererblichkeit der poena hin, der er anderwärts ¹⁾ sehr entschieden Ausdruck gibt.

Neben diesen allgemeinen Einstellungen hat aber das römische Recht auf dem Gebiete der Erbenhaftung Rechtsinstitute ausgebildet, welche in hohem Maße auch die spätere Rechtsentwicklung zu beeinflussen vermochten. Die meisten von ihnen verdanken ihre Entstehung dem Album des Prätors und sind dann zum Teil durch die klassische Jurisprudenz weiter ausgebildet worden: die *satisfactio suspecti heredis*, die zweifache *separatio bonorum* (zugunsten des *servus cum libertate heres institutus* und der Gläubiger), das *ius abstinendi* und das *spatium deliberandi*. Justinian schloß endlich mit der Einführung des *beneficium inventarii* (C 6, 30,22) im Jahre 531 die Entwicklung ab.

Neben den Quellenstellen, die einen mehr oder weniger allgemeinen, ganze Aktionsgruppen umfassenden Charakter tragen, begegnen wir bei den Klassikern einer stattlichen Anzahl von Bestimmungen, die die Vererblichkeit der einzelnen Aktionen regeln ²⁾.

Dieser kurze Überblick mag genügen, um uns die gewaltige Entwicklung ahnen zu lassen, die die Versuche unser Problem zu lösen im römischen Recht durchgemacht haben. Man sieht, wie sich die verschiedensten rechtssetzenden Faktoren daran betätigt haben: die Prätur, die Juristen und endlich Justinian selber. Die Tatsache, daß erst der große Kodifikator mit seinem Inventarbenefiz die Entwicklung abgeschlossen hat, läßt uns begreifen, warum es zu einer systematisch-einheitlichen Bearbeitung dieser Frage im römischen Recht nie gekommen ist.

¹⁾ Cicero, *de natura deorum*, 3, 38, 90: *Quem vos praeclare defenditis, cum dicitis eam vim deorum esse, ut, etiamsi quis morte poenas sceleris effugerit, expetantur eae poenae a liberis, a nepotibus, a posteris. O miram aequitatem deorum! Ferretne civitas ulla latorem istius modi legis, ut condemnaretur filius aut nepos, si pater aut avus deliquisset? Vgl. Mitteis, RPR., I, S. 95 f., A. 7.*

²⁾ Neben den in der Anmerkung 4 zitierten Beispielen seien hier noch einige weitere angeführt: Ulp. (1. ed.) D. 2, 3, 1, 4 (*si quis in ius dicenti non obtemperaverit*); Ulp. (4. ed.) D. 2, 13, 13 (*de edendo*); Ulp. (5. ed.) D. 2, 7, 5, 4 (*ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat*), u. a.

III. Die bisherige Lehre.

In der romanistischen Rechtswissenschaft hat man m. E. bisher zu wenig Wert darauf gelegt, in den die Erbenhaftung regelnden Normen verschiedene Schichten zu unterscheiden. Selbst die modernen interpolationistischen Forschungen — so Anerkennenswertes sie auch auf dem erbrechtlichen Gebiete geschaffen haben —, richten ihr Augenmerk nur auf die Säuberung des klassischen Rechts von den byzantinischen Zutaten, ohne den Aufbau des klassischen Rechts selbst zu untersuchen.

Als herrschende Lehre ¹⁾ kann man heute die Unterscheidung zwischen den grundsätzlich vererblichen Kontrakts- und den grundsätzlich passiv unvererblichen Deliktsaktionen bezeichnen. Die pönalen Aktionen gehen erst nach erfolgter Litiskontestation passiv auf die Erben über. Insofern

¹⁾ Francke, *Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien*, Göttingen 1828, S. 1—43; Kierulff, *Theorie des Gemeinen Civilrechtes*, Altona 1839, I. Band, S. 218—227; Savigny, *System des heutigen römischen Rechtes*, V. Band, Berlin 1841, §§ 210—212; Mühlenbruch-Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, 43. Teil, Erlangen 1870, S. 14 ff.; Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I. Teil, Berlin 1871, S. 173 ff.; Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Auflage, II. Band, § 359, S. 529 ff., ebenso dessen italienische Übersetzung von Fadda-Bensa, Torino 1925, II, S. 394 ff.; Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, Marburg-Leipzig 1863, I, § 145, Anm. II, S. 215 ff.; Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, 13. Aufl., Jena 1886, S. 964 ff.; Baron, *Pandekten*, 9. Aufl., Leipzig 1896, S. 163 und S. 747 ff.; Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, III. Band, 1. Abt., 2. Aufl., Erlangen 1886, S. 29 f. und 203 f.; Dernburg, *Pandekten*, 6. Aufl., Berlin 1900—1901, II. B., S. 355 und III. B., S. 331; Regelsberger, *Pandekten*, I, Leipzig 1893, S. 447; Puchta, *Pandekten*, 12. Aufl., Leipzig 1877, S. 134 f.; Koepfen, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, Würzburg 1895, S. 207 f.; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, S. 908 f.; Salkowski, *Institutionen*, Leipzig 1907, 9. Aufl., S. 96 und 527. — Von den Modernen: Mitteis, RPR., I, S. 97 ff.; Derselbe, *Über die Herkunft der Stipulation*, in der Festschrift für Bekker, 1907, S. 133 f.; Sohm-Mitteis-Wenger, *Institutionen*, 17. Aufl., München-Leipzig 1923, S. 553; Czyhlarz-San Nicoló, *Institutionen*, 18. Aufl., Wien-Leipzig 1924, S. 337; Jörs, *Römisches Recht: Geschichte und System des römischen Privatrechts*, Berlin 1927, S. 217 und passim. Girard, *Manuel*, 7. Aufl., Paris 1924, S. 938 f.; Girard-Mayr, *Geschichte und System des römischen Rechtes*, Berlin 1908, S. 969 ff.; Betti, in *Rend. Ist. Lomb.* 49 (1916), S. 230; Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 8. Aufl., Milano 1925, S. 136 und 526 ff.; Costa, *Storia del diritto romano privato*, 2. Aufl., Torino 1925, S. 532, 534, 440 f.; Serafini-Giammichele, *Istituzioni di diritto romano*, 9. Aufl., II. Band, Roma 1914, S. 38 und 283; Scialoja, *Diritto ereditario romano*, Roma 1914, S. 16; Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, II. Teil, Napoli 1902, S. 326 f.; Buckland, *A manual of roman private law*, Cambridge 1925, S. 186 f., 192 f. und 368; Kreller, *Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der graeco-ägyptischen Papyrusurkunden*, Leipzig-Berlin 1919, S. 23; Cornil, *Droit romain*, Bruxelles 1921, S. 357; Jobbé-Duval, *Les morts malfaisants*, Paris 1924, S. 247, A. 4; Lévy-Bruhl, *La fonction du très ancien testament romain*, in *NRH.* 45 (1921), S. 665; Michon, *La succession ab intestat d'après les XII Tables*, in *NRH.* 45 (1921), S. 147.

in der grundsätzlichen Unvererblichkeit der Deliktsaktionen durch die Haftung der Erben auf Bereicherung ein Korrektiv geschaffen wird, gelangt man zu wenig übersichtlichen Ergebnissen, die die systematische Einheitlichkeit durchaus vermissen lassen¹⁾.

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre vertraten bisher Esmein²⁾, Cuq³⁾, Kniep⁴⁾, Saleilles⁵⁾ und Kooiman⁶⁾ die Ansicht von der ursprünglichen Unvererblichkeit aller Schulden und Forderungen, somit aller obligationenrechtlichen Aktionen; erst in späterer Zeit seien die Kontraksaktionen vererblich geworden.

Obwohl es der letzteren Ansicht bisher nicht gelungen ist sich durchzusetzen, so ist doch ihr Einfluß auf die herrschende Lehre unverkennbar, indem — von nicht Geringeren als Mitteis⁷⁾ und Girard⁸⁾,

¹⁾ Man vgl. z. B. die Darstellungen von Windscheid, II, § 359, S. 531 ff., Anm. 10 ff., Vangerow, I. c., u. a.

²⁾ *Débiteurs privés de sépulture*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire* par l'École française de Rome, V, 1885, S. 221 ff.; *Courtes études: I. L'intransmissibilité première des créances et des dettes*, in *NRH.* 11 (1887), S. 48 ff.

³⁾ *Recherches historiques sur le testament per aes et libram*, in *NRH.* 10 (1886), S. 542 ff.: anders jedoch Manuel des institutions juridiques des Romains, Paris 1917, S. 365: *Les Romains ont admis assez vite la transmissibilité active et passive des créances*; vgl. auch daselbst S. 821.

⁴⁾ *Gai institutionum commentarius secundus*, I. Teil, Jena 1912, S. 166 f., 188 f.

⁵⁾ R. Saleilles, *Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain* (in *Festschrift für O. Gierke*, Weimar 1917, S. 1015 bis 1034), S. 1020: *L'intransmissibilité initiale de l'obligation tant active que passive, mais surtout passive, est aujourd'hui un fait acquis. Les créances furent les premières à faire brèche à ce principe d'intransmissibilité, et ce ne fut guère que vers le V^e siècle que les dettes passèrent à la charge de l'héritier.* — Vgl. auch S. 1032.

⁶⁾ *Fragmenta iuris Quiritum*, Amsterdam 1914, S. 3 ff., XXI, XXV, XXXVI, S. 161 ff. und passim. — Das Werk stand mir erst nach Abschluß meiner Arbeit zur Verfügung und ich freue mich, in vielen Punkten zu gleichen Ergebnissen gelangt zu sein.

⁷⁾ *RPR.*, I, S. 97: *An sich läßt sich aus dem Gedanken der Universalsukzession . . . die unbeschränkte Haftung für die Schulden des Erblassers noch nicht mit Sicherheit ableiten. Wenn, wie wahrscheinlich, der Ausgangspunkt aller Schuld auch bei den Römern die Deliktshaftung ist, und wenn, wie wir gleichfalls annehmen dürfen, das Delikt schon seit sehr früher Zeit . . . eine bloß persönliche, nicht-vererbliche Haftung erzeugt hat, so kann man vielleicht eine Entwicklungsphase annehmen, in welcher bei dem Tode des Erblassers vererbliche Verpflichtungen nicht gegeben sein konnten. Vgl. auch Mitteis, Über die Herkunft der Stipulation, in *Festschrift für Bekker*, S. 133.*

⁸⁾ Manuel, 7. Aufl., S. 938: *L'héritier est ensuite tenu des dettes. Cette charge, inconnue anciennement s'il y a eu une époque où les obligations étaient des liens attachés à la personne, ne se transmettant ni activement ni passivement, wobei Girard für die Möglichkeit dieser Annahme in der Anm. 7 Esmein und Cuq zitiert. Ebenso Girard-Mayr, S. 969 und Anm. 2.*

Arangio-Ruiz¹⁾ und De Francisci²⁾ — die Möglichkeit der ursprünglichen Unvererblichkeit aller, somit auch der Kontraksaktionen, grundsätzlich zugestanden, oder doch die frühere allzu schroffe Zurückweisung einer derartigen Möglichkeit nunmehr wesentlich gemildert wird³⁾. Schon aus diesem Grunde könnte man sich wohl fragen, ob in der erwähnten Ansicht doch nicht ein gesunder Kern steckt.

Bevor wir uns in die kritische Beurteilung der herrschenden Lehre einlassen, ist es vor allem notwendig, die Methode unserer Behandlungsweise darzulegen.

IV. Die einzelnen Perioden.

Es ist schon darauf hingewiesen worden, wie gerade für jede erbrechtliche Untersuchung die historisch-genetische Einstellung unentbehrlich ist. Im höchsten Maße gilt dies für die Frage der Erbenhaftung, in der sich die Kreise des Obligationen- und des Erbrechts schneiden. Angesichts der fortwährenden Entwicklung und Vervollkommnung, die im römischen Recht gerade diese beiden Rechtsgebiete vor allen anderen kennzeichnet, begreift man es leicht, daß sich um das Zustandekommen der Normen über die Erbenhaftung so viele rechtssetzende Faktoren: der Prätor, die Juristen und endlich noch Justinian verdient gemacht haben. Denn die Entwicklung, sei es des Obligationen- sei es des Erbrechts, mußte notgedrungen immer wieder das Bedürfnis nach einer Ergänzung und Revision der Erbenhaftung auf die Tagesordnung stellen. Die Römer, deren Stärke in der Anwendung und nicht in der systematischen Zusammenfassung des Rechts lag, trugen den Erfordernissen

¹⁾ *Corso di istituzioni di diritto romano*, I—II, Napoli 1921—1923: I, S. 179: *Se questa trasmissibilità attiva e passiva, indubitabile non solo pel diritto classico ma anche pel diritto vigente negli ultimi secoli della repubblica, sia primordiale, o se, sia stata preceduta da un periodo in cui debiti e crediti si estinguessero con la morte di una delle parti (o almeno con quella del debitore), è problema al quale non si può dare, allo stato delle nostre conoscenze, una risposta certa.* — Vgl. noch daselbst A. 1 und II. S. 324.

²⁾ *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano 1912, S. 5, Anm. 2: *Che uno stadio primitivo simile (nämlich die Unvererblichkeit) si possa ammettere anche per le obbligazioni „ex contractu“ è ipotesi ch'io ritengo accettabile.* — Dagegen völlig im Sinne der Lehre Bonfantès neustens in der *Storia del diritto romano*, I, Roma 1926, S. 327.

³⁾ E. Costa, *Storia del diritto romano privato*, 1. Aufl., Torino 1911, S. 435: *La morte d'uno dei soggetti estingue l'obbligazione ex delicto, Ma non estingue invece giammai, neppure nel più antico tempo, l'obbligazione nata da negozi; vgl. dazu die 2. Auflage, Torino 1925, S. 440: La morte d'uno dei soggetti estingue l'obbligazione ex delicto, S. 441: Invece la morte del debitore non dà luogo di regola nell'età storica all'estinzione dell'obbligazione nata da negozi; Si estinguono colla morte dell'obbligato soltanto le obbligazioni dei garanti, che rispecchiano uno stadio arcaico, e risentono ancora dell'intima aderenza del rapporto obbligatorio alla persona stessa che l'ha assunto.*

der Zeit Rechnung, ohne daß sie es, wie wir oben ausführten, zu einer einheitlich durchgreifenden Regelung gebracht hätten. Aus diesem Grunde kann aber auch nur eine nach den in Betracht kommenden Perioden gesonderte Untersuchung zu einem befriedigenden Ergebnis führen. Dieses Vorgehen wird auch erst die Beantwortung der Frage ermöglichen, ob während der ganzen tausendjährigen Entwicklung, die das römische Recht von der Dezemviralgesetzgebung bis auf Justinian durchgemacht hat, unser Problem eine einheitliche Lösung oder vielleicht mehrere, zu verschiedenen Zeiten verschiedene Lösungen gefunden hat.

Vor allem gilt es nun die Perioden zu bestimmen, die unserer Forschung zugrunde gelegt werden sollen. Aus dem Vorhergehenden ergibt sich von selbst eine Dreiteilung: justinianisches, klassisches und vorklassisches Recht. Fraglich bleibt es dabei nur, ob das vorklassische Recht bezüglich unseres Problems einen einheitlichen Standpunkt einnahm, oder ob wir nicht auch hier zwei verschiedene Rechtsschichten, von denen die eine auf das *ius civile* zurückgeht, während die andere durch das *ius honorarium* hinzugefügt wurde, unterscheiden können.

Dabei müssen verschiedene Erwägungen und Fragen berücksichtigt werden. Bringt uns die allgemeine wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung auf den Gedanken, daß der Erbenhaftung seitens des *ius civile* eine andere Lösung als seitens des *ius honorarium* zuteil geworden ist? Sind wir ferner imstande, diese Perioden gegenseitig abzugrenzen? Haben sich endlich Rechtsüberlieferungen aus der ältesten Zeit erhalten, die hinreichen, um daraus die damaligen Rechtsnormen mit einiger Sicherheit erschließen zu lassen? Alle diese Fragen kann man vollauf bejahen.

Als Grenze im oben erwähnten Sinne können wir etwa den Zeitraum zwischen dem zweiten und dem dritten Punischen Kriege bezeichnen. Denn gerade in diesen Jahrzehnten machte Rom auf den verschiedensten Gebieten gewaltige Umwandlungen durch¹⁾. Die zahlreichen mit Erfolg beendeten Kriege mit Karthago (201, 146 v. Chr.), Mazedonien (197, 167 v. Chr.), Syrien (189 v. Chr.), Korinth (146 v. Chr.) brachten bis dahin ungeahnte Mengen von Gold und Silber in die Tiberstadt und warfen ganze Sklavenheere auf den Markt. Die Folgen zeigten sich bald in den verschiedensten Bereichen sowohl des öffentlichen als auch des Privatlebens.

¹⁾ Auch Riccobono, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in *Mélanges Cornil*, II, 246, versetzt in diese Zeit den Umschwung in der Rechtsentwicklung: Nella prima fase la formazione del diritto segue il ritmo dello sviluppo e della crescente potenza di Roma, onde ben presto, dopo le guerre puniche, il diritto ci si presenta molto complesso, costituito da vari ordinamenti giuridici, coesistenti e diversi per la sfera di applicazione e per la intrinseca struttura. — Bonfante, *Lezioni di storia del commercio*, I, Roma 1925, bezeichnet die Zeit von 754—146 v. Chr. als „evo agricolo“ (S. 98). — Ähnlich setzt G. Ferrero, *Größe und Niedergang Roms*, deutsche Übers., II, S. 379 in die Zeit um 150 v. Chr. eine Wirtschaftskrisis.

Der Charakteristik wegen mag hier zunächst auf die großen Änderungen, die schon das äußere Bild Roms erfuhr, hingewiesen werden. In dieser Zeit (179 v. Chr.) wurde der *pons Aemilius*¹⁾, die erste Brücke mit steinernen Pfeilern erbaut und im Jahre 142 v. Chr. in eine solche ganz aus Stein umgebaut. Ähnlich wie man seinerzeit aus dem Beutelerlös nach der Schlacht bei Benevent²⁾ die zweite römische Wasserleitung, den *Anio vetus*, errichtet hatte (272 v. Chr.)³⁾, so kamen nunmehr in kurzer Zeit zwei weitere, die *Aqua Marcia*⁴⁾ (144 v. Chr.) und die *Aqua Tepula*⁴⁾ hinzu. Vom Cato Censorius wurde im Jahre 184 v. Chr. die erste Basilika erbaut, welcher in kurzer Zeit zwei weitere, die *Fulvia* (179 v. Chr.) und die *Semproniana* (170 v. Chr.), folgten⁵⁾. Im Jahre 143 v. Chr. führte Q. Metellus Macedonicus die erste marmorne Säulenhalle in Rom auf⁶⁾. Alle diese äußeren Veränderungen und vor allem die Hast, mit der sie vorgenommen worden sind, lassen deutlich erkennen, welche großen Umwandlungen damals in Rom vor sich gegangen sind. Die bisherige Bauernstadt am Tiber wollte und mußte nun als Beherrscherin des Mittelmeerbeckens eine ihrer neuen Stellung entsprechende äußere Gestalt annehmen.

Noch tiefer greifend waren freilich die Umwandlungen, die sich im Innern vollzogen haben. Der Bauernstand, der bisherige Träger und Hauptpfeiler des Staates, war in seinen Grundlagen erschüttert worden. Die vielen Kriege rieben den Menschenbestand stark auf, durch das lange Kriegerleben wurde mancher Arm dem Pfluge abwendig gemacht, bedeutende Strecken Italiens wurden durch den zweiten Punischen Krieg verwüstet, und selbst denjenigen, die der väterlichen Scholle treu geblieben waren, wurde durch die billige Arbeitskraft der Sklaven, sowie durch die infolge der Getreideeinfuhren⁷⁾ immer mehr herabgedrückten Getreidepreise das Auskommen außerordentlich erschwert. Der bisherige Klein- und Mittel-

¹⁾ Otto Richter, *Topographie von Rom*, in Müllers Handbuch, dritter Band, dritte Abl., zweite Hälfte, 2. Aufl., München 1901, S. 51.

²⁾ Mommsen, *Römische Geschichte*, 11. Aufl., I, S. 449.

³⁾ Richter, o. c., S. 316 f.

⁴⁾ Richter, o. c., S. 317.

⁵⁾ Richter, o. c., S. 50.

⁶⁾ Richter, o. c., S. 51 f., 57, 218.

⁷⁾ Kromayer, *Die wirtschaftliche Entwicklung Italiens im 2. und 1. Jahrhundert v. Chr.*, in Ilbergs *Neuen Jahrbüchern*, Bd. 33, S. 157, A. 1, und Ferrero, *Größe und Niedergang Roms*, II, 379 ff., unterschätzen m. E. doch zu sehr diesen Umstand. Obwohl in Latium der Bauer das Getreide vorwiegend für eigenen Bedarf produzierte, so wird er wohl einen Teil davon auch in die Stadt verkauft haben, um mit dem Erlöse seine geringen Bedürfnisse, bezüglich deren er von anderen abhängig war, decken zu können. Durch die allzusehr herabgedrückten Getreidepreise trat auch für ihn einmal, wenn auch infolge der Produktion vorwiegend für Eigenbedarf bedeutend später, das Mißverhältnis zwischen den Produkten und der geleisteten Arbeit deutlich zutage, was wohl manchen zum Aufgeben des Landbaues bewogen haben wird.

besitz wurde von dem Großgrundbesitz aufgesogen, welcher nunmehr die Sklavenwirtschaft durchführte. Dort, wo früher etwa 17 Familien römischer Bauern ihr Auskommen gefunden hatten, wurden nun zwei Sklavenfamilien mit insgesamt 25 Sklaven zur Bewirtschaftung angesiedelt¹⁾. Gleichzeitig vollzog sich in Rom der Übergang aus der bisherigen geschlossenen Hauswirtschaft zur Geld- und Kreditwirtschaft. Auch diese Tatsache hatte eine starke Abwanderung zu anderen Berufen (Handel, Gewerbe) zur Folge, wodurch die Reihen des Bauernstandes noch mehr gelichtet wurden.

Geradezu klassisch spiegeln sich alle diese Umwandlungen im Leben Catos des Älteren (234—145) wider²⁾, der in jungen Jahren noch selbst mit den Sklaven zusammen auf dem Felde gearbeitet und daheim mit ihnen an einem Tische dasselbe Brot gegessen und denselben Wein getrunken hatte³⁾, während in seinem Alter alles dies ins Gegenteil umgeschlagen zu haben scheint. Hatte er früher niemals mit den Sklaven wegen der Hauskost gezankt⁴⁾, so ahndete er später eifrig die bei der Zubereitung von Speisen begangenen Versehen mit Peitschenhieben. Hatte er anfangs den Landbau aus Bedürfnis und mit großem Eifer betrieben⁵⁾, so erblickte er später darin nur noch Zeitvertreib⁶⁾, beteiligte sich dagegen um so eifriger an Spekulationsunternehmungen. So zeigt sich im Leben Catos des Älteren markant die gewaltige soziale Umschichtung, die sich gerade zu seiner Zeit in Rom vollzog und die das bisherige bäuerliche Rom mit vorherrschendem Mittelbesitz in das neue Rom übergehen ließ, in welchem der geringen Zahl der steinreichen Nobilität und Ritterschaft die große Zahl des herd- und landlosen Großstadtproletariats gegenüberstand.

Dieser hastige Übergang Roms von der geschlossenen Familien- und Naturalwirtschaft zur Geldwirtschaft zog auch auf dem Gebiete des Rechts große Umwandlungen nach sich. Das auf die bisherigen Wirtschaftsverhältnisse zugeschnittene *ius civile* mit seinem starren Legisaktionensystem⁶⁾ trug den Erfordernissen der Zeit nicht mehr Rechnung. Unter dem Einfluß der wirtschaftlichen Veränderungen wurde seit dem Beginn

¹⁾ Kromayer, o. c., S. 167.

²⁾ Teuffel-Kroll-Skutsch, Geschichte der römischen Literatur, 6. Aufl., I. Band, Leipzig 1916, S. 218. — Aus der Tatsache, daß Cato der Ältere an der Grenze zweier Perioden steht, beantwortet sich auch die Frage, ob er in seinem Buche „De agri cultura liber“ die geschlossene Familienwirtschaft, oder die Tausch- und Stadtwirtschaft vor Augen hat; es sind eben Schöpfungen der Übergangsperiode. Vgl. andererseits dazu Gummerus, Der römische Gutsbetrieb als wirtschaftlicher Organismus nach den Werken des Cato, Varro und Columella, Leipzig 1906, S. 24.

³⁾ Plutarch, Cato der Ältere, c. 3.

⁴⁾ Plutarch, Cato, c. 21.

⁵⁾ Plutarch, Cato, c. 25.

⁶⁾ Über den literarischen Ursprung des Terminus „*legis actiones*“ m. E. richtig Weiß in Pauly-Wissowa, Real-Enzykl., s. v., 12. Band, 24. Halbband, S. 1838.

des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts die an sich bedeutend ältere¹⁾ rechtschaffende Tätigkeit des Prätors viel intensiver. In diese Zeit fällt auch die *lex Aebutia* (zwischen 149 und 126 v. Chr.)²⁾, die dem Formularverfahren volksgesetzliche Geltung verlieh.

Neben dem Erbrecht erfreute sich gerade das Obligationenrecht einer besonderen Förderung seitens des Prätors. Es wurden neue Aktionen eingeführt (*depositi, commodati, negotiorum gestorum, quod metus causa, vi bonorum raptorum, de dolo*), die bestehenden (*iniuriae, legis Aquiliae*) weiter ausgestaltet und die Personalexekution zugunsten der Vermögensvollstreckung immer mehr in den Hintergrund gedrängt. Der innere Ausbau der Obligation veränderte sich in mancher Hinsicht gegenüber dem der Zivilrechtsperiode, wie dies neulich Riccobono³⁾ klargelegt hat und worauf wir noch zurückkommen werden.

Da die Erbenhaftung mit der Frage nach der Vererblichkeit der sich gegen den Erblasser richtenden obligationenrechtlichen Aktionen aufs engste verbunden ist, kann man der erwähnten großen Verschiedenheit der Obligationenstruktur nach Zivil- und nach Amtsrecht nur durch eine gesonderte Behandlung beider Perioden Rechnung tragen. Dies gestattet auch die Quellenüberlieferung. Insbesondere kann man hierfür auf die Bürgschaft verweisen, die in ihren älteren Formen als *sponsio*⁴⁾ und *fidepromissio* unvererblich, in der jüngsten als *fideiussio*⁵⁾ dagegen vererblich ist und dadurch schon die allgemeine Entwicklungslinie ahnen läßt.

Sonach wollen wir im folgenden die Erbenhaftung gesondert nach vier Perioden: derjenigen des *ius civile*, des *ius honorarium*, des klassischen Rechts und endlich des justinianischen Rechts erörtern, von denen der vorliegende Band sich mit den beiden ersten beschäftigt. Allerdings wird auch diese Einteilung nicht auf die Spitze getrieben werden können, da die einzelnen Aktionen (*actio depositi* u. a.) des Zusammenhanges halber zweckmäßiger im klassischen Recht behandelt werden, obwohl es sich auch bei ihnen schon um prätorische Einwirkungen handelt.

¹⁾ Vgl. Wlassak, Die klassische Prozeßformel, I. Teil, Wien-Leipzig 1924, S. 137, A. 27, S. 131, A. 18; Derselbe, Der Ursprung der römischen Einrede, Wien 1910, S. 5 ff.

²⁾ Girard, La loi Aebutia in *Mélanges de Droit Romain*, I, Histoire des sources, Paris 1912, S. 65—174; zustimmend Bonfante, Storia del diritto romano, 3. Aufl., I, Milano 1923, S. 438.

³⁾ Riccobono, La fusione del *ius civile* e del *ius praetorium* in unico ordinamento, im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band 16 (1922/23), S. 503—522, über die Obligation S. 510 ff.; zustimmend Partsch in SZ. 44, 561. Vgl. auch *Mélanges Cornil*, II, S. 308, Nr. 35 und 36.

⁴⁾ Gai. 3, 120; 4, 113.

⁵⁾ Gai. 3, 120.

Erster Abschnitt.

Ius civile.

§ 2.

Die herrschende Lehre in ihren Hauptrichtungen.

I. Allgemeines.

Die herrschende Lehre¹⁾ hält auch für die älteste Periode der römischen Rechtsgeschichte an der passiven Vererblichkeit der Kontraktionsaktionen fest, ja man betrachtet die Frage nach dem Schicksal der Schulden als das Wesentliche der Erbfolge²⁾. Allein schon in der weiteren Frage, worauf die Schuldenvererbung letzten Endes zurückzuführen sei, gehen die Ansichten der Gelehrten weit auseinander.

II. Vererbung der Persönlichkeit.

Eine große Anzahl von Romanisten, darunter Mitteis³⁾, leiten die Schuldenvererbung aus der Auffassung der hereditas als Vererbung der Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben her. „Nicht das Vermögen als solches, sondern die Persönlichkeit wird ererbt“⁴⁾, „der Universal-sukzession des Erben liegt der Gedanke zugrunde, daß in den Nachkommen nach römischer Auffassung das Individuum fortlebt“⁵⁾.

Schon an und für sich ist es wenig wahrscheinlich, daß sich in der Zivilrechtsperiode der Römer, der auf allen anderen Kulturgebieten, in der Literatur, Kunst, Wissenschaft und Religion, einen auffallenden Mangel an Einbildungskraft und schöpferischer Phantasie zeigte, gerade und nur auf dem Gebiete des Erbrechts zu solchen philosophischen Abstraktionen emporgeschwungen hätte⁶⁾. Die Richtigkeit unserer Er-

¹⁾ Siehe die oben S. 5, A. 1 angeführte Literatur.

²⁾ E. Demisch, Die Schuldenerbfolge im attischen Recht, ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte der Universal-sukzession, 1910, S. 2.

³⁾ RPR., I, S. 97 ff. und passim.

⁴⁾ Mitteis, RPR., I, S. 96.

⁵⁾ Mitteis, RPR., I, S. 106.

⁶⁾ Cuq, NRH. 10, 542: C'est là une idée abstraite qu'il suffit de signaler pour qu'on puisse affirmer aussitôt qu'elle a été étrangère à l'ancien droit.

wägung wird durch die Tatsache bestätigt, daß man weder bei einem Klassiker noch in der justinianischen Kompilation den Gedanken von der Identifizierung der Person des Erben mit derjenigen des Erblassers ausgesprochen findet. Dieser Idee begegnet man hingegen erst in der 48. Novelle¹⁾ und noch hier in sehr hypothetischer Form. Dank den Forschungen Hölders²⁾ und Bonfantès³⁾ wissen wir, daß die Identifizierung des Erben mit dem Erblasser noch von den Glossatoren als eine Fiktion aufgefaßt wurde; erst die Romanistik des neunzehnten Jahrhunderts ging mit einem bewundernswerten Eifer⁴⁾ daran, diese Fiktion weiter auszubauen.

Wie weit die alten Römer von einer Auffassung der hereditas als Ererbung der erblasserischen Persönlichkeit entfernt waren, zeigt deutlich die Hereditasdefinition, die Cicero in den Topica⁵⁾ bringt — also in einer Schrift, die von dem für die Gerichtsreden immer mehr oder weniger bestehenden Verdacht einseitiger Darstellung frei ist. Er will ein Beispiel für eine Musterdefinition geben; darum läßt er sie Schritt auf Schritt vor dem Leser erstehen, bis er zum Ergebnis gelangt:

Hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure nec ea aut legata testamento aut possessione retenta.

Mit dem ausdrücklichen „confectum est“ bringt Cicero seine Überzeugung zum Ausdruck, eine erschöpfende Definition der hereditas gegeben zu haben. Bei dieser liegt jedoch der Nachdruck deutlich genug auf der materiellen, vermögensrechtlichen Seite (pecunia) und eine Auffassung von der Ererbung der Persönlichkeit des Erblassers ist mit ihr nicht vereinbar⁶⁾.

¹⁾ Nov. 48 praef: καίτοι γε τοῖς ἡμετέροις δοκεῖ νόμοις ἐν πως εἶναι πρόσωπον τὸ τοῦ κληρονόμου, καὶ τὸ τοῦ εἰς αὐτὸν παραπέμποντος τὸν κλῆρον, . . . bis auf das fehlende τὸ vor τοῦ κληρονόμου völlig übernommen im Scholion Ἀεὶ τοῦτον zu Basilic. 41, 6 (Heimbach 4, 162).

²⁾ Hölder, Die Stellung des römischen Erben, in SZ. 16, 221 ff., besonders S. 221—227, 236 ff., 288.

³⁾ Bonfante, Scritti I, S. 153 ff.; zustimmend S. Solazzi, Rivista ital. 58 (1916), 277.

⁴⁾ Vgl. Hölder, SZ. 16, 228 ff.; Bonfante, Scritti I, 159 ff.

⁵⁾ Topica, 6, 29: Hereditas est pecunia. Commune adhuc; multa enim genera pecuniae. Adde quod sequitur: quae morte alicuius ad quempiam pervenit. Nondum est definitio; multis enim modis sine hereditate teneri pecuniae mortuorum possunt. Unum adde verbum: iure; iam a communitate res diuncta videbitur, ut sit explicata definitio sic: Hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure. Nondum est satis; adde: nec ea aut legata testamento aut possessione retenta; confectum est.

⁶⁾ Ebenso Siber, Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlassschulden, S. 11: Die mystische Auffassung der Erbfolge als einer „Nachfolge in die gesamte Persönlichkeit des Erblassers“ ist demnach

Auch die vom Prätor geschaffene Erbfolge sowie die dabei gewährten Rechtsmittel sind auf die bona und nicht auf die Persönlichkeit des Erblassers eingestellt (bonorum possessio, interdictum quorum bonorum).

Parallel damit haben die interpolationistischen Forschungen Longos¹⁾, Bonfantes²⁾ und Albertarios³⁾ ergeben, daß die Bezeichnungen „successio in universum ius“, „successio in omne ius“, „universitas“ byzantinisch sind. Gerade dies sind jedoch Ausdrucksweisen, die die letzte Vorstufe des Gedankenganges bildeten, welcher zur Annahme der Identität des Erben mit dem Erblasser führte.

Somit erweist sich die Mitteissche Theorie für die älteste Zeit als unrichtig; denn wenn die klassische Lehre von der successio in locum, in ius demortui sich im justinianischen Recht zu einer successio in „omne“ ius, in „universum“ ius, in „universitatem“ umgewandelt hat²⁾, so haben wir es mit einer Entwicklung zu tun, bei der es wohl erforderlich ist, zunächst zu untersuchen, ob in diesem Punkte die Rechtsanschauungen der vorklassischen Zeit die gleichen waren als die der klassischen Zeit. Diese Frage wird in den folgenden Paragraphen erörtert werden. Vorher sollen jedoch noch die wichtigsten von den anderen Begründungen der Schuldenvererblichkeit für die älteste Zeit geprüft werden.

III. Vererbung der patria potestas.

Unter den italienischen Romanisten erfreut sich vielfacher Zustimmung die von Scialoja und Bonfante⁴⁾ aufgestellte Lehre, die von der Notwendigkeit, die klassische von der vorklassischen hereditas zu unterscheiden, ausgehend, das Wesen der vorklassischen hereditas in der

dem ältesten römischen Recht ebenso fremd wie dem klassischen. — Herrn Professor Siber, der mir in liebenswürdigster Weise noch vor dem Erscheinen die zitierte Abhandlung zur Benutzung überließ, sei auch hier mein herzlichster Dank ausgesprochen. — Gleichfalls ablehnend R. Saleilles, Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain (in Festschrift für O. Gierke), S. 1032 und passim, und S. Solazzi, Contro la rappresentanza del defunto, in Riv. ital. 58, 277.

¹⁾ Longo, L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano, Bull. 14 (1902), S. 127 ff. und S. 224 ff.; Bull. 15 (1903), S. 283 ff.

²⁾ Bonfante, La „successio in universum ius“ e l'„universitas“, Scritti I, S. 250 ff.; Istituzioni, 8. Aufl., S. 528.

³⁾ Albertario, Actio de universitate e actio specialis in rem, Annali Perugia, 1919, vol. XXXI, S. IV, vol. I.

⁴⁾ Scialoja, Bull. 3 (1890), S. 176 ff.; Diritto ereditario romano, Roma 1914, besonders S. 7 ff.; Bonfante, Bull. 1 (1888), S. 249 und Scritti I, besonders die Abhandlungen: L'origine dell'„Hereditas“ e dei „Legata“ nel diritto successorio romano, S. 101 ff.; Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e nel diritto moderno, S. 152 ff.; Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova, S. 188 ff.; Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità, S. 469 ff.

Vererbung der hausväterlichen^{1) 2)} Gewalt, das Wesen der klassischen hereditas hingegen in der Vererbung des Vermögens erblickt. Die Schulden seien von Anfang an vererblich gewesen^{3) 4)}, denn der Hausvater habe sie als Repräsentant, als Organ der Familie, die einen politischen Organismus (organismo politico)^{4a)} darstellte, eingegangen. Daher fallen auch dem Erben, der an die Stelle des Erblassers tritt, alle derartigen Verpflichtungen zur Last.

¹⁾ Scialoja, Diritto ereditario romano, S. 11: Quindi la successione universale è, secondo la nostra opinione, sviluppata dal Bonfante . . . , la successione nel posto di capo della famiglia, organismo politico naturale: l'acquisto del patrimonio, con tutti gli elementi attivi e passivi, è conseguenza dell'assunzione della direzione familiare. Cfr. auch S. 17: . . . essendo in Roma la eredità una successione nella sovranità sul gruppo familiare, . . .

²⁾ Bonfante, Scritti I, S. 102: L'hereditas è stata sempre nel diritto romano una trasmissione della familia: trasmissione della familia nel senso di patrimonio nell'età storica, trasmissione della familia nel senso di complesso di persone e di beni oggetto della potestà unitaria del capocasa nelle origini. — Scritti I, S. 115: Nella familia classica, alla morte del paterfamilias ciascuno de' suoi più prossimi diventa un sovrano (sc. della famiglia), „singuli singulas familias habent“: soltanto il paterfamilias può costituire un solo tra i suoi o un estraneo heres nel patrimonio. Ma nell'età primitiva, quando il gruppo agnatizio (o gentilizio) era ancora in piedi, successore nella sovranità non doveva essere altri che l'heres. — Scritti I, S. 148 f.: . . . il diritto successorio romano per la parte che concerne l'„hereditas“, ha mutato nella sua funzione sociale; di trapasso della sovranità familiare diventò nel diritto storico il trapasso de' beni a causa di morte; — Scritti I, S. 100: Tesi: „l'hereditas deriva dalla successione originaria nella sovranità entro la famiglia romana“ und Scritti I, passim. — Derselbe, Storia del diritto romano, 3. Aufl., I, S. 159: L'eredità romana primitiva non aveva lo scopo di trasmettere il patrimonio, bensì di trasmettere tutto il vario complesso di poteri che costituisce la sovranità sulla famiglia concepita come un organismo politico. — Derselbe, Istituzioni, 8. Aufl., S. 524: l'erede era precisamente il successore nella potestà sovrana sul gruppo agnatizio o sulla gens e solo in conseguenza anche nei beni: ossia l'eredità originaria serviva a scopo di trapasso della sovranità anzichè di trapasso patrimoniale.

³⁾ Scialoja, Diritto ereditario, S. 16: Noi però possiamo fin da ora affermare con certezza che, per quanto lontano si spinga l'indagine, l'erede è subentrato sempre ne' debiti del defunto; S. 45 ff., bes. S. 53: La spiegazione (der Schuldenvererbung) sta appunto in quel concetto della potestà del paterfamilias sul gruppo familiare. Questi gruppi famigliari hanno bisogno d'un certo credito ed è per soddisfare questo bisogno che essi, mettendosi a contatto con gli altri gruppi, assumono obbligazioni le quali si concentrano nel capo della famiglia, ma avendo riguardo alla vita economica della famiglia nel suo complesso, passano di capo in capo.

⁴⁾ Bonfante, Scritti I, S. 133: Pertanto il successore, poichè non avviene che derivi il diritto dal suo predecessore e lo converta in diritto suo, ma subentra nel posto del suo predecessore, continua la carica o la missione pubblica, è naturale che sia pienamente obbligato alla pari del suo predecessore all'osservanza dei patti stretti da costui come rappresentante del corpo sociale.

^{4a)} Bonfante, Scritti I, S. 43, vgl. S. 105, 106 und passim; Corso di diritto romano I, S. 5; Storia I, S. 70.

Die Bonfante-Scialojasche Theorie wurde zwar von der Mehrzahl¹⁾ der italienischen Gelehrten angenommen, sie fand aber auch sowohl in der Heimat als außerhalb derselben entschiedene Gegner (Siber²⁾, Arangio-Ruiz³⁾, Coli⁴⁾, Perozzi⁵⁾). Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung ist es unmöglich, zu dieser Lehre in allen ihren Einzelheiten Stellung zu nehmen. Da sie jedoch die Schuldenvererbung in ihrem Ausgangspunkte (hereditas = *trapasso della sovranità*) verankert, muß ihre Grundlage doch kurz überprüft werden.

Vor allem soll das hohe Verdienst, welches die Untersuchungen von Scialoja und Bonfante für die Klärung der Schuldenhaftung des Erben haben, voll anerkannt werden. Einerseits haben sie nämlich die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen der klassischen und der älteren hereditas scharfsinnig herausgearbeitet⁶⁾, andererseits den byzantinischen Ursprung der Ausdrücke: *successio in „universum ius“*, *in omne ius*, „in universitatem“ nachgewiesen⁷⁾ und dadurch für das Erbrecht die Entwicklungslinie vom klassischen bis zum byzantinischen Recht freigelegt. In der Grundauffassung der hereditas vermag ich jedoch den großen Meistern der italienischen Romanistik nicht zu folgen.

Schon Contardo Ferrini⁸⁾, selbst ein überzeugter⁹⁾ Anhänger der behandelten Hypothese, konnte sich schwerwiegenden Bedenken, die sie in ihm wachgerufen hatte, nicht verschließen. Diese, sowie die von anderen erhobenen Einwendungen versuchten Scialoja¹⁰⁾ und Bonfante¹¹⁾ zurückzuweisen; es ist ihnen jedoch m. E. nicht gelungen

¹⁾ Siehe Bonfante, *Scritti* I, S. 156.

²⁾ Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlaßschulden, S. 3.

³⁾ *Le genti e la città*, Messina 1914, S. 17, und 58 ff., dazu Bonfante, *Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova*, in *Scritti* I, S. 188—249, bes. S. 232 ff. und passim.

⁴⁾ *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma 1920, S. 32—37.

⁵⁾ *Istituzioni* II, S. 349 f. Dazu die Repliken Bonfantès in *Scritti* I, S. 208 ff., 221 ff., 478 ff.

⁶⁾ Bonfante, *Scritti* I, S. 102 und passim; Scialoja, *Diritto ereditario romano*, S. 50 f.

⁷⁾ Cfr. A. 2 auf S. 14; Scialoja, *Diritto ereditario romano*, S. 84 ff., 95.

⁸⁾ *Manuale di Pandette*, 3. Aufl., Milano 1908, S. 736 und A. 1. Dazu Bonfante, *Scritti* I, S. 189 f. und passim.

⁹⁾ Die Belege bei Bonfante, *Scritti* I, S. 189 f., bes. A. 3 und S. 242, A. 2.

¹⁰⁾ *Diritto ereditario romano*, S. 19 ff.

¹¹⁾ *Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova*, in *Scritti* I, S. 188 ff.; *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, S. 469 ff.

sie zu entkräften. Daß es sich bei Bonfantès Ausführungen um eine Hypothese handelt, geben Scialoja¹⁾ und Bonfante²⁾ selbst zu.

Eine große Schwierigkeit für ihre Beurteilung besteht darin, daß die ihr zugrunde gelegten Verhältnisse etwas unklar in die „*origini*“, „*età primitiva*“ verlegt werden. Dieses Zeitalter wird dem klassischen oder dem geschichtlichen gegenübergestellt³⁾. Obwohl sich derartige Perioden mit Jahreszahlen kaum abgrenzen lassen, vermißt man doch sehr eine, wenn auch noch so hypothetisch ausgesprochene Andeutung, in welche Periode, die zivilrechtliche, amtsrechtliche, oder etwa nur vorhistorische, man eine derartige Rechtsordnung verlegen soll. Um in dieser Auseinandersetzung möglichst verständlich zu bleiben, möchte ich zur Richtigkeit der Hypothese nur für die zivil- und amtsrechtliche Periode Stellung nehmen. Die Vorgeschichte, somit die Zeit etwa vor 500 v. Chr. — denn die Zwölftafelgesetzgebung als Kodifizierung des geltenden Gewohnheitsrechtes wird das Recht bis zum genannten Zeitpunkt wiedergegeben haben — schließe ich von der Betrachtung ausdrücklich aus; für die vorhistorische Periode Roms läßt sich ja in unserer Frage ebensoviel beweisen als widerlegen.

Für die zivil- und amtsrechtliche Periode erscheint die Hypothese Bonfantès als unhaltbar. Soweit wir sehen können, stehen wir überall in der römischen Rechtsgeschichte vor der Tatsache, daß die Familie, unter der *manus*⁴⁾ des *paterfamilias* stehend, sich nach seinem Tode auflöst. Ulpian's Ausspruch (*D* 50,16, 195, § 2, 46^o ed.) „*paterfamilias mortuo singuli singulas familias habent*“ gilt auch für die Anfänge der römischen Rechtsgeschichte^{4a)}. Das Zwölftafelgesetz zeigt sich sogar der sachenrechtlichen Teilung des Nachlasses oder einer *communio* außerordentlich zuvorkommend, indem es im Gegensatz zu seiner sonstigen Sparsamkeit mit Aktionen für jeden der beiden Fälle eine entsprechende *actio* (*familiae erciscundae* und *communi dividundo*) gewährt. Um so weniger glaubhaft ist es, daß die damalige Rechtsordnung sich der einfacheren und zweifellos älteren persönlichen Auflösung der Familien hemmend in den Weg gestellt hätte. Alle *sui* werden *sui iuris*, während nach Bonfante⁵⁾ dies nur der vom Erblasser als *heres* Bezeichnete geworden wäre.

Erwägen wir nun kurz die einzelnen Möglichkeiten, die sich aus dieser Annahme ergeben: Unterstellen wir zu diesem Zwecke, daß nur

¹⁾ *Diritto ereditario romano*, S. 35: Ma per quanto grave sia il valore degli argomenti portati dal Bonfante, essi non possono indurci a una completa persuasione.

²⁾ *Z. B. Scritti* I, S. 60, 232 und 408.

³⁾ Bonfante, *Scritti* I, S. 102, 115 und passim; Scialoja, *Diritto ereditario romano*, S. 11 (nei tempi più antichi: nel diritto più progredito).

⁴⁾ Zu diesem Ausdrucke cfr. *Mitteis*, *RPR.*, I, S. 75.

^{4a)} So auch Bonfante, *Storia del diritto romano*, 3. Aufl., I, S. 70.

⁵⁾ Vgl. *Scritti* I, S. 231 ff.

einer von den Söhnen im Testamente als heres eingesetzt wurde und fragen wir nach dem rechtlichen Schicksal seiner Geschwister. Daß ein Bruder über seine Geschwister, über seine Mutter und infolge der Entwicklung in späteren Generationen auch über seine Onkel und Tanten, Großonkel usw. die patria potestas ausgeübt hätte, kann für das römische Recht kaum behauptet werden. Hätte es in Rom jemals eine solche Ordnung gegeben, so würde man in der historischen Zeit nicht eine Summe unabhängiger, kleiner, gegenseitig koordinierter¹⁾, gleichsam auf horizontaler Ebene liegender Familien als Aufbauzellen des Staates vorfinden, sondern wahrscheinlich hätte die geschichtliche Entwicklung zu einem irgendwie feudalen, vertikalen Gesellschaftsaufbau geführt, der vielleicht den Lehensverhältnissen des Mittelalters nahe gekommen wäre. Vor allem wäre dabei die Entstehung einer absoluten patria potestas unmöglich gewesen oder mindestens ihr Weiterbestehen sehr bald in Frage gestellt worden. Es leuchtet ein, daß sich die nunmehr der potestas unterworfenen Brüder, oder gar Onkel und Großonkel von dem nur auf Grund der Testamentsbestimmung so viel glücklicher gestellten „heres“ auf lange Zeit nicht so bevormunden und beherrschen ließen wie seine Kinder. Findet man denn auch die leiseste Spur von einer solchen „brüderlichen“ Gewalt vor? Ist es auch nur denkbar, daß sie das ius vitae ac necis, das ius vendendi umfaßt hätte!

Noch schwieriger wird die Frage im Falle mehrerer Testamentserben. Wer ererbt hier die souveräne hausväterliche Gewalt? Die Möglichkeit einer Teilung, die dem Kollegialprinzip in der Magistratur entsprochen hätte, scheidet von vornherein aus; denn die patria potestas liegt immer in den Händen eines Einzelnen, sie ist unteilbar, und es gibt keine Macht, die ihrer Ausübung Schranken setzen könnte. Der Familienrat²⁾ hat wohl in Ausnahmefällen das Recht, gehört zu werden, aber auch nichts mehr; von einem Interzessionsrecht kann keine Rede sein.

Noch mehr kompliziert sich die Lage bei der Intestaterbfolge, die wohl in dieser Zeit die Regel gebildet haben dürfte. Wie soll hier der Träger der Familiensouveränität, der neue pater familias bestimmt werden? Muß es ein einzelner sein, oder können alle Söhne oder vielleicht nur einzelne von ihnen die unteilbare väterliche Gewalt erwerben, werden sich die Brüder, Onkel, modern gesprochen die Sekundo-, Tertio- genituren, dies alles gefallen lassen, oder werden sie zumindest ein Mitbestimmungsrecht beanspruchen? Wer entscheidet endlich bei Streitigkeiten, da ja eine dermaßen weitreichende Macht in der ältesten Zeit den Jurisdiktions-

¹⁾ Das mangelnde conubium zwischen den Patriziern und den Plebejern besagt nichts dagegen; es weist wohl auf eine soziale Kluft zwischen den beiden Ständen hin, ohne daß man jedoch daraus auf eine rechtliche Über- und Unterordnung zu schließen berechtigt wäre.

²⁾ Vgl. Liebenam, s. v. consilium bei Pauly-Wissowa, 7. Halbband, S. 915 f.

magistraten nicht zustand? Alle diese Schwierigkeiten zeigen deutlich, daß sich diese Hypothese wenigstens für das Zivilrecht und überhaupt für die historische Zeit nicht halten läßt.

Der zweite wichtige Grund, der gegen die Hypothese spricht, ist die Stellung der Frauen. Daß die Frauen beerbt wurden und daß sie auch selbst Erben werden konnten, steht für die zivilrechtliche Periode ebenso fest wie die Tatsache, daß sie eine patria potestas nie ausgeübt haben. Die Analogie, welche Scialoja¹⁾ zwischen den Beziehungen des tutor mulieris und dessen Mündel und dem Verhältnis zwischen dem Regenten und dem Herrscher aufstellt, besagt nur wenig, solange die Wesensverwandtschaft der beiden verglichenen Rechtsverhältnisse nicht dargetan ist. Ebensowenig konnte m. E. Bonfante²⁾ für die geschichtliche Zeit diesen Einwand entkräften.

Spuren des souveränen Charakters der alten Erbschaft glaubt Bonfante³⁾ in der Schuldenvererbung, in den sacra und im Grabrechte zu erblicken. Von den sacra wird noch später ausführlicher die Rede sein; hier sei nur darauf hingewiesen, daß die sacra und das Grabrecht nach Sakralrecht geregelt wurden. Daher wären diese Normen für das Zivilrecht, auch wenn wir ihren Inhalt viel genauer künnten, als dies in der Tat der Fall ist⁴⁾, von geringster Beweiskraft. Daß die Schuldenvererblichkeit, die eben in dem Souveränitäts- und Familienrepräsentationsgedanken verankert sein sollte, kein Beweis für die Richtigkeit der behandelten Hypothese sein kann, soll unten dargelegt werden. Noch weniger sprechen dafür andere Rechtsinstitute, auf die sich Bonfante⁵⁾ beruft, wie die Tutel, das Patronat und das Hospitium⁶⁾. Für die beiden ersteren erkennt er selbst an, daß sie im Zivilrecht von der hereditas völlig losgelöst erscheinen. Die Annahme, daß die Vormundschaft vor dem Zwölftafelrecht mit der Erbschaft verknüpft gewesen sei, wäre nur dann richtig, wenn Bonfante seine Hypothese durch andere Gründe stützen könnte^{6a)}.

Im übrigen scheidet m. E. seine Theorie an der zu weit gehenden Identifizierung der Normen des öffentlichen mit denen des Privatrechts.

¹⁾ Diritto ereditario romano, S. 20.

²⁾ Scritti I, S. 227 ff.

³⁾ Scritti I, S. 235 ff.

⁴⁾ Cfr. das Urteil Scialojas über die Verschwommenheit in der Unterscheidung zwischen den sepulcra personalia, familiaria und hereditaria, im Diritto ereditario romano, S. 18, Anm. 2.

⁵⁾ Scritti I, S. 238 f.

⁶⁾ Mommsen, Römische Forschungen, I. Band, Berlin 1864, S. 330 f.; Mitteis, RPR., I, S. 94 und A. 3. Beim hospitium haben wir es mit einem nur ethisch, vielleicht noch sakralrechtlich, nicht aber zivilrechtlich geschützten Verhältnis zu tun (keine actio). Vgl. Mommsen, o. c., S. 354; Leonhard, s. v. in Pauly-Wissowa, 8. B., S. 2493 ff.

^{6a)} Siehe Bonfante, Scritti I, S. 119, 238 f. und Corso di diritto romano, I, S. 405 f.

Die testamentarische Erbeseinsetzung soll der Designierung des neuen Magistrats durch den bisherigen entsprechen¹⁾. Daß gerade die übrigens sagenhafte Königsperiode, die sich infolge des monarchischen Charakters zur Analogie für den Übergang der patria potestas am ehesten eignet, hierbei völlig versagt, gibt Scialoja selbst zu²⁾. In der römischen Republik muß jedoch der Designierung des Magistrates eine Bestätigung durch die Wähler folgen, während wenigstens beim Intestaterben — um den Testamentserben mit Rücksicht auf das Komitialtestament nicht heranzuziehen — keine Mitwirkung anderer Personen in Frage kommt.

Endlich soll noch auf einen Umstand hingewiesen werden, der an sich die besprochene Theorie, allerdings nicht zu entkräften vermöchte, der sie aber als Hypothese doch sehr erschüttern kann. Einerseits haben Longo³⁾ und Bonfante⁴⁾ durch ihre Forschungen dargelegt, daß bei der Gegenüberstellung der Universalsukzession zur Singularsukzession die Bezeichnungen „universum“ ius, „omne“ ius, successio in universitatem byzantinisch sind. Rabel⁵⁾ und De Francisci⁶⁾ haben andererseits nachgewiesen, daß auch die römische Eigentumsübertragung ursprünglich durchaus nicht derivativ, sondern originär, als Verzichtleistung durch Schweigen des bisherigen und Aneignungshandlung des neuen Eigentümers, aufgefaßt wurde⁷⁾. Standen nun die Römer in der Zivilrechtsperiode dem derivativen Gedanken selbst im Sachenrecht so ablehnend gegenüber, so ist es höchst unwahrscheinlich, daß man bei der patria potestas einen Übergang (trapasso) für möglich gehalten hätte. Dies um so weniger, da es sich im Gegensatz zur sachenrechtlichen Übertragung, die dem Erwerber eine dem Inhalt und Umfang nach gleiche Rechtsstellung sichern sollte, beim Übergang der patria potestas nicht um den gleichen Umfang des übertragenen Rechtes gehandelt hätte. Denn es fielen ja, wie dies oben dargelegt wurde, eine ganze Reihe von Personen: Geschwister, Mutter, die der patria potestas des Erblassers unterstanden, nicht in die potestas des Sohnes. Daher ist wohl nicht anzunehmen, daß die Römer in der historischen Zeit jemals im Erbgang eine Ererbung der patria potestas des Erblassers erblickt hätten.

¹⁾ Scritti I, S. 113 ff.

²⁾ Diritto ereditario, S. 34.

³⁾ Siehe oben A. 1 auf S. 14.

⁴⁾ Siehe oben A. 2 auf S. 14.

⁵⁾ Nachgeformte Rechtsgeschäfte, in SZ. 27, 290 ff.

⁶⁾ Translatio domini, Milano 1921 (mir bekannt nur aus Albertarios Rezension im Archivio giuridico 89, S. 119—121) und Trasferimento della proprietà, Padova 1924.

⁷⁾ De Francisci, Trasferimento della proprietà, S. 21, 129 ff., 161, 271 f. und passim; dagegen Lenel, SZ. 45, S. 30; dagegen wiederum Albertario, A proposito di „Interpolationenjagd“ in Pubbl. della Università Cattol. del Sacro Cuore, VII, 1, Milano 1925.

Diese Bedenken dürften die Hypothese Bonfante-Scialojas kaum geeignet erscheinen lassen, die zivilrechtliche Schuldenhaftung der Erben zu begründen.

IV. Lenel.

Gegenüber diesem stark spiritualistischen Charakter der alten Erbschaft betont Lenel¹⁾ mit aller Entschlossenheit ihren materialistischen Charakter. Mit Recht warnt er vor dem Übertragen klassischer Rechtsideen in die Zeit der Zwölftafelgesetzgebung. Insbesondere erklärt er die Unvereinbarkeit der naiv-sinnlichen Vorstellungen dieser Zeit mit dem die Abstraktion geradezu verkörpernden Ausspruch Papinians (6. quaest., D 5, 3, 50 pr.): Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet. Denn dem Römer des fünften vorchristlichen Jahrhunderts war die hereditas „kein bloßes Gedankending“, sondern „etwas körperlich greifbares“: Haus und Hof, Sklaven, Vieh²⁾.

Lenel hält an der ursprünglichen Schuldenvererblichkeit stillschweigend fest. So wird er im Zusammenhang mit seiner Ansicht, daß das damalige (Komitial-)Testament³⁾ ein reines Legatentestament war⁴⁾, zur Annahme einer beschränkten Schuldenhaftung geführt. Denn auf Grund der obigen Hereditasauffassung erscheint ihm die unbeschränkte Haftung für die ererbten Schulden für das Zwölftafelrecht als kaum wahrscheinlich⁵⁾. Die einzige Ausnahme bildeten die sui⁶⁾, die immer unbeschränkt hafteten, während die Haftung aller anderen, des heres extraneus⁷⁾ und des Erbschaftsersitzers⁸⁾ (usucapiens pro herede) nur eine beschränkte war. Vom Legatentestamente ausgehend läßt Lenel auch den Vindikationslegatar⁹⁾ und den familiae emptor¹⁰⁾ beschränkt haften. Die Haftung aller dieser Personen beschränkte sich auf die erworbenen Aktiva; wurden diese den Gläubigern überlassen, so war man von jeglicher Haftung frei¹¹⁾.

Sehr bezeichnend ist es, daß auch dem großen Romanisten die unbeschränkte Schuldenhaftung für die älteste Zeit als unwahrscheinlich

¹⁾ Zur Geschichte der heredis institutio; ein Vortrag auf dem internationalen historischen Kongreß in London 1913, abgedruckt in den Essays in legal history . . . edited by Paul Vinogradoff, Oxford 1913, S. 120—142; Die Rechtsstellung des proximus adgnatus und der gentiles im altrömischen Erbrecht, in SZ. 37, S. 129—135.

²⁾ Essays, S. 123.

³⁾ Essays, S. 122.

⁴⁾ Essays, S. 125 und passim.

⁵⁾ Essays, S. 132 und passim; SZ. 37, 133.

⁶⁾ Essays, S. 132, SZ. 37, 133 f.

⁷⁾ SZ. 37, 132 f.

⁸⁾ Essays, S. 133.

⁹⁾ Essays, S. 132.

¹⁰⁾ Essays, S. 136.

¹¹⁾ Essays, S. 133; SZ. 37, 133.

erschien. Lebhaft wird man es angesichts der scharfsinnigen und äußerst wertvollen Darstellung bedauern, daß er dabei die Möglichkeit, daß die Schulden mit dem Tode des Schuldners erlöschen könnten, gar nicht erwog.

Im übrigen kann man seiner mehr zum Materialistischen hinneigenden Auffassung der ältesten hereditas nur zustimmen. Ebenso muß man ihm beipflichten, wenn er die Unmöglichkeit der unbeschränkten Haftung für die älteste Periode darlegt, ohne daß wir die Ausnahme bezüglich des *suus* billigen möchten. Wenig berechtigt erscheint dagegen seine Behauptung, die Haftung für die Schulden der Erblasser habe sich auf den Vindikationslegatar und den *familiae emptor* erstreckt. Der Hinweis, daß auch schon das ältere Pontifikaldekret¹⁾ dem Legatar die Erhaltung und Fortführung der *Familiensacra* aufbürdete, ist nicht stichhaltig. Vor allem ist das ältere Pontifikaldekret jünger²⁾ als die Zwölftafelgesetzgebung, und es stellt die in ihm enthaltene Norm eben eine Neuerung dar. Ferner handelt es sich hier um eine sakralrechtliche Norm, die, auf der Pontifikalautorität beruhend (*pontificum auctoritate*, Cicero, *de leg.*, 2, 19, 48) noch von Cicero als etwas von der *lex* wesentlich Verschiedenes empfunden wurde³⁾. Für diese Sacrahaftung gab es auch keine direkte Vollstreckung; nur durch sakrale Mittel versuchte das Pontifikalkollegium auf den Säumigen zu wirken. Alle diese wesentlichen inneren Verschiedenheiten lassen auch die Sacrahaftung wenig geeignet erscheinen, einen Beweis für eine analoge *privatrechtliche* Schuldenhaftung der Legatäre zu liefern.

Sehr unwahrscheinlich dünkt uns endlich das Bestehen einer beschränkten Haftung für die Schulden des Erblassers, wenigstens insoweit dabei die zivilrechtliche Periode in Betracht kommt. Das *ius civile* baute sich auf dem die Machtfülle des Rechts in sich verkörpernden *pater familias* auf. Im Vordergrund stand die Person, hinter der das Vermögen völlig zurücktrat. Rechtlich war es in dieser Zeit unmöglich, daß der Gläubiger auf alle oder einzelne Sachen⁴⁾ des Schuldners direkt greife. Am deutlichsten trat dies in dem damaligen Vollstreckungsverfahren zutage, das dem Gläubiger den Zugriff nur auf die Person des Schuldners, keineswegs aber auf dessen Vermögen gewährte. Solange die Person nicht geradezu zermürbt worden war — getötet oder in die Sklaverei verkauft — gab es für den Gläubiger keine Möglichkeit, sich aus dem

1) Cicero, *de legibus*, 2, 20, 49: *tribus modis sacris adstringi, aut hereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat, aut, si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit.* — Weiteres hierüber bei der *hereditas sacrorum*.

2) Siehe unten S. 101.

3) Cicero, *de leg.*, 2, 21, 52: *Nam sacra cum pecunia pontificum auctoritate nulla lege coniuncta sunt.*

4) Die vorwiegend öffentlich-rechtlichen Anwendungsfälle der *pignoris capio* können dabei außer acht gelassen werden.

vorhandenen Vermögen des Schuldners ohne dessen Zustimmung und Mitwirkung Deckung oder Sicherheit zu verschaffen. Wenn aber die Haftung nach *ius civile* eine persönliche war, so war sie als solche immer unbeschränkt. Erst dem prätorischen Rechte entsprangen Rechtsinstitute, die eine auf bestimmte Vermögensgegenstände beschränkte Haftung mit direktem Zugriffsrecht des Gläubigers statuierten (*missiones*, *separatio bonorum* u. a.). Es handelte sich hier um ein Bestreben des Prätors, das sich andererseits in der Begünstigung der Vermögensvollstreckung auf Kosten der Personalexekution zeigte. Derartige Vorstellungen waren dem Zivilrecht fremd und die beschränkte Schuldenhaftung kann daher für den Erbgang des *ius civile* nicht angenommen werden.

Vor der richtigen Auffassung der zwölftafelrechtlichen hereditas ausgehend stand Lenel vor der Wahl: an der Schuldenvererbung festzuhalten oder sie zu verneinen. Er schlug den ersten Weg ein und gelangte zu der beschränkten Schuldenhaftung — die *sui heredes* angenommen. Nach obigen Ausführungen läßt sich dieses Ergebnis nicht verteidigen und somit bleibt für uns als einziger Ausweg die Annahme übrig, daß nach *ius civile* mit dem Tode des Schuldners seine Schulden erloschen.

V. Siber.

Siber¹⁾ leitet den Grund der ältesten Erbenhaftung aus dem Familienrechte her²⁾. In der Rechtsperiode, die noch nicht zwischen Delikt und Vertragsbruch unterschied, hatte jeder Hausangehörige „für die während der Hausgemeinschaft erwachsenden Schulden des andern einzustehen“, „so gut wie sich die Blutrache gegen die Familienangehörigen des Täters richtet“. Für den Sohn gab es keine Möglichkeit, die Haftung für den Vater von sich abzuwenden. Hierbei scheint mir aber Siber die Bedeutung der Blutrache doch zu überschätzen. Dieses Rechtsinstitut wird von der *Tatiussage*³⁾ schon zu Romulus' Zeiten als verwerflich dargestellt. Aber auch hier wird, ebenso wie in dem kaum noch an die Blutrache erinnernden Sündenbock, den der Urheber einer zufälligen oder fahrlässigen (*invitus*) Tötung⁴⁾ zum Opfer den Göttern an die Agnaten des Getöteten übergibt⁵⁾, die kollektive Blutrache nur auf der aktiven Seite erwähnt; von der kollektiven Blutrache passiverseits haben sich dagegen

1) Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlassschulden, 1926 (zitiert nach Sonderabdruck).

2) Siber, *o. c.*, S. 13.

3) Mommsen, *Röm. Geschichte*, 11. Aufl., I, S. 146 f., Anm. auf S. 147, S. 465; Brunnenmeister, *Das Tötungsverbrechen im altrömischen Recht*, Leipzig 1887, S. 110 ff.

4) Mitteis, *RPR.*, I, S. 94 und daselbst Anm. 4; E. Brunnenmeister, *Das Tötungsverbrechen im altrömischen Recht*, S. 157 ff.

5) Bruns, *Fontes*, I, S. 34, Tab. 8, 24a und Anm., Festus, 347.

überhaupt keine Spuren erhalten. War also die Blutrache schon früh in der vorhistorischen Zeit verschwunden, als die Schuldenvererbung kaum jemals praktisch werden konnte, so erscheint mir wenig wahrscheinlich, daß die in ihr verkörperte Idee von der engsten Familienzusammengehörigkeit die Entstehung der Erbenhaftung wesentlich gefördert hätte.

Die von Siber angeführten Beispiele der beschränkten Haftung gehören sämtlich dem Honorarrechte an (*bonorum venditio, separatio bonorum*) und kommen als Beweis für die zivile Vererblichkeit nicht in Betracht. Die auf das Familieneigentum hinweisenden Äußerungen, denen wir bei Gaius¹⁾ und Paulus²⁾ begegnen, kommen aus zu junger Zeit, als daß sie zur Darlegung einer solchen zivilen Auffassung verwendet werden könnten^{2a)}.

Wenn wir demnach im Gegensatz zu den oben genannten in der Literatur herrschenden Ansichten die ursprüngliche Unvererblichkeit auch der Kontraktobligationen für die richtige halten, so kann der Nachweis für diese Auffassung nur durch eine systematische Behandlung der ganzen Frage erbracht werden. Diese in der Literatur bisher vorhandene Lücke soll die vorliegende Arbeit auszufüllen versuchen. Vor allem ist es aber hierzu notwendig, sich den richtigen Begriff von der zivilen „hereditas“ zu schaffen.

§ 3.

Der materialistische Charakter der zivilen hereditas.

I. Allgemeines.

Mangels positiver Rechtsüberlieferungen können wir das Wesen der zivilrechtlichen hereditas nur durch Rückschlüsse aus anderen erhaltenen zivilen Rechtsnormen, ganz besonders aber aus den damaligen wirtschaftlichen Zuständen bestimmen. Man darf dabei die Tatsache nicht übersehen, daß eine solche Untersuchung selbst für die Periode des *ius civile* lediglich typische, nur relativ richtige Ergebnisse zutage fördern kann; denn es wird wohl niemand leugnen wollen, daß sich parallel mit der wirtschaftlichen Entwicklung der drei Jahrhunderte nach der Zwölftafelgesetzgebung auch die zivile hereditas organisch fortgebildet hat.

Die Erbschaftsmasse bildeten in dieser Periode nur die körperlichen Gegenstände, die bei Lebzeiten des Erblassers seine Vermögensmasse ausgemacht hatten. Diese Auffassung, der wir schon bei Lenel³⁾ begegnet waren, vertreten auch Romanisten, die die ursprüngliche Obligationen-

¹⁾ Gai. 2, 157.

²⁾ Paul (2. Sab.) D. 28, 2, 11; cf. auch Coll. 16, 3, 6 = Sent. 4, 8, 6.

^{2a)} Ebenso Wenger in *Miscellanea Ehrle*, II, Rom 1924, S. 32.

³⁾ Siehe im vorigen Paragraphen S. 21.

vererblichkeit ablehnen⁴⁾. Nun gilt es nachzuweisen, daß die zivile hereditas nur auf die sachenrechtlichen Aktionen des Erblassers sich beschränkte, woraus sich die Folgerung ergibt, daß die obligationenrechtlichen Aktionen mit dem Tode des Erblassers erloschen. Die Richtigkeit der sächlich materialistischen Auffassung der hereditas soll vom rechtsgeschichtlichen, etymologischen und wirtschaftlich-kulturellen Standpunkt aus dargetan werden.

II. Rechtsgeschichtliches.

Wie sehr noch den Römern der frühklassischen Zeit die Erbschaft mit der Gesamtheit der Nachlasssachen identisch erschienen ist, ersehen wir deutlich aus einem Ausspruch Senecas. Er macht es den Juristen zum Vorwurf, daß sie zwischen der Ersitzung der Erbschaft und derjenigen der Erbschaftssachen unterscheiden (*De benef.*, 6, 5):

Jurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea quae in hereditate sunt: tanquam quid aliud est hereditas quam res, quae in hereditate sunt.

Zugunsten unserer Auffassung der hereditas können wir ferner auf den uralten Begriff des *heredium*²⁾ verweisen. Damit bezeichnete man von alters her das vererbliche Grundeigentum, ursprünglich die *bina iugera*, welche der Sage nach Romulus selbst den Römern zuteilte³⁾. Man darf wohl hieraus mit ziemlicher Sicherheit schließen, daß dieses *praedium parvulum*⁴⁾ den Ausgangspunkt der römischen hereditas gebildet habe.

Auch die erhaltenen Überreste des Zivilrechts lassen deutlich erkennen, daß sie auf eine dingliche, die Obligationen nicht umfassende

¹⁾ Cuq, *Recherches historiques sur le testament per aes et libram*, NRH. 10, S. 535: le patrimoine ne comprenait que des choses corporelles, . . . S. 542: L'hérédité n'était, dans le principe, que la collection des choses corporelles ayant appartenu à un chef de famille décédé; elle ne comprenait ni créances ni dettes. — Kniep, *Gai institutionum comm. sec.*, I. Teil, Jena 1912, S. 166 f.: Von Haus aus wurde die hereditas betrachtet als ein Haufen körperlicher Sachen. Die Forderungen und Schulden werden einmal mit dem Tode, sei es des Gläubigers, sei es des Schuldners, erloschen sein, *ibidem*, S. 188: Eine Erbschaft im alten Rom war nichts anderes als eine Mehrheit von körperlichen Sachen. Der Tod machte einen Strich über Forderungen wie Schulden. Vgl. auch A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo*, I. Band, Halle 1873, S. 323 ff., S. 326: Bei den körperlichen Sachen also nahm das Erbtum seinen Ausgang.

²⁾ Vgl. dazu auch: J. M. Nap, *Heredium en hortus in de Twaalf Tafelen*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, I. (1918—19), S. 390—399; Pöhlmann-Örtel, *Geschichte der sozialen Frage und des Sozialismus in der antiken Welt*, 3. Aufl., München 1925, II, S. 336.

³⁾ Varro, *de re rustica*, 1, 10, 1: *Bina iugera, quod a Romulo primum divisa viritim, quae heredem sequerentur, heredium appellarunt.*

⁴⁾ Festus, 99: *heredium, praedium parvulum.*

hereditas zugeschnitten sind. Die zwölf Tafelrechtliche Erbschaftsteilungsklage (*actio familiae erciscundae*) beschränkte sich nur auf den sächlichen Nachlaß¹⁾. Die *usucapio pro herede* konnte es nur auf die Ersitzung einzelner oder auch aller Sachen abgesehen haben; denn die Ersitzung einer Forderung kam nie in Frage. Das *testamentum per aes et libram* eignete sich wohl zur Übertragung des sächlichen Nachlasses, die *Manzipation* konnte aber niemals die Übertragung einer Obligation bewirken²⁾. Ausführlicher werden diese drei Rechtsinstitute noch später erörtert werden.

Auffallend ist ferner die Tatsache, daß das Zivilrecht für den Erbschaftsantritt keine eigene Form kennt; denn die *cretio* — wann immer sie auch eingeführt worden sein mag — bezog sich nur auf die testamentarische Erbfolge. Angesichts der Tatsache, daß das *ius civile* sonst überall, im Legisaktionsverfahren, bei der Sachübereignung, beim Abschluß der *Manuse* per *confarreationem* oder per *coemptionem*, bei der Testamenterrichtung usw. an der Einhaltung der solennen Formen äußerst streng festhielt, können wir uns die Unterlassung einer Form beim Erbschaftserwerb nur aus dem materialistischen Charakter des Nachlasses erklären³⁾. War dies der Fall, so erfolgte der Erbschaftsantritt am einfachsten durch die körperliche Inbesitznahme der Nachlaßgegenstände. Die wörtliche Bedeutung des „*adire*“ steht auch im Einklang mit dem griechischen *εµβατεύειν εις την ούολαν*⁴⁾ und dem germanischen „zu dem Erbe gehen“⁵⁾. Es bleibt ein dauerndes Verdienst *Lenels*, dieses Problem durch seine Forschungen klargelegt zu haben.

Mangels Quellenüberlieferungen läßt sich nicht mit Sicherheit behaupten, ob dabei die Inbesitznahme jeder einzelnen Sache erforderlich war, oder ob nicht vielmehr der Erwerb des bedeutendsten Nachlaßstückes als symbolische Besitzergreifung aller übrigen gedeutet wurde. Die Wahrscheinlichkeit spricht m. E. für die zweite Annahme. Derjenige, der sich berechtigtmaßen des *heredium*, des Hauses samt dem Erb-

¹⁾ Siehe unten S. 72 ff. Ähnlich war es auch im ältesten englischen Recht bestellt; vgl. *Holdsworth*, A history of English law, 3. Aufl., vol. II, London 1923, S. 97: At a time when the law of contract was in its infancy, all that was needed was a few simple rules touching the distribution of the deceased's property.

²⁾ Siehe unten S. 77 ff.

³⁾ *Lenel*, Zur Geschichte der *heredis institutio*, S. 123 f.; Derselbe, Die Rechtsstellung des *proximus adgnatus*, SZ. 37, 129 ff.

⁴⁾ Vgl. zu diesem Ausdruck: *Beauchet*, Histoire du droit privé de la république Athénienne, III, Paris 1897, S. 594; *Lipsius*, Das attische Recht und Rechtsverfahren, II. B., 2. Hälfte, Leipzig 1912, S. 577 f., 667; *Kreller*, Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der graeco-ägyptischen Papyrusurkunden, Leipzig-Berlin 1919, S. 93 ff.

⁵⁾ *Jacob Grimm*, Deutsche Rechtsalterthümer, I. B., 4. Aufl., Leipzig 1899, S. 659.

grundstücke bemächtigte, wurde hiermit *heres* und schloß die Möglichkeit einer *usucapio hereditatis* aus. Natürlich kam hierbei der Unterschied zwischen dem *heres extraneus* und dem *heres domesticus* deutlich zum Vorschein. Der erstere mußte von außen her ins Haus kommen, somit sein „*adire*“ wirklich vollziehen, während der *domesticus* schon im Hause saß¹⁾ und infolgedessen sofort Erbe wurde, was er gar nicht vereiteln konnte. Dagegen blieb es dem *extraneus* frei, das *heredium* nicht zu betreten und somit die Erbschaftserbsitzung zu vereiteln. Danach erscheint uns die *Universalsukzession* als Erwerb der ganzen Erbschaftsmasse mit einem Schlage, nämlich mit der Inbesitznahme des *heredium*, auch für die älteste Zeit durchaus haltbar²⁾.

Zugunsten der sächlichen Erbschaftsauffassung für die zivilrechtliche Periode spricht auch die im älteren Pontifikaldekret³⁾ für den Nachlaßerwerb angewandte Bezeichnung. Es ist das „*capere*“, eine naive sinnliche Aneignungsform, offenbar ungeeignet für den Obligationenerwerb.

Auch *Gaius* erwähnt als Vorbedingung für die *usucapio pro herede*, daß der Erbe den betreffenden Nachlaßgegenstand noch nicht in Besitz genommen hat⁴⁾. Deutlich leuchtet noch hier der alte Zustand hindurch, wonach eben der Erbe, wenn er kein *domesticus heres* ist, von Nachlaßsachen Besitz ergreifen muß.

Die Erbschaftserbsitzung gehörte zu *Gaius'* Zeiten schon zu den außer Übung geratenen, in ihrem Wesen und ihrer einstigen Bedeutung selbst von den Juristen nicht mehr erfaßten Rechtsinstituten (*tam inproba*, *Gai.* 2, 55). Dieser Umstand macht uns dieses Rechtsinstitut um so wertvoller, als das geringe Verständnis, dem es bei den Juristen begegnet, ein Zeichen dafür ist, daß es zivile anderwärts verschwundene Elemente in die klassische Zeit hinübergerettet hat. War nun für die Erbschaftserbsitzung ein „*possessionem nancisci*“ erforderlich, so wird ein solches

¹⁾ Ebenso *Lenel*, Zur Geschichte der *heredis institutio*, S. 123; SZ. 37, 129.

²⁾ In diesem Sinne nähert sich unser Standpunkt der *Mitteischen* Lehre, daß die Idee der *Universalsukzession* bei den Römern eine ursprüngliche ist (*RPR.*, I, S. 93). Man kann *Mitteis* nur insoweit nicht beipflichten, als er das Wesen der römischen *Universalsukzession* nicht bloß in die Art des Erwerbes, sondern auch in den Umfang als universellen verlegt (*RPR.*, I, S. 97). Es läßt sich wohl nur schwer ein Umfang als universeller bezeichnen, wenn er durch eine stattliche Reihe von „höchstpersönlichen“ Rechtsbeziehungen als Ausnahmen durchbrochen wird (*RPR.*, I, S. 106 ff.) und mit der Zeit infolge der Entwicklung dieser universelle Umfang sich ändert (vgl. *RPR.*, I, S. 109).

³⁾ *Cicero*, de leg., 2, 20, 49: . . . Tribus modis sacris adstringi, aut hereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat, aut, si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit. — Daß „aut hereditate“ wahrscheinlich ein viel späterer Zusatz ist, darüber ausführlicher unten bei der Behandlung der *hereditas sacrorum*.

⁴⁾ *Gai.* 2, 52: Rursus . . . accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucipiat, uelut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; Vgl. dazu auch *Lenel*, SZ. 37, 130 ff.

auch beim Erben stattgefunden haben. Dieser Vorgang ist aber nicht anwendbar für den Erwerb von res incorporales.

Auch aus einer weiteren, bis in die älteste Zeit hinaufreichenden Rechtseinrichtung können wir erschließen, daß man die Schulden und Forderungen bei der Vermögensbestimmung nicht berücksichtigte. Es ist dies der Zensus, über dessen hohes Alter ein berechtigter Zweifel kaum möglich ist. Auf Grund des Zensus wurde das Tributum bestimmt. Hätten die Forderungen und Schulden in der zivilrechtlichen Periode eine beachtenswerte Rolle gespielt, so hätte man sie sicher bei der Aufstellung von Zensuslisten berücksichtigt. Wir wissen auch, daß man den Kreis der Zensusobjekte oft erweitert hat; gehörten dazu zunächst nur die res Mancipi, italische Grundstücke und deren Inventar, so wurde später auch das bare Geld in Anschlag gebracht, nie aber Schulden und Forderungen¹⁾. Hätten in dieser Zeit die Obligationen bei der Erbfolge eine Beachtung gefunden, so hätte man sie aller Wahrscheinlichkeit nach auch bei der Bestimmung des tributpflichtigen Vermögens berücksichtigt. Daß eine solche Erweiterung des Vermögens, welches censui censendo war, in der amtsrechtlichen Periode nicht erfolgte, erklärt sich daraus, daß seit dem Jahre 167 v. Chr. das Tributum nicht mehr erhoben wurde.

III. Etymologie.

Ganz unerwähnt dürfen wir auch die Etymologie des Wortes heres nicht lassen.

Nach Walde²⁾ setzt sich heres aus ḡhéro + ē-d(o) zusammen. Der erste Teil enthält die Wurzel ḡhēi-, welche „verlassen, leer sein“ bedeutet und die auch in den griechischen Wörtern χῆρος = beraubt, χῆρα = Witwe, χῶρος, χῶρα = leerer, freier Raum, χῆτος = Mangel uns begegnet. Nach Brugmann, Album Kern 29 ff., und Indogermanische Forschungen, XV. 103, bedeutet ēd-, welches auch in ēdere (ēdi) essen steckt, ursprünglich „zu sich nehmen“³⁾. Trotz Wenger^{3a)}, Wörter und Sachen I. 89 f. und Zupitza, Wochenschrift für klassische Philologie 1909, S. 674 f., hält Walde an der Verwandtschaft des Wortes „heres“ mit den griechischen χῆρος usw. fest; seinen Standpunkt begründet er damit, daß das Wort „heres“ gewiß viel älter ist, als die Zeit, in welcher

¹⁾ Mommsen-Marquardt, Handbuch der römischen Altertümer, V, 2, 2. Aufl., Leipzig 1884, S. 166 ff.; Puchta, Institutionen, 10. Aufl., Leipzig 1893, II. B., § 193, S. 12; Huschke, Die Verfassung des Königs Servius Tullius, Heidelberg 1833, S. 558 ff.

²⁾ Walde, Lateinisches etymologisches Wörterbuch, 2. Aufl., Heidelberg 1910, s. v. heres, S. 363. — Vgl. O. Schrader, Reallexikon der indogerm. Altertumskunde, Straßburg 1901, S. 184.

³⁾ Vgl. Walde, l. c., S. 250, s. v. „edo“ und S. 363.

^{3a)} Später auch Wenger völlig in unserem Sinne in Miscellanea Ehrle, II, Rom 1924, S. 32 und A. 1.

der römische Erbschaftsbegriff mit dem „Verwaistsein“ nichts mehr zu tun hatte.

Somit ergibt auch die Etymologie für die Erbschaft eine mit der oben entwickelten sich deckende Bedeutung. Infolge des Todes verlor das bisher im pater familias sein einigendes Band besitzende Vermögen seinen Träger und fiel auseinander. Es ist nunmehr eine verlassen, verwaist daliegende Menge von Sachen, die auf aditio des Erben warten. Daß natürlich die aditio seitens des im Hause sitzenden heres domesticus als gleich beim Tode erfolgt zu betrachten ist, während sich diese beim heres extraneus weit hinausziehen kann, ändert nichts an der Richtigkeit obiger Ausführungen. Überdies dürfte ursprünglich das Wort „heres“ primär den extraneus bezeichnet haben, wofür auch der Umstand spricht, daß das Wort heres allein nirgends für den suus heres verwendet wird.

Eine überraschende Ähnlichkeit weist hiermit die Etymologie des griechischen κληρονόμος¹⁾ auf. Indem es sich aus κλῆρος = dem zugelosten Grundbesitz und νέμομαι = teilen zusammensetzt, bezeichnet es gleichfalls den Gutserben. Ähnlich wird in den Papyri nur der mit Grundstücken bedachte Erbe als κληρονόμος bezeichnet²⁾.

IV. Der wirtschaftliche und kulturelle Hintergrund.

Die Frage nach dem Charakter der zivilrechtlichen hereditas läßt sich endlich mit Sicherheit nur aus der gesamten wirtschaftlichen Lage und unter Bezugnahme auf die allgemeinen Kulturzustände der Zeit beantworten. Darum wollen wir es versuchen, in kurzen Zügen ein möglichst getreues Bild von Wirtschafts- und Kulturverhältnissen³⁾ unserer Periode zu entwerfen.

Zur Zeit der ausschließlichen Geltung des ius civile war Rom ein ausgesprochener Agrarstaat. Selbst die Stadtgründung wird mit der

¹⁾ Bruck, Totenteil und Seelgerät im griechischen Recht, München 1926, S. 73; v. Woess, Das römische Erbrecht und die Erbanwärter, S. 269 f.; Kreller, Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der graeco-ägyptischen Papyrusurkunden, S. 58.

²⁾ Bruck, o. c., S. 73, A. 3; Kreller, o. c., S. 58, 350; P. M. Meyer, Jurist. Papyri, S. 56; A. B. Schwarz, Die öffentliche und private Urkunde im römischen Ägypten, 1920, S. 289, A. 3; SZ. 41, S. 344, 347 ff.

³⁾ Literatur: Tenney Frank, An economic history of Rome to the end of the republic, Baltimore 1920; M. Rostovtzeff, The social and economic history of the Roman empire, Oxford 1926; H. Blümner, Die römischen Privataltertümer, 3. Aufl., München 1911, in Müllers Handbuch IV. Band, 2. Abt., 2. Teil; Schiller-Voigt, Die römischen Staats-, Kriegs- und Privataltertümer, 2. Aufl., München 1893, in Müllers Handbuch IV. Band, 2. Abt.; Friedländer-Wissowa, Sittengeschichte Roms von August bis zum Ausgang der Antonine, 9. Aufl., Leipzig, bes. Band I. und II. (1919—1920); Max Weber-Hellmann-Palyi, Wirtschaftsgeschichte, 2. Aufl., Leipzig 1924; Bonfante, Lezioni di storia del commercio, parte prima, Roma 1925; Parvân, Die Nationalität der Kaufleute im römischen Kaiserreich, Breslau 1909; Walter Otto, Kulturgeschichte des Altertums, ein Überblick über neue Er-

Landwirtschaft aufs engste verknüpft, indem die Sage den Romulus mit dem Pfluge den Verlauf der Stadtmauern bestimmen läßt¹⁾. Die Geschichte zeigt auch, wie die Tiberstadt bis ins dritte vorchristliche Jahrhundert ihrem bäuerlichen Charakter treu blieb. Geradezu idyllisch lesen sich heute die Schilderungen, wie man im Jahre 458 v. Chr. dem L. Quinctius Cincinnatus²⁾ bei der Feldarbeit die Botschaft von seiner Ernennung zum Diktator brachte; M. Curius Dentatus, den späteren dreifachen Triumphator, traf die samnitische Gesandtschaft, wie er in seinem bescheidenen Hause seine Rüben selbst kochte, dabei aber die Versuche der Samniter, ihn mit Gold zu bestechen, energisch und geistreich zurückwies³⁾. C. Atilius Regulus⁴⁾ und Cato der Ältere⁵⁾, in seiner Jugend, sind weitere Zeugen von der engen Verbindung des römischen Staatsmannes dieser Zeit mit dem Feldbau. Die römischen Senatoren, hervorragende Träger einer weisen Staatstradition und einer weitblickenden Politik, waren in unserer Periode noch selbsttätige Bauern, die zu den Senatssitzungen durch die sogenannten „viatores“ erst vom Lande hergeholt werden mußten.

Der starke Hang der alten Römer zur Landwirtschaft findet in den geographischen Verhältnissen seine Erklärung. Das erzarne⁶⁾ Italien

scheinungen, München 1925; Kromayer, Die wirtschaftliche Entwicklung Italiens im II. und I. Jahrhundert vor Chr., in Ilbergs Jahrbüchern (1914), 33. Band, S. 145—169; Kromayer, Staat und Gesellschaft der Römer, in Kultur und Gegenwart, Teil II, Abt. IV, 1, Leipzig-Berlin 1923, 2. Aufl.; Paul Giraud, Études économiques sur l'antiquité, Paris 1905; R. Heinze, Von den Ursachen der Größe Roms, Rektoratsrede 1921, 2. Abdruck, Leipzig-Berlin 1925; Gummerus, Der römische Gutsbetrieb als wirtschaftlicher Organismus nach den Werken des Cato, Varro und Columella, Leipzig 1906; Pöhlmann-Örtel, Gesch. der sozialen Frage und des Sozialismus in der ant. Welt, München 1925, 3. Aufl., I—II; Kornemann, s. v. Bauernstand in Pauly-Wissowa, Supplementband IV, S. 83 ff.; De Sanctis, Storia dei Romani, II, Torino 1907, S. 465 ff.

¹⁾ Vgl. Plutarch, Romulus, c. 11.

²⁾ Livius (3, 26 §§ 8—9): . . . spes unica imperii populi Romani L. Quinctius trans Tiberim . . . quattuor iugerum colebat agrum . . . Ubi a legatis, seu fossam fodiens palae innixus seu cum araret, operi certe, id quod constat, agresti intentus . . . Togam proferre e tugurio proferre uxorem Raciliam iubet. Qua simul absterso pulvere ac sudore velatus processit, dictatorem eum legati gratulantes consulant. — Columella, Rei rusticae, lib. I. praef. § 13: . . . curam rusticationis, ex qua Quinctius Cincinnatus, obsessi consulis et exercitus liberator, ab aratro uocatus ad dictaturam uenerit ac rursus fascibus depositis, quos festinantius uictor reddiderat quam sumpserat imperator, ad eosdem iuuenos et quattuor iugerum auitum herediolum redierit, Cfr. Cicero, De sen., 16, 56. Weitere Quellenbelege bei Voigt, Die XII Tafeln, Leipzig 1883, I, S. 18, A. 1.

³⁾ Plutarch, Cato Maior, c. 2 und Cicero, De senect. 16, 55; weiteres bei Voigt, Die XII Tafeln, I, S. 18, A. 1.

⁴⁾ Valerius Max, 4, 4, 5 f.; Plinius, Nat. hist. 18, 39.

⁵⁾ Plutarch, Cato Maior, c. 25.

⁶⁾ Frank, o. c., S. 1; Bonfante, Storia del commercio, I, S. 89.

beschenkte das fruchtbare und damals noch reich bewaldete¹⁾ Latium mit keinen Mineralschätzen und drängte so die an sich nicht kriegslustige²⁾ Bevölkerung dazu, sich im Ackerbau die Daseinsbedingungen zu schaffen und möglichst alle Bedürfnisse durch eigene Erzeugnisse zu befriedigen, oder den Bedarf entsprechend der Produktion einzuschränken. So gut es eben ging, mußte damals innerhalb der Familie die Antarkie hergestellt werden.

Was die Besitzverhältnisse anbelangt, so haben wir es mit einem Mittel- und Kleinbesitz zu tun, dessen Größe nach der Servianischen Zenturienverfassung zwischen 40 und 5 bzw. 2 iugera schwankte³⁾. Das Erbgut des ersten Diktators Cincinnatus betrug der Überlieferung nach sogar nur 4 iugera^{3a)}.

Wie sehr die Römer in einer möglichst gleichmäßigen Bodenverteilung und der Erhaltung eines kräftigen Mittelbauerntums die gesündeste Grundlage des Staates erblickten, zeigen uns deutlich die Kolonisationen⁴⁾ der späteren Zeit. So schuf man im Jahre 200 v. Chr. anlässlich der Kolonisierung der Veteranen Scipios in Unteritalien dreißig- bis vierzigtausend⁵⁾ Bauernhufen im Umfange von einem halben bis zu fünf Hektaren⁶⁾. Ähnlich errichtete man im Jahre 173 v. Chr. im Norden Italiens auf den den Liguriern und Galliern abgenommenen Gebieten römische Bauerngüter im Umfang von 2 $\frac{1}{2}$ Hektar und latinische zu $\frac{3}{4}$ Hektar⁷⁾. Überaus lehrreich sind in dieser Hinsicht zwei aus der

¹⁾ Bonfante, Storia del commercio, I, S. 83; Derselbe, Storia del diritto romano, 3. Aufl., I, S. 220 f.; De Francisci, Storia del diritto romano, I, S. 101.

²⁾ So neuerdings m. E. mit Recht, Heinze, Von den Ursachen der Größe Roms, S. 17.

³⁾ Beloch, Römische Geschichte bis zum Beginn der punischen Kriege, Berlin-Leipzig 1926, S. 223; noch niedriger fallen die Zahlen aus bei Kübler, Geschichte des römischen Rechts, Leipzig-Erlangen 1925, S. 12; ähnlich Kromayer, Staat und Gesellschaft, S. 251.

^{3a)} Vgl. oben S. 30, A. 2.

⁴⁾ Grundlegend für die folgenden Ausführungen Kromayer, Die wirtschaftliche Entwicklung, S. 150 ff.

⁵⁾ So die Schätzung Kromayers, Die wirtschaftliche Entwicklung, S. 150.

⁶⁾ Livius, 31, 49, § 5: Et de agris militum eius (sc. P. Corneli Scipionis) decretum, ut quot quisque eorum in Hispania aut in Africa militasset, in singulos annos bina iugera agri acciperet; § 6: eum agrum decem viri adsignarent, . . . cfr. Kromayer, Die wirtschaftl. Entwicklung, S. 150, der als Minimalgrenze 1 Hektar annimmt; es wird aber wohl auch Soldaten gegeben haben, die nur das letzte Jahr mitgemacht haben, und deshalb nehme ich im Texte ein halbes Hektar als Minimum an.

⁷⁾ Livius, 42, 4, § 3: Eodem anno, cum agri Ligustini et Gallici, quod bello captum erat, aliquantum vacaret, senatus consultum est factum, ut is ager divideretur. § 4. Decemvros in eam rem ex senatus consulto creavit C. Atilius praetor . . . Diviserunt dena iugera in singulos, sociis nominis Latini terna. — Kromayer, Die wirtschaftliche Entwicklung, S. 150.

Zeit Trajans stammende¹⁾ Urkunden, die einen genauen Einblick in die Bodenverteilung zu Velleia und Placentia im Norden und zu Benevent im Süden Italiens gewähren. Sie sind um so wertvoller, als man auf Grund ihrer Angaben die Besitzverhältnisse zur Zeit der Republik mit denen zu Trajans Zeiten vergleichen kann. In beiden Fällen haben wir es mit guten natürlichen Durchschnittsverhältnissen zu tun. Beide Ortschaften liegen „in fruchtbarem Hügellande, zum Teil sogar in der Ebene und an Verkehrswegen“²⁾. Aus den genannten Urkunden kann man mit Sicherheit feststellen, daß dort in republikanischer Zeit ein Großbesitz gar nicht vorhanden war und daß sich das ganze Land im Eigentum einer stattlichen Anzahl von Klein- und Mittelbauern befand³⁾. Ganz anders sah es zu Trajans Zeiten aus. Die Zahl der Grundeigentümer war fast um die Hälfte gesunken, während sich auf Kosten des Kleinbesitzes ein mächtiger Großgrundbesitz entwickelt hat⁴⁾. Die für Rom so verhängnisvoll gewordene Aufsaugung des kleinen und mittleren Bauerntums durch den Großgrundbesitz (*latifundia perdidere Italiam*⁵⁾) vollzog sich an der Peripherie Italiens (Velleia, Benevent) bedeutend langsamer als in Latium. Daher haben wir diesen Übergang, den wir in Velleia und Benevent für Trajans Zeiten feststellen können, für Rom selbst schon für das zweite vorchristliche Jahrhundert anzunehmen, wofür uns die *gracchische Agrarreformgesetzgebung* sowie die große Anzahl der auf staatliche Spenden angewiesenen Großstadtproletarier einen sicheren Anhaltspunkt geben. Aus der Tendenz der Kolonisierung, kleine, nur einige iugera umfassende Bauernhufen zu schaffen und dadurch einen gesunden Bauernstand großzuziehen, ersehen wir deutlich

¹⁾ C. J. L. IX, 1455; XI, 1147: vgl. dazu außer Kromayer, Die wirtschaftl. Entwicklung, auch Mommsen, Die italische Bodenverteilung und die Alimentartafeln, *Histor. Schriften* II, S. 123—145 (*Hermes*, 19, 1884, S. 393—416).

²⁾ Kromayer, Die wirtschaftliche Entwicklung, S. 147 f.

³⁾ Zu Velleia und Placentia ist das Land auf 89, zu Benevent auf 92 Bauern aufgeteilt. Darunter gibt es in Velleia 58 Kleinbauern, die nur bis zu fünf Hektar, 23 solche, die von 5 bis zu 10 Hektar besitzen; nur 8 überschreiten diese Grenze, von denen der größte etwa 26 Hektar hat. Ähnlich ist die Lage in Benevent: 57 Bauern besitzen bis zu 5 Hektar Land, 27 bis zu 10 Hektar und nur 8 darüber, die vier reichsten unter ihnen haben je 14 Hektar inne. — Die Tabelle bei Kromayer, Die wirtschaftliche Entwicklung, S. 147.

⁴⁾ Sowohl in Velleia und Placentia als auch in Benevent beträgt zu Trajans Zeiten die Zahl der Grundeigentümer fünfzig. Von diesen haben in Velleia und Placentia 6 Kleinbauern bis zu 5 Hektar, 19 bis zu 10 Hektar und 25 mehr als 10 Hektar, die 5 Reichsten haben 135, 120, 62, 52 und 51 Hektar. Nicht ganz so einschneidend war die Änderung in den Besitzverhältnissen Benevents. Hier besitzen 17 Kleinbauern bis zu 5 Hektar, 18 bis zu 10 Hektar und 15 überschreiten diese Grenze; die drei Reichsten haben 63, 56, 25 Hektar inne. Die Tabelle bei Kromayer, S. 164 f.

⁵⁾ Plinius, *Nat. hist.*, 18, 35.

das Ideal, das den Staatsmännern Roms vorschwebte. Es sollten Güter entstehen in der Größe, wie sie die Vorfahren hatten, um dadurch die Restaurierung des einstigen gesunden Klein- und Mittelbauerntums in die Wege zu leiten. Die Erörterung der Gründe, weshalb diese Reformen im Sande verliefen, gehört nicht in den Rahmen dieser Abhandlung.

Auch sonst begegnen wir in der Folgezeit überall den Lobpreisungen der Landwirtschaft. Am höchsten hat man nach Cato¹⁾ das Lob bewertet, wenn man als guter Landmann gepriesen wurde. Alle Tugenden: Frömmigkeit, Ausdauer und Tapferkeit sah man im Ackerbau verkörpert¹⁾, und ohne Bedenken hat man in der älteren Periode den Bauern den Vorrang vor den Städtern eingeräumt²⁾. Die Landwirtschaft wurde über alle anderen Berufe, Kriegsdienst, Seefahrt, Handel, Zinswucher, Anwaltschaft, Klientendienst erhoben³⁾. Ohne sie erschien der Fortbestand des Staates undenkbar⁴⁾, ihr Erwerb als der ehrlichste⁵⁾, die größten Staatsmänner und Feldherren sind aus ihren Reihen hervorgegangen⁶⁾.

Daß das alte Römertum in der Landwirtschaft wurzelte, zeigte sich auch auf dem Gebiete des öffentlichen und des Privatrechts. Schon die timokratische Servianische Verfassung⁷⁾ unterschied zwischen den bodenbesitzenden *adsidui*⁸⁾ (*locupletes*) und den *capite censi*, den *proletarii*.

¹⁾ Cato, *de agri cultura liber*, 1, § 2: (*Maiores nostri*) . . . *Et virum bonum quom laudabant, ita laudabant, bonum agricolam bonumque colonum. Amplissime laudari existimabatur qui ita laudabatur.* § 4. *At ex agricolis et viri fortissimi et milites strenuissimi gignuntur, maxime pius quaestus stabilissimusque consequitur minimeque invidiosus, minimeque male cogitantes sunt qui in eo studio occupati sunt.* — Vgl. Cicero, *Cato Maior de sen.*, 15, 51 — 16, 57.

²⁾ Varro, *Rerum rusticarum*, 2, 1, 1: *Viri magni nostri maiores non sine causa praeponabant rusticos Romanos urbanis;* cfr. Varro, *Rer. rust.* 3, 1—5.

³⁾ Columella, *Rei rusticae lib. I, praef.* § 10: Friedländer, *Sittengeschichte*, I, S. 214.

⁴⁾ Columella, *Rei rusticae lib. I, praef.* § 6: . . . *nam sine ludicris artibus atque etiam sine caudicibus olim satis felices fuerunt futuraeque sunt urbes; at sine agrorum cultoribus nec consistere mortalis nec ali posse manifestum est.* — Allen Zitatens aus Columella liegt die Ausgabe von V. Lundström, Upsala 1917, zugrunde.

⁵⁾ Columella, *eod.* §§ 7—8; § 10: *superest . . . unum genus liberale et ingenium rei familiaris augendae, quod ex agricolatione contingit.*

⁶⁾ Columella, *eod.* § 13 . . . *Quintius Cincinnatus . . . (vgl. Anm. 22 dieses Paragraphen) . . . § 14 itemque C. Fabricius et Curius Dentatus . . . cum tot alios Romani generis intuear memorabiles duces hoc semper duplici studio floruisse uel defendendi uel colendi patrios quaesitosue finis, intellego luxuriae et deliciis nostris pristinum morem uirilemque uitam displicuisse;* cfr. *eodem.* § 19.

⁷⁾ Mommsen, *Römische Geschichte*, I, 11. Aufl., S. 89: Daß die Zensusätze für die fünf Klassen ursprünglich nach Grundbesitz und nicht in Geld normiert waren, kann man als sicher annehmen; vgl. Kübler, S. 12; Beloch, *Römische Geschichte*, S. 223.

⁸⁾ Zu diesem Worte vgl. Kubitschek, in Pauly-Wissowa, erster Halbband, s. v., S. 426; Voigt, *Die zwölf Tafeln*, I, S. 18.

Diese soziale Abstufung lebt noch in den zwölf Tafeln¹⁾ fort. Auch in der späteren republikanischen Periode blieb das Bodeneigentum für die Nobilität die einzig zulässige Kapitalanlage. Dieser Grundsatz wurde durch die lex Claudia gesichert (kurz vor 218)²⁾, die der Nobilität die Teilnahme an ertragsreichen Seehandelsgeschäften verbot³⁾ und außer dem agrarischen jedem anderen Kapitalismus den Stempel der gesellschaftlichen Anrüchigkeit aufdrückte⁴⁾. In diesem Zusammenhange versteht man leicht, daß bis auf den jüngeren Gracchus die plutokratische Ritterschaft bei der Aufstellung der Geschworenenliste (*album iudicum*) nicht in Betracht kam und ihr auch sonst die Ämterlaufbahn verschlossen blieb.

Auch auf dem Gebiete des Privatlebens lassen sich unverkennbare Spuren des bäuerlichen Charakters der zivilrechtlichen Periode feststellen. Das damalige römische Haus hat seinen Mittelpunkt im schwarzen Gemach, dem nach dem rauchgeschwärzten Balkengerüst so benannten *atrium*⁵⁾. Am Herde hat der Bauer seinen Herrersitz und von hier aus übt er auch gegen erwachsene Söhne seine „*auctoritas*“ und sein „*imperium*“⁶⁾ aus. Ureinlich und schlicht sieht es in jeder Hinsicht im alten römischen Hause aus. An demselben Tisch nimmt noch der *pater familias* zusammen mit seinen Sklaven die Mahlzeiten ein⁷⁾. Luxus ist in dieser Zeit noch unbekannt. Man braucht wiederum nur an einzelne geschichtliche Anekdoten, die auf uns gekommen sind, zu erinnern. Um im Jahre 343 v. Chr. die in Rom weilende karthagische Gesandtschaft

¹⁾ Tab. I, 4 (Bruns, I, S. 18): *Assiduo vindex assiduus esto; proletario iam civi quis volet vindex esto.* — Der Standpunkt einer wirtschaftlichen Ebenbürtigkeit!

²⁾ Mommsen, Römische Geschichte, I, 844, 853, II, 109; Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, S. 249 f.

³⁾ Livius, 21, 63, § 1: *Consulum designatorum alter Flaminius . . . § 3. invisus etiam patribus ob novam legem, quam Q. Claudius tribunus plebis adversus senatum atque uno patrum adiuvante C. Flaminius tulerat, ne quis senator cuive senator pater fuisset maritimam navem, quae plus quam trecentarum amphorarum esset, haberet. § 4. Id satis habitum ad fructus ex agris vectandos; quaestus omnis patribus indecorus visus . . .* — Mommsen, Römische Geschichte, I, S. 853, Anm., hält für wahrscheinlich, daß das zitierte Gesetz einen weiter reichenden Inhalt hatte und daß es sich nicht bloß auf die Seeschiffe bezog.

⁴⁾ Für die Umgehungsversuche vergleiche das Vorgehen des Brutus, des späteren Verschwörers und Mörders Cäsars, der sich der beiden Ritter M. Scaplius und P. Matinius bediente, um sein Geld auf Cypern gegen den Wucherzins von 48% unterbringen zu können (Cicero, ad Att. V, 21; VI, 1—3).

⁵⁾ Kromayer, Staat und Gesellschaft, S. 252; Mommsen, Röm. Gesch. 11. Aufl., I, S. 22.

⁶⁾ Cicero, Cato Maior, 11, 37: *Quattuor robustos filios, quinque filias, tantam domum, tantas clientelas Appius regebat et caecus et senex; . . . tenebat non modo auctoritatem, sed etiam imperium in suos, . . . vigebat in illa domo patrius mos et disciplina.*

⁷⁾ Cfr. Plutarch, Cato Maior, c. 3; vgl. Kromayer, Staat und Gesellschaft, S. 252.

bewirten zu können, borgte man sich hierzu gegenseitig die Silbergeräte für die Tafel¹⁾, im Jahre 276 v. Chr. wurde der Konsular P. Cornelius Rufinus wegen des Besitzes eines zehn Pfund schweren silbernen Tischgerätes von den Zensoren aus dem Senate ausgestoßen²⁾. Noch unter Catos Zensur (184 v. Chr.) konnte der letzte Versuch unternommen werden, dem fortschreitenden Luxus entgegenzutreten³⁾.

Daraus ersehen wir deutlich, daß in der alten römischen Bauernfamilie Reichtum nicht hauste, sondern daß man sich vielmehr genötigt sah, die Familienautarkie bis zum äußersten zu steigern, denn der Bauer konnte kaum Beträchtliches an Getreideüberschüssen, Vieh oder Holz⁴⁾ an den *nundinae*⁵⁾ nach Rom auf den Markt bringen und es daselbst verkaufen. Darum mußten Nahrung und Kleider zu Hause hergestellt werden. Diese tatsächliche Abgeschlossenheit ging dem römischen Bauern auch ins Fleisch und Blut über. Wie sein Haus schon so gebaut war, daß es sich nur nach innen öffnete und der Außenwelt keinen Einblick in dasselbe gewährte, so stand der Römer dieser Zeit allen Beziehungen mit Nachbarn nur mißtrauisch gegenüber⁶⁾.

Nur mit wenigen⁷⁾ trat er in ein näheres freundschaftliches Verhältnis, um sich bei Feldarbeiten gegenseitig auszuhelfen. Streng und energisch lehnte er auch das Borgen ab⁸⁾, die Seltenheit der Darlehen und die daraus sich ergebende gesteigerte Entrüstung über ihre eventuelle Nichterfüllung lassen auch das rücksichtslose Vollstreckungsverfahren dieser Zeit viel verständlicher erscheinen.

Es war notwendig, sich bei der Charakterisierung des Bauernstandes etwas länger aufzuhalten, da die Bauernmentalität als die des Hauptstandes im zivilrechtlichen Rom auch für die Gestaltung der Rechtsnormen von entscheidendem Einfluß gewesen ist.

¹⁾ Plinius, *Historia naturalis*, 33, 11, 143; Voigt, Die XII Tafeln, I, Leipzig 1883, S. 24, A. 24; Voigt, *Ius naturale*, III, Leipzig 1875, S. 213 und A. 296.

²⁾ Marquardt-Mommsen, *Handbuch der römischen Altertümer*, V, 2, S. 169; weitere Belegstellen bei Voigt, Die XII Tafeln, I, S. 24, A. 24.

³⁾ Plutarch, Cato Maior, c. 18; Marquardt-Mommsen, *Handbuch der röm. Altertümer*, V, 2, S. 169.

⁴⁾ Vgl. dazu De Francisci, *Storia del diritto romano*, I, S. 105.

⁵⁾ Columella, *Rei rusticae*, lib. I. praef. § 18: *Nundinarum etiam conuentus manifestum est propterea usurpatos, ut nonis tantummodo diebus urbanae res agerentur, reliquis administrarentur rusticae. Illis enim temporibus, ut ante iam diximus, proceres ciuitatis in agris morabantur . . .*

⁶⁾ Vgl. Plautus, *Rudens*, v. 581: *Tibi ego numquam quicquam credam nisi si accepto pignore.* — Cato, *de agri cultura*, 5, 3—4, § 1: *Haec erunt vilici officia . . . § 3 . . . Iniusu domini credat nemini; quod dominus crediderit exigat. Satui semen, cibaria, far, vinum, oleum mutuuum dederit nemini.*

⁷⁾ Cato, *ibidem*: *Duas aut tres familias habeat, unde utenda roget et quibus det, praeterea nemini.*

⁸⁾ Siehe oben A. 6.

Wie war die Lage anderer Stände? Die einzelnen Gewerbe steckten in dieser Zeit noch völlig in den Kinderschuhen. Sie konnten sich angesichts der wirtschaftlichen Abgeschlossenheit und der überaus bescheidenen Lebensweise der römischen Familie in dieser Zeit nicht über die bescheidensten Anfänge hinaus entwickeln. So kann man verstehen, daß unter den acht angeblich von Numa ¹⁾ errichteten Gewerbebezünften nur drei für die Bedürfnisse des Einzelnen, drei für die des Hauses und nur zwei für den Luxus tätig waren ²⁾. Es zeigt auch die allgemeine Kultur- und Wirtschaftsgeschichte Roms, wie sich die meisten Gewerbe, wie Bäcker ³⁾, Schlächter ⁴⁾, Köche ⁵⁾ erst vom zweiten Jahrhundert v. Chr. weiter zu einer Selbständigkeit durchzuringen vermochten. Wenn Plautus ⁶⁾ die Dame seiner Zeit nicht weniger als vierundzwanzig Handwerker in Bewegung setzen läßt, so wird er diese Schilderung wohl eher dem griechischen Original des Menander ⁷⁾, als den römischen Verhältnissen des ausgehenden dritten vorchristlichen Jahrhunderts entnommen haben. Das Zerstampfen oder Mahlen von Getreide, das Brotbacken, das Weben und Spinnen, die Herstellung von Kleidern ⁸⁾ mußte in der Periode, als die römische Familie als eine in sich fast völlig abgeschlossene Wirtschaftszelle keine Tauschobjekte abgeben konnte, daheim bewerkstelligt werden. Daher ein so geringes Bedürfnis nach dem Handwerk und so schlechte Entwicklungsmöglichkeiten für dasselbe.

Daß es in der zivilrechtlichen Periode in Rom an einem entwickelten Handel fehlte, erklärt sich schon aus seinen natürlichen wirtschaftlichen Vorbedingungen. Ohne Erze und Marmor hätte Latium lediglich in den Agrarprodukten einen Handelsartikel haben können. Angesichts des kleinen Umfanges der Bauerngüter, der sich aus der dichten Besiedlung notwendig ergab, wurde das Getreide größtenteils zu Hause verbraucht und kam für den Handel in bedeutenderem Maße nicht in Betracht. Die Produktion von Wein und Öl spielte jedoch in dieser Zeit noch keine nennenswerte Rolle.

¹⁾ Plutarch, Numa Pompilius, c. 17.

²⁾ Plutarch, Numa Pompilius, c. 17; Kromayer, Staat und Gesellschaft der Römer, S. 254.

³⁾ Blümner, o. c., S. 162; vgl. Plinius, Naturalis historia, 18, 107: Pistores Romae non fuerunt ad Persicum usque bellum ab urbe condita super DLXXX (= 174 v. Chr.) Ipsi panem faciebant Quirites, mulierumque id opus maxime erat, sicut etiam nunc in plurimis gentium.

⁴⁾ Blümner, o. c., S. 193 f.

⁵⁾ Blümner, o. c., S. 192; cfr. auch Plinius, Nat. hist., 18, 108.

⁶⁾ Plautus, Aulularia, v. 505 ff.; Kromayer, Staat und Gesellschaft der Römer, S. 279.

⁷⁾ Vgl. Kroll-Skutsch, Teuffels Geschichte der römischen Literatur, 6. Aufl., I. Band, Leipzig-Berlin 1916, S. 170.

⁸⁾ Dazu Blümner, o. c., S. 255.

In Latium war der Weinbau ursprünglich wohl wenig verbreitet ¹⁾. Am deutlichsten zeigen dies die alten Kultusvorschriften, die nirgends Wein-, sondern nur Milchspenden anordnen ²⁾. Auch war der Wein von Latium, ursprünglich „temetum“ genannt, noch zu Pyrrhus' Zeiten sehr minderwertig, was deutlich eine bei Plinius erhaltene ironische Bemerkung des Kineas zeigt ³⁾.

Ebenso wurde der Ölbau erst später von den Griechen übernommen und erreichte im ersten nachchristlichen Jahrhundert seine Blütezeit ⁴⁾.

Der Salzhandel, welcher schon frühzeitig vom römischen Staate monopolisiert worden war, kam infolgedessen gleichfalls für den Privathandel nicht in Betracht.

Daraus folgt, daß in dieser Zeit der Handels- und Tauschverkehr auf den bescheidensten Umfang beschränkt bleiben mußte. So kann man es auch begreifen, wie Rom noch im Jahre 348 v. Chr. ⁵⁾ mit Karthago einen Handelsvertrag eingehen konnte, worin es auf eine Stellung als Seemacht völlig verzichtete ⁶⁾. Die untergeordnete Bedeutung des Handels bei den Römern bezeugt auch die Tatsache, daß Ostia, der natürliche Hafen von Rom, erst vom Kaiser Claudius dazu ausgebaut wurde.

Damit steht im Einklang auch die späte Entwicklung des Münzwesens, worin Rom hinter den anderen Kulturvölkern des Altertums bedeutend zurückblieb ⁷⁾. Zuerst gab es in Rom bloß Kupfergeld, welches zunächst gegossen und nicht geprägt wurde. Die erste Prägestätte für Silber wurde in Rom im Jahre 269 v. Chr. eingerichtet, die Goldprägung vermochte sich jedoch erst seit Cäsar und Augustus endgültig zu be-

¹⁾ Blümner, o. c., S. 196, cfr. Helbig, Die Italiker in der Poebene, Leipzig 1879, bes. S. 18, 71, 78.

²⁾ Plinius, Naturalis historia 14, 12: Romulum lacte, non vino libasse indicio sunt sacra ab eo instituta quae hodie custodiunt morem. — Dionys. Halikarnass., Rom. Archaiol., 4, 49, 763: καὶ φέρουσιν εἰς αὐτὰς (sc. zur Feier der Feriae Latinae) αἱ μετέχουσαι τῶν ἱερῶν πόλεις, αἱ μὲν ἄρνας, αἱ δὲ τυρούς, αἱ δὲ γάλακτός τι μέτρον, αἱ δὲ ὁμοίον τι τοῦτοις πελάου γένος, . . . aber keinen Wein. — Weitere Quellenbelege bei Helbig, o. c., S. 71.

³⁾ Plinius, Nat. hist., 14, 3: miratumque altitudinem earum (sc. vitium). Ariciae ferunt legatum regis Pyrrhi. Cineam facete luisse in austeriorem gustum vini, merito matrem eius pendere in tam alta cruce.

⁴⁾ Blümner, o. c., S. 572.

⁵⁾ Den Text des Vertrages hat uns Polybios, 3, 22 erhalten. — Trotz der Einwendungen von Frank, o. c., S. 30, der den Abschluß des Vertrages ins Jahr 509/8 v. Chr. hinaufrücken will, halte ich die Mommsen'sche Datierung (Röm. Geschichte I, S. 416) für richtiger; vgl. dazu auch Beloch, Römische Geschichte, S. 308 ff.

⁶⁾ Den Römern blieben offen nur Karthago und das von diesem beherrschte Sizilien; cfr. Mommsen, l. c., und Frank, l. c.

⁷⁾ Vgl. dazu Walter Otto, Kulturgeschichte des Altertums, S. 134; die Parallele mit Griechenland bei Kromayer, Staat und Gesellschaft der Römer, S. 255.

haupten¹⁾. Das so späte Aufkommen von Geld erklärt sich eben aus der Tatsache, daß möglichst alle Bedürfnisse im Kreise der Familie ihre Befriedigung fanden und daß man daher mangels eines regeren Tauschhandels so lange ohne einen ständigen Wertmesser — das Geld — auskommen konnte.

Aus diesen Ausführungen ersehen wir, daß die zivilrechtliche Periode das Zeitalter der geschlossenen Haus- und Familienwirtschaft war, wo das Römertum, in den einzelnen Familien rechtlich und wirtschaftlich möglichst abgeschlossen, mit der Landwirtschaft noch aufs engste verwachsen war. Seine ganze Gedankenwelt, wie sie uns in der Mythologie, Religion und Geschichte entgegentritt, ist noch tief im Ackerbau verankert²⁾. Was liegt nun der Auffassung dieser Zeit näher als die naiv-sinnliche materialistische Auffassung der hereditas in dem vorhin erwähnten Sinne.

Aus den dargelegten Wirtschaftszuständen ergibt sich ferner, daß bei der Seltenheit von Wirtschaftsbeziehungen vor allem die auf längere Dauer abgeschlossenen obligatorischen Rechtsgeschäfte wohl nicht gang und gäbe waren und darum auch ihre Unvererblichkeit, die eine notwendige Folgerung des sächlichen Charakters der hereditas ist, keinen großen Schaden stiften konnte. Dieses negative Moment verdient schon hier hervorgehoben zu werden, ausführlicher wird davon noch im folgenden Paragraphen die Rede sein.

Rechtsgeschichtliche, etymologische und wirtschaftliche Erwägungen lassen für die zivile Periode die hereditas als Inbegriff der körperlichen Nachlaßgegenstände in dem von Lenel entwickelten Sinne als die einzig mögliche Vorstellung erscheinen. Schon diese Erwägung führt auf die Unvererblichkeit der Obligation. Sie noch aus dem höchst persönlichen Charakter dieser wahrscheinlich zu machen, wird die Aufgabe der folgenden Ausführungen sein.

§ 4.

Die passive Unvererblichkeit der Obligationen nach ius civile.

I. Der streng persönliche Charakter der römischen Obligation.

Der streng persönliche Charakter gehört zum Wesen der römischen und ganz besonders der zivilrechtlichen Obligation³⁾. Diese ist ein iuris

¹⁾ Kübler, S. 352 ff.; für die Goldprägung: H. Dessau, Geschichte der römischen Kaiserzeit, I. Band, Berlin 1924, S. 203 ff.

²⁾ Vgl. die Charakterisierung Kromayers, Staat und Gesellschaft, S. 277: eine Bauernschaft, geführt von einem Bauernadel, in urwüchsig-unentwickelten Verhältnissen.

³⁾ Für den Unterschied zwischen der zivilen und der prätorischen Obligation vgl. oben S. 11, A. 3.

vinculum, das den Schuldner, ein auf seine persönliche Unabhängigkeit stolz pochendes Rechtssubjekt¹⁾, an eine andere Person knüpft. Dies bringen die alten Ausdrücke sowohl für die Begründung der Obligation: nectere, nexum, adstringere, obligare (von ligare), als auch für deren Aufhebung: solvere, liberare²⁾ klar zum Ausdruck. Es ist eine rechtliche Verbundenheit, Unterordnung einer freien Person unter die andere, die infolge der bis zur Grausamkeit konsequenten römischen Logik sogar zur Tötung oder zum Verkauf in die Sklaverei führen kann. Derartig strenge Rechtsbeziehungen können jedoch nur einen seltenen Ausnahmefall gegenüber dem Normalzustand der vollen gegenseitigen Unabhängigkeit darstellen, die durch die Tatsache und das Bewußtsein der wirtschaftlichen Autarkie nur noch gestärkt worden sein dürfte. Darum wurden aber auch die diesen Ausnahmezustand regelnden Rechtsnormen möglichst einschränkend ausgebaut und interpretiert. Die Obligation ist das rechtliche Band, das die am Rechtsgeschäfte beteiligten Personen umschlingt, aber auch nur diese und niemand anderen. Mit allem Eifer trachtet man danach, einen Personenwechsel, sei es zu kumulativen, sei es zu privativen Zwecken, fernzuhalten. So begreift man die Abneigung gegen die Zession, die sich erst in der klassischen Periode mit der Ausbildung der actio utilis allmählich durchzusetzen vermochte³⁾; deshalb konnte sich die Stellvertretung selbst im justinianischen Recht — den Fall des Besitzerwerbes ausgenommen — nicht einbürgern⁴⁾; daher blieb den Verträgen zugunsten Dritter sowie der Schuldübernahme im römischen Recht der Eintritt immer verwehrt. Überhaupt ist es bei der Behandlung unseres Problems vom Interesse, auf die Abneigung der Römer gegen den derivativen Erwerb hinzuweisen. Wie Rabel⁵⁾ und De Francisci⁶⁾ dargetan haben, faßte das quiritische Römertum auch die Übertragung des Eigentums an einer Sache nicht als vertragsmäßig derivativen Erwerb auf, sondern spaltete den Vorgang in ein Aufgeben des Rechts des Veräußerers an der Sache und ein einseitiges Ergreifen des Erwerbers.

¹⁾ Vgl. das Verbot der Geißelung sowie das Provokationsrecht an die Komitien.

²⁾ Cfr. Bonfante, Istituzioni, 8. Aufl., S. 360; Koschaker, in SZ. 37, 353 ff.

³⁾ Girard-Mayr, S. 800, A. 2; Ferrini, Manuale di pandette, 3. ed., Milano 1908, S. 597. — Daran ändert natürlich gar nichts das Bestreben, den gleichen wirtschaftlichen Erfolg auf Umwegen (delegatio nominis, mandatum in rem suam) zu erreichen; denn die alte Obligation bestand rechtlich zwischen den Erstkontrahenten fort, bzw. sie wurde bei der delegatio nominis durch eine neue abgelöst.

⁴⁾ Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, Leipzig 1902; Mitteis, RPR., I, § 13.

⁵⁾ Rabel, Nachgeformte Rechtsgeschäfte in SZ. 27, 290 ff., insbesondere S. 320.

⁶⁾ Translatio domini, Milano 1921 und Il trasferimento della proprietà, Padova 1924. Vgl. dazu O. Lenel, Interpolationenjagd in SZ. 45, 30, und die Erwiderungen von Albertario, A proposito di „Interpolationenjagd“ in Pubbl. della Università cattolica del Sacro cuore, VII, 1, Milano 1925.

Das Schweigen des bisherigen Eigentümers auf die — im Momente des Aussprechens noch — unrichtige vindicatio bzw. nuncupatio wurde als Verschweigen seines Einspruchsrechtes (contravindicatio) und damit als Aufgeben des Eigentums angesehen.

War man einmal schon auf dem sachenrechtlichen Gebiete abgeneigt, den derivativen Erwerb anzunehmen, so leuchtet es ein, daß man — zum mindesten in der Zeit des ius civile — sich um so weniger zu einer derartigen Auffassung bezüglich der nur zwischen Personen bestehenden Obligationen entschlossen haben wird.

Den ausgesprochen persönlichen Charakter der altrömischen Obligation können wir auch anderwärts verfolgen. In dieser Zeit zog man persönliche Sicherheiten den dinglichen weitaus vor. Mit einigen Einschränkungen ist es übrigens auch später so geblieben, womit letzten Endes die unvollendete Gestalt des römischen Pfandrechtes zusammenhängt. Auch gibt es in dieser Zeit noch keinen Hypothekarkredit¹⁾.

Besonders wichtig ist es gerade für unser Problem, daß wir nirgends Spuren einer Familienhaftung²⁾ in dem Sinne begegnen, daß die ganze persönliche familia des Schuldners für seine Schulden haftbar gewesen wäre. Im Gegensatz zum griechischen³⁾, zumindest dem attischen Recht bei Staatsforderungen (Miltiades-Kimon), können wir für das römische Recht das Bestehen einer Familienhaftung entschieden verneinen⁴⁾. Die Historiker, denen es bei ihrer Darstellung sehr darauf ankam, die Strenge und Grausamkeit des alten Schuldrechtes in grellen Farben zu schildern, hätten einen Fall, wo man auch Frau und Kinder des zahlungsunfähigen, exequierten Schuldners in die Sklaverei trans Tiberim verkauft oder sie gar getötet hätte, sicher nicht übergangen; auch hätten ihre an anderen ähnlichen Details immerhin reich fließenden Quellen solche Vorfälle nicht unerwähnt gelassen. Gleichwohl finden sich nirgends irgendwelche Spuren davon⁵⁾. Das Zwölftafelrecht hat bei den strengen Vollstreckungsnormen

¹⁾ Mommsen, Römische Geschichte, 11. Aufl., I, S. 157. Vgl. im Gegensatz dazu das solonische Athen, wo gerade die Grundhypotheke zur Gesetzgebung drängten.

²⁾ Cfr. Mitteis, RPR., I, S. 95 und A. 7 und S. 98 f.

³⁾ Weiß, Griechisches Privatrecht, I, Allgemeine Lehren, Leipzig 1923, S. 499 f. und A. 9.

⁴⁾ Neben der besprochenen Stelle von Livius scheint auch bei Plautus (Poenulus, 1, 1, 186) der Gedanke der Haftung der familia sowie deren addictio ausgesprochen zu sein. Der Sklave Milphio erklärt seinem Herrn Agorastocles, nachdem er ihm den ganzen Plan auseinandergesetzt hatte: (praetor) „addicet totam familiam tibi“. Hier hat jedoch das Wort familia den Sinn des Vermögens, das allerdings hauptsächlich aus den im Eigentum des leno stehenden Sklavinnen besteht. Cfr. dazu daselbst v. 168: Totum lenonem tibi cum tota familia dabo hodie donum. Außerdem ist die Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit zu erwägen, daß Plautus nur das griechische Original übersetzte und den Satz nicht selbst einfügte.

⁵⁾ Vgl. die bei Kleineidam, Personalexekution der Zwölftafeln, Breslau 1904, angeführten Belege aus Livius (S. 48 ff.) und Dionysius Halicarnassensis (S. 62).

(bezüglich der in ius ductio, des Hausarrestes, des in partes secare¹⁾ überall nur die Person des Schuldners im Auge, ohne irgendwo seiner persönlichen familia Erwähnung zu tun. Die einzige Stelle, die von Mitteis²⁾ als Vererbung der Nexumhaftung auf die Deszendenz aufgefaßt wurde, die jedoch eine solche bei richtiger Deutung — wie es schon Kooiman³⁾ dargetan hat — gar nicht enthält, ist bei Livius (8, 28, 2)⁴⁾ zu finden. Hier werden die Vorgänge, die den Anlaß zum pötelischen Gesetz gaben, geschildert und berichtet, daß C. Publilius wegen der Schulden seines Vaters (cum) „nexum se dedisset“⁵⁾. Diese Darstellung legt aber eher gegen die Schuldenvererbung Zeugnis ab; denn das „nexum se dedere“ seitens des C. Publilius zeigt eben, daß ein solcher Akt notwendig war, um in der Person des Sohnes die Haftung entstehen zu lassen. War aber dieser Akt notwendig, so geht daraus hervor, daß die Schulden sich eben nicht ipso iure vererbten.

Am deutlichsten kommt der persönliche Charakter der zivilrechtlichen Obligation bzw. der entsprechenden actio in personam im Vollstreckungsverfahren zur Geltung. Im Gegensatz zur griechischen Exekution⁶⁾ blieb die römische bis spät in die Kaiserzeit vorwiegend eine Personal-exekution, ja sie erhielt sich als solche zum Teil noch über Justinian hinaus⁷⁾. In der zivilrechtlichen, somit in der Legisaktionenperiode erfolgte die Vollstreckung — den Fall der fast nur öffentlich- und sakralrechtlichen und daher für uns unwichtigen pignoris capio ausgenommen — im Wege der die Person erfassenden manus iniectio. Es war das Zeitalter, als man zwischen der kontraktlichen und deliktischen Obligation noch nicht unterschied⁸⁾, vielmehr jede Obligation einen

¹⁾ Bruns, Fontes I, S. 20 f., tab. III, 1—6.

²⁾ Über das Nexum, in SZ. 22, S. 96 ff., bes. S. 109 f.

³⁾ Fragmenta iuris Quiritium, Amsterdam 1914, S. 174 ff.

⁴⁾ Livius, 8, 28, 1—2: Eo anno plebei Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt; mutatum autem ius ob unius faeneratoris simul libidinem simul crudelitatem insignem. L. Papirius is fuit, cui cum C. Publilius ob aes alienum paternum nexum se dedisset . . .

⁵⁾ Auf das Nexum kann hier nicht näher eingegangen werden. Es sei auf die Literatur bei Costa, Storia, 2. Aufl., S. 306 f., A. 2, verwiesen.

⁶⁾ E. Weiß, Griechisches Privatrecht, I, S. 454: Demnach tritt im geschichtlichen Verlauf des griechischen Rechtes ein Bestreben hervor, die persönliche Haftung zurücktreten zu lassen, besonders wenn man die eben geschilderten Erscheinungen damit zusammenhält, daß in einzelnen Stadtrechten die persönliche Haftung überhaupt ausgeschlossen wird.

⁷⁾ v. Woeß, Personalexekution und cessio bonorum im römischen Reichsrecht, in SZ. 43, S. 485—529; bes. S. 492: Die Personalexekution hat sich also bis in die späteste Zeit erhalten; ja sie scheint . . . trotz cessio bonorum und Vermögensexekution zu aller Zeit als die normale Vollstreckungsart betrachtet worden zu sein. — Wenger, ZP., S. 222 ff., 301 f.

⁸⁾ Siber, Geschichtliches und Rechtsvergleichendes, S. 13.



deliktischen Anstrich¹⁾ hatte. Daraus erklären sich auch zum Teil die grausamen Bestimmungen der *in ius ductio*, der Haft beim Gläubiger, des Verkaufes *trans Tiberim*, des *in partes secare*. Darum richtet sich auch der verhängnisvolle Spruch des betreibenden Gläubigers²⁾ nur gegen die Person des Schuldners, ohne von seinen Angehörigen oder von seinem Vermögen eine Erwähnung zu tun:

Quod tu mihi iudicatus (damnatus) es sestertium X milia,
quandoc non solvist, ob eam rem ego tibi sestertium X milium
manum inicio.

Gleichwie dem *in ius* vortragenden Gläubiger (Kläger) das Betreten des Hauses des Schuldners (Beklagten) verwehrt bleibt³⁾, so führt ihn in dieser Zeit kein Weg zu dem Vermögen des Schuldners über dessen Person hinweg.

Starb nun der Schuldner, so war niemand da, gegen den der Gläubiger das Vollstreckungsverfahren hätte geltend machen können. Denn die obligationenrechtliche *actio* richtete sich nur gegen die Person des Schuldners und sonst gegen niemanden, es sei denn, daß ein weiteres Rechtssubjekt, z. B. der Bürge oder der überlebende Sohn sich eigens dazu verpflichtet hatte. Das eine blieb dem Gläubiger allerdings unbenommen: die Exekution vor der Beerdigung bzw. Verbrennung des schuldnerischen Leichnams gegen diesen vorzunehmen und so die auch in zahlreichen anderen Rechtsordnungen vorkommende Leichnamshaftung geltend zu machen. Wie unten näher auseinanderzusetzen sein wird, sind wir berechtigt, die Leichnamshaftung, deren Geltendmachung noch im spätesten römischen Recht wiederholt ausdrücklich verboten werden mußte⁴⁾, auch für das älteste römische Recht anzunehmen. Das rechtliche Schicksal des Nachlasses bestimmte sich, falls gegen den Leichnam des Erblassers die *manus iniectio* durchgeführt wurde, nach denselben Normen, die für das Vermögen eines Schuldners maßgebend waren, gegen den die *manus iniectio* bei seinen Lebzeiten durchgeführt wurde. Darum muß auch diese Frage hier gestreift werden. Sie ist ausführlicher schon von Karlowa⁵⁾ und Kleineidam⁶⁾ behandelt worden.

Daß das Schicksal des Vermögens des Schuldners nach Durchführung

¹⁾ Wenger, Das Recht der Griechen und Römer, S. 236: Alle Nichterfüllung des Vertrages erscheint naiver Rechtsauffassung schon als Delikt und die Kontraktshaftung ist überall wohl erst aus der deliktischen hervorgewachsen. — Einiges Weitere darüber später.

²⁾ Gai. 4, 21.

³⁾ D. 2, 4, 18; cfr. fr. 19 eod; D. 50, 17, 103; Cicero, in Vatinius, 9, 22 und 23; Cicero, de domo sua, 41, 109.

⁴⁾ C. 9, 19, 6; Nov. 60, c. 1 § 1 und Nov. 115, c. 5 § 1; darüber unten S. 89 ff.

⁵⁾ Der römische Civilprozeß zur Zeit der Legisaktionen, Berlin 1872, S. 160 ff.

⁶⁾ Die Personalexekution der Zwölftafeln, Breslau 1904.

der *manus iniectio* in den Quellen nirgends geregelt wird¹⁾, erklärt sich aus der geringen praktischen Bedeutung solcher Fälle. Denn der Schuldner wird wohl, um die letzten Folgen der Vollstreckung, die Tötung bzw. den Verkauf *trans Tiberim*, abzuwenden, früher sein ganzes Hab und Gut hergegeben haben, so daß in der Regel nach erfolgtem Verkauf *trans Tiberim* keine Vermögensgegenstände mehr da waren²⁾. Allerdings war dies nur der Regelfall, während ausnahmsweise, hauptsächlich bei einer Vollstreckung gegen den Toten, die Frage nach dem Schicksal seines Vermögens doch praktisch werden konnte.

Angesichts des Schweigens der Quellen bleiben wir natürlich auf mehr oder weniger begründete Vermutungen angewiesen. An und für sich bestehen vier Möglichkeiten: 1. das Vermögen fiel als Akzession zugleich mit der Person des Schuldners an den Gläubiger, was die herrschende Meinung annimmt³⁾; 2. das Vermögen fiel als herrenloses Gut an den Staat; 3. es trat die Beerbung ein; 4. das Vermögen fiel in seine Bestandteile auseinander, während die Schulden und Forderungen erloschen, unterlagen die körperlichen Vermögensgegenstände der freien Aneignung.

Sowohl Karlowa⁴⁾ als Kleineidam⁵⁾ lehnen mit Recht den Anfall des schuldnerischen Vermögens an den Staat ab.

Karlowa⁶⁾ entscheidet sich für die Annahme, daß das Schuldnervermögen dem betreibenden Gläubiger, als dem am meisten Berechtigten zufalle. Er wird jedoch sich selbst untreu — was ihm schon Kleineidam vorbehalten hat⁷⁾ —, da er andererseits⁸⁾ behauptet, daß mehrere betreibende Gläubiger „das Recht haben, die (körperlichen) Bestandteile des seiner Einheit beraubten Vermögens sich anzueignen“, während die Forderungen und Schulden notwendig untergegangen sind. Somit sichert Karlowa den Gläubigern nicht mehr den Anfall des Vermögens, sondern räumt ihnen nur ein Aneignungsrecht ein.

Kleineidam⁹⁾ hingegen nimmt einen regelrechten Erbgang ein. Dabei unterscheidet er zwischen zwei Fällen, je nachdem, ob die Gläubiger gegenüber dem Schuldner von dem Rechte der Tötung oder von dem des Verkaufs in die Sklaverei *trans Tiberim* Gebrauch gemacht haben. Im

¹⁾ Vgl. Kleineidam l. c. S. 258.

²⁾ Vgl. dazu Wenger, ZP., S. 221 f.

³⁾ Literatur bei Kleineidam, o. c. S. 259, A. 4.

⁴⁾ A. a. O. S. 161 f.

⁵⁾ A. a. O. S. 272.

⁶⁾ A. a. O. S. 162.

⁷⁾ A. a. O. S. 262.

⁸⁾ A. a. O. S. 162 ff., bes. S. 164.

⁹⁾ A. a. O. S. 268—279.

ersten Falle kommt es zu einer „Universalsukzession in das Vermögen“ des getöteten Schuldners, also zu einer „hereditas mit ihrem Eintritt in die Schulden des Erblassers“; die Schuld jedoch, um derenwillen die Vollstreckung erfolgt ist, vererbt sich im Zustande nach der Erschöpfung der Exekution auf den Erben, kann aber nach dem Grundsatz „ne bis in idem“, da die manus iniectio bereits gegen den Schuldner erfolgt war, gegen den Erben nicht mehr exequiert werden. Verwickelter gestaltet sich die Rechtslage im zweiten Falle. Der trans Tiberim verkaufte Verpflichtete kann — da er noch am Leben ist — nicht beerbt werden; andererseits ist es aber auch sicher, daß er sein Vermögen verliert. Für diesen Fall nimmt Kleineidam eine Universalsukzession an, von der wir, wie er zugibt, „keine Quellennachrichten haben“, bei der jedoch der Erbe für die Schulden in dem Falle des Verkaufs trans Tiberim nicht haftete. Kleineidam kommt also praktisch der Unvererblichkeit der Schulden sehr nahe. So sehr wir bedauern mögen, daß er hierin nicht weiter gegangen ist, können wir uns doch seine Zurückhaltung aus seinem Festhalten an zwei, seit dem Erscheinen seines Werkes stark erschütterten Dogmen des römischen Rechtes erklären: einerseits an der Ansicht, die Haftung der Erben sei bei der angeblichen Bestimmung der Zwölftafeln (tab. V 9) über die ipso iure Teilung der Forderungen und Schulden verankert, andererseits an der Annahme der Universalsukzession schon für die zivilrechtliche Periode. Indessen haben die Forschungen Longos¹⁾ und Bonfantès²⁾ den byzantinischen Ursprung der Bezeichnungen „successio in universitatem“, „in omne ius“ dargetan; mit dem schon wiederholt angezweifelten zwölftafelrechtlichen Ursprung der Rechtsnorm: „nomina ipso iure dividuntur“ wollen wir uns noch später befassen. — Wie Kleineidam selbst zugibt, vermag er seine Hypothese nicht durch irgendwelche Quellenbeweise zu stützen. Dabei ist es ihm vor allem nicht gelungen, um die Schwierigkeiten, die ihm die fictio legis Corneliae³⁾ bereitete, herumzukommen. Es ist äußerst unwahrscheinlich, daß die Römer nur denen, die in Kriegsgefangenschaft und infolgedessen in die Sklaverei geraten waren, die Beerbung versagt hätten, während sie diese den wegen ihrer Schulden zu Sklaven Gewordenen auf dem Umwege einer eigenen Universalsukzession ermöglicht haben sollten. Ich glaube vielmehr, daß gerade das Einbringen der lex Cornelia beweist, daß es bis dahin eine Beerbung der Kriegsgefangenen nicht gab; um so weniger konnte eine solche der in Schuldknechtschaft geratenen Personen in Frage kommen.

Im Falle, daß der Gläubiger im Zuge der Vollstreckung den Schuldner getötet hatte, wäre zwar Übergang der Haftung auf den Erben und

¹⁾ Siehe A. 1 auf S. 14.

²⁾ Siehe A. 2 auf S. 14.

³⁾ Vgl. dazu Mitteis, RPR., I, S. 133 f.

Fortsetzung der Personalexekution gegen ihn an sich denkbar — die Berufung Kleineidams auf den Satz: ne bis de eadem re sit actio, ist offenbar haltlos. Aber wenn die Zwölftafeln Tötung des Schuldners oder Verkauf trans Tiberim als Endwirkung der Vollstreckung einander völlig gleichstellen, so wäre es doch mehr als sonderbar gewesen, wenn sie in ihren Auswirkungen dem Erben gegenüber einen so verschiedenen Standpunkt eingenommen hätten. Dort Beerbung und Fortgang der Vollstreckung, hier Ausschluß der Beerbung und demnach auch der Personalexekution gegen den Erben.

Noch viel entschiedener als die Annahme der Beerbung müssen wir freilich die des Vermögensanfalls an den Staat ablehnen. Es wäre durchaus verfehlt, den Geist des heutigen sozialen, in das Privatleben des Staatsbürgers tief eingreifenden Staates auf die älteste römische, vor der Souveränität des Individuums bzw. des pater familias Halt machende „res publica“ zu übertragen. Das Legisaktionenverfahren war überwiegend eine Angelegenheit der beteiligten Parteien, die Mitwirkung des Staates beschränkte sich auf eine bescheidene Aufsicht zum Zwecke der Hintanhaltung von äußerster Eigenmacht und allzugroßer Willkür, vor allem des betreibenden Gläubigers. Im Einklang damit maßte sich der Staat aber auch keine Rechte an, die sich mit seiner passiven Haltung nicht vereinbaren ließen. Es wäre noch darauf hinzuweisen, daß angesichts des geringen Aufgabenkreises, der der damaligen res publica oblag, auch die finanziellen Bedürfnisse nur gering waren und dabei so weitgehende fiskalische Tendenzen nur schwer verständlich sein würden. Das Tributum wurde beim Kriegsausbruch eingehoben¹⁾, die Magistraturen waren unbesoldet, für größere Staatsbauten wie Straßen und Wasserleitungen wurden die Mittel aus der Kriegsbeute geschöpft²⁾. Die Zeit der Entstehung des Fiskalismus liegt in der zweiten Periode, seine Blüte erst in der Kaiserzeit, als sich auch der Kreis der Staatsaufgaben schon wesentlich erweitert hatte. Somit können wir die Idee des Vermögensanfalls an das Ärarium nach erfolgter Vollstreckung für die zivilrechtliche Periode ablehnen.

Gleichfalls zu verwerfen ist die herrschende Meinung, daß das Vermögen als eine Akzession des Verpflichteten zugleich mit dessen Person dem Gläubiger zufiel. Man darf nicht vergessen, daß die alte römische Vollstreckung einen durchaus pönalen und persönlichen Charakter hatte, daher konnte sie auch keineswegs beabsichtigen, auf diesem so unbequemen Wege zu einer Vermögensexekution zu gelangen. Man stößt auch sonst auf nicht erklärbare Schwierigkeiten. Vor allem dauerte

¹⁾ Siber, Rechtsgeschichte, Berlin 1925, S. 14; Mommsen, Abriß des röm. Staatsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1907, S. 33.

²⁾ Vgl. die Beispiele oben S. 9.

auch nach der *addictio* die Vermögensfähigkeit fort, wie dies der Zwölf-tafelsatz: *si volet suo vivo* (tab. 3, 4) deutlich zum Ausdruck bringt. Sodann müssen wir uns auch fragen, wem das Vermögen des Schuldners zufallen sollte: dem Ausländer (*trans Tiberim*), der ihn als Sklaven kaufte oder dem betreibenden Gläubiger, in dessen Gewalt er noch nicht Sklave geworden war. Ist es ferner wahrscheinlich, daß die Zwölf-tafeln eine so wichtige Bestimmung übergangen hätten, während sie sonst gerade für das Vollstreckungsverfahren so viele Detailbestimmungen bringen? Endlich ist auch kaum anzunehmen, daß die folgenden Jahrhunderte von einer derartigen zivilen Regelung nichts mehr gewußt und erst durch das honorarische Recht (Gai. 3, 77 ff.) eine von einer älteren Ordnung keine Spuren aufweisende Normierung erhalten haben sollten.

Somit bleibt nur die vierte Möglichkeit offen. Das Vermögen des Schuldners, gegen den das Vollstreckungsverfahren durchgeführt wurde, verlor durch dessen Tötung oder Verkauf in die Sklaverei sein natürliches *caput* und hörte als Einheit zu bestehen auf. Forderungen und Schulden gingen infolge ihrer streng persönlichen Natur hierbei unter, die einzelnen Vermögens- bzw. — bei der *manus iniectio* gegen den Leichnam — Nachlaßgegenstände unterlagen dem freien Aneignungsrechte jedes beliebigen Dritten, somit auch der Personen, die beim gewöhnlichen Verlauf der Dinge Erben geworden wären, natürlich auch der Gläubiger des Schuldners. Daß die Letzteren in der Folgezeit eifrig zugriffen, beweist die Tatsache, daß das jüngere Pontifikaldekret (Cicero, *de leg.* 2, 19, 48) dem Gläubiger, der das Meiste von dem Nachlaß des Schuldners sich angeeignet hatte („*servare*“), zur Haftung für die Erhaltung der *sacra* heranzog. Diese Vorschrift spricht deutlich für die häufige praktische Übung und hohe wirtschaftliche Bedeutung dieses Vorgehens.

Aus allen diesen Ausführungen geht es zur Genüge hervor, daß die zivilrechtliche römische Obligation eine nur gegen die Person des Verpflichteten und sonst gegen niemand sich richtende *actio in personam* zur Folge hatte. Das Vollstreckungsverfahren *per manus iniectio* richtete sich nur gegen die Person des Schuldners, nicht aber gegen seine Familienangehörigen und auch nicht gegen sein Vermögen.

Dieser streng persönliche Charakter der altrömischen Obligation bringt uns aber sodann zum notwendigen Ergebnis, daß mit dem Tode, sei es des Gläubigers, sei es des Schuldners, nach Zivilrecht auch die Obligation erlosch, somit unvererblich war.

II. Erträglichkeit der Schuldenunvererblichkeit für die Zivilrechtsperiode.

Bei dieser Folgerung, die für die Periode des *ius civile m. E.* die einzig richtige ist, müssen wir uns gerade im römischen Recht, welches so feinführend bestrebt war, allzeit den Kultur- und Wirtschafts-

bedürfnissen Rechnung zu tragen, fragen, ob ein solcher Rechtszustand in den damaligen Wirtschafts-, Kultur- und Rechtsrahmen hinein paßt.

Unserem wirtschaftlichen Denken mag allerdings die Unvererblichkeit der Schulden als unerträglich erscheinen. Für eine primitive Wirtschaft liegen indessen die Dinge doch wesentlich anders. Der Hauptgrund für die Erträglichkeit und wirtschaftliche Möglichkeit eines derartigen Rechtszustandes liegt in der Seltenheit der Obligationen in jener Rechtsperiode. Die primitiven Wirtschaftsverhältnisse der damaligen geschlossenen Familienwirtschaft, der Mangel an Austauschgütern und das daraus entstehende Streben nach Herstellung der größtmöglichen Autarkie im Rahmen der Familie, die späte Verwendung von Geld, sowie das typische bäuerliche Mißtrauen gegeneinander, die außerordentliche Schlichtheit und Einfachheit im ganzen Leben, brachten es auch in Rom mit sich, daß die einzelnen Obligationsverhältnisse nur selten eingegangen wurden und infolgedessen ihre Unvererblichkeit wirtschaftlich keine entscheidende Rolle spielte¹⁾. Ausführlicher sind alle diese Momente ohnedies im vorigen Paragraphen erwogen worden.

Die obligationenrechtlichen Verhältnisse der römischen Zivilrechtsperiode weisen übrigens Merkmale auf, die wir auch sonst bei jungen Kulturen vorfinden. Der damalige Kredit war in der Regel Konsum- und nicht Produktionskredit. Darauf lassen sich viele Härten des altrömischen Schuldnerwesens in allen ihren schlimmen persönlichen und wirtschaftlichen Folgen zurückführen. Andererseits wurden aber auf dieser Kulturstufe die Schuldverhältnisse nur auf kurze Dauer²⁾ eingegangen, in der Regel entsprechend der Eigenart des Konsumkredites bis zur nächsten Ernte³⁾. So klagt bei Plautus⁴⁾ der Wucherer (*Danista*) über die gute Ernte, da er deshalb keinen Darlehensnehmer für sein Geld finden könne. Die Seltenheit der Obligationen und ihre kurze

¹⁾ Ähnliches für das englische Recht Pollock-Maitland, *The history of English law before the time of Edward I*, S. 258: In the old time the person or persons who succeeded to the lands and goods of the dead man had few, if any, debts to pay or to receive. Most of the pecuniary claims that could be made good in a court of law would perish at the death of the creditor and at the death of the debtor.

²⁾ Vgl. dazu das marokkanische Recht: Sitte und Recht in Nordafrika, gesammelt von Dr. Ernst Ubach und Ernst Rackow und zur Veröffentlichung vorbereitet unter Mitwirkung von Dr. Kampffmeyer, Dr. H. Stumme und Dr. L. Adam, Stuttgart 1923, S. 58: *Gelddarlehen*: Bei der Geldleihe . . . für die übrigens nur Nachbarn als Geldgeber in Betracht kommen, wird stets ein Termin vereinbart, bis zu welchem das geliehene Geld zurückgegeben werden muß. Die Leihfrist ist bald kurz und bald lang; manchmal beträgt sie nur einige Stunden, manchmal aber auch mehrere Tage und Monate. Mehr als ein Jahr beträgt sie niemals. — Vgl. für andere afrikanische Rechte Post, *Afrikanische Jurisprudenz*, II, S. 180.

³⁾ Vgl. dazu die Beispiele aus dem altbabylonischen Recht bei Kohler-Ungnad, *Hammurabis Gesetz*, III. Band, S. 238; IV. Band, S. 92; V. Band, S. 121.

⁴⁾ Plautus, *Mostellaria*, III, 1, 532 ff.

Dauer machten auch einige weitere ihrer Eigentümlichkeiten gut verständlich. Infolge des unsicheren und unvollkommenen Vollstreckungsverfahrens verlangt man sowohl persönliche (*vades, praedes, sponsores*) als auch dingliche (*fiducia cum creditore contracta*) Sicherheiten, wobei das römische Recht schon in der Vielgestaltigkeit der persönlichen Bürgschaftsformen deutlich deren Bevorzugung gegenüber den weit weniger durchgebildeten dinglichen Rechtsinstituten, wie dies insbesondere auch die späte Entwicklung des Pfandrechts zeigt, zum Ausdruck brachte. Aus dem Zusammenhange mit der Seltenheit der Obligationen erklärt sich auch der hohe Zinsfuß der damaligen Zeit¹⁾. Die Regelung der Schuldverhältnisse, die gegen den Ausgang der zivilrechtlichen Periode an wirtschaftlicher Bedeutung immer mehr gewannen, beschäftigte die römische Gesetzgebung, wie dies einige gesetzgeberische Eingriffe zeigen. Von ihnen sind einzelne, wie die *lex Genucia* (342 v. Chr.), die *lex Marcia* (104 v. Chr.) und die *lex Sempronia* (193 v. Chr.)²⁾, die alle das Zinsnehmen überhaupt unterbinden wollten, als durchaus verfehlt zu bezeichnen. Gerade diese radikalen Gesetzgebungsmaßnahmen verraten deutlich, wie unbeholfen und unerfahren man noch im zweiten Jahrhundert v. Chr. in Rom den üblen Folgen des einsetzenden Kapitalismus gegenüberstand; sie sind der beste Beweis für das junge Alter der damaligen Geldwirtschaft. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, wird auch die Bestimmung der *lex Furia de sponsu*, nach der die Haftung des *sponsor* und *fidepromissor* nach Ablauf von zwei Jahren erlischt³⁾, leicht verständlich. Das Gesetz gehört — so bestritten auch sein Entstehungsjahr sein mag⁴⁾ — noch der zivilrechtlichen Periode an. Mit Rücksicht auf die Wirtschaftsstufe der Zeit kann man in der Festsetzung der Bürgschaftsfrist auf zwei Jahre ein Hinansetzen der einst noch kürzeren Bürgschaftsdauer erblicken, die sich eben aus den kurzen Schuldfrieten von selbst ergab. Denn währte die Bürgschaft bloß zwei Jahre, so war dies angesichts ihrer großen Bedeutung in den alten Rechtsordnungen⁵⁾ nur erträglich, wenn auch die Hauptschuldverhältnisse auf höchstens zwei Jahre eingegangen wurden. Es ist ja rechtlich und wirtschaftlich schlechthin undenkbar, daß man nach Ablauf von zwei Jahren den sicheren Bürgen hätte fahren lassen und sich von nun an mit dem Schuldner allein hätte begnügen mögen. Noch weniger läßt sich annehmen, daß auch die Hauptschuld

¹⁾ Vgl. dazu Kübler, S. 48 f., Literaturverzeichnis bei Costa, *Storia*, 2. Aufl., S. 360, A. 1. — Für das altbabylonische Recht siehe Kohler-Peiser, *Hammurabis Gesetz*, I. Band, S. 117.

²⁾ Für alle diese Daten vgl. Rotondi, *Leges publicae*, S. 226, 326, 271; Kübler, S. 166 f.

³⁾ Gai. 3, 121: *Item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur.*

⁴⁾ Rotondi, *Leges publicae*, S. 476 f.

⁵⁾ Darüber ausführlicher unten S. 65 f.

nach Ablauf des *biennium* von selbst erloschen wäre. So bleibt die obige Deutung als die wahrscheinlichste übrig. Die Verbalkontrakte — denn bei ihnen allein waren die *sponsio* und *fidepromissio* anwendbar¹⁾ — schloß man im Zeitalter der *lex Furia de sponsu* nur so ab, daß sie längstens innerhalb eines *biennium* erfüllt werden mußten. — Eine Parallele dazu bietet das altspanische Obligationenrecht, das sich durch seine Urwüchsigkeit²⁾ auszeichnet. Auch hier³⁾ erlosch die Haftung des Bürgen von selbst nach Ablauf eines Jahres; darum mußte sie — falls man ihren Fortbestand sichern wollte — jedes Jahr erneuert werden!

Außerdem fällt es sehr ins Gewicht, daß in der zivilrechtlichen Periode die meisten späteren obligationenrechtlichen Aktionen als solche noch nicht geltend gemacht werden konnten. So fanden z. B. die *actio depositi*, *commodati*, *negotiorum gestorum*, *pigneraticia* ihre Aufnahme ins Zivilrecht erst in der prätorischen und klassischen⁴⁾ Periode, die *actio pigneraticia in personam* wahrscheinlich erst in der justinianischen Kompilation⁵⁾. Bis dahin blieben das „*servandum*“ oder „*utendum datum*“ rechtlich ungeschützt, und nur zum Teil konnte — soweit etwa die dinglichen Klagen nicht zum Ziele führten — die so entstehende Lücke die *fiducia cum amico*, bzw. *cum creditore contracta* ausfüllen.

¹⁾ Gai. 3, 119: *Nam illi (sc. sponsor et fidepromissor) quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi uerborum.*

²⁾ Ernst Mayer (Würzburg), Das altspanische Obligationenrecht in seinen Grundzügen, in *Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. XXXVIII, S. 31—240 und Bd. XXXIX, S. 1—67. — Zur spanischen rechtsgeschichtlichen Literatur vgl. Frh. v. Schwerin, Einführung in das Studium der germanischen Rechtsgeschichte, Freiburg 1922, S. 177. — Vgl. bez. seiner Altertümlichkeit Mayer a. a. O., Bd. XXXVIII, S. 33: Das spanische Obligationenrecht . . . ist eine sehr altertümliche Form des germanischen Obligationenrechtes . . . so übertrifft das spanische Recht des XII. und XIII. Jahrhunderts an Ursprünglichkeit bei weitem die anderen germanischen Rechte dieser Zeit, auch die skandinavischen . . .

³⁾ E. Mayer, Das altspanische Obligationenrecht, *Ztschr. f. vgl. Rechtsw.*, Bd. XXXVIII, S. 239: Die Bürgschaften sind alle Jahre zu erneuern, so daß also mit dem Ablauf eines Jahres an sich die Haftung jedes Bürgen wegfallen muß.

⁴⁾ Bis gegen Ende der Republik waren *depositum* und *commodatum* noch nicht klagbar, siehe Contardo Ferrini, „*Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*“ in *Arch. giur.* 52 (1894), S. 469—499, bes. S. 476, 480, 483; G. Segrè, *Sull' età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in *Scritti giur. in onore di C. Fadda*, VI, Napoli 1906, S. 331 ff.; Rotondi, *Le due formule classiche dell' actio depositi*, in *Riv. it.* 1908 = *Scritti*, II, 1 ff., bes. S. 38 ff.; Lenel, *SZ.* 30 (1909), S. 350. Vgl. Kübler, S. 175; Costa, *Storia*, 2. Aufl., S. 364 ff. und die dort zitierte weitere Literatur; Cuq, *Manuel*, S. 444, 446 f.; Declareuil, *Rome et l'organisation du droit*, Toulouse 1924, S. 259 f.; Girard-Mayr, S. 573; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, S. 605.

⁵⁾ Biondi, *Judicia bonae fidei*, Palermo 1920, S. 233 ff.

Gerade von der *actio fiducia* berichtet uns aber Paulus¹⁾, daß sie aktiv unvererblich war. Der Kauf war, wie dies auch bei anderen Völkern auf gleichen Kulturstufen²⁾ der Fall ist, in der Regel Barkauf. Der Bauer sollte nach Catos Weisung überhaupt mehr verkaufen als kaufen, und zwar dann verkaufen, wenn die Ware hoch im Preise steht³⁾, ein Standpunkt, welcher durchaus auf den Barkauf hinweist.

Aus all dem Angeführten geht zur Genüge hervor, daß ähnlich wie in anderen primitiven Rechten, wie im altgermanischen⁴⁾ und altslawischen⁵⁾ Recht, so auch im römischen Zivilrecht das Obligationenrecht eine sehr untergeordnete Rolle spielte und darum auch wenig entwickelt war. Noch heute kann man bei den primitiven Völkern Afrikas, die nur im Ackerbau ihren Lebenserwerb finden, beobachten, wie bei ihnen die Schuldverhältnisse nur selten eingegangen werden und nur auf wenige Vertragstypen beschränkt sind. Das Vorherrschen des Tauschhandels und das gegenseitige Mißtrauen, welches durch die Unzulänglichkeit des primitiven Vollstreckungsverfahrens noch vergrößert wird, lassen auf längere Dauer berechnete Rechtsverhältnisse nur in sehr geringem Umfange aufkommen⁶⁾. Alle diese Momente waren auch im römischen Zivilrecht vollauf gegeben. Die Vorherrschaft der Personalexekution

¹⁾ Pauli lib. II, sententiarum, 17, 15, in Consultatio, 6, 8. Darüber ausführlicher unten S. 82 f.

²⁾ Für das altbabylonische Recht vgl. Hammurabis Gesetz von Kohler-Peiser-Ungnad-Koschaker, I. Bd., S. 93, 111; V. Bd., S. 121. — Überall herrscht weitaußer der Barkauf vor.

³⁾ Cato, de agri cultura, 2, 7: vendat oleum, si pretium habeat, vinum, frumentum quod supersit vendat: boves vetulos, armenta delicula . . . et si quid aliud supersit, vendat. Patrem familias vendacem, non emacem esse oportet.

⁴⁾ R. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Leipzig 1919. S. 402 f.: Man kann annehmen, daß wie andere Völker auf primitiver Kulturstufe so auch die Germanen einstmals in Zuständen gelebt haben, in denen es nur Bargeschäfte gab. Der geringe Verkehr bewegte sich wesentlich in den Formen des Tauschhandels; . . . Bargeschäft und Vertrag deckten sich begrifflich. Ein Hinausschieben der Erfüllung war unbekannt . . .

⁵⁾ Kadlec-Taranovski, Prvobitno slovensko pravo pre X. veka (Das slawische Urrecht vor dem 10. Jahrhundert) S. 87: „Am wenigsten entwickelt war bei den alten Slawen das Obligationenrecht . . . Fast alle Bedürfnisse wurden durch heimische Mittel befriedigt. Die Familie bot ihren Mitgliedern nicht nur Nahrung, sondern auch Wäsche und Kleidung, ja sogar Waffen wurden teilweise zu Hause gefertigt.“ — Nur geringe Entwicklung des Obligationenrechts tritt noch im Gesetzbuch des Zaren Dušan aus den Jahren 1349 und 1354 zutage; vgl. dazu dessen systematische Bearbeitung von Dr. Metod Dolenc, Zakonik carja Dušana (Das Gesetzbuch des Zaren Dušan), Ljubljana 1925, S. 129 ff.

⁶⁾ Vgl. die von Post, Afrikanische Jurisprudenz, II. Bd., Oldenburg-Leipzig 1887, S. 181—188 angeführten Arten von obligatorischen Rechtsgeschäften der afrikanischen Rechtsordnungen. — Derselbe, Ethnologische Jurisprudenz, II, S. 597: Aller Handel ist ursprünglich Tauschhandel, vgl. I. c., S. 631.

drängte bei der angeborenen Sorge des Römers um seine Sicherheit zur äußersten Vorsicht in der Auswahl des Gegenkontrahenten¹⁾. Zwecks Sicherstellung zog man in der Regel auch Bürgen (*sponsor, praes, vas*) heran. Auch die Schwierigkeit die geforderten persönlichen Sicherheiten zu beschaffen, mußte auf den Abschluß von Rechtsgeschäften hemmend eingewirkt haben.

Lassen unsere Ausführungen die Annahme zu, daß die Obligationen in der zivilrechtlichen Periode zu den Seltenheiten gehörten, so können wir daraus den Schluß wagen, daß die damalige Schuldenunvererblichkeit volkswirtschaftlich keine allzu große Schwierigkeiten mit sich brachte. Dazu kommen zwei weitere Erwägungen, die das schroff Befremdende unserer Annahme noch bedeutend abzuschwächen geeignet sind.

Einerseits folgt aus der rechtlichen Unvererblichkeit noch durchaus nicht, daß die Schulden tatsächlich nie bezahlt wurden. In dieser Periode haben wir es noch mit dem gesunden Römertum zu tun, das auch im Staatsleben²⁾ es verabscheute, etwas zu behalten, ohne die Gegenleistung dafür zu entrichten. Es widersprach sicherlich dem Rechts- und Ehrgefühl des vorcatonischen Römers, einen hochaktiven Nachlaß zu übernehmen, die Schulden des Verstorbenen dagegen unbezahlt zu lassen³⁾. Reichte der Nachlaß nicht aus, so wird es wohl oft zu einem Vergleich zwischen den Nachlaßgläubigern und dem Erben gekommen sein. Für diese Ansicht bieten uns eine sichere Stütze noch einige klassische Stellen⁴⁾, die den Vergleich auf eine *certa portio* erwähnen.

Neben dieser ehrlichen Gesinnung des Erben, die Schulden des Erblassers ohne unmittelbaren rechtlichen Zwang übernehmen zu wollen, fand man mitunter auch Mittel und Wege, auf den widerstrebenden Nachfolger einen mittelbaren Druck auszuüben. Einerseits konnte schon der Erblasser, dem gegen seine *sui heredes* das *ius vitae et necis* zustand, seine gewaltunterworfenen Kinder verkaufen, falls sie nicht willig waren — etwa durch eine novierende Stipulation — seine Schuld zu übernehmen.

¹⁾ Vgl. die zwölftafelrechtliche Norm, die die timokratische Ebenbürtigkeit zum Ausdruck bringt: *assiduo vindex assiduus esto* (tab. I, 4). Vgl. das Monumentum Ancyranum, wo Augustus von sich selbst sagt (3, 15): *Externas gentes quibus tuto ignosci potuit* (*οἷς ἀσφαλῆς ἦν συννηρώμην ἔχειν*) *conservare quam excidere malui*.

²⁾ Plutarch, Pyrrhus, c. 21: Als Pyrrhus ohne Lösegeld die kriegsgefangenen Römer freigelassen hatte, gaben ihm die Römer aus eigenem Antrieb eine gleiche Anzahl seiner Kriegsgefangenen frei.

³⁾ Vgl. die Parallele, die das älteste englische Recht bietet, in dem die Bezahlung der an sich unvererblichen Schulden als religiöse Pflicht betrachtet wurde; Holdsworth, A history of English law, II, 3. ed., London 1923, S. 97: *On the other hand we may remember . . . that the payment of debts was sometimes regarded as a religious duty to be specially attended to by the dying.*

⁴⁾ Vgl. z. B.: Scaev. (5. resp.) D. 2, 14, 44; Scaev. (26. dig.) D. 26, 7, 59; Ulp. (4. ed.) D. 2, 14, 7 §§ 17—19.

Andererseits konnte der Gläubiger, falls er wirklich ohne alle persönliche und dingliche Sicherheiten dastand, die Personalexekution durch manus iniecio bis zum Begräbnis gegen den Leichnam des verstorbenen Schuldners durchführen und so oft auf sakralrechtlichem Umwege die Erben, insbesondere die sui heredes, zur Schuldübernahme bewegen. Über diese Leichnamshaftung wird in einem besonderen Paragraphen zu sprechen sein. Aus all dem Gesagten folgt deutlich, daß, abgesehen von der Seltenheit der damaligen Obligation, die etwa zu befürchtenden allzu schlimmen Wirkungen der Obligationenunvererblichkeit durch andere begleitende Umstände ausgeglichen wurden. Daher können wir mit Rücksicht auf die Wirtschafts- und Kulturstufe der zivilrechtlichen Periode die Schuldenunvererblichkeit als eine keineswegs unerträgliche Normierung bezeichnen.

III. Vermeintliche Quellenbedenken.

Nachdem wir den streng persönlichen Charakter der zivilen Obligation als den Grund ihrer Unvererblichkeit dargetan haben, sind nun positive Beweise für ihr Bestehen in der zivilrechtlichen Periode zu erbringen. Vorher wird es jedoch angebracht sein, daß wir uns mit einigen Quellenstellen befassen, die die herrschende Meinung besonders zu stützen scheinen.

Hierher gehören zunächst drei Kaiserreskripte der ausgehenden klassischen Zeit. Das älteste unter ihnen, welches undatiert ist, stammt vom Kaiser Gordian (238—244), während die beiden anderen von Diokletian in einer Zwischenzeit von knapp zwei Monaten im Jahre 294 erlassen worden sind.

C. 3, 36, 6: Imp. Gordianus A. Pompeio militi. Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt.

C. 2, 3, 26: Imp. Diocletianus et Maximianus Corneliae:

Pactum successorum debitoris ex lege duodecim tabularum aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis singulis ipso iure divisum in solidum unum obligare creditori non potest: quod et in honorario succedentibus iure locum habebit . . .

C. 4, 16, 7: Imp. Diocletianus et Maximianus Apolausto:

Creditores hereditarios adversus legatarios non habere personalem convenit actionem, quippe cum evidentissime lex duodecim tabularum heredes huic rei faciat obnoxios.

Die beiden ersten Reskripte schreiben somit dem Zwölftafelrecht eine Norm zu, derzufolge sich die nomina — Forderungen und Schulden — des Erblassers von selbst unter seinen Erben entsprechend den Erbschaftsquoten aufteilen sollten. Das jüngste unter den drei Reskripten, C. 4, 16, 7, betont im Gegensatz zur (persönlichen) Nichthaftung der Ver-

mächtnisnehmer¹⁾ die Schuldenhaftung der Erben und will diese selbst ganz offenbar (evidentissime) in den Zwölftafeln begründet wissen^{1a)}.

Die herrschende Lehre erblickt in den drei Reskripten den sichersten Beweis für die Obligationenvererblichkeit nach Zwölftafelrecht. Nur darüber gehen die Ansichten auseinander, ob die Dezemviralgeseztgebung die Erbenhaftung eingeführt²⁾ oder nur genauer geregelt³⁾ oder vielleicht die gewohnheitsrechtliche Norm in eine gesetzliche umgewandelt⁴⁾ habe.

Andererseits fand aber diese Ansicht in der neuesten Romanistik auch entschiedene Gegner. Bonfante, selbst ein Anhänger der herrschenden Lehre⁵⁾, übt gleichwohl an ihr eine tiefgehende Kritik⁶⁾. Binder⁷⁾ erblickt in der Parömie „nomina ipso iure divisa sunt“ einen Lehrsatz, „den die republikanische Jurisprudenz aus dem Wesen der communio einerseits und der Natur der obligatio andererseits entwickelt hat“.

¹⁾ Daß hierin der griechische Einfluß, wonach sich die Haftung an den Erwerb des Nachlasses bzw. seiner Teile knüpft, zum Vorschein kommt, hat schon Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht, I, Leipzig-Berlin 1909, S. 245 f. A. 3 hingewiesen.

^{1a)} Ob dieser Gedanke gerade Diokletian zuzuschreiben ist, erscheint angesichts des nicht unverdächtigen evidentissime (Guarneri-Citati, Indice s. v. evidens, evider, Albertario, Sulla dotis datio (Rend. dell' Ist. Lomb. 58, 1925) S. 7, N. 3) nicht zweifellos.

²⁾ Birkmeyer, Über Vermögen im juristischen Sinne, Erlangen 1879, S. 80: Daß die Verpflichtung des Erben, die Schulden des Verstorbenen zu zahlen, wo sie uns historisch nachweisbar zuerst entgegentritt, viel mehr auf positiver Vorschrift, nämlich auf dem Zwölftafelgesetz, und also doch wohl nicht schon auf dem Begriffe des Vermögens, beruhte, ist uns glücklicherweise wiederholt bezeugt; S. 140: . . . die Schulden können eigentlich von der Person des Schuldners nie losgelöst werden; ipso iure gehen sie nur beim Tod des Schuldners nach dem Zwölftafelgesetz auf den heres über. Vgl. noch S. 146 und A. 435; S. 206 u. S. 271; Pernice, Labeo, Band I, S. 326: . . es ist freilich nicht überliefert, die Annahme liegt aber nahe, daß die Zwölftafeln nicht nur die Teilung der übergegangenen Obligationen, sondern diesen Übergang selbst angeordnet haben. Vgl. ibid. S. 331; Voigt, Die Zwölftafeln, Band II, S. 362; Girard-Mayr S. 969 und A. 3; bezweifelnd V. Arangio-Ruiz, Corso di istituzioni di diritto romano, Napoli, I, 1921, S. 320; Buckland, A manual of roman private law, Cambridge 1925, S. 193; Bonfante, Istituzioni, 8. Aufl., S. 369; Kübler, S. 64; Michon, La succession „ab intestat“, in NRH. XLV (1921), S. 147.

³⁾ Karlowa, RG., II, S. 908; Mitteis, RPR., I, S. 98, die das Prinzip auf eine viel frühere Zeit zurückführen und S. 74 f. A. 2.

⁴⁾ Costa, Storia, S. 534 f.; Bonfante, Scritti I, S. 297: . . . (la legge decemvirale) . . . non doveva far altro che ripetere una statuizione sicura e vigente, non sancire un principio nuovo

⁵⁾ Istituzioni, 8. Aufl., S. 369; Storia del diritto romano, 3. Aufl., I, S. 166.

⁶⁾ La „successio in universum ius“ e l' „universitas“ in Scritti I, S. 295 ff.

⁷⁾ Die Plebs, Leipzig 1909, S. 511. — Dagegen Berger, Teilungsklagen, S. 5, A. 6, dem es unverständlich erscheint, warum Binder (l. c.) „das hohe Alter dieses Rechtssatzes nicht anerkennen will“. Bemerkenswerterweise bezeichnet Kübler, welcher im Texte selbst an dem Alter der Norm keinen Zweifel äußert (Geschichte des römischen Rechts, S. 64) in der Anmerkung (A. 4. daselbst) die von Binder geäußerten Zweifel als „nicht unbegründet“.

Kniep¹⁾ faßt den Ausdruck „ex lege duodecim tabularum“ als „in Gemäßheit der Zwölftafeln“ auf.

Wie verhält es sich nun mit der Echtheit der zwölftafelrechtlichen Norm, daß „nomina ipso iure dividuntur“? Vor allem ist zu erwägen, daß der angebliche Zwölftafelsatz vor den genannten Kaisererlässen des dritten Jahrhunderts nicht bezeugt ist. Nirgends bei den Klassikern findet man auch nur eine Anspielung auf ihn. Eine Ausnahme machen nur zwei Stellen von Paulus²⁾, die übrigens nicht einmal notgedrungen

¹⁾ Kniep, Gaius, II, 1, S. 188.

²⁾ D. 10, 2, 25 § 9 (Paul. 23. ed.): An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur: veluti si is qui viam iter actus (actum Mommsen) stipulatus erat decesserit, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest. Sed verius est non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.

Dieses Fragment behandelt den Fall, daß sich der Erblasser durch Stipulation eine Wegerechtigkeit hatte versprechen lassen. Unter Betonung des umstrittenen Charakters der Lösung spricht Paulus allen Miterben die (aktive) Klagelegitimation zur actio in solidum zu; wenn es im Falle der Nichterfüllung „in natura“ zur Geldkondemnation kommt, hat jedoch jeder Miterbe nur den Anspruch auf die pars hereditaria.

Die behandelte Stelle ist schon wiederholt für interpoliert erklärt worden. Die Angriffe galten hauptsächlich der zweiten Hälfte vom „Sed verius“ an, die von Einigen nur zum Teil, so von Bonfante (Arch. giur. 85, 145, Zitat bei Guarneri Citati, *Obbligazioni indivisibili*, Palermo 1921, S. 49, A. 3) und von Sorrentino (*Anecdota romana*, 1903, Zitat bei Guarneri Citati, l. c., S. 49, A. 4), von Anderen, so von Eisele (Weitere Studien zum Texte der Digesten, in SZ. 30, 120 f.), von Krüger (*Digesta ad h. l.*) und neuerdings von Guarneri Citati (*Obbligazioni indivisibili*, I, S. 49 ff.) ganz den Kompilatoren zugeschrieben wurde. Der letztgenannte Gelehrte hat nachgewiesen, daß die Byzantiner die Stelle auch inhaltlich geändert haben, indem sie die *condemnatio pro parte hereditaria* einfügten (o. c. S. 53 ff.). Mit Recht hat Guarneri Citati auch im ersten Teil Spuren der Kompilatorentätigkeit entdeckt (quia . . . quia, talis und veluti, die beliebten Ausdrücke Tribonian), (o. c. S. 49 f.) und den Satz „nec dividitur obligatio“ für interpoliert erklärt (o. c. S. 53). — Auf den ersten Blick ersieht man, daß Paulus unmöglich die beiden quia-Sätze geschrieben haben konnte. Sprachliche Indizien (talis!), sowie der Umstand, daß für die Byzantiner, die im Gegensatz zu den Klassikern bei der Geldkondemnation für eine Aufteilung pro parte hereditaria eintraten, es einen Sinn hatte zu betonen, daß sich diese Stipulation nicht von selbst aufteilt, sprechen deutlich für einen Eingriff der Kompilatoren. Der Klassiker hatte wahrscheinlich lediglich auf die Unteilbarkeit der Obligation hingewiesen, deren Leistungsgegenstand eine Wegerechtigkeit bildet, etwa mit den Worten: quia haec stipulatio dividi non potest. Die Byzantiner, die den jetzigen ersten quia-Satz einfügten, haben zugleich im zweiten Satz das non in das ihnen beliebte „nec“ (Guarneri Citati, *Indice*, S. 42) umgewandelt. Aus all dem erscheint es äußerst glaubwürdig, daß der Zusatz [„per legem duodecim tabularum“] den Byzantinern zuzuschreiben ist.

D. eod. 25 § 13: Idem iuris est in pecunia promissa a testatore, si sub poena promissa sit: nam licet haec obligatio dividatur per legem duodecim tabularum, tamen quia nihilum prodest ad poenam evitandam partem suam solvere, sive nondum soluta est pecunia nec dies venit, prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur, aut ut caveat se ei qui solidum

unseren Rechtssatz im Auge haben müssen und die sich bei näherer Betrachtung als interpoliert erweisen. Es läßt sich ferner nur schwer denken, daß die Klassiker diesen Rechtssatz übergangen hätten, da sie doch die zwölftafelrechtliche Bestimmung, daß sich die actio familiae erciscundae auf die nomina nicht erstrecke, so sorgfältig überliefert haben. Zu dieser hatte in klassischer Zeit die Norm: „nomina ipso iure divi-

solverit partem praestaturum: sive etiam solvit unus universam pecuniam quam defunctus promittit (promisit Mommsen), ne poena committeretur, familiae erciscundae iudicio a coheredibus partes recipere poterit.

War im ersten Fragmente von der Aufteilung einer Forderung die Rede, so handelt es sich hier um die Aufteilung einer Stipulationsschuld, die durch Vertragsstrafe gesichert ist. Auch das vorliegende Fragment ist schon wiederholt als interpoliert erkannt worden, so von Arno (Zitat bei Guarneri Citati, *Obbligazioni indivisibili*, S. 243, A. 2), Perozzi (*Istit.* 2, 92, A. 5, Zitat bei Guarneri Citati, l. c., S. 243, A. 3), Beseler (Beiträge 2, 113 und 3, 9 f.), von Schulz (Einführung in das Studium der Digesten, Tübingen 1916, S. 92 ff.) und von Guarneri Citati (*Obbligazioni indivisibili*, S. 492 ff.). Wie Schulz (l. c.) und Guarneri Citati (l. c.) dargetan haben, haben die Kompilatoren hier die klassische Lehre geändert, indem sie den Zusatz [ut de indemnitate — caveat se] und [partem praestaturum] in den klassischen Text eingeschoben haben. Für die im Zeitpunkt des Teilungsprozesses noch ausstehende Schuld, die mit einer Vertragsstrafe gesichert war, gestattete Paulus, daß man demjenigen von den Miterben, der die ganze Schuld bezahlte, durch Kautio die Rückforderung der Schuldanteile der übrigen Miterben sicherte; dagegen befreite ihn das Abtragen bloß des eigenen Schuldanteiles nicht von der Vertragsstrafe. Wollte der Erbe nach klassischem Recht der Vertragsstrafe entgehen, so mußte er die ganze Schuld des Verstorbenen bezahlen, und erst dann konnte er von den Miterben für deren Schuldanteile Regreß nehmen. Die Byzantiner gewährten jedoch dem Miterben, der seinen Schuldanteil bezahlt hatte, jedoch infolge der Nichtbezahlung der Schuldanteile der übrigen Miterben von der Vertragsstrafe getroffen wurde, die Kautio für den gezahlten Teil der Vertragsstrafe. Somit ließ das klassische Recht nur den Miterben, der die ganze Schuld bezahlt, das justinianische auch denjenigen, der bloß seine pars hereditaria abgetragen hatte, der Vertragsstrafe entgehen; man sieht, wie das justinianische Recht in der Durchführung des Grundsatzes von den „nomina ipso iure divisa“ auch hier selbst über die spätesten Klassiker hinausging.

Die Spuren der Kompilatorentätigkeit glaube ich jedoch auch im Vorhergehenden entdecken zu können. Ihnen dürfte der Satz [licet haec obligatio dividatur per legem duodecim tabularum, tamen] zuzuschreiben sein; einerseits spricht dafür der beliebte Tribonianismus „licet — tamen“ (vgl. Guarneri Citati, *Indice*, S. 38), andererseits die übertriebene Häufung von Partikeln „nam licet . . . tamen quia“. Die Interpolationsannahme steht sodann im Einklang mit den vorher besprochenen Darlegungen von Schulz und Guarneri Citati. Durch die Gewährung der Kautio hat Tribonian dem Satz von den „nomina ipso iure divisa“ auch für die Vertragsstrafe zur praktischen Geltung verholfen. Da er jedoch im klassischen Recht „nihilum prodest ad poenam evitandam partem suam solvere“ das Gegenteil zu stark betont vorfand, versuchte er dies abzuschwächen, indem er die Aufteilung der Obligation eigens hervorhob und so seiner Neuerung die Wege ebnete. Daher kann der Satz von [licet — tamen] nur von den Kompilatoren herrühren; seine Ausscheidung gestaltet auch den Text einfacher und zusammenhängender. Auf den ersten Satz folgt die Begründung (quia nihilum prodest . . . solvere), worauf die beiden Fälle (sive nondum soluta est pecunia nec dies venit sive . . . solvit unus universam pecuniam) unterschieden wurden.

duntur“ doch eine logische Ergänzung gebildet; etwas Derartiges hätten alle Klassiker sicherlich nicht verschwiegen.

Wieso gab man aber als Quelle der Norm von der Schuldenteilung das Zwölftafelrecht an? Die Zwölftafeln galten den Römern als *fons publici privatique iuris*¹⁾. Wollte man eine Rechtsnorm als eine zweifelsfrei dastehende bezeichnen, so führte man sie oft auf das Zwölftafelrecht zurück. So erklärte Justinian die von ihm geschaffene Norm, derzufolge das Eigentum an einer verkauften und übergebenen Sache erst nach Zahlung, Sicherstellung oder Kreditierung des Kaufpreises übergeht (J. 2, 1, 41), als eine Bestimmung der Zwölftafeln, während wir heute auf Grund der Forschungen von Pringsheim²⁾ wissen, daß diese Norm mit klassischem Recht noch unvereinbar ist.

Nach alledem, was wir von der Überlieferung des Zwölftafeltextes wissen³⁾, erscheint es ausgeschlossen, daß dem Juristen, der das Reskript Gordians abgefaßt hat, der Urtext noch vorgelegen hätte. Welche Änderungen an diesem bei der Restaurierung nach dem gallischen Brande, vielleicht auch unbeabsichtigt, vorgenommen wurden, entzieht sich unserer Beurteilung. Als sicher kann gelten, daß er schon den Juristen der ausgehenden Republik, vielleicht auch den Grammatikern, nicht mehr zur Vorlage diente^{3a)}. Aus einer Äußerung Ciceros⁴⁾ können wir sodann feststellen, daß um das Jahr 52/51 v. Chr. in den Schulen selbst das Einüben des abgeschliffenen und modernisierten Zwölftafeltextes aufgegeben wurde. Es war auch nicht anders möglich. Angesichts der regen Tätigkeit des Prätors sowie der aufblühenden Jurisprudenz trat schon im letzten Jahrhundert der Republik die Dezemviralgesetzgebung immer mehr hinter das lebensfrische biegsame Amts-⁵⁾ und Juristenrecht zurück. Diese Tatsache findet ihre Bestätigung in dem abnehmenden Interesse für die wissenschaftliche Behandlung der Zwölftafeln. Haben sich in der vorklassischen Periode zwei oder gar vier Autoren dieser Aufgabe gewidmet, so befaßten sich damit in der klassischen Periode nur noch Labeo und Gaius.

Übrigens war die Norm der Aufteilung der Schulden und Forde-

¹⁾ Livius, 34, 6.

²⁾ Der Kauf mit fremdem Geld, Leipzig 1916, S. 69 f., S. 169; dazu Mitteis, in SZ. 37, 369 ff.

³⁾ Vgl. Krüger, Quellen, S. 10 ff.; De Francisci, Storia del diritto romano, I, S. 203 ff.

^{3a)} Krüger, Quellen, S. 11 und daselbst A. 18; De Francisci, o. c., S. 203.

⁴⁾ Cicero, de legibus 2, 23, 59: *discebamus enim pueri XII, ut carmen necessarium; quas iam nemo discit.*

⁵⁾ Zu Ciceros Zeiten sah man schon das prätorische Edikt als die praktisch wichtigste Quelle des geltenden Privatrechts an, vgl. Cicero, de legibus, 1, 5, 17 (Krüger, Quellen, S. 36 und Anm. 13).

rungen unter die Erben schon Cicero bekannt¹⁾. Er hatte als Schulknabe den Zwölftafeltext erlernt, und bekannt ist seine Vorliebe, den zwölftafelrechtlichen Ursprung der von ihm überlieferten Normen zu betonen²⁾. Deshalb sind wir wohl berechtigt, aus dem Mangel jedes Hinweises auf den zwölftafelrechtlichen Ursprung der Teilungsnorm darauf zu schließen, daß auch der (modernisierte) Zwölftafeltext zur Zeit Ciceros eine derartige Norm nicht enthielt.

Sodann ist es wichtig festzustellen, daß der Ausdruck „nomina“ in den erhaltenen Zwölftafelbestimmungen sonst nirgends vorkommt, ein Umstand, der zu der geschilderten Wirtschaftsstufe der damaligen Zeit durchaus paßt. Übrigens ist es auch unwahrscheinlich, daß das Zivilrecht von der Aufteilung der „nomina“ und nicht von derjenigen der „actiones“ gesprochen hätte. Auch dieser Umstand läßt den zwölftafelrechtlichen Ursprung der so formulierten Teilungsnorm recht fraglich erscheinen.

Ferner zeigt uns der Zivilprozeß, daß die Norm von der automatischen Aufteilung von Schulden und Forderungen des Erblassers nicht dem Zwölftafelrechte angehörte. Hinterließ nämlich der Verstorbene mehrere Erben, so mußte sich ein Gläubiger des Verstorbenen die Aufteilung seiner actio auf mehrere Teilaktionen keineswegs gefallen lassen. Er konnte vielmehr verlangen, daß alle Erben gemeinsam handelten oder zu diesem Zwecke einen gemeinsamen cognitor ernannten³⁾. Erwägt man, daß im römischen Recht das Prozessualrechtliche dem Materialrechtlichen vorgeht, so sieht man leicht ein, daß die tatsächliche Bedeutung dieses angeblich zwölftafelrechtlichen Rechtssatzes nur gering war; eine Aufteilung in Teilaktionen wäre doch die natürliche und wichtigste Wirkung des „nomen ipso iure divisum“. Dieses Überwiegen der prozessualen Norm über die materialrechtliche in klassischer Zeit zeigt aber auch, daß die Teilungsnorm jünger ist; hätte sie dem Zwölftafelrecht angehört, so hätte sie wohl die Aktionenteilung zur Folge gehabt, da sie sonst in der damaligen Zeit kaum einen anderen Sinn hätte haben können. Da sie aber nun eine Schöpfung der Jurisprudenz gewesen sein dürfte, vermochte sie die zivilen Vorschriften von der Nichtaufteilung der Aktionen nicht abzuändern.

Wie soll man sich nun die Entstehung der Norm von der automatischen Aufteilung der nomina unter die Miterben erklären? Man kann allerdings nur eine Hypothese aufstellen, ohne daß sich aus ihrer

¹⁾ Cicero, Pro Q. Roscio Comoedo, 18, 55: Text siehe oben S. 3 f.

²⁾ Beispiele bei Bruns, Fontes, S. 17 ff., hier mögen nur einige Stellen angegeben werden: de officiis, 1, 12, 37; 3, 15, 61; 3, 16, 65; de legibus, 1, 21, 55; de re publica, 4, 10, 12; Tusc., 3, 5, 11; 4, 2, 4; pro Tull., 20, 47; de invent., 2, 50, 148.

³⁾ Paulus (12. Sab.) D. 10, 2, 48 und Ulpian (77. ed.) D. 46, 7, 5, 7. Vgl. Koschaker, Translatio iudicii, Graz 1905, S. 239—305, besonders S. 263 ff.

eventuellen Unrichtigkeit die Echtheit des zwölf Tafelrechtlichen Ursprunges der besprochenen Stelle ergeben würde.

Die Bestimmung von den „nomina ipso iure divisa“ entstand vor dem Zeitalter Ciceros. Die alten, durch das Zwölf Tafelrecht eingeführten: *actio familiae erciscundae* und *actio communi dividundo* waren — den Zuständen ihrer Entstehungszeit entsprechend — nur auf die Teilung von Nachlaßsachen zugeschnitten. Dies abzuändern, widersprach dem römischen gesetzgeberischen Konservativismus. Um jedoch das Recht mit den neuen Wirtschaftsverhältnissen in Einklang zu bringen, griff man später zum beliebten Mittel des „argumentum a contrario“. Auf diese Weise hat man anderwärts aus dem Satze: „*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*“, als man ihn bei der Adoption und Emanzipation verwendete, geschlossen, daß nur beim *filius familias* dreimaliger Verkauf notwendig sei, während bei den übrigen Gewaltunterworfenen der einmalige genüge. Ähnlich hat man aus der Bestimmung, daß man den *filius familias nominatim* enterben müsse, auch die Vorschrift herausgelesen, daß für die übrigen *personae alieni iuris* die *exhereditatio inter ceteros* hinreiche. Ebenso wird auch die gegen Ende der Republik aufblühende Jurisprudenz im Gegensatz zu den auf den sächlichen Nachlaß sich beschränkenden Teilungsklagen die Rechtsregel geschaffen haben, daß die Schulden und Forderungen, weil sie von der Erbschaftsteilungsklage nicht erfaßt werden konnten, sich eben von selbst unter die Erben aufteilen sollten. Genauer läßt sich die Entstehungszeit der Norm allerdings nicht bestimmen, ebensowenig kann man etwas Sicheres darüber sagen, ob dabei auch eine Beeinflussung seitens des griechischen Rechts stattgefunden hat, das an diesem Grundsatz entschieden festhielt¹⁾. Allzuweit wird man sie jedoch nicht über Cicero hinaus zurückverlegen dürfen, weil sich dies mit der gesamten Kultur- und Wirtschaftsentwicklung nicht gut vereinbaren läßt.

Übrigens läßt sich auf Grund der vorhandenen Rechtsquellen feststellen, daß man vor Gordian diese Teilungsnorm nie dem Zwölf Tafelrecht zuschrieb. Ein Reskript vom Caracalla aus dem Jahre 212 (C. 8, 35, 1) führt sie auf eine *antiqua lex* zurück, während sie acht Jahre vorher Severus (C. 4, 2, 1) noch als *exploratum ius* bezeichnet. Nun wird es leicht verständlich, daß der Reskribent, der in dem ihm wohl bekannten Reskripte des Caracalla die Ableitung der Teilungsnorm aus einer *antiqua lex* vorfand, nunmehr in einem Schreiben an den Auskunft begehrenden Soldaten Pompeius diese „antiqua lex“ durch die Zwölf Tafeln ersetzte. Eine derartige Änderung ist auch für einen kaiser-

¹⁾ Für das attische Recht: Beauchet, *Le droit privé de la république Athénienne*, III, Paris 1897, S. 635, 654 f. — Für das gräko-ägyptische Recht: Kreller, *Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der graeco-ägyptischen Papyrusurkunden*, S. 15, 50 ff.

lichen Juristen zur Zeit Gordians durchaus verzeihlich. Es war doch schon mit Septimius Severus der orientalische Despotismus in Rom eingebrochen, welcher auf das alte Römertum und daher auch auf die Auseinanderhaltung der alten, längst versiegten Rechtsquellen keinen großen Wert mehr legte. Deshalb verwischte sich die Unterscheidung zwischen dem Zwölf Tafelrecht und dem späteren, sei es auf dem Wege der Gesetzgebung, sei es auf dem Wege der Rezeption¹⁾ aus dem Honorarrecht neu hinzugewachsenen Recht. So glaubte auch der kaiserliche Reskribent, dem es auf eine genaue Quellenangabe nicht ankam, seiner Entscheidung den größten Nachdruck dadurch zu verleihen, daß er eine Norm, die er als sicher bezeichnen wollte, dem Zwölf Tafelrecht zuschrieb²⁾.

In unserer Ansicht werden wir bestärkt, wenn wir die drei Reskripte miteinander vergleichen. Das Reskript von Gordian (63, 36, 6) sowie das ältere von Diokletian (C. 2, 3, 26) schreiben den Zwölf Tafeln den Rechtsatz zu: „*nomina ipso iure dividuntur*“. Das jüngste unter ihnen (C. 4, 16, 7) geht aber schon einen Schritt weiter und will die Schuldenhaftung der Erben als solche in den Zwölf Tafeln angeordnet wissen. Schon hierin sieht man deutlich eine Entwicklung. Daher ist es leicht möglich, daß auch die Quellenangabe im Reskript Gordians auf die dargelegte Weise entstand.

Aus allen diesen Ausführungen folgt zur Genüge die Unhaltbarkeit des zwölf Tafelrechtlichen Ursprunges der Rechtsnorm: „*nomina ipso iure sunt divisa*“. Der Rechtssatz begegnet uns zuerst im letzten Jahrhundert der Republik, von Gordian wird er jedoch den Dezemviren zugeschrieben. In der Tat handelt es sich aber bei dieser Norm, wie wir sahen, um eine logische Ergänzung der zwölf Tafelrechtlichen Teilungsklagen, welche die Obligationen nicht erfaßten und den Bedürfnissen der neuen Geld- und Kreditwirtschaftsperiode nicht mehr genügten.

Noch weniger bedenklich erweist sich für unseren Standpunkt eine Äußerung des Gaius, der gleichfalls in der Behandlung der *usucapio pro herede* (2, 55) die Schuldenvererbung in die älteste Zeit zurückzuverlegen scheint:

Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur.

¹⁾ Vgl. Mitteis, RPR., I, S. 54 ff.

²⁾ Ähnlich bezeichnete man im Mittelalter vor der Rezeption die Bestimmungen des römischen Rechts einfach als „lex“, „mos anticus“, „mos antiquorum“. Vgl. die Notariatsformeln des 9. und 10. Jahrhunderts bei Garaud, *Le droit romain dans les chartes Poitevines du IX^e au XI^e siècle*, in *Mélanges Cornil*, I, S. 399 ff., bes. S. 404 f.

Nach Gaius hätte auch die Sorge um die Sicherstellung der Gläubiger einen Grund zur Einführung der *usucapio hereditatis* gebildet. Dies steht mit der wirtschaftlichen und kulturellen Lage der Zeit nicht im Einklang. Die Erbschaftsersitzung spielte ihre größte Rolle im frühen Zivilrecht, als die Schulden noch unvererblich waren. Daß Gaius von dieser alten zivilen Schuldenunvererblichkeit nichts mehr wußte, braucht uns keineswegs wunderzunehmen. Zwischen ihm und dem Abschluß der Zivilrechtsperiode lagen volle drei Jahrhunderte, ein Zeitraum, das auch der modernen Menschheit manches unverständlich erscheinen läßt oder gar ihrer Erinnerung entzieht. Ein geradezu drastisches Beispiel bietet uns in dieser Hinsicht Ciceros Freund Trebatius¹⁾, der von der noch hundert Jahre vor seiner Zeit bestehenden aktiven Unvererblichkeit der *actio furti* nichts mehr wußte und eine derartige Rechtsregelung für völlig unmöglich hielt.

Gaius wußte wohl, daß die Erbschaftsersitzung mit der Erhaltung des häuslichen Kultes, der *sacra*, aufs engste verbunden war²⁾; darum brachte er die Einführung der Erbschaftsersitzung in engste Beziehung mit der Besorgung der *sacra*. Diese hatten jedoch, wie er selbst darlegt (*olim*), zu seiner Zeit an Bedeutung völlig verloren³⁾, während in dieser Zeit die Schuldenhaftung eines der wichtigsten Erbrechtsprobleme bildete. Auch der Erbschaftsersitzung schlug zu Gaius' Zeiten die Todesstunde⁴⁾. Unter solchen Umständen darf es uns nicht befremden, daß Gaius auch die Bedeutung sowie die einstige Rolle der Erbschaftsersitzung nicht erfaßte und darum ihre Entstehung auf die Sicherung der *sacra* sowie auf das Bestreben zurückführte, die Gläubiger des Erblassers sicherzustellen.

Somit erscheint der Versuch von Kniep⁵⁾, in dem Satze „*ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur*“ einen späteren nach-gaianischen Zusatz zu erblicken, mit besonderem Hinweis auf die un-bequeme Wortstellung „*ut et*“, als überflüssig. Die Verwechslung beider Partikeln, die nur in den Vokalen voneinander abweichen, konnte ebenso-gut einem späteren Abschreiber unterlaufen und braucht keineswegs als

¹⁾ Cicero, *ad familiares*, 7, 22; über die Stelle ausführlicher unten S. 80 ff.

²⁾ Hierüber weiteres bei der *hereditas sacrorum*, S. 94 ff.

³⁾ Cfr. auch Festus, *de verb. signif.* 290.

⁴⁾ Gai. 2, 57: . . . *ex auctoritate diui Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones reuocarentur; et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atqui si usucapta non esset. 58. Necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest. — Marcianus (3 inst.), D. 47, 19, 1: Si quis alienam hereditatem expilaverit, extra ordinem solet coerceri per accusationem expilatae hereditatis, sicut et oratione divi Marci cavetur.*

⁵⁾ Kniep, *Gaius II*, 1, S. 21 und S. 198: „Hier tritt uns die Auffassung einer späteren Zeit entgegen.“

ein Beweis der späteren Ergänzung angesehen werden. Dies um so weniger, als es auch schon mit Rücksicht auf Gai. 4, 112—113 un-zweifelhaft erscheint, daß zu Gaius' Zeiten die allgemeine Vererblichkeit von Kontraktionsaktionen anerkannt war.

IV. Rechtsvergleichung.

Wie die rechtsvergleichenden Forschungen zeigen, steht das römische Zivilrecht mit seiner Obligationenunvererblichkeit nicht vereinzelt da. Vielmehr begegnen wir in zahlreichen Rechtsordnungen der Auffassung „daß die Verbindlichkeit am Leibe des Schuldners haftet und mit seinem Tode erlischt“¹⁾. Dies trifft jedoch vorwiegend bei Völkern zu, die wirtschaftlich und kulturell ungefähr auf derselben Entwicklungsstufe stehen, wie die Römer der beginnenden Zwölftafelrechtsperiode. So erloschen die Schulden beim Tode des Schuldners im ältesten englischen²⁾, im alten deutschen³⁾ Rechte, eine Erscheinung, zu welcher die große Verbreitung der Leichnamshaftung die Ergänzung bildet⁴⁾. Ebenso läßt sich die Schuldenunvererblichkeit für einzelne spanische Rechtsordnungen (Aragonien, Navarra)⁵⁾ feststellen. Weitere Beispiele bieten uns die Rechtsordnungen einiger afrikanischer Stämme, die zum Teil noch heute an der Schuldenunvererblichkeit festhalten. Es sei hingewiesen auf das Recht von Angoy⁶⁾ 7) und auf das von Akkra⁶⁾.

Die rechtsvergleichenden Forschungen ergeben überhaupt bezüglich der Regelung der Erbenhaftung in den einzelnen Rechtsordnungen ein recht buntes Bild. Von der unbedingten Schuldenhaftung bis zu ihrer völligen Unvererblichkeit sind die verschiedensten Abstufungen ver-

¹⁾ Paul Wilutzky, *Vorgeschichte des Rechts*, Breslau-Berlin 1903, II. Teil, 4. Buch, S. 150.

²⁾ Holdsworth, *A history of English law*, 3. Aufl., London 1922—1926, vol. I, S. 628; vol. II, S. 97; cfr. auch vol. III, S. 572 ff.; Pollock-Maitland, *The history of English law before the time of Edward I.*, 2. Aufl., 2. Band, Cambridge 1898, S. 258. — Für das Recht von Wales vgl. Post, *Grundriß der ethnologischen Jurisprudenz*, II, S. 623 und Wilutzky, *l. c.*, S. 150. — Die Bezahlung der Schulden wurde auch im englischen Recht als Erfüllung einer religiösen Pflicht aufgefaßt. Siehe Holdsworth, *l. c.* II, S. 97, Text oben S. 51, A. 3.

³⁾ Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, II, Leipzig 1886, S. 547 f.

⁴⁾ Hierüber ausführlicher später bei der Besprechung der Leichnamshaftung.

⁵⁾ Ernst Mayer, *Das altspanische Obligationenrecht in seinen Grundzügen*, in *Ztschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft*, Band 38, S. 72, A. 86: allerdings hier nur für Schuldverhältnisse zwischen Juden und Christen. Derselbe, *o. c.* Band 39, S. 30, Anm. 20; vgl. Eduard de Hinojosa, *Das germanische Element im spanischen Recht*, in *Sav. Zeitschrift, German. Abtl.*, 31. Band (1910), S. 350 f. und Anm. 1 auf S. 351.

⁶⁾ Post, *Afrikanische Jurisprudenz*, II, S. 17 f.

⁷⁾ J. Kohler und O. Gericke, *Zur Rechtsgeschichte Afrikas* (Der Bericht von P. Ant. Zucchelli 1715), *Ztschr. für vergl. Rechtswissenschaft*, Band 34 (1916), S. 266.

treten¹⁾. So braucht es uns auch von diesem Standpunkte aus nicht wunderzunehmen, wenn das römische Zivilrecht völlig im Einklang mit der Eigenart der streng persönlichen Obligation die Schulden beim Tode des Schuldners untergehen ließ.

Daß wir für die Unvererblichkeit der Schulden nicht noch weitere Beispiele anzuführen vermögen, ist letzten Endes auch auf den Umstand zurückzuführen, daß es sich hierbei um primitive, junge Kulturen handelt, über die sich uns nur kärgliche Überlieferungen erhalten haben, was insbesondere mit der späten Verwendung der Schrift zusammenhängt; auch das römische Zwölftafelrecht erwähnt die Schrift niemals. In der Zeit jedoch, als man auf eine höhere Stufe gelangt war, gab man wohl oder übel die Unvererblichkeit auf, und darum wissen wir ebenso wie bei anderen Rechtsordnungen auch beim römischen Recht so wenig von den älteren Zuständen.

Auch das römische Recht mußte im Laufe der Entwicklung den Bedürfnissen des sicheren und gesunden Rechtsverkehrs, der mit der zunehmenden Wirtschaftsentwicklung sich immer reger gestaltete, allmählich den zivilen Standpunkt der Schuldenunvererblichkeit aufgeben. Darauf kommen wir im zweiten Teil unserer Abhandlung zu sprechen.

V. Die einzelnen Beweise für die Unvererblichkeit der Schulden.

Bedenkt man, wie weit diese Übergangszeit vor der Entstehung der uns vorliegenden Rechtsquellen liegt, so kann man leicht begreifen, daß die Spuren der alten zivilrechtlichen Normierung sehr selten sind. Daß sich überhaupt solche Spuren erhalten haben, ist lediglich dem Umstand zuzuschreiben, daß diese Rechtsinstitute bei jener Rechts- und Gedankenwandlung in der Praxis als obsolet erschienen, da sie meistens schon durch jüngere Rechtsinstitute allmählich ersetzt worden waren (sponsio und fideipromissio durch fideiussio); darum erachtete es weder der Prätor noch die Respondierjurisprudenz für nötig, an ihrer alten Struktur etwas zu ändern.

Als direkte Beweise für die zivile Unvererblichkeit der Schulden können wir die sponsio und fideipromissio sowie die Stipulation anführen. Bei jenen wird uns die Unvererblichkeit noch für die klassische Zeit bezeugt. Dagegen haben sich uns in der Erbschaftsteilungsklage (actio familiae erciscundae), in der capitis deminutio und im Manzipations-testament indirekte Beweise für die Richtigkeit unserer These erhalten. Alle diese Beweise sollen in den folgenden zwei Paragraphen ausführlicher erörtert werden.

¹⁾ Post, Ethnologische Jurisprudenz, II, S. 206—209; Wilutzky, Vorgeschichte des Rechts, II. Teil, S. 150 ff.

Hier soll nur kurz auf den ursprünglichen Charakter der alten Obligation hingewiesen werden. Die typischen Obligationen der frühen Zivilrechtsperiode treten uns mit einem deliktischen, pönalen Anstrich entgegen. Mag auch die herrschende Meinung¹⁾, wonach die Deliktsobligation den Ausgangspunkt für die Entstehung der Obligation gebildet hätte, etwas zu weit gehen²⁾, soviel erscheint sicher, daß man in der ältesten Zeit zwischen Delikt und Kontrakt noch nicht unterschieden hat³⁾. Die Strenge des Legisaktionsverfahrens läßt deutlich durchblicken, daß man in der Nichteinhaltung des Vertrages den Bruch der fides, ein Delikt erblickte. Natürlich war man sich der Deliktsobligation als solcher nicht bewußt, da eben das entsprechende Korrelat — die Kontraktobligation — fehlte. Diese Spaltung erfolgte erst allmählich; eine wichtige Stufe bildete dabei das Poetelische Gesetz⁴⁾, das selbst in der mangelhaften Überlieferung⁵⁾ deutlich den Unterschied zwischen der Behandlung derer, „qui noxam meruerunt“ und der Behandlung der übrigen Schuldner zieht. Die Annahme Costas⁶⁾, daß auf diese Entwicklung auch die aristotelische Unterscheidung zwischen

¹⁾ Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., I. Bd., S. 455; Mitteis, Über die Herkunft der Stipulation, Festschrift für Bekker, S. 114; Derselbe, RPR., I, S. 97; Girard-Mayr, S. 423; E. Albertario, Le azioni penali (Programma), Pavia 1915, S. 3; Derselbe, Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell' art. 1097 del codice civile, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, vol. XXI (1923), parte prima, S. 496 f.; Wenger, Das Recht der Griechen und Römer, S. 236.

²⁾ Dagegen vor allem: E. Betti, Le fonti d' obbligazione e i problemi storici della loro classificazione, Modena 1925, im Archivio giuridico, 93, fasc. 2 (zitiert nach dem Separatabdruck), S. 4 und S. 53; V. Arangio-Ruiz, Corso di istituzioni, S. 166, cfr. S. 164 f.; De Francisci, Storia del diritto romano, S. 333: L' obligatio primitiva ha quindi — a mio credere — per esclusiva fonte il contractus. Vgl. auch Juncker, in der Gedächtnisschrift für E. Seckel, Berlin 1927, S. 216 f.

³⁾ Siber, Geschichtliches und Rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlaßschulden, S. 13.

⁴⁾ Literatur: Kleineidam, Beiträge zur Kenntnis der lex Poetelia, in der Festgabe für F. Dahn, II, Breslau 1905, S. 1 ff.; Erman, in SZ. 26, 556; Kretschmar, in SZ. 30, 63; Wenger, ZP., S. 215 f. und A. 10.

⁵⁾ Livius, 8, 28, 8: iussi consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur, pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. — Das Gesetz will offenbar das „in compedibus aut in nervo teneri“ nur noch auf diejenigen „qui noxam meruerunt“, also die Deliktsschuldner, beschränkt wissen. Ansonsten (somit vorwiegend bei Vertragsbeziehungen) soll das Fesseln und die Gläubigerhaft nicht zur Anwendung kommen. Hier begegnen wir somit zum erstenmal klar der Unterscheidung zwischen Delikt und Kontrakt. — Daß der Satz „bona, non corpus obnoxium esse“ nicht die Abschaffung der Personalvollstreckung, sondern nur einen in Zukunft allmählich zu verwirklichenden Grundsatz aussprach, kann angesichts der späteren Entwicklung keinem Zweifel unterliegen; vgl. Kleineidam, l. c. S. 19 ff.

⁶⁾ Costa, Storia, 2. Aufl., S. 415 f.

den *συναλλάγματα ἐκούσια* und *ἀκούσια* einen Einfluß geübt habe, erscheint mir nicht unbegründet. In diesem Zusammenhang können wir auch darauf hinweisen, daß sich der Kontraktsbegriff erst im zweiten Jahrhundert unserer Zeitrechnung herausgebildet hat, während vorher das Wort „contractus“ nie in diesem Sinne angewandt wurde¹⁾. Für die Richtigkeit dieser Anschauung spricht ferner die Zusammenstellung der im Aquilischen Gesetz geregelten Rechtsmaterien. Neben der Haftung des Adstipulators wird die des Beschädigers der fremden res mancipi geregelt.

Wir sehen durch alle diese Einzelheiten unsere Annahme bestätigt, daß die zivilrechtlichen actiones in personam einen deliktischen Anstrich hatten. Die passive Unvererblichkeit von den actiones poenales ex maleficio galt aber noch zu Gaius' Zeiten als eine certissima iuris regula (Gai. 4, 112). Diesen Standpunkt finden wir nicht bloß bei Gaius ausgesprochen, sondern auch bei anderen Klassikern, die die Unvererblichkeit der einzelnen actio mit dem Hinweis auf ihren pönalen Charakter vertreten²⁾. Schon daraus, daß noch im dritten christlichen Jahrhundert die Deliktsaktionen unvererblich waren, könnte man für die Zeit, als die Unterscheidung zwischen den Delikts- und Kontraktsaktionen noch unbekannt war und alle actiones in personam einen deliktischen Anstrich trugen, mit großer Wahrscheinlichkeit auf die Unvererblichkeit aller Aktionen in der Zeit schließen.

Auch andere Aktionsgruppen, über deren Alter ein begründeter Zweifel kaum möglich ist, wie Noxal- und Popularaktionen, sind noch in der Folgezeit unvererblich³⁾.

Daraus ersehen wir, daß die Unvererblichkeit der wichtigsten Aktionsgruppen der Zivilrechtsperiode uns durch klassische Quellenbelege direkt bestätigt wird, während wir für die anderen ihre Unvererblichkeit auf indirektem Wege zu erhärten vermögen. Zu diesem Zwecke ist es insbesondere notwendig, daß wir uns etwas ausführlicher mit der Sponsion und Stipulation befassen.

¹⁾ Bonfante, Scritti giuridici varii, III, Sulla genesi e l'evoluzione del contractus, S. 107 ff., bes. S. 112 ff. Riccobono, Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano, in Mélanges Cornil, II, S. 307, Nr. 28.

²⁾ Siehe die oben S. 3, A. 1 und S. 4, A. 2 angeführten Beispiele.

³⁾ Popularaktionen: D. 47, 23, 8 (Ulp. 1. ed.): Omnes populares actiones neque in heredem dantur neque supra annum extenduntur. — Noxalaktionen: D. 9, 4, 42, 2 (Ulp. 37. ed.): Hae actiones perpetuae sunt: nec tantum nobis verum etiam successoribus nostris competent, [item adversus successores, sed non quasi in successores, sed iure dominii] Vgl. auch D. 9, 1, 1, 17 (Ulp. 18 ed.). Biondi, Actiones noxales, Cortona 1925, S. 38 f., hält mit Recht den Zusatz [item — dominii]. Ebenso kann man ihm nur zustimmen betreffs des D. eod., 7 pr., wo er den Zusatz [et heres tenetur] den Kompilatoren zuschreibt.

§ 5.

„Sponsio“ und „stipulatio“.

I. Sponsio.

Eine starke Stütze für die zivile Unvererblichkeit der Schulden liefern uns die beiden älteren Bürgschaftsformen: die sponsio und fidepromissio. Ihre Unvererblichkeit wird bei Gaius zweimal bezeugt: so Gai. 3, 120:

Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio iure ciuitas eius utatur; fideiussoris autem etiam heres tenetur.

und Gai. 4, 113:

. . . sed et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur.

Darnach steht es einwandfrei fest, daß die beiden älteren Bürgschaftsformen unvererblich waren. Schon Mitteis¹⁾ hat dargelegt, daß diese Norm weder auf die Zwölftafeln noch auf ein späteres Gesetz zurückgehen könne, da Gaius, der die die Bürgschaft betreffenden Gesetze genau aufzählt, eine derartige Quelle sicher nicht verschwiegen hätte. Völlig im Einklang mit unserer Annahme einer Entwicklung, die auf die Vererblichkeit von Kontraktsaktionen in der folgenden Periode hinauslief, begegnet uns die jüngste Bürgschaftsform, die fideiussio, als vererblich²⁾.

Die Tatsache, daß die römische Bürgschaft in ihren älteren Formen unvererblich war, fällt bei der Begründung unserer These um so mehr ins Gewicht, wenn wir bedenken, daß in primitiven Rechtsordnungen der Bürge eine viel wichtigere Stellung einnimmt als der eigentliche Schuldner selbst. Er garantiert dem Gläubiger, daß der Schuldner seine Schuld leisten werde, er hat den Schuldner zu beaufsichtigen und ihn dem Gläubiger zu stellen, ist somit „gewissermaßen ein Exekutionsorgan des Gläubigers“³⁾. Deutlich tritt uns diese Auffassung im babylonisch-assyrischen⁴⁾, griechischen⁵⁾, ägyptischen⁶⁾ und altschwedischen⁷⁾ Recht

¹⁾ Über die Herkunft der Stipulation. Eine Hypothese, in Festschrift für Becker (Aus römischem und bürgerlichem Recht), 1907, S. 133 f.

²⁾ J. 3, 20, 2: Fideiussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum relinquit. — Vererblichkeit der fideiussio: D. 46, 1, 4, 1 (Ulp. 45. Sab.); C. 8, 40, 24 (294).

³⁾ Koschaker, Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht, Berlin 1911, S. 6, 22 ff., 29 f., 44 f., 62, 68, 75 ff.

⁴⁾ Koschaker, Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht, Berlin 1911; Koschaker, SZ. 37, 361, A. 1.

⁵⁾ Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht, I, S. 284.

⁶⁾ Sethe-Partsch, Demotische Urkunden zum ägyptischen Bürgschaftsrecht, vorzüglich der Ptolomäerzeit, Leipzig 1920, S. 532 ff.

⁷⁾ v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, I. Bd., Altschwedisches Obligationenrecht, Leipzig 1882, S. 696 ff.

entgegen. Dazu wäre der durch manus iniectio pro iudicato geschärfte Regreß¹⁾ des sponsor gegen den Hauptschuldner zu vergleichen.

Die Tatsache, daß die Haftung aus der Bürgschaft in ihren beiden ältesten Erscheinungsformen, der sponsio und fidepromissio unvererblich ist, gewinnt aber eine ungleich größere Bedeutung, wenn wir die von *Mitteis* in seiner grundlegenden Studie über die Herkunft der Stipulation vorgetragene Hypothese annehmen. Ausgehend von der Beobachtung, daß sponsor in den Quellen den Bürgen und — von einer keineswegs sicheren Ausnahme abgesehen — niemals den Stipulationsschuldner bezeichnet²⁾, obwohl man dies nach dem Formular der sponsio erwarten sollte, hat *Mitteis* geschlossen, daß der Stipulationsschuldner ursprünglich auch ein sponsor war, indem der Schuldner als sponsor für sich selbst bürgte. Ist diese Annahme richtig — und sie wird durch Parallelen aus der Rechtsvergleichung weitgehend gestützt — so müssen wir die Unvererblichkeit für die Stipulation der Urzeit schlechthin postulieren³⁾. Angesichts der großen Bedeutung der Stipulation im Verkehrsleben kämen wir praktisch schon auf Grund dieser Annahme zum Ergebnis, daß der größte Teil der Kontraksaktionen passiv unvererblich waren.

II. Die Stipulation.

Freilich bieten die Quellen dafür keine unmittelbaren Nachrichten. Das ist auch nicht erstaunlich. Denn als sich in der amtsrechtlichen Periode auf dem Gebiete der Kontraksaktionen die Vererblichkeit durchsetzte, wurde natürlich die wichtige Obligation aus der Stipulation davon ergriffen, während andererseits das Aufkommen der vererblichen fideiussio die Unvererblichkeit der sponsio und fidepromissio residuär bewahrte. Unter solchen Umständen ist es aber von um so größerer Bedeutung, daß auch bei der Stipulation die Vererblichkeit nicht bei allen ihren Arten gleichzeitig durchgeführt worden zu sein scheint.

Darüber hat uns eine Konstitution Justinians (C. 8, 37, 13) vom 1. August 530 Kunde erhalten:

Veteris iuris altercationes decidentis generaliter sancimus omnem stipulationem, sive in dando sive in faciendo sive mixta ex dando et faciendo

¹⁾ Gai. 4, 22.

²⁾ Cfr. *Mitteis*, Über die Herkunft der Stipulation, S. 117 ff., 126 ff., 141; RPR., I, S. 269 f. — *E. Costa*, Cicerone giureconsulto, I, S. 151: „Sponsor“ bezeichnet bei Cicero „esclusivamente il garante di un' obbligazione altrui, non mai l'assuntore di un impegno autonomo per mezzo della forma: spondes? spondeo“ — *De Francischi*, Storia del diritto romano, I, Roma 1926, S. 331: „Lo „sponsor“ era (in der ältesten Zeit) persona che si assumeva la garanzia per un terzo.“ Ebenso S. 334.

³⁾ Zu demselben Ergebnisse würde auch die Auffassung *Levys*, Sponsio (1907), S. 28 f. führen. Nach ihm ist sponsor sowohl Schuldner wie Bürge, zwischen denen es keinen Unterschied in der Haftung gab.

inveniat, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio sive non: cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur?

§ 1. Et sic existimentur huiusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dandum fuerant conceptae, cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere: illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est.

§ 2. Et quare, cum paene similis omnium natura est, non et facta omnes vel plus vel paulo minus adimplere possint, ne ex huiusmodi subtilitate cadant hominum voluntates?

Dieses vierundeinhalb Monate vor der Konstitution Deo auctore erlassene Gesetz verdient in mancher Hinsicht unsere Beachtung. Das Bestreben des Kaisers, eine alte Kontroverse (*altercationes*) zu entscheiden, zeigt uns, daß im klassischen Recht noch nicht alle Fragen, die die Stipulationenvererblichkeit betrafen, restlos geklärt waren. Justinian unterscheidet deutlich zwischen den Stipulationen, je nachdem ihren Leistungsgegenstand ein dare oder ein facere oder ein dare und facere bildet. Wir wollen der Einfachheit halber im folgenden die Bezeichnungen *stipulatio dandi* und *stipulatio faciendi* verwenden; für die *stipulatio mixta ex dando et faciendo* stellt der Kodifikator keine eigenen Normen auf.

Die Vererblichkeit der *stipulatio dandi* steht für Justinian als allgemein anerkannt da. Er nimmt auf diese feststehende Normierung Bezug und stellt seine Vererblicherklärung der *stipulatio faciendi* als eine Angleichung an die bei der *stipulatio dandi* geltende Ordnung dar¹⁾.

Dagegen wurde die Frage der Vererblichkeit der *stipulatio faciendi*, wie es sich aus den Ausführungen des Kaisers ergibt, in der klassischen Zeit noch nicht einheitlich beantwortet. Es leuchtet ein, daß bei einer *obligatio faciendi* das persönliche Moment eine viel wichtigere Rolle spielen konnte (z. B. individuelle Befähigung), als bei einer *stipulatio dandi*, wo die Person des Verpflichteten hinter der Leistung weit mehr zurücktrat. Auch in klassischer Zeit wird man mit Rücksicht darauf die Vererblichkeit der *stipulatio faciendi* verneint haben, wie dies auch die behandelte Konstitution zum Ausdruck bringt: *putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est* (§ 1 C. c.).

¹⁾ C. 8, 37, 13, 1: Et sic existimentur quasi tantummodo in dandum fuerant conceptae, . . . ähnlich in C. 8, 37, 15, 1: Quemadmodum enim si in dando fuerit stipulatio et contra heredes transmittatur, ita et si in faciendo est, . . . ad similitudinem in dando conceptae stipulationis et heredes obligari, ut non discrepet factum a datione, . . .

Das vorliegende Gesetz zeigt auch, auf welche Weise man im klassischen Recht die Vererblichkeit der stipulatio faciendi zu sichern bestrebt war. Dies erfolgte im Wege der mentio heredis: beim Abschluß der Stipulation wurde auf der Schuldnerseite neben dem Schuldner auch sein Erbe schlechthin als verpflichtet erklärt. Zahlreiche Stellen in den Digesten¹⁾, sowie pompejanische Geschäftsurkunden²⁾, wie auch einige Inschriften³⁾ legen ein sicheres Zeugnis für die Anwendung der mentio heredis beim Abschluß von Stipulation ab, die ein facere oder non facere zum Gegenstand hatten. Auch die zweifellos sehr alten Stipulationen, die bei der operis novi nuntiatio⁴⁾ und wegen des damnum infectum⁵⁾ abgeschlossen wurden, enthielten die mentio heredis.

Man muß nun allerdings mit der Tatsache rechnen, daß Urkundsflokeln sich noch erhalten zu einer Zeit, da sie inhaltlich ihre Berechtigung verloren haben. Aber der Umstand, daß die mentio heredis bei stipulatio faciendi vorkommt, beweist, daß sie einmal notwendig war. Mit der Ausbreitung der Vererblichkeit der Kontraktobligationen mögen dann Kontroversen entstanden sein, ob auch bei Fehlen der mentio heredis die Obligation vererblich sei, Meinungsverschiedenheiten, die nun Justinian in C. 8, 37, 1 pr. und 15 zugunsten der unbedingten Vererblichkeit entscheidet.

¹⁾ Vgl. z. B.: D. 45, 1, 2 § 5 (Paul. 12. Sab.): per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat; eod. 49 § 2 (Paul. 37. ed.): neque per te neque per heredem tuum fieri; eod. 83 pr. (Paul. 72. ed.): neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat; eod. 85 § 3 (Paul. 75. ed.) per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam; si adversus ea factum sit, tantum dari; eod. 102 (Scaevola 28. dig.): si hominem Stichum (homo Stichus Mommsen-Krüger) a te heredeque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit . . . poenae nomine quinquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes, spondit Claudius; eod. 131 pr. (Scaevola 13. quaest.): neque per te neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat; eod. 133 (Scaev. 13. quaest.): neque per te neque per heredem tuum vim fieri spondes; D. 50, 16, 158 (Celsus 25. dig.): in stipulando . . . „quod ob eam rem te heredemve tuum“; D. 10, 2, 44, 6 (Paul. 6. Sab.): Si quis stipulatus fuerit Titium heredemque eius ratum habiturum; D. 46, 8, 18 (Pomp. 26. Sab.): Si procurator ratam rem dominum heredemve eius habiturum caverit . . .

²⁾ Vgl. Bruns, Fontes, I, Nr. 34, S. 322 ff.; S. 336, v. 21; S. 337, v. 6; E. Eck, Neue pompejanische Geschäftsurkunden, SZ. 9, S. 60 ff., 151 f.

³⁾ Vgl. z. B. die Formula Baetica, Bruns, Fontes, I, S. 334 f.

⁴⁾ D. 39, 1, 8, 7 (Paul. 48. ed.): . . . quod in stipulatione, quae ex hac causa interponitur, etiam heredis mentio fit. — Die Worte [vel aedes alienaverit] sind m. E. interpoliert worden, um die erfolgte operis novi nuntiatio auch für den Singularnachfolger gelten zu lassen. Dies ist eine bekannte, von Longo nachgewiesene Tendenz der Byzantiner (siehe oben S. 14, A. 1). Daß der Klassiker diese Worte nicht hinzufügte, sondern nur den Erben vor Augen hatte, ersieht man aus dem Folgenden, wo er nur noch vom heres spricht. Das Fortwirken der operis novi nuntiatio wird geradezu auf die mentio heredis zurückgeführt.

⁵⁾ D. 39, 2, 24, 1a (Ulp. 81. ed.): Adicitur in hac stipulatione et heredum nomen . . .

In diesem Zusammenhange ist es interessant auf die Ergebnisse einer Forschung Rotondi¹⁾ hinzuweisen, der dargelegt hat, daß auch das pactum de non petendo im klassischen Recht nur dann vererblich war, wenn es eine mentio heredis enthielt.

Auch in anderen Rechten (im alten deutschen und englischen Recht) spielte die ausdrückliche Erstreckung der Haftung auf den Erben für die Sicherung der Vererblichkeit der Schuld eine wichtige Rolle²⁾.

Bei der stipulatio dandi wird sich die Vererblichkeit schon früh in der amtsrechtlichen Periode vollzogen haben. Daher werden uns für sie m. W. keine Anwendungsfälle der mentio heredis bezeugt. Doch können wir vermuten, daß sich die Anerkennung ihrer Vererblichkeit keineswegs ohne Schwierigkeiten, sondern erst nach etlichen mißlungenen Versuchen durchgesetzt hat. Nur von diesem Gesichtspunkt wird uns eine an sich wenig klare Stelle des Gaius (3, 100) verständlich. Bei der Behandlung ungültiger Stipulationen führt dieser unter anderem aus:

Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: post mortem meam dari spondes? uel ita: post mortem tvam dari spondes? Ualet autem, si quis ita dari stipuletur: cum moriar, dari spondes? uel ita: cum morieris, dari spondes? id est, ut in novissimum uitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: pridie quam moriar, aut pridie quam morieris, dari spondes? quia non potest aliter intellegi „pridie quam aliquis morietur“ quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: heredi meo dari spondes? quae sane inutilis est.

Wenn die Ergänzungen Huschkes von „post mortem tuam“ bis „uel ita“ zutreffen³⁾, so erklärt Gaius für unwirksam die Stipulationen mit den Zeitbestimmungen: „post mortem meam (tuam)“; „pridie quam moriar (morieris)“, während die Stipulation, deren Erfüllungszeit auf „cum morieris“ lautet, gültig sein sollte. Die uns sonderbar anmutenden Distinktionen werden verständlicher, falls man sie von dem Gesichtspunkt der Entwicklung in der Vererblichkeit der Stipulation aus betrachtet. Daß diese Fälle mit der Frage der Vererblichkeit der stipulatio dandi

¹⁾ Rotondi, Di alcune riforme giustinianee relative al „pactum de non petendo“, Scritti giuridici, II, S. 307 ff.

²⁾ Hierüber unten S. 115, AA. 1 und 2.

³⁾ Die Huschkesche Ergänzung wurde übernommen von Seckel-Kübler, 4. Aufl., S. 152, Baviera, Fontes, II, S. 105, und Girard, Textes (5. Aufl.), S. 304. — Annehmbar erscheint sie mit Rücksicht auf Gai. 2, 223. — Vgl. dazu auch Vassalli, Di talune clausole con riferimento al „dies mortis“ nel legato e nella stipulazione, Firenze 1910, S. 6, A. 1.

in engster Berührung stehen, zeigt der Umstand, daß Gaius im unmittelbaren Anschluß daran auch die offenbare Unwirksamkeit (*sane inutilis*) der Stipulation: „*heredi meo dari spondes*“ erwähnt.

Man wird im Ernst wohl kaum annehmen können, daß jemand — es sei denn auf dem Sterbebette — durch die Stipulation nur seine Erben verpflichten oder berechtigen wollte, ohne zunächst für sich selbst diese Rechte und Pflichten übernehmen zu wollen.

Auch erscheint es dem juristischen Denken der Römer nur wenig angemessen, daß sie auf derart gekünstelte Distinktionen „*post mortem tuam*“ und „*cum morieris*“ a priori einen so großen Wert gelegt hätten. Allerdings könnte man einwenden, daß im letzteren Falle die Schuld noch in der Person des Sponsionsschuldners entstand, während dies bei der Terminierung „*post mortem tuam*“ nicht zutraf.

Dieser Einwand widerlegt sich durch die Tatsache, daß die Stipulation „*pridie quam morieris dari spondes*“ ungültig war; logisch müßte sie jedoch zum mindesten ebenso gültig gewesen sein, wie die Stipulation „*cum morieris, dari spondes*“ weil ja bei ihr die Schuld in der Person des Erblassers noch einen Tag länger bestanden hat, als bei der „*cum morieris*“.

Alle diese Schwierigkeiten lassen sich beheben, wenn wir in diesen Terminierungen die Versuche der den Parteien beim Vertragsabschluß mit Rat beistehenden Kautelarjurisprudenz erblicken, die Vererblichkeit der Stipulation festzulegen¹⁾. Als sich zu Beginn der Amtsrechtsperiode das Bedürfnis gezeigt hatte, die Kontraktsschuldverhältnisse auch gegen die Erben wirken zu lassen, trachtete man wohl dies durch Einfügung verschiedener Klauseln beim Stipulationsabschluß zu erreichen. Die Feuerprobe hatten diese allerdings erst im Prozeßverfahren „*in iure*“ zu bestehen. Aus dem Berichte des Gaius (3, 100) können wir ersehen, daß es den Terminierungen „*post mortem tuam*“ und „*pridie quam morieris*“ noch nicht gelungen war, die Vererblichkeit der Stipulationsschulden zu bewirken; dagegen gelang dies — wenn wir die H u s c h k e s c h e Ergänzung für richtig halten — der Zeitbestimmung: „*cum morieris*“. Falls die H u s c h k e s c h e Ergänzung nicht zutreffen sollte, so wäre eben der Bestimmung „*cum morieris*“ auch kein besseres Geschick beschieden gewesen, als den beiden vorher angeführten. Sicher ist jedoch, daß man in klassischer, wahrscheinlich aber schon in der amtsrechtlichen Zeit der *mentio heredis* die Fähigkeit zugestand, der Vererblichkeit von Stipulationsschulden zu bewirken; einen sicheren Beweis dafür bietet ihre Anwendung bei der *stipulatio faciendi* im klassischen Rechte.

¹⁾ Vgl. betreffs der Terminierung „*pridie quam moriar*“ Vassalli, o. c. S. 67. Als Anhänger der herrschenden Lehre erblickt Vassalli in der *pridie*-Terminierung einen Umgehungsversuch bloß des Verbotes der Terminierung „*post mortem*“.

Nachdem man der *mentio heredis* die Fähigkeit, die Schuldenvererblichkeit herbeizuführen, zuerkannt hatte, dürfte sie in der Folgezeit besonders in jede *stipulatio dandi* eingefügt und bald, weil selbstverständlich, auch dann als beigesetzt angesehen worden sein, wenn dies nicht der Fall war. Diese Entwicklung der *stipulatio dandi* zur Vererblichkeit hatte sich mehrere Jahrhunderte vor Gaius vollzogen und dieser selbst scheint davon nichts mehr gewußt zu haben. Die einzige versteinerte Erinnerung an die Umwandlung bildete die Unwirksamkeit der Stipulationen „*post mortem tuam*“, „*pridie quam morieris*“, vielleicht auch derjenigen „*cum morieris*“. Diese Beispiele lebten in der Schulkasustik fort und gelangten so auf Gaius. Da dieser die geschichtliche Entwicklung nicht begriff, versuchte er diese, offenbar auch ihn seltsam anmutenden Normen zu erklären, bald wenig überzeugend, psychologisch (nam *inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem*; 3, 100), bald normenrechtlich, indem er auf innere Begründung verzichtete (generaliter *placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse*; 3, 158).

Wie zähe sich diese Zeitbestimmungen in den Schriften der Klassiker zu halten vermochten, zeigt der Umstand, daß sich noch Justinian in drei Gesetzen mit ihnen beschäftigte. Dies geschah zuerst in der *constitutio C. 8, 37, 11*, aus dem Jahre 528, mit der er die Stipulationen, mit einer von den drei Terminierungen ohne Unterschied für vererblich erklärte:

Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem an cum morietur vel pridie quam morietur stipulatus sit aliquis . . . , penitus amputantes omnia, quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, . . . etiamsi post mortem vel pridie quam morietur scripta esse noscuntur, nihilo minus pro tenore contractus . . . valere praecipimus.

Drei Jahre später räumte der Kodifikator mit der Unvererblichkeit von Stipulationen auf, deren Unwirksamkeit (*sane inutilis*) noch Gaius (3, 100) betonte¹⁾. Dabei hob Justinian im *principium* noch einmal die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte hervor, die *post mortem* terminiert sind:

Cum et stipulationes . . . et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. § 1. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. § 2. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.

¹⁾ Vgl. dazu Vassalli, o. c. S. 80 ff.

Da offenbar Zweifel darüber aufgetaucht waren, ob diese Vorschriften auch für die stipulatio faciendi Geltung haben, sah sich der Kaiser genötigt, im Jahre 529 in der C. 8, 37, 15 eigens auszusprechen, daß eine solche Stipulation zunächst den Sterbenden, sodann aber seine Erben verpflichtet:

Si quis sponderat insulam, cum moriebatur aedificare stipulatori, impossibilis veteribus videbatur. Sed nobis sensum contrahentium discutientibus veri simile esse videtur hoc inter eos actum, ut incipiat quidem contra morientem obligatio, immineat autem heredibus eius, donec ad effectum perducatur

§ 1. Sancimus itaque, si quid tale evenerit, heredes teneri, ut factum, quod mortis tempore facere promisit, hoc heredes eius adimpleant quasi speciali heredis mentione habita, licet hoc minime fuerit expressum

Allerdings erwähnt hier Justinian nur die Terminierung „cum morieris“, erwägt man jedoch, daß er in der C. 8, 37, 11 für sie die gleiche Behandlung normiert hatte, so verdient dieser Umstand keine weitere Beachtung.

Wie man daraus ersehen kann, räumte der große Kodifikator mit den letzten Überresten der einstigen Unvererblichkeit von Kontraktionsaktionen gründlich auf. Was bereits einem Gaius unverständlich war und wofür er in der angeblichen inelegantia eine Erklärung zu finden meinte, ist für die Byzantiner bereits eine „scrupulosa inquisitio“ und „nimia subtilitas verborum“ und wird als solche endgültig abgetan.

Die Entwicklung der Vererblichkeit der Stipulation liegt nun klar vor uns. In der Zivilrechtsperiode war sie unvererblich. In der Amtsrechtsperiode setzte sich mit Hilfe der von der Kautelarjurisprudenz entworfenen Klauseln die Vererblichkeit für die stipulatio dandi durch, dagegen konnte bei der stipulatio faciendi noch in klassischer Zeit die Vererblichkeit nur mittels der mentio heredis gesichert werden. Justinian hat schließlich die Vererblichkeit aller Stipulationen angeordnet. Dadurch haben wir auch für den wichtigsten Kontrakt des Zivilrechts den Beweis der Unvererblichkeit nach ius civile erbracht und auch den Weg gezeigt, auf dem es sich vermutlich zu dem Stadium entwickelt hat, in dem es uns im klassischen Recht entgegentritt.

§ 6.

Actio familiae erciscundae, capitis deminutio und das Manzipationstestament.

I. Actio familiae erciscundae.

In drei dem Zivilrecht angehörenden Rechtsinstituten haben sich aus der ältesten Periode bedeutende Residuen der ursprünglichen Schuldenunvererblichkeit erhalten. Das älteste von ihnen ist die Erbschafts-

teilungsklage, die actio familiae erciscundae. Daß sie dem Zwölftafelrechte angehört, wird uns von Gaius in D. 10, 2, 1 pr. (7 ed. prov.) bezeugt:

Haec actio proficiscitur e lege XII tabularum.

Diese alte Teilungsklage zeichnete sich noch im spätesten klassischen sowie im justinianischen Recht durch die Eigentümlichkeit aus, daß sie die „nomina“, d. h. Schulden und Forderungen, nicht erfaßte. Die Belege dafür sind uns bei Julian, Ulpian und Paulus erhalten:

D. 10, 2, 51, 1 (Julianus 8 dig.) . . . nam quaedam veniunt in hereditatis petitionem, quae in familiae erciscundae iudicio non deducuntur: veluti si ego debitor hereditarius sim, iudicio familiae erciscundae non consequeris id quod defuncto debui, per hereditatis petitionem consequeris.

D. 10, 2, 2, 5 (Ulp. 19 ed.) In hoc iudicium etsi nomina non veniunt, . . .

D. 10, 2, 25, 1 (Paul. 23 ed.): . . . cessat familiae erciscundae iudicium, cum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.

Wie haben wir uns diese Besonderheit zu deuten? Eine befriedigende Erklärung ermöglicht uns nur die materialistische Auffassung der hereditas als Inbegriff des sächlichen Nachlaßvermögens und die damit zusammenhängende Schuldenunvererblichkeit. Da die seltenen Forderungen und Schulden mit dem Tode des Erblassers erloschen, galt es die einzelnen res mancipi und die res nec mancipi, die die Söhne-Erben zur Errichtung einer eigenen domus brauchten¹⁾, zu verteilen. Die Verfahrensform war wahrscheinlich die iudicis postulatio²⁾.

Als sich nach Ablauf von Jahrhunderten die gesamten Kultur- und Wirtschaftsverhältnisse stark geändert hatten und in der amtsrechtlichen Periode auch die Forderungen und Schulden allmählich vererblich geworden waren, sah man sich vor das neue Problem gestellt, auf welchem prozessualen Wege diese Vermögensbestandteile geteilt werden sollten. Die moderne Gesetzgebungsmethode, das bisherige Recht durch ein späteres, jüngerer, zu derogieren, lag auf dem Gebiete des Privatrechts den Römern keineswegs nahe, ganz besonders hier nicht, wo es sich um eine zwölftafelrechtliche Norm handelte. Wir können übrigens auch auf anderen Gebieten des Privatrechts, z. B. bei der zivilen Erbfolge (hereditas), bei der ältesten Bürgschaft (sponsio) beobachten, wie man allgemein vor einer Änderung der zivilen Normen zurückscheute. Anstatt die alten, offenbar zu eng gewordenen Fesseln zu sprengen, schuf man lieber neben dem alten noch weiter fortbestehenden Rechtsinstitut ein neues, welches dem Zeitgeiste mehr entsprach: neben der hereditas entwickelte sich die bonorum possessio, der sponsio trat die mildere fidepromissio³⁾ zur

¹⁾ So mit Recht Girard-Mayr, S. 974, A. 2.

²⁾ Lenel, Ed., 3. Aufl., S. 207, A. 1 und die dort zitierten Belege (Cicero pro Caec. 7, 19; Lex Rubria c. 23).

³⁾ Sie beschränkte sich nicht mehr auf die Quiriten.

Seite und als die beiden Erstgenannten nicht mehr ausreichten, wurde eine dritte noch mehr erleichterte¹⁾ Bürgschaftsform, die *fideiussio*, ins Leben gerufen.

Dieser legislative Konservatismus ließ bei der *actio familiae erciscundae* auch in klassischer Zeit keine Fortbildung über die durch die Zwölftafeln ihr gezogenen Schranken hinaus zu. Der Ausweg ist, wie schon oben dargelegt²⁾, im Wege des *argumentum a contrario* durch die Aufstellung der Norm: „*nomina* (Forderungen) *ipso iure dividuntur*“ gefunden worden.

Daher können wir auch aus der bezeichneten Einschränkung der zwölftafelrechtlichen Erbteilungsklage mit großer Wahrscheinlichkeit folgern, daß diese Normierung nur in einer Periode erfolgen konnte, wo die Schulden und Forderungen nicht nur von sehr geringer Bedeutung, sondern vor allem auch unvererblich gewesen sind. Es ist undenkbar, daß die Römer, falls die *nomina* im fünften vorchristlichen Jahrhundert vererblich gewesen wären, sich durch einen derartigen Rechtssatz zwecklos die Hände gebunden hätten.

II. *Capitis deminutio*.

Zu den typischen zivilrechtlichen Instituten gehört auch die *capitis deminutio*. In der modernen Romanistik herrscht noch manche Uneinigkeit betreffs der Einzelheiten ihrer geschichtlichen Entwicklung; das Eine dürfte jedoch feststehen, daß es in der vorklassischen Periode eine einheitliche *capitis deminutio* gab und daß somit die Zwei- und Dreiteilung erst der späteren Zeit angehört³⁾. Hier können wir auf die einzelnen umstrittenen Probleme nicht näher eingehen, uns interessiert nur der Rechtssatz, daß die *capitis deminutio* zivilrechtlich das Erlöschen von Kontraktsschulden des *capite deminutus* zur Folge hatte. Dies wird von Gaius sicher bezeugt (Gai. 3, 84):

Ex diuerso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit quaeue in manum conuenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptium, nisi si hereditarium aes alienum fuerit; de eo enim, quia ipse pater adoptiuus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure, is uero, qui se adoptandum dedit, quaeue in manum conuenit, desinit esse heres; de eo uero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptiuus teneatur neque coemptionator et ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit, uel ipsa, quae in manum conuenit, maneat obli-

¹⁾ Sie beschränkte sich nicht mehr auf Verbalkontrakte (Gai. 3, 119—119a) und war vererblich (Gai. 3, 120).

²⁾ Siehe oben S. 58.

³⁾ Desserteaux, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, II, Paris 1919, S. 73 f.; Ugo Coli, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano*; I, *Capitis deminutio*, Firenze 1922.

gatus obligatae, quia scilicet per capitis diminutionem liberetur, tamen in eum eamue utilis actio datur rescissa capitis deminutione, et, si aduersus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, uniuersa uendere creditoribus praetor permittit.

und weiter Gai. 4, 38:

Praeterea aliquando fingimus aduersarium nostrum kapite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatae sit et kapite deminutus deminatae fuerit, uelut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure ciuili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamue oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamue actio utilis rescissa kapitis deminutione, id est, in qua fingitur kapite deminutus deminatae non esse.

Beide Stellen habe ich in ungekürztem Umfang wiedergegeben, da ihr Gesamtinhalt für uns von Bedeutung ist. Sie zeigen deutlich, wie das Erlöschen der Schulden zivilrechtlichen Ursprungs ist und wie bereits in der amtsrechtlichen Periode die weitere Unerträglichkeit dieses Rechtszustandes zu Reformen drängte.

Wie soll man sich nun die etwas sonderbare Bestimmung vom Erlöschen der Kontraktsschulden infolge der *capitis deminutio* erklären? Zu einer befriedigenden Lösung ist es vor allem notwendig, daß wir uns über das Wesen der *capitis deminutio* im klaren sind. Unter allen bisher aufgestellten Theorien¹⁾ hat m. E. das Meiste für sich jene, die in der *capitis deminutio* den bürgerlichen Tod erblickt. Somit ist dieses Rechtsinstitut dem auch in anderen Rechtsordnungen²⁾ verwirklichten Bestreben entsprungen, mit gewissen Tatbeständen die Rechtswirkungen zu verbinden, die sich sonst an den natürlichen Tod knüpfen. Die Richtigkeit unserer Anschauung bestätigen zwei Stellen des Gaius, in denen die engen Beziehungen zwischen dem Tode und der *capitis deminutio* klar zum Vorschein kommen.

Quaecumque de morte diximus, eadem et de capitis diminutione dicta intellegemus. (Gai. 3, 101), erklärt er bei der Behandlung der Ungültigkeit von Stipulationen, während er bei der Besprechung der Auflösungsgründe der *societas* ausführt:

¹⁾ Siehe Desserteaux, a. a. O., S. 121 ff.

²⁾ Es sei auf die Friedlosigkeit des deutschen Rechtes, den bürgerlichen Tod des französischen (*mort civile*) und englischen Rechtes (*civil death*) hingewiesen. — Vgl. Hübner, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 3. Aufl., Leipzig 1919, S. 43 f.; für das englische Recht: Maitland-Pollock, *The history of English law before the time of Edward I*, 2. ed., Cambridge 1898, I, S. 433 ff.; Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, 15. ed., London 1909, II. Bd., S. 121.

Dicitur etiam capitis diminutione solui societatem, quia civili ratione capitis diminutio mortis coaequatur; (Gai. 3. 153) . . .

Auch ein Vergleich der Rechtsfolgen des Todes mit denen der capitis deminutio spricht zugunsten unserer Auffassung der capitis deminutio; denn sowohl diese als auch der Tod bereiten dem Nießbrauch, der operarum obligatio des Freigelassenen¹⁾, der societas²⁾, der adstipulatio³⁾ und der tutela cessicia⁴⁾ ein Ende. Es möchte aber dem gesunden praktischen Sinn des alten Römertums widersprechen, wenn man beim Übertragen der Rechtsfolgen des Todes auf das neue Rechtsinstitut keine, noch so billige Ausnahmen zugelassen hätte; so erscheint es z. B. überaus begreiflich, daß angesichts der Parömie „viventi nulla hereditas“ der Gedanke der Beerbung eines capite deminutus nicht durchdringen konnte. Diese Unterschiede werden sich in der Folgezeit, als die capitis deminutio als selbständiges Rechtsinstitut durch etwaige Änderungen der Rechtsfolgen des natürlichen Todes unbetroffen blieb, noch vermehrt haben. Damit widerlegen sich auch die Ausführungen von Desserteaux, der mit Rücksicht auf einige in klassischer Zeit bestehenden Unterschiede in den Rechtsfolgen die Auffassung der capitis deminutio als bürgerlichen Tod ablehnt⁵⁾.

Nachdem wir so das Wesen der capitis deminutio bestimmt haben, fällt es nicht schwer, das Erlöschen der Kontraktsschulden zu erklären und zugleich einen neuen Beweis für unsere These zu gewinnen. Als der capitis deminutio selbständiges Dasein verliehen wurde, übertrug man auf das neue Rechtsinstitut die Rechtsfolgen, die damals den natürlichen Tod begleiteten, sofern dabei nicht billige Ausnahmen nötig waren. Daher ist die Gesamtheit der zivilen Rechtsfolgen der capitis deminutio ein im ganzen getreues Abbild der rechtlichen Folgen des natürlichen Todes zur Zeit der Entstehung der capitis deminutio. Bringt nun diese zivilrechtlich die Kontraktsschulden zum Erlöschen, so folgt daraus mit Sicherheit,

¹⁾ Gai. 3, 83.

²⁾ Gai. 3, 153.

³⁾ Gai. 3, 114.

⁴⁾ Gai. 1, 170.

⁵⁾ Desserteaux, a. a. O., S. 132 ff. führt fünf Fälle an, in denen (in klassischer Zeit) die rechtlichen Folgen der capitis deminutio von denen des Todes verschieden sind. Davon fällt im Sinne unserer These das Erlöschen der Kontraktsschulden weg. Ebenso konnte das infolge der capitis deminutio (minima) eingetretene Erlöschen der lites contestatae legitimo iudicio (Gai. 3, 83) in der frühen Zivilrechtsperiode auch beim Tode erfolgt sein. Daß die capitis deminutio keine Beerbung zur Folge haben konnte, wurde bereits oben im Text ausgeführt. Somit bleiben nur zwei Fälle noch übrig: das Schicksal der iura patronatus des Patrons und die rechtliche Stellung des berufenen Erben vor dem Erbschaftserwerb, die beide beim Tode eine andere Behandlung erfahren als bei der capitis deminutio. Es läßt sich nicht feststellen, ob diese von Anfang an gegeben war oder erst im Laufe der Entwicklung hinzugekommen ist. Die beiden Fälle sind daher keineswegs imstande, die vertretene Auffassung zu widerlegen.

daß in der frühen Zivilrechtsperiode die Kontraktsschulden auch infolge des natürlichen Todes erloschen, um so mehr, da wir das zivile Schuldenerlöschn auch anderwärts, wenigstens beim sponsor sicher nachweisen können.

Überaus interessant ist es, die weitere Entwicklung zu verfolgen. In der Zivilrechtsperiode führen sowohl der Tod als die capitis deminutio das Erlöschen der Kontraktsschulden herbei. Infolge der noch später zu besprechenden wirtschaftlichen und kulturellen Änderungen erwies sich diese Regelung bereits in der amtsrechtlichen Periode als unerträglich. Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Erlöschens der Schulden infolge des Todes war viel größer als die des Erlöschens infolge der capitis deminutio. Darum ging die prätorische Reform im ersteren Fall viel weiter als im letzteren. Bei der capitis deminutio erhielt sich das zivile Erlöschen der Schulden auch weiterhin, nur wurde es praktisch umgangen, indem der Prätor dem Gläubiger die actio utilis gegen den deminutus und im Falle des Ausbleibens der Defension die bonorum venditio des ehemaligen Vermögens des capite deminutus gewährte. Dagegen mußte man sich in der amtsrechtlichen Periode betreffs der Schuldenunvererblichkeit zu einer radikaleren Reform, die mit der zivilen Vererblichkeit von Kontraktsschulden endete, entschließen; davon wird noch später die Rede sein. Es kann uns daher nicht überraschen, wenn Gaius, der seine Institutionen um das Jahr¹⁾ 161 n. Chr. verfaßte, das aes alienum hereditarium (3,84) vom Erlöschen anläßlich der capitis deminutio ausnimmt. Zu seiner Zeit war eben die Schuldenvererbung zivilrechtlich anerkannt, so daß man auch bei der capitis deminutio keine Ausnahme zulassen wollte; ganz besonders, da sich sonst mancher Erbe, der eine passive Erbschaft erhalten hatte, durch Arrogation der Schuldenhaftung leicht entzogen hätte.

III. Manzipationstestament.

In die Zivilrechtsperiode fällt auch die Einführung des Manzipationstestaments. Auf seinem Sterbebette übertrug der Hausvater sein Gesamtvermögen, die familia pecuniaque im Wege der Manzipation an den familiae emptor²⁾, der „heredis loco“ war. Die Nunkupationsformel hat uns Gaius allerdings erst für die nächstfolgende Entwicklungsphase des testamentum per aes et libram überliefert; jedoch auch sie verrät noch klar den archaischen Kern und spricht deutlich zugunsten unserer These. Nach Gaius (2,104) erklärte der familiae emptor zwecks der Manzipation:

¹⁾ Vgl. Fitting, Alter und Folge der Schriften röm. Juristen, 2. Aufl., Halle 1908, S. 57; Krüger, Quellen, S. 205; Kipp, Geschichte d. Quellen, 4. Aufl., Berlin 1919, S. 129.

²⁾ Gai. 2, 102: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat

Familiam pecuniamque tvam endo mandatela tva cvstodelaqve mea esse aio, eaqve, quo tv ivre testamentvm facere possis secvndvm legem pvplicam, hoc aere, et ut quidam adiciunt, aenea qve libra, esto mihi empta.

Darnach trug der Erblasser dem familiae emptor auf, „quid cuique post mortem suam dari uellet“ (Gai. 2, 102). Es lag eine fiduziarische Manzipation vor, ein Rechtsgeschäft, das durchaus in eine Periode hineinpaßt, die die fiducia cum amico bzw. cum creditore contracta zur größten Blüte kommen ließ.

Obwohl bezüglich des Manzipationstestamentes wegen der Spärlichkeit der Quellen manches dunkel und unsicher bleibt¹⁾, steht doch das Eine fest, daß im Wege der Manzipation die Habe des Erblassers an den familiae emptor übertragen wurde und daß, mögen hierbei ein oder auch mehrere Manzipationsakte zugrunde gelegen sein, jedenfalls auf diese Art nur Rechte an körperlichen Sachen, nicht aber Forderungen oder Schulden übertragen werden konnten. Dies bezeugt Gaius selbst (2, 38):

Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum²⁾ recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; etc.

War also die Manzipation nicht imstande, die Übertragung von Obligationen zu bewirken, und wurde auf keine andere Weise für deren Übergang Vorsorge getroffen, so kann man diese Tatsache nur verstehen, wenn man die Unvererblichkeit der Obligationen für das Zivilrecht annimmt.

Zu diesem Schlusse führt uns auch eine weitere Erwägung: wer hätte eigentlich beim Manzipationstestamente für die Schulden des Erblassers haften sollen? Es ist undenkbar, daß der familiae emptor, der „heredis loco“ war, für die Schulden unbeschränkt hätte aufkommen müssen, während er doch den Nachlaß, somit die Aktiva, gemäß den Weisungen des Verstorbenen an die von diesem bezeichneten Personen verteilen sollte. Solche Freunde, die zum Danke für die Besorgung der Nachlaßverteilung noch die Schulden des Erblassers bezahlt hätten, wären am allerwenigsten dem harten und nüchternen Römertum der alten Zeit zuzumuten gewesen. Die Annahme, daß die übrigen Begünstigten, die gar nicht Erben waren, für die Schulden gehaftet hätten, ist willkürlich und nirgends in den Quellen begründet. Ein Hinweis³⁾ auf die bedeutend

¹⁾ Vor allem, ob der familiae emptor das volle Eigentum am Nachlaß erwarb, falls die „custodela“ des familiae emptor schon in der alten Formel sich befand; vgl. Mitteis, RPR., I, S. 77, A. 11. — Vgl. auch Weiß, Mandatela und custodela, in SZ. 42 (1921), S. 102 ff.; Partsch bei Sethe-Partsch, Demotische Urkunden zum äg. Bürgschaftsrecht (Abhdlgn. der sächs. Akad. 32) S. 740, A. 2.

²⁾ Nämlich die mancipatio, in iure cessio, traditio. Vgl. Gai. 2, 28: Res incorporales traditionem non recipere manifestum est.

³⁾ Lenel, Zur Geschichte der heredis institutio in Vinogradoffs Essays in legal history, 1913, S. 130 ff.

jüngere Sacrahaftung schlägt fehl, da ja das Gebiet des Sakralrechtes von dem des Zivilrechtes streng getrennt war und blieb.

Lenel¹⁾, der den materialistischen Charakter der zivilen hereditas richtig einschätzte, leider jedoch an der traditionellen Erstreckung der Schuldenbearbeitung bis in die älteste Zeit hinauf festhalten zu müssen glaubte, sah sich infolgedessen gezwungen, eine beschränkte Haftung des familiae emptor, aber auch der übrigen Begünstigten, ja sogar des heres extraneus anzunehmen. Wie dies schon oben²⁾ dargelegt wurde, kann man diesen Folgerungen des großen Romanisten nicht beipflichten. Es fehlen quellenmäßige Anhaltspunkte für die Haltbarkeit der Hypothese, es läßt sich dies mit dem streng persönlichen, daher auch sachlich unbeschränkten Wesen der zivilen Obligation nicht vereinbaren. Es ist auch nicht einzusehen, wie sich aus jenem Zustande die Entwicklung zur späteren Regelung der Frage vollzogen hätte.

Girard³⁾, der die Annahme einer unbeschränkten Haftung des familiae emptor ablehnt, ist es m. E. gleichfalls nicht gelungen, um diese Schwierigkeit herumzukommen. Er gibt sich mit einer nur moralischen Verpflichtung zufrieden, da „man eben nicht mehr erzielen konnte“. Steckt nicht doch darin die notwendige Anerkennung unserer These von der Unvererblichkeit der Schulden in der Zivilrechtsperiode?

Somit bleibt als einzig möglich die Erklärung übrig, die von der zivilen Unvererblichkeit aller Obligationen ausgeht, den zivilen Nachlaß mit dem Inbegriff von körperlichen Gegenständen identifiziert und ihn so als geeignetes Objekt des Manzipationstestamentes erscheinen läßt. Dies setzt wiederum seinerseits die zivile Unvererblichkeit der obligationenrechtlichen Aktionen voraus.

§ 7.

Die aktive Unvererblichkeit.

I. Grundsätzliches.

Aus den vorigen Ausführungen folgt mit logischer Notwendigkeit, daß nach Zivilrecht auch die Forderungen unvererblich waren. Jedoch kann im Rahmen dieser Untersuchung die Frage der Vererblichkeit von Forderungen nicht verfolgt werden, wie dies schon gleich anfangs hervorgehoben wurde. Immerhin mag es für unsere These eine wichtige Stütze sein, wenn wir wenigstens für einige Aktionen ihre ursprüngliche aktive Unvererblichkeit nachweisen können. Es soll jedoch darauf hingewiesen werden, daß sich möglicherweise die Vererblichkeit der Forderungen zeitlich verschieden von derjenigen der Schulden durchgesetzt hat. Es hat

¹⁾ Lenel, o. c. S. 120 ff.; derselbe, Die Rechtsstellung des proximus agnatus und der gentiles im altrömischen Erbrecht, SZ. 37, S. 129 ff.

²⁾ Siehe oben S. 21 ff.

³⁾ Girard-Mayr, S. 878.

sich ganz ähnlich auch die Zession am Ende der klassischen Zeit einzu-
bürgern vermocht, während der Schuldübernahme dies niemals gelungen
ist. Auch die Pönalaktionen waren bis auf wenige Ausnahmen zu Gaius
Zeiten schon aktiv vererblich, während ihre passive Unvererblichkeit noch
eine „certissima iuris regula“ (Gai. 4, 113) darstellte. Zudem ist die der
sponsio entsprechende adstipulatio von ihr so sehr verschieden, daß eine
frühere Ausreifung der Vererblichkeit, mag dies auf aktiver oder passiver
Seite vorgegangen sein, keineswegs überraschen kann. Ähnlich begegnet
man auch im Recht der Papyri der dortigen „mentio successorum“ in der
Klausel „οἱ παρὰ“ beim Gläubiger viel öfter als beim Schuldner¹⁾. Hier-
mit soll aber nur auf die Möglichkeit einer derartigen verschiedenen
Entwicklung hingewiesen worden sein.

II. Actio furti.

Die Deliktsaktionen erscheinen bis auf wenige Ausnahmen²⁾ im
klassischen Recht als aktiv vererblich³⁾. Daß es sich damit nicht von
Anfang an so verhielt, kann man durch Cicero zumindest für eine von
ihnen, dafür aber praktisch wohl die wichtigste, nämlich für die actio
furti, nachweisen. Unter seinen Briefen ist uns folgender, den er im
Jahre 44 v. Chr. an seinen Freund Trebatius Testa schrieb, erhalten
(Ad fam., VII, 22):

Inluseras heri inter scyphos, quod dixeram controversiam esse, possetne
heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere. Itaque, etsi
domum bene potus seroque redieram, tamen id caput, ubi haec contro-
versia est, notavi et descriptum tibi misi, ut scires id, quod tu neminem
sensisse dicebas, Sex. Aelium, M. Manilium, M. Brutum sensisse. Ego
tamen Scaevolae et Testae adsentior.

Daraus geht hervor, daß zwischen Cicero und Trebatius Testa⁴⁾,
der übrigens dem großen Redner als Jurist weit überlegen war, über die
aktive Vererblichkeit der actio furti debattiert wurde. Dem Trebatius
erschien die aktive Vererblichkeit der actio furti als so sicher, daß ihm
schon die Möglichkeit eines ernstesten Bestreitens als reiner Unsinn vorkam
(inluseras). Cicero sandte ihm deshalb am nächsten Morgen eine Abschrift
des „caput, ubi haec controversia est“ zu. Was wir darunter zu ver-
stehen haben, sagt uns Cicero nicht, am meisten glaubwürdig erscheint
mir die Ansicht H u v e l i n s⁵⁾, daß damit ein Kapitel aus den libri iuris

¹⁾ K r e l l e r, Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der graeco-ägyptischen
Papyrusurkunden, Leipzig-Berlin, 1919, S. 26 ff.

²⁾ Gai. 4, 112: *excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inueniatur actio.*

³⁾ Gai. 4, 112: *Sed heredi . . . huiusmodi (sc. ex maleficiis poenales) actiones
competunt nec denegantur,*

⁴⁾ Cfr. K r ü g e r, Quellen, S. 74 f. und A. 81.

⁵⁾ P. H u v e l i n, Etudes sur le furtum dans le très ancien droit Romain, I. Les
sources, Lyon-Paris 1915, S. 320 f.

civilis des Q. Mucius Scaevola¹⁾, des Konsuls des Jahres 95, gemeint
ist. Dafür spricht hauptsächlich der Umstand, daß am Schlusse auf
einmal Scaevolae Ansicht angeführt erscheint.

Auch Cicero bekennt sich ohne Vorbehalt zur Ansicht seines Freundes;
er weist nur darauf hin, daß die gegenteilige Rechtsauffassung von den
drei bedeutendsten Juristen des vorhergehenden Jahrhunderts noch ver-
treten worden ist. Namentlich führt er an den Verfasser der Tripertita,
Sextus Aelius Paetus Catus, den Konsul des Jahres 198 v. Chr.²⁾,
sodann zwei von den sogenannten „Begründern des ius civile“³⁾, den
Konsul des Jahres 149 Manius Manilius und dessen Zeitgenossen
M. Junius Brutus. Es ist wohl kaum anzunehmen, daß Cicero un-
mittelbar aus ihren Schriften geschöpft hätte, da er nur vom Abschreiben
eines bestimmten Kapitels spricht. Auch aus diesem Grunde ist es sehr
wahrscheinlich, daß er alle diese Ansichten im Werke des Q. Mucius
Scaevola erwähnt und gleichzeitig abgelehnt vorfand.

Daraus geht die Tatsache hervor, daß die „actio furti“ im zweiten
vorchristlichen Jahrhundert auch aktiv unvererblich war, daß sich aber
die entgegengesetzte Norm im letzten vorchristlichen Jahrhundert schon
so sehr durchgesetzt hat, daß einem der hervorragendsten Juristen der
cäsarischen Zeit von einer anderen Regelung nichts mehr bekannt war,
ja, ihm die bloße Möglichkeit der Unvererblichkeit als widersinnig er-
schien. Sodann fällt es auf, daß sich zu der Frage gleich vier, für ihre
Zeit die größten Juristen geäußert haben. Vielleicht war dies bei den
drei ersten dem Bestreben entsprungen, entgegen den neuen wirtschaft-
lichen und rechtspolitischen Strömungen durch das Festhalten an der
Unvererblichkeit der actio furti, den Standpunkt des Zivilrechts zu be-
tonen; dagegen entschloß sich der fortschrittlichere Scaevola für die Zu-
lassung der aktiven Vererblichkeit als die billigere Lösung, die auch so-
fort allgemeinen Anklang gefunden hat, wie dies aus dem Verhalten des
Trebatius ersichtlich ist.

Sehr ausführlich und scharfsinnig behandelt diesen Brief Ciceros
H u v e l i n⁴⁾. Eingehend untersucht er die Frage nach dem Sinn des
Satzes „quod furtum antea factum esset“. Er meint diese Bezeichnung
auf doppelte Weise deuten zu können⁵⁾: entweder in dem oben dar-
gelegten Sinne, daß nämlich der Erbe die dem Erblasser bei seinen Leb-
zeiten zustehende, aber nicht ausgeübte actio furti ererbt habe, oder in
dem Sinne, daß der Erbe nur die Diebstähle, welche zwischen dem Ab-

¹⁾ Vgl. K r ü g e r, Quellen, S. 64 f.

²⁾ K r ü g e r, Quellen, S. 58; D. 1, 2, 2, 38.

³⁾ D. 1, 2, 2, 39 (Pomp. sing. ench.): . . . Publius Mucius et Brutus et Manilius
qui fundaverunt ius civile . . .

⁴⁾ Études sur le furtum, I, S. 319—329.

⁵⁾ Études sur le furtum, I, S. 321 ff.

leben des Erblassers und dem Erbschaftserwerb begangen worden sind, verfolgen könnte. Huvelin, der hervorhebt, daß kein überzeugender Grund für die eine oder andere Annahme spricht¹⁾, entscheidet sich schließlich für die zweite Deutung²⁾. Hier ist zu erwägen, daß nach dieser Annahme die ganze Lösung nur für die heredes extranei, nicht aber für die sui einen Sinn hätte, da die letzteren sofort nach dem Tode des Erblassers Erben wurden. Sodann ist die Frage nach der Vererblichkeit der actio furti praktisch weit bedeutender als diejenige nach der Vererblichkeit der aktiven Klagelegitimation für die gestohlenen Nachlaßsachen. Endlich ist zu bedenken, daß sich der keineswegs wortkarge Cicero sicher klarer und deutlicher ausgedrückt hätte, falls es sich um die zweite Lösung gehandelt haben sollte, während dies für den ersten Fall nicht nötig war. All dies führt uns zu dem Schluß, daß in dem besprochenen Briefe nur das Problem der aktiven Vererblichkeit der actio furti berührt wird.

III. Actio fiduciae.

Auf sehr unsicherem Boden bewegen wir uns hingegen bei einer Stelle, die nur die aktive Unvererblichkeit der actio fiduciae zu bezeugen scheint.

Bei Paul. Sent., 2, 17, 15 — die Stelle ist uns in der Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti 6, 8 überliefert — lesen wir:

Hereditibus debitoris aduersus creditorem, qui pignora uel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit.

Die Stelle ist in der Literatur wenig beachtet. Soviel ich sehe, befaßten sich mit ihr nur Dernburg und Karlowa. Der erstere³⁾ bezieht sie auf den Fall, „daß der Schuldner sich persönlich das Auslösungsrecht vorbehielt, nicht aber seinen Erben“, es läge eine Verfallsabrede für den Fall des Todes des Schuldners vor Anstellung der Rückforderungsklage vor. Karlowa⁴⁾ hingegen unterstellt eine Verabredung, wonach der Gläubiger ohne Zustimmung des Schuldners die fiducia zu verkaufen nicht berechtigt sein soll, eine Verabredung, die nicht zugunsten des Erben gewirkt habe.

¹⁾ Etudes sur le furtum, I, S. 322: A priori, rien ne nous oblige à conclure dans un sens plutôt que dans l'autre. D'après les éléments d'informations que nous possédons, Cicéron et ses interlocuteurs peuvent avoir agité l'une aussi bien que l'autre. — S. 324: . . . il n'y a pas de raison décisive d'admettre qu'elle dût porter plutôt sur la transmissibilité active de l'action furti que sur le vol des choses héréditaires.

²⁾ Etudes sur le furtum, I, S. 324 f.: Ces indices (sc. contenus dans le texte de Cicéron), qui par malheur sont extrêmement tenus et fragiles, nous inclinent à croire que Cicéron et Trebatius songeaient au vol des choses héréditaires.

³⁾ Dernburg, Pfandrecht, I, Leipzig 1860, S. 15.

⁴⁾ Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II. Bd., Leipzig 1901, S. 574.

Es fällt nicht schwer, die Willkürlichkeit dieser Auslegungsversuche darzutun, weil eben die Art der Überlieferung der Stelle eine ähnliche Auslegung kaum zuläßt. Überdies ist zu beachten, daß die Stelle in den Exzerpten einer späten Quelle erhalten und aus dem Zusammenhange gerissen ist, was alles ihren Wert bedeutend verringert.

Andererseits ist die aktive Vererblichkeit der actio fiduciae durch Gai. 2, 220 gut bezeugt. Bei der Behandlung des legatum per praeceptionem führt nämlich dieser u. a. folgendes aus:

Aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: ueluti si quis eam rem legauerit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit.

Gaius hat den Fall vor Augen, daß der Erblasser als Präzeptionslegat eine Sache hinterließ, die er bereits fiduciae causa an seinen Gläubiger manzipiert hatte. Der Klassiker erklärt nun die Miterben für verpflichtet, zur Bezahlung der Schuld verhältnismäßig beizusteuern, so daß sich der Präzeptionslegatar die Sache vom Gläubiger remanzipieren lassen kann. Die Vererblichkeit der actio fiduciae wird hierin zwar nicht eigens erwähnt, sondern stillschweigend vorausgesetzt. Wenngleich die entscheidenden Worte „soluta pecunia luere“ nur eine Konjektur Lachmanns an Stelle des „solutam pecuniam solvere“ des Veroneser Palimpsestes sind, so ist diese Konjektur doch innerlich begründet, denn die Entscheidung des Juristen wäre sonst nicht zu verstehen. Wie sollte nun der Richter die Miterben zum luere rem zwingen können, wenn die actio fiduciae sich nicht auf sie vererbt hätte? Mag ferner auch die fiducia mit Verfallsabrede ursprünglich eine persönliche Haftung des Schuldners ausgeschlossen — mit seinem Tode wäre sie nach unserer Annahme ohnehin erloschen — und das luere rem nur ein Recht des Schuldners dargestellt haben, es ist nicht einzusehen, warum dieses Recht, das gerade den wichtigsten Anwendungsfall der actio fiduciae darstellt, nicht in klassischer Zeit auf die Erben übergegangen sein soll, wenn der Schuldner vor dem Verfallstag starb.

Genau betrachtet sagt der Ausspruch des Paulus auch nicht, daß die actio fiduciae generell aktiv unvererblich sei. Er führt nur aus, daß für den Fall, als der Gläubiger die fiducia verkauft hat, den Erben des Schuldners keine Klage gewährt werde, es sei denn, daß der Schuldner schon selbst mit seiner Klage (actio fiduciae?) die Litiskontestation vollzogen habe. Diese Äußerung stand offenbar in irgend welchem größeren Zusammenhang, und da dieser ohne Willkür nicht zu rekonstruieren wäre, so scheint es mir richtiger, die Erörterung zu dieser Stelle mit einem non liquet zu schließen.

IV. Adstipulatio.

Eine gesicherte Grundlage hingegen bieten uns die Quellen für die Adstipulation. Zum Hauptgläubiger tritt ein Nebengläubiger hinzu, der sich dasselbe vom Schuldner¹⁾ versprechen läßt. Dadurch erwirbt der Adstipulator die aktive Klagelegitimation: Eine ihm geleistete Erfüllung²⁾ sowie ein von ihm vorgenommener Erlaß der Schuld³⁾ wirkt auch gegen den Hauptgläubiger.

Die Heranziehung des adstipulator findet ihre genügende Erklärung lediglich in der ursprünglichen Unvererblichkeit der Stipulation. Da der Erbe iure civili die streng persönliche actio in personam nicht ererbt, will man ihr Fortbestehen durch die Heranziehung des Adstipulators sichern⁴⁾. Jedoch schon zu Anfang des dritten Jahrhunderts v. Chr. fand man es wohl wegen vieler Mißbräuche, die mit dieser Rechtsinstitution getrieben wurden, bald für nötig, die Haftung des Adstipulators durch die lex Aquilia vom Jahre 287 v. Chr.⁵⁾ für den Fall zu regeln, daß er in Schädigungsabsicht die Schuld erlassen hatte⁶⁾. Die Tatsache, daß man es in dieser Zeit, wo man auf dem Gebiete des Privatrechts so selten und so ungern die Gesetzgebungsmaschine in Bewegung setzte, doch nötig fand, der Frage ein eigenes Kapitel der lex Aquilia zu widmen, bezeugt wohl die damalige wichtige Rolle der Adstipulation. Diese erhielt sich allerdings nicht bis in die klassische Zeit hinein. Deutlich ersieht man ihr Zurücktreten aus dem Vergleich zwischen der regen Fortbildung des ersten und dritten Kapitels der lex Aquilia und der völligen Vernachlässigung des zweiten Kapitels dieses Gesetzes. Hätte die Adstipulation in klassischer Zeit noch eine bedeutende Rolle gespielt, so hätte die Jurisprudenz unmöglich das zweite Kapitel der lex Aquilia so unbeachtet lassen können.

Die Adstipulation beweist somit durch ihre Existenz, daß zu ihrer Blütezeit wenigstens die Forderung aus der Stipulation aktiv unvererblich war; sie ist aber folgerichtig auch selbst unvererblich gewesen. Dies betont Gaius zweimal mit denselben Worten (3, 114 und 4, 113): Nam adstipulatoris heres non habet actionem.

Daß im Gegensatz zu anderen Kontraktionsaktionen die Adstipulation später nicht vererblich wurde, ist, wie bei der sponsio, auf ihr Absterben

¹⁾ Gai. 3, 110: Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipuletur, quem uulgo adstipulatorem uocamus.

²⁾ Gai. 3, 111: Et huic proinde actio competit proindeque ei recte soluitur ac nobis; . . .

³⁾ Gai. 3, 215.

⁴⁾ Gai. 3, 117: . . . adstipulatorem uero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur; quia enim ut ita nobis detur stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator; ut is post mortem nostram agat; . . .

⁵⁾ Kübler, S. 186.

⁶⁾ Gai. 3, 215: Capite secundo (sc. legis Aquiliae) aduersus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur.

zurückzuführen. Eine systematische Revision aller Aktionen fand mangels einer Kodifikation nie statt, durch das Erblichwerden der Kontraktionsaktionen wurde die Adstipulation praktisch bedeutungslos, und man schenkte ihr deshalb keine weitere Beachtung. Erst die Kompilatoren zogen die Schlußfolgerungen und verweigerten ihr den Eintritt in das justinianische Recht.

§ 8.

Die Leichnamshaftung.

I. Indirekte Zwangsmittel.

Die bisherigen Darlegungen haben ergeben, daß nach ius civile die Schulden des Erblassers unvererblich waren. Trotzdem war die Stellung des Gläubigers nicht immer hoffnungslos. Ohne zwar die Kontraktionsaktion und hierauf die Vollstreckung gegen den Erben geltend machen zu können, vermochte er dennoch auf diesen oft durch indirekte Zwangsmittel einen Druck auszuüben, durch den er ihn zur Erfüllung der vom Verstorbenen geschuldeten Leistung bewog.

Die Idee der indirekten Zwangsmittel begegnet uns in ihrer Anwendung in einer Reihe von Rechtsordnungen, deren Vollstreckungsverfahren noch wenig entwickelt oder durch die mangelnde Staatsautorität nicht genug gesichert erscheint. Nach dem Recht von Dschagga¹⁾ ist der nicht rechtzeitig befriedigte Gläubiger ermächtigt, seine Frau ins Haus des Schuldners zu schicken, die dort arg zu wirtschaften beginnt, oder der Gläubiger selbst übernachtet vor der Haustür des Schuldners, und diesen trifft die Haftung für das Leben des Gläubigers sogar dann, wenn er von wilden Tieren zerrissen wird. Nach chinesischem²⁾ Recht erwartet der Gläubiger vor der Haustür der Wohnung des Schuldners die Bezahlung der Schuld. Er macht den Schuldner haftbar, falls er wegen des langen Wartens des Hungers stirbt. Der gleiche Gedanke lag auch dem Einlagerrecht (ius obstagii) im germanischen Recht zugrunde³⁾.

II. Die Leichnamshaftung in der Rechtsvergleichung.

Ein sehr verbreitetes derartiges Zwangsmittel ist die Begräbnisverweigerung. Sie ist für unsere Untersuchung von besonderer Wichtigkeit, da ihr Ausgangspunkt im Geltendmachen der gegen den Verstorbenen gerichteten Forderungen zu suchen ist. Die allgemeine

¹⁾ Bruno Gutmann, Das Recht der Dschagga, München 1926, S. 472 f.

²⁾ Sternberg, Der Geist des chinesischen Vermögensrechtes, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 26, S. 147.

³⁾ Vgl. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Leipzig 1919, S. 423 f.; Max Rintelen, Schuldhaft und Einlager im Vollstreckungsverfahren des altniederländischen und sächsischen Rechtes, Leipzig 1908.

Kultur- und Rechtsgeschichte zeigt uns, wie besonders primitive Völker¹⁾ den größten Wert darauf legen, daß die Dahingeschiedenen sitte- und standesgemäß beigesetzt werden. Wie Schreuer²⁾ dargelegt hat, begegnet man in primitiven Kulturen der Auffassung, daß im Leichnam der Tote als Persönlichkeit fortlebt. Dieser hat sein gutes Recht auf eine ehrenvolle Bestattung und auch im Grabe noch auf Achtung und Opfer seitens der Hinterbliebenen. Auch die Seele des Menschen kann nicht vorher ihre Ruhe finden, bevor der Leichnam nicht regelrecht bestattet³⁾ worden ist. Die Verweigerung der Bestattung wird als die furchtbarste Drohung verwendet⁴⁾. Die Pflicht zur Beisetzung trifft diejenigen, die dem Verstorbenen am nächsten gestanden haben, somit besonders den Erben. Diese sakrale Verpflichtung des Erben nützen oft die Gläubiger des Erblassers aus und versuchen durch das Verhindern des Begräbnisses auf den Erben einen Druck auszuüben, auf daß sich dieser zur Übernahme der Schuld des Erblassers entschließe. Ja, die Verknüpfung der Bestattung mit der Schuldenhaftung geht in mehreren Rechtsordnungen so weit, daß derjenige, der den Toten beerdigt, hiermit auch die Haftung für seine Schulden übernimmt. Dies ist der Fall im fantischen Recht, in den Rechten von Akkra, Angoy⁵⁾, Togo⁶⁾, Birma⁷⁾ und Dschagga⁷⁾.

Der Begräbnisverweigerung begegnen wir in verschiedenen Rechten, deren Entwicklung sich unabhängig voneinander vollzogen hatte. Sehr häufig finden wir die Leichnamshaftung als Mittel zur Erzwingung der Bezahlung von Schulden des Verstorbenen in den Rechtsordnungen afrikanischer Stämme. Nach fantischem Recht läßt man den toten Schuldner unbeerdigt, falls nicht die Erben freiwillig die Haftung für

¹⁾ Für das griechische Recht vgl. Weiß, Griechisches Privatrecht, I, S. 150 ff.; für das alte ägyptische Recht vgl. Kees, Totenglaube und Jenseitsvorstellungen der alten Ägypter, Leipzig 1926; für das großbrussische Gewohnheitsrecht V. Bogišić, Pravni običaji u Slovena, Zagreb 1867, S. 164.

²⁾ Schreuer, Das Recht der Toten, in Ztschr. f. vergl. Rechtsw., 33. Bd., S. 333 ff.

³⁾ Cfr. Jobbé-Duval, Les morts malfaisants, Paris 1924, S. 47 f.

⁴⁾ Bruck, Totenteil und Seelgerät im griechischen Recht, München 1926, S. 43; H. Kees, a. a. O., S. 193; Schreuer, Das Recht der Toten, S. 360 ff.; im altassyrischen Recht wurde der Frau bei Abtreibung ihrer Leibesfrucht nach vollzogener Todesstrafe bzw. nach dem infolge der Tat eingetretenen Tode das Begräbnis verweigert, siehe Ehelolf-Koschaker, Ein altassyrisches Rechtsbuch, Berlin 1922, S. 42, § 52.

⁵⁾ Hermann Post, Grundriß der ethnologischen Jurisprudenz, II, Oldenburg-Leipzig 1895, S. 186, A. 2. Derselbe, Afrikanische Jurisprudenz, II, S. 17 f.; Wilutzky, Vorgeschichte des Rechts, II. Teil, S. 151.

⁶⁾ Kohler, Das Togorecht, Zeitschrift f. vergl. Rechtswissenschaft, 27. Band (1912), S. 141.

⁷⁾ Gutmann, Das Recht der Dschagga, München 1926, S. 483.

seine Schulden übernehmen¹⁾. In Akkra legt man den Toten auf ein Pfahlgerüst und läßt ihn daselbst verwesen¹⁾. In Angoy bestand früher die Sitte, den toten insolventen Schuldner in der Wüste aufzuhängen und ihm das Begräbnis zu verweigern²⁾. Ähnlich verfährt man in Akkra¹⁾ mit der Leiche eines vom Hausherrn für eine Schuld verpfändeten und noch vor deren Abzahlung gestorbenen Familienmitgliedes. Man legt den Toten auf ein Pfahlgerüst, bis er von seiner Familie losgekauft wird.

Zahlreiche Beispiele für die Anwendung dieser Praxis, mit Hilfe der Begräbnisverweigerung und der Leichnamshaftung von den Erben des Schuldners die Bezahlung seiner Schulden zu erwirken, liefert uns das mittelalterliche spanische Recht. Es bleibt ein dauerndes Verdienst des spanischen Gelehrten De Hinojosa, daß er durch seine Forschungen diese Frage klargelegt hat³⁾.

Im aragonischen Recht war die Geltendmachung der Leichnamshaftung wenigstens innerhalb gewisser Grenzen zulässig, wie dies aus einem Urteilsspruch des Königs von Aragonien hervorgeht⁴⁾. Für andere Gebiete der iberischen Halbinsel vermögen wir aus den gesetzlichen Verböten der Leichnamspfändung und der Begräbnisverweigerung zu erschließen, daß vorher diese Praxis rechtlich zulässig war. Derartige Verböte wurden erlassen durch die Fueros von 1250 für Valencia und Katalonien⁵⁾, durch den Código von Tortosa⁶⁾ aus dem Jahre 1279, durch den Fuero Real für Leon und Kastilien⁷⁾ (1254 oder 1255) und durch den Código de las Siete Partidas⁸⁾ vom Jahre 1268. Während in den zitierten Rechtsordnungen die Leichnamshaftung schon

¹⁾ Hermann Post, Afrikanische Jurisprudenz, II, S. 17 f.; Grundriß der ethnologischen Jurisprudenz, II, S. 186, A. 2.

²⁾ Post, Afrikanische Jurisprudenz, II, S. 17 f.; Kohler-Gericke, Zur Rechtsgeschichte Afrikas, der Bericht von P. Anton Zucchelli (1715) in der Ztschr. f. vergleichende Rechtsw., 34. Band, S. 266.

³⁾ Eduardo de Hinojosa, La privación de sepultura de los deudores, estudio historico-juridico; erschienen in seinen Estudios sobre la historia del derecho español, Madrid 1903, S. 143—177. — Derselbe, Das germanische Element im spanischen Recht, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germ. Abtl., 31. Bd. (1910); die letztgenannte Abhandlung wird hier nach dem Separatabdruck zitiert.

⁴⁾ Fororum regni Aragonum, IX, De duello. Zitat bei De Hinojosa, Estudios, S. 162, A. 1, vgl. eod. S. 163. Über das Alter vgl. Rauchhaupt, Geschichte der spanischen Gesetzesquellen, Heidelberg 1923.

⁵⁾ Fori regni Valentiae, 8, 2, 29; Text bei De Hinojosa, S. 163, A. 1.

⁶⁾ De Hinojosa, Estudios, S. 164.

⁷⁾ De Hinojosa, Estudios, S. 167.

⁸⁾ De Hinojosa, Estudios, S. 167 ff.

als überwunden abgetan wird, galt sie noch weiter nach dem Rechte von Navarra¹⁾:

Fianza que ha á peitar por home muerto, deve emparar lo del muerto per la dobla, si peitó, et si non lo ha, puede prender el cuerpo fuera de casa, ó de glesia e tener el cuerpo peindrado, que no entre de justierra . . .

Darnach hat allerdings nur der Bürge (fianza) für seinen Regreß das Recht der Begräbnisverweigerung dem Schuldner gegenüber. Aus einer Urkunde²⁾ aus dem Jahre 1401 kann man aber feststellen, daß auch der Gläubiger dem Schuldner gegenüber dieses Recht ausüben konnte.

Die Leichnamshaftung war jedoch keineswegs auf Spanien beschränkt, obwohl uns heute für andere Länder darüber nur geringe Rechtsüberlieferungen zur Verfügung stehen³⁾. Weit mehr bieten uns in dieser Hinsicht die mittelalterlichen und indischen Sagen⁴⁾, in denen das eine Motiv immer wiederkehrt: dem ohne Bezahlung seiner Schulden verstorbenen Schuldner⁵⁾ wird das Begräbnis verweigert, sein Leichnam wird sogar mißhandelt und geschändet, in der Stadt⁶⁾ umhergeschleift, aufs Feld geworfen und so den Hunden und Vögeln zum Fraß gegeben⁷⁾, oder er wird mit Stöcken geschlagen⁸⁾, oder im Rauchfang aufgehängt⁹⁾; endlich findet sich ein Edler, der den Toten durch Bezahlung seiner Schulden loskauft und ihm ein ordentliches Begräbnis besorgt, wofür er in der Regel den Dank des nunmehr zur Ruhe Gekommenen erntet. Er-

¹⁾ Fueros del reyno de Navarra, desde su creación, hasta su feliz union con Castilla, Pamplona 1815, lib. III, tit. XVII, cap. 7, pag. 107. Zitat bei De Hinojosa, Estudios, S. 166, A. 1.

²⁾ Zitiert bei De Hinojosa, Estudios, S. 166 f.; derselbe, Das germanische Element im spanischen Recht, S. 70 f.

³⁾ So die Burgdorfer Handfeste (bei Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, II, Breslau 1852, S. 117) aus dem Jahre 1316, § 80: Nullus burgensem pro aliquo debito impediatur sepeliri, etsi ab eo petere quod voluerit, ab heredibus id petatur.

⁴⁾ Literatur: De Hinojosa, Estudios, S. 146 f.; A. Esmein, Débiteurs privés de sépulture, in Mélanges d'archéologie et d'histoire, V^e année (1885), Paris-Rome, S. 223—242; J. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Würzburg 1883; Karl Simrock, Der gute Gerhard und die dankbaren Todten. Ein Beitrag zur deutschen Mythologie und Sagenkunde, Bonn 1856; Karl Simrock, Die Quellen des Shakespeare in Novellen, Märchen und Sagen, 2. Aufl., I. Teil, Bonn 1872; Theodor Benfey, Panchatantra: Fünf Bücher indischer Fabeln, Märchen und Erzählungen, I. Teil, Leipzig 1859; Louis Brueyre, Contes populaires de la Grande Bretagne, Paris 1875 (das Buch war mir nicht zugänglich).

⁵⁾ Karl Simrock, Der gute Gerhard, S. 52, 55, 58, 62, 65 f., 72, 89, 100, 104; Benfey, Panchatantra, I, S. 52, 219.

⁶⁾ Karl Simrock, Der gute Gerhard, S. 52, 55.

⁷⁾ Karl Simrock, Der gute Gerhard, S. 55, 58.

⁸⁾ Karl Simrock, Der gute Gerhard, S. 62, 65 f., 72, 89.

⁹⁾ Karl Simrock, Der gute Gerhard, S. 104 f., 75; der tote Schuldner wird schlechthin aufgehängt: daselbst S. 75; Benfey, Panchatantra, I, S. 219.

wägt man dabei, daß wir derartige Erzählungen in England, Belgien, Deutschland, Frankreich und Indien begegnen und daß man sich in ihnen oft auf den Ortsgebrauch¹⁾, somit auf das Gewohnheitsrecht beruft, so kann kein ernster Zweifel an dem ursprünglichen Bestand solcher Rechtsnormen in einzelnen Teilen dieser Gebiete möglich sein.

III. Die Leichnamshaftung im römischen Recht.

Auch im römischen Recht spielte die Geltendmachung der Leichnamshaftung eine bedeutende Rolle. Ihre Anwendung wird uns allerdings erst für die byzantinische Periode bezeugt, in der sie wiederholt verboten wurde. Zum ersten Male erfolgte dies, soweit wir wissen, im Edikt des Theoderich (nach 493 n. Chr.)²⁾, das im 75. Kapitel bestimmte:

... Si quis autem sepeliri mortuum, quasi debitorem suum adserens, prohibuerit, honestiores bonorum suorum partem tertiam perdant, et in quinquennale exilium dirigantur: humiliores caesi fustibus, perpetui exilii damna sustineant.

Während das edictum Theodorici nur in Italien galt, verbot der Kaiser Justinus im Jahre 526 diese Praxis für das ganze Reich (C. 9, 19, 6):

Cum sit iniustum et nostris alienum temporibus iniuriam fieri reliquis defunctorum ab his, qui debitorem sibi esse mortuum dicendo debitumque exigendo sepulturam eius impediunt, ne in posterum eadem iniuria procederet cogendis his ad quos funus mortui pertinet sua iura perdere, ea quidem, quae mortuo posito ante sepulturam eius facta fuerint vel exigendo quod debitum esse dicitur vel confessiones aliquas aut fideiussorem aut pignora capiendo, penitus amputari praecipimus: redditis vero pignoribus vel pecuniis quae soltae sunt vel absolutis fideiussoribus et generaliter omnibus sine ulla innovatione in pristinum statum reducendis principale negotium ex integro disceptari: eum vero, qui in huiusmodi deprehensus fuerit flagitio, quinquaginta libras auri dependere vel, si minus idoneus sit ad persolvendum, suo corpore sub competenti iudice poenas luere.

Dieses Gesetz verdient in mancher Hinsicht unsere Beachtung. Der Kaiser war sich bewußt, daß er eine alte, dem Billigkeitssinn widersprechende (nostris alienum temporibus) Gewohnheit abschafft. Aus dem Gesetz ersieht man auch klar, daß der Zugriff auf den Leichnam in der Absicht erfolgt, diejenigen, denen die Besorgnis um die Bestattung oblag, zur Übernahme der Schulden des Erblassers zu bewegen. Justinus erklärte alle derartigen erpreßten Rechtsgeschäfte für unwirksam und bedrohte ihre Urheber mit Strafen.

¹⁾ Karl Simrock, Der gute Gerhard, S. 52, 58, 75.

²⁾ Krüger, Quellen, S. 359.

Die Konstitution des Justinus hat Justinian in seinen Kodex übernommen. Sie genügte offenbar nicht; denn schon im Jahre 537¹⁾ und noch einmal im Jahre 542²⁾ sah er sich veranlaßt, die Verbote unter Verschärfung der Strafandrohung zu erneuern.

Nov. 60, c. 1 § 1: *Εἰ δὲ καὶ τελευτήσαντός τινος περὶ τὴν ταφὴν ἀμάρτιοι τις τοῦ τελευτήσαντος καὶ τὴν ἐκφορὰν κωλύοι, γέγραπται μὲν ἤδη νόμος καὶ τῷ ἡμετέρῳ πατρὶ περὶ τούτων, πλὴν ἀλλὰ καὶ ἐξ ἡμῶν μείζων ἐπέσθω τοῖς πλημμελήμασι ποιῆ . . .*

Nov. 115, c. 5 § 1: *Μεμνήμεθα πρὸς τούτοις νόμον παρ' ἡμῶν φοιτῆσαι, δι' οὗ παρεκελευσάμεθα μηδενὶ παντελῶς ἐξεῖναι τὰ τῶν τελευτῶντων σώματα χρέους ὀνόματι κρατεῖν ἢ ἐμπόδισμα τῇ τούτων ποιῆσθαι ταφῇ . . . Θεσπίζομεν τοίνυν μηδενὶ παντελῶς ἐξεῖναι τοὺς κληρονόμους τοῦ τελευτῶντος ἢ τοὺς γονεῖς ἢ τοὺς παῖδας ἢ γαμητὴν ἢ ἀδνατοῦς ἢ cognatous ἢ ἄλλους αὐτοῦ προσγεγεῖς ἢ ἐγγυητὰς πρὸ τῆς τῶν ἐννέα ἡμερῶν προθεσμίας, ἐν αἷς πενθεῖν δοκοῦσιν, αἰτιάσθαι ἢ καθ' οἰονδήποτε τρόπον παρενοχλεῖν ἢ τινα ὑπόμνησιν αὐτοῖς ἐπιφέρειν, ἢ ἐν δικαστηρίῳ αὐτοὺς καλεῖν εἴτε ὀνόματι χρέους παρὰ τοῦ τελευτήσαντος καταγομένον εἴτε ἄλλης οἰασοῦν αἰτίας χάριν εἰς τὰ μνημονευθέντα ἰδικῶς ὁρώσης πρόσωπα . . .*

Mit Sicherheit geht aus dieser Gesetzgebung hervor, daß hier ein Rechtsinstitut vorlag, das den Rechtsanschauungen der Zeit nicht mehr entsprach, das jedoch so tief in der Tradition wurzelte, daß es nicht so leicht aus der Welt geschafft werden konnte. Die Annahme von *Mitt-eis*³⁾, es handele sich wahrscheinlich um eine provinzielle Sitte, wurde schon von *De Hinojosa*⁴⁾ widerlegt. Während für die Richtigkeit dieser Annahme auch *Mitt-eis* selbst keine Beweise anführen konnte, spricht gegen sie entschieden die Tatsache, daß die Geltendmachung der Leichnamshaftung im vierten und fünften Jahrhundert gerade in Italien außerordentlich verbreitet war. Für das fünfte Jahrhundert bezeugt uns dies das zitierte 75. Kapitel des *Edictum Theodorici*; für das vierte Jahrhundert haben wir einen sicheren Zeugen im hl. *Ambrosius*, dem Erzbischof von Mailand, der in seinem Buche *De Tobia* von ihrer häufigen Anwendung spricht⁵⁾. In mancher Hinsicht verdient dieser Be-

¹⁾ Nov. 60, 1 § 1.

²⁾ Nov. 115, 5 § 1.

³⁾ *Reichsrecht und Volksrecht*, S. 456; zurückhaltender im *RPR*, I, S. 98, A. 11.

⁴⁾ *Estudios*, S. 153.

⁵⁾ *De Tobia*, c. X, 36—37: *Quotiens vidi a feneratoribus teneri defunctos pro pignore, et negari tumulum, dum fenus exposcitur! Quibus ego acquievi libenter, ut suum constringerent debitorem, ut electo eo, fideiussor evaderet; hae sunt enim feneratoris leges. Dixi itaque: Tenete reum vestrum; et ne vobis possit elabi, domum ducite, claudite in cubiculo vestro, carnificibus duriores; quoniam quem vos tenetis, carcer non suscipit, exactor absolvit; peccatorum reos post mortem carcer emittit, vos claudit; legum severitate defunctus absolvitur, vobis tenetur. Certe hic sortem suam iam memoratur implisse; non invideo tamen, pignus vestrum reservate. Nihil interest*

richt des Kirchenvaters unsere Aufmerksamkeit. Indem er uns ein drastisches Bild von den Zuständen der Verfallsperiode gibt, zeigt er uns auch, wie man in dieser Zeit zur Geltendmachung der Schulden des Verstorbenen auf das alte Verfahren *per manus iniunctionem* zurückgriff. So zahlreich sind die Parallelen und die feinen Anspielungen, daß kein ernster Zweifel übrig bleibt, daß er das zivile Vollstreckungsverfahren im Auge hatte. Der Bischof als Jurisdiktionsorgan gestattete somit das *domum ducere*¹⁾, das *nexibus alligare*²⁾ bezüglich des Leichnams des Schuldners, wobei er mit feiner Ironie hervorhebt, daß der Tote das ihm durch die Zwölftafeln gesicherte Alimentationsrecht nicht geltend machen werde³⁾. Der heilige *Ambrosius* begünstigt sogar den Zugriff auf den Leichnam, um wenigstens den Bürgen zu retten, ja es scheint, daß es ihm nicht selten auch gelungen ist, die Gläubiger unter religiösen Vorstellungen von der Begierde nach der Befriedigung ihres Rachegefühls abzubringen.

Im nachklassischen Rechte, als die Schuldenvererbung völlig durchgeführt war, hatte die Geltendmachung der Leichnamshaftung ihren Ursprung und inneren Grund in der damaligen Verrohung der Sitten und in dem unzulänglich gesicherten Vollstreckungsverfahren. Durchaus anders war ihre Rolle im Zivilrecht, wo sie unter anderen Verhältnissen anderen Zwecken diente: die schlimmen Folgen des Schuldenerlöschens wenigstens bis zu einem gewissen Grade abzuwenden.

Wie so viele andere zivilrechtliche Normen, läßt sich auch die Geltendmachung der Leichnamshaftung für die Zivilrechtsperiode durch direkte Quellenbelege nicht nachweisen; wir bleiben auch hier auf in-

*inter funus et fenus, nihil inter mortem distat et sortem: personat, personat funebrem ululatum fenus usura. Nunc vere capite minutus est quem convenitis; vehementioribus tamen nexibus alligate, ne vincula vestra non sentiat: durus et rigidus est debitor, et qui iam noverit erubescere. Unum sane est quod non timere possitis, quia poscere non novit alimenta. Iussi igitur levare corpus, et ad feneratoris domum exequiarum ordinem duci; sed etiam inde clausorum mugitu talia personabant. Ibi quoque funus esse crederes, ibi mortuos plangi putares: nec fallebat sententia, nisi quod plures constabat illic esse morituros. Victus religionis consuetudine fenerator (nam alibi suscipi pignora etiam ista dicuntur) rogat ut ad tumuli locum reliquiae deferantur: tunc tantum vidi humanos feneratores gravari me; tamen ego eorum humanitatem memorabam prospicere, ne postea se quererentur fraudatos esse, donec feretro colla subiecti, ipsi defunctum ad sepulcra deducerent, graviori moerore defentes pecuniae suae funus. — Text nach *Migne*, *Patrologia Latina*, Tom. XIV, S. 771 f.*

¹⁾ Cfr. *Gai.* 4, 21: *Qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur. — Tab. III, 3: . . . secum ducito,*

²⁾ Cfr. *tab. III, 3: . . . vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne maiore aut si volet minore vincito.*

³⁾ Cfr. *tab. III, 4: Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato.*

direkte Beweisführung beschränkt¹⁾. Sehr wahrscheinlich lag der Bestimmung der *lex Julia de vi privata* — aus der Zeit des Cäsar oder des Augustus —, wonach die Begräbnisverweigerung unter strenge Strafe gestellt wurde, eine Praxis der Leichnamshaftung zugrunde: Paul. Sent. 5, 26, 3:

Lege Julia de vi priuata tenetur, . . . quique . . . funerari sepeliriue aliquem prohibuerit, funusue eripuerit turbauerit: . . . Quibus omnibus conuictis, si honestiores sunt, tertia pars bonorum eripitur et in insulam relegantur: humiliores in metallum damnantur.

Die Geltendmachung der Leichnamshaftung hatte im Zivilrecht ihren Grund in der Unvererblichkeit der Schulden. Als solche war sie nur die logische Durchführung des damaligen streng persönlichen Vollstreckungsverfahrens per manus iniunctionem; dieses richtete sich nur gegen die Person des Schuldners, nicht direkt gegen sein Vermögen oder gegen seine Familiengenossen. Andererseits wurde es aber gegen den Schuldner mit der grausamsten Konsequenz durchgeführt, da es zum Verkauf in die Sklaverei oder zur Tötung oder gar zur Zerstückelung (in partes secare) führen konnte. Daß den Römern die von Schreuer dargelegte Vorstellung vom fortlebenden Leichnam durchaus nicht fremd war, zeigt das Bestreben des überschuldeten Erblassers, durch Einsetzung eines Sklaven zum Erben der ignominia, welche eine Folge des Nachlaßkonkurses war, nach dem Tode zu entgehen. Starb nun der Schuldner, so konnte der Gläubiger gegen den Leichnam das Verfahren per manus iniunctionem durchführen. Durch die Mißhandlung des Leichnams, insbesondere durch die Begräbnisverweigerung, sollte direkt nur der Tote getroffen werden; indirekt wurde aber dadurch auch auf die Hinterbliebenen ein sakralrechtlicher und moralischer Druck ausgeübt. Ähnlich wie der vindex den lebenden Schuldner auslösen konnte, konnte auch jedermann für den Leichnam das manum depellere vornehmen. In erster Linie werden dies wohl die Erben getan haben, ohne daß sie dazu zivilrechtlich verpflichtet gewesen wären. Haben sie es getan, so wird die bisherige Schuld des Erblassers ihre eigene Schuld, für die sie unbeschränkt persönlich haften. Hieraus wird uns völlig verständlich, daß das römische Zivilrecht eine beschränkte Haftung, etwa als Nachlaßhaftung, nicht entwickeln konnte.

Die Gleichstellung des Leichnams mit dem lebenden Menschen in rechtlicher Hinsicht können wir aus dem Noxalrecht, an dessen Alter ein berechtigter Zweifel nicht möglich ist, mit Sicherheit ersehen. Gaius (4, 81) berichtet uns darüber:

¹⁾ Vgl. dazu Cesare Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano*, ser. sec.: *Il processo civile*, I, 1913, Torino, S. 21 f.; Jobbé-Duval, *Les morts malfaisants*, Paris 1924, passim.

Quid ergo est? etiamsi . . . , de qua re modo diximus, quoque non permissum fuerit ei mortuos homines dedere, tamen et si quis eum dederit, qui fato suo uita excesserit, aequè liberatur.

Dazu bemerkt in einer vielbehandelten¹⁾, leider nur mangelhaft erhaltenen Stelle sein Kommentator von Autun (4, 82—87) unter anderem:

82. Sed interest utrum serui filiiue nomine noxalis actio proponatur, an animalium. Nam si serui filiiue nomine condemnatus fuerit dominus uel pater, poterunt in noxam dare etiam mortuum: condemnatus dominus noxali actione potest seruum etiam mortuum in noxam dare. 83. . . . Animal mortuum uero dedi non potest. 84. Quae ratio est ut serui mortui etiam dedantur? Voluerunt r n re seruis uel filiis . . . delinquentes semet t aut potestatem dominorum neque ita uolebant liberari a dominis seruus delinquebat non poterat dominus aut reddere dabat noxam p 85. cor dedere dom parentem putes uti c domino uel parenti et occidere eum et mortuum dedere in noxam potestas potest cum patris potestas talis est ut habeat uitae et neces potestatem. 86. De filio hoc tractari crudele est, sed t. m. r. n. pos occidere sine iusta causa ut constituit lex XII tabularum. Sed deferre iudici debet propter calumniam. 87. Ergo ideo mortuum dedere ter. Animalibus non est similis tractatio in penis his quae rationem habent.

Daraus geht klar hervor, daß das noxae dedere eines Toten, welcher natürlichen Todes (fato uita excedere) gestorben war, die gleichen Rechtswirkungen hat, als die Auslieferung eines lebenden Haussohnes oder Sklaven. Dagegen gilt aber die Auslieferung eines verendeten Tieres nicht als noxae deditio. Wir ersehen aus diesen Stellen auch, daß der Zugriff auf den Toten den Römern in der ältesten Zeit durchaus nicht fremd war, was für unsere Annahme der Leichnamshaftung von Wichtigkeit ist.

Wie wir schon hinwiesen, war der Erbe anlässlich der Geltendmachung der Leichnamshaftung seitens der Gläubiger zivilrechtlich keines-

¹⁾ C. Ferrini, *Intorno alla „noxae datio“ del delinquente*. Scritti in onore di F. Carrara, S. 309—311, Lucca 1898 (Das Werk war mir nicht zugänglich); C. Ferrini, *Sui frammenti giuridici del palinsesto d'Autun*, *Atti dell'accad. di Torino* XXXV, S. 526 ff. (Unzugänglich; Zitate bei Buonomici im Bull. 13, 294 f. und bei Scialoja, Bull. 13, 72); Scialoja, *Frammenti antegustiniani di Autun*, Bull. 11, 95 ff.; Scialoja, *Sulla „noxae deditio“ del cadavere*. Breve nota ai frammenti di Autun, Bull. 13, 72 ff.; Buonomici, *Un'altra nota aggiunta a quelle di C. Ferrini e di V. Scialoja per la interpretazione dei frammenti d'Autun*, Bull. 13, 294—299; Jobbé-Duval, *Les morts malfaisants*, „Larvae, Lemures“ d'après le droit et les croyances populaires des Romains, Paris 1924, S. 284, 296 ff.; Biondi, *Actiones noxales*, Palermo 1925, S. 250 ff.

wegs verpflichtet, als vindex aufzutreten. War er ein heres suus, so nötigten ihn in der Regel dazu sein Familiensinn, seine gesellschaftliche Stellung und das Sakralrecht. In der Regel wird es der suus gar nicht so weit haben kommen lassen, sondern er übernahm, etwa durch neue Stipulationen, aus eigenem Antrieb die Schulden des Erblassers. Beim heres extraneus dürfte jedoch auch die Leichnamshaftung oft zu einer Schuldübernahme nicht geführt haben. Deshalb werden sich die Gläubiger wohl gut überlegt haben, bevor sie zu diesem immerhin odiosen Verfahren sich entschlossen haben. Daher wird sich bald die Anschauung gebildet haben, daß es für den suus heres moralisch unmöglich erschien, das manum depellere für den Verstorbenen nicht vorzunehmen. Die Geltendmachung der Leichnamshaftung als Durchführung der manus iniectio gegen den Leichnam, wirkte somit im römischen Rechte weit mehr durch die Möglichkeit ihrer Geltendmachung als durch allzuhäufige Anwendung.

Die Bedeutung der Leichnamshaftung für die Entwicklung der Frage der Erbenhaftung im römischen Rechte besteht darin, daß sie die erste Bresche in den zivilen Grundsatz der Schuldenunvererblichkeit geschlagen und dadurch zum erstenmal seine allgemeine Geltung erschüttert hat. Sie führte allerdings in vielen Fällen nicht zum Ziele, oft wird man von ihrer Anwendung abgesehen haben, aber immerhin war durch sie schon Übergang und Boden für die spätere prätorische Reform geschaffen worden.

§ 9.

Hereditas sacrorum.

I. Die Bedeutung der Religion in der Antike.

Bei den Völkern der Antike ¹⁾ spielte die Religion eine sehr wichtige Rolle. Im besonderen Maße gilt dies von den Römern, die sich selbst als die „religiosissimi mortalium“ bezeichneten ²⁾. Griechische Autoren haben wiederholt den letzten Grund der Größe Roms in der römischen

¹⁾ Die Literatur hierzu: Fustel de Coulanges. Der antike Staat, übersetzt von P. Weiß, Berlin-Leipzig 1907; Eb. Fr. Bruck, Totenteil und Seelgerät im griechischen Recht, München 1926; H. Kees, Totenglauben und Jenseitsvorstellungen der alten Ägypter, Leipzig 1926; Jobbé-Duval, Les morts malfaisants, Paris 1924; Blümner, Die römischen Privataltertümer, 3. Aufl., München 1911 (Müllers Handbuch, IV, 2, 2); R. Cagnat-V. Chapot, Manuel d'Archéologie romaine, I, Paris 1926; der Artikel „sacra“ in Pauly-Wissowa, II. R., 1. Band, S. 1656 ff. von Geiger; Wissowa, Religion und Kultus der Römer, 2. Aufl., München 1912.

²⁾ Sallust, Cat. 12, 3; Voigt, Die XII Tafeln, I, Leipzig 1883, S. 32 ff., besonders die in Anmerkung 1 auf Seite 32 angegebenen Quellenbelege; Voigt, Die römischen Altertümer (Müllers Handbuch, IV, 2), 2. Aufl., München 1893, S. 288.

εὐσέβεια und *δεισιδαιμονία* gesehen ¹⁾. Innige Religiosität gehörte zu den typischen Eigenschaften der alten Römer, und man kann in der Tat in der älteren Geschichte der Tiberstadt auf Schritt und Tritt eine enge Verknüpfung des ganzen öffentlichen ²⁾ und Privatlebens mit religiösen Vorstellungen verfolgen.

Im altrömischen Hause brannte am Herde das heilige Feuer, hier opferte man den Göttern und Beschützern des Hauses ³⁾. Der den ausgeprägten wirtschaftlichen Typus darstellende katonische Bauer begrüßte beim Betreten des Meierhofes die Laren, dann erst kam die Besichtigung der Felder an die Reihe ⁴⁾. Das Feuer am Familienherd versinnbildlichte das Fortleben der Familie, eine Vorstellung, die auch das altbabylonische Recht aufwies, indem man dort das erbenlose Versterben als das Haus mit erloschenem Herd bezeichnete ⁵⁾.

II. Totenkult und „sacra“.

Ausgehend von der Anschauung, daß nach dem Tode das jenseitige Leben in ähnlichen Formen und mit ähnlichen Bedürfnissen fortgesetzt werde, in denen sich der Verstorbene zu seinen Lebzeiten befand, trachtete man mit größter Sorgfalt darnach, die Versorgung des Toten im Grabe mit allem Notwendigen sicherzustellen. Hierher gehörte auch das standesgemäße Begräbnis, wobei dem Toten verschiedener Schmuck, Waffen und auch Speisen mit ins Grab gegeben wurden ⁶⁾. Dazu kamen noch die periodisch wiederkehrenden Opfer, die der „Sohn und Erbe“, wie ihn die ägyptischen Inschriften so charakteristisch nennen ⁷⁾, den Verstorbenen darbrachte.

¹⁾ Polybios, *Ἱστορίαι*, VI, 56, 6—7: *Μερίστην δὲ μοι δοκεῖ διαφορὰν ἔχειν τὸ περὶ Ῥωμαίων πολιτεύμα πρὸς βέλτιον ἐν τῇ περὶ θεῶν διαλήψει. Καὶ μοι δοκεῖ τὸ παρὰ τοῖς ἄλλοις ἀνθρώποις ὀνειδιζόμενον, τοῦτο συνέχειν τὰ Ῥωμαίων πράγματα, λέγω δὲ τὴν δεισιδαιμονίαν.* — Vgl. Poseidonios bei Athen. VI, 274; Wissowa, Religion und Kultus der Römer, 2. Aufl., München 1912, S. 386.

²⁾ Es sei hier nur auf die Auspizien sowie auf die vielen Mißbräuche, die später mit diesen getrieben wurden, verwiesen, um ihre ursprüngliche Bedeutung zu zeigen. Vgl. Kübler, S. 74.

³⁾ Wissowa, Religion und Kultus der Römer, S. 33 f.

⁴⁾ Cato, *De agri cultura*, 2, 1: *Pater familias ubi ad villam venit, ubi larem familiarem salutavit, fundum eodem die, si potest, circumeat.*

⁵⁾ Hammurabis Gesetz von Koschaker und Ungnad, VI. Band, Leipzig 1923, S. 132 f.; vgl. ferner auch Fustel de Coulanges-Weiß, *Der antike Staat*, S. 20 ff.

⁶⁾ Für die römischen Gräber vgl. v. Duhn, *Italische Gräberkunde*, Heidelberg 1924, passim; Cagnat-Chapot, *Manuel d'archéologie*, S. 334 ff.; für die griechischen Gräber vgl. Bruck, *Totenteil*, S. 6 ff.

⁷⁾ Kees, *Totenglaube und Jenseitsvorstellungen der alten Ägypter*, S. 24, 49 und passim.

Überraschend sind die Ähnlichkeiten, die wir in verschiedenen Rechtsordnungen, die sich zum Teil unabhängig voneinander entwickelt haben — so der römischen, griechischen¹⁾, altägyptischen²⁾ und japanischen³⁾ — in Hinsicht auf die Sicherung und Erhaltung dieses Toten- und Familienkultes verfolgen können. Die Gräber wiesen eigene Plätze und Einrichtungen auf, damit auf ihnen den Verstorbenen Opfer dargebracht werden konnten⁴⁾. Die Totenopfer waren mit der Zeit sehr umfangreich^{5) 6)} und damit für die Verpflichteten drückend geworden.

¹⁾ Bruck, Totenteil, S. 231 ff.

²⁾ Kees, Totenglaube, S. 1, 24, 48 f., 231.

³⁾ Unser Vaterland Japan. Ein Quellenbuch, geschrieben von Japanern, Leipzig 1904; darin (S. 261—290) „Ahnenkultus“ vom Nobuschige Hozumi; „Ahnenkultus war Japans erste Religion und stammt aus den Zeiten unserer Geschichte, die mehr als 2500 Jahre zurückliegt und wird allgemein vom Volk bis auf den heutigen Tag geübt (S. 263)“. Vgl. dazu auch Dr. Riuchi Ikeda, Die Hauserfolge in Japan unter Berücksichtigung der allgemeinen japanischen Kultur- und Rechtsentwicklung, Berlin 1903, S. 39. — „Wir begehen den Jahrestag unserer Toten, statten ihren Gräbern Besuche ab, bieten Blumen, Speise und Trank dar, zünden Wehraucherkerzen an und beugen uns vor ihren Gräbern, alles aus Gefühl der Liebe und Verehrung (Hozumi, S. 263)“. Für die Opfergegenstände vgl. die Parallele im ägyptischen Recht, wo wir aus der Grabinschrift des Nomarchen Chnumhotep II. bei Beni-Hasan erfahren, daß als Totenopfer „Brot, Bier, Libation, Öl, Weihrauch und Opferfleisch“ dargebracht wurde (Kees, o. c., S. 382). In der älteren Periode brachte in Ägypten „der Sohn und Erbe“ Brot und Wasser zum Opfer und nur an Festtagen auch Bier und Feiertagsgebäck (Kees, o. c., S. 24, 38, 48 f.). Sowohl in Japan als in Ägypten (Hozumi, S. 269; Kees, o. c., S. 369, 377 f., 382 und passim) fanden die Opfer sehr oft statt. — Ursprünglich bildete in Japan „die Aufrechterhaltung des Familienkultes den einzigen Zweck der Erbschaft“, ja der Taiho-Kodex aus dem Jahre 701 n. Chr. bezeichnet die Fortsetzung des Ahnenkultes als Übernahme „der wichtigen Pflicht“ (Hozumi, S. 287). Übrigens enthält noch das moderne japanische Recht Spuren der einstigen großen Bedeutung des Ahnenkultes, indem es im § 987 des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt: „Das Besitzrecht der genealogischen Urkunden der Familie, der Gegenstände, die für den Familienkultus gebraucht werden, und der Familiengräber bildet das besondere Recht der Nachfolge in der Familienhoheit“ (Zitat bei Hozumi, o. c., S. 288, vgl. dazu die z. T. abweichende Übersetzung bei Lönholm, Das Bürgerliche Gesetzbuch von Japan, III. B., Tokyo 1898); vgl. auch die italienische Übersetzung, die G. Castelli unter dem Titel des Werkes von N. Hozumi „Il culto degli antenati e il diritto giapponese, Milano 1923“, besorgt hat.

⁴⁾ Bei den Ägyptern gab es in der Regel eine steinerne Opfertafel, auf welche man die Opfergaben niederlegte (Kees, o. c., S. 50 f.). Bei den Römern war dies die *culina*: *Culina vocatur locus, in quo epulae comburuntur* (Festus, de verb. signif., 65); *Fustel de Coulanges-Weiß*, Der antike Staat, S. 16; *Cagnat-Chapot*, Manuel I, S. 359; v. Duhn, Italische Gräberkunde, S. 426: „Durch kleine Rinsale wurden flüssige Spenden wie Milch nachgegossen.“

⁵⁾ Bei den Römern gab es nach neuntägiger Trauer nach dem Begräbnis am Grabe ein „*sacrificium novendiale*“; den Familiennahmen brachte man an bestimmten Tagen (*parentalia*, *feralia*) Opfer dar. Cfr. Festus, de verborum signif., 85: *Feralia dis manibus sacrata festa, a ferendis epulis, vel a feriendis pecudibus appellata*. — Varro, de lingua latina, 6, 13: *Feralia ab inferis et ferendo, quod ferunt tum epulas ad se-*

Solange der Begriff des Erben mit jenem des leiblichen Sohnes gleichbedeutend war, drängte den Erben der Familiensinn zur gewissenhaften Besorgung der Totenopfer. Als sich jedoch in der Folgezeit die Begriffe des Erben und des Sohnes immer seltener deckten, fand man es besonders angesichts des fortschreitenden Verfalls der Religion nötig, ein Recht der Toten (*iura manium*)¹⁾ auf die periodischen Opfer zu konstruieren und auf die eine oder die andere Art die Fortdauer der Totenopfer sicherzustellen. Die einzelnen Rechte schlugen hierbei verschiedene Wege ein: das ägyptische²⁾ versuchte dies durch Verträge mit den Erben oder auch durch Einsetzung eigener Totenpriester zu erreichen, das griechische Recht³⁾ wollte dasselbe Ziel durch Errichtung von Stiftungen sowie durch die Heranziehung der Orgeonen- und Thiasosverbände⁴⁾ erreichen. Das römische Recht schlug dagegen den Weg der normativen Regelung seitens der Pontifizes ein, wie aus den beiden noch zu erörternden Pontifikaldekreten hervorgeht.

Den Römern waren die alle Kulthandlungen und somit auch die rituelle Totenpflege in sich vereinigenden *sacra*⁵⁾ die Form und der Weg, auf dem sie an die Götter herantraten; ihre Regelung wurde noch dem zweiten König Roms, Numa Pompilius, zugeschrieben (Cicero, de re publ. 14, 26). Man unterschied mehrere Arten der *sacra*. Der Einzelne, die Familie, die gens und endlich auch der Staat, sollten eigene *sacra* haben⁶⁾.

pulerum, quibus ius ibi parentare. — Ursprünglich gab es nach der Ansicht v. Duhn (o. c., S. 119) nur die für die ganze Gemeinde an einem und demselben Tage dargebrachten Opfer (*feralia* und noch keine *parentalia*). Die privaten *Parentalia* wurden am Todes- oder am Begräbnistag des Betreffenden begangen. Zu den *Parentalia* gehörte auch das Rosenfest (*rosaria*, *rosalia*), mit dem oft auch ein Veilchenfest (*dies violae*) verbunden war. Weiteres hierüber in Marquardt, Römische Staatsverwaltung, III. Bd., 2. Aufl., Leipzig 1888, S. 360 ff.

⁶⁾ Für das griechische Recht, welches die *ἐναγίονα* (blutige Opfer), *χοαί* (Trankspenden) und *ρομύζονα* unterscheidet, vgl. Bruck, Totenteil, S. 159, 174, 177 f., und L. Beauchet, Histoire du droit privé de la république Athenienne, Le droit de propriété, Paris 1897, S. 636. — Über den Verfall vgl. Bruck, o. c., S. 194.

¹⁾ Cicero, de leg., 2, 18, 46: de *sacris privatis et de manium iure*; für das griechische Recht vgl. Bruck, Totenteil, S. 36 ff. und passim; für das ägyptische vgl. Kees, o. c., S. 25 und passim.

²⁾ Kees, o. c., 48 f., und passim.

³⁾ Bruck, o. c., S. 195: „Der Erblasser wendet bestimmte Vermögensbestandteile einer juristischen Person, dem Staat, den Tempelverwaltungen, Vereinen — bestehenden oder eigens zu diesem Zwecke gegründeten — mit der Auflage zu, ihm den Totenkult zu verrichten.“

⁴⁾ Bruck, o. c., S. 233 ff.

⁵⁾ Dazu der Artikel vom Geiger s. v. „*sacra*“ in Pauly-Wissowa, 2. Reihe, 1. Band, S. 1656 ff.

⁶⁾ Festus, de verborum significatione, 245: *Publica sacra, quae publico sumptu pro populo fiunt, quaeque pro montibus, pagis, curiis, sacellis; at privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt*. — Über die *sacra publica* vgl. Marquardt, Römische Staatsverwaltung, III, 2. Aufl., Leipzig 1885, S. 121.

Die Besorgung und Erhaltung der persönlichen *sacra* oblag dem Einzelnen, die der Familiensacra dem Hausvater (Cato, de agri cultura, 143: scito dominum pro tota familia rem divinam facere), die der gentilizischen *sacra* endlich dem Vertreter des Geschlechtskultes (flamen)¹⁾.

Wurde in der Zivilrechtsperiode die Zugehörigkeit zur bisherigen Familie, sei es durch die *arrogatio*, sei es durch die *conventio in manum*, aufgelöst, so zogen die beiden Rechtsgeschäfte auch eine Änderung in den „*sacra*“ nach sich. Im ersten Falle kam es zu einer „*detestatio sacrorum*“²⁾, für den zweiten bestimmte aber schon ein angeblich vom König Numa³⁾ erlassenes Gesetz, daß die Frau der „*sacra*“ und „*bona*“ des Ehegatten teilhaftig ward; die Frau schied aus der bisherigen Kultgemeinschaft und trat in eine neue⁴⁾ ein.

Die Erhaltung der Familiensacra war anfangs völlig dem *pater familias* überlassen. Bei dem stark ausgeprägten Familiensinn des quiritischen Roms wird dies lange vollauf genügt haben. Erst als man später einen fortschreitenden Verfall der *sacra* beobachten konnte, griff das Pontifikalkollegium ein. An und für sich stand den Pontifizes kein Rechtsmittel zur Verfügung, durch das sie die Fortführung des Familienkultes hätten erzwingen können. Selbst das Aufsichtsrecht⁵⁾, das ihnen in den letzten Jahrhunderten der Republik unbestritten anerkannt wurde, hat sich wohl nur aus ihrer Stellung als Hüter des starr konservativen Sakralrechts, das für die *sacra* maßgebend war, entwickelt. Denn an das Priesterkollegium wandten sich oft der Senat, die Magistrate, vielleicht auch einzelne Bürger mit Bitten um Auskunft. Obwohl die Pontifizes kein *ius edicendi* hatten, gewannen mit der Zeit ihre so erteilten Gutachten (*decreta*, *responsa*) tatsächlich die Kraft einer unumstößlichen rechtlichen Norm, gegen die es unmöglich war, eine höhere Instanz anzurufen.

Oben haben wir für das ägyptische und das griechische Recht den allmählichen Verfall des Totenkultes festgestellt, der sich Hand in Hand mit dem Religionsverfall und der Änderung der allgemeinen Kulturverhältnisse vollzogen hatte. Ähnliches läßt sich auch für die römischen

¹⁾ Pauly-Wissowa, II. R., I. Band, s. v. *sacra*, S. 1658.

²⁾ Gellius, 5, 19, 4–6, 8. Vgl. Mommsen, Staatsrecht, III, S. 38, 318; Weiteres bei Geiger, in Pauly-Wissowa, s. v. *sacra*, S. 1657. Vgl. auch M. Carredu, La „*sacrorum detestatio*“ nel diritto romano, in Scritti Fadda, I, 1906, S. 391 ff.; Kübler, s. v. „*sacrorum detestatio*“ bei Pauly-Wissowa, II. Reihe, I. Band, S. 1682 ff.

³⁾ Dion. 2, 27 (Zitat bei Bruns, Fontes, S. 9, Nr. 10): . . . *ἐὰν πατὴρ υἱῶ συγχωρήσῃ γυναῖκα ἀγαγέσθαι, κοινωὸν ἔσομένην ἱερῶν τε καὶ χρημάτων κατὰ τοὺς νόμους, . . .*

⁴⁾ Was oft „*sacrorum interimendorum causa*“ angewandt worden ist; vgl. Cicero pro Murena, 12, 27.

⁵⁾ Vgl. Wissowa, Religion und Kultus der Römer, 2. Aufl., München 1912, S. 72, 400 f.

sacra vermuten. Die Zeugnisse¹⁾ aus der klassischen Zeit wissen alle von der einstigen Wichtigkeit der *sacra* zu berichten; gerade aus diesen Zeugnissen geht deutlich hervor, daß zu Zeiten des Festus²⁾ und des Gaius die *sacra* ein bereits abgestorbenes Institut des Sakralrechts darstellen. Einen sicheren Beweis für den Rückgang der *sacra* am Ausgang des dritten vorchristlichen Jahrhunderts liefert uns die Redewendung „*hereditas sine sacris*“, womit ein reiner, durch keinerlei Lasten und Unannehmlichkeiten getrübt Gewinn bezeichnet wurde. Daraus kann man schließen, daß schon zur Zeit des Plautus, bei dem wir dieser Wendung zuerst begegnen³⁾, die Ererbung und die damit verbundene Verpflichtung zur Weiterführung der *sacra* als eine drückende Last empfunden wurde.

III. Die Pontifikaldekrete.

In Anbetracht der überaus wichtigen Rolle, die die römische (persönliche) Familie als Wirtschafts-, Rechts- und Religionszelle in der römischen Kulturwelt spielte, findet man es sehr begreiflich, daß alle rechtssetzenden Faktoren allzeit bemüht waren, sie in ihrem Fortbestande zu sichern. Daraus erklärt sich die augusteische Ehegesetzgebung, die auf dem Gebiete des Zivilrechts neue Normen brachte. Auf dem Gebiete des Sakralrechts waren schon Jahrhunderte vorher die Pontifizes eifrig tätig; ihnen erwachsen im letzten Jahrhundert der Republik eifrige Helfer in der aufblühenden Jurisprudenz⁴⁾.

¹⁾ Festus, de verborum signif., 290: „*Sine sacris hereditas in proverbio dici solet, cum aliquid obvenit sine ulla incommodi appendice, quod olim sacra non solum publica curiosissime administrabant, sed etiam privata, relictusque heres sit pecuniae (ut) etiam sacrorum erat, ut ea diligentissime administrare esset necessarium.* Bruns, Fontes, II, S. 39.

Gai. 2, 55: *Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit,*

²⁾ Oder vielleicht schon zur Zeit des Verrius Flaccus, dessen Werk de verborum significatu (verfaßt unter Augustus) die Quelle für den späteren Auszug des Festus bildete. Siehe Krüger, Quellen, S. 288.

³⁾ Plautus, Captivi, 4, 1, 8: Der Parasit Ergasilus, welcher seinem Gönner Hegio die fröhliche Botschaft von der Rückkehr dessen Sohnes Philopolem überbringen will, und als Belohnung dafür beim Hegio für immer freie Tafel sich zugesichert zu haben glaubt (Vers 780), ruft im Monologe aus (V. 775): *Sine sacris hereditatem aptus effertissumam.* — Im Trinummus läßt Plautus den Sklaven Stasimus sagen: *Cena hac annonast sine sacris hereditas* (Trin., 2, 4, 83; V. 484). Beide Zitate nach der Ausgabe von Goetz-Schoell, 2. Aufl., Leipzig 1901–1909.

⁴⁾ Cicero de leg., 2, 19, 47: *Sed iuris consulti saepe, quod positum est in una cognitione, id in infinitam dispertuntur, de leg., 2, 19, 48: Hoc unoposito, innumerabilia nascuntur, quibus implentur iuris consultorum libri; quaeruntur enim, qui astringantur sacris*

Die Pontifizes warfen ihr Augenmerk auf die Erhaltung der *sacra*, namentlich derjenigen der Familie. Waren sie doch der sichtbare Ausdruck des Fortbestandes der alten Familie, der Trägerin einer ruhmreichen bürgerlich-aristokratischen Tradition. Daß der *suus* schon durch seinen ererbten Familiensinn zur Fortführung der *sacra* verpflichtet war, ist wohl nie bestritten worden. Der *suus heres* hatte übrigens ein lebhaftes Interesse an der Fortsetzung der Familiensacra; nach seinem Tode sollte ja auch er selbst in die Ahnenreihe eintreten und so der sakralen Opfer teilhaftig werden. Der Stolz der alten römischen Familien auf ihr *ius imaginum*, welches insbesondere beim Begräbnis zum Ausdruck kam, vermochte sogar auf den Griechen Polybios einen nachhaltigen Eindruck auszuüben¹⁾.

Anders gestaltete sich die Lage beim *heres extraneus*. Er war schon durch eigene Familiensacra belastet und sollte nunmehr noch die des Erblassers fortsetzen. Daß ihm dies oft beschwerlich wurde und daß infolgedessen in der Regel wohl die *sacra* des Erblassers in Vergessenheit gerieten, erscheint sehr wahrscheinlich. Deshalb griff das Priesterkollegium ein und verhalf auf die schon dargelegte Weise eigenen Normen zur Geltung, welche alle vom Grundsatz ausgehen, daß die Familiensacra dauernd erhalten bleiben sollten²⁾, um eben dadurch das Fortdauern der Familie zum Ausdruck zu bringen. Aus welchem Anlaß, ob auf Ersuchen des Senats oder eines Magistrats, oder aus eigener Initiative des Priesterkollegiums, es zu dieser Regelung kam, wird nicht berichtet. Cicero³⁾ berichtet nur, daß die Regelung bloß eine sakralrechtliche, keine zivilrechtliche war. Leist⁴⁾ bezeichnete die beiden Regelungen als Pontifikaledikte, dies mit Rücksicht auf ihre große Ähnlichkeit mit den prätorischen Edikten; seiner Bezeichnung folgte die Mehrzahl der späteren Forscher, u. a. Karlowa⁵⁾, Girard-Mayr⁶⁾. Kniep⁷⁾ widersprach dem mit dem Hinweis, daß den Pontifizes ein *ius edicendi* nicht zustand⁸⁾, bezeichnete diese Normen „als ein priesterliches

¹⁾ Polybios, *Ἱστορίαι*, 6, 53, 6; Richard Heinze, Von den Ursachen der Größe Roms, Rektoratsantrittsrede 1921, 2. Abdruck, Leipzig 1925, S. 21; Beloch, Römische Geschichte, Berlin-Leipzig 1926, S. 97.

²⁾ Cicero, de leg., 2, 9, 22: *Sacra privata perpetua manent*; — de leg., 2, 19, 47: . . . de sacris . . . haec sit una sententia, ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et . . . perpetua sint sacra.

³⁾ Cicero, de leg., 2, 21, 52: *Nam sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt*. — de leg., 2, 19, 48: . . . haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit.

⁴⁾ Glück-Leist, Erläuterungen zu den Pandecten, Band 37—38, I. Teil, S. 174.

⁵⁾ Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II, S. 901 ff.

⁶⁾ Girard-Mayr, S. 969.

⁷⁾ Kniep, Gai institutionum commentarius secundus, 1. Teil, S. 190.

⁸⁾ Anders Mommsen, Abriß des röm. Staatsrechtes, S. 95.

Gewohnheitsrecht“ und sprach von einer älteren und einer jüngeren Ordnung. Wir wollen sie als Pontifikaldekrete bezeichnen, was mit Rücksicht auf die Funktionen des Priesterkollegiums berechtigt erscheint.

Die Haftung für die Fortsetzung der Familiensacra des Verstorbenen wurde in erheblichem zeitlichem Abstände durch zwei¹⁾ Pontifikaldekrete²⁾ geregelt. Offenbar ist keines von ihnen aus einem Gusse hervorgegangen; vielmehr haben sie sich — ähnlich dem *edictum tralaticium* — im Laufe der Zeit durch Hinzufügung von weiteren neuen Bestimmungen entwickelt. Für das jüngere Dekret belegt uns dies Cicero selbst, indem er unter seinen Autoren die durch ein gutes Jahrhundert voneinander getrennten Persönlichkeiten des Tiberius Coruncianus und des P. Mucius Scaevola nennt³⁾.

Unter P. Scaevola⁴⁾ haben wir den P. Mucius Scaevola *Publii filius* zu verstehen, der im Jahre 133 v. Chr. Konsul und im Jahre 123 Pontifex maximus war. Tiberius Coruncianus war der erste plebejische Pontifex maximus und bekleidete dieses Amt im Jahre 252 v. Chr.⁵⁾ Cicero⁶⁾ berichtet nur bezüglich der zweiten Klasse des jüngeren Dekretes, daß sich an ihrer Fassung sowohl Coruncianus als auch Scaevola betätigt haben. Daraus folgt, daß die älteste Formulierung dieses Teiles des jüngeren Dekretes schon in die Mitte des dritten vorchristlichen Jahrhunderts zu verlegen ist. Das jüngere Dekret selbst wird aber auch nicht älter sein; sein Ursprung fällt somit in das Zeitalter des Coruncianus. Vielleicht gehen wir nicht irre, wenn wir in ihm nur eine verbesserte Auflage des älteren, wahrscheinlich wegen der mangelhaften Formulierung oft umgangenen Dekretes erblicken. Hinsichtlich des älteren fehlt jeder Anhaltspunkt für die Bestimmung seiner Entstehungszeit. Nur negativ können wir es in die Zeit vor Coruncianus und nach den Zwölftafeln verlegen. Für sein Alter spricht neben seiner kurzen, wenig ausführlichen Fassung auch die Schlichtheit des rechtlichen Denkens, welches nur das materielle „capere“ als Erwerbsart zu kennen scheint, während das jüngere zwar noch vom „capere“ ausgeht, jedoch dieses auch im metaphorischen Sinne (*quasi eam pecuniam ceperit*) anwendet.

Nachdem Cicero das jüngere Dekret angeführt hat, fährt er fort⁶⁾:

¹⁾ Cicero, de leg., 2, 20, 49: *Haec nos a Scaevola didicimus, non ita descripta ab antiquis*, — de leg., 2, 21, 52: *Placuit P. Scaevolae et Ti. Corunciano, pontificibus maximis, itemque ceteris eos, qui tantundem caperet, quantum omnes heredes, sacris alligari*.

²⁾ Cicero, de legibus, 2, 18, 46—21, 52.

³⁾ Cicero, de leg., 2, 21, 52; siehe das Zitat oben A. 1.

⁴⁾ Krüger, Quellen, S. 62.

⁵⁾ Krüger, Quellen, S. 55; anders Kübler, S. 130.

⁶⁾ Cicero, de leg., 2, 20, 49.

Haec (das jüngere Dekret) nos a Scaevola didicimus, non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant: tribus modis sacris adstringi,

aut hereditate,
 aut si maiorem partem pecuniae capiat,
 aut, si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit.

Demnach verpflichtete das hier überlieferte ältere Pontifikaldekret zur Fortführung der sacra zunächst den Erben, sodann den Erwerber des größeren Teiles des Nachlasses und zuletzt den Vermächtnisnehmer, dessen Vermächtnis den größeren Teil der Erbschaft ausmachte, falls er davon irgend etwas erworben hatte.

Zweifaches fällt dabei auf: die Erwähnung der maior pars sowohl in der zweiten als auch in der dritten Klasse und die glatte Form, welche im Vergleich zur Diktion des jüngeren Pontifikaldekretes geradezu elegant genannt werden kann. Die maior pars pecuniae kann natürlich nur die Mehrheit der körperlichen Nachlaßgegenstände bedeuten, worauf besonders deutlich das capere = „ergreifen, an sich reißen“ hindeutet. Dies befindet sich im Einklang mit unserer Auffassung der zivilen hereditas als Inbegriff von körperlichen Nachlaßgegenständen.

Wenngleich wir keinen Anlaß haben, die Richtigkeit des Berichtes Ciceros über das ältere Pontifikaldekret im allgemeinen zu bezweifeln, so ist damit noch nicht gesagt, daß uns Cicero gerade den Wortlaut des Dekrets in seiner ältesten Fassung überliefert. Vielmehr scheint eine Prüfung der einzelnen Klassen, welche das Dekret unterscheidet, eine gewisse Schichtung und allmähliche Entstehung derselben zu ergeben.

Im älteren Pontifikaldekret stellt den ältesten Bestandteil die zweite Klasse dar. Dafür sprechen die beiden Ausdrücke „capere“ und „pecunia“, die hier in der einfachen Relation erscheinen, anders als in der dritten Klasse, die übrigens das „pecuniam capere“ nur auf den Vermächtnisnehmer bezieht. Da die beiden Bezeichnungen „maior pars pecuniae“ und „capere“ auf den Übergang von Obligationen nie angewandt wurden, so wurde von der Haftung für die Erhaltung der sacra lediglich der Erwerber des sächlichen Nachlasses getroffen. Das „capere“ kam jedoch nur für den heres extraneus und für den Erbschaftersitzer in Frage. Somit bestätigt sich auch hierin unsere oben dargelegte Annahme, daß der Grund zur Normierung der Sacrahaftung außerhalb des Kreises der sui heredes zu suchen sei. Vielleicht dürfen wir in unseren Folgerungen noch weiter gehen. Das Komitialtestament, welches das älteste römische Testament war, sollte durch die Arrogation von Todes wegen dem Testator einen Erben schaffen, dessen Stellung wohl die des suus heres war. Auch für den Komitialerben kam daher ein capere nicht in Frage. Das wurde anders erst in der Periode des Manzipationstestamentes, in welchem jede

Erinnerung an die Arrogation fehlt. In diese Zeit¹⁾ ist wohl auch die Entstehung des Pontifikaldekretes zu verlegen.

Nicht viel jünger wird die Normierung der dritten Klasse von Sacraverpflichteten sein. Die Erhaltung der sacra trifft danach den Legatar, dem die maior pars pecuniae vermacht worden ist²⁾, falls er davon irgend etwas erworben hat. Ursprünglich dürfte diese Klasse nur die Vermächtnisnehmer der „maior pars“ beschwert haben. Dem war leicht auszuweichen, indem man sich weniger als die maior pars aneignete. Durch den Zusatz wurde jedoch die Haftung auch auf den Vermächtnisnehmer der „maior pars“ erstreckt, der sich davon irgend etwas angeeignet hatte. So blieb nun dem Vermächtnisnehmer nur die Wahl zwischen der Übernahme der sacra und dem Verlust des Vermächtnisses.

In der ersten Klasse bürdete Cicero dem Erben die Haftung für die sacra auf. Mit Rücksicht darauf, daß der Ausgangspunkt dieser Dekrete nicht im Verhalten der sui zu suchen ist, zweifle ich jedoch sehr, ob diese Klasse schon dem ältesten Dekrete angehörte. Wir haben bereits hingewiesen, daß hier Cicero keineswegs den Wortlaut des Dekretes bringt, sondern vielmehr eine stark systematisierende Interpretation des Dekretes wiedergibt. Nun ist es sehr wahrscheinlich, daß der Systematiker, der in letzter Fassung des jüngeren Pontifikaldekretes an erster Stelle den heres vorfand, auch das ältere mit der hereditas beginnen ließ. Vor allem war es daher im älteren Pontifikaldekret notwendig, den Erbschaftersitzer und den Legatar der maior pars heranzuziehen. Den heres extraneus konnte man ja ohnehin unter die zweite Klasse subsumieren. Man darf dabei auch nicht vergessen, wie selten in dieser Zeit das Wort „heres“ gebraucht wurde: die Zwölftafeln (tab. V, 4) verwenden es nur

¹⁾ Die zweifellos geringe Bedeutung des proximus adgnatus in der Periode des Komitialtestamentes wird schwerlich die Regelung der Sacrahaftung hervorgerufen haben. Einerseits unterschieden sich die sacra der nächsten Adgnaten infolge der gemeinsamen Ahnenreihe kaum voneinander, andererseits haben wir es damals mit einem tiefreligiösen, aristokratisch bewußten Bauerntum zu tun; alles Umstände, deren Verschwinden eben später den Verfall der sacra verursachte.

²⁾ Lenel (Zur Geschichte der heredis institutio, S. 131, A. 3) schaltet den Satz „si maior pars pecuniae legata est“ als Glossem aus. Diese Annahme sollte die Richtigkeit der Lenelschen Hypothese beweisen, wonach das älteste römische Testament ein Legatentestament war und die Haftung der verschiedenen Nachfolger von Todeswegen (des Legatars, familiae emptor u. a.) eine beschränkte war. Die letztere Hypothese ist schon oben abgelehnt worden. Bloß der sprachliche Grund, da mitten in der indirekten Rede zwischen zwei Konjunktiven (capiat, ceperit) ein Indikativ steht, ist zur Darlegung des Glossems wohl unzureichend. Wie wäre dann der Tempuswechsel (capiat, ceperit) zu erklären? Auch lassen sich die nach Ausschaltung des angeblichen Glossems übrigen Haftungsgründe: si maiorem partem pecuniae capiat aut si quippiam ceperit, nur schwer vereinen.

einmal, im Catos Werke de agri cultura kommt es kein einziges Mal und noch in Varros rerum rusticarum libri tres bloß dreimal vor¹⁾).

Das Ziel, sacra cum pecunia coniungere, haben die Pontifices somit erreicht. Ihre weitere Tätigkeit auf diesem Gebiete war dem Bestreben gewidmet, den Wortlaut des älteren Dekretes so zu vervollkommen, daß alle Umgehungen der Norm vereitelt werden sollten; es hieß aber auch weitere Tatbestände hinzufügen, um so den neuen Erfordernissen der rasch fortschreitenden Kultur- und Wirtschaftsentwicklung zu genügen; infolgedessen fanden nunmehr auch Forderungen und Schulden Berücksichtigung. Das Ergebnis dieser Entwicklung stellt das jüngere Pontifikaldekret dar. Dieses bürdet die Sorge um die Erhaltung der sacra fünf Klassen von Verpflichteten auf, und zwar in folgender Reihenfolge (Cicero, de leg., 2, 19, 48):

Hereditum causa iustissima est; nulla est enim persona, quae ad vicem eius, qui e vita migravit, propius accedat.

Deinde, qui morte testamentove eius tantundem capiat, quantum omnes heredes . . .

Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, cum moritur, usu ceperit plurimum possidendo.

Quarto, qui, si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius plurimum servet.

Extrema illa persona est, ut is, si qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit.

Auch nach dem Coruncanisch-Scaevolischen Pontifikaldekret haftet für die Sacraerhaltung in erster Linie der Erbe. Hat denn schon die Coruncanische Fassung des Dekretes den Erben erwähnt? Dagegen spricht vor allem die philosophierende Begründung, die zum archaischen amtlichen Stil der folgenden Klassen im schroffen Gegensatz steht. Sodann erweckt Bedenken die Tatsache, daß jede von den drei folgenden Klassen an die vorhergehende anknüpft und so ihre Subsidiarität ausdrückt, bei der zweiten es jedoch an einer derartigen Verbindung fehlt. Daher erscheint es mir sehr zweifelhaft, daß schon die Coruncanische Fassung des Dekretes die von Cicero zuerst angeführte Klasse enthalten hätte. Viel eher ist die ausdrückliche Einfügung des Erben dem immer mehr einsetzenden Systematisieren der vorklassischen Jurisprudenz zuzuschreiben.

An zweiter Stelle zieht das jüngere Dekret den Vermächtnisnehmer heran, dem ebensoviel zufällt als allen Erben zusammen. Hatte das ältere Dekret immer die Mehrheit (maior pars) des Nachlasses vor Augen,

¹⁾ Keil-Krumbiegel, M. Porci Catonis, de agri cultura liber. M. Terenti Varronis rerum rusticarum libri tres; Index verborum vol. III, fasc. 1, 1897; fasc. 2, 1902, Lipsiae, s. v. heres.

so genügt im jüngeren zur Haftung für die sacra das Vermächtnis des tantundem, nämlich so viel, als alle Erben zusammen erhalten haben. Im Gegensatz zur dritten Klasse des älteren Dekretes handelt es sich hier um das „capere“, das Erwerben des tantundem; eignete sich der Vermächtnisnehmer weniger an, oder ordnete der Verstorbene dieses Partitionslegat mit einer deductio an, so traf die Besorgung der sacra den Erwerber nicht. Bei der mortis causa donatio hingegen befreite den Beschenkten die Annahme der verringerten Schenkung von der Sacrahaftung¹⁾ nicht.

In der zweiten Klasse ist nicht mehr vom capiens schlechthin, sondern nur von demjenigen, der morte testamentove capiat, somit vom Legatar die Rede. Wie ist in diesem Falle die Stellung des Erben? Daß die Haftung für die sacra seitens des Legatars des tantundem gegenüber dem Erben eine subsidiäre sei, wird nirgends gesagt. Der Erbe konnte wohl die sacra ohne weiteres als der zunächst Berufene fortsetzen (hereditum causa iustissima est), ein Partitionslegatar, der das tantundem erwarb, konnte jedoch die Übernahme der sacra unter Hinweis auf den Erben nicht verweigern. Denn ein Erbe, der die Erbschaft antrat, mußte immer da sein, bevor der Partitionslegatar zu seinem Erwerbe „testamento“ gelangen konnte. Wir begegnen hier der gleichen unfreundlichen Gesinnung des Gesetzgebers gegenüber dem Partitionslegatar, die wir später in der lex Voconia²⁾ aus dem Jahre 169³⁾ vorfinden. Es ist als ein Schritt in entgegengesetzter Richtung zu bezeichnen, daß Scaevola die beiden obenerwähnten Umgehungsversuche (per deductionem, das capere von weniger als tantundem) gelten ließ.

Ist kein Erbe da oder will der extraneus die Erbschaft nicht antreten, so ist die Übernahme der sacra weder durch die erste noch durch die zweite Klasse des jüngeren Dekretes gesichert. Es fehlt an Erben und infolgedessen kann es auch keinen Legatar geben. Darum zieht die dritte Klasse den Erbschaftersitzer, der das Meiste vom Nachlaß des Verstorbenen ersessen hat, zur Erhaltung der sacra heran. War der Usukapient nach dem älteren Dekret schon in der zweiten bzw. eigentlich in der ersten Klasse⁴⁾ berufen, so geschieht dies in der neueren

¹⁾ Cicero, de leg., 2, 20, 50: . . . Atque etiam hoc dant Scaevolae, quom est partitio (somit beim Legatar) ut, si in testamento deducta scripta non sit ipsique minus ceperint, quam omnibus heredibus relinquatur, sacris ne alligentur. In donatione hoc iidem secus interpretantur, . . . Vgl. dazu H. Burckhardt, Zu Cicero de legibus II, 19–21, in SZ. 9, 286 ff. und B. Kübler, Zu Cicero de legibus II, XIV–XXI, in SZ. 11, 37 ff.

²⁾ Gai. 2, 226: . . . lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortis causa capere liceret, quam heredes caperent.

³⁾ Rotondi, Leges publicae populi Romani, S. 283.

⁴⁾ Wenn man im Sinne obiger Ausführungen die erste Klasse der Dekrete als späteren Zusatz betrachtet.

Ordnung erst an dritter bzw. zweiter Stelle, wobei die Subsidiarität noch besonders hervorgehoben wird. Die Sacrahaftung des Erbschaftsersitzers war noch zu Gaius' Zeiten bekannt¹⁾.

Gibt es auch keinen Erbschaftsersitzer, so kommen die Gläubiger des Verstorbenen an die Reihe, und zwar derjenige unter ihnen, welcher das Meiste gerettet hat. Wir finden hier plötzlich einen neuen Kreis von Personen, die zur Übernahme der sacra herangezogen werden und die — ebenso wie die in letzter Reihe berufenen Schuldner — das ältere Dekret noch nicht erwähnte. Es liegen dazwischen Übergangsstadien, die das agrarische Rom aus der Natural- und Familienwirtschaft in die Geldwirtschaft hinüberführten. Daher gewinnen die Forderungen und Schulden an Bedeutung, sie finden Berücksichtigung auch im Pontifikaldekret. Zur Zeit, als diese Bestimmung in die jüngere Ordnung eingereiht wurde, waren die kontraktlichen Schulden und Forderungen infolge allmählicher Entwicklung schon vererblich geworden. Daraus läßt sich auch erklären, daß niemand einen passiven Nachlaß ersitzen und hiermit die Schuldenhaftung übernehmen wollte. Das Konkursverfahren der *bonorum venditio* hatte sich damals gleichfalls noch nicht durchgesetzt; denn bei diesem war von einem „*plurimum servare*“ seitens eines der Gläubiger keine Rede²⁾. Völlig sich selbst überlassen, konnte der Gläubiger des ohne Erben verstorbenen Schuldners nur im Wege der Selbsthilfe, die ihm damals noch erlaubt war, aus dem Nachlaß so viel erwerben, als es eben ging. Auf ein „*plus minusve*“ kam es den Römern bei derartigen Katastrophen nicht an³⁾. Somit erschien es dem Priesterkollegium billig, den Gläubiger, der das Meiste gerettet und dadurch vermögensrechtlich noch am besten abgeschnitten hatte, zur Übernahme der sacra zu bewegen. Aus dem Umstande, daß hier von *servare* die Rede ist, dürfen wir vermuten, daß diese Klasse noch vor der Einführung der *bonorum venditio*, die dem P. Rutilius Rufus zugeschrieben wird (um 118 v. Chr.), dem Dekrete eingefügt sein dürfte.

Mitunter traf es sich, daß der erbenlos Verstorbene einen zahlungsfähigen Schuldner hinterließ. Nun konnte dieser an niemanden das dem Verstorbenen Geschuldete wirksam leisten und wurde eines Vermögensvorteils teilhaftig, während andererseits niemand da war, um die Familiensacra fortzusetzen. Darum hat das jüngere Dekret in letzter Linie auch solche Schuldner zur Sacraübernahme herangezogen, und zwar mit der interessanten Fiktion: Der Schuldner habe das geschuldete Geld an sich genommen. Dieser Tatbestand dürfte höchstwahrscheinlich auf einen konkreten Fall zurückgehen, wofür schon seine ungeschickte Fassung

¹⁾ Gai. 2, 55.

²⁾ Ebenso Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II, S. 903.

³⁾ Cfr. tab. III, 6: Si plus minusve secuerunt, se fraude esto.

spricht. Die fünfte Klasse ist als letzte hinzugefügt worden, als sich auf kontraktlichem Gebiete die Schuldenvererbung bereits durchgesetzt hatte und nachdem schon die Einfügung der vierten Klasse in das System des alten Dekrets eine Bresche geschlagen hatte. Daß sie nicht zu gleicher Zeit mit der vierten Klasse aufgestellt war, zeigt der Stil, der sich von dem der vorhergehenden erheblich unterscheidet.

Mit welcher Sanktion waren die Pontifikaldekrete ausgestattet? Allerdings nur mit einer sakralrechtlichen, die in der Erklärung als „*impius*“ ihren Höhepunkt erreichte, die aber nur so lange wirksam war, als die Religiösität selbst im Volke noch tief wurzelte; daher verfielen noch vor der Prinzipatszeit mit der Religion auch die sakralrechtlich geschützten sacra.

IV. Sacrahaftung und Schuldenvererbung.

Die Reformen, die die Erhaltung der Familiensacra anstrebten, haben wir etwas ausführlicher behandelt, da sie in mancher Hinsicht für unser Problem von Bedeutung sind. Spricht doch Cicero neben der *hereditas pecuniae* auch von einer *hereditas sacrorum*¹⁾ und stellten andererseits auch die Familiensacra gewissermaßen die Schulden der Familien den Göttern gegenüber dar.

Allerdings wäre es verfehlt, wenn man die Schuldenvererbung auf die Haftung des Erben für die Familiensacra zurückführen wollte; diese Auffassung hat schon Mitteis²⁾ mit vollem Recht abgelehnt. Man kann dabei nur auf den grundlegenden Unterschied hinweisen: die römischen Familiensacra sind eine Schuld der Familie den Göttern gegenüber, während die gewöhnliche Schuld infolge des streng persönlichen Charakters der zivilen Obligation nur ein bestimmtes Individuum, den Schuldner, an den Gläubiger bindet. Daher kann es keinem Zweifel unterliegen, daß in Rom³⁾ die Familiensacra von jeher vererblich waren. Daraus wird es auch verständlich, wieso in den Pontifikaldekreten die Sacrahaftung des Erben zumindest im Hintergrunde bleibt — wenn ihre Erwähnung nicht überhaupt, wie wir angenommen haben, eine Einfügung der späteren Systematiker ist —, während man in erster Linie bestrebt ist, andere Personenkreise heranzuziehen.

Die Pontifikaldekrete sind für unser Problem in doppelter Hinsicht von Bedeutung. Einerseits spiegelt sich in ihrer Fassung der Übergang

¹⁾ De domo sua, 13, 35: quas adoptiones sicut alias innumerabiles hereditates nominis, pecuniae, sacrorum secutae sunt. — Vgl. jedoch dazu die Ausführungen Perozzis und Bonfantès in dessen *Scritti* I, S. 236, A. 1.

²⁾ RPR., I, S. 93.

³⁾ Anders in Arpinum; vgl. Cato, II. Originum bei Priscian gramm. 4, 21: Si quis mortuus est Arpinatis, eius heredem sacra non secuntur.

von der Zivilrechts- zur Amtsrechtsperiode ab. Hatte man ursprünglich nur das „capere“ ins Auge gefaßt, somit eine auf den sächlichen Nachlaß zugeschnittene Erwerbsart, so berücksichtigte man in den beiden jüngsten Bestandteilen des zweiten Pontifikaldekrets auch Forderungen und Schulden. Erwägt man, daß diese beiden Klassen von der Zeit Scaevolae nicht allzu sehr entfernt sein dürften, so findet auch darin unsere Auffassung, wonach die Vererblichkeit der Kontraktsschulden sich im zweiten Jahrhundert v. Chr. durchgesetzt habe, eine Bestätigung.

Endlich soll auch darauf verwiesen werden, wie die Pontifices es verstanden, indirekt im Wege ihrer Dekrete und Gutachten den Kreis von Personen zu erweitern, die die *sacra* übernehmen sollten. Dieser Vorgang macht uns auch die Entwicklung verständlicher, wieso der Prätor, dem auch keine rechtskonstitutive Gewalt zustand, die zivile Unvererblichkeitsnorm für die Kontraktionsaktionen abändern konnte.

Zweiter Abschnitt.

Ius honorarium.

§ 10.

Die Unhaltbarkeit der zivilrechtlichen Schuldenunvererblichkeit in der amtsrechtlichen Periode.

I. Allgemeines.

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß nach Zivilrecht alle *actiones in personam passiv* unvererblich waren; nunmehr ist die Frage nach der Haftung des Erben für die amtsrechtliche Periode zu beantworten. Darunter soll die Zeit etwa vom Ausgang des zweiten Punischen Krieges bis zur Aufstellung des *edictum perpetuum* unter Hadrian bezeichnet werden. Ganz abgesehen von der allgemeinen Tatsache, daß sich derartige Perioden äußerst selten auf Jahreszahlen festlegen lassen, bedarf es in diesem Falle noch eines besonderen Vorbehaltes. Einerseits reichen nämlich die Anfänge der rechtschaffenden Betätigung des Prätors noch tief in die zivilrechtliche Periode zurück¹⁾, andererseits fällt die im obigen Sinne abgegrenzte Amtsrechtsperiode von Labeo weiter mit der klassischrechtlichen zusammen. Es gehört wohl zur Eigenart der römischen Rechtsgeschichte, daß neue Rechtseinrichtungen zunächst die alten nicht aufheben, sondern längere Zeit neben ihnen fortbestehen, bis die ersteren infolge organischer Entwicklung allmählich völlig alle Funktionen der letzteren übernehmen. Ein typisches Beispiel hierfür bietet die Entwicklung des römischen Zivilprozesses vom Legisaktionen- zum Formularverfahren und von diesem wiederum zur *extraordinaria cognitio*.

Wie wir schon eingangs²⁾ festgestellt haben, war zur Zeit Ciceros die Vererblichkeit von Kontraktsschulden allgemein anerkannt. Da uns

¹⁾ Dazu Mitteis, RPR., I, S. 40 ff.; Kübler, S. 133 f.; Wlassak, Römische Prozeßgesetze, II, Leipzig 1891, S. 351: „Während dieser Gelehrte (sc. Puntchart) das Honorarrecht für jünger hält als die Prätur, ist nach meiner Überzeugung die prätorische Jurisdiction, u. z. so, wie sie Cicero vor Augen hatte, nicht erst durch die *lex Aebutia* begründet, sondern gleichen Alters wie die Gerichtsmagistratur selbst.“

²⁾ Siehe oben S 3 f.

nirgends überliefert wird, wie es zu dieser von der zivilrechtlichen so sehr verschiedenen Normierung gekommen ist, können uns nur Rückschlüsse aus anderen geschichtlichen Tatsachen darüber einige Klarheit verschaffen. Es soll im folgenden zunächst dargelegt werden, daß eine derartige Reform auf dem Gebiete des Erbrechts ein notwendiges Ergebnis der gesamten damaligen Kultur- und Wirtschaftsentwicklung war; sodann sollen die Faktoren, denen die Einführung dieser Neuerung oblag, sowie die Art und Weise und endlich die Zeit der Durchführung erwogen werden.

II. Wirtschaftliche Zustände.

Unter den Gründen, die eine Abänderung der zivilen Schuldenunvererblichkeit wünschenswert erscheinen ließen, sind an erster Stelle die Wirtschafts- und Kulturzustände des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts zu nennen. Etliches ist darüber schon oben¹⁾ gesagt worden, hier sollen nur noch einige Ergänzungen hinzugefügt werden.

Die vielen Kriege, die Rom in dieser Zeit führte und die ein Ergebnis seiner nach der Weltherrschaft strebenden imperialistischen Politik waren, richteten den Bauernstand, den bisherigen Grundpfeiler des römischen Staates, zugrunde. Hatten schon die zahlreichen Feldzüge seine Reihen stark gelichtet, so wirkte noch verhängnisvoller die Abwanderung in neue Kolonien und Provinzen, aber auch in andere Berufe, wo sich bessere Erwerbsmöglichkeiten zu bieten schienen. Auf der anderen Seite gestalteten sich die Daseinsmöglichkeiten für die an der väterlichen Scholle treu Ausharrenden immer ungünstiger.

Die Riesensummen, welche die besiegten und eroberten Länder unter verschiedenen Benennungen (Beute, Kriegsentschädigung, Steuern u. a.) aufbringen mußten, strömten damals nach Rom, kamen aber mehr der römischen Oligarchie als dem römischen Volke zugute. Die Nobilität, durch die lex Claudia²⁾ von Handelsspekulationen ausgeschlossen, sah sich genötigt, ihre Kapitalien in Land anzulegen, und förderte die Entstehung des Großgrundbesitzes, für dessen Bewirtschaftung ihr die nach Italien gebrachten Sklavenheere eine billige Arbeitskraft lieferten. Indem der kapitalstarke Großgrundbesitz die fortschrittlicheren landwirtschaftlichen Kenntnisse der griechischen und übrigen orientalischen Sklaven in seinen Dienst stellte, ging er in hohem Maße zu intensiveren Wirtschaftsformen (Gartenkultur) über. Nunmehr wurden Wein und Oel die Hauptprodukte der römischen Wirtschaft, während der Getreidebau, der sich mit Rücksicht auf die niedrigen Preise des eingeführten überseeischen Getreides nicht mehr lohnend erwies, immer mehr aufgegeben wurde. Es leuchtet ein, daß der kleine und mittlere Bauer den Wettkampf

¹⁾ Siehe oben S. 8 ff., 29 ff., 46 ff. sowie die dort angegebene Literatur.

²⁾ Siehe oben S. 34.

mit dem Großgrundbesitzer auf die Dauer nicht aushalten konnte. Seine wenigen für den Markt bestimmten Überschüsse¹⁾ sanken im Werte, während es ihm für den Übergang zu intensiveren Wirtschaftsformen am nötigen Kapital fehlte. Als ein Teil der römischen Bauernschaft in die Kolonien und Provinzen auswanderte, der andere die bald zu Hunderttausenden zählenden Massen²⁾ des hauptstädtischen Proletariats verstärkte, sank der Stand ins Grab, der der natürliche Träger der wirtschaftlichen Familienautarkie war. Denn die Produktion des Großgrundbesitzers blieb auf den Markt eingestellt (Wein, Oel) und auf ihn angewiesen (Getreide, Kleidung)³⁾. Das Zeitalter der geschlossenen Familien- und der mit ihr zusammenhängenden Naturalwirtschaft war somit in Rom zu Ende. Es folgte die Periode der Geldwirtschaft mit der offenbaren Tendenz, sich immer mehr zu einer Kreditwirtschaft zu entwickeln.

Silber- und Goldmünzen, zunächst vorwiegend fremder, in der Folgezeit aber auch eigener Prägung, verdrängten das Kupfergeld. In diese Zeit fällt der höchste Aufschwung des römischen Handels, welcher sogar zur Entstehung eines eigenen Standes, der Ritterschaft⁴⁾, der römischen Plutokratie, führte. Es entstanden Reichtümer in bisher nie dagewesenem Maße, wozu die nahezu fabelhafte Verschuldung der jungen römischen vornehmen Welt das Gegenstück bildete. Auch das mächtige Aufblühen des römischen Bankierwesens (argentarii) ist ein sicheres Anzeichen des damaligen lebhaften Geld- und Wirtschaftsverkehrs.

Alle diese gewaltigen Umwandlungen, die Rom zu Beginn der amtsrechtlichen Periode durchmachte und die sogar sein äußeres Aussehen gründlich veränderten, verfehlten nicht, ihre Wirkung auch auf das Privatrecht auszuüben. Gab der Zivilrechtsperiode, der Zeit des Bauernstaates, das Sachenrecht ihr charakteristisches Gepräge, so trat nunmehr das Obligationenrecht in den Vordergrund. Die Schuldverhältnisse nahmen nicht nur zahlenmäßig zu, sondern auch ihre Bedeutung war im Vergleich zur vorigen Periode gewaltig gestiegen. Das deutlichste Anzeichen dafür ist wohl ihre Tendenz zur immer weiteren Differenzierung, die sich in der Einführung neuer Aktionen äußert. In der neuen Wirtschaftslage erwies sich aber auch das Festhalten an der zivilen Unvererblichkeit als schädlich. Die Schuldverhältnisse wurden jetzt nicht mehr bloß auf kurze Fristen abgeschlossen, und deshalb durfte ihre Fortdauer nicht durch das Ableben eines der Kontrahenten in Frage gestellt werden.

¹⁾ Siehe oben S. 35.

²⁾ Cäsar beließ die Getreidespenden nur den wirklich Bedürftigen und setzte die Zahl derjenigen, die künftighin die Getreidespenden behielten, von 320 000 auf 150 000 herab. — Vgl. Mommsen, Römische Geschichte, III, S. 506.

³⁾ Vgl. dazu Kromayer, Staat und Gesellschaft der Römer, S. 292 ff.

⁴⁾ Vgl. A. Stein, Der römische Ritterstand. Ein Beitrag zur Sozial- und Personengeschichte des römischen Reiches, München 1927.

In der Periode der Mammonisierung des ganzen öffentlichen und privaten Lebens trat auch der streng persönliche Charakter der zivilen Obligation hinter der Leistung zurück. Somit erschien das Aufgeben des zivilen Grundsatzes von der Unvererblichkeit der actiones in personam aus wirtschaftlichen Gründen unbedingt erforderlich, um eben die für einen gesunden Wirtschaftsverkehr nötige Kreditsicherheit nicht zu gefährden.

III. Der Einfluß des griechischen Rechts.

In gleichem Sinne wird sich wohl auch der Einfluß fremder Rechtsordnungen geltend gemacht haben. Wie die Beziehungen mit fremden, zunächst wohl italischen Stämmen an Häufigkeit und Bedeutung schon im dritten vorchristlichen Jahrhundert zugenommen haben, zeigt die noch vor dem Abschluß des ersten Punischen Krieges (um 243 v. Chr.) erfolgte Einsetzung des zweiten Prätors, qui inter cives et peregrinos ius dicit. Inwieweit alle diese fremden Rechtsordnungen, falls bei ihnen die Schuldenvererblichkeit in dieser Zeit schon zu Recht bestand, die römische Rechtsentwicklung zu beeinflussen vermochten, entzieht sich unserer Beurteilung. Weit mehr sind wir berechtigt anzunehmen, daß griechische Rechtsordnungen eine solche Beeinflussung ausgeübt haben.

Während der ersten Hälfte der amtsrechtlichen Periode geriet Rom fast auf allen Kulturgebieten unter einen starken Einfluß des Griechentums. Griechische Kunst und Philosophie, ja selbst die griechischen Götter wurden ebenso übernommen, wie andererseits zugleich mit griechischen Sitten auch der Luxus und das Laster der Hellenen in die Tiberstadt ihren Einzug gefeiert haben. Die Beeinflussung erfolgte in den verschiedensten Formen. Die tausend griechischen Geiseln, die nach der Schlacht bei Pydna (168 v. Chr.) nach Rom gebracht wurden und daselbst bis zum Jahre 150 v. Chr. in einflußreichen Stellungen als Berater oder Erzieher bei vornehmen Familien tätig waren (Polybios), wirkten ebenso auf die Annäherung zwischen dem Griechentum und Römertum hin, als es später die Philosophen- und Rhetorenschulen in Athen und auf Rhodos taten, an denen vornehme Römer studierten. Dabei wollen wir der immer regeren Handels- und Wirtschaftsbeziehungen noch gar nicht ausführlicher gedenken. Daß sich in dieser Zeit der griechische Einfluß auch auf die römische Rechtsentwicklung geltend gemacht haben wird, ist wohl nicht zu bestreiten; freilich geschah dies weit weniger durch direkte Rezeption griechischer Rechtsnormen als vielmehr durch Beeinflussung des römischen Denkens seitens der griechischen Philosophie und Rhetorik¹⁾. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht der Umstand, daß die Mehrzahl der vor-klassischen Juristen in der griechischen Philosophie gebildet war, so

¹⁾ Dazu grundlegend Mitteis, RPR., I, S. 16 ff.; ferner Stroux, Summum ius, summa iniuria, S. 35 f.

M. Junius Brutus¹⁾, P. Mucius Scaevola, S. Pompeius, P. Rutilius Rufus, P. Aelius Tubero²⁾, Servius Sulpicius Rufus³⁾.

In dieser Zeit stand die Haftung des Erben in allen griechischen Rechten fest; einem Demosthenes erschien es unannehmbar, daß dem Erben bloß die Aktiva und nicht zugleich auch die Passiva zufallen sollten⁴⁾. Die griechische Erbenhaftung beschränkte sich auf den Nachlaß (cum viribus hereditatis) und war mit dem Abandonsystem vereinigt⁵⁾. Als markante Beispiele dieser Regelung können wir das Recht von Gortyn⁶⁾ sowie das griechische Recht in Ägypten⁷⁾, wie es uns in den

¹⁾ Krüger, Quellen, S. 61.

²⁾ Krüger, Quellen, S. 50, A. 5; S. 62 f.

³⁾ Krüger, Quellen, S. 67, A. 23.

⁴⁾ C. Lacrit. § 4.

⁵⁾ E. Weiß, Griechisches Privatrecht, I, Leipzig, 1923, S. 203 ff.

⁶⁾ Col. IX, 24—40 und Col. XI, 31—45. — Darüber: E. Weiß, l. c., S. 207 f.; Kohler-Ziebarth, Das Stadtrecht von Gortyn und seine Beziehungen zum gemeingriechischen Rechte, Göttingen 1912, S. 65; Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht, I, Leipzig-Berlin, 1909, S. 238 ff.; Dareste-Haussoullier-Reinach, Recueil des Inscriptions Juridiques Grecques, I, Paris 1891, S. 388 und S. 477 ff.

⁷⁾ Darüber grundlegend neuestens Kreller, Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der graeco-ägyptischen Papyrusurkunden, Berlin-Leipzig, 1919, S. 26 ff.; vgl. auch die ausführliche Rezension von A. B. Schwarz in SZ. 41, 340. „Die Haftung wird durch die Inbesitznahme des Nachlasses begründet: wer nichts aus demselben erhielt, der haftet nicht“ (Schwarz, SZ. 41, 381). — Besonders schön bringt diese Normierung der Papyrus Rylands, II, 117 aus dem Jahre 269 n. Chr. (veröffentlicht im Catalogues of the Greek Papyri in the John Rylands Library, vol. II: Documents of the Ptolomaic and Roman Periods, Manchester 1915) zum Ausdruck. Der Papyrus ist schon von Kreller in den Nachträgen zu seinem Werke (o. c., S. 411 f.; vgl. dazu auch Mitteis, SZ. 37, 322) besprochen worden. Sein Inhalt ist kurz folgender:

Aurelios Kopreas aus Hermopolis war kinderlos verstorben, ohne ein Testament hinterlassen zu haben. Sein Gläubiger Aurelios Eudaimon versuchte nun die Bezahlung der Schulden von der Aurelia Tinutis, der Schwester des Verstorbenen, zu erreichen. Diese befürchtete jedoch, daß sich noch weitere Gläubiger melden könnten; deshalb reichte sie beim Strategen von Hermopolis eine Eingabe ein, um sich der Erbschaft des Bruders zugunsten des Eudaimon zu entäußern. Charakteristisch ist die Begründung ihres Gesuches. Sie beruft sich dabei auf die *θεῖοι νόμοι*, denen zufolge derjenige, der aus dem Nachlaß nichts ererbt hat, auch für die Schulden des Verstorbenen nicht hafte: Z. 12 ff.: *Τοὺς μηδὲν [τῶν κατοικομένων κεκληρονομηκότας μὴ κατέχεσθαι τοῖς ἐκείνων ὀφειλῆμασι] ἢ καὶ ζητήμασι σαφῶς τοῖς θεοῖς νόμοις διώρισται, ὡς οὐκ ἄγνοε[ῖς].* — Sie habe sich weder in Gemeinschaft mit dem verstorbenen Bruder befunden, noch habe sie sich irgend etwas aus dem Nachlaß angeeignet (*ἐφηγάμην* Z. 17), noch die Erbschaft angetreten (*τῇ κληρονομίᾳ προσῆλθ[ον]* Z. 17 f.). Auch in der Abtretung des Nachlasses kommt die reine Nachlaßhaftung klar zum Ausdruck. Aurelia verzichtet auf die Erbschaft zugunsten des Eudaimon wegen dessen Forderung (*πρὸς τὰ αὐτῶ ὀφειλόμενα* Z. 23) und zugunsten der sich etwa noch in der Folgezeit meldenden weiteren Gläubiger (Z. 23 f.: *καὶ [πρὸς εἴ τι ἕτερον ὄνοματι τοῦ αὐτοῦ ἀδελφοῦ μου ζητηθεῖη].*) — Unklar bleibt allerdings der Ausdruck *θεῖοι νόμοι* (vgl. dazu Kreller, o. c., S. 412). Die Übersetzer übersetzen ihn mit „kaiserlichen Gesetzen“ (in the Imperial laws). Damals, 57 Jahre nach der Constitutio Antoniniana, galt das römische Recht auch für Ägypten. Die genannte Norm dürfte jedoch weniger

Papyri entgegentritt, anführen. Eine Ausnahme von der beschränkten Haftung machten mit der unbeschränkten Haftung der Kinder das attische¹⁾ und rhodische²⁾ Recht, wahrscheinlich auch das von Temnos³⁾.

In der Zeit, als sich die wirtschaftliche Entwicklung Roms immer mehr derjenigen der griechischen Wirtschaftsmittelpunkte genähert hatte, wird sicherlich diese griechische Normierung, die den neuen Wirtschaftszuständen Roms weit mehr entsprach als die zivilrechtliche Aktionen-unvererblichkeit, auf die römische juristische Gedankenwelt einen bedeutenden Einfluß ausgeübt haben. Dieser Beeinflussung werden um so weniger Hindernisse im Wege gestanden haben, als in dieser Zeit das *ius gentium* in immer größerem Maße ins römische Privatrecht Eingang gefunden hat. Dennoch können wir hierbei nicht an eine Rezeption der griechischen Normen denken. Dagegen spricht schon die Durchführung der Vererblichkeit, die in Rom nicht durch einen allgemeinen Rechtssatz, der etwa alle Kontraktionsaktionen für vererblich erklärt hatte, eingeführt, sondern die hinsichtlich jeder einzelnen *actio* eigens geregelt wurde. Sodann war dem Griechen die Unvererblichkeit von Deliktsfolgen nicht mehr bekannt, die in Rom noch in klassischer Zeit als *certissima iuris regula* gilt⁴⁾. Endlich war die griechische Haftung in der Regel eine beschränkte, während in Rom die Haftung der Erben auch im klassischen Recht unbeschränkt war. Wohl aber vermochten diese griechischen Rechtsgedanken im späteren prätorischen Rechte anregend zu wirken, wie wir noch bei der Besprechung einzelner prätorischer Rechtsinstitute feststellen werden.

IV. Zivilrechtliche Ansätze.

Bei der Behandlung der Gründe, die zu Beginn der amtsrechtlichen Periode zur Abänderung der zivilen Schuldenunvererblichkeit führten, darf man den Umstand nicht übersehen, daß schon das Zivilrecht zwei wichtige Ansätze ausgebildet hatte, die der amtsrechtlichen Reform die Wege ebneten. Ich denke dabei an die Leichnamshaftung⁵⁾ sowie an die Einfügung der *mentio heredis*⁶⁾ beim Abschluß von Stipulationen.

im römischen, als im heimischen griechisch-ägyptischen Recht ihren Ursprung haben; der alte griechische Grundsatz behauptete im „Reichsrechte“ auch gegenüber dem herrschenden reinen römischen Rechte die Oberhand. Das Letztere konnte um so leichter erfolgen, da indessen auch das prätorische Edikt das römische Erbrecht vielfach dem griechischen angenähert hatte.

¹⁾ Weiß, Griechisches Privatrecht, I, S. 204 ff.; Demisch, Schuldenerbfolge im attischen Recht, München 1910, S. 49 ff. und passim.

²⁾ Weiß, Griechisches Privatrecht, I, S. 206 f. und A. 47.

³⁾ Weiß, Griechisches Privatrecht, I, S. 207.

⁴⁾ Gai. 4, 112. Vgl. ferner die Äußerung Ciceros, *De natura deorum*, 3, 38, 90; Text oben S. 4, A. 1.

⁵⁾ Siehe oben S. 94 ff.

⁶⁾ Siehe oben S. 67 ff.

Die Geltendmachung der Leichnamshaftung, welche im Wege der *manus iniectio* gegen den toten Schuldner erfolgte, sollte zunächst diesen selbst durch Mißhandlungen treffen, sodann aber auch seine Erben veranlassen, die Schulden des Verstorbenen zu übernehmen. Denn der Erbe konnte das entehrende Vollstreckungsverfahren nur dadurch zum Abschluß bringen, daß er für den toten Erblasser als *vindex* in den Prozeß eintrat, für ihn das „*manum depellere*“ (Gai. 4, 21) vollzog, dadurch seine Defension übernahm, infolgedessen aber auch für dessen Schulden wie für seine eigenen unbeschränkt haftete. Die Wirkung der *manus iniectio* gegen den Toten war wohl beim *heres suus* keineswegs die gleiche wie beim *extraneus*. Rechtlich war allerdings kein Erbe zur Auslösung des Leichnams des Erblassers verpflichtet. Dem *suus heres* machten es jedoch seine gesellschaftliche Stellung sowie die sakralrechtliche Bestattungspflicht moralisch unmöglich, die Auslösung zu unterlassen, während ein derartiger Druck beim *heres extraneus* fehlte.

Die Geltendmachung der Leichnamshaftung vermochte indirekt die Schuldenvererbung zwar oft, aber doch nicht immer zu bewirken; sie konnte daher den fehlenden Rechtssatz von der Schuldenvererbung nicht ersetzen, obwohl sie die Härten der zivilen Schuldenunvererblichkeit vielfach milderte. Indem sie, wie wir schon ausführten, am meisten durch die bloße Möglichkeit ihrer Geltendmachung wirkte, gelang es der Leichnamshaftung, zuerst den zivilen Rechtssatz von der Schuldenunvererblichkeit ins Wanken zu bringen und so die psychologische Vorbereitung für die amtsrechtliche Reform zu schaffen.

Die *mentio heredis* wurde von den Parteien beim Abschluß von Stipulationen diesen eingefügt, um dadurch ihre Vererblichkeit zu sichern. Ebenso vollzog sich im ältesten englischen¹⁾ und deutschen²⁾ Rechte, in denen gleichfalls die Schulden ursprünglich unvererblich waren, der Übergang zur Schuldenvererbung mittels der Anwendung dieser Klausel³⁾. Daß die *mentio heredis* auch im römischen Recht eine wichtige Rolle spielte, ersehen wir aus ihrer Anwendung bei den *stipulationes faciendi* sowie beim *pactum de non petendo* im klassischen Recht. Für das Zivil- und Amtsrecht liegt ihr Schicksal im Dunkeln. Daß sich die Anerkennung ihrer Gültigkeit nicht ohne anfängliches Widerstreben vollzogen haben

¹⁾ Pollock-Maitland, *The history of English law before the time of Edward I.*, 2. ed., vol. II, S. 258. — Noch zur Zeit Eduards II. war für den Übergang der Schuld auf den Erben, die Errichtung einer Urkunde, in der der Erbe erwähnt war, notwendig. (Potter, *An introduction to the history of English law*, 2. ed., London 1926, S. 215).

²⁾ Vgl. Heusler, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*; I. Band, Leipzig 1885, S. 60; II. Band, Leipzig 1886, II, S. 541.

³⁾ Vgl. die Ausführungen Krellers, *Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der graeco-ägyptischen Papyrusurkunden*, Leipzig 1919, S. 26 ff. zu der auf der Schuldnerseite verhältnismäßig selten vorkommenden Kautelarklausel von den *oi παρά*.

dürfte, können wir aus den bereits behandelten Terminierungen der Stipulationen „post mortem tuam“, „cum morieris“, „pridie quam morieris“ erschließen. Als sie einmal anerkannt worden war, wird sie wohl von der Kautelarjurisprudenz zunächst auch den stipulationes dandi immer beigelegt worden sein, bis sie — insbesondere nach der Durchführung der Vererblichkeit der Kontraktsschulden — als eine Selbstverständlichkeit immer mehr weggelassen wurde.

Beide Rechtsinstitute, die Leichnamshaftung sowie die mentio heredis durchbrachen den zivilen Rechtssatz von der Unvererblichkeit aller Schulden; sie stellen die ersten Vorläufer der durch die geänderten Wirtschaftszustände notwendig gewordenen Reform dar, die in der Amtsrechtsperiode durchgeführt wurde.

§ 11.

Amtsrechtliche Vererblichkeit der Kontraktionsaktionen.

I. Träger der Reform.

Um ein möglichst klares Bild über die Durchführung der Vererblichkeit der Kontraktsschulden in der Amtsrechtsperiode zu gewinnen, soll zunächst die Frage nach dem Träger einer derartigen Reform behandelt werden.

Für die Annahme einer volksgesetzlichen Regelung fehlt jeder Anhalt. Daher kann sich die Geltung des Rechtssatzes von der Vererblichkeit der Kontraktsschulden nur unter tätiger Mitwirkung des Prätors durchgesetzt haben. Es wäre jedoch verfehlt, wenn man die Neuerung einzig und allein dem Prätor zuschreiben wollte. Es bleibt ein dauerndes Verdienst der modernen romanistischen Forschungen, insbesondere derjenigen von Moriz Wlassak, klargelegt zu haben, daß ein großer Teil amtsrechtlicher Neuerungen letzten Endes nicht auf den Prätor, sondern auf die vorklassische Jurisprudenz zurückzuführen ist. Dies wird besonders verständlich, wenn man bedenkt, daß man von Kandidaten für die Prätur, die eine Stufe der politischen Laufbahn bildete, einen Nachweis von Rechtskenntnissen nicht verlangte¹⁾. Vielmehr waren es die Juristen, die im consilium²⁾ des Prätors saßen und hier die neuen Prozeßformeln entweder billigten oder sich gegen sie aussprachen und so die prätorischen Entscheidungen bezüglich des „dare“ oder „denegare actionem“ entscheidend zu beeinflussen vermochten. Andererseits waren es wiederum Juristen, die ihren Parteien neue Formelentwürfe ausarbeiteten und sie mit diesen vor den Prätor hintreten ließen mit der Bitte um die Gewährung der gewünschten actio.

¹⁾ Wlassak, Die klassische Prozeßformel, I. Wien 1924, S. 19 f., 22 f.; Lévy-Bruhl, Prudent et préteur, in NRH., 1926, S. 11 des Sonderabdruckes. Anders Wenger, Prätor und Formel, München 1926, S. 32, A. 1.

²⁾ Vgl. Jörs, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, I, Berlin 1888, S. 240 ff.; Wenger, Z. P., S. 29 f., 193.

Daß das Problem der Schuldenvererbung die vorklassische Jurisprudenz, insbesondere die des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts lebhaft beschäftigt hatte, zeigt uns der bereits oben¹⁾ behandelte Fall der actio furti. Drei von den bedeutendsten Juristen des zweiten Jahrhunderts haben ihre aktive Vererblichkeit abgelehnt, während erst im folgenden Jahrhundert Q. Mucius Scaevola sie bejahte. Dieser Umstand, dessen Überlieferung lediglich dem Zufall zuzuschreiben ist, berechtigt uns zur Annahme, daß sich die damalige Jurisprudenz, wenn bei ihr das Problem der aktiven Vererblichkeit der actio furti eine derartige Beachtung fand, auch mit der passiven Vererblichkeit der obligationenrechtlichen Aktionen beschäftigt haben wird. Diese Annahme erscheint um so mehr begründet, wenn man bedenkt, daß gleichfalls am Beginn des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts das ius Aelianum²⁾ steht, das, wie die jüngsten Forschungen Wlassaks³⁾ ergeben haben, manche allzu beengende Fesseln des Legisaktionsverfahrens gesprengt und neue Aktionen gebracht hat. Daß das ius Aelianum auch die Schuldenvererbung behandelt haben dürfte, können wir aus dem Umstand erschließen, daß sein Urheber Sextus Aelius Paetus Catus zugleich der älteste Jurist ist, der sich laut des besprochenen Berichtes von Cicero über die aktive Vererblichkeit der actio furti geäußert hatte.

II. Die Wahrscheinlichkeit einer derartigen prätorischen Reform.

Bei aller Anerkennung der Verdienste der vorklassischen Jurisprudenz darf man jedoch nicht vergessen, daß die Durchführung des Vererblichkeitsgrundsatzes in den Kontraktionsaktionen formell ein Werk des Prätors war. Da uns die Überlieferung, die betreffs der rechtskonstitutiven Tätigkeit des Prätors äußerst spärlich fließt, nicht erlaubt, unsere Behauptung durch direkte Quellenbelege zu beweisen, bleiben wir auf die indirekte Beweisführung angewiesen. Daher soll nun im folgenden gezeigt werden, daß sich die Annahme einer derartigen Reform mit dem Geist der prätorischen Betätigung sowie mit den der Folgezeit angehörenden amtsrechtlichen Neuerungen gut vereinbaren läßt. Da sich im Problem der Erbenhaftung die Kreise des Erb- und Obligationsrechts schneiden, sollen kurz die prätorischen Reformen auf diesen beiden Gebieten gewürdigt werden, soweit sie für uns von Bedeutung sein können.

¹⁾ Siehe oben S. 80 f.

²⁾ Pomp. (sing. enchir.) D. 1, 2, 2, 7: . . . Angescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum.

³⁾ Die Ausführungen Moriz Wlassaks in der Sitzung der philosophisch-historischen Klasse der Akademie der Wissenschaften in Wien am 15. Dezember 1926; Berichte Nr. XXV—XXVII des Jahrg. 1926, S. 159—162.

Im Obligationenrecht führte der Prätor grundlegende Umwandlungen herbei, wie dies schon Riccobono¹⁾ klargelegt hat. Während der zivile streng persönliche Charakter allmählich verblaßte, trat, entsprechend der allgemeinen Mammonisierung, auch in der Obligation der Vermögenscharakter immer mehr in den Vordergrund. Den sichtbarsten Ausdruck fand diese Entwicklung in der Vollstreckung. Die honorarrechtliche bonorum venditio war bereits eine Vermögensvollstreckung, bei der allerdings der alte persönliche Gesichtspunkt noch insofern nachwirkte, als den Gläubigern nicht der Erlös aus dem versteigerten Schuldnervermögen zufiel, sondern ihnen in der Person des bonorum emptor ein neuer Schuldner, freilich nur bis zu dem vereinbarten Prozentsatz, gegeben wurde²⁾.

Ferner kennzeichnet amtsrechtliche Neuerungen auf dem Gebiete des Obligationenrechts das Streben nach der Durchsetzung der Billigkeit, der aequitas. Diese Tendenz hatte die Einführung neuer Aktionen, teils deliktischer (quod metus causa, de dolo, vi bonorum raptorum), teils kontraktlicher Natur (depositi, commodati) zur Folge. Man fand es im entwickelten Wirtschaftsleben nötig, eigene Aktionen für Tatbestände einzuführen, denen einst das Zivilrecht, wohl auch wegen ihrer Seltenheit, noch keine Beachtung geschenkt hatte.

Die Wirkungen dieser grundlegenden Umwandlungen dürften sich bald auch in der Erbenhaftung gezeigt haben. Als der zivilrechtliche streng persönliche Charakter in der Obligation in den Hintergrund getreten war, wurde auch der Grundpfeiler der allgemeinen Obligationenunvererblichkeit erschüttert und damit das Haupthindernis gegen die Vererblichkeit von nicht deliktischen Obligationen beseitigt. Mit der Betonung des Vermögenscharakters in der Obligation griff immer mehr um sich die Auffassung vom Vermögen, das die Person des Schuldners überlebt, weshalb es bald die aequitas verlangte, daß der Erbe, dem das Nachlaßvermögen zufiel, auch die Schulden ererben sollte.

Auf dem Gebiete des Erbrechts können wir feststellen, daß unser Problem geradezu die Zentralachse der prätorischen Reform gebildet hat.

Die Grundlage der prätorischen erbrechtlichen Neuerungen stellt das *edictum successorium*³⁾ dar. Durch dieses führte der Prätor die *successio ordinum et graduum* ein und darauf baute er auch die *bonorum possessio* auf. Daß er sich bei der Aufstellung des genannten Ediktes

¹⁾ Riccobono, La fusione del ius civile e del ius praetorium in unico ordinamento, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 16, 510 ff; Mélanges Cornil, II, S. 308, Nr. 35.

²⁾ Vgl. Roton di, Scritti giuridici, III, S. 4.

³⁾ D. 38, 9: de successorio edicto; Lenel, Ed., 3. Aufl., S. 361: Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero fuerit.

vor allem vom Schutz der Erbschaftsgläubiger und nicht etwa vom Interesse der Verwandten leiten ließ, weiß noch Ulpian¹⁾ zu berichten:

Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent et creditoribus longior mora fieret (fiet F). E re igitur praetor putavit praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congregiantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto.

Wurde durch das *edictum successorium* der Kreis der zur Erbschaft berufenen Personen außerordentlich erweitert und dadurch auch die Möglichkeit, daß die Gläubiger des Erblassers einen neuen Schuldner finden werden, sehr vergrößert, sollten andererseits die Gläubiger die Möglichkeit haben, mittels der *interrogatio in iure*, an heres vel qua ex parte sit²⁾, von dem berufenen Erben eine rechtsverbindliche Erklärung zu erreichen. Um aber auf der anderen Seite auch den Erben vor übereilten Entscheidungen zu schützen, gewährte ihm der Prätor auf seinen Antrag ein entsprechendes *spatium deliberandi*³⁾.

Den wichtigsten Schritt in der Wahrnehmung von Interessen der Erbschaftsgläubiger machte der Prätor mit der Einführung des Nachlaßkonkurses. Darüber berichtet Gaius (3, 78):

Bona autem ueneunt aut uiuorum aut mortuorum: Mortuorum bona ueneunt uelut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.

Zu Gaius' Zeiten war die Eröffnung des Nachlaßkonkurses an die Voraussetzung geknüpft, daß weder ein Erbe noch ein sonstiger rechtmäßiger Nachfolger vorhanden war. Unter dem „*alius iustus successor*“ denkt Gaius an das *aerarium* bzw. den Fiskus, dem nach der augusteischen Kaduzitätsgesetzgebung der erbenlose Nachlaß zufiel⁴⁾; dieser Faktor kommt somit für die Zeit der Einführung des Nachlaßkonkurses nicht in Betracht. Dafür spricht auch die von Cicero in seiner Rede pro P. Quinctio⁵⁾ im Jahre 81⁶⁾ v. Chr. zitierte Ediktsrubrik „*Cui heres non exstabit*“, die als Konkursvoraussetzung nur das Fehlen von Erben kennt.

¹⁾ D. 38, 9, 1, pr. (49. ed.).

²⁾ Darüber neuestens Lautner, Zur *interrogatio in iure* nach klassischem Recht, in Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte, Festschrift für Hanausek, Graz, 1925, S. 52—88.

³⁾ D. 28, 8: de iure deliberandi. Die Einzelheiten können hier nicht behandelt werden.

⁴⁾ Gai. 2, 150: Epit. Ulp. 28, 7; auch Kniep, Gaius, III, 1, S. 178.

⁵⁾ Pro P. Quinctio, 19, 60. — Lenel, Ed., 3. Aufl., S. 416.

⁶⁾ Teuffel-Kroll-Skutsch, Geschichte der römischen Literatur, 6. Aufl., I. Band, Leipzig-Berlin 1916, S. 370.

Der Nachlaßkonkurs zeichnete sich gegenüber dem gewöhnlichen Konkurs durch bedeutend kürzere Fristen¹⁾ sowie durch die Verwendung einer eigenen „formula Serviana“, aus, die den bonorum emptor mit der Heresfiktion des Erblassers ausstattete.

Die bonorum venditio ist nach Gaius vom Prätor Publius Rutilius²⁾ eingeführt worden. Mit Rücksicht darauf, daß uns die bonorum venditio in der lex agraria³⁾ aus dem Jahre 111 v. Chr. zum erstenmal begegnet, sind wir berechtigt darunter den Juristen P. Rutilius Rufus⁴⁾, welcher um das Jahr 158 v. Chr. geboren, im Jahre 105 Konsul und spätestens im Jahre 118 Prätor war, zu verstehen. Somit wäre das Geburtsjahr der venditio bonorum etwa ins Jahr 118 v. Chr. zu verlegen. Es läßt sich freilich nicht mit Sicherheit sagen, ob schon Rutilius die Zweiteilung: venditio bonorum vivorum — mortuorum eingeführt hat. Ich wage nicht allein mit Rücksicht darauf, daß beim gewöhnlichen Konkurs die formula Rutiliana, beim Nachlaßkonkurs jedoch die Serviana angewandt wurde, die Frage zu verneinen, da ja schon für das Jahr 81 v. Chr. durch den obigen Bericht Ciceros das Bestehen einer eigenen venditio bonorum defuncti gesichert erscheint.

In diesem Zusammenhange ist es interessant auf die prätorische Reform betreffs der capitis deminutio hinzuweisen. Darüber berichtet Gaius (3, 84):

Ex diuerso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit quaeue in manum conuenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptiuum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit; de eo enim, quia ipse pater adoptiuus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure, is uero, qui se adoptandum dedit, quaeue in manum conuenit, desinit esse heres; de eo uero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptiuus teneatur neque coemptionator et ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit, uel ipsa, quae in manum conuenit, maneat obligatus obligatae, quia scilicet per capitis diminutionem liberetur, tamen in eum eamue utilis actio datur rescissa capitis deminutione, et, si aduersus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, uniuersa uendere creditoribus praetor permittit.

Hier sowie im Gai. 4, 38 wird deutlich zwischen den zivil- und amtsrechtlichen Wirkungen unterschieden. Zivilrechtlich sind infolge der capitis deminutio die Schulden erloschen, der Prätor schafft jedoch Abhilfe, indem er die betreffende actio utiliter gewährt. Bleibt der capite

¹⁾ Gai. 3, 79.

²⁾ Gai. 4, 35.

³⁾ Bruns, Fontes, S. 82, v. 56.

⁴⁾ Krüger, Quellen, S. 62 f.

deminutus indefensus, so eröffnet der Prätor die bonorum venditio über das Vermögen, das der deminutus ohne die erlittene capitis deminutio hätte.

Wir haben nun schon oben (S. 74 ff.) diese von Gaius für die capitis deminutio berichtete Regelung als Argument für die ursprünglich generelle Unvererblichkeit der zivilen Kontraksaktionen verwertet, indem wir angenommen haben, daß bei der minder wichtigen capitis deminutio sich ein Rechtszustand residuär erhalten hat, der ursprünglich allgemein gegolten hatte. Sollten wir auf Grund dieser Erwägung nicht eine gewisse Grundlage gewinnen können, um uns eine annähernde Vorstellung über das Eingreifen des Prätors zu bilden? Der Prätor stellt bei der capitis deminutio dem neuen Gewalthaber die Alternative; entweder Defension oder bonorum venditio. Wäre es nicht denkbar, daß er in ähnlicher Weise auch zwischen Nachlaßgläubigern und Erben interveniert hätte?

Anlaß zum Eingreifen der Gerichtsmagistrate mochte der Erbfall mehr als oft bieten. Vor allem, wenn bei erblosem Versterben des Schuldners, oder bei Beerbung eines extraneus vor der Annahme der Erbschaft sich die Gläubiger auf den herrenlosen Nachlaß stürzten, um zur Deckung ihrer Forderungen möglichst viel zu erraffen (capere). Hier mochte ein regulierendes Eingreifen nicht minder erwünscht sein, als wenn etwa ein Gläubiger durch rücksichtslose Exekution gegen den Leichnam auf die Erben drückte. Überhaupt mochten, seitdem der Gedanke, daß der Erbe für die Schulden seines Erblassers eintreten solle, mit den geänderten wirtschaftlichen Verhältnissen immer mehr Eingang fand, sich die Fälle mehren, in denen die Gläubiger durch Verhandlungen mit dem Erben diesen zur Übernahme der Verbindlichkeiten des Erblassers zu bestimmen suchten. Sollte hier der Prätor, der als Vertreter des Fortschritts in der Entwicklung des Privatrechts diese Bestrebungen begünstigen mußte, nicht versucht haben einzugreifen, etwa in der Weise, daß er den Gläubigern Einweisung in den Nachlaß versprach, wenn der Erbe den Erblasser nicht defendierte? Diese Vermutung vermag noch eines zu erklären, nämlich die unbeschränkte Haftung des Erben. Wie der neue Gewalthaber bei der capitis deminutio, wenn er die Defension gegenüber der actio utilis des Gläubigers übernahm, im eigenen Namen sich verpflichtete und daher mit seinem ganzen Vermögen, nicht bloß mit demjenigen des capite deminutus haftete, so hatte auch der Erbe, wenn er auf Drängen der durch den Prätor unterstützten Gläubiger die Verbindlichkeiten des Erblassers auf sich nahm, aus eigener Verpflichtung haftet. Diese unbeschränkte Erbenhaftung bedarf um so mehr der Erklärung als andere Faktoren, die auf Änderung der Anschauungen in der Schuldenhaftung, wie gerade das Vorbild des griechischen Rechts, hindrängten, eher das Gegenteil zu bewirken geeignet waren und der Prätor selbst in manchen seinen späteren Reformen (separatio bonorum,

commodum separationis des zum Erben eingesetzten Sklaven) die beschränkte Haftung begünstigte.

Das alles ist freilich nur eine Hypothese, die uns aber doch diskutierbar erscheint. Daß uns von einem solchen Eingreifen des Prätors nichts überliefert ist, braucht nicht Wunder zu nehmen. Die Haftung der Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten wurde offenbar frühzeitig ins Zivilrecht rezipiert, zumal, wie schon ausgeführt, auch hier gewisse Faktoren (mentio heredis, Leichnamshaftung) auf dasselbe Ergebnis hinarbeiteten; damit verschwand auch die Erinnerung an diese Maßnahmen des Prätors, während sie sich bei der capitis deminutio, die man nicht weiter entwickelte, im Edikte erhielten¹⁾. Ebenso wenig braucht der Umstand bedenklich zu machen, daß wir nach dem oben (S. 120) Bemerkten die Einführung der bonorum venditio durch den Prätor Rutilius in das Ende des 2. Jahrhunderts zu setzen haben. Diese Nachricht bei Gaius ist kaum dahin zu verstehen, daß Rutilius damit ein vollkommenes Novum geschaffen habe, vielmehr wird er in Anknüpfung an Regelungen älterer Prätores das erstmal die bonorum venditio ausführlicher im Edikt geregelt haben²⁾. Ist doch gerade die zweifellos ältere bonorum possessio, wenigstens in ihren ältesten Anwendungsfällen, nichts anderes gewesen als Einweisung bestimmter Personen in den Nachlaß³⁾ in der Art, wie wir es für die Gläubiger des Erblassers vermuten möchten.

Auch in der Folgezeit betätigte sich der Prätor an der weiteren Vervollkommnung der Regelung der Erbenhaftung bzw. der Sicherung der Befriedigung der Erbschaftsgläubiger. Zugunsten des heres suus führte er das beneficium abstinendi, zugunsten des servus cum libertate heres institutus das commodum separationis, zugunsten der Erbschaftsgläubiger die satisfactio suspecti heredis und die separatio bonorum ein. In eine Besprechung dieser Rechtsinstitute können wir uns hier nicht einlassen; es sei nur hervorgehoben, daß bei allen die Idee der Nachlaßhaftung leise anklingt. Durch die satisfactio suspecti heredis sowie durch die den Erbschaftsgläubigern gewährte separatio bonorum sollte der Nachlaß den Gläubigern gesichert bleiben, während bei dem beneficium abstinendi und

¹⁾ Die von Gaius (3, 84) berichtete Besonderheit, daß der neue Gewalthaber unbedingt für Erbschaftsschulden des capite deminutus einstehe, setzt die zivilrechtliche Haftung des Erben bereits voraus und ist wahrscheinlich jüngeren Ursprungs als die actio utilis; vgl. oben S. 77.

²⁾ Vgl. auch Solazzi, Studi sul consorzio dei creditori nel diritto romano (Studi nelle scienze giuridiche e sociali, IX), Pavia 1925, S. 34 f., der ebenso wie wir gerade für den Fall des erblosen Versterbens des Schuldners und auch sonst privaten Zugriff der Gläubiger auf das Vermögen des Schuldners annimmt. Aber sollte der Prätor nicht Anlaß genommen haben, auch hier schon frühzeitig einzugreifen?

³⁾ Vgl. dazu die Darlegungen von Leist in Glück-Leist, Ausführliche Erläuterung zu den Pandecten, 37–38, I, Erlangen 1870, bes. S. 3, 87 ff.

dem commodum separationis die Gläubiger für die Befriedigung ihrer Forderungen auf den Nachlaß verwiesen wurden.

Die stattliche Anzahl von so grundlegenden Neuerungen beweist zur Genüge, mit welcher Aufmerksamkeit und Vorliebe die Prätur unser Problem behandelt hat. Für die Initiative, die der Prätor in seiner Sorge um die Interessen der Erbschaftsgläubiger entwickelte, ist überaus interessant auch der Vorfall, den uns Cicero¹⁾ aus dem Jahre 59 v. Chr. überliefert hat: . . . L. Flavius, praetor designatus, ad me venit, homo mihi valde familiaris. Is mihi te ad procuratores suos litteras misisse, quae mihi visae sunt iniquissimae, ne quid de bonis, quae L. Octavi Nasonis fuissent, cui L. Flavius heres est, deminuerent, antequam C. Fundanio pecuniam solvissent, itemque misisse ad Apollonidenses, ne de bonis, quae Octavi fuissent, deminui paterentur, priusquam Fundanio debitum solutum esset. Haec mihi veri similia non videntur; sunt enim a prudentia tua remotissima. Ne deminuat heres? Quid, si infitiat? quid, si omnino non debet? quid? praetor solet iudicare deberi? Quid? ego Fundanio non cupio, non amicus sum, non misericordia moveor? Nemo magis; sed vis iuris eius modi est quibusdam in rebus, ut nihil sit loci gratiae te rogo, ut et procuratoribus Flavii remittas de deminuendo et Apollonidensibus ne quid perscribas, quod contra Flavium sit, amplius.

Ciceros Bruder Quintus hatte zugunsten des C. Fundanio, des Erbschaftsgläubigers des L. Octavius Naso, über dessen Nachlaß ein Veräußerungsverbot erlassen. Diese Maßregel rief nun eine heftige Kritik des Redners hervor. Mag auch der strenge Ton der letzteren in hohem Maße auf die freundschaftlichen Beziehungen Ciceros zum Erben C. Flavius zurückzuführen sein, so zeigt doch dieser Brief, daß die getadelte Maßnahme im Jahre 59 v. Chr. noch nicht eingebürgert war, vielmehr erst einen tastenden Versuch in der besseren Wahrnehmung von Interessen der Erbschaftsgläubiger darstellt; dies ist aber auch zugleich ein Beweis für den erfinderischen Sinn des Prätors, das überkommene System zu vervollkommen und auszubauen.

Alle diese Reformen setzen allerdings die Erbenhaftung als bereits bestehend voraus, dabei darf man jedoch nicht übersehen, daß keine von ihnen in die Anfänge der zivilrechtlichen Periode zurückreicht. Beobachtet man die unermüdliche schöpferische Tätigkeit, die der Prätor vom Jahre 118 v. Chr. (venditio bonorum) weiter für die Regelung unseres Problems entwickelte, berücksichtigt man die Energie und die Initiative, die er dabei an den Tag legte, so erscheint wohl wenig glaubwürdig die Annahme, wonach diese Reformtätigkeit erst im Jahre 118 v. Chr. hätte einsetzen sollen. Viel wahrscheinlicher ist die Vermutung, daß die uns

¹⁾ Ad Quintum fratrem, 1, 3, 10.

bekannten, sehr ausgereiften Reformen nur eine Fortsetzung der etwa in der ersten Hälfte des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts begonnenen Reform — der Einführung des Vererblichkeitsgrundsatzes bei den Kontraktionsaktionen — darstellen. Es ist lediglich dem Mangel an Überlieferung zuzuschreiben, daß die Kunde von dieser amtsrechtlichen Neuerung nicht an uns gelangt ist.

III. Art und Weise der Durchführung der amtsrechtlichen Reform.

Mangels aller Quellenüberlieferung ist es unmöglich etwas Genaueres über die Art und Weise, in der die prätorische Reform erfolgte, zu sagen; daher können unsere Ausführungen nicht über mehr oder weniger wahrscheinliche Vermutungen hinausgehen.

Mit einiger Sicherheit können wir wohl annehmen, daß die prätorische Einwirkung auf die amtsrechtlichen Aktionen intensiver gewesen sein dürfte als auf die zivilrechtlichen.

Die Tatsache, daß Klassiker vorwiegend in ihren Ediktskommentaren die Vererblichkeit der Aktionen einzelweises bejahen oder verneinen¹⁾, läßt die Möglichkeit der Annahme zu, daß der Prätor im Edikt bei jeder einzelnen actio durch eine eigene Klausel die Frage ihrer Vererblichkeit entschieden hat. Wann jedoch derartige Bestimmungen, die mit der Zeit als eine Selbstverständlichkeit angesehen wurden, fallen gelassen wurden, läßt sich freilich nicht bestimmen.

Wie wir bereits oben ausgeführt haben, war diese prätorische Reform in hohem Maße auch ein Werk der Juristen. So können wir uns im Sinne der Ergebnisse der *Wlassakschen*²⁾ Forschungen die Entwicklung, die zur Vererblichkeit einer actio führte, etwa in folgender Weise vorstellen.

Der Jurist, an den sich der Kläger um Rat wandte, fand es mit Rücksicht auf die geänderten Wirtschaftsverhältnisse billig, dem Klienten für seine Forderung gegen den Erblasser einen Formelentwurf zu entwerfen, der sich gegen den Erben richtete. Mit dieser Formel trat nun der Kläger in iure auf und trachtete vom Prätor die Zulassung seiner neuen Formel, das *actionem dare*, zu erlangen. Der Prätor wird sich zunächst an sein *consilium* um Rat gewendet haben. Sobald sich im Lauf der Zeit auch unter den Juristen des prätorischen *consilium* die Überzeugung von der Notwendigkeit einer derartigen Reform — als einzig der *aequitas* entsprechend — durchgesetzt hat, wurde vom Prätor die gewünschte actio dem Kläger gewährt. Dadurch wurde freilich der zivile Rechtssatz von der Unvererblichkeit der obligationenrechtlichen

¹⁾ Vgl. A. 1 auf S. 3 und A. 2 auf S. 4.

²⁾ Vgl. insbes. Die klassische Prozeßformel, I, S. 25 und *passim*.

Aktionen für die betreffende Aktionsgruppe aufgegeben. Als sich die Zahl der vererblichen Aktionen immer mehr vergrößert hatte, verblaßte allmählich der amtsrechtliche Ursprung der Reform. Die Vererblichkeit wurde als eine Selbstverständlichkeit aufgefaßt, als deren Quelle bald das Gewohnheitsrecht, somit das Zivilrecht angesehen wurde; so tritt sie auch in klassischer Zeit vor uns. Somit haben wir es auch hier mit einem Fall der Rezeption¹⁾ einer honorarrechtlichen Norm ins Zivilrecht zu tun.

Daß die klassische Zeit von der älteren Regelung nichts mehr wußte, kann uns nicht befremden, wenn wir bedenken, wie bereits zur Zeit Ciceros selbst ein so hervorragender Jurist wie Trebatius Testa von der aktiven Unvererblichkeit der *actio furti* keine Ahnung mehr hatte, ja, sie für ausgeschlossen hielt²⁾, obwohl sein Wirken kaum durch ein Jahrhundert von jener alten Regelung getrennt war.

Völlig im Einklang mit unseren Ausführungen steht auch der von Cicero³⁾ uns, leider sehr fragmentarisch, überlieferte Fall der *actio mandati*, den er als ein Beispiel schwankender Rechtssprechung anführt:

M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex. Julius non reddidit.

In mancher Hinsicht verdient dieses Fragment unsere Aufmerksamkeit. Es bestätigt vor allem unsere Auffassung, daß die Frage der Vererblichkeit nicht mit einem Schlage für alle Aktionen, sondern für jede einzelne gesondert entschieden wurde. Die Stelle zeigt weiter, daß sich das Problem der Vererblichkeit durchaus nicht glatt und ohne Schwierigkeiten durchsetzte; Sex. Julius, Prätor des Jahres 123 v. Chr., verweigerte noch die *actio mandati* gegen den Erben, während sie M. Drusus, Prätor in einem der Jahre zwischen 120 und 115 v. Chr.⁴⁾, gewährte. Angesichts der Tatsache, daß die *actio mandati* noch im klassischen Recht unvererblich war, konnte es sich im vorliegenden Falle nur um Einklagung der vor dem Tode des Mandatars fälligen Ansprüche handeln. Der überlieferte Vorfall berechtigt uns weiter anzunehmen, daß Ähnliches in den vorausgehenden Jahrzehnten auch bei anderen Aktionen vor sich gegangen sein wird und daß der vorliegende Fall den Abschluß der Entwicklung darstellen dürfte; es läßt sich ja leicht vermuten, daß eben die *actio mandati*, bei der der höchstpersönliche Charakter ganz besonders zum Ausdruck kommt, der vordringenden Vererblichkeitsnorm selbst in dem obigen Sinne am längsten Widerstand geleistet haben wird.

¹⁾ Vgl. dazu *Mitteis*, RPR., I, S. 54 ff.

²⁾ Siehe oben S. 80 f.

³⁾ Ad Herenn., 2, 13, 19.

⁴⁾ Für alle diese Daten vgl. *Girard-Mayr*, S. 632 und A. 3.

IV. Der Zeitpunkt der Reform.

Sehr schwierig erscheint es auch, die Zeit, in der sich diese Reform vollzogen hat, näher zu bestimmen. Die Wirtschafts- und Kulturgeschichte Roms spricht für die Periode zwischen dem zweiten und dem dritten punischen Kriege, somit für die erste Hälfte des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts. Darin bestärken uns auch einige Quellenbelege, insofern aus ihnen hervorgeht, daß am Ausgang des vorletzten Jahrhunderts v. Chr. die Erbenhaftung im römischen Recht, und zwar als eine (rezipierte) Zivilrechtsnorm, bereits durchgeführt war.

In erster Linie gehört hierher die Regelung des Nachlaßkonkurses, der *venditio bonorum defuncti*, die wahrscheinlich im Jahre 118 v. Chr. durch den Prätor Publius Rutilius erfolgte, sicher aber bereits im Jahre 81 v. Chr. bestanden hat. Denn der Nachlaßkonkurs setzt als solcher das Fehlen eines Erben, der die Schulden übernommen hätte, voraus (Gai. 3, 78). Haben wir bei der rutilianischen Reform weit eher an eine Regelung des bereits bestehenden Vollstreckungsverfahrens als aber an die eigentliche Einführung desselben zu denken, so können wir speziell für den Nachlaßkonkurs einen Vorläufer in dem oben bereits behandelten „*capere*“ der Gläubiger des Erblassers (Cicero, *de legibus*, 19, 48)¹⁾ erblicken. Im Bestehen des Nachlaßkonkurses haben wir einen sicheren Beweis dafür, daß die Erbenhaftung für Kontraktsschulden im Jahre 118 v. Chr. oder spätestens im Jahre 81 v. Chr. schon allgemein durchgeführt war.

Beachtenswert ist sodann der Umstand, daß der Prätor dem *bonorum possessor* mittels einer *heres*-Fiktion zur Aktiv- und Passivlegitimation in allen Erbschaftsklagen verhalf²⁾. Diese Fiktion kann angesichts der Tatsache, daß die ersten Anfänge des Edikts über die *bonorum possessio* ins zweite vorchristliche Jahrhundert hinaufreichen³⁾, in der letzten Hälfte des vorletzten Jahrhunderts v. Chr. ihren Ursprung haben. Andererseits können wir daraus, daß wir den Prätor zu einer Fiktion Zuflucht nehmen sehen, erschließen, daß damals die Erbenhaftung bereits als eine Zivilrechtsnorm angesehen wurde. Denn hätte der Prätor in dieser Zeit sie noch als eine Amtsrechtsnorm aufgefaßt, so hätte er sie ohne alle Umstände einfach auf den *bonorum possessor* übertragen.

Auch der bereits oben (S. 125) behandelte Fall der *actio mandati*, der den letzten Ausläufer der ganzen Entwicklung darstellen dürfte, dürfte darauf hinweisen, daß um das Jahr 120 v. Chr. die Durchsetzung der Vererblichkeitsnorm im wesentlichen bereits abgeschlossen war.

Aus allen diesen Anhaltspunkten ersehen wir, daß die Erbenhaftung in den letzten Jahrzehnten des vorletzten vorchristlichen Jahrhunderts

¹⁾ Siehe oben S. 106.

²⁾ Gai. 4, 34; Ulp. 28, 12.

³⁾ Kübler, S. 190; Girard-Mayr, S. 921 f.

als eine Zivilrechtsnorm bereits bestanden hat. Berücksichtigt man einerseits, daß die Rezeption ins Zivilrecht gleichfalls einen Zeitraum erfordert haben wird und daß uns keine Spur der Überlieferung in die Zeit über das zweite Jahrhundert v. Chr. hinaufführt, so erscheint, insbesondere mit Rücksicht auf die allgemeine Wirtschafts- und Kulturgeschichte, die Annahme begründet, die das Einsetzen der Reform in den Anfang dieses Jahrhunderts verlegt.

V. Die Beurteilung der Reform.

Obwohl die Überlieferung außerordentlich spärlich ist, haben wir feststellen können, welche gewaltige Arbeit die Prätur auf unserem Gebiete geleistet hatte. Waren nach Zivilrecht alle obligationenrechtlichen Aktionen infolge ihres streng persönlichen Charakters passiv unvererblich, so wurde nunmehr ihr Vermögensinhalt in den Vordergrund gerückt und bei der Mehrheit derselben — den Kontraktaktionen — vollzog sich der Übergang zur passiven Vererblichkeit. Jedoch der römische streng persönliche Charakter der Obligation war noch stark genug, um die neue Haftung als eine persönliche, unbeschränkte entstehen zu lassen. Dies mag allerdings oft zu Unbilligkeiten, sei es für den Erben, sei es für die Erbschaftsgläubiger, geführt haben; wiederum griff der berufene Hüter der *aequitas*, der Prätor, ein und trachtete mittels neuer Rechtsinstitute (*beneficium abstinendi*, *separatio bonorum* u. a.) billigen Ausgleich zu schaffen. Die letzteren bedeuten jedoch schon einen weiteren Schritt in der Entwicklung unseres Problems; der Nachlaß als Deckungsfond für die Erbschaftsgläubiger tritt leise in den Vordergrund, die Beeinflussung durch die griechische Nachlaßhaftung läßt sich nicht bestreiten.

Wir sehen somit auch hier den Prätor, wie er den neuen wirtschaftlichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen verstand und so zum Träger des Fortschrittes wurde. Ohne Übertreibung muß man zugeben, daß seine Reformen auf dem Gebiete der Erbenhaftung eine aufrichtige Bewunderung verdienen und infolgedessen auch für die Folgezeit von entscheidendem Einfluß geblieben sind.

Druck von Oskar Bonde in Altenburg (Thüringen).

SEMINÁRNI
Hist.-práv.



KNIHOVNA
oddělení

REV15

ÚK PrF MU



3129S04746