

269
DIE

ANFECHTUNGSKLAGE

WEGEN

VERKÜRZUNG DER GLÄUBIGER

ACTIO PAULIANA

NACH

RÖMISCHEM UND GEMEINEM RECHT

VON

Dr. THEODOR REINHART.

Milovsky

WINTERTHUR.
BUCHDRUCKEREI VON J. WESTFEHLING.
1871.

14
X
14-C-566

DIE

109

ANFECHTUNGSKLAGE

WEGEN

VERKÜRZUNG DER GLÄUBIGER

ACTIO PAULIANA

NACH

RÖMISCHEM UND GEMEINEM RECHT

VON

Dr. THEODOR REINHART.

J. K. Brouček



WINTERTHUR.

BUCHDRUCKEREI VON J. WESTFEHLING.
1871.

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PŘÍROVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND
Č. inv.: 04802

Koupí od ~
Darem od dr. Polonsky
v Prů za Kčs —
Inv. čís: 38.991
Sign:

Meinem hochverehrten Lehrer

Dr. A. EXNER

Professor und d. Z. Dekan der juristischen Facultät Zürich

gewidmet.

Inhalt.

Erster Abschnitt.

Die Actio Pauliana und das interdictum fraudatorium in historischer Behandlung.

	pag.
Einleitung	1
Uebersicht der wichtigeren bisher aufgestellten Theorien von	2
1. Reinhardt	2
2. v. Schröter	4
3. Huschke	5
4. Rudorff	6
Erstes Capitel. Die in rem actio	8
1. Welche Klage heisst Pauliana actio, die dingliche Rückforderungsklage oder die persönliche Anfechtungsklage?	8
2. Die Ansicht Theophil's und Huschke's, dass die dingliche Rückforderungsklage Pauliana heisse, ist zu verwerfen	10
3. Die Pauliana actio ist eine persönliche Klage	13
4. Lucius Aemilius Paulus, der muthmassliche Schöpfer der Pauliana actio (563 a. u. c. oder 191 a. Chr.)	16
5. Nicht die in rem actio, sondern nur die Pauliana actio und das interdictum fraudatorium werden in den Digesten und dem Codex behandelt	16
6. Wesen der in rem actio	22
Zweites Capitel. Die in factum actio oder die Pauliana actio	25
1. Gegenseitiges Verhältniss der in rem actio und der actio Pauliana	28
2. Beweis, dass in den Digesten und dem Codex nur die persönliche Anfechtungsklage (Pauliana actio) und das interdictum fraudatorium besprochen werden	33
Drittes Capitel. Das interdictum fraudatorium	41
1. Widerlegung der Ansicht Rudorff's und Huschke's, dass das interdictum fraudatorium von P. Rutilius Rufus geschaffen worden sei	42
2. Gestum und factum	42
3. Voraussetzungen und Wirkungen des interdictum fraudatorium	45
4. Das interdictum steht denselben Personen zu wie die Pauliana actio	46

	pag.
5. Widerlegung der Rudorff'schen Ansicht vom interdictum fraudatorium	48
6. Beginn des annus utilis der Anfechtungsklage. Widerlegung der Ansicht Rudorff's und Huschke's	52
7. Die Pauliana actio und die sog. in factum actio sind identisch. Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht Huschke's und Rudorff's	55
8. Actio Pauliana und interdictum fraudatorium. Ihr gegenseitiges Verhältniss	64
9. Widerlegung der Ansicht Schmidt's, dass das interdictum fraudatorium materiell von der Pauliana actio verschieden sei	65
10. Das interdictum fraudatorium hat durch die Einführung des Extraordinarverfahrens seine frühere processualische Selbstständigkeit verloren	70
Viertes Capitel. Die formulæ	75
1. Die formula der in rem actio. Kritik der von Huschke und Rudorff aufgestellten Formeln	75
2. Die Formel der actio Pauliana. Kritik der von Huschke und Rudorff aufgestellten Formeln	79
a) Formula der Pauliana actio in scientem	79
b) Formula der Pauliana actio scientiæ mentione detracta	80
3. Die Formel des interdictum fraudatorium	81
4. Die aus dem Interdict zu gebende arbitraria formula in factum concepta	81
a) In scientem. Kritik der Rudorff'schen Formel. — Die Prästation der Früchte. Widerlegung der hierüber von Huschke und Rudorff aufgestellten Theorien	82
b) Scientiæ mentione detracta	92

Zweiter Abschnitt.

Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger nach Gemeinem Recht oder die heutige Pauliana actio

Erstes Capitel. Voraussetzungen der Pauliana actio	94
I. Alienatio in fraudem creditorum. Eventus fraudis. Animus fraudandi	94
A. Objective Voraussetzungen.	
1. Alienatio in fraudem creditorum	94
2. Eventus fraudis	100
B. Subjective Voraussetzung.	
Animus fraudandi (Dolus)	104
a) In der Person des Schuldners ist er unbedingt erforderlich	104
b) In der Person des Dritten zu Gunsten dessen die Vermögensverminderung vorgenommen wurde ist er nicht unbedingt erforderlich	107

	pag.
II. Anfechtbarkeit von Veräusserungen	110
1. Von nach eröffnetem Concourse vorgenommenen Veräusserungen	110
2. Von vor eröffnetem Concourse vorgenommenen Veräusserungen	111
a) Zahlung einer fälligen Schuld. — Die sog. Gratificationstheorie ist zu verwerfen	113
b) Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld	118
c) Zahlung einer natürlichen Forderung (naturalis obligatio)	122
d) Pfandbestellung	122
e) Hingabe an Zahlungs Statt (datio in solutum)	125
III. Zeit der Anstellung der Anfechtungsklage	127
Zweites Capitel. Die Subjecte der Anfechtungsklage	132
I. Der Kläger	132
II. Der Beklagte	134
1. Der fraudis particeps	134
2. Der fraudator	136
3. Qui fraudem ignoravit	136
Drittes Capitel. Die Wirkungen der Anfechtungsklage	138
I. Dem um den Betrug wissenden und daran Antheil nehmenden Beklagten gegenüber (fraudis particeps)	139
II. Dem um den Betrug nicht wissenden Beklagten gegenüber	142

Erster Abschnitt.

Die Actio Pauliana und das interdictum fraudatorium

in historischer Behandlung.

Einleitung.

Der Zweck dieser Rechtsmittel des Römischen Rechts ist: das Befriedigungsrecht der Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners nachdrücklich zu unterstützen, indem wesentlich von einem insolventen Schuldner zum Nachtheile seiner Gläubiger eingegangene Rechtsgeschäfte mit Erfolg sollen angefochten und rückgängig gemacht werden können. Darüber herrscht kein Streit, wohl aber über die Frage, wie viele Rechtsmittel denn vom Gesetze hiezu versprochen werden, und von welcher Natur dieselben seien. Obwohl in jüngster Zeit von Huschke viel Licht in diese Frage gebracht wurde, so ist die Controverse trotzdem noch nicht befriedigend erledigt worden, und wird auch, mit Hülfe der bis jetzt bekannten Rechtsquellen wohl niemals endgültig abgethan werden können. Für die Richter ist zudem diese Streitfrage praktisch von geringem Interesse, indem die Gerichtspraxis über die Zahl und die Natur der betreffenden Rechtsmittel seit Langem schon einig geht und durch ihr widersprechende Resultate historischer Forschung schwerlich von ihren gewohnten Ent-

scheidungen abweichen würde. Für die wissenschaftliche Behandlung des Römischen Rechts in historischer Richtung hingegen dürfte ein tieferes Eingehen in diese schwierigen Controversen immerhin von Interesse sein.

Uebersicht der
wichtigern bis-
her aufgestell-
ten Theorien.

Bevor wir aber zur Entwicklung unserer eigenen Ansicht übergehen, ist es am Platze, die Hauptresultate der historischen Forschungen auf diesem Gebiete, welche in neuerer Zeit, insbesondere von Huschke, zu Tage gefördert wurden, voranzuschicken.

Reinhardt.

Reinhardt (in seinen vermischten Aufsätzen aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtswissenschaft, Heft II. Aufsatz XXIX., »Von der Paulianischen und den mit derselben verwandten Klagen« S. 100 u. f.) schliesst aus L. 1 pr. und L. 10 pr. D. quæ in fraudem creditorum alienata sunt, ut restituantur 42. 8., ferner aus § 6, I. de actionibus IV. 6., dass der Prätor zwei Klagen ertheile, eine gegen Denjenigen, der von dem zum Nachtheil seiner Gläubiger veräussernden Schuldner eine Sache erwarb, und um diesen Betrug wusste, und eine zweite gegen Denjenigen, der um diesen Betrug nicht wusste. Die zweite Klage nenne der Prätor selbst *actio in factum*, der erstern aber *lege* weder er, noch die römischen Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die massgebenden Pandektentitel Auszüge enthalten, einen Namen bei. Allein aus der L. 38 § 4 D. de usuris 22. 1. ersehe man, dass diese Klage bei den römischen Rechtsgelehrten unter dem Namen der *actio Pauliana* bekannt war.

Reinhardt schliesst also aus L. 38 D. cit., dass mit der Bezeichnung *Pauliana actio* nicht die *in factum actio* gemeint sei, sondern die andere der beiden Klagen; den Beweis hiefür bleibt er aber schuldig. Ist denn, fragen wir, die *in factum actio* gegen Denjenigen, der um den Betrug nicht wusste, nicht auch eine *actio per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur?* (cf. L. 38 § 4 D. de usuris). Gewiss! Der Verfasser aber nimmt an, dass, wenn eine Klage eine in

factum actio ist, sie nicht noch einen besondern Namen haben könne. — Reinhardt hält sodann die in § 6 I. de actionibus versprochene Klage für identisch mit der persönlichen *Pauliana actio*, ohne einen Beweis hiefür zu liefern, ja ohne selbst die Paraphrase des Theophilus zu widerlegen, in welcher diese Klage aus § 6 I. cit. ausdrücklich als dingliche Klage genannt wird! — Im Uebrigen hält er die *Pauliana* mit Recht für eine persönliche Klage und stützt sich hiebei auf die Definition der dinglichen Klagen in den Institutionen ¹⁾ einerseits, und auf L. 9 und L. 14 D. h. t. ²⁾ anderseits. Ueber das *interdictum fraudatorium* verliert der Verfasser kein Wort, daher es ungewiss ist, ob er dessen Existenz

¹⁾ § 1 I. de actionibus IV. 6. *Actiones in rem proditæ sunt eo casu quo unusquisque cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est movet tamen alicui de aliqua re controversiam.* — Besser und zweckmässiger wäre es gewesen, sich auf die Definition der persönlichen Klagen zu stützen, cf. § I. eodem.

²⁾ L. 9 D. h. t. *Is qui a debitore cuius bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit, quæsitum est, an secundus emtor conveniri potest? Sed verior Sabini sententia, bona fide emtorem non teneri, quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit, quemadmodum diximus, non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit; is autem, qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur.*

L. 14 D. eodem. *Hac in factum actione non solum dominia revocantur verum etiam actiones restaurantur. Ea propter competit hæc actio et adversus eos, qui res possident, ut restituant, et adversus eos, quibus actio competit, ut actione cedant.* — Proinde si interposuerit quis personam Titii, ut ei fraudator res tradat, actione mandati cedere debet. Ergo et si fraudator pro filia sua dotem dedisset scienti fraudari creditores, filia tenetur ut cedat actione de dote adversus maritum. — Wenn sich auch in der That aus dem ersten Satze dieser Lex ein Beweis für die persönliche Natur der darin behandelten Klage entnehmen lässt, so durfte doch gerade Reinhardt diese Stelle nicht für seine Meinung citiren, weil sie von der *in factum actio* spricht, welche er für ganz verschieden hält von der *actio Pauliana*, deren persönliche Natur er aus dieser Gesetzesstelle nachweisen wollte.

überhaupt annimmt oder nicht. Immerhin aber ist aus dem Titel seines Aufsatzes (cf. oben) zu entnehmen, dass er dessen Vorhandensein wohl leugnet.

v. Schröter.

Schröter (von) in seiner Abhandlung »Ueber Wesen und Umfang der in integrum restitutio« in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess (VI. S. 131 u. f.) hält die Pauliana für eine personalis actio in factum arbitraria; das interdictum fraudatorium unterscheide sich von ihr dadurch, dass es immer dolus des Beklagten verlange. Im Justinianischen Recht aber sei zwischen ihm und der Pauliana actio jeder Unterschied verschwunden, auch schon vorher zur Zeit des Untergangs des ordo iudiciorum. — Der § 6 I. cit. verspreche eine wirkliche in integrum restitutio; es können nämlich auf Grund dieser Gesetzesstelle, sagt v. Schröter, dolose Veräusserungen des Schuldners, auch wenn sie vor Ausbruch des Concurses vorgenommen wurden,¹⁾ rückgängig gemacht werden — nachdem missio in bona rei servandæ causa angeordnet — vermittelt Rescission der Tradition; die Klage hiezu sei eine utilis und ficticia rei vindicatio. Diese in integrum restitutio d. h. diese dingliche Pauliana actio sei erst viel später als die persönliche Pauliana actio eingeführt worden, wahrscheinlich erst in der spätern Kaiserzeit; sie komme auch in D. 42. 8. vor, zum Beispiel spreche die L. 7 D. h. t. von derselben; diess sei aus dem Ausdruck »petant« zu schliessen. Es stehe ferner fest, dass die dingliche Pauliana actio den Beweis des dolus auch in der Person des Beklagten (?) verlange. (Gründe hiefür erbringt jedoch v. Schröter nicht.) Daher gehe diese utilis rei vindicatio nicht wie die directa gegen jeden Besitzer, sondern regelmässig nur gegen den ersten dolosen Erwerber; gegen den dritten Besitzer nur, wenn er bei dem Erwerbe von Jenem von der in fraudem creditorum geschehenen Veräusserung unterrichtet war.

¹⁾ Die Unrichtigkeit dieser Behauptung werden wir später nachweisen.

Nahe verwandt mit der Ansicht v. Schröter's ist diejenige Huschke's in seiner Abhandlung über A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Neue Folge XIV. S. 1—130. Der Verfasser nimmt an, es habe zuerst eine dingliche Pauliana actio gegeben, hernach sei das interdictum fraudatorium geschaffen worden und im Anschlusse an dieses eine in factum actio. Alle diese Rechtsmittel seien in die Digesten aufgenommen worden(!). — Die Pauliana actio werde nur gegeben wegen Rechtsgeschäfte (gesta, also nicht wegen jeder betrüglichen Handlung), und zwar wegen solcher, wodurch das Vermögen des Schuldners zu Gunsten eines Andern, der um den Betrug wusste, vermindert wurde. Doch finde sie als utilis actio auch ohne Mitwissenschaft des andern Theiles statt im Fall einer Schenkung, oder wo sonst in der Revocation des Veräusserten kein Unrecht gegen den Beklagten liegt, dann aber nur auf Herausgabe der Bereicherung. Sie könne nur innerhalb eines annus utilis von dem geschlossenen Geschäft an, aber sowohl nach als vor dem Güterverkauf angestellt werden. Sie sei eine rescissorische und universale in rem actio, gehe nur gegen den, der aus dem von ihm geschlossenen rechtswidrigen Geschäft besitzt, unter dieser Bedingung aber auch gegen den Schuldner (fraudator) selbst. Das interdictum fraudatorium finde wegen aller vom Schuldner mit Wissen eines Andern vorgenommenen betrügerischen Vermögensverminderungen, wenn sie auch nicht in Rechtsgeschäften bestehen (facta), ebenfalls innerhalb eines annus utilis seit der vorgenommenen Handlung, aber nur vor dem Vermögensverkaufe statt. Ohne Mitwissenschaft des Beklagten um den Betrug werde es nicht gegeben. Es gehe gegen den, quo sciente fraudator fecit, ohne Rücksicht auf Besitz, nicht aber auch gegen den fraudator selbst. Sein Zweck sei schleunige Zurückziehung der entzogenen Sachen zum Concursvermögen, um mit diesem verkauft zu werden. Es sei eine persönliche

Huschke.

Klage, die aber hinsichtlich der Præstatiön des Beklagten mit der Pauliana actio übereinstimme. Zur Ergänzung derselben diene eine in factum actio, die innerhalb eines Jahres nach dem Güterverkauf wegen derselben facta, aber causa cognita in billigen Fällen, theils gegen dritte nicht mitwissende Contrahenten auf Herausgabe der Bereicherung, theils auch gegen den Schuldner selbst, endlich auch gegen die Erben und andere Universalsuccessoren, sowie post annum auch gegen die ursprünglich zu Belangenden selbst wegen des an sie Gelangten gegeben werde. Sie sei eine gewöhnliche arbitraria actio personalis ohne processualische Begünstigung. Das interdictum fraudatorium und die in factum actio seien vom Prætor P. Rutilius Rufus (636 a. u. c.) eingeführt worden.

Rudorff.

Rudorff in seiner Abhandlung »Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict« in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte VIII. S. 62 u. f. tritt zunächst gegen Huschke auf, und sucht sodann eine neue historische Anschauung über das Verhältniss der Anfechtungsklagen unter einander zu begründen. Er sagt, dass die revocatorischen Klagen alter Ordnung sich auf zwei zurückführen lassen: Die Pauliana actio und das fraudatorische Interdict. Die Pauliana soll noch ganz auf dem Boden des Civilrechts stehen und eine dingliche Klage sein. Das fraudatorische Interdict, die arbiträre Restitutionsklage aus demselben, die in factum actio gegen den Mitwisser und diejenige gegen den unwissentlich Contrahirenden seien ein und dasselbe Rechtsmittel; denn am Schlusse des Edicts (L. 10 pr. D. h. t.) werde nur gesagt, dass die gewöhnliche arbiträre Formel oder in factum actio bisweilen nach Befinden der Umstände mit Weglassung des Requisites der scientia verstattet werden solle, womit auf die Fälle der Schenkung und der Bereicherung gezielt sei, welche auch nach Jahresfrist und vom Erben zurückgefordert werden könne. Möge man auch aus dieser in factum actio eine besondere Klage machen, oder sie einen

Zusatz zum Interdict nennen, so bleibe dennoch die Identität des Interdicts und der Interdictsklage oder -klagen in dem einen wie in dem andern Falle im Wesentlichen bestehen.

Dagegen ist nun gleich einzuwenden, dass die arbitraria formula aus einem Interdict nach römischem Sprachgebrauch nie »actio« genannt wird, daher die oft vorkommende Bezeichnung hæc actio, hæc in factum actio in L. 10 D. h. t., an deren Spitze die Formel des Interdictum fraudatorium steht, nicht auf die arbitraria formula aus diesem Interdict bezogen werden kann. Denn die Römer haben in der Interdictenlehre zwei feststehende Kunstausrücke gebildet: arbitraria formula für die Formel, welche nach gesprochenem restitutorischen oder exhibitorischen Interdict dem Arbitr ertheilt wird, wenn der dem Befehl des Prætors nicht nachkommende Beklagte um einen solchen sofort (antequam ex iure exeat) gebeten hat, und in factum actio für die Klage, welche der Prætor sehr oft neben einem Interdict irgend einer Art dem Kläger entweder in ganz demselben Falle zur Wahl zwischen beiden Rechtsmitteln, oder auch statt eines utile interdictum mit etwas abweichenden Erfordernissen gibt. (cf. hierüber insbesondere Schmidt »Interdictenverfahren« S. 306 u. f.)

Das Verhältniss der Pauliana actio zum interdictum fraudatorium stellt sich Rudorff folgendermassen vor: Beide Rechtsmittel sollen darin übereinstimmen, dass sie selbstständige Schutzanstalten enthalten, durch welche gegen betrügliche Verkürzungen der Concursmasse Restitution gewährt werde. Der Unterschied zwischen ihnen bestehe aber darin, dass sich die Pauliana an das civilrechtliche Executionsrecht der Gläubiger oder ihres Vertreters, das interdictum fraudatorium dagegen an das prätorische interdictum sectorium und possessorium des bonorum emptor anschliesse, dass folglich die Pauliana den Gläubigern, das fraudatorium

dagegen dem Güterkäufer zustehe. Aus diesem Grunde, nicht wegen des Gegensatzes von gestum und factum, sei die Pauliana auf einen älteren Prätor, das Interdict aber erst auf Rutilius, den Erfinder (?) der bonorum venditio, zurückzuführen.

Wir gehen nun zur Entwicklung unserer eigenen Ansicht über.

Erstes Capitel.

Die in rem actio.

Die in rem actio.

Die einzige Stelle, durch welche das Vorhandensein einer in rem actio, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, begründet wird, ist § 6 I. de actionibus IV. 6 nebst der Erläuterung dieser Stelle in der Paraphrase des Theophilus († 533) ¹⁾. Die Paraphrase zu § 6 I. cit. lautet:

ἔξεστι τοῖς κρεδύτορσιν ἐξ ἀποφάσεως τοῦ ἀρχόντος τὰ τοῦ δεβύτωρος νεμηθεῖσι πράγματα κινεῖν τὴν in rem . . . ἥτις λέγεται Παυλιανή.

Welche Klage heisst Pauliana actio, die dingliche Rückforderungsklage oder die persönliche Anfechtungsklage?

Die Klage wird in den Institutionen mitten unter den dinglichen aufgezählt, denn nachdem Justinian im § 1 h. t. gesagt hat:

Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de qua re agitur summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam,

und dann von den dinglichen Klagen ex iure civili gehandelt hat, fährt er im § 3 eodem fort:

Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus (eben diese Klagen ex iure civili) et si quæ sunt

¹⁾ cf. Huschke's Vorrede zu seiner Ausgabe der Institutionen, p. VI.

similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt, aliæ autem sunt, quas prætor ex sua iurisdictione comparatas habet tam in rem quam in personam, quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere, ecce plerumque ita permittit in rem agere, ut vel

und nun handelt er im dritten, vierten, fünften (der sechste handelt von der dinglichen Rückforderungsklage) und siebenten Paragraphen von unbestritten dinglichen Klagen, vom achten Paragraphen an aber spricht er von den persönlichen Klagen, welche der Prätor schuf, indem er zu Anfang des § 8 im Gegensatz zu dem § 3 sagt:

In personam quoque actiones ex sua iurisdictione præpositas habet prætor veluti de pecunia constituta . . . und nun sich näher über die prätorischen persönlichen Klagen auslässt.

Man darf also nicht anders als annehmen, dass auch die mitten unter den dinglichen Klagen behandelte Rückforderungsklage eine dingliche Klage sei. — Eine andere Frage ist die, ob diese Rückforderungsklage die Pauliana actio der Pandekten, d. h. ob die Paraphrase hier glaubwürdig sei. Nach Huschke's præfatio Institutionum (p. XIII.) soll sie hier unbedingt glaubwürdig sein. ¹⁾ In Widerspruch hiemit steht L. 38 D. de usuris 22. 1. Dort sagt Paulus im Principium:

Videamus generali quando in actione quæ est in personam etiam fructus veniant? und nun heisst es in § 4 dieser Lex:

In Fabiana quoque actione, et Pauliana, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus quoque restituuntur; nam prætor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset; quod non est

¹⁾ Wir werden später nachweisen, dass sie hier nur zum Theil glaubwürdig ist, da sie die persönliche Anfechtungsklage und die dingliche Rückforderungsklage zusammenwirft.

iniquum; nam et verbum »restituas« quod in hac re prætor dixit (es ist gemeint restituas in L. 10 pr. D. h. t.) plenam habet significationem ut fructus quoque restituantur.

Es entsteht somit eine scheinbar unlösliche Antinomie. Paulus (ums Jahr 200 n. Chr. lebend) zählt die Pauliana actio zu den persönlichen Klagen, Theophilus (in seiner 532—533 verfassten Paraphrase zu den Institutionen) nennt sie ausdrücklich eine dingliche Klage.

Die Ansicht Theophils und Huschke's, dass die dingliche Rückforderungsklage Pauliana heisse, ist zu verwerfen.

Huschke a. a. O. S. 51 sucht sich über diese Schwierigkeit in folgender Weise hinwegzuhelfen: nachdem er aus der Fassung der von Theophilus in seiner Paraphrase zu dieser (Pauliana) in rem actio beigefügten intentio¹⁾ derselben noch einen fernern Beweis für ihren dinglichen Character geschöpft hat, sagt er nämlich:

»In Uebereinstimmung mit dieser Fassung der Klage als einer utilis in rem actio steht auch, dass Paulus von ihr im Falle eines verkauften Grundstücks den Ausdruck petere gebraucht.²⁾ Unmöglich kann daher derselbe Jurist sie zugleich zu den persönlichen Klagen gerechnet haben, was man daraus zu schliessen pflegt, dass er in L. 38 § 4 D. de usuris sie bei Untersuchung der Frage, wann in persönlichen Klagen die Früchte restituirt werden, mit anführt. In der That nennt er dort auch die Pauliana actio nicht selbstständig, sondern zunächst die Fabiana, die allerdings eine persönliche

¹⁾ Huschke a. a. O.: ἐν τῇ λέγειν ταῦτα ὡσανεὶ μὴ ἐτραδιτεύθη τὸδε τὸ πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ δεβίτωρος, εἰ φαίνεται αὐτὸ ἐν τῇ τοῦ δεβίτωρος μεμενηκένοι δεσποτεία, was nach der gebräuchlichen Fassung anderer ähnlicher utiles actiones so zurückzuübersetzen sei: si ea res a debitore Lucio Titio tradita non esset, tum si paret eam in bonis debitoris mansisse.

²⁾ L. 7 D. h. t. Paulus libro LXII. ad Edictum: Si debitor in fraudem creditorum minore pretio fundum scienti emtori vendiderit, deinde hi, quibus de revocando eo actio datur, eum petant, quæsitum est, an pretium restituere debent? etc.

in factum actio ist, und schließt an diese die Pauliana actio nur wegen ihres sehr verwandten Inhaltes an, um sofort auch von dem fraudatorium interdictum zu sprechen, welches, wie alle Interdicte, gleichfalls zu den persönlichen Klagen gehört und doch materiell mit der Pauliana actio ziemlich zusammenfällt. Offenbar kommt es ihm also gar nicht darauf an, die formelle Natur der Pauliana actio zu bestimmen¹⁾, sondern nur zu bemerken, dass auch in den wegen in fraudem facta eingeführten, auf ein Rückgeben gehenden Klagen, welche im Ganzen persönlich sind, die Früchte prästirt werden müssen, wobei er die Pauliana nur einschiebt, damit man nicht glaube, sie weiche in dieser Beziehung von dem interdictum fraudatorium ab.«

Dagegen ist denn doch Mehreres einzuwenden. Für's Erste ist die Huschke'sche Ansicht, dass Paulus in der L. 38 cit. von der dinglichen Rückforderungsklage spreche, eine blosse Vermuthung, deren Beweis er schuldig bleibt. Huschke's einziges Argument hiefür ist die Paraphrase Theophils, denn, argumentirt Huschke, weil Theophilus die in rem actio aus § 6 I. IV. 6 (κινεῖν τὴν in rem ἧτις λέγεται Παυλιανῆ) Pauliana actio nennt, so muss die Pauliana actio eine dingliche Klage sein; deshalb kann Paulus sie unmöglich zu den persönlichen Klagen gezählt haben. Die Huschke'sche Meinung steht und fällt daher mit der Glaubwürdigkeit der Paraphrase des Theophilus zu § 6 I. de actionibus. Wem ist aber wohl mehr Glauben beizumessen, dem classischen Juristen Paulus, der, wie wir gleich nachweisen werden, die Pauliana actio für jeden unbefangenen Leser der L. 38 D. de usuris auf die evidenteste Weise zu den persönlichen Klagen rechnet, und dessen Meinung officiell sanctionirt ist, dadurch, dass diese Lex in die Digesten aufgenommen wurde, oder dem Byzan-

¹⁾ Das wird auch Niemand von einer Abhandlung über Prästation der Früchte verlangen.

tiner Theophilus, dessen Paraphrase zu den Institutionen in keinem der vier Bücher fehlerfrei ist, wie Huschke in seiner Vorrede zu den Institutionen Justinians selbst nachweist, und dessen Paraphrase nie offizielle Gesetzeskraft erhielt? Offenbar darf und kann man hier nur Paulus Glauben beimessen. — Damit ist denn auch die Huschke'sche Pauliana in rem actio für immer begraben.

Dann ist aber zugleich auch der Zusatz des Theophilus, dass diese in rem actio Pauliana actio heisse (. . . κινεῖν τὴν in rem ἡρσις λέγεται Παυλιανή) unter seine juristischen Schnitzer einregistrirt, es sei denn, dass es Sprachgebrauch der Juristen war, zur Zeit des Theophilus, diese in rem actio des § 6 I. de actionibus IV. 6. Pauliana in rem actio zu nennen¹⁾ zum Unterschiede von der gewöhnlichen Pauliana actio, welche eine persönliche in factum actio war. Denn direct officiell ist weder die persönliche Anfechtungsklage noch die dingliche Rückforderungsklage mit dem Namen Pauliana genannt. Der § 6 I. cit., die einzige Stelle der Justinianischen Gesetzesammlung, welche von der dinglichen Rückforderungsklage handelt, nennt die Klage nicht beim Namen, und in D. 42. 8. und C. VII. 75., den beiden Pandektentiteln, welche die persönliche Anfechtungsklage behandeln, ist ebenfalls der Name Pauliana actio nie genannt. Die einzige Stelle im Gesetze, wo die Bezeichnung Pauliana actio vorkommt, ist die

L. 38 § 4 D. de usuris 22. 1.: In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus quoque restituuntur; nam

Daraus darf man aber noch nicht schliessen, dass dieser Name deshalb officiell anerkannt sei; es leuchtet vielmehr das Gegentheil ein aus folgenden Gründen: Für's Erste nennen

¹⁾ Was aber nicht glaubwürdig ist, indem die Römer nie zwei verschiedene Klagen mit demselben Namen bezeichnet haben, schon um Verwechslungen zu verhüten.

die massgebenden Digesten- und Codextitel die in ihnen behandelte Klage nie mit diesem Namen, sondern sagen stets nur hæc actio, hæc in factum actio; sodann wird in der L. 38 cit. die Pauliana nicht schlechtweg so genannt, sondern von Paulus zu dieser Benennung erläuternd beigefügt »per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt revocantur«, eine Menge Worte, welche er sich hätte ersparen können, und gewiss erspart hätte, wenn der Ausdruck Pauliana actio die allgemeine und Allen bekannte Bezeichnung für die persönliche Anfechtungsklage gewesen wäre. Denn bei der Fabiana actio, welche er gleich vorher nennt, erachtete er es für unnöthig, einen solchen Zusatz zu machen, obwohl diese praktisch jedenfalls seltener zur Anwendung kam als die persönliche Anfechtungsklage.

Dies rechtfertigt die Vermuthung, dass der Ausdruck Pauliana actio von den Juristen, wahrscheinlich kurz vor Paulus, eingeführt wurde und blosser Sprachgebrauch war, um den schleppenden Ausdruck »in factum actio per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt revocantur« durch einen kürzern zu ersetzen. Hiefür spricht auch der Name selbst: denn derselbe ist nicht wie die Bezeichnungen sämtlicher Klagen des Römischen Rechts, die nach Personen benannt sind (mit einziger Ausnahme des Carbonianum interdictum) von einem Gentilnamen genommen, sondern von einem Cognomen, eine höchst auffällige Thatsache, und dem amtlichen Gebrauch im Edict widersprechend. — Aehnlich haben die Juristen in der Geschäftssprache und in ihren literarischen Werken die Bezeichnung Catoniana regula eingebürgert.

Um aber unsere Ansicht, dass die Pauliana actio eine persönliche Klage sei, unzweifelhaft zu machen, wollen wir die Behauptungen Huschke's noch im Einzelnen widerlegen.

Vor Allem können wir zu den übrigen Beweisen, dass Paulus in L. 38 cit. die Pauliana in factum actio meint, durch ein argumentum e contrario aus Huschke's oben angeführten

Die Pauliana actio ist eine persönliche Klage.

eigenen Worten noch einen neuen Beweis hinzufügen. Er sagt: »In der That nennt er (Paulus) dort (L. 38 cit.) auch die Pauliana actio nicht selbstständig, sondern zunächst die Fabiana, die allerdings eine persönliche in factum actio ist.« — Ist es aber nicht natürlicher, fragen wir, anzunehmen, dass hier Paulus unter dem kurzen Ausdruck Pauliana — gesetzt auch, die römischen Juristen hätten nicht bloss die in factum actio, sondern auch die in rem actio »Pauliana« genannt — nicht die (Pauliana) in rem actio, sondern die persönliche Pauliana in factum actio meint, erstens weil er hier überhaupt nur von persönlichen Klagen spricht, zweitens weil auch die in demselben Satze unmittelbar vor der Pauliana angeführte Fabiana actio eine persönliche in factum actio ist? — Huschke fährt nun fort: »und (Paulus) schliesst an diese (die persönliche Fabiana in factum actio) nur die (dingliche) Pauliana wegen ihres sehr verwandten Inhaltes an, um sofort auch von dem fraudatorium interdictum zu sprechen, welches, wie alle Interdicte, gleichfalls zu den persönlichen Klagen gehört, und doch materiell mit der Pauliana actio ziemlich zusammenfällt.«

Wenn also Paulus in einem Abschnitte, wo er von der Præstation der Früchte bei persönlichen Klagen handelt, sagt: In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur, und nun erläuternd fortfährt: nam prætor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset; quod non est iniquum, nam et verbum »restituas«, quod in hac re prætor dixit (Huschke nimmt an, Paulus denke dabei an das Wort »restituas« in der Formel des interdictum fraudatorium, cf. L. 10 pr. D. h. t.) plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur, so sagt hingegen Huschke (siehe oben seine eigenen Worte), dass Paulus von den Worten an »nam prætor id agit« plötzlich vom fraudatorium interdictum spreche, welches auch eine persönliche Klage sei, und die (Pauliana)

in rem actio hier nur so nebenbei anführe, damit man nicht etwa glaube, sie weiche in Beziehung auf die Præstation der Früchte von dem interdictum fraudatorium ab.

Dabei darf man doch vor Allem Folgendes entgegenen: Wenn Paulus ausdrücklich sagt, er wolle auseinandersetzen, bei welchen persönlichen Klagen auch die Früchte prästirt werden müssen, und er nun auch das interdictum fraudatorium als solche persönliche Klage anführt, so darf er doch voraussetzen, dass Niemand aus seinen Worten Schlüsse auf dingliche Klagen ziehe. — Quod non, sagt Huschke, denn hätte der Prätor hier, wo er unter andern persönlichen Klagen auch von dem persönlichen interdictum fraudatorium spricht, nicht auch von der dinglichen (Pauliana) actio gesagt, dass bei ihr ebenfalls die Früchte prästirt werden müssen, so hätte man (doch wohl nur Huschke) aus dieser Abhandlung über die persönlichen Klagen geschlossen, dass bei der dinglichen (Pauliana) actio die Früchte nicht prästirt werden müssen. Es ist indessen nicht mit Huschke anzunehmen, dass Paulus bei seinen Zeitgenossen, für welche er in erster Linie seine juristischen Werke schrieb, solche Gedankensprünge als etwas Alltägliches vorausgesetzt habe.

Es fällt also die Meinung Huschke's dahin, dass in der L. 38 D. de usuris Paulus mitten unter den actiones in personam von der (Pauliana) in rem actio handle. Es bleibt nun der viel natürlichere und befriedigendere Schluss übrig, dass Paulus hier von der persönlichen Pauliana in factum actio gesprochen habe und von dem mit ihr materiell identischen interdictum fraudatorium.

Dass das Interdictum und die Pauliana in factum actio nur formell d. h. processualisch verschieden, in ihren materiellen Requisiten dagegen identisch waren, dies zu beweisen behalten wir uns vor, wenn wir weiter unten von der in factum actio und dem interdictum fraudatorium sprechen werden.

Lucius Aemilius Paulus, der muthmassliche Schöpfer der Pauliana actio. (563 a. u. c. — 191 a. Chr.)

Wenn man nun fragt, welcher Paulus ist es denn, von dessen Namen die Juristen die Bezeichnung Pauliana entlehnt haben, so dürfen wir wohl mit Rudorff mit ziemlicher Sicherheit behaupten, dass dieser Paulus der berühmte Lucius Aemilius Paulus gewesen sei, der Sohn des gleichnamigen bei Cannæ gefallenen Aemiliers, der Besieger des Perseus und Eroberer Macedoniens (Valer. Max. VIII. 11. n. 1.), der im Jahre 563 a. u. c. (191 a. Chr.) unter den Prätores (Liv. 35. 24.), dann 572 (182) als Statthalter des diesseitigen Spaniens (Liv. 36. 2. — 39. 56.) genannt wird, hierauf 586 (168) den Consulat und 590 (164) die Censur bekleidete. Denn dass schon vor der Prätur des Publius Rutilius Rufus (636 a. u. c.) eine Anfechtungsklage existirte, wird nirgends bestritten. Auf diesen L. Aemilius Paulus bezieht Valerius Maximus auch den Ausdruck »Pauliana« victoria. — Die utilis rei vindicatio rescissa traditione (Pauliana in rem actio des Theophilus) wird, als ein ganz unentbehrliches Rechtsmittel, schon früher vorhanden gewesen sein.

Wir stellen nun folgende Behauptungen auf:

1. Die dingliche Rückforderungsklage ist von Justinian in die Institutionen aufgenommen worden und wird gegen diejenigen Veräußerungen als eine utilis (ficticia) rei vindicatio gegeben, welche nach der durch eine sententia Præsidis erfolgten missio in bona rei servandæ causa vom Schuldner in fraudem creditorum vorgenommen worden sind. Sie ist von der rei vindicatio nur dadurch verschieden, dass bei ihr nebst dem Beweise des Eigenthums des Schuldners an der veräußerten Sache auch noch die fraus des Schuldners und deren eventus nachgewiesen werden muss.
2. Die persönliche Pauliana actio (in factum actio) ist allein in die Digesten und den Codex aufgenommen nebst dem von ihr materiell nicht verschiedenen interdicitum fraudatorium.

Nicht die in rem actio, sondern nur die Pauliana actio und das interdicitum fraudatorium werden in den Digesten und dem Codex behandelt.

Diese Behauptungen wollen wir nun des Näheren begründen.

Wir können für's Erste nicht die Ansicht Derjenigen theilen, welche annehmen, dass auch bei der dinglichen Rückforderungsklage der Beweis der fraus in der Person des Mitcontrahenten zu deren Anstellung nöthig gewesen sei. Denn der § 6 I. de actionibus, die einzige uns erhaltene Stelle über diese in rem actio, sagt davon nichts, er lehrt nur, dass nach der durch eine sententia Præsidis erfolgten missio in bona rei servandæ causa alle in fraudem creditorum vorgenommenen Veräußerungen als nicht geschehen fingirt, und deshalb mit einer dinglichen Klage (rei vindicatio utilis) sollen rückgängig gemacht werden können. So hat denn auch die Praxis die Stelle verstanden ¹⁾, und ist, auf derselben fussend, noch weiter gegangen, indem sie durch das der obigen sententia Præsidis analoge decretum de aperiundo concursu jegliche vom Schuldner seit Erlass dieses Decretes vorgenommene Vermögensdisposition als ipso iure nichtig erklärte, wobei natürlich auf die das Vermögen vermindern den Veräußerungen gezielt war, mochten dieselben nun vom Schuldner bona fide oder mit scientia fraudis vorgenommen sein, und somit, den Gläubigern den Beweis des dolus auch in der Person des Schuldners ersparend, ihnen nur zu erbringen auferlegte, dass zur Zeit des Erlasses des Decretes das betreffende Vermögensstück noch in bonis debitoris war. ²⁾

Es ist hier auch der Ort, um die Auslegung, welche Huschke dieser Institutionenstelle gibt, zu widerlegen. Huschke nämlich, von der Idee ausgehend, dass in den Digesten 42. 8. in der L. 1—9 von der in § 6 I. IV. 6. versprochenen ding-

¹⁾ cf. Dabelow. Lehre vom Concourse S. 382 f. — Indessen begeht Dabelow den Fehler, den § 6 I. cit. von der Pauliana actio zu verstehen.

²⁾ Man vergleiche hierüber auch Bayer, Theorie des Concurprocesses. S. 79.

lichen Klage die Rede sei, findet sich schon in diesem Paragraphen, dem Ausgangspunkte seiner Ansicht, widerlegt, und sieht sich, um seine Meinung aufrecht zu erhalten, genöthigt, der Stelle einen andern Sinn zu geben. Die Stelle lautet:

§ 6 I. de actionibus IV. 6. Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.

Huschke will nun den Mittelsatz »bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis« zum Nachsatz gezogen wissen. Damit bekäme die Stelle folgenden Sinn: In fraudem creditorum vom Schuldner vorgenommene Veräußerungen sollen überhaupt nicht vor der durch den Spruch des Präses erlassenen missio in bona revocirt werden können, sondern erst nachher. Huschke will ein Argument für seine Ansicht aus der Paraphrase des Theophilus zu dieser Stelle ziehen, indem er sagt, dass nach dem Wortlaute der Paraphrase Theophilus die Stelle offenbar ebenso aufgefasst habe. — Die Paraphrase lautet:

Ἐξεστὶ τοῖς κρεδῖτορσιν ἐξ ἀποφάσεως τοῦ ἀρχόντος τὰ τοῦ δεβέτωρος νεμηθεῖσι πράγματα ἐν ᾧ πρὸς περιγραφὴν αὐτῶν γέγονεν ἢ ἐκποίησις κινεῖν τὴν in rem κατὰ τοῦ διακατέχοντος ἧτις λέγεται Παυλιανή.

Allein wir können nicht mit Huschke annehmen, dass die Paraphrase hier durchaus glaubwürdig sei. Denn sie verwechselt in Betreff der Zeit der Anstellung und der zu revocirenden Veräußerungen die in § 6 I. cit. versprochene in rem actio mit der Pauliana (in factum) actio.

Es ist unzweifelhaft, dass Justinian in seinen Institutionen I. c. eine dingliche Klage verspricht; dies haben wir schon zur Genüge nachgewiesen; denn es wäre doch mehr als willkürlich anzunehmen, dass Justinian mitten unter dinglichen

Klagen eine persönliche behandle. — Andererseits steht fest, wie wir schon gezeigt haben, dass in L. 38 § 4 D. de usuris 22. 1. Paulus von einer persönlichen Pauliana (in factum) actio spricht, vermittelt welcher zur Benachtheiligung seiner Gläubiger von einem Schuldner vorgenommene Veräußerungen rückgängig gemacht werden können; und zwar wird dort ganz allgemein gesagt: Pauliana actio per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, also jedenfalls nicht blos was während des Concurses, sondern auch was vor dem Concurse vom Schuldner in fraudem creditorum veräußert wurde. Dass diese persönliche Pauliana actio in den Digesten 42. 8. und im Codex VII. 75. behandelt werde, wird von Niemandem bestritten; hingegen behaupten Diejenigen, welche die Paraphrase Theophils an der citirten Stelle für glaubwürdig halten, dass auch die von Theophilus genannte Pauliana in rem actio in D. 42. 8. behandelt sei, nämlich in L. 1—9 D. 42. 8. Dass dies nicht der Fall ist, sondern dass in D. h. t. nur die persönliche Pauliana in factum actio besprochen wird, werden wir später des Weiteren aus dem Inhalte des besagten Digestentitels selbst beweisen.

Es steht somit einerseits fest, dass es eine persönliche in factum actio gibt, vermittelt welcher vor und während des Concurses vom Schuldner vorgenommene betrügliche Veräußerungen revocirt werden können, und dass diese Klage Pauliana actio heisst, wofür wir das Zeugniß des classischen Juristen Paulus haben; andererseits, dass in den Institutionen eine dingliche Klage gegen Veräußerungen versprochen wird. Also sind zwei Klagen gegeben. Theophilus nun nennt die zweite Klage ebenfalls Pauliana actio. Ist dies glaubwürdig? Nein! Denn wir haben kein einziges Beispiel im ganzen Römischen Recht, dass eine persönliche und eine dingliche Klage, also zwei verschiedene Klagen, denselben Namen führen; dies schon um Missverständnisse zu vermeiden. — Somit kann die dingliche Klage, die in § 6

I. cit. versprochen wird, nicht ebenfalls Pauliana geheissen haben, und Theophilus verwechselt daher die dingliche Rückforderungsklage, was den Namen anbetrifft, mit der Pauliana actio. Ein solcher Schnitzer darf bei Theophilus nicht überraschen; denn es ist bei Weitem nicht der einzige in seiner Paraphrase, und auch nicht der Schlimmste, wie aus Huschke's Vorrede zu seiner Ausgabe der Institutionen Justinians zu ersehen ist.

Ueberhaupt ist in Hinsicht auf die häufigen oft gröblichen Missverständnisse der Institutionen Justinians von Seiten des Verfassers der Paraphrase mit Recht die Vermuthung aufgestellt worden, dass diese Paraphrase nicht das Werk des Juristen Theophilus, sondern das Collegienheft eines seiner Zuhörer sei, was natürlich die Autorität der Paraphrase um ein Bedeutendes vermindert.¹⁾ Es ist beglaubigt, dass Theophilus in Constantinopel Vorlesungen über Römisches Recht hielt, an der Abfassung der Institutionen und Pandekten mitarbeitete, während dieser Zeit aber (533) gestorben ist. Es ist auch durchaus glaubhaft, dass einer seiner Zuhörer oder ein Dritter den studiosi iuris griechischer Nation einen grossen Dienst zu erweisen glaubte, wenn er die für die cupida legum iuventus verfassten Institutionen Justinians, welche, da sie in lateinischer Sprache geschrieben waren, dem mit dem Recht noch gänzlich unbekanntem Studenten griechischer Sprache um so schwerer verständlich sein mussten, in griechischer Sprache erklärte und veröffentlichte. Er mag sich hiezu der Notizen Theophils zu seinen Vorlesungen oder des Collegienheftes eines Zuhörers bedienen, und mit Rücksicht darauf, dass die Paraphrase eigentlich des Theophilus Geistesproduct sei, sie »Paraphrase des Theophilus« genannt

¹⁾ cf. Reitz, Vorrede zu seiner Ausgabe der Paraphrase, § 46 S. 27; Dabelow, Lehre vom Concourse der Gläubiger, S. 405, Anm. z.; Huschke, Vorrede zu seiner Ausgabe der Institutionen, S. V. VI.

haben. Es können hiezu noch viele andere Gründe mitgewirkt haben, wie dies auch noch heut zu Tage bei Edition von Werken berühmter Verstorbener durch Andere der Fall ist.

Immerhin ist also sicher, dass die in rem actio des § 6 I. cit. nicht ebenfalls Pauliana heissen konnte wie die persönliche Pauliana in factum actio, welche Paulus nennt, und dass daher der Verfasser der Paraphrase hier beide Klagen unter einander wirft. Dies thut er aber nicht blos mit Bezug auf den Namen, sondern auch hinsichtlich ihres Wirkungsfeldes, indem er die Worte »bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis« zum Nachsatze zieht.

Damit wirft er aber gerade die unterscheidenden Merkmale der in rem actio über den Haufen, nämlich, dass sie nur gegen nach eröffnetem Concourse gemachte Veräusserungen des Gemeinschuldners gehen soll, und gibt ihr dieselbe Ausdehnung wie die Pauliana sie besitzt. Damit hätten wir denn zwei neben einander laufende Klagen, eine dingliche und eine persönliche, beide gegen die gleichen Veräusserungen gerichtet: die Pauliana actio, verjährt post annum utilem ex die venditionis bonorum, die in rem actio aber, als solche, wie die vor und nach ihr behandelte Serviana und Publiciana actio, sowie überhaupt die dinglichen Klagen, eine actio perpetua. Da darf man wohl fragen, falls wirklich die dingliche Rückforderungsklage früher in diesem unbeschränkten Umfange neben der auf ihr fussenden und dem immer humaner werdenden Rechtsgefühl entsprechenderen in factum actio¹⁾ bestanden hätte, ob denn, wenn nicht schon ein vorjustinianischer Kaiser, so doch spätestens Justinian, bei der definitiven Festsetzung des Rechts in den Pandekten die in ihrer Allgemeinheit unbillige dingliche Klage nicht durch

¹⁾ Sie beruht auf dem Grundsatz *dolus ei duntaxat nocere debet qui eum admisit*.

den Zusatz »bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis« auf ein dem Rechtsgefühl entsprechendes gebührendes Mass eingeschränkt hätte. Und dies wäre gewiss anzunehmen. Es darf daher der § 6 I. cit. nur von einer dinglichen Rückforderungsklage verstanden werden, gegen alle solche Veräusserungen gehend, welche vom Gemeinschuldner nach eröffnetem Concourse zur Verkürzung seiner Gläubiger vorgenommen wurden. ¹⁾

Wesen der in
rem actio.

Ueber das Alter und die ursprüngliche Gestalt dieser dinglichen Rückforderungsklage lässt sich weder mit Bestimmtheit noch mit Wahrscheinlichkeit irgend etwas behaupten, da die Quellen hierüber gänzlich schweigen. Wenn indessen eine Vermuthung geäußert werden soll, so erscheint uns die folgende als die plausibelste.

Durch die *missio in bona rei servandae causa* verlor nach Römischem Recht der Schuldner bekanntlich das Recht der Vermögensdisposition nicht, und waren daher seine Verfügungen ebenso wirksam wie frühere. Dieser Umstand wurde natürlich von den Schuldnern zu fraudulosen Vermögensverminderungen benutzt, und zwar kamen die meisten Fälle solcher Verkürzungen der Gläubiger jedenfalls nicht vor dem Concourse, sondern gerade während desselben vor. Hier insbesondere also musste der Prätor einschreiten und den Gläubigern ein wirksames Rechtsmittel zu ihrem Schutze in die Hand geben. Dies that er denn auch durch Einführung einer dinglichen Rückforderungsklage.

Diese alte *in rem actio* war eine *utilis (ficticia) rei vindicatio*, und wurde ertheilt *rescissa traditione*, d. h. auf Grund der Fiction, dass nicht tradirt worden sei, eine Fiction, welche auf dem *dolus* des Gemeinschuldners fusste. Die *fraus* desselben haftete gleichsam an der Sache und machte so jede

¹⁾ So auch Schmidt, Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens manumissor. S. 96. Anm. 10. u. A.

Tradition *rescissibel*. Da die Klage eine durchaus dingliche war, so konnte sie nur gegen den Besitzer und Denjenigen angestellt werden *qui dolo malo fecit quominus possideret*, oder *qui liti se obtulit*: auf Herausgabe der Sache oder Ersatz des Werthes. Der Richter hatte also zu entscheiden: Wenn es sich herausstellt, dass das betreffende Grundstück, falls es von *Lucius Titius* (dem Gemeinschuldner) nach eröffnetem Concourse nicht *fraudandorum creditorum causa* veräußert worden, noch im Vermögen des *Lucius Titius* geblieben wäre, so soll *Numerius Negidius* (der Besitzer) dem *Aulus Agerius* (dem Kläger) dasselbe restituiren, eventuell Ersatz leisten.

Der Verurtheilte konnte nun *Regress* gegen seinen *auctor* nehmen wegen des ihm entzogenen *habere licere*, und dieser wiederum an seinen *auctor* u. s. w. — War der beklagte Besitzer *bona fide emtor*, so konnte er jedenfalls vom Kläger durch *doli exceptio* gegen Restitution des Streitobjectes den vom Schuldner empfangenen Kaufpreis von den dessen Stelle einnehmenden Klägern herausverlangen, nicht aber, wenn er um den Betrug gewusst hatte beim Kaufe (*mala fides superveniens* schadete damals nicht). Denn analog wie bei der spätern in *factum actio* stand ihm wahrscheinlich die gesetzliche Bestimmung entgegen, dass er auch nicht einmal einen Theil des Kaufpreises erhalten solle, indem ja seine *doli exceptio* durch seinen eigenen *dolus* entkräftet wurde (cf. L. 7 D. h. t).

Wenn wir nun auch behaupten und beweisen werden, dass in D. 42, 8 und C. VII. 75 nur die persönliche *Pauliana actio* aufgenommen ist, und desshalb die L. 7 cit. jetzt entschieden nur von der persönlichen *Pauliana actio* zu verstehen ist, so ist es doch immerhin möglich, dass dieselbe ursprünglich bei Paulus in einem Abschnitte über die dingliche Rückforderungsklage stand. Huschke behauptet dies geradezu wegen des Ausdrucks »petant«, indem *petere* die stehende Redensart bei dinglichen Klagen sei. Allein es ist

nach römischem Sprachgebrauch nicht unmöglich, den Ausdruck *petere* auch bei einer persönlichen Klage zu gebrauchen, wenn nur das Ziel derselben Leistung eines Gegenstandes ist, d. h. wenn sie *rei persecutionem* habet, wie z. B. auch die persönliche *Fabiana actio*, von welcher auch der Ausdruck *petere* gebraucht wird¹⁾, wie wir später zeigen werden. — Sodann darf man Huschke noch Folgendes entgegenhalten: es ist durchaus nicht bestimmt erwiesen, wie Huschke annimmt, dass die *L. 7 D. h. t.* nur von der dinglichen Rückforderungsklage handeln könne; denn der *liber LXII ad Edictum* des Paulus, welchem die *Lex* entnommen ist, handelt auch noch von der *actio Fabiana* (*L. 5 D. si quid in fraudem patroni factum est.* 38, 5), welche, wie auch Huschke nicht läugnen wird, eine persönliche *in factum actio* war.

L. 1 § 26 D. si quid in fraudem 38, 5. — *Hæc actio in personam est, non in rem, et in heredes competit, et in ceteros successores.*

Wir dürfen also ruhig annehmen, es habe auch bei der dinglichen Rückforderungsklage dem mitwissenden Contractanten gegenüber der Grundsatz gegolten, dass er die Sache restituiren müsse, ohne den Kaufpreis zurückverlangen zu können. Die dingliche Klage war demnach für die verkürzten Gläubiger ein nachdrückliches Rechtsmittel.

¹⁾ cf. *L. 4 pr. § 1 D. si quid in fraudem* 38, 5.

Zweites Capitel.

Die *in factum actio* oder die *Pauliana actio*.

Nun konnte man aber einerseits weder diejenigen fraudulosen Vermögensverminderungen, welche der Schuldner vor ausgebrochenem *Concourse* vorgenommen hatte, anfechten, noch solche dolose Vermögensverminderungen, gegen welche eine dingliche Klage nicht denkbar war, wie z. B. absichtliches Herbeiführen des Verlustes eines *Processes*; anderseits auch den ersten mitwissenden Erwerber, der doch schuldiger war, als der vielleicht nicht mitwissende Besitzer, nicht belangen, wenn er veräußert hatte, da man von ihm nicht von vornherein sagen kann, er sei Einer *qui dolo malo fecit quominus possideret*. Die *æquitas* aber verlangte, dass man insbesondere den Betrüger belangen könne. Alle diese Gründe mögen dazu beigetragen haben, dass ein Prätor, wahrscheinlich *L. Aemilius Paulus*, eine persönliche *in factum*¹⁾ *actio* auf Herausgabe der Sache²⁾ oder deren Ersatz gegen alle Diejenigen schuf, welche am Betrüge wissentlich Theil genommen hatten, mochten sie den Gewinn noch besitzen oder nicht, und sie auch gegen den Gemeinschuldner (*fraudator*) selbst verstattete. (*L. 1 pr. D. h. t.*). — Diese *in factum actio* konnte *intra annum quo experiundi* (*sc. fraudem*) *potestas fuerit*, angestellt werden. Sie war vor Allem eine Strafklage wegen des *Delicti* der *fraus* (cf. z. B. *L. 6 § 8. L. 25 § ult. D. h. t.* und andere Stellen). Das Princip, das dem Prätor hiebei zu Grunde lag, war: *dolus ei duntaxat nocere debet, qui eum admisit, d. h.*

Die *in factum actio* oder die *Pauliana actio*.

¹⁾ *in factum actio* genannt, weil sie sich auf der dinglichen Rückforderungsklage aufbaute, ihr nachgebildet war. Das »*in factum*« drückt also den Gegensatz aus zur alten dinglichen Klage.

²⁾ Unter Umständen auch auf Wiederherstellung eines obligatorischen Verhältnisses u. dgl.

der einseitige dolus des Gemeinschuldners, der bis jetzt genügt hatte, um eine Veräußerung rescissibel zu machen, falls sie die Gläubiger verkürzte, sollte nun ein zweiseitiger sein, damit die in factum actio verstattet werden könne, mit andern Worten, es solle nur derjenige belangt werden können, der am Betrüge Antheil genommen.

Diese in factum actio gab der Prätor causa cognita, etsi scientia non sit (cf. L. 10 pr. D. L. 5. C. h. t. . . »scientiae mentione detracta«), und schuf damit ein Rechtsmittel, welches auf denjenigen zielte, der auf Kosten der Gläubiger ohne Grund bereichert war, auch wenn er nicht um die frau wusste. Der Prätor gab aber die in factum actio nicht bloß gegen den bona fide Erwerber aus erster, sondern auch gegen den bona fide Erwerber aus zweiter Hand, d. h. gegen denjenigen gutgläubigen Erwerber, der nicht direct vom Schuldner erworben hatte, nur für den Fall natürlich, dass er bereichert war, und der Kläger vom ersten mala fide Erwerber wegen dessen (möglicher) Insolvenz nicht genügenden Ersatz erhalten hatte; denn er gab diese actio ja causa cognita, behielt sich also freie Hand vor¹⁾.

Es blieb noch Ein Schritt zu thun übrig, um auf dem Wege der persönlichen Klage die Gläubiger ebenso nachdrücklich zu schützen, wie durch die in rem actio, und diesen Schritt that der Prätor Cassius²⁾, indem er verstattete, dass auch gegen die Erben der mit der in factum actio zu Belangenden auf Herausgabe des id quod ad eos pervenit geklagt

¹⁾ L. 5 C. de revocandis his quæ in fraudem etc: VII 75: Ignoti iuris non est, adversus (in Hinsicht auf) eum, qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit, nec defenditur, bonis possessis itemque distractis, per actionem in factum contra eum qui sciens fraudem comparavit, et eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta, creditoribus suis esse consultum.

²⁾ L. 11 D. h. t. Venuleius Saturninus libro VI Interdictorum: Cassius actionem introduxit in id, quod ad heredem pervenit. — Dieser Cassius mag Cassius Longinus gewesen sein.

werde. Dies wurde dahin ausgedehnt, dass post annum (quo experiundi potestas fuit) die in factum actio allen Denjenigen gegenüber, gegen welche sie intra annum zulässig gewesen war, noch auf das id quod ad eos pervenit angestellt werden konnte, und überhaupt gegen Denjenigen, der grundlos auf Kosten der Gläubiger bereichert war. So lehrt die L. 10 § 24 D. h. t.¹⁾

Man könnte nun sagen, der Prätor habe drei verschiedene neben einander bestehende in factum actiones geschaffen:

1. in factum actio gegen den fraudis particeps auf das Ganze, intra annum quo experiundi potestas fuerit.
2. in factum actio gegen den gutgläubigen Erwerber auf Bereicherung, intra und post annum.
3. in factum actio, intra und post annum, gegen die Erben und sonstigen Successoren eines schlechtgläubigen wie eines gutgläubigen Erwerbers auf das id quod ad eos pervenit.

Allein die beiden letzteren in factum actiones sind nur Nüancen, Unterarten der Ersteren. Wenn nämlich der Prätor (in L. 10 pr. D. h. t.) kurz und bündig sagt: interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam, so spricht er hier nicht von einer neuen in factum actio. Denn es wäre unrichtig zu übersetzen: »ich werde eine in factum actio zulassen.« Vielmehr sagt der Prätor: »ich werde die (bekannte) in factum actio auch hier, causa cognita, für zulässig erklären. Dies lehrt deutlich L. 5. C. h. t.²⁾ Schon der Ausdruck »permittam« deutet auf eine bekannte in factum

¹⁾ L. 10 cit.: Hæc actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit; iniquum enim Prætor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude; idcirco lucrum ei extorquendum putavit. Sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in id, quod ad eum pervenit, dolove malo eius factum est quominus perveniret.

²⁾ Man vergleiche die drittletzte Anmerkung.

actio hin; denn wenn der Prätor eine neue in factum actio verspricht, so bedient er sich gewöhnlich des stehenden Ausdruckes »actionem dabo«, oder »iudicium dabo«.

Gegenseitiges
Verhältniss der
in rem actio
und der actio
Pauliana.

Es standen also schon vor der römischen Kaiserzeit den Gläubigern zwei Arten von Klagen zu, um betrügerische Vermögensverminderungen ihres insolventen Schuldners rückgängig zu machen:

- I. Eine in rem actio, vermittelt welcher jede nach eröffnetem Concourse in fraudem creditorum geschehene Veräusserung rückgängig gemacht werden konnte, indem die Sache als nicht aus dem Vermögen des Schuldners veräussert betrachtet wurde. Dieselbe ging gegen jeden Besitzer der Sache, gegen den mala fide wie gegen den bona fide Erwerber, auf Herausgabe der Sache, eventuell Ersatz; dem bona fide Erwerber gegenüber aber nur gegen Erstattung der an den Schuldner gemachten Gegenleistung.
- II. Eine in factum actio gegen denjenigen Erwerber qui fraudem non ignoravit, ob er nun besitze oder nicht, auf Beschaffung der Sache, eventuell Ersatz, ohne Rückerstattung der Gegenleistung.

Dieselbe in factum actio gegen den bona fide Erwerber auf die Bereicherung und gegen die Erben und sonstigen Successoren eines mala fide wie bona fide Erwerbers auf Herausgabe des id quod ad eos pervenit, d. h. auf Herausgabe der Sache gegen Rückerstattung der an den Schuldner gemachten Gegenleistung.

Der Grundsatz, dass der Beklagte, wenn er zur Zeit des Geschäftsabschlusses um den Betrug gewusst hatte, die Sache herausgeben musste ohne die Gegenleistung, welche der Schuldner dafür erhalten hatte, durch doli exceptio herausbekommen zu können, galt nach L. 7 D. h. t. unbedingt und ausschliesslich zu Proculus Zeiten, der unter Augustus lebte, aber auch

noch zwei Jahrhunderte später zur Zeit des Paulus, der in der Lex citata der Meinung des Proculus beistimmt, und dazu bemerkt, dass auch die Kaiser in ihren Rescripten so entscheiden.

Die in rem und die in factum actio nun unterschieden sich in folgenden zwei Hauptpunkten:

1. Im Beweise.
 - A. Die in rem actio verlangte blos Beweis des dolus des Schuldners, des Besitzes des Beklagten und des eventus fraudis. Sie war desshalb nicht immer ein nachdrückliches Rechtsmittel, weil der Besitzer, insbesondere wenn er um den Betrug wusste und darum den Besitz geheim hielt, sehr oft schwer oder kaum zu ermitteln war.
 - B. Die in factum actio hingegen verlangte:
 - a. Bei der Klage auf das ganze Object oder Ersatz desselben, den Beweis der beiderseitigen fraudis, des Schuldners und des Beklagten, nebst dem Beweise des eventus fraudis.
 - b. Bei der Klage auf Bereicherung den Beweis der fraudis des Debitor, der Bereicherung des Beklagten und des eventus fraudis.

Im Beweise war also offenbar die in factum actio nachtheiliger als die in rem actio.

2. Im Erfolge.

Theoretisch stellte sich die in factum actio hier, wenigstens wenn Sachen, und zwar erst nach eröffnetem Concourse veräusserte, eingeklagt wurden, für die Gläubiger ungünstiger heraus als die in rem actio; denn während der Kläger bei der letzteren sicher war, dass nach geleistetem Beweise er entweder die Sache oder deren Werth bekommen werde, konnte er bei der in factum actio nicht immer auf volle Befriedigung rechnen, wenigstens dann nicht, wenn der Beklagte, der um

den Betrug wusste, die Sache einem bona fide entor um den vollen Werth verkauft — so dass Letzterer nicht mit der in factum actio belangt werden konnte — den Kaufpreis durchgebracht hatte und auch sonst kein Vermögen besass, um den geprellten Gläubiger zu entschädigen. Hatte er in diesem Falle nicht um den vollen Werth verkauft, so blieb dem Kläger die Hoffnung auf theilweise Entschädigung vermittelt der in factum actio auf Bereicherung gegen den bona fide Erwerber. Allein wenn auch für den Kläger theoretisch die Möglichkeit vorhanden war, mit der in factum actio bisweilen weniger zu bekommen, als mit der dinglichen Rückforderungsklage, so kam dies doch praktisch gewiss fast nie vor. Denn der Schuldner prellt seine Gläubiger nicht aus purem Vergnügen, da er ja weiss, dass er für seine Schulden auch noch später haften muss, indem ihn die Gläubiger, wenn er später wieder zu Vermögen kommt, wiederum belangen können, bis sie ganz befriedigt sind. Vielmehr verkauft der Schuldner in fraudem creditorum gewöhnlich an einen guten Freund nur scheinbar bedeutend unter dem Werthe, um dabei irgend einen Profit zu machen, den er sich von dem guten Freunde aufheben lässt, damit er nach Beendigung des Concurses noch etwas Geld habe zu seinem Unterhalte und zu erneuter Betreibung seines Berufes; z. B. er verkauft ihm in einem simulirten Vertrage ein Grundstück, das 10,000 werth ist, zu 6000, im wirklichen Vertrage aber zu 9000 mit der Bedingung, dass der Käufer 6000 zahle — welche 6000 er dann in seine tabula expensi et accepti als Verkaufspreis einträgt und in Empfang nimmt — die übrigen 3000 aber als verzinsliches oder unverzinsliches Darlehen vorläufig behalte. Mit einem Verschwender aber oder mit einem überschuldeten Freunde

wird kein Schuldner dergleichen Geschäfte machen, weil er zuletzt doch der am meisten Geprellte wäre. In der Regel also findet sich noch genug beim Beklagten vor, um Ersatz zu bekommen, und der Kläger steht sich somit bei der in factum actio (Pauliana), äusserst seltene Fälle ausgenommen, nicht schlechter als bei der in rem actio. Die Pauliana actio aber hatte hinsichtlich des Erfolges das vor der in rem actio voraus, dass mittelst derselben nicht blos Sachen eingeklagt, sondern auch Obligationen erneuert, überhaupt frühere Zustände wieder hergestellt werden konnten, und dies war der dinglichen Klage gegenüber ein unschätzbare Vortheil. Freilich war hinwiederum die dingliche Klage eine actio perpetua, die Pauliana in factum actio aber konnte auf das Ganze nur innerhalb eines Jahres quo experiundi potestas fuit angestellt werden, post annum aber immerhin noch auf Herausgabe der Bereicherung. — Indessen hatte die Pauliana actio noch den bedeutenden Vortheil vor der dinglichen Rückforderungsklage, dass mit ersterer nicht blos nach der Concurseröffnung vorgenommene Vermögensverminderungen des Schuldners revocirt werden konnten, sondern auch frühere.

Während der Kaiserzeit nun erlitten die in factum actio sowohl, als auch die in rem actio (für den Fall nämlich, dass man annimmt, es habe auch für sie früher der Grundsatz der L. 7 D. h. t. gegolten), eine Emendation im Sinne einer humaneren Rechtsanschauung. In alter Zeit nämlich galt die gesetzliche Bestimmung, dass der Beklagte, wenn er um den Betrug gewusst hatte, die Sache (oder deren Ersatz) herausgeben müsse, ohne auf den vom Schuldner gelösten Kaufpreis Anspruch machen zu können. Dies lehren Proculus und Paulus.

L. 7 D. h. t. Paulus libro LXII ad Edictum: Si debitor in fraudem creditorum minore pretio fundum scienti

emtori vendiderit, deinde hi, quibus de revocando eo actio datur, eum petant, quæsitum est, an pretium restituere debent? Proculus existimat, omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non solvatur, et rescriptum est secundum Proculi sententiam.

Erst Venuleius Saturninus, ein Zeitgenosse des Paulus, sagt (L. 8 D. h. t.), man könne zu diesem Rechtssatze das bemerken, dass es dem arbiter aus Gründen (ex causa) erlaubt sein solle, die Restitution des Kaufpreises anzuordnen, wenn das Geld noch nicht unter die Gläubiger vertheilt sei.

L. 8 D. h. t. Venuleius. Ex his colligi potest, nequidem portionem emtori reddendam ex pretio; posse tamen dici, eam rem apud arbitrum ex causa animadvertendam, ut, si nummi soluti in bonis extent, iubeat eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur.

Der Ausdruck si nummi soluti in bonis extent könnte sogar so interpretirt werden, dass man sagt, die Geldstücke dürften noch nicht mit anderem Gelde vermischt sein, denn exstare bedeutet nach ciceronianischem Sprachgebrauch »sich deutlich herausstellen«. — Venuleius sagt ausdrücklich »aus Gründen«, also jedenfalls nur in Fällen, wo der dolus des Beklagten kein sehr gravirender ist. — Justinian hat in den Digesten diese mildere Meinung des Venuleius sanctionirt.¹⁾

Mögen wir nun in L. 1—9 D. h. t. Bruchstücke von Abhandlungen über die in rem actio haben oder nicht, so ist es jedenfalls unzweifelhaft, dass Justinian in die Digesten und den Codex nebst dem interdictum fraudatorium nur die persönliche Anfechtungsklage, eine in factum actio, aufgenommen hat, und sowohl L. 1—9 als auch L. 10 f. D. h. t. von einer persönlichen Klage verstanden wissen will.

¹⁾ Die heutige Praxis indessen ist noch milderer Ansicht, und erstattet den Kaufpreis immer insoweit zurück, als er noch in der Masse vorhanden ist. cf. Seuff. XXI, 184.

Bevor wir die Ansicht derjenigen kurz widerlegen, welche in den Digesten 42.8 auch eine dingliche Klage haben finden wollen, wird es am Platze sein, unsere eigene Ansicht in direct und direct des Näheren zu begründen.

Wäre in D. 42. 8 wirklich auch die dingliche Rückforderungsklage aufgenommen, so dürfte man doch annehmen, dass sie von der persönlichen in factum actio streng geschieden sei; allein es finden sich in den betreffenden Pandekten-titeln keine Gegensätze, welche auf die Existenz zweier Klagen, einer dinglichen und einer persönlichen, mit Sicherheit schließen lassen, geschweige denn die Existenz beider geradezu aussprechen würden. Man dürfte ferner von Justinian erwarten, ohne ihm eine unberechtigte Zumuthung zu machen, dass, wenn er die L. 1—9 D. h. t. wirklich von einer in rem actio verstanden wissen wollte, er in diesen Leges die Voraussetzungen, das Wesen und die Wirkungen der dinglichen Klage für sich genügend erörtert hätte, damit man nicht, wie Huschke z. B. sich genöthigt sieht, zur Construction dieser dinglichen Klage Stellen, welche nur von der in factum actio handeln, herbeiziehen müsse. Ferner dürfte man auch, ohne zu viel zu verlangen, erwarten, dass Justinian, da er sich zur Aufgabe gemacht, das Recht in den Pandekten möglichst klar darzulegen, in diesem ersten Abschnitte des Digestentitels 42.8 — der doch, wenn er von einer dinglichen Klage spräche, jedenfalls in directem Gegensatze zu dem von L. 10 D. h. t. an beginnenden und nur von der persönlichen Pauliana actio handelnden zweiten Abschnitte des Titels stehen würde — sich deutlich ausgesprochen hätte, dass man es hier mit einer actio in rem zu thun habe, entweder durch Aufnahme dieses Ausdruckes selbst, oder anderer unzweifelhafter Merkmale der dinglichen Klagen. Insbesondere müssten die zu Anfang der L. 1 D. h. t. stehenden Worte des Edicts auf eine dingliche Klage hinweisen, im Gegensatze zu den Edictsworten in L. 10 D. h. t. — Da wir ferner in L. 10 pr. cit., von wo nach

Beweis, dass in den Digesten und dem Codex nur die persönliche Anfechtungsklage (Pauliana actio) und das interdictum fraudatorium besprochen werden.

Huschke die Behandlung der in factum actio anfangen soll, nach allgemeiner Annahme die Formel des interdictum fraudatorium besitzen, welche beiderseitige fraus verlangt, die in factum actio gegen den sciens aber erwiesener Massen, wie insbesondere auch gerade Huschke nachweist, nicht mit der aus dem Interdict gegebenen arbitraria formula identisch ist (die in factum actio gegen den nesciens selbstverständlich ebenso wenig), und wir am Schlusse der Interdictsworte das Versprechen des Prätors finden, die Pauliana in factum actio causa cognita etsi scientia non sit, zu verstatten, so wäre es doch keineswegs überflüssig (wie Huschke meint), sondern im Gegentheil unerlässlich gewesen, die Edictsworte über die in factum actio gegen den fraudis particeps ebenfalls aufzunehmen. So aber müsste man aus den Worten über die Zulässigkeit der in factum actio gegen den nesciens den Rückschluss machen, dass es eine in factum actio gegen den sciens gebe, und annehmen, dass Justinian von der modificirten Anwendung eines Rechtsmittels spreche, bevor er über das Rechtsmittel selbst auch nur ein Wort verloren. Dergleichen Verstöße darf man aber einem Gesetzgeber nicht ohne Noth in die Schuhe schieben, sondern man muss annehmen, dass, bevor er über die modificirte Anwendung der in factum actio spricht, er vernünftiger Weise zuvor von dem Normalfalle der in factum actio selbst irgendwo gesprochen habe. Und dieser Ort lässt sich auch leicht finden: L. 1 pr. D. h. t.

Wenn man ferner (mit Huschke) aus der Nummer eines liber ad Edictum von Paulus oder von Ulpianus einen Schluss auf das in demselben Behandelte ziehen will und also auch auf die Interpretation der aus demselben genommenen und in den Pandekten recipirten Excerpte, so muss man solche Schlüsse nicht nur dann ziehen, wenn sie einen Beweis für, sondern auch wenn sie einen Beweis gegen die eigene Ansicht liefern. Ferner wäre es auch angezeigt, darzulegen, wie denn die Juristen seit Justinian dazu gekommen sind, in D. 42. 8

nur noch eine Klage finden zu wollen, da doch zu Justinians Zeiten eine dingliche nebst einer persönlichen Klage daselbst behandelt sein sollen. — Wenn nun dies Alles schon indirect beweist, dass in D. 42. 8 keine dingliche Klage behandelt wird, daher dort nur von einer persönlichen Klage die Rede sein kann, so wird dies direct noch durch folgende Momente erhärtet:

Die L. 1 pr. D. h. t., welche Huschke als die Edictsstelle über die dingliche Rückforderungsklage betrachtet, entspricht nach gewöhnlichem Sprachgebrauche des Prätors eine in factum actio¹⁾; denn im Edict kommt für die von den Prätores eingeführten Klagen ein doppelter Ausdruck vor. Entweder erlässt der Prätor einen unmittelbaren Befehl: »restituas« (wie z. B. in L. 10 pr. D. h. t.), »exhibeas« oder »veto«, und diese Edictsstellen versprechen ein Interdict; oder er sagt, nachdem er die Voraussetzungen der zu gebenden Klage vorausgeschickt hat, »actionem dabo« (oder auch iudicium dabo), und verspricht damit, er wolle für den gegebenen Fall eine formula in factum concepta oder auch ficticia ertheilen.²⁾ So verspricht er auch in L. 1 pr. D. h. t. eine in factum actio; denn nachdem er die Voraussetzungen der zu ertheilenden Klage hingesetzt, sagt er »actionem dabo«.³⁾ — Aus der etwas allgemeinen Fassung der Edictsworte (quæ fraudationis causa gesta erunt.... de his.... actionem dabo) darf man noch nicht schliessen, dass damit eine dingliche in factum actio versprochen sei, sondern höchstens, dass damit gemeint sei eine in factum actio qui habet rei persecutionem, wie die persönliche in factum actio (cf. L. 3 § 1 D.

¹⁾ Huschke fasst die in L. 1—9 D. h. t. behandelte Klage nicht als in factum actio auf.

²⁾ cf. Puchta Institutionen II, § 169.

³⁾ L. 1 pr. D. h. t. Ulpianus libro LXVI ad Edictum. Ait Prætor: quæ fraudationis causa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoravit, de his euratori bonorum, vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque ad-versus ipsum qui fraudem fecit, servabo.

si quid in fraudem 38. 5). — Sodann wird die Anfechtungsklage der beiden Pandektentitel (D. 42. 8 und C. VII. 75) das einzige Mal, wo sie in den Pandekten mit Namen genannt ist, entschieden zu den persönlichen in factum actiones gerechnet¹⁾ wie wir oben des Weiteren gezeigt haben, und ist somit officiell in den Pandekten selbst als persönliche Klage anerkannt. Auch ist der Inhalt der ersten neun leges, welche von der dinglichen Rückforderungsklage handeln sollen, durchaus nicht der Art, dass er zu einem solchen Schlusse zwingen würde. Dass auch der Ausdruck »petere« bei persönlichen Klagen vorkommen kann, wenn sie nur rei persecutionem habent, d. h. Rückerstattung eines Gegenstandes zum Ziel haben, wie z. B. die Fabiana actio, welche auch eine persönliche in factum actio ist und rei persecutionem habet, haben wir oben gezeigt bei Gelegenheit einiger Worte über diese Fabiana actio, von welcher ebenfalls der Ausdruck petere gebraucht wird. — Ueberdies wird die Klage hie und da ausdrücklich in factum actio genannt, so in L. 10 §§ 2. 3. 16. 18. L. 14 D. h. t., mitten unter Stellen, wo sie wieder nur einfach actio heisst. Dabei kann man unmöglich mit Huschke annehmen, dass hier in L. 10 cit. abwechselnd von zwei verschiedenen Klagen die Rede sei — einer dinglichen und einer persönlichen — sondern nur von ein und derselben actio, nämlich der auch in L. 1—9 D. h. t. besprochenen Pauliana. — Zudem behandeln diese ersten neun leges die in ihnen versprochene Klage durchaus nicht erschöpfend, und war gerade Huschke, als er in seiner Abhandlung über A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium die Voraussetzungen, das Wesen und die Wirkungen dieser vermeintlichen dinglichen Klage zu construiren versuchte, genöthigt, als Belege für die Wahrheit dieser Constructionen Gesetzesstellen über die persönliche in factum actio zu citiren, insbesondere was den wichtigen Punkt der Præstation der Früchte anbetrifft. —

¹⁾ cf. L. 38 § 4 D. de usuris 22. 1.

Darf man denn wirklich so ohne Weiteres annehmen, Justinian habe dem ihm stets vorschwebenden Princip der Einfachheit und Klarheit des Gesetzes darin geglaubt genügt zu haben, dass er bei der Darstellung zweier ähnlicher Rechtsmittel neben einander, welche sich, wie Huschke will, gerade auch in der Præstation der Früchte unterschieden haben sollen, über die letztere bei der ersteren dieser beiden Klagen ein geheimnissvolles Schweigen beobachtet, und ohne auch nur mit Einem Worte anzudeuten, ob die Præstation der Früchte bei beiden die gleiche sei, oder, wenn nicht, worin sie sich bei beiden unterscheide, es der Phantasie des Juristen überlässt, sich die Præstation der Früchte bei der dinglichen Klage selbst auszumalen? Gerade der Umstand, dass die Præstation der Früchte bei dieser vermeintlichen dinglichen Klage erst bei Gelegenheit der Besprechung der persönlichen Klage behandelt wird, sollte doch darauf hinweisen, dass hier überhaupt nur von Einer Klage die Rede ist. — Man übersehe auch nicht, dass in L. 10 D. h. t., welche in zusammenhängender Weise, im Anschluss an die Edictsworte des Prätor über das interdictum fraudatorium, die in factum actio behandelt, es ganz willkürlich und unbefangen bald heisst »hæc actio«, bald »hæc in factum actio«, bald blos »actio«.¹⁾ Es

¹⁾ L. 10 § 2 . . . in factum actione.
 § 3 . . . in factum actione.
 § 4 . . . hæc actione.
 § 5 . . . hæc actione . . . actioni.
 § 6 . . . actioni.
 § 7 . . . actioni.
 § 8 . . . actio . . . actionem.
 § 9 . . . actio.
 § 12 . . . in factum actioni.
 § 13 . . . hæc actioni.
 § 14 . . . hæc actio.
 § 15 . . . hanc actionem.
 § 16 . . . in factum actionem.

ist also geradezu unmöglich, hier Gegensätze anzunehmen, und sich vorzustellen, dass Ulpianus mitten in einer Abhandlung über die persönliche Anfechtungsklage mit wahren Heuschreckensprüngen von der persönlichen Klage zur dinglichen und unverhofft von der dinglichen wieder auf die persönliche Klage hinüberhüpfte.

Auch aus der Nummer eines liber ad Edictum kann man keinen sichern Schluss auf dessen Inhalt ziehen, und daher auch nicht auf die Interpretation der aus demselben excerptirten Gesetzesstellen; und umgekehrt kann man aus einem Fragment eines solchen liber ad Edictum auch nicht mit Sicherheit auf den Inhalt des betreffenden liber schliessen. Wenn z. B. von Huschke behauptet wird, dass, weil in L. 7 D. h. t. der dingliche Ausdruck *petere* vorkomme und die L. 7 cit. aus dem liber LXII ad Edictum des Paulus excerptirt sei, letzterer in diesem Buche von einer dinglichen Klage gehandelt habe, so ist dem entgegenzuhalten, dass z. B. die L. 5 D. si quid in fraudem 38. 5, welche von der persönlichen Fabiana actio handelt, auch aus demselben Buche ad Edictum des Paulus genommen ist, und von dieser persönlichen Klage die vorhergehende Lex (L. 4 D. 38. 5) den Ausdruck *petere* gebraucht. Ebenso wenig dürfte man aus dem Umstande, dass die Hauptstellen über die vermeintliche dingliche Klage aus Ulpian's liber LXVI ad Edictum gezogen seien, die Hauptstellen über die in factum actio aber aus Ulpian's liber LXXIII ad Edictum, also aus einem weit späteren Buche, den Schluss ziehen, es sei nicht wahrscheinlich, dass Ulpianus in zwei so weit auseinander stehenden Büchern die nämliche Klage behandelt habe, und dass deshalb zwei verschiedene

- § 17 . . . actionem.
- § 18 . . . huius in factum actionis.
- § 21 . . . hanc actionem.
- § 22 . . . hac actione.
- § 24 . . . hæc actio . . . actio.
- § 25 . . . hæc actio.

Klagen gegen den sciens in D. 42. 8 gegeben seien. Denn im Titel de actionibus emti et venditi D. 19. 1 z. B. finden sich Excerpte Ulpian's aus sechs verschiedenen und zwar gar nicht auf einanderfolgenden Büchern seines Werkes ad Edictum.¹⁾

Was sodann unsern Digestentitel 42. 8 betrifft, dessen erste neun leges von einer dinglichen Rückforderungsklage, der Rest aber von der in factum actio handeln soll, so dürfte in diesem Falle doch erwartet werden, dass die ersten neun Gesetzesstellen nicht aus den nämlichen Büchern ad Edictum von Paulus und Ulpianus excerptirt wären, aus denen auch Excerpte für die in factum actio genommen wurden (L. 10—25 D. h. t.), was aber gerade der Fall ist. So sind L. 2 und L. 10 aus demselben Buche genommen, so wie auch L. 4 und L. 13, und L. 8 und L. 25 aus dem nämlichen Buche des Venuleius über die Interdicte. — Ueberhaupt sind solche Schlüsse meistens ohne jeden Werth; denn Bruchstücke sind Bruchstücke, und mit den nämlichen aus dem Zusammenhang gerissenen Worten lassen sich die grössten Gegensätze beweisen, in jeder Art von Wissenschaft, insbesondere aber in derjenigen des Rechts.

Auch die äussere Eintheilung des Digestentitels in zwei Hauptabschnitte berechtigt nicht zu dem Schlusse, dass in jedem eine ganz andere Art von Klage behandelt sei; schon die Fassung der in L. 1 pr. und L. 10 pr. D. h. t. enthaltenen Edictsworte und auch ihr gleicher Inhalt zeigen vielmehr, dass sie zusammen gehören, ganz abgesehen von dem oben geführten Beweise, dass die L. 10 pr. cit. in den Worten interdum causa cognita etsi scientia non sit in factum actionem permittam sich auf die in L. 1 pr. cit. versprochene in factum actio bezieht.

Ein entscheidendes Argument endlich gegen die Dinglichkeit der Pauliana actio liegt in Folgendem. In L. 1 pr.

¹⁾ Die Nummern der Bücher sind: Lib. XI, XVIII, XXIII, XXVIII, XXXII, LXX.

D. h. t. äussert sich der Prätor zum Schlusse: »idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo«, d. h. er sagt, er werde die gegen den am Betrüge des Schuldners Antheil Nehmenden versprochene Klage (Pauliana actio) auch gegen den Schuldner selbst verstaten. Dass diese Klage gegen den Schuldner die nämliche ist, wie diejenige gegen den mitwissenden Contrahenten, bezeugt unwiderleglich der Ausdruck »idque — servabo«. Ist also die Klage gegen den Schuldner selbst eine dingliche, so ist es auch diejenige gegen den mitwissenden Erwerber; wenn nicht — nicht. Nun aber kann die Klage gegen den Schuldner unmöglich eine dingliche sein, denn eine solche geht nur gegen den Besitzer, denjenigen qui dolo malo desiit possidere und denjenigen qui liti se obtulit. Selbstverständlich kommt die letzte Alternative hier nicht in Betracht. Der Schuldner ist aber auch nicht Einer qui dolo malo desiit possidere, obwohl er sich des Besitzes der veräusserten Sache zur Verkürzung seiner Gläubiger, also dolos, ent schlagen hat; denn unter jenem Ausdruck versteht man Jemanden, der, um einer dinglichen Klage zu entgehen, das betreffende streitige Object nach der Litiscontestation dolos bei Seite schafft. Seltene Fälle ausgenommen, wird der Schuldner auch nicht Besitzer sein, und ist er Besitzer, so brauchen die Gläubiger keine Pauliana actio gegen ihn anzustrengen, indem sie ja durch die missio in bona rei servandæ causa selbst den Besitz des Vermögens des Schuldners erlangen, und ihnen, einer dinglichen Klage auf Herausgabe des Streitobjects gegenüber, die exceptio aus L. 25 D. de reb. auct. iud. 42. 5 zu Gebote steht.

Somit ist die vom Prätor gegen den Schuldner versprochene Anfechtungsklage keine dingliche, daher jedenfalls eine persönliche, und ist folglich auch die mit ihr identische, in L. 1 pr. D. h. t. zuvor versprochene Anfechtungsklage (Pauliana actio) gegen den mitwissenden Erwerber nothwendig eine persönliche Klage.

Drittes Capitel.

Das interdictum fraudatorium.

Es bleibt uns noch übrig vom interdictum fraudatorium zu sprechen. Die Existenz dieses Rechtsmittels wird uns in den Digesten durch zwei Fragmente classischer Juristen verbürgt, nämlich durch die L. 67 §§ 1. 2 D. ad S. C. Trebellianum 36. 1, welche aus dem liber III fideicommissorum des unter Hadrian und den beiden Antoninen (120—170 n. Chr.) lebenden Juristen Valens entnommen ist und also lautet:

Das
interdictum
fraudatorium.

- § 1. Etiam eo tempore, quo creditorum fraudandorum consilium inieris, citra periculum interdicti fraudatorii hereditatem suspectam adibis, et restituas mihi, quia et remoto fideicommissio liberum tibi fuerat, nolenti adire hereditatem, creditores tuos tali comodo fraudare, et ego nihil turpiter faciam recipiendo eam hereditatem, quam remota postulatione mea creditores compellere te, ut adires, non potuerint.
- § 2. Sed et (si) filius suus heres patri rogatus sit a patre, hereditatem mihi restituere, quum suorum creditorum fraudandorum consilium iniisset, tanquam suspectam ex decreto Prætoris restituerit mihi, vix fraudatorio interdicto locus erit, quia bonis patris eius venditis nihil proprium creditores ex ea hereditate ferre poterint, nisi forte proprii creditores filii audiri debeant, si postulent, ut dimissis patris, eius bona vendere sibi permittatur.

Die zweite Stelle der Digesten, welche vom interdictum fraudatorium spricht, ist die L. 96 pr. D. de solutionibus 46. 3. Papinianus. — Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit; liberatio contigit, si non

malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur; sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum fraudis participasse constabit.

Widerlegung der Ansicht Rudorff's und Huschke's, dass das interdictum fraudatorium von P. Rutilius Rufus geschaffen worden sei.

Aus diesen Stellen lässt sich der Schluss ziehen, dass in zweiten und zu Anfang des dritten Jahrhunderts das interdictum fraudatorium ein allgemein bekanntes Rechtsmittel war. Dass dasselbe aber schon sehr frühe eingeführt wurde, beglaubigt schon der Archaismus »si actio ei ex edicto meo competere esse oportet« in der Formel des Interdicts (L. 10 pr. D. h. t.). — Eine andere Thatsache, meint Rudorff, lasse uns in P. Rutilius Rufus den Schöpfer desselben vermuthen. Das interdictum fraudatorium sei juristisch ganz ebenso eingerichtet gewesen wie die actio Rutiliana; denn so wie in dieser letzteren der bonorum emptor ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam¹⁾, demnach als Stellvertreter des Fraudator klage, ganz ebenso befehle der Prätor im interdictum fraudatorium wegen dessen, was der Fraudator gethan hat, Restitution an die Gläubiger als an dessen Stellvertreter. — Allein dies ist offenbar noch kein Grund, um in P. Rutilius Rufus den Schöpfer des interdictum fraudatorium zu sehen. Wir werden vielmehr später nachweisen, dass die Pauliana actio und das interdictum fraudatorium von dem nämlichen Prätor eingeführt worden, also wie wir annehmen, von L. Aemilius Paulus (563. a. u. c.).

Gestum und factum

Um so weniger darf man Huschke beistimmen, der in Folgendem noch einen ferneren Grund dafür erblicken will, dass Rutilius das interdictum fraudatorium eingeführt habe. Huschke sagt nämlich (a. a. O. S. 121): »Die Zurückführung des Interdicts auf Rutilius wird noch viel wahrscheinlicher

¹⁾ cf. Gaius IV, 35 und III, 81. Rudorff Edictum perpetuum § 220. Huschke A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium S. 121.

durch das innere Verhältniss desselben als eines Rechtsmittels de facto zur Pauliana actio als eines Rechtsmittels de gesto, indem uns hier ganz dieselbe Verbesserung eines vorgefundenen Instituts vor Augen tritt, die wir diesem Rechtsgelehrten bei dem ante gestum post relatam vindicirt haben, und auf die er gerade fast nothwendig geführt werden musste, wenn er — der auf den Unterschied des gestum und factum Gewicht legende Jurist — das Concursrecht reformirte, und dort die Pauliana actio mit ihren auf dem Gesichtspunkt des gestum beruhenden Unvollkommenheiten vorfand.«

Einmal besteht zwischen gestum und factum kein so scharfer Gegensatz wie Huschke annimmt. Dafür können wir das Zeugnis des classischen Juristen Gaius anführen. Derselbe bemerkt im 24. Buch zum Provincialedict.

L. 58 pr. D. de V. S. 50. 16. Licet inter gesta et facta videtur quaedam esse subtilis differentia, attamen *καταχρηστικῶς* i. e. abusive nihil inter factum et gestum interest.

Dennoch hat Huschke hauptsächlich auf diesem vermeintlichen Gegensatze von factum und gestum seine Pauliana in rem actio aufgebaut. Er findet nämlich, dass die Edictsstelle über die vermeintliche Pauliana in rem actio (L. 1 pr. D. h. t.) im Vergleich mit der Fassung der Edictsstelle über das interdictum fraudatorium diesen Gegensatz deutlich ausspreche. In L. 1 cit. heisse es »quæ fraudationis causa gesta erunt«, in der Formel des Interdicts aber »quæ Lucius Titius fraudandi causa fecerit«. Der Begriff factum sei ein weiterer als der des gestum, und sei somit, da die Pauliana in rem actio nur gegen gesta gehe, es erst durch das interdictum fraudatorium möglich geworden, auch andere Handlungen des Schuldners als Rechtsgeschäfte (gesta) anzufechten. Huschke führt als Bestärkung seiner Ansicht an, dass auch die Quellen diesen Unterschied machen, indem in L. 1—9 D. h. t., wo von der Pauliana in rem actio gehandelt werde, nur von anzu-

fechtenden Rechtsgeschäften (gesta) die Rede sei. — Dies ist aber total unrichtig; denn in L. 3 §§ 1. 2 D. h. t. sagt Ulpianus:

§ 1. Gesta fraudationis causa accipere debemus non solum ea, quæ contrahens gesserit aliquis, verum etiam si forte data opera ad iudicium non adfuit, vel litem mori patiatur, vel a debitore non petit, ut tempore liberetur, aut usumfructum vel servitutem amittit.

§ 2. Et qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet, ad hoc Edictum pertinet.

Derselbe Jurist sagt sodann insbesondere in

L. 6 § 8 D. h. t. — Hoc Edictum eum coercet qui sciens, eum in fraudem creditorum hoc facere, suscepit quod in fraudem creditorum fiebat; quare si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is, qui cepit ignoravit, cessare videntur verba Edicti.

Aus diesen Stellen geht klar hervor, dass auch facta revocirt werden können, wenn Mitwissenschaft vorliegt. Dies ist ein ebenso einfacher als schlagender Beweis, um die von Huschke auf dem vermeintlichen Gegensatze von gestum und factum so künstlich aufgebaute und mit viel blendendem historischem Material geschmückte Theorie von der in den Digesten vermeintlich recipirten Pauliana in rem actio unhaltbar zu machen.

Aber gesetzt auch, die Theorie Huschke's wäre vollkommen richtig, d. h. es gäbe in D. 42. 8 eine dingliche Pauliana actio und daneben ein interdictum fraudatorium, von welchem sie sich insbesondere dadurch unterschiede, dass mittelst derselben auch facta, d. h. Handlungen des Schuldners, welche nicht blos Rechtsgeschäfte (gesta) sind, revocirt werden könnten, mit der Pauliana in rem actio aber nur gesta, so dürfte dies doch keineswegs in dem Sinne mit jenem

berühmten Prozesse des Scaurus gegen Rutilius¹⁾ in Verbindung gebracht werden, wie es Huschke thut. Gerade Huschke hätte, um seine Theorie haltbarer zu machen, sich davor hüten sollen, indem der Ausgang jenes Processes es höchst unwahrscheinlich macht, dass einerseits erst Rutilius diesen Unterschied zwischen factum und gestum begründet, und als eine wesentliche Verbesserung den Ausdruck »factum« in das (vermeintlich) von ihm (636 a. u. c.) geschaffene Interdict eingeführt habe, andererseits der nämliche Rutilius drei Jahre später wegen des Ausdruckes factum statt gestum einen Process verloren haben soll, durch eine richterliche Entscheidung, welche mit den von Rutilius drei Jahre zuvor in die Gerichtspraxis eingeführten Verbesserungen des Rechts²⁾ in flagrantem Widerspruche gestanden oder doch wenigstens dieselben auf eine unerhörte Art ignorirt hätte.

Eine andere Frage ist nun, wem das interdictum fraudatorium zustand und welches seine Voraussetzungen und Wirkungen waren. Eigentlich ist diese Frage im Allgemeinen schon zum Voraus beantwortet durch unsere obige Ausführung, dass das interdictum fraudatorium und die in factum actio nicht materiell, sondern nur processualisch verschieden waren. Denn die Edictstelle über die in factum actio (L. 1 pr. D. h. t.) stellt dieselben Requisite auf, wie die L. 10 pr. D. h. t. (die Formel des Interdicts), nämlich: dass der Gemeinschuldner eine betrügliche Veräußerung vorgenommen und der beklagte Mitcontrahent darum gewusst habe — natürlich wird bei beiden auch eventus fraudis verlangt, wie Fragmente aus Ulpian bezeugen — und dass noch kein annus utilis abgelaufen sei, seit dem Zeitpunkte, wo der Kläger die Gewissheit hatte, dass er benachtheiligt worden war.

Voraussetzungen und Wirkungen des interdictum fraudatorium.

¹⁾ cf. Huschke a. a. O. S. 1 f.

²⁾ Immer Huschke's und Rudorff's unrichtige Annahme vorausgesetzt, das interdictum fraudatorium sei nicht von L. Aemilius Paulus, sondern von P. Rutilius Rufus eingeführt worden.

Das
interdictum
fraudatorium
steht denselben
Personen zu
wie die
Pauliana actio.

Wem aber das interdictum fraudatorium zugestanden habe, darüber ist schon oft, insbesondere aber in neuerer Zeit, viel gestritten worden, und hat namentlich Rudorff eine ebenso neue als unhaltbare Ansicht hierüber aufgestellt, zu deren Begründung er sich übrigens genöthigt sah, den Text der Interdictformel abzuändern, wie auch schon andere gethan. — Bevor wir unsere Meinung äussern, wollen wir die Ansicht Rudorff's in Kürze hier anführen, und dann zu widerlegen suchen.

Die Interdictsformel lautet nach der florentinischen Handschrift:

Ulpianus libro LXXIII ad Edictum. Ait Prætor: Quæ Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis quibus de ea re agitur fecit, ea illis, si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei si non plus quam annus est, cum de ea re qua de agitur experiundi potestas est, restituas.

Rudorff hingegen, in seinem Edictum perpetuum, § 275, stellt folgende Lesart der Formel auf:

Ait Prætor: Quæ Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis quibus de agitur fecit, ea illi, si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet et si non plus quam annus est cum de ea re qua de agitur experiundi potestas esset, restituas (antequam ex iure exeas).

Er streicht also für's Erste die Worte »ea re« und liest »in bonis quibus de agitur«, gewiss die einzig richtige Lesart; man vergleiche L. 10 § 9 L. 25 § 4 D. h. t. und L. 1 § 2 de pignor. 20. 1; ferner Cicero pro Quinct. 29. 89 »quod bonorum possessio spectetur non in aliqua parte sed in universis bonis«. — Huschke will die alte Lesart beibehalten und erklärt »quibus« für einen Dativus commodi; allein die Worte ea re erscheinen als ein befremdender, zum Mindesten überflüssiger Zusatz zu der allgemeinen Fassung der Formel,

insbesondere, wenn man dieselben mit dem kurz darauf folgenden Ausdruck si eo nomine quo de agitur zusammen hält. Denn die letzteren Worte dürfen doch ungezwungener Weise nur so übersetzt werden: »wenn, worüber geklagt wird...« Somit hätten wir hier einen offenbaren Pleonasmus, indem die Worte ea re — wenn »res« als »Sache« aufgefasst wird — weil vor dem allgemeineren Ausdruck »nomen« stehend, eine offenbar widersprechende Beschränkung dieses folgenden allgemeineren Ausdruckes »nomen« wären; und anderseits, wenn »res« mit »Vermögensstück« wiederzugeben ist, eine Tautologie vorläge. — Rudorff liest sodann mit Accursius, Robert Stephanus, Leist und Schmidt »illi« statt »illis«, eine nicht unberechtigte¹⁾ Streichung des »s«, denn dasselbe mag in den Handschriften durch Versehen von dem Nachfolgenden »si« herübergezogen worden sein. Uebrigens darf ebensowohl »illis« gelesen werden, nur muss man dann, statt wie oben das »s« des Wortes »illis« zu streichen, an »ei« ein »s« hinzusetzen und »eis« lesen. Diese Lesart ist desshalb nicht unberechtigt, weil auch mehrere Kläger zusammen auftreten können. — Jedoch spricht für den Singular »illi«, als die bessere Lesart, auch die Fassung des Edicts über die in factum actio, die sich materiell durchaus nicht vom interdictum fraudatorium unterscheidet. Dort wird als Normalfall hingestellt, dass die in factum actio dem curator bonorum gegeben werden solle, vel ei cui de ea re actionem dare oportebit. Da nun die in factum actio und das daneben herlaufende Interdict materiell ganz dieselben Erfordernisse haben, so darf man wohl annehmen, dass auch die Fassung eine analoge sei, d. h. unter »illi« in der Formel des Interdicts der curator bonorum vel is cui de ea re actionem dare oportebit gemeint werde; dass also das Interdict im Normalfall

¹⁾ Nicht aber aus dem ersteren Grunde, welchen Schmidt angibt, wovon wir später handeln werden. cf. Schmidt Interdictenverfahren der Römer S. 309. 310.

dem curator zu geben sei, vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, worunter natürlich, wie bei der in factum actio, ein benachtheiligter Gläubiger oder dessen Cessionar, Erbe u. s. w. zu verstehen ist. Bezöge sich das interdictum fraudatorium nicht auf die Pauliana actio, so bliebe es höchst ungewiss, wer mit den Worten »illi« und »ei« gemeint sei, und müsste es doch zum Mindesten befremden, dass der Prätor sich in unbestimmten hinweisenden Ausdrücken gefällt, anstatt kurz und bündig zu sagen, wem er eigentlich das interdictum geben wolle.

Unzweifelhaft und naturgemäss ist der Ausdruck »ei« in den folgenden Worten si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet auf »illi« zu beziehen, d. h. der Prätor verspricht das Interdict dem curator oder dem selbst klagenden benachtheiligten Gläubiger in dem Falle, dass er auch die in factum actio, welche er ihm in der vorangehenden Edictsstelle versprochen, anzustellen berechtigt wäre, und fügt dann als Schluss das wichtige Requisit des Zeitablaufs noch insbesondere hinzu. — Es ist hier nicht mit Kriegel zu lesen »ei si non plus quam annus est . . .«, sondern mit Huschke, Rudorff, Mommsen u. A. »et si non plus quam annus est . . .«

Widerlegung der Rudorff'schen Ansicht vom interdictum fraudatorium.

Auf dieser, wie wir auch annehmen, besten Lesart der L. 10 pr. D. h. t. hat nun Rudorff eine Theorie des interdictum fraudatorium aufgebaut, welche als auf blossen Behauptungen ohne Begründung derselben beruhend, schon an und für sich nicht nur sehr bedenklich ist, sondern auch aus innern Gründen verworfen werden muss.

Nachdem nämlich Rudorff die obige Lesart aufgestellt, beginnt er seine Theorie des interdictum fraudatorium mit einem Glaubensartikel, indem er sagt, man dürfe unter illi nicht mit sämmtlichen bisherigen Interpreten an einen Creditor denken, welcher eine klagbare Forderung oder die Pauliana actio haben müsse. Warum, darüber bewahrt er ein

tiefes Geheimniss. Es ist also unmöglich mit Rudorff den zweiten Schritt in seiner Theorie zu thun, da wir für den ersten noch keinen sichern Boden haben. Sehen wir indessen zu wie Rudorff weiter schliesst. — Sein zweiter Satz ist ebenfalls ein Dogma und lautet: »Vielmehr muss (!) man die Stelle (L. 10 pr. D. h. t.) auf den Güterkäufer (bonorum emptor) beziehen.« Auch hier hat sich Rudorff die Mühe erspart, Gründe für seine Behauptung anzugeben. Der dritte Satz ist ebenfalls nichts Anderes als eine subjective Ueberzeugung Rudorffs: »und man muss (!) unter der aus dem Edict entspringenden Klage die Rutiliana actio verstehen«. Auch hier sieht man sich vergebens nach Gründen um.

Gestützt auf seine drei unbegründeten Behauptungen entwickelt nun Rudorff folgende Theorie des interdictum fraudatorium. Die conditionale Fassung des Interdicts deutet darauf hin, dass der Prätor dasselbe dem bonorum emptor nur unter der Bedingung gebe, wenn ihm wegen des betreffenden veräusserten Gegenstandes (eo nomine) die Rutiliana zugestanden haben würde. — Also unter dem Wort actio in L. 10 pr. D. h. t. kann nur die Rutiliana actio verstanden sein! Warum nannte denn der Prätor im Edict über das Fraudatorium die Rutiliana nicht gleich beim Namen? ¹⁾ Ist es nicht natürlicher hier unter actio die in der vorhergehenden Edictsstelle (L. 1 pr. D. h. t.) versprochene Klage zu verstehen, die, weil sie zur Zeit des Erlasses des Edicts keinen Eigennamen hatte (und haben konnte), eben nur als actio (in factum) per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt

¹⁾ Das interdictum fraudatorium ist aber von demselben Prätor eingeführt worden wie die Pauliana actio, was wir später nachweisen werden; also, wenn wir L. Aemilius Paulus als den Schöpfer dieser Rechtsmittel annehmen, wie der Name es beglaubigt, 73 Jahre vor der Rutiliana actio; daher es natürlich von vornherein unmöglich ist, dass Paulus die erst 73 Jahre später geschaffene Rutiliana gekannt und gemeint habe.

revocantur bezeichnet werden konnte, hier aber kurzweg als actio bezeichnet werden durfte, ohne dass Missverständnisse möglich waren, indem das Interdict ja für denselben Fall gegeben wird wie diese in factum actio, nämlich unter der Voraussetzung, dass eine betrügliche Veräusserung des Gemeinschuldners vorliege, und noch kein Jahr (annus utilis) abgelaufen sei, seit die Möglichkeit für den Kläger da war, eine Klage zu erheben?

Hören wir jedoch, wie Rudorff weiter argumentirt. Er sagt also, man müsse unter actio in der Interdictsformel die Rutiliana verstehen, und der Prätor gebe das Interdict dem bonorum emptor nur unter der Bedingung, dass ihm wegen des betreffenden veräusserten Gegenstandes (eo nomine) die Rutiliana zugestanden haben würde. Der Nachdruck liege auf eo nomine und dies habe folgenden Sinn. In der Regel werde der bonorum emptor sämtliche Activa gegen das Gebot von Procenten (pro portione) übernehmen. Es könnte aber geschehen, dass ein einzelner Posten so unsicher wäre, dass der bonorum emptor erklärt: er könne auf dieses Activum bei seinem Gebot keine Rücksicht nehmen und müsse dasselbe daher ausser Ansatz lassen. Dann werde ihm wegen eines solchen Postens ausnahmsweise die Rutiliana versagt, und die Verfolgung den Creditoren überlassen, die sich deshalb der Pauliana oder als Cessionare des bonorum emptor, selbst des fraudatorischen Interdicts bedienen mögen, je nachdem die Lex bonorum venditorum mit Vorbehalt der Sache selbst oder nur mit Vorbehalt ihrer Rückübertragung gefasst ist. Die Richtigkeit dieser Auslegung ergebe sich am Bündigsten aus dem Anfangspunkt der einjährigen Verjährungsfrist. Diese beginne für die Pauliana schon mit dem Abschluss des betrüglichen Geschäfts durch den Cridar:

L. 6 § 14 D. h. t. Ulpianus. — Huius actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factæ venditionis.

für die fraudatorische Interdictsklage aber erst mit dem Abschluss der bonorum venditio zwischen dem Magister und bonorum emptor:

L. 10 § 18 D. h. t. Ulpianus. — Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum.

Man habe den Widerspruch zu heben versucht, indem man in der ersten Stelle »bonorum« zu venditionis ergänzte oder hinzudachte. Allein die Mühe sei vergeblich, (?) denn aus Paulus Edictscommentar sei eine Stelle erhalten, die für die betrügerische Stipulation ganz denselben Termin des Abschlusses durch den Cridar angebe:

L. 144 § 1 D. de R. I. 50. 17. Paulus. — In stipulationibus id tempus spectamus quo contractum est.

Die Stipulation aber komme als frauduloses Geschäft in L. 6 § 9 D. h. t. ausdrücklich vor. Daraus ergebe sich, dass auch die venditio (in L. 6 § 14 cit.) auf die »contractus in quibus se Prætor non interponit, utputa pignora venditionesque« (L. 6 § 6 D. h. t.) und nicht auf die durch den Prätor vermittelten Güterverkäufe bezogen werden müsse.

Das Ergebniss bleibe also: dass die Pauliana den Creditoren oder ihrem Vertreter, das interdict aber ordentlicher Weise dem Güterkäufer zustehe; und dies Ergebniss werde man als ein sachgemässes anerkennen müssen (!).

Als Beleg hiefür führt Rudorff noch eine Bemerkung Bethman-Hollweg's an, folgender Massen lautend: »In dem kurzen Zeitraum von 60 bezüglich 45 Tagen, die bis zur bonorum venditio verflossen, war es den Gläubigern oder den Güterpflegern selten möglich alles an Fremde Veräusserte zur Masse einzuklagen, eine Verlängerung ihres gemeinsamen Besitzes aber nicht wünschenswerth. Das Zweckmässigste war, selbst wenn jene fraudulosen Veräusserungen bereits ermittelt waren, diese Masseforderungen in dem Inventar mitaufzuführen, d. h. sie mit zum Verkauf zu stellen, wo dann der Käufer sein Gebot, mit Rücksicht auf die Wahrscheinlichkeit ihrer Realisirung einrichtete.«

Allein aus dieser Bemerkung folgt noch keineswegs der Schluss, den Rudorff daraus zieht, dass nämlich das interdictum fraudatorium ordentlicher Weise nur dem bonorum emptor zugestanden habe.

Die Hypothese, welche Rudorff, ohne irgend welche Gründe für deren Wahrscheinlichkeit anzugeben, von den Verhandlungen des bonorum emptor mit den Creditoren, und über das juristische Verhältniss von der Rutiliana actio, der Pauliana actio und des interdictum fraudatorium unter einander entwirft, wird von Huschke in seiner Abhandlung »Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict« in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte IX. S. 347. f. ebenso gründlich als sarkastisch widerlegt.

Allein Huschke wagt es nicht einen andern scheinbaren Beweis, welchen Rudorff für sich ins Feld führt, anzugreifen, weil er damit seiner eigenen Ansicht widersprechen würde. — Huschke nämlich theilt mit Rudorff ¹⁾ die Ansicht, dass in L. 1—9 D. h. t. von einer Klage die Rede sei, deren Verjährungszeit (annus utilis) mit dem Abschluss des betrüglichen Geschäfts durch den Cridar beginne (so werden von ihnen die Worte ex die factæ venditionis erklärt cf. L. 6 § 14 cit.), von L. 10 cit. an aber ein Klagsmittel besprochen werde, dessen Verjährung erst mit dem Tag der bonorum venditio anfangt (ex die venditionis bonorum cf. L. 10 § 18 cit.). In diesem vermeintlichen Widerspruch der L. 6 § 14 cit. und der L. 10 § 18 cit. will Rudorff einen Beweis für seine Ansicht finden, dass das Interdictum fraudatorium ordentlicher Weise nur dem bonorum emptor zustehe.²⁾ Die Gründe, welche er hiefür angibt (siehe weiter oben) haben uns indessen von der Richtigkeit seiner Schlüsse nicht zu überzeugen vermocht. Es

¹⁾ cf. Rudorff. Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict. S. 79.

²⁾ Man vergleiche seine oben mitgetheilte Ausführung hierüber.

kann doch nicht mit Rudorff aus den aus allem Zusammenhang gerissenen und in die Rechtsregeln eingereihten acht Worten des Paulus ein Schluss gezogen werden auf den Anfang des annus utilis der Pauliana actio? Oder berechtigt etwa der Umstand, dass diese Worte aus dem lib. LXII ad Edictum des Paulus, wo er auch von der Pauliana gesprochen hat, gezogen sind, zu einem solchen Schlusse? Rudorff beweist ja nirgends, dass diese Worte des Paulus (L. 144 § 1 cit.) von dem Anfang der Verjährung des annus verstanden werden müssen.

Da also die L. 144 § 1 cit. es keineswegs unmöglich macht unter dem dies factæ venditionis den Tag der venditio bonorum zu verstehen, und auch keine andere Gesetzesstelle bis jetzt bekannt ist, welche dieser Annahme entgegensteht, so darf gar wohl behauptet werden, dass in L. 6 § 14 cit. der dies venditionis bonorum verstanden sei. Diese Behauptung wird unterstützt durch den vorhergehenden § 13 eodem, nach welchem die Pauliana auch nach der bonorum venditio zu verstaten ist.¹⁾ Auch die Basiliken stehen mit dieser Interpretation des § 14 cit. durchaus nicht in Widerspruch. — Wenn nun auch sowohl L. 6 § 14 als L. 10 § 18 D. h. t. lehren, dass die Pauliana actio erst nach Ablauf eines annus utilis seit der bonorum venditio verjährt sei, so widersprechen sie desswegen durchaus nicht der L. 1 pr. D. h. t., welche die Klage auch dem curator bonorum gibt, dessen Functionen ja mit vollendeter bonorum venditio erloschen sind. Denn weder L. 6 § 14 noch L. 10 § 18 D. h. t. sagen, dass erst nach der bonorum venditio mit der Anfechtungsklage vorgegangen werden könne; sie stellen nur den Grundsatz auf, dass, obwohl die Pauliana schon früher zulässig sei, dennoch der

¹⁾ L. 6 § 13 D. h. t. Item si necessarius heres legata præstiterit, deinde eius bona venierint, Proculus ait, etiam si ignoraverint legatarii, tamen utilem actionem dandam; quod nequaquam dubium est.

Beginn des annus utilis der Anfechtungsklage. Widerlegung der Ansicht Rudorff's und Huschke's.

annus utilis erst von der bonorum venditio an gerechnet werden solle. Und es entspricht dies auch vollkommen der Billigkeit, denn in weitaus den meisten Fällen ist es für die Gläubiger äusserst schwierig, schon vor dem Vermögensverkauf den zur glücklichen Durchführung der Anfechtungsklage nothwendigen Beweis des *eventus fraudis* zu erbringen, indem eben praktisch die *experiundi potestas* in weitaus den meisten Fällen erst mit der *venditio bonorum* anfängt. Ueberhaupt kann der Kläger vor derselben fast nie mit absoluter Sicherheit wissen, ob er durch diese oder jene Veräusserung benachtheiligt werde; denn dem Schuldner kann ja während des *Concursum* eine Erbschaft anfallen, welche genügt, um seine Schulden zu decken — und ob er sie annimmt oder nicht, ist ja für Dritte, ja nicht einmal für den Schuldner selbst zum Voraus gewiss. Sodann kann ein Dritter für den Schuldner dessen Schulden zahlen, oder ein Gläubiger, dessen Forderung für sich allein den grössten Theil der *Passiva* ausmacht, von der Schuldbetreibung vorläufig abstehe, so dass die *Activa* genügen um die übrigen Gläubiger zu befriedigen, und diese daher, wenn sie die *Pauliana* noch angestellt, keinen Grund mehr haben mit derselben vorzugehen, anderseits, wenn sie dieselbe schon angestellt haben, den *Process* nothwendig verlieren müssten, indem sie ja den Beweis des *eventus fraudis* gar nicht erbringen könnten. — Daraus geht hervor, dass in weitaus den meisten Fällen nur die *bonorum venditio* für die Gläubiger unumstösslich feststellt, ob sie benachtheiligt sind oder nicht. — Der Prätor aber hatte bei Erlass des *Edicts* durch den höchst unbestimmten Ausdruck *intra annum quo experiundi potestas fuerit* es ganz dem Richter überlassen den Anfang und das Ende dieses *annus* in jedem betreffenden Falle zu bestimmen. Er konnte dies thun, weil die *Pauliana* eine *arbitraria actio* war. Dass sie eine *arbitraria* war, darf geschlossen werden aus *L. 8 D. h. t.* wo ausdrücklich ein *arbiter* genannt wird, aus *L. 25 § 1 D. h. t.*:

» *quia hæc actio rei restituenda gratia* « worin sich die Natur der *arbitraria actio* zeigt, und aus der Analogie verwandter prätorischer Klagen (*L. 5 § 1 D. si quid in fraudem 38. 5.*). In jedem Falle festzustellen, von welchem Zeitpunkt an es für den Kläger gewiss oder doch sehr wahrscheinlich sein musste, dass er verkürzt werde, war aber für den Richter eine beinahe unmögliche Sache, insbesondere weil, wie schon gesagt, bis zum Vermögensverkaufe noch die Möglichkeit von *Arrangements* u. dgl. da war, durch welche die *Pauliana* gegenstandlos werden konnte. Ein wirklich sicherer Zeitpunkt, von dem an der Gläubiger wissen musste, ob er verkürzt werde, war der Güterverkauf. Daher bildete sich die Gewohnheit aus, den *annus utilis* von diesem Zeitpunkt an zu zählen, womit natürlich die Möglichkeit früher zu klagen nicht beseitigt wurde. — Dass nicht *Rechtssatz*, sondern die Gewohnheit dies festsetzt, bezeugt die Redeweise *Ulpianus* in *L. 10 § 18 cit.* — *Justinian* sanctionirte diese Gewohnheit in den *Pandekten*.

Es ist hier Gelegenheit die Ansicht *Huschke's* und *Rudorff's* zu widerlegen, dass in *L. 10 § 1 D. h. t.* von einem *Rechtsmittel* die Rede sei, das überhaupt erst nach der *bonorum venditio* angestellt werden könne. Sie nehmen an, der *Jurist* spreche hier von der persönlichen *in factum actio*, und, da sie die *L. 1—9 D. h. t.* von einer *Pauliana in rem actio* verstanden wissen wollen, deren *annus utilis* mit dem Tage der betrüglichen Veräusserung beginne, während der *annus utilis* der *in factum actio* von der *bonorum venditio* an laufe, wie *L. 10 § 18 D. h. t.* zeige, so sehen sie in der *L. 10 § 1 D. h. t.* einen trefflichen Beleg für ihre Ansicht. Sie legen nämlich den Nachdruck unrichtiger Weise auf das *Perfectum vendiderunt* und übersehen dabei was die Stelle eigentlich sagen will. Die Stelle lautet:

L. 10 § 1 D. h. t. Ulpianus. — *Ita demum revocatur quod fraudandorum creditorum causa factum est, si even-*

Die *Pauliana actio* und die sog. *in factum actio* sind identisch. — Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht *Huschke's* und *Rudorff's*.

tum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. Ceterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit, et alios sortitus est, si quidem simpliciter dimisis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat revocatio; si autem horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit, revocationi locum fore; secundum hanc distinctionem et ab Imperatore Severo et Antonino rescriptum est, eoque iure utimur.

Es muss vor Allem darauf aufmerksamer gemacht werden; dass es heisst hi creditores, quorum . . . und nicht einfach creditorum, quorum . . ., wie der gewöhnliche Sprachgebrauch es erforderte, und dass diese Beisetzung des »hi« das Zeichen des Nachdruckes ist, d. h. hier wie immer in dergleichen Fällen mit »die nämlichen« zu übersetzen. Die Richtigkeit dieser Bemerkung wird auch durch die folgenden Worte der L. 10 § 1 cit. unwiderleglich bewiesen. Denn dieselben sagen ausdrücklich: es könne nur in dem Falle ¹⁾ revocirt werden (vom curator oder von den Gläubigern, deren Erben, Cessionaren u. s. w.), wenn die nämlichen Gläubiger, welche betrogen wurden, die Güter des Schuldners verkauft haben und noch nicht befriedigt sind. Sodann wird in L. 10 §§ 6. 7 beigefügt, es genüge, dass Einer der betrogenen Gläubiger noch nicht befriedigt sei, um die Pauliana actio für zulässig zu erklären. Wenn nämlich der Schuldner die betrogenen Gläubiger bona fide (simpliciter im Gegensatz zu L. 10 § 18 D. h. t.) befriedigt hat, so können diejenigen Gläubiger, welche erst nach jener fraudulösen Veräußerung seine Gläubiger geworden sind, also eigentlich nicht betrogen wurden — nun aber doch schlimmer daran sind als wenn die betrügliche (z. B. zu wohlfeile) Veräußerung nicht stattgefunden hätte, da ja dadurch überhaupt das Vermögen des Schuldners

¹⁾ Ita demum — si —.

vermindert wurde, somit auch sie weniger Hoffnung haben befriedigt zu werden — die Pauliana nicht anstellen, um jene Veräußerung zu revociren, weil die durch jene Veräußerung verkürzten Gläubiger nicht mehr Gläubiger des Schuldners sind, oder, wenn sie es jetzt auch wieder von Neuem geworden, doch eine Zeit lang nach jener Veräußerung es nicht mehr waren. — Anders freilich, wenn der Schuldner jene ersten Gläubiger in fraudem der späteren befriedigt, d. h. deshalb befriedigt, damit jene Veräußerungen nicht mehr angefochten werden können, insbesondere wenn er sie mit von den späteren Gläubigern geborgtem Gelde befriedigte.

Dass der Nachdruck auf dem Worte »hi« liege, mit andern Worten, dass die Stelle lehren wolle, betrügliche Veräußerungen können nur in dem Falle revocirt werden, wenn die betrogenen Gläubiger klagen, glauben wir nachgewiesen zu haben.¹⁾ Wenn aber die L. 10 § 1 D. h. t. dieses insbesondere, und zwar mit Nachdruck constatiren will, so ist das Gewicht nicht auf andere Worte zu legen.

Huschke aber und mit ihm Rudorff, indem sie übersehen, dass die L. 10 § 1 D. h. t. im Grunde nichts Anderes sagen will, als dass Betrug des Gemeinschuldners vorliegen müsse, damit die Pauliana actio angestellt werden könne, von Betrug aber nur die Rede sei, wenn Betrogene da seien, d. h. wenn die Betrogenen noch nicht befriedigt worden, legen den Nachdruck vielmehr auf vendiderunt und behaupten die Stelle lehre: Erst dann ²⁾ und nicht vorher könne auf Rescission

¹⁾ Wir bemerken nachträglich, dass auch die Basiliken unsere Ansicht unterstützen, indem sie den Nachdruck ebenfalls auf »hi« verlegen. In Basilicorum lib. IX. tit. VIII. L. 10 § 1 heisst es nämlich: ἢ δὲ ἀνάγκης τοῦ πραττομένου γίνεται, εἰ αὐτοὶ οἱ δανεισταί, ὡς ἠθέλησε βλάψαι, πιπράσουσαν . . .

²⁾ Wäre die Ansicht Huschke's und Rudorff's richtig, so dürfte es nicht heissen »ita demum — si«, sondern es müsste stehen »tum demum — si«.

eines betrüglichen Rechtsgeschäftes geklagt werden, wenn die Güter des Schuldners sämmtlich schon verkauft seien. Mittelst dieser Interpretation finden sie einen vortrefflichen Weg, um einen neuen Unterschied zwischen ihrer vermeintlichen Pauliana in rem actio der Pandekten und der in factum actio zu begründen, indem die Pauliana in rem actio, wie L. 6 § 14 D. h. t. lehre, schon vom Tage der betrüglichen Veräußerung an angestellt werden könne, die in factum actio hingegen, von welcher L. 10 § 1 D. h. t. spreche, erst vom Vermögensverkaufe an.

Der bequemste Weg, um Huschke und Rudorff zu widerlegen, wäre derjenige einer sehr nahe liegenden und glaubwürdigen Vermuthung, dahin gehend, dass statt vendiderunt »vendiderint« zu lesen wäre. Da nämlich das Futurum exactum sehr oft die Bedeutung des deutschen Präsens hat, so wäre es auch hier durchaus nicht unberechtigt, vendiderint mit dem Präsens zu übersetzen, und die Stelle würde dann unbestritten nichts Anderes sagen, als dass nur in dem Falle revocirt werde, wenn die betrügliche Absicht erreicht sei, d. h. wenn die nämlichen Creditoren, welche betrogen worden sind, die Güter des Schuldners zum Verkaufe bringen. Diese Vermuthung kann schon desshalb nicht leicht angefochten werden, weil die in den Handschriften übliche Abkürzung für vendiderunt sowohl wie für vendiderint die gleiche ist. Es ist auch leicht erklärlich, dass die Abkürzung immer als Perfectum aufgefasst wurde, denn die Satzconstruction verleitet wirklich dazu.¹⁾

Diese Vermuthung, so wohlberechtigt sie ist, und so mühelos sie die Huschke'sche und die Rudorff'sche Interpretation der L. 10 § 1 D. h. t. widerlegen würde, ist indessen nicht nothwendig, um die Ansicht Beider als unrichtig hin-

¹⁾ Es heisst ja: si . . . dimisit, scilicet si . . . — Das scilicet si lässt auch wieder ein Perfectum erwarten.

zustellen. Gesetzt auch, es lägen zwingende Gründe vor, hier zu lesen vendiderunt (verkauft haben), so hat damit die Stelle noch lange nicht den Sinn, welchen ihr jene beiden Interpreten geben wollen.

Denn es ist durchaus unberechtigt, namentlich mit Rücksicht darauf, dass der Nachdruck auf andern Worten des Satzes ruht, auf das Perfectum vendiderunt ein so grosses Gewicht zu legen, wie es Huschke und Rudorff thun. Ulpian spricht hier eben von dem häufigsten Falle, demjenigen nämlich, wo erst nach dem Vermögensverkaufe geklagt und rescindirt wird, und sagt deshalb vendiderunt. — Dass übrigens die Stelle keineswegs lehren will, dass erst nach der venditio bonorum mit der in factum actio geklagt werden könne, bezeugen die Basiliken ganz unzweifelhaft; denn sie geben das Perfectum mit dem Präsens wieder. In Basilicorum lib. IX. tit. VIII. Τὰ εἰς περιγραφὴν τῶν δανειστῶν γεγονότα, ἵνα ἀποκαταστῶσιν (quæ in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur) heisst es nämlich (Edition Heimbach):

L. 10 § 1 . . . ἡ δὲ ἀνάγκησις τοῦ πραττομένου γίνεται εἰ αὐτοὶ οἱ δανεισταί, οὓς ἠθέλησε βλάψαι, πιπράσκουσι τὰ τοῦ χρεώστου πράγματα· εἰ γὰρ ἐκείνους ἐπλήρωσεν, ἄλλους δὲ ἔχει, εἰ μὲν ἀπλοῦστερον τοῦτο ἔπραξεν, ἀργεὶ ἢ ἀνάγκησις· εἰ δὲ τὰ χρήματα τῶν δευτέρων τοῖς πρώτοις δέδωκεν, ἀνατρέπεται.

und auch Fabrotus in seiner lateinischen Uebersetzung der Basiliken gibt dies folgender Massen wieder:

Eius autem, quod factum est, revocatio fit, si hi creditores, quos fraudare voluit, bona debitoris vendunt: nam si his satisfacit, alios autem habet si quidem paulo simplicius id fecit, cessat revocatio: sin autem pecuniam posteriorum prioribus dedit, revocationi locus est.

Aus diesem Präsens πιπράσκουσι (vendunt) darf mit Rücksicht auf die hohe Autorität der Basiliken des Kaisers Leo (vom Jahre 890), und insbesondere weil die Basiliken hier offenbar die L. 10 § 1 D. h. t. wiedergeben, sicher ge-

geschlossen werden, dass auch schon vor dem Vermögensverkauf die in factum actio angestellt werden kann; dann kann aber natürlich auch schon vor dem Vermögensverkauf ein Urtheil auf Rescission erkannt werden, falls dem Richter der Beweis des *eventus fraudis* erbracht ist.

Es ist übrigens unbegreiflich, dass Huschke der L. 10 cit. einen so prägnanten Sinn geben, d. h. sie so buchstäblich verstehen will; denn wenn es in L. cit. heisst: *Ita demum revocatur . . . si eventum fraus habuit, scilicet si . . . vendiderunt*, und Huschke hieraus schliesst, dass der Vermögensverkauf unbedingt zuvor stattgefunden haben müsse, so musste er, um consequent zu sein, aus den obigen Worten auch schliessen, dass überhaupt nur dann *eventus fraudis* vorliege, wenn das Vermögen schon verkauft worden sei. Huschke hütet sich, diesen Schluss für die in factum actio zu ziehen, weil er bei Gelegenheit seiner vermeintlichen Pauliana in rem actio gerade das Gegentheil behauptet, indem er ausführt, der *eventus fraudis* könne auch schon vor dem Güterverkaufe festgestellt sein. In seiner Abhandlung über A. F. P. R. und das *interdictum fraudatorium* S. 38 sagt er nämlich wörtlich: »Die Verkürzung der Gläubiger muss auch wirklich eingetreten sein. Dass der Prätor dies nicht so verstand, als wenn es erst nach dem für blosse Procente (pro portione) erfolgten Verkaufe des Vermögens ersehen werden könne, ob die Creditoren wirklich verkürzt seien, erkennt man daraus, dass der Prätor die Klage auch schon dem curator bonorum gibt, der mit dem Verkauf des Vermögens aufhört, und so kommt auch bei Cicero ¹⁾ ein Fall

¹⁾ Cic. ad Attic. I. 1. § 3. — Caecilius, avunculus tuus, a P. Vario quum magna pecunia fraudaretur, agere coepit cum eius fratre Caninio Satrio de iis rebus, quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret. Una agebant ceteri creditores, in quibus erat Lucullus et P. Scipio et is, quem putabant magistrum fore, si bona venirent, L. Pontius. Verum hoc ridiculum est de magistro nunc cognoscere. — Huschke zieht

der Pauliana actio selbst noch vor Ernennung des magister bonorum vendendorum vor. Auch kann es ja in der That schon zur Zeit des geschlossenen Geschäfts klar sein, dass es eine Insufficienz oder eine grössere Insufficienz verursacht hat, so dass nur neue zufällige und als solche nicht zu berücksichtigende Ereignisse die Verkürzung wieder aufheben können, z. B. dass der Schuldner neue Sachen erwirbt, oder ein Dritter die Gläubiger voll befriedigt. Dagegen meint der Prätor offenbar, dass die Verkürzung theils für die Creditoren, welche der Schuldner verkürzen wollte, theils auch für deren Befriedigung im bevorstehenden und schon eingeleiteten Concourse des Defraudator eingetreten sein müsse. Doch ist beides weder in dem Edict über die Pauliana actio ausdrücklich ausgesprochen, noch, eben desshalb, von den Juristen an diesem Ort näher entwickelt worden.« — Huschke gesteht also ausdrücklich zu, dass der *eventus fraudis* auch schon vor dem Güterverkaufe festgestellt werden könne. Dasselbe lehrt Huschke in seiner Abhandlung »Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict« S. 366, wo er, gegen Brinz polemisirend, bemerkt, dass es wider allgemeine Rechtsregeln verstosse, den objectiven *eventus fraudis* noch von dem Nichteintritt möglicher Wiederaufhebungen der Verkürzungen wie Arrangements, Bezahlung der Gläubiger durch Dritte u. s. w. bis zu jenem Zeitpunkte hin abhängig zu machen.

Daher kann die L. 10 § 1 D. h. t. auch für Huschke unmöglich einen Gegensatz zu L. 1—9 D. h. t. in Beziehung auf den *eventus fraudis* ausdrücken. Aus dem Wortlaut der Basiliken sowohl als auch aus dem flagranten Widerspruch

aus diesen Worten den ganz unberechtigten Schluss, es gehe aus dieser Stelle hervor, dass die Pauliana actio auch schon vor der *missio in bona* angestellt werden konnte, und zweitens nimmt er an, ganz ohne irgend welche Beweise zu geben, dass die Stelle von seiner dinglichen Pauliana handle. Zu solchen Schlüssen bietet die Stelle keinen Anhaltspunkt.

in Huschke's Behauptungen folgt daher, dass die Klage auf Rescission und die Rescission selbst nicht unbedingt erst nach dem Güterverkauf stattfinden können.

Um aber Huschke's Ansicht, dass die Pauliana in factum actio im Gegensatze zu seiner vermeintlichen Pauliana in rem actio erst nach dem Vermögensverkaufe angestellt werden könne, ganz zu widerlegen, müssen wir noch auf seine andern Gründe eingehen.

In seiner Abhandlung (a. a. O. S. 88. Anm. 2.) behauptet Huschke nämlich, aus L. 10 §§ 9. 10. 18 und aus L. 25 § 7 D. h. t. gehe unzweifelhaft hervor, dass die in factum actio erst nach dem Vermögensverkaufe angestellt werden könne. Er begnügt sich indessen, diese Behauptung hinzustellen, ohne sie des Näheren zu begründen. — Wie Huschke diesen Schluss aus L. 10 §§ 9. 10 zieht, können wir durchaus nicht begreifen, denn die beiden Stellen bieten zu solchen Schlüssen wirklich keinen Anhaltspunkt. Dass aber die L. 10 § 18 D. h. t. nicht sagt, man könne erst von der bonorum venditio an mit der in factum actio klagen, haben wir schon oben nachgewiesen. Auch aus L. 25 § 7 D. h. t. darf man nicht das schliessen, was Huschke schliesst. Die Pauliana nämlich wurde nach L. 1 pr. d. h. t. auch gegen den betrügenden Gemeinschuldner selbst verstattet. Nun wird ihm aber durch den Güterverkauf sein Vermögen entzogen, und fängt er somit nach demselben eine neue Vermögensexistenz an. Desshalb werden nun ex ante gesto keine Klagen gegen ihn zugelassen. Daher fand es denn Mela hart, die Pauliana auch noch nach dem Vermögensverkaufe gegen ihn zu verstaten und opponirte hierin dem Edict, welches die Klage auch gegen den betrügenden Gemeinschuldner zugestand, und zwar in demselben Umfange, wie gegen betrügende Mitcontrahenten, also auch noch ein Jahr nach der bonorum venditio. — Allein die herrschende Meinung hielt daran fest, dass die Pauliana actio gegen den Gemeinschuldner während

der nämlichen Zeit sollte angestellt werden können, wie gegen betrügende Mitcontrahenten, also auch noch ein Jahr lang nach dem Vermögensverkaufe, und rechtfertigte dies damit, dass die Klage, wenn sie auch insbesondere rei persecuendæ causa gegeben sei, doch daneben auch einen pönalen Charakter habe, und daher, wenn auch nach dem Vermögensverkaufe bei dem Gemeinschuldner nicht viel zu holen sei, er also am Vermögen nicht geschmälert werden könne, eine Verurtheilung zu Gefängnisstrafe ¹⁾ immerhin eine gerechte Strafe für ihn sei. — Dies referirt auch Venuleius in der L. 25 § 7 D. h. t. Daher darf aus der L. cit. nicht mit Huschke geschlossen werden, dass die in factum actio nur nach dem Vermögensverkauf angestellt werden konnte.

Somit kann, wenn auch unsere frühere Vermuthung (die Lesart vendiderint) verworfen wird, die L. 10 § 1 D. h. t. dennoch nach ihrem Wortlaute nicht dahin interpretirt werden, dass die in factum actio (Pauliana) erst nach der bonorum venditio verstattet werden könne; vielmehr ist sie nicht nur schon während des Concurses zulässig, wie L. 1 pr. D. h. t. lehrt, sondern auch schon vor Ausbruch desselben.²⁾

Wir haben zur Genüge nachgewiesen, dass die in factum actio (Pauliana actio) und das interdictum fraudatorium dieselben materiellen Erfordernisse zu ihrer Anstellung verlangen, was eigentlich schon aus dem Wortlaute des Edicts in L. 1 pr. und L. 10 pr. D. h. t. hervorgeht; ferner, dass das interdictum fraudatorium mit dem Ausdruck si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet die in factum actio meint, und dass mit dem Ausdruck »illi« auf

¹⁾ Da der Schuldner schon durch die bonorum venditio infam wurde, so kann hier nicht die Strafe der Infamie, sondern nur die poena carceris gemeint sein.

²⁾ So auch die Praxis. cf. Seuff. III. 251. Nr. 1. XI. 321. Jedoch existiren auch entgegengesetzte Entscheidungen, wenigstens was die Zulässigkeit der Pauliana vor ausgebrochenem Concurs betrifft.

die Klagberechtigten der in factum actio hingewiesen wird. Letzteres ist durch das hinweisende Fürwort an sich schon klar und wird auch durch die folgenden auf »illi« sich beziehenden Worte si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet unzweifelhaft gemacht, weil diese sich ja ebenfalls auf die in factum actio beziehen. Da nun die in factum actio dem curator bonorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit versprochen wird, so ist das darauf Bezug nehmende Interdict auf Grund unserer obigen Beweise ebenfalls dem curator bonorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit versprochen, und zwar dem curator sowohl so lange er die Function eines solchen bekleidet, als auch hernach, wenn er wieder blosser Creditor geworden und noch nicht befriedigt ist, sowie auch den übrigen noch nicht befriedigten Gläubigern noch während eines annus utilis nach dem Vermögensverkauf.

Es fällt also die Ansicht Huschke's dahin, dass das Interdict nur vor dem Güterverkauf, die in factum actio erst nach demselben habe angestellt werden können, sowie auch die Ansicht Schmidt's (Interdictenverfahren der Römer S. 309), dass die in factum actio erst nach der missio in bona, das interdictum fraudatorium aber schon vorher habe angestellt werden können, eine Meinung für welche Schmidt übrigens keine Gründe angibt.

Actio Pauliana und interdictum fraudatorium. Ihr gegenseitiges Verhältniss.

Wenn nun Pauliana actio und interdictum fraudatorium alle beide diese Requisite gemeinsam haben, zu welchem Zwecke wurden denn beide Rechtsmittel eingeführt statt eines einzigen, d. h. warum führte der Prätor noch ein Interdict ein, wenn doch schon eine unter den gleichen Voraussetzungen zum gleichen Ziel führende in factum actio vorhanden war? Und welche Stellung nahm das interdictum fraudatorium ein neben der Pauliana in factum actio?

Zu einer directen Beantwortung dieser historisch wichtigen Fragen liefern uns die Quellen leider keinen Anhaltspunkt.

Zwar sagen dieselben hie und da, dass dieses oder jenes Interdict vom Prätor adiuvandi, supplendi, corrigendi iuris civilis gratia eingeführt worden sei; aber warum in solchen Fällen gerade die Interdictsform gewählt wurde statt der in factum actio, welche doch eben so gut zum Ziele geführt hätte, wird nicht gesagt. — Viele behaupten, dass das interdictum fraudatorium ein schleunigeres Rechtsmittel gewesen sei als die in factum actio, und stützen sich hiebei jedenfalls auf eine Constitutio des Theodosianischen Codex vom Jahre 374. Dieselbe lautet:

C. 22. Th. C. quorum appellationes. (Imperatores Valentinianus, Valens et Gratianus ad Claudium. Pf. U.) — In Interdicto Quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne, quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur iniuriis tarditatis.

Aus dieser Constitutio lässt sich aber nur ein zweifelhafter Schluss auf die Eigenschaften des interdictum Quorum bonorum ziehen, gar kein sicherer Schluss aber auf die Interdicte überhaupt. — Schmidt glaubt, die ursprüngliche Bestimmung der Interdicte sei lediglich die gewesen, eine obligatio zu erzeugen.

Was dann das Verhältniss des interdictum fraudatorium zur Pauliana actio betrifft, so stellt Schmidt folgende sonderbare Behauptung auf: ¹⁾ Das Unterscheidende könne zuerst in den Worten des Interdicts liegen »si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet«, denn diese habe die Pauliana nicht. Sie bedeuten: die Zuständigkeit des Interdicts sei auf diejenigen betrogenen Gläubiger beschränkt, welche klagbare Forderungen haben. — Schmidt fasst also den Ausdruck »actio ex edicto meo« ganz allgemein auf, und versteht darunter alle möglichen Klagen, welche einem Creditor überhaupt wegen des streitigen Objects zu-

Widerlegung der Ansicht Schmidt's, dass das interdictum fraudatorium materiell von der Pauliana actio verschieden sei.

¹⁾ cf. Schmidt, a. a. O. S. 309.

stehen können; als wenn alle Klagen des Römischen Rechts prätorische Klagen wären! — Denn der Prätor sagt ja »si eo nomine quo de agitur actio ex edicto meo competere esseve oportet«, verspricht also das *interdictum fraudatorium*, wenn man das Wort *actio* so allgemein als möglich auffassen will, doch nur in dem Fall, wo dem Gläubiger über die streitige Sache eine andere prätorische Klage zustehen würde. — Aber auch dies ist viel zu viel zugegeben. Denn der Prätor verspricht ja das *interdictum fraudatorium* nur in dem Falle zu geben, wo dem Kläger eine Klage »*ex edicto meo*« schon zustände; das Edict anderer Prätores aber kann der Schöpfer des *interdictum fraudatorium* doch nicht »*edictum meum*« nennen. Ueberhaupt wird gerade durch die Aussetzung des possessorischen Fürwortes ein Nachdruck darauf gelegt, dass nur sein eigenes Edict gemeint sei, weil, wenn dies nicht der Fall wäre und er zugleich auch von den Edicten vorhergehender Prätores spräche, der Sprachgebrauch nur die Fassung »... *ex edicto competere*« zulassen würde, da auch unter dieser Fassung der Worte sein eigenes Edict mit darunter verstanden wäre. — Der Prätor verspricht also das *interdictum fraudatorium* nur zu geben, wenn aus seinem Edict dem Kläger schon eine Klage zustände. Nun kann aber jeder Römer nur Ein Mal Prätor sein (wenigstens in der Zeit der Republik), nämlich ein Jahr lang. Niemand aber wird glauben, dass derselbe Prätor, der das *interdictum fraudatorium* geschaffen, alle diejenigen Klagen eingeführt habe, welche einem Gläubiger gegen seinen Cridar wegen eines Streitobjectes zustehen konnten, wie man es nach Schmidt annehmen musste. Vielmehr ist es sehr glaubwürdig, dass derselbe Prätor nur noch eine Klage neben dem *interdictum fraudatorium* eingeführt habe; denn die Römer waren keineswegs neuerungssüchtig, sondern conservativ, insbesondere im Gebiete des Rechtes. Demnach bezieht sich der Prätor in der Formel des Interdicts nicht auf eine Mehrzahl von Klagen,

sondern nur auf die von ihm in seinem Edicte neben dem *Interdicte* geschaffene Klage, und diese kann natürlich nur eine solche sein, welche dasselbe Ziel verfolgt wie das darauf sich beziehende Interdict, d. h. die *Pauliana in factum actio*; denn das Interdict wird ja für den Fall versprochen, wo die *actio* zulässig wäre (cf. L. 10 pr. cit.). Dass der Prätor im Edict die Klage, die er in demselben versprach, nicht gleich mit seinem eigenen Namen nannte, wird Niemanden wundern. Die Bezeichnung *Pauliana* wurde übrigens, wie wir oben nachgewiesen haben, erst viel später geschaffen als das Rechtsmittel, das nun diesen Namen trägt.

Haben wir schon früher auf Grund des hinweisenden Ausdrucks *illi* beglaubigt, dass das Interdict sich eng an die *Pauliana actio* anschliesse und sich direct auf dieselbe beziehe so ist dies ganz unzweifelhaft gemacht durch unsere Ausführung über die Bedeutung der Worte *si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet* in der Interdictsformel.

Es folgt daraus unmittelbar das neue Resultat, dass die *Pauliana actio* und das *interdictum fraudatorium* zu gleicher Zeit oder doch von demselben Prätor, d. h. innerhalb desselben Jahres eingeführt wurden. Desshalb hat Schmidt Unrecht, wenn er behauptet, dass in der *Pauliana actio* eine Fortentwicklung der im *interdictum fraudatorium* enthaltenen materiellen Rechtsgrundsätze vorliege, dass somit die *Pauliana actio* jünger sei als das Interdict und sich erst aus letzterem entwickelt habe. Auch sein Grund, warum die vermeintliche Fortentwicklung des Interdicts nicht in Form eines *interdictum utile* sondern in Form der *in factum actio* stattgefunden habe, »weil zur Zeit des Erlasses der *Pauliana actio* die Stunde der *Interdicte* vorüber gewesen sei«, ist total unrichtig; denn gesetzt, die *Pauliana actio* wäre nicht schon von L. Aemilius Paulus (563 a. u. c. oder 191 a. Chr.), sondern erst von P. Rutilius Rufus (636 a. u. c. oder 118 a. Chr.) eingeführt

worden (vor Cicero nämlich hat sie jedenfalls schon bestanden cf. Cic. ad Attic. cit.), so gibt es doch immerhin noch Interdicte, welche erst nach jenem Zeitpunkte geschaffen wurden, z. B. das interdictum Salvianum, welches der Prätor M. Salvius Otho unter Augustus einführte.¹⁾

Zugleich fällt auch die Meinung Unterholzners²⁾ dahin, der Unterschied zwischen Pauliana actio und interdictum fraudatorium habe darin bestanden, dass erstens die Pauliana die betrüglichen Veräusserungen nur (!) rechtlich rückgängig machte, das Interdict aber factisch, und dass zweitens das Interdict nur wegen körperlichen Sachen angestellt werden konnte, die Pauliana actio aber auch wegen Forderungen u. dgl.; eine Meinung, für welche Unterholzner übrigens keine Gründe beigebracht hat.

Indessen haben wir die Frage noch nicht gelöst, warum denn der Prätor sich nicht begnügte, eine in factum actio einzuführen, sondern noch ein Interdict schuf, obwohl dasselbe kein anderes Ziel verfolgte als die in factum actio. — Jedenfalls that er das nicht adiuvandi, supplendi oder corrigendi iuris causa, denn die in factum actio genügte schon, um diesen Zweck zu erreichen. — Schmidt meint,³⁾ die Hauptverschiedenheit liege in Folgendem: die Pauliana actio sei für den Fall berechnet, wo nach ausgebrochenem Concurs der curator bonorum für die Gesammtheit der Gläubiger klagend auftritt, denn er werde namentlich genannt. Davon enthalte das fraudatorium interdictum nichts; es sei vielmehr, ohne dass dabei der Ausbruch des Concurses die Voraussetzung wäre,⁴⁾ für die Person des bestimmten einzelnen Verletzten selber berechnet.

¹⁾ cf. Huschke A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium S. 126.

²⁾ Unterholzner Schuldverhältnisse II. § 375. S. 141.

³⁾ Schmidt Interdictenverfahren S. 309.

⁴⁾ Die Gründe, welche Schmidt hier für seine Ansicht vorbringt sind durchaus nicht überzeugend.

Allein diese Ansicht ist ganz und gar unhaltbar, weil die Pauliana actio ja nicht nur dem curator bonorum gegeben wird (wie Schmidt will) sondern auch ei cui de ea re actionem dare oportebit, womit unter Anderem auch auf den Fall gezielt ist, wo ein Concurs sich ganz oder theilweise abwickelt, ohne dass ein curator ernannt wird,¹⁾ so wie auch auf Anstellung der Klage vor Ausbruch des Concurses.

Zur Anstellung der Pauliana soll missio in bona nöthig sein, zur Anstellung des Interdicts aber nicht! Das wäre ein ganz prächtiger Unterschied zwischen Pauliana actio und interdictum fraudatorium — wenn nur irgend eine Begründung desselben aus den Quellen möglich wäre. — Die Pauliana actio sei dem für die Gesammtheit der Gläubiger klagend auftretenden curator bonorum gegeben, das interdictum aber der Person des bestimmten einzelnen Verletzten! — Wieder ein recht schöner Gegensatz, wenn die Pauliana nicht ebenfalls dem einzelnen Verletzten (ei cui de ea re actionem dare oportebit) zustände.

Auch der Sponsionen wegen ist das interdictum fraudatorium nicht neben der in factum actio eingeführt worden, denn bei letzterer konnte ja eben so gut wie bei allen in factum actiones mit Sponsionsverfahren geklagt werden.

Wir müssen also entweder bekennen, dass gar keine stichhaltigen Gründe anzugeben sind, wesshalb der Prätor neben der in factum actio noch ein unter denselben materiellen Voraussetzungen dasselbe Ziel verfolgendes Interdict geschaffen hat; oder aber, wenn wir wenigstens eine wahrscheinliche Vermuthung hierüber aussprechen wollen, annehmen, das Interdict sei als ein schleunigeres Rechtsmittel denn die Pauliana actio neben derselben eingeführt worden für alle diejenigen Fälle, wo die Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung keines Beweises bedurften, sondern

¹⁾ cf. Cic. ad Attic. I. 1. § 3. cit.

offenbar vorhanden waren. Hiebei mag auch der Umstand mitgewirkt haben, dass vermittelt des Interdicts der Magistrat einen — seiner Amtsgewalt wegen oft sehr nachdrücklichen — Versuch machen konnte den Streit gütlich und in aller Kürze zu schlichten, indem er an den Beklagten den Befehl erliess: »restituas antequam ex iure exeas«, und der Beklagte durch sofortige Ausführung des Befehls jeden weiteren Processact kurz abschchnitt. — Hugo hat eine ähnliche Ansicht über den Zweck des Interdicts aufgestellt und ihm sind manche Neuere gefolgt.

Das interdictum fraudatorium hat durch die Einführung des Extraordinarverfahrens seine frühere processualische Selbstständigkeit verloren.

Gegen Ende des dritten Jahrhunderts der christlichen Zeitrechnung wurde das ehemalige Extraordinarverfahren zur allgemeinen Regel des Processes erhoben, und fielen somit die Trennung zwischen ius und iudicium und damit auch die an den Richter adressirten formulæ actionum weg, weil der Process bei einer und derselben Person von Anfang bis zu Ende durchgeführt wurde.

Dies schloss die weitere Anwendung der Interdicte jedoch nicht aus. Nichtsdestoweniger kamen dieselben immer mehr ausser Gebrauch, und zwar jedenfalls schon zur Zeit Diocletians (284—305), wie aus L. 3 C. de interdictis VIII. 1. zu schliessen ist.

Imp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Pompeiano. — Incerti iuris non est, orta proprietatis et possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quæstionem competentibus actionibus, ut ex hoc ordine facto de domini disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur. Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.

In dieser Stelle lehrt Diocletianus, dass, obwohl die Interdicte in ihrer früheren Form nicht mehr angewandt werden, dennoch der erkennende Richter nach Massgabe der in den einzelnen Interdicten enthaltenen materiellen Rechts-

grundsätze zu entscheiden habe; und auch der Process nach ihrem Vorbilde behandelt werde. Das Nämliche lehren andere Constitutionen desselben Kaisers, z. B.

L. 2 C. quorum bonorum VIII. 2. Imp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Marco. — Si ex edicto sororis patruelis intestatæ sine liberis defunctæ recte, petita bonorum possessione, quæstisti successionem, ac negotium integrum est, quæ cum moreretur eius fuerunt, secundum interdicti Quorum bonorum tenorem ab his, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desierint possidere, tibi rector provinciæ restitui efficit.

sowie auch L. 2 C. unde vi VIII. 4. L. 1 C. quod legatorum VIII. 3. L. 4 C. unde vi VIII. 4. L. 17 C. de actionibus emti et venditi IV. 49.

Allein man darf nicht so weit gehen wie Schmidt (a. a. O. S. 328), welcher behauptet, dass zur Zeit des Extraordinarverfahrens der Name interdictum eine Antiquität sei. Sonst hätten sich wohl die Compileren die Mühe erspart, noch so Vieles über die Interdicte in die Pandekten aufzunehmen. — Vielmehr ward ihnen nur ihre Selbstständigkeit im Prozesse genommen und sanken sie zu einem blossen Einleitungsstadium des Processes herab, indem es dem Richter zwar nicht vorgeschrieben, aber jedenfalls erlaubt war, den Beklagten aufzufordern, dem Anspruch des Klägers zu genügen, um so den Process in Kürze zu erledigen. Freilich war diese Aufforderung kein Interdict mehr im alten Sinne des Wortes. Daher sagt denn auch Justinian in § ult. I. de interdictis IV. 15.:

De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

und diese Stelle wird von Theophilus entsprechend so paraphrasirt:

Ἐπὶ γὰρ τῶν ἐξτραορδιναρίων δικαστηρίων, ὅποια σήμερον ἔστι πάντα τὰ δικαστήρια, οὐκ ἔστιν ἐπάναγκες ἰντέρδικτα κινεῖσθαι· ἀλλὰ διὰ τούτων ἐγγυμνάζεται τὰ δικαστήρια, οὐτιλίας ἀγωγῆς ἀντὶ τῶν ἰντέρδικτων ἐγγυμναζομένης. Οὐκοῦν οὕτως εἶωθέ τις ὀρίζεσθαι ὅτι ὀρίζομαι κατὰ σοῦ οὐτιλίαν ἀγωγῆν, ὡς ἀπὸ τοῦ Σαλβιανείου ἰντέρδικτου, ἢ ὡς ἀπὸ τοῦ unde vi ἰντέρδικτου, ἢ ἐτέρου τινός.

Die Stelle zeigt zugleich, dass die Interdicte nicht geradezu abgeschafft waren, wie Schmidt behauptet,¹⁾ sondern dass, wie wir oben behauptet haben, es dem Richter zwar nicht vorgeschrieben war, aber immerhin freistand, den Process mit der Aufforderung an den Beklagten zu beginnen, den Streit dadurch sofort zu beendigen, dass er dem Anspruch des Klägers nachkomme. Dies dürfen wir aus dem Ausdruck »non est necesse reddi interdictum« schliessen, da, wenn die Interdicte wirklich auch in dieser Form nicht mehr anwendbar gewesen wären, Justinian nicht von der Unnöthigkeit sondern von der Unmöglichkeit der Anstellung der Interdicte hätte sprechen müssen.

Hingegen konnte man eine Klage nicht mehr in Form eines Interdicts anstellen, sondern nur auf Grund des in einem ehemaligen Interdict enthaltenen Rechtes, perinde ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Hiefür sprechen auch noch folgende Belege:

Pr. I. de interdictis IV. 15. — Sequitur, ut dispiciamus de interdictis seu actionibus, quæ pro his exercentur. erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus prætor aut iubebat aliquid fieri aut fieri prohibebat. quod tum maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

¹⁾ Er geht sogar so weit zu behaupten, der Name interdictum sei, so gut wie in factum actio, utilis actio und Anderes eine Antiquität.

sodann die Fassung des Digestentitels 43. 1.:

De interdictis sive extraordinariis actionibus quæ pro his competunt.

Die gewonnenen allgemeinen Resultate auf das interdictum fraudatorium in seinem Verhältniss zu der in factum actio (Pauliana) angewandt, führen uns zu folgenden Schlüssen: Das interdictum fraudatorium verlor wie die andern Interdicte mit der Einführung des Extraordinarverfahrens seine selbstständige Stellung neben der Pauliana actio, und nach justinianischem Rechte ist es als besondere Klage nicht mehr anwendbar, sondern es kann nur noch die materiell von demselben nicht verschiedene in factum actio angestellt werden. Jedoch hat der Richter noch das Recht, zu Anfang des Processes den Beklagten mit der Interdictsformel aufzufordern, den weiteren Verlauf des Processes durch sofortige Restituirung des Klaggegenstandes abzuschneiden.

Wir dürfen uns nun keineswegs wundern, das die Formel des Interdicts noch in die Pandekten aufgenommen wurde, obwohl für die Pauliana actio die Edictsstelle in L. 1 pr. D. h. t. genügt hätte. — Da indessen das Interdict in processualischer Hinsicht jede selbstständige Bedeutung verloren hat, so kann einmal die Aufnahme der Interdictsformel unter die Pandektenstellen nicht mehr als ein processualischer Gegensatz zur Pauliana angesehen werden, und da es sich auch materiell nicht von ihr unterschied, so liegt natürlich eben so wenig ein Gegensatz in Voraussetzungen oder Wirkungen vor zwischen der Edictsstelle über die Pauliana actio und derjenigen über das interdictum fraudatorium. — Aber warum hat denn Justinian überflüssiger Weise zwei das Gleiche ausdrückende Stellen aufgenommen? Dafür sind folgende glaubhafte Gründe vorhanden. Einmal nennt Justinian in seiner Gesetzessammlung in zwei verschiedenen leges (L. 67 §§ 1. 2. D. ad SC. Treb. 36. 1. und L. 96 pr. D. de solut. 46. 3.) das interdictum fraudatorium mit Namen, und lehrt in den-

selben, in welchen Fällen dasselbe, d. h. die nun auf Grund des Interdicts zu gebende Klage, zur Anwendung komme. Es war daher jedenfalls nöthig, irgendwo in den Pandekten vom interdictum fraudatorium des Näheren zu sprechen, damit man wisse, wass denn unter dem nach jenen beiden Gesetzesstellen anzuwendenden Interdict zu verstehen sei, welche Voraussetzungen und Wirkungen es habe. Die richtige Stelle hiefür wäre eigentlich nur der Digestentitel de interdictis 4. 15 und der Codextitel de interdictis VIII. 1 gewesen. Da nun aber jedenfalls auch die Pauliana in factum actio irgendwo behandelt werden musste, zumal da sie nun praktisch das einzige Anfechtungsmittel gegen betrügerische Veräußerungen des Schuldners war,¹⁾ und Justinian sie in D. 42. 8. in einem besonderen Titel und in C. VII. 75. ebenfalls für sich allein behandelte, das interdictum fraudatorium aber, wie wir schon öfters gezeigt haben, dieselben Voraussetzungen und dieselben Wirkungen wie die Pauliana in factum actio hatte, so hätte Justinian in D. 4. 15. und C. VIII. 1. bei Gelegenheit der Besprechung des interdictum fraudatorium ganz dasselbe sagen müssen wie in D. 42. 8. und C. VII. 75. Um dies zu vermeiden und zugleich doch die Natur des in L. 67 §§ 1. 2. D. ad SC. Treb. 36. 1. und in L. 96 pr. D. de solut. 46. 3. versprochenen interdictum fraudatorium, d. h. der auf Grund desselben nun zu ertheilenden Klage, in Kürze darzustellen, nahm er die Formel des Interdicts in die Abhandlung über die Pauliana auf, was ihm vielleicht auch desshalb vortheilhaft war, weil die Commentare der classischen Juristen zum interdictum fraudatorium sich besser zur Excerptio eignen mochten. In der That hat er auch aus Commentaren zum interdictum fraudatorium excer-

¹⁾ Ausgenommen sind hier natürlich die betrüglichen Veräußerungen des Cridars während des Concurses selbst, welche auch mit der in rem actio rückgängig gemacht werden können.

piert (z. B. L. 10 §§ 2. 4. L. 11. L. 25 D. h. t.), was er ja bei der materiellen Identität beider ehemals selbstständigen Rechtsmittel recht wohl thun konnte.

Diese enge Verschmelzung liefert zugleich einen neuen Beweis, dass nach justinianischem Recht die Interdicte als solche nicht mehr bestanden, wie es auch die oben citirte L. 3 C. de interdictis in klaren Worten ausdrückt: Interdicta autem, licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.

~~~~~  
**Viertes Capitel.**

**Die formulæ.**

Obwohl nach justinianischem Recht keine formulæ mehr gegeben wurden, so ist es doch immerhin von historischem Interesse, die Formeln der in rem actio, der persönlichen Pauliana in factum actio und des interdictum fraudatorium aufzustellen, wie sie ehemals zur Zeit des Formularprocesses gelautet haben mögen.

Die formulæ

Huschke a. a. O. und Rudorff in seinem Aufsätze »Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict« sowie in seinem »Edictum perpetuum« haben sich ebenfalls befasst mit der Construction dieser Formeln, wie sie zur Zeit des Formularverfahrens mögen gegeben worden sein. — Bevor wir nun die Formeln aufstellen, wie sie nach den von uns gefundenen Resultaten ungefähr gelautet haben müssen, wird es am Platze sein, auf diejenigen Huschke's und Rudorff's einzugehen.

Gehen wir zuerst auf die Formel der in rem actio aus § 6. I. de actionibus IV. 6. über. — Huschke a. a. O. S. 66 construirt dieselbe folgender Massen:

Die formula der in rem actio. Kritik der von Huschke und Rudorff aufgestellten Formeln.

Quod a Lucio Titio fraudationis causa Numerio Negidio, qui eam fraudem non ignoravit, fundus Cornelianus, quo de agitur, venditus, mancipio datus et traditus est, si is fundus Numerio Negidio venditus mancipio datus et traditus non esset, tum si paret, eum in bonis Lucii Titii mansisse, iudex, nisi Numerius Negidius Aulo Agerio arbitrio tuo restituat, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna si non paret absolvito.

Rudorff »Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict« S. 95 hingegen folgender Massen:

Si Lucius Titius fundum, quo de agitur, Numerio Negidio fraudationis causa, cum is fraudem non ignoraret, mancipio non dedisset, tum si paret eum fundum in bonis Lucii Titii mansisse, neque is fundus arbitrato tuo Aulo Agerio restituatur, quanti ea res erit tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolvito.

und in seinem Edictum perpetuum § 221 ändert er die Fassung dahin ab:

Iudex esto. Si Lucius Titius in hoc anno fraudandorum creditorum causa N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> cum is fraudem non ignoraret, fundum quo de agitur ex causa venditionis (fiduciæ) mancipio non dedisset eiusque fundi vacuum possessionem non tradidisset, tum si is fundus (in bonis) Luci Titii mansisset, nisi arbitrato tuo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> res restituatur, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

Wir müssen nun alle diese drei Formeln für unrichtig erklären aus folgenden Gründen. Die Klage aus § 6 I. de act. IV. 6., welche durch den Zusatz »bonis eius a creditoribus ex sententia Fræsidis possessis« auf betrüglische Veräußerungen nach ausgebrochenem Concurse beschränkt ist (wie wir früher nachgewiesen), war, wie nicht nur Justinian, sondern auch Theophilus in seiner Paraphrase deutlich sagt, eine durchaus

dingliche Klage, ging daher gegen den Besitzer, indem durch Rechtsfiction<sup>1)</sup> vorausgesetzt wurde, dass die betrüglische Veräußerung null und nichtig sei, und daher die Sache als noch zu dem Vermögen des Schuldners gehörig betrachtet werden müsse. Dass dolus des Beklagten zur Anstellung erforderlich gewesen sei, ist aus keiner Gesetzesstelle, ja aus keiner Rechtsquelle überhaupt zu ersehen; dies hätte übrigens nicht wohl mit der Natur einer dinglichen Klage gestimmt.

Somit sind obige drei Formeln unrichtig; denn sie gründen sich sämmtlich auf die Mitwissenschaft des Beklagten,<sup>2)</sup> ja sie gehen sogar so weit, die Klage nur gegen den ersten<sup>3)</sup> mitwissenden Käufer zuzulassen, in flagrantem Widerspruch mit L. 9 D. h. t. (welche nach ihnen gerade von der in rem actio handeln soll), aus welcher doch zu entnehmen ist, dass die Klage auch gegen den zweiten Erwerber, nicht zwar wenn er bona fide, wohl aber, wenn er mala fide erworben, zulässig ist. — Die Formel Rudorff's in seinem Edictum perpetuum enthält zudem noch den Fehler, dass sie die Klage nur innerhalb eines Jahres gestatten will,<sup>4)</sup> während doch alle dinglichen Klagen actiones perpetuæ sind.

Dem Richter wurde vielmehr bei einer dinglichen Klage die Formel im Allgemeinen so vorgelegt: Wenn es sich herausstellt, dass das Streitobject dem Kläger gehört, und der Beklagte (der Besitzer) es ihm nicht zurückgibt, so sollst Du

<sup>1)</sup> Rescissa traditione. Theophilus: ὡσαυτε (gleich als wenn) μὴ ἐτραδίτεσθῆ τὸδε τὸ πρῶγμα ὑπὸ τοῦ δεβίτωρος.

<sup>2)</sup> Qui eam fraudem non ignoravit. Huschke. — Rudorff: cum is fraudem non ignoraret. Ueberhaupt liegt der Fehler Huschke's und Rudorff's darin, dass sie ihre Formel für die in rem actio den in L. 1—9 D. h. t. enthaltenen Rechtsgrundsätzen anpassen, indem sie annehmen, dass diese leges von der dinglichen Rückforderungsklage handeln.

<sup>3)</sup> Huschke: Quod a Lucio Titio (dem Gemeinschuldner) fraudationis causa N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> . . . fundus . . . traditus est . . . nisi N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> . . . restituat . . . c. s. n. p. a. — Aehnlich Rudorff in seinen beiden Formeln; cf. oben.

<sup>4)</sup> Rudorff. Ed. perpet. S. 201. . . in hoc anno . . .

Quod a Lucio Titio fraudationis causa Numerio Negidio, qui eam fraudem non ignoravit, fundus Cornelianus, quo de agitur, venditus, mancipio datus et traditus est, si is fundus Numerio Negidio venditus mancipio datus et traditus non esset, tum si paret, eum in bonis Lucii Titii mansisse, iudex, nisi Numerius Negidius Aulo Agerio arbitrio tuo restituat, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna si non paret absolvito.

Rudorff »Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict« S. 95 hingegen folgender Massen:

Si Lucius Titius fundum, quo de agitur, Numerio Negidio fraudationis causa, cum is fraudem non ignoraret, mancipio non dedisset, tum si paret eum fundum in bonis Lucii Titii mansisse, neque is fundus arbitrato tuo Aulo Agerio restituatur, quanti ea res erit tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolvito.

und in seinem Edictum perpetuum § 221 ändert er die Fassung dahin ab:

Iudex esto. Si Lucius Titius in hoc anno fraudandorum creditorum causa N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> cum is fraudem non ignoraret, fundum quo de agitur ex causa venditionis (fiduciæ) mancipio non dedisset eiusque fundi vacuum possessionem non tradidisset, tum si is fundus (in bonis) Luci Titii mansisset, nisi arbitrato tuo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> res restituatur, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

Wir müssen nun alle diese drei Formeln für unrichtig erklären aus folgenden Gründen. Die Klage aus § 6 I. de act. IV. 6., welche durch den Zusatz »bonis eius a creditoribus ex sententia Fræsidis possessis« auf betrügliche Veräußerungen nach ausgebrochenem Concourse beschränkt ist (wie wir früher nachgewiesen), war, wie nicht nur Justinian, sondern auch Theophilus in seiner Paraphrase deutlich sagt, eine durchaus

dingliche Klage, ging daher gegen den Besitzer, indem durch Rechtsfiction<sup>1)</sup> vorausgesetzt wurde, dass die betrügliche Veräußerung null und nichtig sei, und daher die Sache als noch zu dem Vermögen des Schuldners gehörig betrachtet werden müsse. Dass dolus des Beklagten zur Anstellung erforderlich gewesen sei, ist aus keiner Gesetzesstelle, ja aus keiner Rechtsquelle überhaupt zu ersehen; dies hätte übrigens nicht wohl mit der Natur einer dinglichen Klage gestimmt.

Somit sind obige drei Formeln unrichtig; denn sie gründen sich sämmtlich auf die Mitwissenschaft des Beklagten,<sup>2)</sup> ja sie gehen sogar so weit, die Klage nur gegen den ersten<sup>3)</sup> mitwissenden Käufer zuzulassen, in flagrantem Widerspruch mit L. 9 D. h. t. (welche nach ihnen gerade von der in rem actio handeln soll), aus welcher doch zu entnehmen ist, dass die Klage auch gegen den zweiten Erwerber, nicht zwar wenn er bona fide, wohl aber, wenn er mala fide erworben, zulässig ist. — Die Formel Rudorff's in seinem Edictum perpetuum enthält zudem noch den Fehler, dass sie die Klage nur innerhalb eines Jahres gestatten will,<sup>4)</sup> während doch alle dinglichen Klagen actiones perpetuæ sind.

Dem Richter wurde vielmehr bei einer dinglichen Klage die Formel im Allgemeinen so vorgelegt: Wenn es sich herausstellt, dass das Streitobject dem Kläger gehört, und der Beklagte (der Besitzer) es ihm nicht zurückgibt, so sollst Du

<sup>1)</sup> Rescissa traditione. Theophilus: ὡς ἂν: (gleich als wenn) μὴ ἐπαυτοῦ ἐπιθῆναι τὸδε τὸ πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ δεβίτωρος.

<sup>2)</sup> Qui eam fraudem non ignoravit. Huschke. — Rudorff: cum is fraudem non ignoraret. Ueberhaupt liegt der Fehler Huschke's und Rudorff's darin, dass sie ihre Formel für die in rem actio den in L. 1—9 D. h. t. enthaltenen Rechtsgrundsätzen anpassen, indem sie annehmen, dass diese leges von der dinglichen Rückforderungsklage handeln.

<sup>3)</sup> Huschke: Quod a Lucio Titio (dem Gemeinschuldner) fraudationis causa N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> . . . fundus . . . traditus est . . . nisi N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> . . . restituat . . . c. s. n. p. a. — Aehnlich Rudorff in seinen beiden Formeln; cf. oben.

<sup>4)</sup> Rudorff. Ed. perpet. S. 201. . . in hoc anno . . .

Richter den Beklagten in den Werth dem Kläger verurtheilen. — Analog muss daher auch die Formel der dinglichen Rückforderungsklage gelautet haben. Der Grund, warum das Streitobject den Klägern, welche an des Gemeinschuldners Stelle klagen, zurückgegeben werden muss, ist in erster Linie das ehemalige Eigenthums- oder Besitzrecht des Gemeinschuldners, welches vermöge einer Rechtsfiction als noch ihm zustehend betrachtet wird. Diese Rechtsfiction gründet sich auf den dolus des veräussernden Gemeinschuldners. Der Nachdruck liegt also auf der betrüglichen Veräusserung, auf dem dolus des Schuldners, und nur wenn dieser bestimmt vorliegt, kann und soll die Rechtsfiction eintreten.

Daher darf angenommen werden, die Frage sei dem Richter etwa so gestellt worden: Wenn es sich herausstellt, dass der betreffende Gegenstand, falls er von Lucius Titius nach eröffnetem Concourse nicht fraudandorum creditorum causa veräussert worden, noch im Vermögen des Lucius Titius geblieben wäre,<sup>1)</sup> und dieser Gegenstand dem Kläger (Aulus Agerius) nicht restituirt wird u. s. w. — Bei Einklagung eines Grundstückes z. B. das der Gemeinschuldner zu Eigenthum besessen, als bei einer utilis ficticia rei vindicatio, müsste die Formel nach Analogie der Formeln der mit ihr verwandten andern prätorischen dinglichen Klagen (Publiciana und Serviana actio cf. §§ 5. 7. I. de act. IV. 6.)<sup>2)</sup> so gelautet haben:

Iudex esto. Si Lucius Titius fraudandorum creditorum causa, bonis eius a creditoribus possessis, fundum quo de agitur ex causa venditionis mancipio non dedisset, eiusque fundi vacuam possessionem non tradidisset, tum

<sup>1)</sup> Weil er früher von Lucius Titius besessen worden oder ihm zu Eigenthum gehört, und er von Lucius fraudandorum creditorum causa (im Gegensatze zu sine dolo malo) veräussert worden ist, wird fingirt, er sei gar nicht veräussert worden (ώσωνει μή έτραδιδεσθθη τώδε τώ πράγμα υπό τού δεβίτωρος).

<sup>2)</sup> cf. Rudorff Edictum perpetuum § 62. § 220. 2. und § 221.

si is fundus Luci Titi mansisset, nisi arbitrato tuo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> res restituatur, quanti ea res est tantam pecuniam iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

Gehen wir nun zur Formel der Pauliana (in factum) actio über. — Huschke und Rudorff anerkennen, wie schon oft gesagt, gar keine persönliche Pauliana actio trotz der L. 38 § 4 D. de usuris, sondern nur eine Pauliana (!) in rem actio, ein interdictum fraudatorium und eine daneben herlaufende namenlose in factum actio in scientem sowohl als auch scientiæ mentione detracta

Die Formel der actio Pauliana. Kritik der von Huschke und Rudorff aufgestellten Formeln.

Da aber diese namenlose in factum actio Huschke's und Rudorff's nichts Anderes ist als die auch in L. 1—9 D. h. t. behandelte Pauliana actio, die selbst eine in factum actio ist, so fallen natürlich die Formeln, welche Huschke a. a. O. S. 104 und Rudorff in seiner »Rutilischen Concurssordnung und das fraudatorische Interdict« S. 92 für diese in factum actio als solche aufgestellt haben, als gegenstandlos weg. Sie kommen nur in soweit in Betracht, als sie für die Pauliana actio überhaupt richtig sind. — In seinem Edictum perpetuum scheint Rudorff von der unrichtigen Ansicht geleitet werden zu sein, dass die in L. 10 D. h. t. besprochene in factum actio nichts Anderes sei, als die aus dem Interdict zu gebende arbitraria formula in factum concepta, eine Ansicht, deren Unhaltbarkeit wir oben nachgewiesen haben.

Hingegen halten wir die Formel Rudorff's zur Pauliana actio, wie er sie in seinem Edictum perpetuum § 221 construirt, für durchaus richtig; nur darf sie nicht mit Rudorff als Formel einer dinglichen, sondern als diejenige einer persönlichen Anfechtungsklage aufgestellt werden.

Die Formel der Pauliana actio ist daher übereinstimmend mit der von Rudorff a. a. O. aufgestellten Formel so zu construiren:

Iudex esto. Si Lucius Titius in hoc anno fraudandorum creditorum causa N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> cum is fraudem non igno- 1. in scientem.

raret, fundum quo de agitur ex causa venditionis mancipio non dedisset eiusque fundi vacuum possessionem non tradidisset, tum si is fundus Luci Titi mansisset, nisi arbitrato tuo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> res restituatur, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

Wie hingegen die Formel gelautet haben mag, wenn nicht der erste mitwissende Erwerber, sondern der zweite oder dritte um den Betrug wissende Erwerber vom Kläger mit der Pauliana actio belangt wurde, wagen wir nicht festzustellen, da wir hiefür gar keine Anhaltspunkte haben.

2. scientiæ mentione detracta.

Was die Pauliana (in factum) actio scientiæ mentione detracta anbetrifft, so gibt Huschke hiefür keine Formel. Rudorff fasst diese Klage, von welcher wir oben gezeigt haben, dass sie nichts Anderes ist als die gewöhnliche Pauliana in factum actio mit Weglassung des Erfordernisses der Mitwissenschaft, als eine aus dem interdictum fraudatorium entspringende arbitraria formula auf, wird hier also wiederum von der irrigen Ansicht geleitet, dass eine arbitraria formula in factum concepta und eine actio in factum identisch seien. Er stellt hier folgende Formel auf (a. a. O. § 275. 2.):

Iudex esto. Si paret Lucium Titium fundum quo de agitur N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> donationis causa mancipio dedisse inque vacuum possessionem eius fundi N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> ire iussisse, nisi N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> eum fundum et fructus qui cum eo alienationis tempore cohæserunt arbitrio tuo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> restituat, quanti ea res est, tantam pecuniam N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

Diese Formel ist desshalb unrichtig, weil sie nach Analogie der aus dem interdictum fraudatorium entspringenden arbitraria formula in factum concepta in scientem gebildet ist, statt nach Analogie der Formel der Pauliana actio in scientem. Hingegen geht sie richtig nicht auf Herausgabe der Sache cum sua causa, wie die Pauliana actio in scientem, sondern nur auf Herausgabe der Sache nebst derjenigen Früchte, welche zur Zeit der betrüglichen Veräußerung von

Seiten des Schuldners schon von der Sache erzeugt, aber noch nicht percipirt waren. So lehrt L. 25 §§ 4. 5. 6. D. h. t., welche Stelle entschieden nur von der Pauliana actio scientiæ mentione detracta, auch bisweilen utilis (Pauliana) actio genannt, zu verstehen ist, weil sie sonst mit L. 10 §§ 19. 20. 21. 22. D. h. t. in unlöslichen Widerspruch käme, wovon wir weiter unten bei Gelegenheit des interdictum fraudatorium sprechen werden.

Die Formel der Pauliana actio scientiæ mentione detracta muss daher so gelautet haben:

Iudex esto. Si Lucius Titius in hoc anno fraudandorum creditorum causa N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> fundum quo de agitur donationis causa mancipio non dedisset, eiusque fundi vacuum possessionem non tradidisset, tum si is fundus Luci Titi mansisset, nisi arbitrato tuo is fundus cum fructibus qui cum eo alienationis tempore cohæserunt A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> restituatur, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

Es bleibt uns noch übrig die Formel des interdictum fraudatorium und die daraus entspringende arbitraria formula zu construiren.

Die Formel des interdictum fraudatorium.

Rudorff gibt die beste Lesart; er nimmt mit der Formel die von uns früher schon besprochenen Veränderungen vor. Die Formel lautet nach ihm (Edictum perpetuum § 275):

Quæ Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis quibus de agitur fecit, ea illi, si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esse oportet et si non plus quam annus est, cum de ea re qua de agitur experiundi potestas esset, restituas (antequam ex iure exeat).

Wenn wir uns Rudorff anschliessen in Betreff der Lesart des interdictum fraudatorium, so können wir hingegen nicht seine Ansicht über die Fassung und das Wesen der aus dem Interdict entspringenden formula in factum concepta theilen.

Die aus dem Interdict zu gebende arbitraria formula in factum concepta.

Rudorff nämlich (Edictum perpetuum § 275. Anm. 15.) schliesst aus L. 8 und L. 10 § 20 D. h. t., dass dort von der formula in factum concepta die Rede sei. Gründe hiefür anzugeben unterlässt er. Wie er aber aus diesen Stellen vollends schliessen will, dass die formula in factum concepta auch actio in factum heisse, ist völlig unbegreiflich; denn beide Stellen enthalten das Wort actio gar nicht. Noch weniger können wir begreifen, wie Rudorff in L. 10 § 10 und L. 25 §§ 1. 6. 7. D. h. t. einen Beweis finden will, dass hier von der arbitraria formula in factum concepta des Interdicts nothwendig die Rede sein müsse, zumal da es feststeht, dass die classischen Juristen die Begriffe formula und actio streng scheiden und keineswegs identificiren.<sup>1)</sup> — Rudorff hat sich auch hier wieder, wenigstens was die L. 25 §§ 1. 6. 7. D. h. t. betrifft, welche aus dem liber VI. Interdictorum des Venuleius gezogen ist, zu dem unberechtigten Schlusse verleiten lassen, aus der Ueberschrift eines excerptirten Buches die excerptirten Stellen interpretiren zu wollen, ohne zu bedenken, dass letztere sehr oft aus allem Zusammenhange gerissene Worte sind. Die L. 10 §§ 10 cit. erklärt Rudorff merkwürdiger Weise dahin, dass die utilis actio (Pauliana) und die aus dem Interdict zu gebende formula in factum concepta identisch seien, während doch die L. 10 § 10 D. h. t. von der Pauliana actio scientiae mentione detracta, oder, wie sie bisweilen kürzer genannt wird, von der (Pauliana) utilis actio handelt.

1. in scientem.  
Kritik der  
Rudorff'schen  
Formel.

Rudorff construirt die Formula arbitraria in factum concepta in scientem folgender Massen (Edictum perpetuum § 275):

Iudex esto. Si paret Lucium Titium fraudandi causa in bonis quibus de agitur fundum quo de agitur in hoc

<sup>1)</sup> Man vergleiche auch Huschke »Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict« in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte IX. S. 339 f. —

anno scienti N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> venditionis causa mancipio dedisse inque vacuam possessionem eius fundi N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> ire iussisse, nisi N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> eum fundum et fructus qui cum eo alienationis tempore cohæserunt arbitrio tuo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> restituat, quanti ea res est, tantam pecuniam N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

Dass hier nur die fructus qui cum fundo alienationis tempore cohæserunt nebst der Sache zurückgefordert werden können, müssen wir des Bestimmtesten verwerfen. Vielmehr ist wie bei der Pauliana actio in scientem, von welcher sich, wie schon gezeigt, das Interdict materiell nicht unterschieden hat, mit der Formel aus dem Interdict die Sache cum sua causa zurückzufordern, wie L. 10 §§ 19. 20. 21. 22. D. h. t. ausdrücklich lehrt, und können nach L. 10 § 20 cit. nur die impensæ necessariae und die impensæ, welche mit Zustimmung der Creditoren und Bürgen gemacht wurden, in Abzug gebracht werden. Den Gegensatz hiezu bildet L. 25 §§ 4. 5. 6. D. h. t., wo gesagt wird, dass die Früchte, welche zwischen der Veräußerung und der Litiscontestation percipirt wurden, durchaus nicht restituirt werden müssen. — Kann man bei einem so deutlich ausgesprochenen Gegensatz annehmen, dass an beiden Orten von der Pauliana actio unter denselben Voraussetzungen die Rede sei, oder muss man nicht vielmehr schliessen, dass in L. 10 §§ cit. von der Pauliana actio in scientem die Rede sei, weil hier als Strafe für die Mitwissenschaft mehr Früchte restituirt werden müssen als in L. 25 §§ cit., wo eben, weil keine scientia vorliegt, die zwischen der alienatio und der Litiscontestation percipirten Früchte, als von einem bona fide Erwerber gezogene, nicht prästirt werden müssen?

Die Prästation  
der Früchte.  
Widerlegung  
der hierüber  
von Huschke  
und Rudorff  
aufgestellten  
Theorien.

Rudorff (Edictum perpetuum § 275. Anm. 20) will diesen Gegensatz nicht einsehen, sondern nimmt an, die L. 10 §§ cit. und die L. 25 §§ cit. sagen im Grunde völlig dasselbe. Er stützt sich hiebei auch auf Huschke's A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium S. 107. 108., dessen irrigte Ansicht wir noch besonders widerlegen werden.



Ist denn, fragen wir, kein Gegensatz vorhanden, wenn es in L. 10 § 21 cit. heisst: Partum quoque in hanc actionem venire, puto verius esse; in L. 25 § 4 cit. aber: item partum ancillæ per fraudem alienatæ medio tempore editum in restitutionem non venire, quia in bonis non fuerit? Oder wenn es in L. 10 § 22 cit. heisst: Præterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset; propter quod etiam mediæ temporis commodum, quod quis consequeretur liberatione non facta, præstandum erit, . . . in L. 25 § 4 cit. hingegen: medio autem tempore perceptos (fructus) in restitutionem non venire? Und ist es überhaupt wahrscheinlich, dass Justinian dergleichen offenbare Widersprüche als von demselben Falle geltend in demselben Titel der Digesten aufnehme? Gewiss nicht. — Aber, wird man entgegnen, die L. 25 cit., welche einen Gegensatz zu L. 10 cit. enthalten soll, handelt ja offenbar auch von der in factum actio in scientem, welche in L. 10 cit. besprochen wird, was L. 25 pr. §§ 1. 2. 3. 7. ausdrücklich lehrt. — Zugegeben! Aber die nämliche L. 25 handelt in dem citirten principium und in § 1 nicht nur von der Pauliana actio bei vorliegender scientia fraudis, sondern auch von der Pauliana scientiæ mentione detracta. Nicht nur das; sondern in L. 25 heisst sowohl die in factum actio in scientem als die in factum actio scientiæ mentione detracta »hæc actio«, d. h. es werden beide Klagen nur als eine und dieselbe aufgefasst, und bespricht daher die L. 25 cit. überhaupt die Pauliana actio, sowohl in dem Falle wo Mitwissenschaft vorliegt als auch in dem Falle, wo sie nicht vorliegt. Dass die Pauliana in factum actio in scientem und die Pauliana in factum actio scientiæ mentione detracta ein und dieselbe Klage sind, haben wir schon oben bewiesen, bei Gelegenheit der Besprechung der L. 10 pr. D. h. t., wo die Worte des Prätors »interdum causa

cognita etsi scientia non sit in factum actionem permittam« nicht so aufzufassen sind, als ob hier von einer neuen in factum actio die Rede wäre; denn, wie wir nachgewiesen, sagt hier der Prätor einfach, er werde bisweilen die (Pauliana) in factum actio etsi scientia non sit causa cognita verstatten. — Die L. 25 cit. behandelt also beide Arten der Pauliana in factum actio im Principium und in § 1 neben einander als ein und dieselbe Klage. Die L. c. lautet:

Venuleius libro VI. Interdictorum. — Si fraudator fideiussori suo scienti acceptum tulerit, si et reus non ignoraverit, uterque tenebitur,<sup>1)</sup> si minus, is qui scierit. Si tamen ille, cui acceptum factum est, solvendo non sit, videndum est, an in reum, etiamsi ignoraverit, actio<sup>2)</sup> danda sit, quia ex donatione capit. Contra si reo sciente acceptum latum sit, fideiussor quoque, si et ipse scierit, tenebitur<sup>3)</sup>; si vero ignoraverit, numquid non æque actio<sup>4)</sup> in eum dari debeat, quoniam magis detrimentum non patitur, quam lucrum faciat? In duobus autem reis par utriusque causa est. § 1. Si a socero fraudatore sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione<sup>5)</sup>, et<sup>6)</sup> si restituerit eam, desinit dotem habere, nec quidquam emancipatæ divortio facto restitutum Labeo ait, quia hæc actio<sup>7)</sup> rei restituendæ gratia, non pœnæ nomine daretur; ideoque absolvi solet reus, si restituerit. Sed si, priusquam creditores cum eo experirentur, reddiderit filiæ dotem iudicio dotis nomine conventus, nihilominus eum hac actione<sup>8)</sup>

<sup>1)</sup> sc. Pauliana in factum actione — in scientem.

<sup>2)</sup> sc. Pauliana in factum actio — scientiæ mentione detracta.

<sup>3)</sup> sc. Pauliana in factum actione — in scientem.

<sup>4)</sup> sc. Pauliana in factum actio — scientia mentione detracta.

<sup>5)</sup> sc. Pauliana in factum actione — in scientem.

<sup>6)</sup> »et« drückt hier einen Gegensatz aus; vielleicht darf »sed« gelesen werden.

<sup>7)</sup> sc. Pauliana in factum actio — scientiæ mentione detracta.

<sup>8)</sup> sc. Pauliana in factum actione — in scientem.

teneri Labeo ait, nec ullum regressum habiturum ad mulierem. Sin vero sine iudice, videndum an ulla restitutio competat ei. Quodsi is ignoraverit, filia autem scierit, tenebitur filia<sup>1)</sup>; si vero uterque scierit, uterque tenebitur<sup>2)</sup>; at si neuter scierit, quidam existimant, nihilominus in filiam dandam actionem<sup>3)</sup>, quia intellegitur, quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse, aut certe cavere eam debere, quod consecuta fuerit, se restitutam. In maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem<sup>4)</sup>, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit, quum is indotatam uxorem ducturus non fuerit.

Wenn wir also nachgewiesen haben, dass in L. 25 pr. § 1 cit. von der Pauliana actio in scientem wie scientiæ mentione detracta als von der nämlichen Klage gesprochen, und dass überhaupt in L. 25 cit. auch von der Pauliana actio scientiæ mentione detracta gehandelt wird, so steht nichts entgegen, dass auch in §§ 4. 5. 6. von derselben die Rede sei. Dem widerspricht nicht, dass hinwiederum in L. 25 §§ 2. 3. 7. der Jurist nur von der Pauliana actio in scientem handelt. — Während z. B. in L. 25 § 1 cit. Venuleius sagt: »... quia hæc actio rei restituendæ gratia, non pœnæ nomine daretur«, lehrt er in derselben L. 25 cit. § 7: »et Prætor non tam<sup>5)</sup> emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam pœnam«. Auch hier wieder ist klar, dass nicht von demselben Falle der Pauliana die Rede sein kann, sondern im ersteren Falle (L. 25 § 1 cit.) von der Pauliana

<sup>1)</sup> sc. Pauliana in factum actione — in scientem.

<sup>2)</sup> sc. Pauliana in factum actione — in scientem.

<sup>3)</sup> sc. Paulianam in factum actionem — scientiæ mentione detracta.

<sup>4)</sup> sc. Paulianam in factum actionem — scientiæ mentione detracta.

<sup>5)</sup> Die bessere Lesart ist »tam«, und nicht »tantum« wie Kriegel annimmt. Man vergleiche nur die Construction tam — quam.

actio scientiæ mentione detracta, weil hier kein Grund vorliegt, den Beklagten, der ein bona fide Erwerber ist, zu strafen; im zweiten Falle aber von der Pauliana actio in scientem, weil hier als gegen einen dolos Handelnden die Strafe (Gefängnisstrafe) in den Vordergrund tritt. — Wir haben also zur Genüge gezeigt, dass Venuleius in seiner L. 25 cit. von beiden Fällen der Pauliana spricht, in scientem sowohl wie scientiæ mentione detracta. — Da nun aber in L. 10 §§ 19. 20. 21. 22 unbestritten von der Pauliana actio bei vorliegender Mitwissenschaft die Rede ist, die L. 25 §§ 4. 5. 6 aber hiezu einen Gegensatz bildet, so kann nicht anders als angenommen werden, dass in L. 25 §§ cit. von der Pauliana actio scientiæ mentione detracta die Rede sei. Und es ist denn auch ganz billig und mit den allgemeinen Rechtsregeln durchaus übereinstimmend, dass hier der Beklagte, als bona fide Erwerber, während der Zeit zwischen der alienatio und der Litiscontestation die Früchte sich zu eigen mache, und nur die Sache, wie sie vor der alienatio war, so wie die seit der Litiscontestation gezogenen Früchte prästire, im Gegensatze zu dem des Betrugers theilhaftigen Beklagten, der nach L. 10 §§ 19. 20. 21. 22 alle Früchte herausgeben muss, und nur impensæ necessariæ und von den Creditoren und Bürgen bewilligte Verwendungen in Abrechnung bringen darf.

Sonderbar ist es, dass Huschke und Rudorff dies nicht ebenfalls eingesehen haben. Huschke sagt nämlich a. a. O. S. 106 f.: Für die in factum actio liess der Prætor, wie Venuleius bezeugt, die Milderung eintreten, dass der Beklagte nur die Früchte herausgeben sollte, welche zur Zeit der Veräußerung mit dem Grundstück zusammengehangen hatten, so dass er die in der Zwischenzeit entstandenen und gezogenen behielt, und erst wieder die von der Klaganstellung an gezogenen nach dem allgemeinen Recht der litis contestatio zu prästiren hatte. Hiemit stimmt auch Ulpian überein, wenn er sagt:

L. 10 § 19 D. h. t. — Per hanc actionem res restitui debet cum sua scilicet causa. § 20. Et fructus, non tantum, qui percepti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt a fraudatore, veniunt: sed cum aliquo modo; scilicet ut sumptus facti deducantur. Nam arbitrio iudicis non prius cogendus est restituere, quam si impensas necessarias consequatur. Idemque erit probandum et si quos alios sumptus ex voluntate fideiussorum creditorumque fecerit. § 21. Partum quoque in hanc actionem venire puto verius esse.

Ulpian spreche hier allerdings nicht ganz deutlich (!), aber nur, weil er vorher das hinsichtlich der vom Käufer in der Zwischenzeit erzeugten und gezogenen Früchte an sich klare Edict über die in factum actio mitgetheilt hatte, so dass er erwarten konnte, der Leser werde seine Worte nur von den fructus alienationis tempore coherentes verstehen. Dieses hätten die Neuern nicht beachtet. Sie hätten vielmehr unter den fructus, qui percipi potuerunt a fraudatore, die gewöhnlichen versäumten Früchte verstanden und, da damit ein Nichtrestituiren der vom Käufer erzeugten und wirklich percipirten Früchte nach L. 25 §§ 4. 5. cit. unverträglich wäre, entweder eine unlösliche Antinomie angenommen, oder die willkürlichsten (!) Vereinigungsversuche gemacht, z. B. Venuleius und Ulpian sprächen von verschiedenen Klagen oder doch von verschiedenen Anwendungen derselben Klage, jener von der gegen den Beschenkten, dieser von der gegen den fraudis conscius, oder Ulpians Ausspruch sei nur auf andere Accessionen ausser den Früchten zu beziehen u. s. w. — Alles reine Willkür, sagt Huschke. Dass Ulpian nicht die gewöhnlichen fructus percipiendi meine, hätte man schon daraus entnehmen können, dass er hinzufüge »a fraudatore«, während bei den gewöhnlichen versäumten Früchten der Kläger oder der Beklagte oder Niemand genannt zu werden pflege. Gehe man nun davon aus, dass Ulpian bloß die Edictsworte fructus, qui

cum eo alienationis tempore cohaeserunt vor Augen hatte, und erklären wollte, so werde Alles leicht. Er sage nämlich, dass nicht bloß diejenigen Früchte dieser Art, welche wirklich vom Käufer gezogen sind, sondern auch die, welche als bereits erzeugte der veräußernde fraudator hätte ziehen können, während der Käufer sie vernachlässigte, prästirt werden müssen. Natürlich erhalte nun hiemit Ulpians Ausdruck res restitui debet cum sua causa und das, was er vom partus ancillae sage, erst seine nähere Bedeutung.

Wie unhaltbar diese Ansicht Huschke's ist, zeigt evident der den oben von Huschke für seine künstliche Ansicht citirten Paragraphen unmittelbar folgende § 22 der L. 10 D. h. t. Er lautet:

Præterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset; propter quod etiam medii temporis commodum, quod quis consequeretur liberatione non facta, præstandum erit, dum usurae non præsentur, si in stipulatum deductæ non fuerunt, nisi<sup>1)</sup> talis contractus fuit, in quo usurae deberi potuerunt etiam non deductæ.

<sup>1)</sup> Die Stelle, wie sie von »dum usurae...« an in der Kriegel'schen Ausgabe lautet, ist jedenfalls verdorben. Die Vulgata liest statt »aut si talis contractus...« mit Hineinschiebung eines »non« — »aut si non talis contractus...« Dies gibt der Stelle einen richtigen Sinn. Die Lex citata wird wohl ursprünglich so gelautet haben: propter quod etiam medii temporis commodum quod quis consequeretur liberatione non facta, præstandum erit, dum usurae non præsentur si in stipulatum deductæ non fuerunt, nisi talis contractus fuit in quo usurae deberi potuerunt etiam non deductæ, d. h. »deshwegen sind auch die Vortheile der Zwischenzeit, die man hätte ziehen können, wenn der Verzicht auf die Leistung (von Seiten des Schuldners) nicht stattgefunden hätte, zu præstiren, während (hingegen) Zinsen nicht herausgegeben werden, wenn sie im Contract nicht ausbedungen waren, es sei denn, der Vertrag sei

Diese Stelle lehrt des Bestimmtesten, dass mit der Pauliana actio nicht bloß »diejenigen Früchte dieser Art (sc. qui cum fundo alienationis tempore cohæserunt), welche wirklich vom Käufer gezogen sind, nebst denen, welche als bereits erzeugte der veräußernde fraudator hätte ziehen können, während der Käufer sie vernachlässigte (wie Huschke will)« prästirt werden müssen, sondern alle Früchte, welche in der Zwischenzeit hätten gezogen werden können, wenn die Veräußerung nicht stattgefunden (etiam medii temporis commodum, quod quis consequeretur liberatione non facta præstandum erit). — Diesen Paragraphen ignorirt Huschke kurzweg, weil er ihm unbequem ist und seine irrigte Theorie der Prästation der Früchte bei der Pauliana actio umstößt.

Wir müssen daher diese Theorie Huschke's entschieden verwerfen, und ebenso diejenige Rudorff's, der ihm hierin genau folgt. Vielmehr werden, wie schon nachgewiesen, bei vorliegender Mitwissenschaft alle Früchte restituirt, mit Abzug von nothwendigen und von den Gläubigern und Bürgen bewilligten Verwendungen auf die Sache, in dem Sinne freilich, dass Zinsen vom Beklagten nicht zu vergüten sind, wenn der fraudator ihm eine als unverzinslich stipulirte obligatio er-

---

der Art gewesen, dass Zinsen geschuldet (und daher auch gefordert) werden konnten, auch wenn sie nicht ausbedungen wurden. — Die Worte »dum usuræ non præsentur, si in stipulatum deductæ non fuerunt« enthalten also eine Ausnahme zu den vorherigen Worten des Paragraphen; die Worte »nisi talis contractus fuit, in quo usuræ deberi potuerunt etiam non deductæ« hinwiederum eine Ausnahme von der vorhergehenden Ausnahme. — Uebereinstimmend hiemit lehren auch die Basiliken IX. S. L. 10 §§ 19—23: . . . ἀποκαθίσταται . . . καὶ ἢ τοῦ μέσου καιροῦ ὠφέλεια, χωρὶς μέντοι τόκων τοῦ μὴ ἐπερωτηθέντος· εἰ μὴ τὸ συνάλλαγμα καὶ ἀνεπερώτητον ἀπαιτεῖ τόκον. (... restituirtur . . . et medii temporis commodum, exceptis tamen usuris, quæ in stipulationem deductæ non sunt: nisi talis sit contractus, ex quo etiam usuræ non promissæ peti possunt. — Fabrotus.) — Damit stimmt auch der Codex Theodosianus überein.

lassen hat<sup>1)</sup>, es sei denn, dass der Contract ein solcher war, wo Zinsen gefordert werden können, auch wenn sie nicht ausdrücklich im Vertrage ausbedungen sind<sup>2)</sup>.

Dies lehrt klar und ausdrücklich die L. 10 §§ 19. 20. 21. 22. — Wenn keine Mitwissenschaft vorliegt, müssen nur die Früchte qui cum fundo tempore alienationis cohæserunt nebst den nach der Litiscontestation percipirten restituirt werden.

Da nun das interdictum fraudatorium materiell sich nicht von der Pauliana actio unterschied, so haben sich natürlich auch die aus dem Interdicte entspringenden formulæ in factum conceptæ von der Pauliana materiell nicht unterschieden, und gelten daher auch von ihnen die von uns aufgestellten Grundsätze über die Prästation der Früchte.

Daher ist die formula arbitraria in factum concepta in scientem, wie sie Rudorff in seinem Edictum perpetuum § 275 aufstellt, unrichtig; denn sie fordert die in der Zwischenzeit percipirten Früchte schlechterdings nicht zurück.

Die formula arbitraria in factum concepta in scientem wird vielmehr so gelautet haben:

Iudex esto. Si paret Lucium Titium fraudandi causa in bonis quibus de agitur fundum quo de agitur in hoc anno scienti N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> venditionis causa mancipio dedisse inque vacuam possessionem eius fundi N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> ire iussisse, nisi N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> eum fundum cum sua causa arbitrio tuo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> restituat, quanti ea res est, tantam pecuniam N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

---

<sup>1)</sup> z. B. der fraudator hat dem Beklagten früher ein Darlehen gegeben, oder ein fœnus nauticum mit ihm eingegangen, und nun auf Rückerstattung des Dargeliehenen verzichtet.

<sup>2)</sup> Die contractus bei denen usuræ legales eintreten, z. B. bei Forderungen des Fiscus und der Minderjährigen, bei Forderungen eines Mandatars oder Vormundes für verwendete Auslagen.

2. scientiæ mentione detracta.

Die formula arbitraria in factum concepta scientiæ mentione detracta hingegen:

Iudex esto. Si paret Lucium Titium fraudandi causa in bonis quibus de agitur, fundum quo de agitur in hoc anno N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> donationis causa mancipio dedisse inque vacuum possessionem eius fundi N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> ire iussisse, nisi N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> eum fundum et fructus qui cum eo alienationis tempore cohæserunt, arbitrio tuo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> restituat, quanti ea res est, tantam pecuniam N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

## Zweiter Abschnitt.

### Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger nach Gemeinem Recht

oder die heutige Pauliana actio.

Durch das canonische Recht<sup>1)</sup> sind die römischen Benennungen der Klagen abgeschafft worden; die Praxis jedoch hat nebst vielen andern technischen Ausdrücken des Römischen Rechts auch die Bezeichnung »Pauliana actio« noch beibehalten.

Uebereinstimmend mit unserer Ausführung im ersten Abschnitte kennt die Praxis weder eine dingliche Pauliana actio, noch ein interdictum fraudatorium, sondern nur:

1. eine Rechtsvorschrift, wonach alle vom Schuldner nach Eröffnung des Concurses vorgenommenen Vermögensdispositionen ipso iure null und nichtig sind; sodann
2. eine persönliche Anfechtungsklage gegen Veräußerungen des Schuldners, welche von ihm zur Verkürzung seiner Gläubiger gemacht wurden, die Pauliana actio der Pandekten, und endlich
3. eine *exceptio* gegen Klagen aus Verträgen, welche vom Schuldner zur Benachtheiligung seiner Gläubiger eingegangen wurden. — Gegenstand dieses zweiten Abschnittes wird insbesondere die Pauliana actio nach ihren Voraussetzungen, Subjecten und Wirkungen sein.

<sup>1)</sup> c. 6. X. de iudiciis.

## Erstes Capitel.

### Voraussetzungen der Pauliana actio.

#### I. Alienatio in fraudem creditorum. Eventus fraudis. Animus fraudandi.

##### A. Objective Voraussetzung.

Eine die Gläubiger in der Befriedigung ihrer Forderungen verkürzende Veräußerung.

Objective Vor-  
aussetzung.  
Alienatio in frau-  
dem creditorum.  
Eventus fraudis.

Während nach Eröffnung des Concurses vom Gemeinschuldner vorgenommene Vermögensdispositionen ipso iure nichtig sind und deshalb unbedingt (mit der dinglichen Rückforderungsklage) rückgängig gemacht werden können, ohne dass die Kläger nachzuweisen brauchen, dass sie durch die betreffende Vermögensdisposition benachtheiligt wurden, erfordert hingegen die Pauliana actio den Beweis, dass der Schuldner nicht bloß eine Vermögensdisposition getroffen habe, gleichviel ob dieselbe sein Vermögen verringere oder nicht, sondern dass der Schuldner absichtlich sein Vermögen verringert habe und dass dadurch seine Gläubiger zu Schaden gekommen sind.

Alienatio in  
fraudem  
creditorum.

I. Es muss also dem Beklagten eine Rechtshandlung nachgewiesen werden, welche eine Veräußerung oder Verminderung seines Vermögens bewirkt hat. Der Begriff Rechtshandlung ist hier im weitesten Sinne zu nehmen und sind somit auch Unterlassungen darunter zu verstehen. Die römischen Juristen pflegen zu sagen, es müsse ein gestum vom Schuldner vorgenommen worden sein. Dass aber mit dem Begriff »gesta« auch die facta umfasst werden, lehren deutlich die Formel des ehemaligen interdictum fraudatorium<sup>1)</sup>, welches sich materiell von der actio Pauliana nicht unterschied, wie im ersten Abschnitt der Ansicht Huschke's entgegen gezeigt wurde, so wie auch L. 1 § 2<sup>2)</sup> L. 3 pr. L. 4 L. 6 § 8<sup>3)</sup> D. Quæ in fraudem creditorum 42. 8. Die Handlung nun kann sein ein dare im weitesten Sinne<sup>4)</sup>, ein obligare<sup>5)</sup> oder ein liberare<sup>6)</sup>. Der Normalfall ist derjenige der Veräußerung im engern Sinne<sup>7)</sup>, d. h. eines Rechtsgeschäfts, durch welches der Gemeinschuldner ein ihm zustehendes Recht auf einen andern überträgt. Der Uebertragung steht gleich der Fall, wo der Gemeinschuldner durch Bestellung eines Rechts an einen Dritten sein eigenes Recht beschränkt. Rechtshandlungen, welche das Vermögen des Schuldners vermindern, sind z. B.: Verpfändung körperlicher Sachen<sup>8)</sup>, Acceptilation<sup>9)</sup>, Befreiung durch pactum<sup>10)</sup>, kurz directe oder indirecte Aufgabe eines Rechts, wie z. B. Aufgeben eines

torium<sup>1)</sup>, welches sich materiell von der actio Pauliana nicht unterschied, wie im ersten Abschnitt der Ansicht Huschke's entgegen gezeigt wurde, so wie auch L. 1 § 2<sup>2)</sup> L. 3 pr. L. 4 L. 6 § 8<sup>3)</sup> D. Quæ in fraudem creditorum 42. 8. Die Handlung nun kann sein ein dare im weitesten Sinne<sup>4)</sup>, ein obligare<sup>5)</sup> oder ein liberare<sup>6)</sup>. Der Normalfall ist derjenige der Veräußerung im engern Sinne<sup>7)</sup>, d. h. eines Rechtsgeschäfts, durch welches der Gemeinschuldner ein ihm zustehendes Recht auf einen andern überträgt. Der Uebertragung steht gleich der Fall, wo der Gemeinschuldner durch Bestellung eines Rechts an einen Dritten sein eigenes Recht beschränkt. Rechtshandlungen, welche das Vermögen des Schuldners vermindern, sind z. B.: Verpfändung körperlicher Sachen<sup>8)</sup>, Acceptilation<sup>9)</sup>, Befreiung durch pactum<sup>10)</sup>, kurz directe oder indirecte Aufgabe eines Rechts, wie z. B. Aufgeben eines

1) L. 10 pr. D. Quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur 42. 8. Ait Prætor: Quæ Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis quibus de agitur, fecit, ea illis... restituas.

2) L. 1 § 2 D. h. t. Ait ergo Prætor: Quæ fraudationis causa gesta erunt; hæc verba generalia sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem, vel quemcunque contractum. Quodecunque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, quaecunque fuerit, nam late ista verba patent.

3) L. 6 § 8 D. h. t. Hoc Edictum eum coërcet, qui sciens, eum in fraudem creditorum hoc facere, suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat; quare si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is, qui cepit ignoravit, cessare videntur verba Edicti.

4) L. 1 § 2 D. h. t.

5) L. 3 pr. D. h. t.

6) L. 1 § 2 D. h. t.

7) L. 1 § 2 D. L. 1 C. L. 3 pr. L. 9 D. L. 2. 3. 5 C. h. t. L. 43 § 7 D. d. æd. ed. 21. 1. L. 8 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5.

8) L. 10 § 13. L. 6 § 6 D. h. t.

9) L. 1 § 2 D. h. t.

10) L. 1 § 2 D. h. t. früher auch in iure cessio hereditatis cf. Huschke a. a. O. S. 25. Anm. 1.

Pfandrechts<sup>1)</sup> oder Niessbrauchs<sup>2)</sup>, Verzicht auf ein Forderungsrecht<sup>3)</sup>, Nichtunterbrechung einer Verjährung<sup>4)</sup>, Dereliction einer Sache<sup>5)</sup>, Herbeiführung des Verlustes eines Processes<sup>6)</sup>, Schenkung<sup>7)</sup>, Dotirung<sup>8)</sup>, sodann auch die Eingehung einer obligatio<sup>9)</sup>, sowie die Begründung einer dinglichen Last<sup>10)</sup>. — Bei Gelegenheit der Eingehung von Obligationen sei gleich erwähnt, dass dem Kläger hier ausser der Pauliana actio noch ein anderes Rechtsmittel zu Gebote steht. Wenn nämlich der Gemeinschuldner in fraudem creditorum eine obligatio eingegangen ist, und der daraus Berechtigte nun seine Forderung gegenüber der Concursmasse geltend machen will, so können ihn die Beklagten d. h. der Curator oder die Gläubiger mittelst einer Exceptio durch den Richter mit seinem Anspruch abweisen lassen. Diese Exceptio versprach der Prätor im Edict.

L. 25 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Ait Prætor: Quod postea contractum erit, quam is, cuius bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo, qui contraxerit ne actio eo nomine detur.

Sie war eine in factum exceptio, auf den dolus des Gemeinschuldners und seines colludirenden Mitcontrahenten gegründet, also keine exceptio rescissa alienatione data, daher so wenig eine in integrum restitutio wie die actio Pauliana<sup>11)</sup>.

<sup>1)</sup> L. 2. L. 18 D. h. t.

<sup>2)</sup> L. 10 § 15 D. h. t.

<sup>3)</sup> L. 1 § 2. L. 3 pr. L. 17 pr. D. h. t. L. 9 § 5 D. de iurei 12. 2.

<sup>4)</sup> L. 3 § 1. L. 4 D. h. t.

<sup>5)</sup> L. 5 D. h. t.

<sup>6)</sup> L. 3 § 1 D. h. t.

<sup>7)</sup> L. 5 C. h. t. (VII 75).

<sup>8)</sup> L. 14. L. 25 §§ 1. 2 D. L. 2 C. h. t.

<sup>9)</sup> L. 1 § 2. L. 3 pr. L. 10 § 15 D. h. t.

<sup>10)</sup> L. 6 § 6. L. 10 §§ 13. 15. L. 22 D. h. t.

<sup>11)</sup> L. 9 § 5 D. de iurei 12. 2. cf. v. Schröter: »Ueber Wesen und Umfang der in integrum restitutio« in der Zeitschrift für Civilrecht und Process. VI. S. 137.

Diese Exceptio ist auch im gemeinen Recht recipirt worden. Eine Vermögensverminderung wird aber vom Schuldner auch durch Vernichten oder Verderben von Sachen herbeigeführt, und auch dafür kann er von den Gläubigern mit der Anfechtungsklage belangt werden, wie L. 25 § 7 D. h. t. lehrt. Jedoch haftet hier selbstverständlich nur er für den Schaden, es sei denn, dass er die Sache einem Andern, der wusste, dass es fraudandi causa geschehe, zur Vernichtung Preis gab, und dieser sie wirklich vernichtete, in welchem Falle vielleicht angenommen werden darf, dass auch dieser Letztere haftete.

Jedoch nicht jede Veräußerung des Schuldners kann mit der Pauliana angefochten werden. Während man sonst nach gemeinem Recht unter Veräußerung (alienatio) nicht nur Rechtsgeschäfte, durch welche Jemand ein ihm zustehendes Recht auf einen Andern überträgt, sowie auch Handlungen, durch welche ein Recht schlechthin, ohne Uebertragung auf einen Andern<sup>1)</sup> aufgegeben wird, versteht, sondern auch jede willkürliche Herbeiführung des Verlustes eines Rechts<sup>2)</sup>, so ist der Begriff »alienatio«, sobald es sich um Anstellung der Pauliana handelt, insoweit ein anderer, als Nichterwerber der Regel nach nicht unter die vermögensvermindernden Handlungen eines Schuldners gerechnet werden. So ist z. B. das Ausschlagen eines Vermächtnisses eine alienatio im Sinne der Rechtsregel, dass der Pupill ohne auctoritas prætoris nichts veräußern könne, keine alienatio hingegen nach den Rechtsnormen der Pauliana actio, nach welcher letzteren der

<sup>1)</sup> cf. L. 5 § 8 D. de reb. eor. 27. 9. Fundum autem legatum repudiare pupillus sine prætoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat. cf. L. 28 pr. D. de V. S. 50. 16.

<sup>2)</sup> cf. L. 28 pr. D. de V. S. 50. 16. Alienationis verbum et usucapionem continet: vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutem.

Gemeinschuldner nichts in fraudem creditorum veräussern darf. Die L. 6 pr. §§ 1—4 D. h. t. äussert sich hierüber so:

Ulpianus. — Quod autem, quum possit aliquid quaerere, non id agit, ut acquirat, ad hoc edictum non pertinet; pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur. § 1. Unde si quis ideo conditioni non paret, ne committatur stipulatio, in ea conditione est, ne faciat huic Edicto locum. § 2. Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam, vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic Edicto locum faciat; noluit enim acquirere, non suum proprium patrimonium deminuit. § 3. Simili modo dicendum est, et si filium suum emancipavit, ut suo arbitrio adeat hereditatem, cessare hoc Edictum. § 4. Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum; quod Julianus quoque scribit<sup>1)</sup>.

Huschke a. a. O. S. 29 behauptet, dass die Pauliana actio sich desswegen nicht auf Nichterwerbe beziehe, weil die Gläubiger seit der Aufhebung der alten ductio iudicati, da der Schuldner nicht mehr für sie arbeiten musste, nur an seinem Vermögen, nicht an seiner Person und deren Actionen ein Recht haben. — Allein es ist doch sehr fraglich, ob die zur Zeit der reinen Personalexecution bestehende Schuldknechtschaft den Schuldner seinem Gläubiger gegenüber in ein der Slaverei auch in deren Consequenzen analoges Verhältniss brachte, so dass der Gläubiger durch seinen Schuldknecht ohne dessen Willen z. B. eine dem letztern anfallende Erbschaft erwerben konnte. Vielmehr wurde der Schuldknecht erst Slave durch den Verkauf trans Tiberim (ins Ausland); dann konnte aber überhaupt Niemand mehr durch den Schuldner etwas aus dessen Vermögen erwerben, weil der Schuldner durch den Verkauf zum Slaven seiner Vermögens- und

<sup>1)</sup> cf. L. 67 § 1 D. ad S. C. Treb. 36. 1.

Familienrechte entkleidet, also vermögens- und rechtslos wurde. — Wir können somit die Ansicht Huschke's nicht theilen, um so weniger, als Ulpian uns in L. 6 pr. cit. selbst klar und deutlich den eigentlichen Grund angibt, warum Nichterwerbe nicht in den Bereich der actio Pauliana fallen: »... pertinet enim Edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui agunt, ne locupletentur.« — Der Grund ist also der, dass nur Vermögensvermindernungen revocirt werden können, nicht aber Nichterwerbe, da dieselben ja das vorhandene Vermögen keineswegs vermindern, sondern blos »nicht vermehren«; mit andern Worten: Der Schuldner haftet den Gläubigern nicht dafür, dass er mögliche Vermögensvermehrungen nicht vornimmt, sondern nur für Vermögensvermindernungen, seien dieselben nun durch Handlungen oder Unterlassungen herbeigeführt. Eine Ausnahme freilich besteht hinsichtlich des Fiscus. Diesem gegenüber gelten auch Verzichte auf mögliche Erwerbungen, z. B. Ausschlagung einer angefallenen Erbschaft, als alienationes in fraudem creditorum, nach L. 45 pr. D. de I. F. 49. 14.

Paulus. — In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatae revocantur, idemque iuris est, et si non quaeratur; aequae enim in omnibus fraus punitur<sup>1)</sup>.

Nach L. 6 pr. §§ 1—4 D. h. t. fallen also nicht in den Bereich der actio Pauliana: Nichterfüllung einer Bedingung, an welche die Gültigkeit einer Stipulation geknüpft war, Re-

<sup>1)</sup> Eine Ausnahme hievon begründet L. 26 D. eodem; Ulpianus: Quum quidam capitis reus emancipasset filium, ut hereditatem adiret, rescriptum est, non videri in fraudem fisci factum, quod acquisitum non est. — Die Ratio iuris dieser Lex ist, dass die Erbschaft eigentlich dem Sohne zugebracht war.

Von den weitern Privilegien des Fiscus, die Zulässigkeit der Pauliana actio betreffend, handeln L. 18 § 10. L. 21 D. de I. F. 49. 14.



pudiation einer hereditas<sup>1)</sup> legitima vel testamentaria, auch wenn sie indirect geschieht, wie z. B. durch Emancipation des Haussohnes. Auch die Repudiation eines Legates kann nicht revocirt werden.

Folgende positive Vermögensverminderungen fallen indessen nicht in das Gebiet der Anfechtungsklage, weil bei denselben ein dolus des Schuldners nicht angenommen wird. Wenn nämlich der Schuldner ein Universalfideicommiss angetreten hat und er restituirt dasselbe unter Verzicht auf die Falcidische Quart, obwohl der Abzug derselben seine Insolvenz verhindern oder doch die Insufficienz seines Vermögens zu Gunsten der Gläubiger vermindern würde, so wird hier die Möglichkeit eines dolus in der Person des Schuldners nicht angenommen, weil seine Handlung dem Vertrauen und der Liebespflicht der Ausantwortung vollständig entspreche. So lehren:

L. 19 D. h. t. Papinianus. — Patrem qui non expectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit, omissa ratione Falcidiae, plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi, non creditores fraudasse; und auch

L. 20 eodem. Callistratus. — Debitorem, qui ex Senatus consulto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere.

Eventus fraudis.

II. Es muss nicht bloß eine Vermögensverminderung stattgefunden haben, sondern dieselbe muss auch die Gläubiger, zu deren Benachtheiligung sie vorgenommen wurde, wirklich in ihrer Befriedigung verkürzt haben; oder um uns der Worte der römischen Juristen zu bedienen: es genügt nicht, dass der Schuldner eine alienatio in fraudem creditorum vorge-

<sup>1)</sup> cf. L. 28 D. de V. S. 50. 16.

nommen habe, sondern es muss auch eventus fraudis eingetreten sein. Damit dies aber der Fall sei, ist erforderlich, dass die Absicht zu verkürzen, denselben Gläubigern gegenüber, auf welche sie gerichtet war, und an demselben Vermögen, an welchem die Verminderung vorgenommen wurde, erreicht worden ist. Die Quellen äussern sich hierüber folgender Massen:

L. 10 § 1 D. h. t. Ulpianus. — Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. Ceterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit, et alios sortitus est, si quidem simpliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat revocatio; si autem horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit, revocationi locum fore; secundum hanc distinctionem et ab Imperatore Severo et Antonino rescriptum est, eoque iure utimur.

Die Stelle ist von uns im ersten Abschnitt erklärt und dabei die unrichtige Interpretation derselben seitens Huschke's und Rudorff's widerlegt worden<sup>1)</sup>. Sind also sämtliche Gläubiger, zu deren Verkürzung die Veräußerung vorgenommen worden, befriedigt, so können andere Gläubiger, welche erst aus spätern Contracten Gläubiger geworden sind, jene das Vermögen des Schuldners vermindernenden Veräußerungen nicht revociren, es sei denn, dass der Schuldner aus ihrem Gelde die früheren Gläubiger abgefunden hat<sup>2)</sup>. Doch sind natürlich hier mehr die defraudirten Forderungsrechte, als die Personen der Gläubiger, denen sie zustehen, zu verstehen,

<sup>1)</sup> cf. L. 15 . . . utrumque in eorundem persona exigimus, et consilium, et eventum, et si quidem creditor, cuius fraudandi consilium initum erat, non fraudatur, adversus eum, qui fraudatur, consilium initum non est.

<sup>2)</sup> L. 10 § 1. L. 16 D. h. t.

so dass, wenn der Schuldner eine die damaligen Gläubiger A, B und C benachtheiligende Veräusserung vorgenommen, er aber hernach A, B und C rechtlich befriedigt hat (*simpli- citer dimissis prioribus creditoribus*) und nun z. B. A und B später wieder Gläubiger des Gemeinschuldners werden, und der Concurs ausbricht, A und B jene frühere fraudulose Ver- äusserung nicht anfechten können, sondern nur solche ver- mögensvermindernde Veräusserungen des Gemeinschuldners, welche Letzterer seit dem Zeitpunkte vornahm, wo sie wiederum Gläubiger geworden sind. Dieser Grundsatz wird zwar von keiner *Lex direct* ausgesprochen, ist aber aus der *ratio legis* der citirten Stellen zu folgern. Dass die *Pauliana actio* nur dann zulässig sei, wenn die Vermögensverminderung an dem- selben Vermögen mit Erfolg vorgenommen wurde, über welches der Concurs ausgebrochen ist, bezeugt ausdrücklich:

L. 10 § 9 D. h. t. *Si fraudator heredem habuit, et heredis bona venierint non est in bonis, quibus de agitur, factum; et ideo cessat hæc actio.*

Die Anfechtungsklage findet also wegen betrügerischer Veräusserungen des Erblassers nicht statt, wenn der Concurs erst über das Vermögen des Erben hereinbricht. Dieser letz- tere Rechtssatz erleidet freilich Modificationen, insofern der Erbe am Betrug Theil genommen hat oder bereichert ist, was später auszuführen sein wird.

*Eventus fraudis* ist aber natürlich nur dann vorhanden, wenn einerseits entweder zur Zeit der vorgenommenen Ver- äusserung der Schuldner schon insolvent war, oder es in Folge derselben wurde, andererseits es feststeht, dass die Gläubiger verkürzt sind, was mit objectiver Gewissheit erst durch den Vermögensverkauf festgestellt wird. Freilich genügt zur An- stellung der *Pauliana actio* in Bezug auf das Requisit des *eventus fraudis* der Nachweis der Insolvenz des Schuldners. Damit stimmt auch die Praxis überein. In einem Erkenntniss des Ober-Appellations-Gerichts zu Dresden heisst es z. B.:

Die Ziehung zur Concursmasse mittelst der Paulianischen Klage setzt übrigens voraus, dass der Gemeinschuldner bei der fraglichen Zuwendung insolvent war, und es auch gegen- wärtig ist. Hiebei hat man jedoch auf die Zeit Rücksicht zu nehmen, wo die Paulianische Klage erhoben worden. Und da reicht es aus, dass der Concurs eröffnet worden war; denn dieses setzt allemal Insolvenz voraus: Diese bedarf daher keines weitem Beweises, wie auch das Römische Recht an- nimmt, wenn es in L. 10 § 1 D. h. t. sagt: *Si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores. . . . bona eius vendiderunt.* Nun ist es wohl denkbar, dass im Verlaufe des Concurses, wenn durch günstige Umstände die Activmasse sich verbessert oder die angemeldeten Passivschulden zum grossen Theile nicht zur Liquidität gebracht werden, Suffizienz des Vermögens sich herausstellt. Hiedurch wird aber die Paulianische Klage nicht unschlüssig und verwerflich, sondern vielmehr erledigt<sup>1)</sup>.

— Das O.-A.-G. zu München erkannte: Das Paulianische Rechtsmittel, mag sich desselben im Wege der Klage, der Einrede oder der Replik bedient werden, setzt voraus, dass ausgemittelt sei, es finde eine Verkürzung der Gläubiger wirklich statt, sei es, dass letztere in dem eröffneten Concourse ihre Befriedigung nicht vollständig erlangt haben, oder dass das blosse Executionsverfahren wegen Mangels an Executions- mitteln erfolglos geblieben ist. Ehe und bevor der eine oder andere Umstand eingetreten ist, kann von dem Paulianischen Rechtsmittel nicht Gebrauch gemacht werden, weil noch keine gegenwärtige Beschädigung vorliegt, und nur eine solche die treffende Klage, Einrede oder Replik gewährt, eine zu- künftige, wenn auch noch so wahrscheinlich in Aussicht gestellte, aber nur zu Anträgen auf provisorische Sicherstellung der gefährdeten Gläubiger berechtigt<sup>2)</sup>. Ferner das O.-A.-G.

<sup>1)</sup> cf. Seufferts Archiv. I. 393.

<sup>2)</sup> Seuff. III. 247.

zu Cassel: Die in Frage stehenden Vermögensdispositionen müssen vom Schuldner zu einer Zeit geschehen sein, zu welcher er bereits insolvent war, oder er muss es doch in Folge des Dispositionsactes geworden sein. Fehlt es an der Behauptung der einen oder andern dieser Voraussetzungen, so stellt sich die Klage als unbegründet dar; es wird jene Behauptung insbesondere nicht durch die alleinige Angabe ersetzt, dass zur Zeit der betreffenden Veräußerung schon mehrere Gläubiger gegen den Schuldner geklagt und auf Forderungen desselben Arrest ausgewirkt hätten<sup>1)</sup>.

Auch dann ist *eventus fraudis* anzunehmen, wenn der Schuldner ein Vermögensstück zu vollem Werthe verkauft und tradirt hat, zur Zeit der Concurseröffnung aber der Gegenwerth nicht in der Concursmasse vorhanden war, und dadurch die Gläubiger benachtheiligt worden sind, sofern nur dieses Fehlen des Gegenwerthes in der Masse in der *fraus des Cridars* seinen Grund hat<sup>2)</sup>.

### B. Subjective Voraussetzung.

*Animus fraudandi (Dolus).*

III. In der Person des Gemeinschuldners ist er

Subjective  
Voraussetzung.  
Animus fraudandi (Dolus).  
1. In der Person des Schuldners ist er unbedingt erforderlich.

unbedingt erforderlich. Dies geht aus einer Menge von Gesetzesstellen klar hervor. Die leitenden Leges sind die Edictsstellen:

L. 1 pr. D. h. t. Ait Prætor: Quæ fraudationis causa gesta erunt (sc. a Lucio Titio, dem Gemeinschuldner), cum eo qui fraudem non ignoravit de his . . . actionem dabo.

L. 10 pr. D. h. t. Ait Prætor: Quæ Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit, ea illis . . . restituas.

<sup>1)</sup> Seuff. III. 248.

<sup>2)</sup> Seuff. XII. 113.

Auch der Umstand, dass in allen Stellen unter dem Worte *fraudator* stets der Gemeinschuldner verstanden ist, macht es unbestritten, dass Nachweis eines *dolus* in der Person des Schuldners zur Anstellung der *Pauliana actio* nothwendig ist. *Dolus* aber ist hier die Absicht, die Gläubiger durch eine Vermögensverminderung zu verkürzen<sup>1)</sup>. Diese Absicht nun (*consilium fraudandi*) setzt voraus, dass der Schuldner, welcher die Vermögensverminderung vornimmt, weiss oder wissen musste<sup>2)</sup>, dass er zahlungsunfähig ist oder dass er sich durch die Veräußerung zahlungsunfähig mache. Es genügt aber nicht, dass der Schuldner nur wisse, dass die betreffende Veräußerung die Gläubiger benachtheilige, sondern er muss zugleich auch die betrügliche Absicht haben, seine Gläubiger zu verkürzen. So kann z. B. der Schuldner durch die Bestellung einer Hypothek an den einen Gläubiger einen andern sehr wohl wissentlich benachtheiligen, ohne dass er deshalb nothwendig den zur *Pauliana* erforderlichen *animus fraudandi* haben muss. Derjenige, der im Bewusstsein seiner augenblicklichen Insolvenz dem einen Gläubiger eine Hypothek bestellt, aber nicht um diesen zu begünstigen, resp. um die übrigen zu verkürzen, sondern lediglich um seinen Credit aufrecht zu erhalten, in der (demnächst fehlgeschlagenen) Hoffnung, sich wieder herauszuarbeiten, — der benachtheiligt durch diese Handlung wissentlich die übrigen Gläubiger; denn seine Hoffnungen sind bisweilen eben nur Hoffnungen, bis zu deren Realisirung der »Nachtheil« der übrigen unbestreitbar ist. Und dennoch ist in einem solchen Falle die *Pauliana* nicht anwendbar, weil es an dem *dolus* des Schuldners, an

<sup>1)</sup> L. 79 D. de R. I. 50. 17. Papinianus: *Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur.*

<sup>2)</sup> L. 17 § 1 D. h. t. . . qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse.

dessen consilium fraudandi fehlt, indem die Begünstigung des einen Gläubigers, resp. die Benachtheiligung der übrigen nicht der nächste Zweck des Handelnden war<sup>1)</sup>. Aus dem Grundsätze, dass in der Regel die fraus für erwiesen zu halten sei, wenn der Schuldner zur Zeit der Veräußerung insolvent gewesen, oder durch letztere insolvent geworden sei, folgt aber nicht, dass solche fraus unter Umständen nicht auch ohne Insolvenz zu der genannten Zeit vorhanden sein kann. Die allgemeinen Grundsätze über dolus und mala fides erfordern vielmehr für das consilium fraudandi nichts weiter, als den dem Schuldner bewussten Causalnexus zwischen der in Frage stehenden Veräußerung und der Benachtheiligung der Gläubiger. Das Bewusstsein dieses Causalnexus kann auch der noch solvente Schuldner haben. Wenn ein solcher z. B. in naher Zukunft einen bedeutenden Vermögensverlust erwartet, den Untergang eines von ihm befrachteten Schiffes oder sonst den Ausgang eines gewagten Geschäftes fürchtet, und nun einem seiner Gläubiger eine Hypothek bestellt, um ihn vor den übrigen gegen die Folgen dieses erwarteten oder nur befürchteten Vermögensverlustes zu sichern, so ist an seinem Bewusstsein, dass diese Hypothek-Bestellung die übrigen Gläubiger benachtheiligen werde oder könne, nicht zu zweifeln, der animus fraudandi des Schuldners daher als vorhanden anzunehmen. Ein Schuldner ferner, welcher während seiner Solvenz einem Gläubiger Hypotheken bestellt, um denselben im voraus gegen eine von ihm beabsichtigte Verschleuderung oder Verbergung seines Vermögens sicher zu stellen, handelt offenbar dolos und die actio Pauliana kann den auf solche Weise benachtheiligten Gläubigern nicht aus dem Grunde abgesprochen werden, weil der Schuldner zur Zeit der Hypothekbestellung noch solvent war. Dasselbe muss gelten, wenn ein Kaufmann in dem Bewusstsein, der augenblicklichen Solvenz

<sup>1)</sup> Seuff. III. 249.

ungeachtet, wegen unglücklicher Verhältnisse sein Geschäft nur noch kurze Zeit halten zu können, einem seiner Gläubiger Hypotheken bestellt, um denselben gegen die schlechte Verwerthung seines Waarenlagers in einem Concourse und dergleichen Eventualitäten sicher zu stellen<sup>1)</sup>. Wenn also der Schuldner gewusst hat, dass er zur Zeit der Realisirung einer solchen Hypothek insolvent sein werde, so hat er auch bei Bestellung der Hypothek consilium fraudandi gehabt; nicht aber, wenn er dies nicht wusste, sondern die spätere Insolvenz wirklich eine zufällige ist<sup>2)</sup>. Dolus in der Person des Gemeinschuldners ist daher nicht bloß dann anzunehmen, wenn er sich die Benachtheiligung seiner Creditoren zum Zweck gesetzt hat, sondern auch, wenn er nur das Bewusstsein hatte, dass durch das Geschäft seine Gläubiger beeinträchtigt werden und er dasselbe dennoch vornahm<sup>3)</sup>. Analog bei einer Unterlassung in fraudem creditorum.

Beispiele für dolose Handlungen und Unterlassungen finden sich in L. § 2. L. 2. 3. 4. 5. D. h. t.

IV. In der Person des Dritten, zu Gunsten dessen die Vermögensverminderung vorgenommen wurde: ist dolus nicht unbedingt erforderlich, um zur Anstellung der Anfechtungsklage zu berechtigen.

2. In der Person des Dritten zu Gunsten dessen die Vermögensverminderung vorgenommen wurde, ist dolus nicht unbedingt erforderlich.

Unter dolus in der Person des Dritten verstehen die Quellen die conscientia fraudis. Die leitende Stelle hierfür ist:

L. 10 §§ 2. 3. 4. D. h. t. Ulpianus. — Ait Prætor: Quæ Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis quibus de agitur, fecit, ea illis . . . restituas. Interdum causa cognita etsi scientia non sit in factum actionem permittam. § 2. Quod ait Prætor: sciente, sic accipimus,

<sup>1)</sup> Seuff. V. 95.

<sup>2)</sup> Seuff. eodem.

<sup>3)</sup> Seuff. XII. 227.

te conscio et fraudem participante; non enim, si simpliciter conscio, illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est. § 3. Si quis particeps quidem fraudis non fuit, veruntamen vendente debitore testato conventus est a creditoribus, ne emeret, an in factum actione teneatur, si comparaverit? Et magis est, ut teneri debeat, non enim caret fraude, qui conventus testato perseverat. § 4. Alias autem, qui scit aliquem creditores habere, si cum eo contrahat simpliciter sine fraudis conscientia, non videtur hac actione teneri<sup>1)</sup>.

Die blosse Kenntniss der Insolvenz des Schuldners seitens des Dritten begründet also noch keine conscientia fraudis oder mala fides. Freilich kann die Art des Geschäftes selbst, sowie die Umstände, unter denen es geschlossen wurde, den Beweis der mala fides unnöthig machen. Wenn z. B. der Dritte weiß, dass der Gemeinschuldner Gläubiger hat, und dass er ihm sein ganzes Vermögen abtrete, so liegt die conscientia fraudis auf der Hand; ebenso wenn die Gläubiger den Dritten vor der Erwerbung gewarnt haben. Aber die Pauliana ist auch begründet, wenn der erwerbende Dritte nicht um die fraus des Schuldners gewusst hat, etsi scientia non sit (L. 10 pr. D. h. t.) scientiæ mentione detracta (L. 5 C. h. t.), sofern er nur auf Kosten der Gläubiger ohne Grund bereichert ist.<sup>2)</sup> Die leitenden Stellen hiefür sind:

L. 6 D. h. t. Ulpianus § 10. Si quid cum pupillo gestum sit in fraudem creditorum, Labeo ait, omnimodo revocandum, si fraudati sint creditores, quia pupilli ignorantia, quæ per ætatem contingit, non debet esse captiosa

<sup>1)</sup> cf. L. 1 pr. L. 6 §§ 8. 9. D. L. 5 C. h. t.

<sup>2)</sup> L. 6 § 11. Simili modo dicimus, et si cui donatum est, non esse quærendum an sciente eo cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores.

creditoribus, et ipsi lucrosa; eoque iure utimur. § 11. Simili modo dicimus, et si cui donatum est, non esse quærendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores; nec videtur iniuria affici is, qui ignoravit (quia), quum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non. § 12. Simili modo quæritur, si servus ab eo, qui solvendo non sit, ignorante domino, ipse sciens rem acceperit, an dominus teneretur. Et ait Labeo, hactenus eum teneri, ut restituat, quod ad se pervenit, aut duntaxat de peculio damnetur, vel si quid in rem eius versum est. Eadem in filiofamilias probanda sunt. Sed si dominus scit suo nomine convenietur. § 13. Item si necessarius heres legata præstiterit, deinde eius bona venierint, Proculus ait, etiamsi ignoraverint legatarii, tamen utilem actionem dandam; quod nequaquam dubium est.

L. 10 § 5. Ulpianus. — Ait Prætor: sciente, id est eo, qui convenietur hac actione; quid ergo si forte tutor pupilli sit, ipse pupillus ignoravit? Videamus an actioni locus sit, ut scientia tutoris noceat; idem et in curatore furiosi et adolescentis. Et putem, hactenus istis nocere conscientiam tutorum sive curatorum, quatenus quid ad eos pervenit.<sup>1)</sup>

Aus diesen Stellen geht hervor, dass der Erwerber, wenn er die betrügerische Absicht des Gemeinschuldners, sein Vermögen zur Verkürzung der Gläubiger zu vermindern, nicht gekannt hat, nur auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung haftet.<sup>2)</sup> Daher kann mit der Pauliana angefochten werden:

<sup>1)</sup> cf. L. 10 § 14. L. 17 § 1. L. 25 §§ 1. 2. D. L. 3. 5. C. h. t.

<sup>2)</sup> »hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non.« L. 6 § 11 D. h. t.

eine Schenkung, nicht bloss die des ganzen Vermögens,<sup>1)</sup> selbst wenn sie mit einem Modus geschehen wäre, wie z. B. gegen Stipulation von Alimentation,<sup>2)</sup> sondern überhaupt eine Schenkung, sobald dieselbe die objectiven Voraussetzungen der Pauliana erfüllt,<sup>3)</sup> unter denselben Voraussetzungen auch ein Vermächtniss,<sup>4)</sup> ebenso die Dotirung einer Frau,<sup>5)</sup> da auch diese die Natur einer Schenkung hat, wenigstens der Frau gegenüber, nicht aber gegenüber dem Mann, quum is indotatam uxorem ducturus non fuerit.<sup>6)</sup> Gleichgültig ist, ob der Erwerb direct oder durch Vermittlung eines Andern geschieht.<sup>7)</sup>

## II. Anfechtbarkeit von Veräusserungen.

Anfechtbarkeit von Veräusserungen.  
1. nach eröffnetem Concourse.

Bekanntlich konnten nach römischem Recht zur Zeit Justinians betrügliche Veräusserungen des Schuldners, wenn er sie nach Eröffnung des Concurses vorgenommen hatte, gleichviel ob der Erwerber um den Betrug wusste oder nicht, mit einer dinglichen Klage rescindirt werden, wie § 6. I. de actionibus IV. 6 lehrt. Aber auch die Bezahlung einer fälligen Schuld an den Gläubiger von Seiten des Schuldners nach eröffnetem Concourse, gleichviel ob der Schuldner oder der Gläubiger wussten oder nicht wussten,<sup>8)</sup> dass dadurch die Gläubiger verkürzt werden, konnte nach römischem Rechte mit der Pauliana in soweit angefochten werden, als dem

<sup>1)</sup> L. 17 § 1 D. h. t.

<sup>2)</sup> cf. Seuff. XI, 106, S. 153.

<sup>3)</sup> L. 6 § 11 D. h. t.

<sup>4)</sup> L. 6 § 13 D. h. t.

<sup>5)</sup> L. 10 § 14. L. 25 § 1 D. h. t.

<sup>6)</sup> L. 25 § 1 D. h. t.

<sup>7)</sup> L. 6 § 12. L. 10 § 5. L. 25 pr. D. h. t.

<sup>8)</sup> Der Schuldner konnte ja z. B. irrthümlich glauben, dass durch den soeben eingetretenen Tod eines nahen Verwandten ihm eine Erbschaft angefallen sei, welche genüge, um seine Passiven zu decken.

Gläubiger dadurch mehr zugekommen war, denn er durch den Concur erhalten hätte, wenn die Zahlung an ihn nicht stattgefunden. Dies lehrt ausdrücklich

L. 6 § 7 D. h. t.: . . . qui vero post bona possessa debitum suum recipit, hunc in portionem vocandum, exæquandumque ceteris creditoribus, neque enim debuit præripere ceteris post bona possessa, cum iam par conditio omnium creditorum facta esset.

Nach gemeinem Recht sind diese beiden Rechtsvorschriften ersetzt durch die gesetzlichen Wirkungen des decretum de aperiundo concursu,<sup>1)</sup> indem jede nach Eröffnung des Concurses vom Gemeinschuldner vorgenommene Vermögensdisposition ipso iure nichtig ist.

Wie verhält es sich aber mit Zahlungen, welche vor Eröffnung des Concurses gemacht worden sind?

Offenbar kann man, wenn der Schuldner vor Eröffnung des Concurses eine fällige Schuld zahlt, selbst wenn der Schuldner beabsichtigt, diesen Gläubiger durch volle Zahlung vor ausgebrochenem Concourse vor den andern zu bevorzugen und dieselben daher zu verkürzen, von dem Empfänger nicht sagen, dass er fraudis particeps sei, oder ex lucrativa causa erwerbe. Denn Paulus sagt in

L. 129 pr. de R. I. 50. 17: Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit.

und Ulpianus lehrt in

L. 213 § 1 de V. S.: æs alienum est quod nos aliis debemus; æs suum est quod alii nobis debent.

Auch kann man von Jemandem, dessen gültiges Forderungsrecht durch Zahlung getilgt wird, nicht von vornherein sagen, dass er ex lucrativa causa besitze. Uebereinstimmend damit lehrt Ulpian in

<sup>1)</sup> cf. Bayer, Concurprocess § 24 II.

2. Anfechtbarkeit von Veräusserungen vor eröffnetem Concourse.  
a. Zahlung einer fälligen Schuld.

L. 6 §§ 6, 7 D. h. t.: Apud Labeonem scriptum est, eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui, quod sibi debetur, receperat; eum enim, quem Præses invitum solvere cogat, impune non solvere, iniquum esse; totum enim hoc Edictum ad contractus pertinere, in quibus Prætor se non interponit, utputa pignora venditionesque. § 7. Sciendum, Julianum scribere, eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum; sibi enim vigilavit.

Wenn z. B. der Schuldner, als ihm noch keine Insolvenz drohte, mit A einen Kauf mit gestundeter Zahlung abschloss, das Kaufobject erhielt, dasselbe aber bei ihm durch eigene Schuld oder Zufall zu Grunde gegangen ist, und er befindet sich zur Zeit, wo seine Gegenleistung fällig geworden ist, in Insolvenz, so zahlt er doch gültig an den A, da derselbe weder in mala fide sein kann, wenn er das ihm Geschuldete annimmt, noch auch den Kaufpreis ex lucrativa causa erwirbt. Anders in folgendem Falle: Der Schuldner hatte, als ihm noch keine Insolvenz drohte, dem B ein Schenkungsversprechen mit gestundeter Leistung gemacht. Der Tag der Leistung war gekommen, inzwischen aber hatte sich das Vermögen des Schuldners so vermindert, dass ihn die Erfüllung des Schenkungsversprechens insolvent machen würde. Wenn nun B dem Schuldner mit einer Klage oder mit Concurseinleitung droht, falls er ihm nicht zahle, und der Schuldner erfüllt gegenüber B sein Schenkungsversprechen, so erwirbt der B, obwohl er ein gültiges Forderungsrecht auf die betreffende Leistung hatte, dennoch ex lucrativa causa, und desshalb kann die Schenkung rescindirt werden; denn in L. 6 § 11 D. h. t. heisst es ganz allgemein: Simili modo dicimus, et si cui donatum est, non esse quærendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores.

Es ist hier auch der Ort, von der sogenannten Gratificationstheorie zu sprechen. Die ältere Schule nahm nämlich an, dass der Schuldner bei drohender oder schon vorhandener Insolvenz keinen Gläubiger vor den andern begünstigen dürfe; daher könne das per gratificationem Gezahlte mit der actio Pauliana zurückgefordert werden, ohne Rücksicht auf die bona oder mala fides des Empfängers. Unter das per gratificationem Bezahlte rechnete man auch Hingabe an Zahlungs Statt und Verpfändung. Eine Gratification aber ist nach jener Theorie dann immer vorhanden, wenn ein Verschuldeter oder mit Insolvenz augenscheinlich bedrohter Schuldner beim Andringen mehrerer Gläubiger dieselben nicht gleichmässig, d. h. nach Procenten ihrer Forderungen, oder nach dem Grade ihrer Wachsamkeit befriedigte, insbesondere, wenn er gar einen Gläubiger, der nicht gemahnt hatte, bezahlte an Statt eines sogenannten wachsamem, d. h. fleissig mahnenden Gläubigers.

Die Gesetzesstellen, auf welche sich die Vertreter dieser Theorie stützen, sind:

L. 6 §§ 1. 2 de reb. auct. iud. 42. 5. Paulus: Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit. § 2. Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? Si quærat an repetitio sit, ex causa id statuendum, Iulianus ait, ne alterius negligentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. Quodsi utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, æquum esse, aut prius eandem portionem mihi quæri, aut communicandum, quod accepisti.

L. 24 D. h. t. Scævola: Pupillus patri heres existit, et uni creditorum solvit; mox abstinuit hereditate paterna, bona patris veneunt; an id, quod accepit creditor, revocandum sit, ne melioris conditionis sit, quam ceteri creditores, an distinguimus, per gratificationem acceperit, an non? ut, si per gratificationem tutorum, revocetur ad

eandum portionem, quam ceteri creditores fuerint laturo; sin vero iuste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit vel mortalitate, vel subductis rebus mobilibus, vel rebus soli ad irritum perductis, id, quod acceperit creditor, revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suæ negligentiae expensum ferre debeant. Quid ergo, si, quum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito, et si extorserim invito, revocetur, si non extorserim, non revocetur? Sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est, ideoque quoque non revocetur id, quod percepit.

Die Stellen sagen nun in der That, dass das per gratificationem Gezahlte revocirt werden könne. In L. 6 cit. und L. 24 cit. bis zu den Worten «quid ergo . . .» ist aber von der Rescission einer geschehenen Zahlung mittelst der actio Pauliana gar nicht die Rede.

Wie Huschke a. a. O. S. 32 f., Francke «Ueber die Zulässigkeit der actio Pauliana bei Zahlungen, Pfandbestellungen, Hingabe an Zahlungs Statt» im Archiv für civ. Praxis XVI. S. 251 f. und Vangerow, Lehrbuch der Pandekten III. § 697 des Weiteren begründen, wird hier der Fall besprochen, wo ein suus heres einzelne Erbschaftsgläubiger befriedigt und hierauf von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht.<sup>1)</sup> Bei der Frage, ob das, was ein solcher suus heres in seiner Erbenqualität vorgenommen hat, nach der Abstention rechtsbeständig bleibe, oder nicht, entscheidet der einfache Grundsatz, dass es dabei wesentlich nur auf die bona oder mala fides des Erben ankommt, wie Paulus im Eingang der ersten

<sup>1)</sup> Wir entnehmen die folgende Begründung dem Lehrbuche der Pandekten Vangerow's, welchem wir uns hierin ganz anschliessen.

Stelle in L. 6 § 1 cit. deutlich ausspricht, vgl. auch L. 44 de acqu. v. om. hered. 29. 2 («rata haberi debent, quæcunque pupillus bona fide gesserit») und da hiebei die bona oder mala fides dessen, mit welchem das fragliche Geschäft abgeschlossen wird, ganz ausser Betracht bleibt, so rechtfertigen sich die in den beiden abgedruckten Gesetzen gegebenen Entscheidungen ganz von selbst. Auf die actio Pauliana können dieselben aber unmöglich angewendet werden, eben weil es hiebei wesentlich auch auf die mala fides des Verklagten ankommt, und könnte hier noch ein Zweifel obwalten, so wird derselbe durch die Fortsetzung der L. 24 cit. jedenfalls beseitigt.

Nachdem nämlich zuerst Scævola den Fall behandelt, wenn ein suus heres vor der Abstention einzelne Erbschaftsgläubiger befriedigt, und hiebei unterscheidet, ob die Zahlung per gratificationem geschehen sei oder nicht, wendet er sich ausdrücklich in den folgenden Worten: Quid ergo etc. zu dem zweiten Falle, wenn ein Cridar vor Ausbruch des Concurses einzelnen Gläubigern Zahlung leistet, und hier wird nicht etwa auch, wie in dem ersten Falle, unterschieden, ob per gratificationem gezahlt worden sei oder nicht, sondern es wird allgemein die Paulianische Klage verworfen.

Ein weiteres Argument für die Gratificationstheorie hat man in L. 25 § 1 D. h. t. und in L. 96 pr. D. de solut. 46. 3 finden wollen. Die erstere Stelle lautet:

Venuleius: — Si a socero fraudatore sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione, et si restituerit eam, desinit dotem habere; nec quidquam emancipatæ divortio facto restitutum Labeo ait, quia hæc actio rei restituendæ gratia, non poenæ nomine daretur, ideoque absolvi solet reus, si restituerit. Sed si, priusquam creditores cum eo experirentur, reddiderit filiae dotem iudicio dotis nomine conventus, nihilominus eum hac actione teneri Labeo ait, nec ullum regressum habiturum ad mulierem. Sin vero



sine iudice videndum an ulla repetitio competat ei. Quod si is ignoraverit, filia autem scierit, uterque tenebitur; at si neuter scierit, quidam existimant, nihilominus in filiam dandam actionem, quia intelligitur, quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse, aut certe cavere eam debere, quod consecuta fuerit, se restitutam. In maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit, quum is indotatam uxorem ducturus non fuerit.

Hier wird gesagt, dass gegen den Schwiegersohn, dem von seinem (insolventen) Schwiegervater eine dos bestellt worden, die actio Pauliana zulässig sei, wenn der Schwiegervater das Bewusstsein hatte, seine Gläubiger zu verkürzen und auch der Schwiegersohn die Insolvenz kannte; dagegen sei die Pauliana unstatthaft, wenn der Schwiegersohn die Insolvenz nicht kannte, wie auch in dem Falle, wenn ein Gläubiger das ihm Geschuldete vom fraudator sich bezahlen lasse. Die Vertreter der Gratificationstheorie nun nehmen an, dass mit den Worten «non magis quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit» nur der creditor ignorans gemeint sein könne, und ziehen aus dieser unbegründeten Voraussetzung den Schluss, dass also gegen den Gläubiger, der, trotzdem er wisse, dass der Schuldner insolvent sei, von ihm sich bezahlen lasse, die Pauliana verstattet werden müsse. Wenn es nun nachgewiesen wäre, dass mit den obigen Worten der creditor ignorans und nur der creditor ignorans gemeint sei, so hätte die Gratificationstheorie allerdings ein Argument für sich. Allein dies ist nicht der Fall; denn Venuleius spricht hier ganz allgemein von einem Creditor, der das ihm Geschuldete sich bezahlen lässt. Dies ergibt sich auch aus Folgendem: Der Schwiegersohn, welchem von seinem Schwiegervater eine dos gegeben wird, ist hier in Parallele gestellt mit einem Gläubiger, der das ihm Geschuldete vom insolventen Schuldner in Empfang nimmt. Beide haben in der That einen Anspruch

auf Leistung eines Vermögenswerthes: der Schwiegersohn ad onera matrimonii sustinenda,<sup>1)</sup> der Gläubiger aus der vom Schuldner ihm gegenüber eingegangenen obligatio. Der Schwiegersohn nun, der eine dos erhalten hat, kann nicht als Beschenker betrachtet werden, weil er (sagen die Römer) keine undotirte Frau geheirathet haben würde, und es ist daher seine ignorantia fraudis zu berücksichtigen, mit andern Worten, es wird gegen ihn, da er wegen der Lasten der Ehe nicht ex lucrativa causa erworben hat, die Pauliana actio nicht verstattet, es sei denn, dass er die Insolvenz seines Schwiegervaters bei Eingehung der Ehe kannte. — Die zweite Stelle ist die L. 96 pr. D. de solut 46. 3:

Papinianus. — Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit; liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur, sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit.

Wir haben schon im ersten Abschnitte gezeigt, dass zwischen interdictum fraudatorium und Pauliana actio kein materieller Unterschied bestand, und dass daher zur Zeit Justinians, wo ja nur noch das Extraordinarverfahren galt, die aus dem interdictum fraudatorium zu gebende Klage mit der Pauliana durchaus identisch war. Die L. 96 pr. cit. ist daher, da im Gemeinen Recht das interdictum fraudatorium nicht recipirt ist, jedenfalls nur von der gewöhnlichen Anfechtungsklage, der Pauliana actio, zu verstehen. Der Fall liegt nun so. V war dem C 1000 schuldig. V war Vormund des Mündels M. — D schuldete an M ebenfalls 1000. Nun bezahlt V seine Schuld an C dadurch, dass er den D anweist die 1000, welche Letzterer an M schuldet, dem C auszuzahlen, und V lässt sich hiegegen von C seine Schuld quittiren. Hiedurch hat der Vormund seinen Mündel (M) offenbar um

<sup>1)</sup> Freilich einen nicht auf Rechtssatz, sondern nur auf Billigkeit beruhenden Anspruch.

1000 betrogen. Die L. cit. sagt nun, dass in diesem Falle der Unmündige (M) den ehemaligen Creditor seines Vormundes, den C, auf Herausgabe der 1000 (natürlich cum omni causa) belangen könne, wenn er ihm conscientia fraudis nachweise. Und dies ist auch nichts als billig; denn vom Creditor (C), der wusste, dass V ihn nicht mit eigenem Gelde, sondern mit dem Gelde seines Pupillen (M) bezahle, kann nicht gesagt werden »suum recipit«, weil (æs) suum nach L. 213 § 1 D. de V. S. 50. 16 Dasjenige ist, quod alii nobis debent, der zahlende Schuldner (D) aber nicht dem C, sondern dem betrogenen M schuldete. Daher ist C, wenn er die 1000 annimmt, obwohl er weiss, dass der Vormund es auf eine Verkürzung seines Mündels abgesehen habe, wirklich in dolo, und es lehrt daher der Jurist mit Recht, dass gegen ihn die Anfechtungsklage zuzulassen sei.

Wir kommen somit zu dem Schlusse, dass die Gratificationstheorie eine durchaus unhaltbare ist.

Früher schon haben wir gezeigt, dass der Gläubiger, der von seinem Schuldner, obwohl er dessen Insolvenz kennt, Zahlung seiner fälligen Forderung annimmt, nicht mit der Pauliana zu belangen sei, und haben hiefür auch Quellenbelege angeführt<sup>1)</sup>.

Man kann aber auch dann nicht von mala fides in der Person des Empfängers sprechen, wenn er eine noch nicht fällige Schuld mit Abzug des interusurium (Disconto) sich bezahlen lässt. Zwar behaupten Francke a. a. O. S. 226, Huschke a. a. O. S. 33, Laspeyres im Archiv für civ. Praxis XXI. »Ueber Anfechtungen von Zahlungen mit der actio Pauliana« S. 75 f. u. A. m., dass in einem solchen Falle die Pauliana unbedenklich statffinde, und zwar mit der Wirkung, dass nicht blos das interusurium, d. h. die üblichen Zinsen

<sup>1)</sup> L. 129 pr. D. de R. I. L. 6 §§ 6. 7. D. h. t. Damit sind zu vergleichen Seuff. II. 352. IV. 272. VI. 305. IX. 356. Nr. 4. XII. 228.

für die Zeit zwischen dem Zahlungstage und dem Tage, an welchem erst hätte gezahlt werden sollen, sondern die ganze gemachte Zahlung der Masse zu leisten seien, falls eventus fraudis vorhanden, und der festgesetzte Zahlungstag ein späterer gewesen wäre als derjenige der Eröffnung des Concurses; wäre er aber noch vor der Concurseröffnung eingetreten, so sei freilich nur das interusurium zu prästiren. Francke geht bei Begründung seiner Ansicht von der irrigen Voraussetzung aus, dass Zahlungen fälliger Schulden hauptsächlich deshalb nicht mit der Pauliana rescindirt werden können, weil der Gläubiger ein Zwangsrecht auf die Leistung habe, indem er zur Zeit der Zahlung eine wirksame Klage gegen den Schuldner auf Leistung des Geschuldeten hätte anstellen können. Eine noch nicht fällige Forderung könne aber nicht eingeklagt werden, und deshalb dürfe die Zahlung einer solchen revocirt werden. Dies gehe aus L. 6 § 6 D. h. t. hervor, wo es heisse »eum enim quem Præses invitum solvere cogat impune non solvere iniquum esse«. — Aus dieser Stelle darf man aber keineswegs mit Francke den diametral entgegengesetzten Schluss ziehen, es sei unbillig, dass Derjenige, welchen man nicht zwingen könne zu zahlen, ungestraft zahle. Vielmehr kommt es auch hier, bei der Frage, ob die actio Pauliana zulässig sei, vor Allem darauf an, ob der Empfänger in mala fide sei, oder ex lucrativa causa besitze. Man kann aber nicht von mala fides in der Person des Empfängers reden, der sich Zahlung mit Abzug des Disconto leisten lässt; da er alsdann nur das Seinige empfangen hat und nichts darüber hinaus; denn æs suum est quod alii nobis debent, und da ein Schuldner seinem Gläubiger nicht erst vom Zahltag an, sondern vom Tage der perfect gewordenen Obligatio an schuldet, heisst es auch vom Empfänger einer noch nicht fälligen Schuld mit Abzug des Disconto: »nihil dolo creditor facit qui suum recipit;« und auch dieser Fall ist unter die L. 6 §§ 6. 7. D. h. t. zu subsumiren. — Freilich, wenn er dem

b. Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld.

Debitor das interusurium nicht zurückerstattet, so besitzt er dasselbe male fide, wenn er dessen Insolvenz kannte, lediglich ex lucrativa causa aber, wenn er dessen Insolvenz nicht kannte. In beiden Fällen aber kann er auf Herausgabe desselben mittelst der Anfechtungsklage belangt werden, wie ausdrücklich gelehrt wird in

L. 10 § 12 D. h. t. Ulpianus. — Si, quum in diem mihi deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit, in eo quod sensi commodum in representatione, in factum actioni locum fore; nam Praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri.

Einen durchaus analogen Fall behandelt

L. 17 § 2 D. h. t. Julianus. — Si vir uxori, quum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit hac actione mulier tantum praestabit, quanti creditorum intererat, dotem suo tempore reddi; nam Praetor fraudem etiam in tempore fieri intelligit.

Wir halten also dafür, dass eine noch nicht fällige gezahlte Schuld, ohne Rücksicht darauf, ob der eigentliche Zahlungstag vor oder nach der Concurseröffnung eingetreten wäre, nur bis zum Betrage des Disconto, d. h. der Zinsen und Früchte, welche aus dem zu früh gezahlten Vermögensobject vom Tage der Zahlung an bis zum eigentlichen Zahlungstage hätten gezogen werden können, mit der Pauliana zur Masse zurückgefordert werden dürfen<sup>1)</sup>.

Hiebei ist noch der L. 10 § 22 D. h. t. zu gedenken. Dort heisst es:

..... etiam medii temporis commodum, quod quis consequeretur liberatione non facta, praestandum erit, dum

<sup>1)</sup> So auch Holzschuher, Theorie und Casuistik III. § 330 zu b. a.; Puchta, Vorlesungen zu § 380; Sintenis, pr. Civilrecht II. § 124 Anm. 26; Windscheid, § 463 Anm. 35; Vangerow, III. § 697; Arndts, § 228 Anm. 3 u. A. m.

usuræ non praesentur si in stipulatum deductæ non fuerunt, nisi talis contractus fuit in quo usuræ deberi potuerunt etiam non deductæ.

Hat also z. B. ein Bauer seinem Nachbar eine Dreschmaschine geliehen mit der Bedingung, dass er ihm dieselbe nach dem Dreschen seines Getreides zurückgebe, und der inzwischen insolvent gewordene Nachbar gibt sie ihm vor der Eröffnung des Concurses, und zwar noch bevor er sein Getreide gedroschen hat, zurück, so können die Gläubiger den Bauer gar nicht belangen, obwohl er den Gebrauch seines Eigenthums zu früh wieder erlangt, und ihm die Dreschmaschine durch Ausleihen inzwischen Geld eingetragen hat. Denn der Umstand, dass gedroschenes Korn mehr werth ist als Frucht am Halme, und dass der Gemeinschuldner durch verfrühte Rückgabe der Dreschmaschine sich absichtlich in die Lage versetzt hat, seinem Korn zur Verkürzung seiner Gläubiger diesen Mehrwerth nicht geben zu können, begründet fürs Erste keine Vermögensverminderung des Schuldners, sondern blos einen unanfechtbaren Verzicht auf eine Vermögensvermehrung; anderseits ist das Commodat ein Vertrag, in welchem weder Zinsen gefordert werden können, noch auch das geliehene Object verzinslich vermietet werden darf, und steht den Gläubigern also auch die L. 10 § 22 D. h. t. entgegen, da weder Zinsen verabredet waren (es wäre dies ja sonst eine Miethe gewesen) noch auch der Contract ein solcher war, aus welchem Zinsen gefordert werden konnten, auch wenn sie nicht ausbedungen waren. — Ebenso kann, wenn der Schuldner, der Lagerhäuser besitzt, in der Absicht seine Gläubiger zu verkürzen einen Theil derselben einem Dritten unentgeltlich zur Verfügung stellte, damit er darin Waaren deponire, der Dritte unter keinen Umständen auf den üblichen Lagermiezins des eingenommenen Raumes belangt werden, da erstens der Schuldner nur auf einen Erwerb verzichtet hat, anderseits hier ein Depositum vorlag,

also ein Vertrag, in welchem Zinsen weder durch Stipulation ausbedungen werden können (sonst läge Miethe vor), geschweige denn sich von selbst verstehen.

c. Zahlung einer natürlichen Forderung (naturalis obligatio).

Wie verhält es sich nun mit der Zahlung einer natürlichen Forderung (naturalis obligatio)?

Huschke a. a. O. S. 32, sowie auch Francke a. a. O. S. 269 wollen die Pauliana actio hier unbedenklich verstattet wissen, weil auch hier der Gläubiger keine Klage auf Leistung des Geschuldeten habe, eine solche Zahlung also zu den freiwilligen Rechtsgeschäften des Schuldners zu zählen sei. Allein diese Ansicht ist schon desshalb zu verwerfen, weil es bei der Frage über die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gar nicht darauf ankommt, ob die geleistete Zahlung damals klagbar war, sondern nur darauf, ob der Empfänger mala fide oder ex lucrativa causa besitze. Beides ist nicht der Fall, wenn der Empfänger nichts über den Betrag seiner natürlichen Forderung hinaus bekommt; denn auch er bekommt »quod sibi debetur«, und es gilt daher auch von ihm der Satz »nihil dolo creditor facit qui suum recipit«, so wie die L. 6 §§ 6. 7. D. h. t.

d. Pfandbestellung.

Anders bei Pfandbestellungen. Solche können zwar mit der Pauliana nicht angefochten werden, wenn sie zu einer Zeit vorgenommen wurden, wo dem Schuldner noch keine Insolvenz drohte, überhaupt, wenn die Pfandbestellung nicht die Voraussetzungen der Anfechtungsklage erfüllt. Der blosse Umstand, dass Jemand neben seiner Forderung an den insolventen Schuldner noch ein Pfand in Händen hat zur Sicherung derselben, berechtigt noch nicht zu der Behauptung, dass er ex lucrativa causa besitze, geschweige denn mala fide erworben habe. Dies lehrt die

L. 13 D. h. t. Paulus. — Illud constat, eum, qui pignus tenet, hac actione non teneri; suo enim iure et ut pignus, non rei servandæ causa possidet.

Anders hingegen, wenn die Pfandbestellung mit Erfüllung der Voraussetzungen der Pauliana actio vorgenommen wurde. Die L. 22 D. h. t. äussert sich hierüber folgender Massen:

Scævola: Quum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quæro, an in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti esset. Respondit, creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, nisi in fraudem ceterorum creditorum factum sit, et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent.

Wenn also der Schuldner in der Unmöglichkeit, seinem Gläubiger das zu zahlen, was er ihm schuldet, ihm ein Pfand bestellt, in der Absicht, die andern Gläubiger zu verkürzen, und er hiebei schon insolvent war, oder es dadurch wurde, so kann die Pfandbestellung mittelst der Pauliana actio angefochten werden. — Die Stelle handelt eigentlich von dem Fall, wo ein Gläubiger das unter obigen Voraussetzungen ihm bestellte aber noch im Besitze des Schuldners resp. nun der immittirten Gläubiger befindliche Pfand mit der dinglichen Pfandklage (pignoratitia in rem actio) einklagt, und der Jurist lehrt hier, dass Kläger mit seiner Klage abzuweisen sei. Denn es steht ihm ja die exceptio aus L. 25 D. de reb. auct. iud. 42. 5. entgegen:

Quod postea contractum erit, quam is, cuius bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur.

Auch die L. 10 § 13 D. h. t. lehrt, dass eine Pfandbestellung, wenn sie zur Sicherung einer schon bestehenden Schuld, consilio fraudandi und mit Erfolg vorgenommen wurde, rescissibel sei.

L. 10 § 13 D. h. t. Ulpianus. — Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est sæpissime constitutum.

Weder in L. 22 noch in L. 10 § 13 D. h. t. wird Rücksicht darauf genommen, ob Derjenige, dem das Pfand bestellt worden, die Insolvenz des Schuldners gekannt habe oder nicht. Die Pfandbestellung für eine schon bestehende Schuld, als ein vom Gläubiger nicht zu erzwingendes neues Rechtsgeschäft ist in der That nichts Anderes als ein *lucrum*<sup>1)</sup>, und daher, wenn sie die objectiven Voraussetzungen der Anfechtungsklage erfüllt, stets *rescissibel*, in dem Sinne, dass das ganze Pfand *cum sua causa* zurückgegeben werden muss. Dies lehrt auch

L. 10 § 22 D. h. t. *Ulpianus*. — *Præterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset; propter quod etiam medii temporis commodum, quod quis consequeretur liberatione non facta, præstandum erit, dum usuræ non præsentur, si in stipulatum deductæ non fuerunt, nisi talis contractus fuit, in quo usuræ deberi potuerunt etiam non deductæ*

welche Stelle wohl insbesondere von anzufechtenden Pfandbestellungen gemeint ist. Freilich darf nach L. 25 §§ 4. 5. 6 der um die Insolvenz des Schuldners nicht wissende Pfandgläubiger die inzwischen gezogenen Früchte behalten. Die L. 25 § 4 lehrt nämlich in Hinsicht auf den Beklagten, der um den Betrug nicht wusste:

*Non solum autem ipsam rem alienatam restitui oportet, sed et fructus qui alienationis tempore terræ cohærent, quia in bonis fraudatoris fuerunt; item eos qui post inchoatum iudicium recepti sint; medio autem tempore perceptos in restitutionem non venire.*

<sup>1)</sup> Offenbar kann man hier nicht sagen *suum recepit*; denn das Pfand wurde ihm nicht geschuldet, sondern etwas ganz Anderes.

Wir können also Vangerow<sup>1)</sup> nicht beistimmen, wenn er die *Pauliana actio* gegen Pfandbestellungen nur im Falle der *mala fides* des Pfandgläubigers zulassen will.

Die Praxis ist in Betreff Anfechtbarkeit von Pfandbestellungen sehr schwankend<sup>2)</sup>. Die neueste Entscheidung hierüber in *Seuffert's Archiv* XXII. 286 neigt sich zu unserer Ansicht, und bemerkt dazu, dass dagegen, wenn sich der Gläubiger zu einer Gegenleistung, namentlich zu einer *Fristbewilligung*, verstanden hat, wie bei *onerosen Veräusserungen* überhaupt, auf die *fraus* des Schuldners und des Gläubigers gesehen werden muss<sup>3)</sup>.

Wie es mit der *Hingabe an Zahlungs Statt* zu halten sei, darüber geben uns die Quellen gar keine Auskunft. Vangerow meint (III. § 697), dass die L. 25 § 3 D. h. t. von einer *datio in solutum* handle:

e. Hingabe an Zahlungs Statt (datio in solutum).

*Venuleius*. — *Si procurator ignorante domino, quum sciret, debitorem eius fraudandi cepisse consilium, iussit servo ab eo accipere, hac actione ipse tenebitur, non dominus.*

Allein es ist durchaus willkürlich in den Worten »ab eo accipere« mit Vangerow das Kennzeichen einer *Hingabe an Zahlungs Statt* finden zu wollen; es kann hier eben so gut eine andere *Veräusserung* des Schuldners gemeint sein, am wahrscheinlichsten wohl eine *Schenkung*. — Ob sich die

L. 1 C. h. t. (VII. 75) *Imp. Antoninus A. Cassiæ*. — *Si heres post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit, corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecit, bonis eius excussis, usitatis actionibus ea, quæ in fraudem alienata probabuntur, revocabis.*

<sup>1)</sup> Vangerow *Lehrb. der Pandekten* III. § 697.

<sup>2)</sup> cf. *Seuff.* I. 392. II. 116. 352. III. 249. IV. 274. VI. 124. XX. 98. XXI. 181. XXII. 286.

<sup>3)</sup> So auch *Schweppe, Concurs.* 3. Aufl. S. 166.

auf eine datio in solutum beziehe ist sehr fraglich, obwohl Laspeyres sie von einer solchen verstanden wissen will.

Es kommen bei der Beurtheilung dieser schwierigen Frage insbesondere folgende Erwägungen in Betracht.

Im Allgemeinen hängt es bei dationes in solutum regelmässig von dem freien Willen des Gläubigers ab, ob er etwas, was Erfüllung nicht ist, als Erfüllung annehmen will<sup>1)</sup>. Nur bei Geldschulden ist er, wenn der Schuldner sich durch Verkauf seiner Sachen Geld zu verschaffen nicht im Stande ist, verpflichtet, Immobilien des Schuldners als Erfüllung zum Schätzungswerth anzunehmen, so jedoch, dass er die Auswahl hat<sup>2)</sup>. Hievon ausgehend könnte man behaupten, dass zum

1) cf. Windscheid, § 342 und L. 2 § 1 D. de R. C. 12. 1 . . »aliud pro alio invito creditori solvi non potest.«

2) Beneficium dationis in solutum, beruhend auf Nov. IV. c. 3: »Porro quod humanis necessitatibus subvenit, licet quibusdam creditoribus forte gratum non sit, id a nobis tamen clementer sancitum esto. Si quis enim debitoris facultatibus fidem habens mutuam pecuniam dederit, hic vero pecuniam restituere nequeat, bona autem immobilia habeat, et creditor urgeat, atque pecuniam omnino efflagitet, huic autem in promptu non sit, neque ulla res mobilis (concedimus enim ut creditor, si velit, etiam res immobiles pro pecunia accipiat), at immobilium eius rerum ne emtor quidem adsit, cum vel iacet sæpe creditor bona debitoris pignori obligata esse, eoque ad emtionem accedere, volentes deterreat, tunc in hac quidem felicissima civitate gloriosissimi reipublicæ nostræ magistratus secundum iurisdictionem unicuique a lege et nobis concessam, in provinciis vero gentium præsidēs efficiant, ut, accurata rerum debitoris aestimationis facta, creditoribus pro debiti portione possessio rei immobilis ea cautione detur, quam debitor præstare possit. Res vero hoc modo dentur: quæ earum meliores sunt, eas det creditori, deteriores vero soluto debito apud debitorem manere sinat. Neque enim justum esset, ut qui pecuniam dedit, pecuniam vero consequi nequit, sed rem immobilem accipere cogitur, non etiam meliores debitoris accipiat, atque hoc ei solutio sit, quod, licet pecuniam vel alias res mobiles non consecutus fuerit, rem tamen non inutilem illi habere liceat. Atque hæc quidem manifesta quædam clementia legis sit; intelligant vero creditores,

Mindesten in dem letzteren Falle, wo der Gläubiger statt einer Geldschuld eine Immobilie des Schuldners von demselben als Zahlung erhalten hat, von der actio Pauliana nicht die Rede sein könne. Denn was man zu thun verpflichtet ist, das zu thun hat man auch ein Recht. Also könnte man hier sagen, dass der Gläubiger nur das Seinige erhalten hat (suum receipt), und daher von einer mala fides in seiner Person unmöglich die Rede sein könne, vorausgesetzt natürlich, dass der Werth der Immobilie nicht mehr beträgt als die zu leistende Summe.

Allein man darf noch weiter gehen und behaupten, dass, obwohl die datio in solutum ein neues Rechtsgeschäft, gleichsam eine emtio venditio ist<sup>1)</sup>, sie dennoch in Beziehung auf ihre Anfechtbarkeit nicht anders zu behandeln ist als die Zahlung einer Schuld. Wenn also in derselben keine Bereicherung des Erwerbers liegt, so ist sie nicht rescissibel. Es gelten also hinsichtlich der Hingabe an Zahlungs Statt die von Zahlungen von Schulden zuvor entwickelten Grundsätze<sup>2)</sup>.

### III. Zeit der Anstellung der Anfechtungsklage.

Darüber können wir uns hier sehr kurz fassen, da dieser Punkt im ersten Abschnitte des Weiteren erörtert worden ist.

Eine betrügerliche Veräusserung des Schuldners kann mit der Pauliana actio angefochten werden:

quod, etsi hanc legem non scripsissemus, nec pecuniam nec emtores habens nihil aliud facturus erat, nisi ut bonis suis cederet, et res iterum ad creditorem, qui pecuniam consequi non poterat, iure venirent etc.

<sup>1)</sup> Wie L. 15 D. quibus ex causis in possessionem eatur 42. 4 lehrt.

<sup>2)</sup> So auch Puchta, Vorlesungen zu § 380; Brinz, Lehrb. S. 531. — Anderer Meinung sind Francke, Huschke, Laspeyres, Vangerow u. A. Die Praxis ist hier sehr schwankend, cf. Seuff. III. 250. IV. 276. VI. 125. 305. IX. 354. Nr. 4. XII. 228. XVIII. 202. XXI. 185. 186. XXII. 106.

Zeit der Anstellung der Anfechtungsklage.

I. Vor dem Concourse<sup>1)</sup>: von den einzelnen Gläubigern<sup>2)</sup>, sowie von deren Erben, Cessionaren und sonstigen Successoren<sup>3)</sup>. Dass nicht blos Gläubiger, sondern z. B. auch Cessionare klagen können, geht aus der allgemeinen Fassung der L. 1 pr. D. h. t. hervor. Ait Prætor: Quæ fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit . . . actionem dabo.

II. Nach eröffnetem Concourse bis zum Schlusse desselben: von einem einzelnen Gläubiger, mehreren oder allen zusammen, oder von deren Vertreter. Gewöhnlich klagt hier der curator bonorum. Dies deutet auch L. 1 pr. cit. an. Quæ fraudationis causa gesta erunt . . . de his curatori bonorum . . . actionem dabo. Hingegen ist uns keine Gesetzesstelle bekannt, welche mit Windscheid zu dem Schlusse berechtigen würde, dass nach eröffnetem Concourse der einzelne Gläubiger nicht mehr klagen könne, sondern nur noch die Gesammtheit der Gläubiger. Auch die früher citirte Stelle aus Cicero<sup>4)</sup>, führt keineswegs nothwendig zu dem Schlusse,

<sup>1)</sup> Dies ist jedoch nicht unbestritten. — Huschke a. a. O. S. 39 f. S. 94 f.; Schweppe, System des Concurses § 33; Laspeyres a. a. O. S. 40 behaupten, dass die Anfechtungsklage nur einem immittirten Gläubiger zustehe. — Da die Quellen sich hierüber nicht äussern, bleibt die Frage eine offene.

<sup>2)</sup> Dass ein einzelner Gläubiger klagen kann, geht hervor aus L. 1 C. h. t. und L. 96 pr. D. de solut. 46. 3; nicht nothwendig aber, wie Windscheid will, aus L. 10 § 6 D. h. t.

<sup>3)</sup> cf. L. 10 § 25 D. h. t. Hæc actio heredi ceterisque successoribus competit, sed et in heredes similesque personas datur.

<sup>4)</sup> Cic. ad Attic. I. 1. § 3. Cæcilius, avunculus tuus, a P. Vario quum magna pecunia fraudaretur, agere cœpit cum eius fratre Caninio Satrio de iis rebus, quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret. Una agebant ceteri creditores, in quibus erat Lucullus et P. Scipio et is, quem putabant magistrum fore, si bona venirent, L. Pontius. Verum hoc vidiculum est, de magistro nunc cognoscere.

dass alle Gläubiger zugleich klagen müssen. Hingegen darf natürlich der siegende Kläger sich aus dem zurückerlangten Vermögensstück nur insoweit befriedigen, als die ihm durch den Vermögensverkauf zukommenden Procente seiner Forderungen betragen. Denn es heisst in

L. 6 § 7 D. h. t.: Ulpianus. — . . qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exæquandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit præripere ceteris post bona possessa, quum iam par conditio omnium creditorum facta esset. —

Die Ansicht einiger Juristen, dass die Anfechtungsklage gegen während des Concurses vorgenommene Veräusserungen des Gemeinschuldners nicht zulässig sei, weil diese ipso iure null und nichtig seien, und mit einer dinglichen Klage, oder geradezu durch Gerichtsbeamte rückgängig gemacht werden können, ist unbegründet. Es lassen sich hiefür keine Quellenbelege finden. Zudem kann die Pauliana actio hier dem Gläubiger von höchster Wichtigkeit sein, z. B. wenn der Erwerber nicht mehr besitzt; ebenso auch wegen der nicht gezogenen Früchte, falls der Erwerber um den Betrug wusste.

III. Nach Beendigung des Concurses, d. h. nach dem Vermögensverkauf (bonorum venditio), kann eine betrügliche Veräusserung des Schuldners durch die Pauliana actio noch während eines Jahres tauglicher Zeit (annus utilis) mit den gewöhnlichen Wirkungen angefochten werden, und zwar von den einzelnen Gläubigern, sowie von deren Erben und sonstigen Successoren.

L. 10 § 18 D. h. t.: Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum<sup>1)</sup>.

IV. Nach Ablauf eines Jahres tauglicher Zeit nach dem Vermögensverkauf kann die Anfechtungsklage noch während

<sup>1)</sup> cf. L. 10 § 25 D. h. t.

30 Jahren auf Herausgabe der Bereicherung, der wirklichen wie der wegen eigenen dolus verkümmerten angestellt werden gegen alle Diejenigen, gegen welche sie vorher zulässig gewesen war, und gegen deren Erben und sonstige Rechtsnachfolger; und zwar sowohl von den verkürzten Gläubigern als auch von deren Rechtsnachfolgern. So lehrt

L. 10 §§ 24. 25. D. h. t. Der § 24 lautet: *Hæc actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit; iniquum enim Prætor putavit, in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude; idcirco lucrum ei extorquendum putavit. Sive igitur ipse fraudator sit ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in id, quod ad eum pervenit, dolove malo eius factum est, quominus perveniret.*

Das zürcherische Recht schliesst sich in Hinsicht der Voraussetzungen der Anfechtungsklage im Allgemeinen an's Römische Recht an. Dem *decretum de aperiundo concursu* entspricht der § 1014: »Durch die Eröffnung des Concurses verliert der Gemeinschuldner die Verfügung über seine Güter, und es tritt eine öffentliche unter der Controle des Concursgerichts stehende Verwaltung derselben ein.« Hiezu ist zu vergleichen Ullmer's Commentar Ziffer 1588. 1589. 1591. 1592. 1593. In Betreff der Voraussetzungen der Anfechtungsklage äussert sich der § 1019 übereinstimmend mit dem Gemeinen Recht folgender Massen: »Hat der Gemeinschuldner vor dem wirklichen Ausbruche des Concurses in der Absicht, die Gläubiger zu schädigen, an einen Dritten, der davon wusste oder wissen musste, einzelne Vermögensbestandtheile veräussert, so sind die Gläubiger berechtigt, ein derartiges Rechtsgeschäft im Interesse der Concursmasse anzufechten und die Rückerstattung selbst ohne Entgelt, wenn etwa der Schuldner den empfangenen Preis durchgebracht hat, zu begehren. — Schenkungen, welche der Gemeinschuldner gemacht hat, wo er den bevorstehenden Concurs einsehen konnte, können auch dann, soweit der Beschenkte bereichert ist, angefochten werden, wenn derselbe von jener Absicht des Gemeinschuldners nichts gewusst hat. — Das Gericht urtheilt in solchen Fällen nach freiem Ermessen in Berücksichtigung der vorliegenden Umstände.« Man vergleiche Ullmer's Commentar Z. 1614. 1616. 1617. 1619. 1620. 2296 und Zeitschrift XX. 253. — »Veräusserung« ist hier im weitesten Sinne zu nehmen. Veräusserung ist auch die An-

erkennung einer nicht bestehenden Forderung, daher auch die Ueber- sendung von Wechsell an Dritte. Der § 1019 findet analoge Anwendung, wenn der Concurs nicht ausgebrochen, aber materielle Insolvenz erwiesener Massen da ist (Rüttimann). — In § 1020 wird gesagt: »Wenn ein einzelner Gläubiger vor der formellen Insolvenzerklärung des Schuldners oder vor der Concursöffnung nur die Bezahlung seiner fälligen Schuldforderung empfangen hat, und nichts darüber hinaus, so hat er auch dann gegen- über den übrigen Gläubigern nichts verschuldet, wenn er wusste, dass der Schuldner wahrscheinlich in naher Zeit in den Concurs gerathen werde. Man vergleiche auch Ullmer Comm. Z. 1621. 1622. — Pfand- bestellungen und dationes in solutum sind nach zürcherischem Rechte nicht anfechtbar, wenn der Gläubiger dabei nicht zu viel bekommt. cf. Ullmer Comm. Z. 1623. 1624. Merkwürdiger Weise aber ist der Schuld- ner dafür strafbar. Z. XVI. 54. Die Zahlung einer noch nicht fälligen Forderung ist nach zürcherischer Praxis anfechtbar. cf. Z. XVI. S. 31. Es scheint, dass hier nicht blos das Disconto, sondern die ganze Zahlung zurückgegeben werden muss, während der Gläubiger, der durch datio in solutum zu viel bekommt, nur den Ueberschuss zurückzuerstatten hat. (Rüttimann). — Der § 1021 fügt bei: »Hat der Gemeinschuldner vor dem Ausbruche des Concurses in der Absicht, die auf dem Wege des ordent- lichen Rechtstriebes angedrohte Pfändung unwirksam zu machen, durch Einräumung von Wechselrechten und des damit verbundenen schnellen Rechtstriebes oder auf andere ähnliche Weise einem andern Gläubiger Deckung verschafft, so kann nach freiem richterlichem Ermessen der Concursrichter auch ein derartiges, den übrigen Gläubigern nachtheiliges Geschäft für ungültig erklären.« — Diese Ungültigkeit ist keine absolute, sondern sie steht im richterlichen Ermessen. Zudem muss hier der Rechtstrieb schon angehoben sein. (Rüttimann). cf. Ullmer Commentar Z. 1625. 1626. 1627. und Z. XX. 27. XXI. 91. — Abweichend vom Ge- meinen Recht erscheint nach einem Erkenntniss des Ober-Gerichts der Umstand, dass dem Cridar blos die Anhebung des Rechtstriebes drohte als unwesentlich in Betreff der Frage, ob solche Geschäfte, durch die der Gemeinschuldner in der Absicht die auf dem Wege des ordentlichen Rechtstriebes drohende Pfändung unwirksam zu machen, einem Gläubiger vor Ausbruch des Concurses Deckung verschafft. cf. Ullmer Commentar Z. 1628. Schliesslich bemerkt der § 1023: »Kommen dem Gemein- schuldner während des Concurses neue Activen, z. B. eine Erbschaft zu, so sind dieselben von Amtes wegen zur Concursmasse zu ziehen und zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. cf. Ullmer Comm. Z. 1629.



## Zweites Capitel.

### Die Subjecte der Anfechtungsklage.

#### I. Der Kläger.

Die Quellen enthalten hierüber folgende Anhaltspunkte:

L. 10 §§ 1. 6. 7. 8. 25. D. h. t.: Ulpianus. — § 1 (s. S. 101).

— § 6. Præterea sciendum est, posse quæri, quod dicitur in fraudem creditorum alienatum revocari posse, si iidem sint creditores; et si unus creditor sit ex illis, qui fraudati sunt, sive solus tunc fuit, sive, quum ceteris satisfactum est, hic solus remansit, probandum esse, adhuc actioni locum fore. § 7. Illud certe sufficit, etsi unum scit creditorem fraudari, ceteros ignoravit, fore locum actioni. § 8. Quid ergo, si ei, quem quis scit, satisfactum est, numquid deficiat actio, quia, qui supersunt, non sunt fraudati? Et hoc puto probandum; non tamen, si dicat aliquis: offero, quod debetur, ei quem scio creditorem, audiendus erit, ut actionem eludat. § 25. Hæc actio heredi ceterisque successoribus competit; sed et in heredes similesque personas datur.

Zu klagen berechtigt sind also alle diejenigen Gläubiger, welche durch die Handlung des Schuldners direct in der Befriedigung ihrer Forderungen verkürzt werden<sup>1)</sup>, ferner auch deren Erben und sonstige Rechtsnachfolger<sup>2)</sup>. Es muss erwiesen sein, dass der Gläubiger den Willen hatte, den oder die jetzt klagenden Gläubiger zu verkürzen, und dass die Gläubiger wirklich verkürzt wurden. Es müssen also zur Zeit

<sup>1)</sup> L. 10 § 1 D. h. t.

<sup>2)</sup> L. 10 § 25. L. 21 D. h. t.

Die Subjecte  
der Anfechtungs-  
klage.

Der Kläger.

der Anstellung der Pauliana actio gerade diejenigen Gläubiger, auf welche der Schuldner es abgesehen hatte, oder doch wenigstens Einer von ihnen noch nicht befriedigt sein<sup>1)</sup>. Ist noch ein solcher Gläubiger da, so kann der mit der actio Pauliana belangte Gemeinschuldner die Klage nicht dadurch eludiren, dass er sich anbietet, diesen Gläubiger zu befriedigen<sup>2)</sup>. — Hat ein Schuldner seine Gläubiger A, B und C durch eine vorgenommene Vermögensverminderung verkürzen wollen, denselben aber hernach ihre Forderungen bezahlt, so können Personen, welche erst später seine Gläubiger geworden sind, wenn sie auch in dem hernach ausgebrochenen Concurs ihre volle Befriedigung nicht finden, dennoch jene Vermögensverminderung nicht anfechten<sup>3)</sup>, weil dieselbe nicht zu ihrer Verkürzung vorgenommen wurde, es sei denn, dass der Gemeinschuldner die Gläubiger A, B und C mit dem von seinen späteren Gläubigern Geborgten abgefunden habe<sup>4)</sup>, selbst wenn er dabei gar nicht die Absicht hatte, seine späteren Gläubiger dadurch zu verkürzen<sup>5)</sup>. Wenn der Gemeinschuldner nur seine Gläubiger A, B und C verkürzen wollte, sie aber später auf rechtllichem Wege<sup>6)</sup> befriedigte, und es stellt sich hernach heraus, dass der Gemeinschuldner zur Zeit als er die Vermögensverminderung zur Benachtheiligung des A, B und C vornahm, noch einen vierten Gläubiger D hatte, und dieser hiedurch ebenfalls verkürzt wurde, so kann D, wenn er nicht ebenfalls befriedigt worden ist, mit der Pauliana jene Ver-

<sup>1)</sup> L. 10 § 6 D. h. t.

<sup>2)</sup> L. 10 § 8 D. h. t.

<sup>3)</sup> L. 10 § 1 D. h. t. . . . »si . . . simpliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat revocatio«.

<sup>4)</sup> L. 10 § 1. L. 16 D. h. t.

<sup>5)</sup> Es folgt das indirect aus L. 10 § 1 D. h. t.

<sup>6)</sup> Also nicht mit dem von späteren Gläubigern Geborgtem, weil hier ja die späteren Gläubiger ohnehin schon die Pauliana anstellen könnten.

mögensverminderung anfechten, selbst wenn es erwiesen ist, dass der Gemeinschuldner gar nicht die Absicht hatte auch ihn zu benachtheiligen, oder damals nicht einmal wusste, dass D sein Gläubiger war<sup>1)</sup>.

Während des Concurses kann aber nicht blos der einzelne Gläubiger, sondern auch der curator honorum im Namen der Gläubiger die Pauliana anstellen. Es ist dies sogar der Normalfall<sup>2)</sup>.

Zu klagen nicht berechtigt sind;

1. Die Erben des Gemeinschuldners, selbst wenn sie zu den verletzten Gläubigern gehören.

L. 4 C. h. t. Imp. Diocletianus et Maximilianus AA. et CC. Epagatho. — Filios debitoris, ei succedentes, veluti in creditorum fraudem alienatorum facultatem revocandi non habere, notissimi iuris est.

2. Diejenigen Gläubiger, welche sich bei dem Conkurs nicht angemeldet haben; es sei denn erwiesen, dass sie ausgefallen wären. Dies die Ansicht der Praxis<sup>3)</sup>; Quellenbelege hiefür haben wir nicht gefunden.

## II. Der Beklagte.

Der Beklagte.

Beklagter ist Derjenige, welchem ein das Vermögen des Schuldners auf Unkosten der Gläubiger desselben unter den die Klage objektiv begründenden Umständen vermindernder Vortheil zugewandt worden ist.

1. Der fraudis particeps.

I. Beklagter ist also einmal der mala fide Empfänger eines solchen Vortheiles. — Es ist gar nicht nöthig, dass der Beklagte direct vom Schuldner empfangen habe, wie Koch a. a. O. meint. Denn wenn der Schuldner einem um den Betrug wissenden Dritten (C) unter Erfüllung der Voraus-

<sup>1)</sup> L. 10 § 7. L. 10 § 1 D. h. t.

<sup>2)</sup> L. 1 pr. D. h. t.

<sup>3)</sup> cf. Koch, Recht der Forderungen II. S. 768.

setzungen der Pauliana actio einen Vortheil zugewandt, z. B. ein Grundstück zu wohlfeil verkauft hat, und dieser Dritte verkauft das Grundstück ebenfalls unter dem Preise an einen Vierten (D), so kann dieser Vierte zwar mit der Pauliana nicht belangt werden, wenn er bona fide kaufte, ausgenommen causa cognita auf die Bereicherung<sup>1)</sup>, wohl aber, wenn er ebenfalls wusste, dass die Veräußerung des Grundstückes eine Verkürzung der Gläubiger herbeigeführt habe. Dies folgt aus:

L. 9 D. h. t.: Paulus. — Is qui a debitore cuius bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit, quæsitum est an secundus emtor conveniri potest? Sed verior est Sabini sententia, bona fide emtorem non teneri, quia dolus ei duntaxat nocere debeat qui eum admisit, quemadmodum diximus, non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit; is autem qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur.

Ebenso können Erben eines dolosen Erwerbers, wenn sie um den Betrug wussten, mittelst der Anfechtungsklage belangt werden, mit all den Wirkungen vorliegender Mitwissenschaft. Sie haben also z. B. auch in der Zwischenzeit gezogene Früchte zu prästiren.

Auch die zweite Behauptung Koch's, dass die actio Pauliana gegen jeden dritten Besitzer gehe, ist unrichtig<sup>2)</sup>. Koch versteht irriger Weise mit Theophilus, Huschke u. A. den § 6 I. de act. IV. 6. von der actio Pauliana, ein Irrthum, den wir schon im ersten Abschnitte des Weiteren widerlegt haben. Dass die Pauliana nicht blos gegen den ersten dolosen

<sup>1)</sup> L. 10 pr. D. h. t.

<sup>2)</sup> Sie wäre richtig, wenn für's Erste die in rem actio (Rückforderungsklage) mit der Pauliana actio identisch wäre, und für's Zweite Koch hier nur von nach der Concurseröffnung vorgenommenen Vermögensverminderungen spräche. Beides ist aber nicht der Fall.

Erwerber, sondern auch gegen dessen Rechtsnachfolger, wenn sie mala fide erworben haben, zu verstaten sei, lehrt nicht nur L. 9 D. h. t., sondern auch die allgemeine Fassung der Edictsworte in L. 1 pr. D. h. t.

Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoravit, de his . . . actionem dabo.

2. Der fraudator.

II. Beklagter ist auch der fraudator (Gemeinschuldner) selbst, nach

L. 1 pr. D. h. t. Quae fraudationis causa gesta erunt, . . . de his . . . actionem dabo; idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo.

und nach

L. 25 § 7 D. h. t. Venuleius. — Hæc actio etiam in ipsum fraudatorem datur, licet Mela non putabat, in fraudatorem eam dandam, qui nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum venditionem daretur, et iniquum esset, actionem dari in eum, cui bona ablata essent. Si vere quædam disperdidisset, si nulla restitutione recuperari possent, nihilominus actio in eum dabitur; et Prætor non tam emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam pœnam.

3. Qui fraudem ignoravit.

III. Aber auch wenn keine Mitwissenschaft vorliegt<sup>1)</sup> ist die Pauliana actio zulässig.

Beklagter kann nämlich nach richterlichem Ermessen (causa cognita<sup>2)</sup>) auch sein:

1. Wer vom Gemeinschuldner bona fide erworben hat, sofern und insoweit als er bereichert ist. Es heisst nämlich in

L. 10 pr. D. h. t. — Interdum, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam.

<sup>1)</sup> Etsi scientia non sit (L. 10 pr.), scientiæ mentione detracta (L. 5 C. h. t.).

<sup>2)</sup> L. 10 pr. D. h. t.

ferner in

L. 6 § 10. Ulpianus. — Si quid cum pupillo gestum sit in fraudem creditorum, Labeo ait, omnimodo revocandum, si fraudati sint creditores, quia pupilli ignorantia, quæ per ætatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus, et ipsi lucrosa; eoque iure utimur. § 11. Simili modo dicimus, et si cui donatum est, non esse quærendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudulentur creditores; nec videtur iniuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non. § 12. Simili modo quæritur, si servus ab eo, qui solvendo non sit, ignorante domino, ipse sciens rem acceperit, an dominus teneretur. Et ait Labeo, hactenus eum teneri, ut restituat, quod ad se pervenit, aut duntaxat de peculio damnetur, vel si quid in rem eius versum est. Eadem in filiofamilias probanda sunt. Sed si dominus scit, suo nomine convenietur. § 13. Item si necessarius heres legata præstiterit, deinde eius bona venierint, Proculus ait, etiamsi ignoraverint legatarii, tamen utilem actionem dandam, quod nequaquam dubium est<sup>1)</sup>.

Die Begründung der Zulässigkeit der Pauliana in diesen Fällen liegt in den Worten »nec videtur iniuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur.«

Ueberhaupt ist hierher zu rechnen, wer durch den fraudator auf Unkosten der Gläubiger bereichert worden ist<sup>2)</sup>.

2. Ein Erbe oder ein sonstiger Rechtsnachfolger eines auf Unkosten der Gläubiger Bereicherten, insoweit als er be-

<sup>1)</sup> cf. L. 17 § 1. L. 25 pr. §§ 1. 3. D. h. t.

<sup>2)</sup> cf. L. 10 § 24 D. h. t.

reichert ist<sup>1)</sup>. Hiebei kommt es nicht auf die bona oder mala fides seiner Auctoren (Rechtsvorfahren) an.

3. Die Erben des betrügerischen Gemeinschuldners, in id quod ad eos pervenit<sup>2)</sup>.

Drittes Capitel.

Die Wirkungen der Anfechtungsklage.

Die Wirkungen der Anfechtungsklage.

Das Grundprincip in Betreff der Wirkungen der Anfechtungsklage gibt uns Ulpian in

L. 1 §§ 1. 2. D. h. t. — Necessario Prætor hoc Edictum proposuit; quo Edicto consuluit creditoribus revocando ea, quæcunque in fraudem creditorum alienata sunt. § 2. Ait ergo Prætor: quæ fraudationis causa gesta erunt; hæc verba generalia sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcunque contractum. Quodcunque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari; quæcunque fuerit; nam late ista verba patent<sup>3)</sup>.

Was nur immer absichtlich zur Verkürzung der Gläubiger vorgenommen wurde, soll also revocirt werden können, von welcher Beschaffenheit es immer sei; d. h. jede betrügerische Veräußerung soll gänzlich revocirt werden können, »præterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset.« Allein, wie wir schon oben, insbesondere im ersten Capitel dieses Abschnittes gezeigt haben, kommen in

<sup>1)</sup> cf. L. 10 § 25 und auch § 24 eodem. sowie L. 11 D. h. t.

<sup>2)</sup> cf. L. 11. L. 10 § 25 D. h. t.

<sup>3)</sup> cf. L. 10 § 22 D. h. t.

den Quellen neben diesem allgemeinen Rechtssatz eine Reihe von Specialgesetzen vor, welche diese unbegrenzte Wirkung der Anfechtungsklage beschränken, und müssen wir daher nach dem Grundsatz »lex specialis derogat legi generali« annehmen, dass das Grundprincip der totalen Rescission einer betrügerischen Veräußerung nicht überall zur Geltung komme. Es ist nun unsere Aufgabe, einerseits die Fälle anzugeben, wo der Lex generalis derogirt wird, und zu zeigen, in wie weit dies geschieht, andererseits hingegen diejenigen Arten betrügerischer Veräußerungen festzustellen, wo das Grundprincip noch in unbeschränktem Umfange zur Geltung kommt.

I. Dem um den Betrug wissenden Beklagten gegenüber gestaltet sich die Restitution folgender Massen:

I. Dem um den Betrug wissenden Beklagten gegenüber.

1. Ist der Beklagte ein Concursgläubiger und die Veräußerung erst nach ausgebrochenem Concourse vorgenommen, so kann jedenfalls so viel zurückgefordert werden, dass dem Gläubiger nur noch der Betrag der ihm durch den Vermögensverkauf zukommenden Procente seiner Forderungen in Händen bleibt. Die L. 6 § 7 D. h. t. sagt hierüber:

»Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exæquandumque ceteris creditoribus«<sup>1)</sup>.

2. Ist dem Beklagten eine Schenkung, wozu auch Auszahlung eines Legates und Constituirung einer Mitgift gehören kann, zugewandt worden, so hat er dieselbe cum sua causa zu restituiren<sup>2)</sup>. In Betreff der Zubehör (causa) äussern sich die Quellen hier dem mitwissenden Beklagten gegenüber folgender Massen:

L. 10 §§ 19—22 D. h. t. Ulpianus. — Per hanc actionem res restitui debet, cum sua scilicet causa. § 20. Et fructus non tantum qui percepti sunt, verum etiam hi qui

<sup>1)</sup> cf. L. 10 § 16 D. h. t.

<sup>2)</sup> cf. L. 6 §§ 11, 13. L. 10 § 14. L. 25 §§ 1, 2. D. h. t.

percipi potuerunt a fraudatore, veniunt; sed cum aliquo modo, scilicet ut sumtus facti deducantur; nam arbitrio iudicis non prius cogendus est rem restituere, quam si impensas necessarias consequatur; idemque erit probandum, et si quos alios sumtus ex voluntate fideiussorum creditorumque fecerit. § 21. Partum quoque in hanc actionem venire, puto verius esse. § 22. Præterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset; propter quod etiam medii temporis commodum, quod quis consequeretur liberatione non facta, præstandum erit, dum usuræ non præstentur, si in stipulatum deductæ non fuerunt, nisi talis contractus fuit, in quo usuræ deberi potuerunt etiam non deductæ.

Der Beklagte muss also alle Früchte restituiren<sup>1)</sup>; hingegen darf er sowohl die im Interesse des Vermögensstückes nothwendigen, als auch die unter Zustimmung der Gläubiger darauf verwendeten Auslagen in Abrechnung bringen, resp. vorabziehen.

3. Hat der Beklagte für den ihm zugewandten Vortheil eine Gegenleistung gemacht, so kann er, auf Herausgabe belangt, seine gemachte Gegenleistung zurückfordern oder in Abrechnung bringen, so weit dieselbe in der Masse noch vorhanden ist; bei Geldzahlungen wird nach einer milderer Ansicht überhaupt blos gefragt ob noch baares Geld in der Concursmasse sich befindet, in welchem Falle er sich gegen Restitution nebst Zubehör den Kaufpreis wieder ausliefern lassen kann. Ist Letzteres nicht der Fall, ist überhaupt die Masse durch die Gegenleistung nicht mehr bereichert, sofern

<sup>1)</sup> fructus consumptos, perceptos, exstantes. percipiendos. Von den Letzteren aber gilt die Ausnahme des § 22 eodem: »dum usuræ non præstentur, si in stipulatum deductæ non fuerunt, nisi talis contractus fuit, in quo usuræ deberi potuerunt, etiam non deductæ«.

nur dies durch den Gemeinschuldner verschuldet ist<sup>1)</sup>, so muss der Beklagte Alles restituiren ohne compensiren zu dürfen.

Dies die ratio iuris der L. 7 D. h. t. (s. S. 31) und der L. 8 D. h. t. (s. S. 32).

Natürlich gilt auch hier in Betreff der Früchte das oben Ausgeführte.

4. Ist dem Beklagten eine noch nicht fällige Schuld voll, d. h. ohne Abzug des Disconto ausbezahlt worden, so kann er nur auf Herausgabe des Disconto belangt werden; es sei denn, dass er seine Gegenleistung noch nicht gemacht habe, in welchem Falle er auf Herausgabe alles Gezahlten cum causa angehalten werden kann. Dies stimmt mit dem in L. 10 § 12 D. h. t. Gelehrten überein.

L. 10 § 12 D. h. t. Ulpianus. — Si, quum in diem mihi deberetur, fraudator præsens solverit, dicendum erit, in eo quod sensi commodum in repræsentatione, in factum actioni locum fore; nam Præter fraudem intelligit etiam in tempore fieri.<sup>2)</sup>

5. Nicht nur in den Fällen, wo der Gläubiger vom Schuldner gezwungen werden kann, eine Hingabe an Zahlungs Statt anzunehmen,<sup>3)</sup> sondern überhaupt, wenn der Gläubiger durch die Hingabe an Zahlungs Statt nicht mehr bekommt, als der Werth seiner Forderung bei vorgenommener datio in solutum beträgt, kann von einer Rescission letzterer ebenso wenig die Rede sein, als bei der Zahlung einer fälligen Schuld. Bekommt der Gläubiger mehr als den Werth seiner Forderung, wurde ihm z. B. der Vollwerth einer noch nicht fälligen Forderung gegeben, so kommen die hinsichtlich Rescission von Zahlungen geltenden, oben ausgeführten Grundsätze zur Anwendung. — Die Quellen schweigen gänzlich über die Rescission einer Hingabe an Zahlungs Statt.

<sup>1)</sup> cf. Seuff. XII. 113.

<sup>2)</sup> cf. L. 17 § 2 D. h. t.

<sup>3)</sup> cf. Nov. IV. c. 3.

6. Bei der Anfechtung einer Pfandbestellung kommt das Grundprincip der unbeschränkten Rescission zu voller Geltung, indem hier das Pfand, auch wenn es für eine gültige Forderung bestellt ist, unbestritten ganz zurückgegeben werden muss sammt den Früchten. Was Letztere anbetrifft, so kommt auch hier die L. 10 §§ 20. 21. 22 D. h. t. zur Geltung. — Uebereinstimmend hiemit heisst es in

L. 10 § 13 D. h. t. Ulpianus. — Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est sæpissime constitutum.<sup>1)</sup>

7. Nach Ablauf eines Jahres tauglicher Zeit seit dem Vermögensverkauf geht die Anfechtungsklage in allen Fällen nur noch auf das id quod ad eos pervenit.<sup>2)</sup>

2. Dem um den Betrug nicht wissenden Beklagten gegenüber.

II. Dem um den Betrug nicht wissenden Beklagten gegenüber hat die actio Pauliana folgende Wirkungen:

Das Grundprincip, dass die betrügliche Veräusserung gänzlich rescindirt werden müsse,<sup>3)</sup> findet hier nicht unbeschränkte Anwendung; denn sogar im Falle der Schenkung haftet der Beklagte hier nur auf die Bereicherung. Die L. 6 § 11 sagt hierüber:

In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non.

Es ist aber nicht gesagt, dass die Pauliana jedes Mal zulässig sei, wenn Jemand, der um den Betrug nicht wusste, auf Unkosten der Gläubiger vom Gemeinschuldner absichtlich bereichert wurde. Vielmehr ist hier das oberste Princip, dass der Bereicherte nicht hafte wie L. 6 § 8 D. h. t. sagt:

1) cf. L. 22 D. h. t.

2) cf. L. 10 § 24 D. h. t.

3) cf. L. 10 § 22. L. 1 §§ 1. 2. D. h. t.

Ulpianus. — Hoc Edictum eum coërcet, qui sciens, eum in fraudem creditorum hoc facere, suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat; quare si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is, qui cepit, ignoravit, cessare videntur verba Edicti.

Allein diesem Princip ist durch die L. 10 pr. D. h. t.<sup>1)</sup> die Spitze abgebrochen. Denn, auch wenn keine Mitwissenschaft vorliegt, soll es dem Richter frei stehen unter billiger Erwägung der Umstände die Anfechtungsklage zuzulassen. Jedoch kann nie mehr als die Bereicherung herausverlangt werden, wie mehrere Gesetzesstellen bezeugen<sup>2)</sup>.

Für die Prästation der Früchte gelten hier mildere Grundsätze als gegenüber dem mitwissenden Beklagten. Nicht nur kann der Beklagte nothwendige sowie von den Gläubigern bewilligte Aufwendungen in Abrechnung bringen, sondern er darf auch die Früchte, welche er seit der zu seinen Gunsten vorgenommenen Veräusserung bis zur Litiscontestation gezogen und percipirt hat, behalten, und braucht nur die Früchte, welche zur Zeit der gemachten Veräusserung noch nicht percipirt waren; sowie seit der Litiscontestation gezogene und percipirte Früchte zu restituiren, wie gelehrt wird in

L. 25 §§ 4. 5. D. h. t.: Venuleius. — Non solum autem ipsam rem alienatam restitui oportet, sed et fructus, qui alienationis tempore terræ cohærent, quia in bonis fraudatoris fuerunt; item eos qui post inchoatum iudicium recepti sint; medio autem tempore perceptos in restitutionem non venire; item partum ancillæ per fraudem alienatæ medio tempore editum in restitutionem non venire, quia in bonis non fuerit. § 5. Proculus ait, si mulier post alienationem conceperit, et antequam ageretur,

1) »Interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam.«

2) z. B. L. 6 §§ 11. 12 D. h. t.

pepererit, nullam esse dubitationem, quin partus restitui non debeat; si vero, quum alienaretur, prægnans fuerit, posse dici, partum quoque restitui oportere.

Es ist daher zu restituiren:

1. Bei Zahlungen an einen Gläubiger nach eröffnetem Concourse: Das, was Letzterer über die ihm gebührenden Procente seiner Forderungen hinaus besitzt<sup>1)</sup>.

2. Bei Schenkungen: Die dadurch entstandene Bereicherung<sup>2)</sup>. Hieher kann auch die Auszahlung eines Legates und die Bestellung einer dos gehören<sup>3)</sup>.

3. Bei Zahlungen, welche geleistet wurden noch ehe sie fällig waren: Das interusurium (Disconto). Hier kommt natürlich die in L. 10 § 22 D. h. t. erwähnte Ausnahme, nicht stipulirte Zinsen betreffend, zur Anwendung.

4. Bei betrüglichen Pfandbestellungen: Das Pfand oder der daraus gelöste Preis, es sei denn, dass das Pfand oder der aus dessen gültigem Verkauf gezogene Erlös ohne Schuld des Beklagten ihm verloren gegangen, er also durch die Pfandbestellung nicht mehr bereichert ist<sup>4)</sup>.

5. Bei Hingabe an Zahlungs Statt: Nur die hiedurch wirklich entstandene Bereicherung.

6. Bei zu wohlfeilen Verkäufen: Die Bereicherung.

7. Nach Verfluss eines Jahres tauglicher Zeit seit dem Vermögensverkauf kann überhaupt nur noch die Bereicherung eingeklagt werden, wie L. 10 § 24 D. h. t. lehrt.

<sup>1)</sup> cf. L. 6 § 7 D. h. t.

<sup>2)</sup> cf. L. 6 §§ 11. 12. 13. D. h. t.

<sup>3)</sup> cf. L. 10 § 14. L. 25 §§ 1. 2. D. h. t.

<sup>4)</sup> cf. L. 10 § 13. L. 22 D. h. t.

REV15

