

ERNST RABEL

Gesammelte Aufsätze

Band 4:

Arbeiten zur altgriechischen,
hellenistischen und römischen
Rechtsgeschichte 1905–1949

Mohr Siebeck

ERNST RABEL
GESAMMELTE AUFSÄTZE
BAND IV

ERNST RABEL
GESAMMELTE AUFSÄTZE

BAND IV
ARBEITEN ZUR ALTGRIECHISCHEN,
HELLENISTISCHEN UND RÖMISCHEN
RECHTSGESCHICHTE
1905–1949

Herausgegeben von
HANS JULIUS WOLFF
Freiburg i. Br.



1971

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

eISBN 978-3-16-166007-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 1971.

© Ernst Rabel.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0).

Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter:

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	IX
Abkürzungsverzeichnis	XI
1. Eine neue Studie über Ulpian	1
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 49 (1905) 88–96	
2. Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht	9
Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Roman. Abt., 27 (1906) 290–335 und 28 (1907) 311–379	
3. Origine de la règle „Impossibilium nulla obligatio“	105
Mélanges Gérardin, Paris 1907, 473–512	
4. Elterliche Teilung	136
Festschrift zur 49. Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner, Basel 1907, 521–538	
5. Rezension von: <i>Bruck, Eberhard Friedrich</i> : Die Schenkung auf den Todesfall im griechischen Recht bis zum Beginn der hellenistischen Epoche	155
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 30 (1909) 465–475	
6. Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri	167
Leipzig 1909, Veit u. Co.	
7. Rezension von: <i>Wlassak, Moriz</i> : Ursprung der römischen Einrede	235
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 32 (1911) 413–423	
8. Zu den sogenannten praetorischen Servituten	247
Mélanges P. F. Girard, Vol. 2, Paris 1912, 387–413	
9. Ein Ruhmesblatt Papinians. Die sogenannte actio quasi in iustitia	269
Festschrift für Ernst Zitelmann, München–Leipzig 1913, 1–25	

10. Δίκη ἐξούλης und Verwandtes	294
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 36 (1915) 340–390	
10a. Zur δίκη ἐξούλης	336
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 38 (1917) 296–316	
11. Gefahrtragung beim Kauf	354
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 42 (1921) 543–564	
12. Rezension von: <i>v. Woelf, Friedrich</i> : Untersuchungen über das Urkundenwesen und den Publizitätsschutz im römischen Ägypten . .	372
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 45 (1925) 518–537	
13. Rezension von: <i>Mélanges Cornil</i>	395
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 47 (1927) 477–488	
14. Rezension von: <i>Korošec, Viktor</i> : Die Erbenhaftung nach römischem Recht. Erster Teil: Das Zivil- und Amtsrecht	403
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 49 (1929) 580–585	
15. Die Erbrechtsstheorie Bonfantes	409
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 50 (1930) 295–332	
16. <i>Negotium alienum und animus</i>	441
Studi in onore di P. Bonfante, Vol. 4 (Mailand 1930) 279–304	
17. Rezension von: <i>De Visscher, Fernand</i> : Etudes de droit romain . . .	466
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 52 (1932) 466–481	
18. Eine neue Vollmachtsurkunde	484
Aegyptus 13 (1933) 374–380	
19. Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom . .	491
Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, Roma Vol. 1, Pavia 1934, 235–242	
20. Rezension von: <i>Romano, Silvio</i> : Appunti sul pegno dei frutti nel diritto romano	497
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 53 (1933) 587–592	
21. In memoriam Pietro Bonfante	503
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 53 (1933) 647–649	
22. In memoriam Vittorio Scialoja	507
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 54 (1934) 492–496	

23. Katagraphe	513
Zeitschrift der Savigny Stiftung, Roman. Abt., 54 (1934) 189–232	
24. Erbgemeinschaft und Gewährleistung	549
Mnemosyna Pappulias, Athen 1934, 187–212	
25. Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland	574
Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, Bologna Vol. 2, Pavia 1935, 183–190	
26. Zum Besitzverlust nach klassischer Lehre	580
Studi in onore di S. Riccobono, Vol. 4, Palermo 1936, 203–229	
27. Systasis	607
Archives d'Histoire du Droit Oriental 1 (1937) 213–237	
28. Real Securities in Roman Law. Reflections on a Recent Study by the Late Dean Wigmore	628
Seminar 1 (1943) 32–47	
29. In tema di delegazione	642
Scritti in onore di C. Ferrini, Vol. 4, Mailand 1949, 218–219	

VORWORT

Der vorliegende Band, der die verstreuten Arbeiten *Ernst Rabels* zur altgriechischen, hellenistischen und römischen Rechtsgeschichte zusammenfaßt, bringt die Sammlung seiner Aufsätze zum Abschluß. Wie die ersten drei Bände ist er grundsätzlich auf Veröffentlichungen beschränkt, die in Zeitschriften, Fest- und Gedächtnisschriften und Kongreßakten erschienen sind; einzig die kleine Monographie über „Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri“ (Abh. 6), die, 1909 im Verlag Veit und Co. in Leipzig herausgebracht, heute kaum mehr greifbar ist, bildet eine Ausnahme. Die übrigen in Buchform vorhandenen Werke *Rabels* zu einschlägigen Themen – „Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte“ (Leipzig 1902, Veit u. Co.), die 1915 als Beitrag zu Band I von Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft publizierten, 1955 aber vom Verlag Benno Schwabe u. Co. in Basel als selbständiges Buch neu aufgelegten „Grundzüge des römischen Privatrechts“, sowie die Ausgabe der Basler Papyri (Berlin 1917, Weidmann [Abh. Ak. Göttingen, Ph.-Hist. Kl., N. F. XVI 3]) – konnten und brauchten nicht mit aufgenommen zu werden. Desgleichen war es weder möglich noch angebracht, alle rechtshistorischen Rezensionen *Rabels* wieder abzudrucken; der Herausgeber hofft, daß die von ihm getroffene Auswahl alle diejenigen Besprechungen erfaßt hat, die wichtige wissenschaftliche Stellungnahmen enthalten. Ebenso wurde unter den Nachrufen eine Auswahl getroffen.

Die Anordnung der Arbeiten ist chronologisch. Alle sind grundsätzlich in der Form wiedergegeben, in welcher sie am Orte der Erstveröffentlichung, deren Seitenzahlen jedesmal genau bezeichnet werden, erschienen sind. Lediglich in der Zählung der Anmerkungen, die jeweils für jede Abhandlung durchgezählt werden, ist, soweit nötig, geändert worden; auch ist die Methode der Zitierung von Literatur und Quellen – namentlich von Inschriften und Papyri – heutigem Brauch angepaßt und nach Möglichkeit vereinheitlicht worden.

Dank gebührt der Gesellschaft der Freunde der Universität Mannheim, die durch zwei großzügige Spenden nicht zuletzt den Druck dieses Bandes, wenn auch mit mehrjähriger Verspätung, ermöglicht hat. Für die Beschaffung der Beihilfe sind die Herausgeber neben anderen vor allem Herrn Kollegen *Konrad Duden* in Mannheim verpflichtet. Die Herstellung des Druckmanuskripts, die Vereinheitlichung der Zitierweise und die Korrekturen wurden von Herrn Dr. *Harald Meyer-Laurin* und seiner Gattin besorgt; auch ihnen sei für ihre aufopferungsvolle Mühe herzlichst gedankt.

Freiburg i.Br., im September 1970

Hans Julius Wolff

ABKÜRZUNGEN

Aus sich selbst verständliche Abkürzungen erscheinen nicht in dieser Liste. Die Abkürzungen der Titel von Quellenpublikationen folgt heutigem Gebrauch.

A.	Archiv
AcP.	Archiv für die civilistische Praxis
AG.	Archivio Giuridico
AP.	Archiv für Papyrusforschung
<i>Beauchet</i> (DA.)	<i>Beauchet</i> , Histoire du Droit Privé de la République Athénienne
BCH.	Bulletin de Correspondence Hellénique
BIDR.	Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano
Chr.	Chrestomathie
Dir. er.	Diritto ereditario
DJZ.	Deutsche Juristenzeitung
DLZ.	Deutsche Literaturzeitung
DPR.	Deutsches Privatrecht
DRG.	Deutsche Rechtsgeschichte
EP.	Edictum Perpetuum
Gdz.	Grundzüge
GGA.	Göttingische Gelehrte Anzeigen
Girow.	Girowesen
Harv. L. R.	Harvard Law Review
Hdb.	Handbuch
Hdwb.	Handwörterbuch
Ill. L. R.	Illinois Law Review
Inst.	Institutionen
Ist(it.)	Istituzioni
JB.	Jahrbücher
Kr. Vjschr.	Kritische Vierteljahrsschrift
<i>Lipsius</i> , AR.	<i>Lipsius</i> , Das attische Recht und Rechtsverfahren
<i>Mey.</i> J. P.	<i>Meyer</i> , Juristische Papyri
N.	Note
N. F.	Neue Folge
P.	Pandekten
Pfdr.	Pfandrecht(lich)
PR.	Privatrecht
RE.	Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft
Rec.	Recueil
Rend. Linc.	Rendiconti Accadem. dei Lincei
RG.	Rechtsgeschichte
RGZ.	Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen
RHD (FE.)	Revue Historique de Droit Français et Étranger
RIL.	Rendiconti Istituto Lombardo
RISG.	Rivista Italiana delle Scienze Giuridiche
RPR.	Römisches Privatrecht
RRG.	Römische Rechtsgeschichte
Scr.	Scritti
SZ.	Zeitschrift der Savigny Stiftung
Tijdschr.	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
VIR.	Vocabularium Iurisprudentiae Romanae
WB.	Wörterbuch
<i>Wess.</i> Spec. isag.	<i>Wessely</i> , Specimina isagogica
Z.	Zeitschrift
Z. (f.) HR.	Zeitschrift für Handelsrecht
Z. f. R. G.	Zeitschrift für Rechtsgeschichte

1. EINE NEUE STUDIE ÜBER ULPIAN*

In dem letzterschienenen Halbbande der bei allen Altertumsfreunden hochangesehenen Pauly-Wissowaschen Realenzyklopädie hat Professor *Paul Jörs* dem bekanntesten römischen Juristen eine [89] Untersuchung gewidmet¹, die in der gebotenen ganz knappen Fassung eines Wörterbuchartikels die Früchte von soviel Mühe und Scharfsinn zusammendrängt, daß es wohl am Platze scheint, größere juristische Kreise auf dieses Kompendium *in nuce* aufmerksam zu machen. Lediglich dies ist denn auch der Zweck des nachfolgenden Referats, welches aus dem stattlichen Tatsachenmaterial der nicht jedem Praktiker zugänglichen Abhandlung die wichtigsten neuen oder neu bestätigten Ergebnisse herausstellen und in wenig Worten auf die Tragweite derselben hinweisen möchte. Die Ulpianischen Fragmente füllen bekanntlich für sich allein fast ein Drittel der Digesten. Freuen wir uns, diesen fruchtbaren und reichlich exzerpierten Klassiker mit den Philologen als Domitius – bereits unter D begrüßen zu dürfen!

I. Ulpians Leben und Werke

In Tyrus geboren, uns aber (trotz *Bremer*) nur in einer römischen Wirksamkeit bekannt, ist Ulpian 203 (oder 205) bis 211 n. Chr. Assessor im Konsilium des *praefectus praetorio* Papinian gewesen. In irgendeiner früheren Periode, nicht nach 211, hat er ferner nach des Verfassers ansprechender Vermutung – die ich auch der bisher m. E. besten Erklärung von *Hirschfeld*, *Philologus* Bd. 29 S. 33 vorziehe – das Amt *a libellis*, des Vorstehers einer der kaiserlichen Kanzleien, bekleidet. Am 31. März 222 wird er als *praefectus annonae* (CJ. 8. 37. 4), schon am 1. Dezember 222 aber als *praefectus praetorio* (CJ. 4. 65. 4) genannt.

* Aus: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 49 (1905), 88–96. [Die Anmerkungen wurden durchnummeriert.]

¹ RE. V 1, 1435–1509 s. v. Domitius Ulpianus.

Das letztere Zeugnis, dem mit Recht allseits Glauben geschenkt wird, gibt übrigens in doppelter Richtung zu denken. Man fühlt sich schon dadurch eigentümlich berührt, daß diese Konstitution von der Klage des Kunden eines provinziellen Lagerhauses (*horrea*) redet und dem Statthalter aufträgt, falls er die Sache größerer Aufmerksamkeit für bedürftig erachtet, – also nicht im Instanzenzuge – sie an den „*praefectus praetorio*“ Ulpian abzugeben. Die Angelegenheit würde nicht übel gerade in die Zuständigkeit des mit der Aufsicht über die *horrea* betrauten und derartige Klagen entgegennehmenden *praefectus annonae* passen (vgl. Paulus, D. 14. 5. 8). Denn daß dieser Beamte seit Septimius Severus auf den stadtrömischen [90] Wirkungskreis beschränkt gewesen sei, ist nur eine zweifelhafte Vermutung (vgl. Hirschfeld, Röm. Verwaltungsgesch. S. 137). Dennoch kann man kaum etwa die Echtheit des Textes verdächtigen, da ein zwingender Grund gegen die Zuweisung an den *praefectus praetorio* sicherlich nicht vorliegt. – Ziemlich auffällig scheint mir dagegen, daß der Kaiser in dem Reskripte Ulpian „*parentem meum*“ nennt, während es in CJ. 8. 37. 4 heißt: „*amici mei*“. Ein höfischer Titel „Vater“ gleich dem der „*amici*“ und „*comites*“, wie Karlowa, Röm. Rechtsgesch. I S. 511 meint, ist doch sonst nirgends bezeugt. Auch eine bloße Zärtlichkeit Alexanders gegen seinen väterlichen Freund wird man in einem einer Privatstreitsache gewidmeten Erlasse nicht suchen. Selbst das hält schwer, die Bezeichnung auf die Mitgliedschaft Ulpians an dem sechzehngliedrigen senatorischen Regentschaftsräte zu beziehen². Ulpian muß daher wohl in einem nicht bekannten persönlichen Verhältnisse zum Kaiser gestanden haben. Sollte er etwa zu irgendeiner Zeit³ dessen Vormund gewesen und die Notiz in Historia Aug. Vita Alex. 51: „*Ulpianum pro tutore habuit*“ wörtlich zu nehmen sein? Die Historiker mögen diese Frage besser zu beantworten imstande sein.

Als *praefectus praetorio*, erster Minister, war Ulpian dann der mächtigste Mann im Reiche so lange, bis seine ziemlich erfolglosen Versuche, die Garde in strengerer Zucht zu halten, ihn bei einer Revolte unter den Augen des Kaisers und dessen tatkräftigerer Mutter ums Leben brach-

² Anderweitig bezeugt ist auch nur seine Teilnahme am weiteren Räte, dem *consilium principis*.

³ Vor der Mitregierung oder Alleinregierung Alexanders? Das 14. Lebensjahr, welches damals übrigens noch nicht allseits als feste Grenze der Unmündigkeit angenommen war (Ulp. Frag. 11. 28), vollendete Alexander am 30. September 222 (geb. 1. Oktober 208), also nach seiner Thronbesteigung, jedoch vor dem Datum jener Konstitution. Daß ein Kaiser des Augusteischen Prinzipats als unmündig gegolten hätte, ist sonst unbekannt. Aber die Regierung Alexanders bietet ja vielerlei Anomalien.

ten; doch wohl ungefähr im Jahre 228, Jörs vermeidet die Präzisierung des Datums.

„Über Ulpian's juristische Ausbildung sind wir nicht unterrichtet.“ In eigener juristischer Betätigung war er Ratsmann von Magistraten, Respondent und Rechtslehrer. Dazu kommt natürlich die vom Verfasser nicht noch besonders hervorgehobene jurisdiktionelle Tätigkeit in den amtlichen Stellungen.

Auf Sp. 1439–1455 gibt Jörs einen Katalog der einzelnen [91] Schriften Ulpian's⁴, auf Sp. 1501–1509 eine maßgebende Darlegung der Zeit ihrer Abfassung: Ulpian hat viel geschrieben, aber seine Werke sind „in der Gestalt, wie sie auf die Nachwelt kamen“, fast ausschließlich unter Caracallas Regierung 211–217 n. Chr., sehr wahrscheinlich keines nachher, veröffentlicht worden. Nur eine Einschränkung möchte ich – abermals hypothetisch – beifügen, die sich auf einen anschließend von Jörs selbst erbrachten Nachweis stützen kann. In Prüfung, Aufnahme und Erweiterung einer These *Th. Mommsens* führt er nämlich aus, daß gerade die größten Schriften, die Kommentare zum prätorischen Edikt und zu den *libri tres juris civilis* des Masurius Sabinus, in viel weiter zurückliegenden Jahren verfaßt und sodann einer vielleicht bereits vor 211 beginnenden durchgreifenden Umarbeitung unterzogen worden waren. Die Umformung des Ediktkommentars gedieh in größerem Maßstabe nur bis zum 52. Buche; die weiteren, wesentlich in der alten Form belassenen 31 Bücher (30 ist Druckfehler; 29 *ad edict. praet.* und 2 *ad ed. aed. cur.*) sind es auch, deren Ungereimtheiten Ulpian in den Augen der Modernen am meisten geschadet haben. Gerade in dem *letzten* umgearbeiteten Buche 52 begegnet nun, kurz nachdem Antoninus (Caracalla) als Imperator, also als regierend erwähnt wird, das auf den verstorbenen Caracalla gehende Zitat „*constitutio divi Antonini*“ (D. 36. 4. 5. 16 u. 25). Jörs vertraut (Sp. 1439) mit Recht dem ersteren Zitat. Aber ob das zweite, wie er vermutet, schlecht überliefert ist oder ob nicht vielmehr hier Ulpian selbst erst nach des Kaisers Tode eine ergänzende Bemerkung eingeflickt hat, scheint mir dahingestellt bleiben zu müssen (vgl. auch Kipp, Quellenkunde, 2. Aufl. S. 123 Anm. 53). Und dies regt neuerlich den Zweifel an, ob das ganze Werk nach der Revision noch unter Caracalla veröffentlicht wurde.

Welches Ansehen die Ulpianischen Schriften in der Praxis der Folge-

⁴ Ad III 1 (Kommentar zum Edikt): vgl. neuestens rücksichtlich des Ulpianischen Darstellungsplans in seinem Verhältnisse zum Edikt und zu vorausgehenden Kommentaren anderer Juristen: Girard, Nouv. rev. hist. 28, 124f.; 138ff.

zeit genossen, weiß man seit jeher aus dem Zitiergesetz und der Wertschätzung durch Tribonian. Zahlreiche größere und kleinere Reste aus seinen Büchern illustrieren heute die Verbreitung derselben in Abschriften, Auszügen und Kompilationen, im Abend- und Morgenlande. Zu den Zeugnissen aus dem Orient gesellen sich jetzt auch [92] mehr und mehr Funde im Boden Ägyptens. So hat kürzlich *Lenel* neue von der Straßburger Bibliothek erworbene Bruchstücke publiziert, die aus dem dritten Buche der Disputationen stammen (Sitzungsber. preuß. Ak. 41, 1903, 922 und Nachtrag ebenda 1034, dazu SZ. 24, 416)⁵. Einen fragmentarischen ägyptischen Papyrus, den *Grenfell* und *Hunt* in „Fayum Towns and their papyri“ (1900) Nr. 10 veröffentlichten, haben gleichzeitig *O. Plasberg*, Wochenschrift für klass. Philol. 1901 Sp. 141 und *Ferrini*, Rendiconti del Istituto Lombardo, Serie II Vol. 34, 1901 S. 1087, als jenem *Caput ex mandatis* Trajans angehörig erkannt, welches Ulpian l. 45 *ad. ed. D.* 29. 1. 1 pr. zitiert. Der kümmerlich erhaltene Rest eröffnet leider keine Gewißheit, ob es sich bloß um die Abschrift der kaiserlichen Verfügung, etwa innerhalb der Sammlung eines Beamten, oder ebenfalls um eine Ulpianhandschrift – noch allzu sicher meint *Ferrini*: eine Juristenschrift – handle. Hätten wir in dem vermutlich spätestens Mitte des 3. Jahrhunderts entstandenen Stücke wirklich Ulpian vor uns, so wäre eine sehr frühzeitige Benutzung desselben in Ägypten dargetan.

II. Der Charakter der Ulpianischen Schriftstellerei

*Pernice*⁶ hat gegen Ulpian eine Schrift voll wuchtiger Beschuldigungen ergehen lassen, und seinen Zweck, „gegen Ulpians Schriftstellerei nach den verschiedensten Richtungen hin mißtrauisch zu machen“, gründlich erreicht. Man ist unter dem Eindrucke seines gelehrten und zu einem Teile unbestreitbar gerechtfertigten Klagelibells gewöhnt, sich Ulpian als einen ebenso fruchtbaren als gedankenlosen Autor vorzustellen. Die Übertreibungen in diesem unseren Urteile beseitigt nunmehr die wirkungsvolle Ehrenrettung, die *Jörs* seinem Juristen bereitet. Der Hauptangriff galt der Abhängigkeit Ulpians von seinen Vorgängern, und an diesem Punkte setzt daher auch die *Jörs*sche Verteidigung ein.

Die Werke, welche überhaupt die benutzten Quellen zu erkennen ge-

⁵ Diesem Funde folgte die Auffindung zweier weiterer kleiner aber höchst wichtiger Stücke derselben Pergamenthandschrift, veröff. von *Lenel*, Sitzungsber. 1904, S. 1156.

⁶ Sitzungsber. preuß. Ak. 1885 I. S. 443ff.

statten, müssen nach *J.* (Sp. 1456) in zwei Gruppen gesondert werden. 1. Diverse Schriften, zumal die über die Amtspflichten der [93] Magistrate, sind Ulpian's originales Produkt. Sie beruhen auf einer planmäßigen Durchforschung der kaiserlichen Archive und auf der wissenschaftlichen Verwertung der so gesammelten Kaisererlasse. Diese Arbeit war Ulpian durch seine Stellung in der Kanzlei ermöglicht; sie schuf dem Gerichtsgebrauch im ausgedehnten Reiche ein außerordentlich wertvolles Hilfsmittel. 2. In den Kommentaren dagegen hatte Ulpian allenthalben Vorgänger, aus deren Schriften er sein Material zusammentrug. Seine Absicht und sein Erfolg waren wiederum, der Praxis die Richtschnur zu geben. Allerdings, wissenschaftliche Fortschritte, schöpferische Kraft und Schärfe des Urteils kann man ihm nicht nachrühmen, dabei bleibt es auch nach *Jörs*. Aber von mechanischer und oberflächlicher Ausbeutung der vorgefundenen Schätze war er weit entfernt. Er hat sie vielmehr treu und verständnisvoll bewahrt, er hat auch das neuere Recht eingefügt, gelegentlich Rechtsfälle aus der eigenen Erfahrung eingeflochten, das Verwaltungs- und Strafrecht so eingehend behandelt, wie sonst kein römischer Jurist. Von Wiederholungen, Widersprüchen, Auktoritätsglauben ist er nicht ganz freizusprechen; aber viele der an ihm gerügten Mängel fallen nicht ihm, sondern den verschneidenden und kompilierenden Byzantinern zur Last. Wie resolut sie gestrichen haben, das zeigen nächst *Jörs'* Tabellen („Röm. Rechtswiss. zur Zeit der Republik“ I. S. 11 ff. und im vorliegenden Artikel) jetzt wieder die von *Lenel* herausgegebenen Bruchstücke.

Und wenn *Pernice* behauptete, Ulpian habe die „älteren Juristen des ersten Kaiserjahrhunderts“ fast ausschließlich aus zweiter Hand benutzt, so belehrt uns nun eine mit unendlichem Fleiße gearbeitete Untersuchung, daß es sich auch damit einigermaßen anders verhielt (Sp. 1466 ff.). Ulpian schuf sich seinen umfangreichen Apparat im wesentlichen aus zwei selbstverfertigten Sammelmassen. Die eine umschloß gewisse literarische Hauptquellen, die andere eine Fülle sonstiger Werke. Er schöpfte dabei in großem Maßstab aus erster Hand, allerdings nicht ohne vorgefundene Zitate häufig einfach mitgehen zu lassen, fast überall aber an eigener Arbeit quantitativ Beträchtliches leistend. Wir finden hier gegen *Pernice* das vorsichtiger Urteil von *Krüger* und vollinhaltlich dasjenige, welches neuestens *Kipp* a. a. O. aussprach, bekräftigt. Und wir nehmen den Eindruck mit fort, daß Ulpian ein Epigone, aber nicht der letzte der Banausen war. Die Kommentare Ulpian's lesen sich wie „mit besonderer Rücksicht auf die Praxis vermehrte und verbesserte Auflagen“ Jahrhun-

derte [94] alter Werke. Das war schließlich in Rom nicht bloß Ulpianische Methode, ein anderes Beispiel soll sofort erwähnt werden; doch freilich eine Methode, welche zu allen Zeiten gerade dem unschöpferischen verständigen Fleiße ebenso sehr zusagte als gefährlich ward.

III. Exegetischer Gewinn

Welche Wichtigkeit den Zeitangaben über die Entstehung römischer Juristenschriften zukommt, leuchtet ebenso sehr ein, wie daß das allgemeine Urteil über die Arbeitsweise eines Klassikers das Vertrauen empfindlich bestimmt, mit dem wir denselben als Quelle benutzen dürfen. Werden künftig hierfür rücksichtlich des am massenhaftesten vertretenen römischen Juristen die Darlegungen von *Jörs* die maßgebende Rolle übernehmen, so ist es auch z. B. nicht gleichgültig, wenn wir jetzt wissen, daß Ulpian seine großen Kommentare vielfältig durch Nachträge ergänzte. Wer jemals ein Manuskript überarbeitete, der weiß, daß die Nacharbeit trotz aller Anstrengungen doch hie und da von der Umgebung absticht. Das bedeutet für uns eine Warnung davor, unter dem Titel jener Werke überlieferte Sätze nur deshalb den Kompilatoren zuzuschreiben, weil sie sich durch eine Ungeschicklichkeit als nachträgliches Einschleusen verraten.

Einen ganz besonderen Dienst leistet der Textkritik und Exegese eine Bemerkung zum Sabinuskommentar (Sp. 1441 ff.). *Jörs* bestätigt auf Grund seiner Nachforschungen gegenüber abweichenden Ansichten von *P. Krüger*, Quellen S. 174 (nicht 169), 218 und neuerdings *Bremer* die Beobachtung *Lenels* und *Kipps*: daß Ulpian gleich seinem Muster Pomponius den Text des Sabinus Satz für Satz, zustimmend, ergänzend, erweiternd, einschränkend, kommentierte, und daß man daher in den Pandekten sehr oft die Worte des Sabinus unverändert oder mit geringfügigen Veränderungen vorfindet, häufig aber auch Erörterungen über eine von den Kompilatoren getilgte Äußerung des Sabinus begegnet. Wir bekommen hier ein Gegenstück zu den Interpolationsentdeckungen; die Digestenfragmente zerfallen in drei Hauptschichten: Sabinus, Ulpian, Tribonian. Diese Wahrnehmung ist von um so größerer Tragweite für die Auslegung, als sie wohl zur Rücksicht auch noch auf die Eventualität zwingt, daß Ulpian gelegentlich seiner Vorlage folgt, seine gewohnten berichtigenden Zusätze aber unterlassen oder unterdrückt sind. Alle diese Wahrheiten wurden längst hie und da beherzigt. So ist der „auffallende

Widerspruch“ in D. 47. 2. 48. 5; 6, [95] wo das Eigentum des gutgläubigen Besitzers an den Früchten zuerst gezeugnet, dann anerkannt wird, von *Dernburg*, Pand. I § 205 Anm. 12 und *Lenel*, Pal. Ulp. 2885 als Ausspruch des Sabinus mit der rektifizierenden Note Ulpians erklärt worden⁷. Nunmehr wird auf all das methodisch Rücksicht zu nehmen sein.

Die Anlehnung der Kommentare von Pomponius und Ulpian an ihre Vorlagen ist also stärker, als man sich bis vor kurzem gemeinhin vorstellte. Überaus starke Anlehnung an ältere Schriften verrät aber auch ein ganz anders geartetes Werk, über das sich *Jörs* gelegentlich der Besprechung von Ulpians *regulae* (Sp. 1449) äußert: die für uns so wichtigen, den *regulae* merkwürdig verwandten Institutionen des Gajus. Man hat bereits wiederholt die recht glaubwürdige Vermutung ausgesprochen, Gajus biete nicht eine von ihm neu ersonnene Darstellung. *Jörs* verweist zur Unterstützung auf die nicht genügend beachtete Tatsache, daß Gajus in seinen Institutionen, abweichend von seinem Ediktskommentare, die Juristen des ersten Jahrhunderts oftmals zitiert, dagegen von allen Zeitgenossen nahezu niemanden und selbst den großen Julian nur zweimal, offenbar lediglich nach der Erinnerung anführt. Dies läßt darauf schließen, daß Gajus einen unbekannten älteren Autor überarbeitete, welcher „etwa der zweiten Hälfte des 1., spätestens dem Anfange des 2. Jahrhunderts angehörte“, und dessen Literaturbelege Gajus nicht zu vermehren beabsichtigte. Das angegebene Datum dürfte übrigens angesichts dessen, was Gajus verschweigt und was er lehrt, – man denke z. B. an die viel erörterte Definition Gai 4, 5, welche, wenn sie einen Sinn haben soll, nur altertümlich sein kann: *Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus dar[i] fieri oportere intendimus, conditiones* – die Frage veranlassen, ob der ältere Autor nicht noch ältere Vorlagen hatte; und das „Schulbuch“ (*Bekker*: „Schulbuch der Sabinianer“) wird immer plausibler. Dem [96] – oder einem – Mutterwerke folgen sichtlich auch Ulpians *regulae* und zwar vermutlich in größerer Unmittelbarkeit als Gajus.

Es wird demnach immer deutlicher, daß die erwähnten Schriften von Gajus, Pomponius, Ulpian eine besonders stark reproduzierende Tra-

⁷ So habe ich auch selbst z. B. den berühmten Ausspruch Ulp. L. 34 ad Sabinum D. 18. 1. 25. 2: „*Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spondit*“ als vielleicht dem Sabinus angehörig bezeichnet. (Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte S. 113.) Es wäre nunmehr mit erhöhter Sicherheit zu vermuten, daß dieser für das spätclassische System allzuschroff klingende Leitsatz von Ulpian nicht geformt, sondern nur mitgenommen wurde.

dition aufweisen. Sie unterscheiden sich, wie es scheint, dadurch von der übrigen römischen Literatur, doch mehr in der Nuance als im Wesen. Am nächsten stehen ihnen in dem Aufbauen auf Form und Stoff von Vorgängern natürlich die Kommentare, Auszüge, Noten zu älteren Autoren. Allein auch sonst begegnet man stellenweise ähnlichen Vorgängen, die durch die römische Gewohnheit, Rechtsstoff, Regeln und System von einem Juristenzeitalter zum anderen zu übernehmen, noch nicht notwendig verursacht waren. Durch derartige äußere Anknüpfungen erfuhren die retardierenden Momente in der römischen Dogmengeschichte eine Verschärfung, die zur Erklärung der bekannten, ebenfalls exegetisch wichtigen, Tatsache beiträgt, daß trotz des lebhaften Zusammenarbeitens der römischen Rechtslehrer da und dort der spätere Jurist als Anhänger der älteren Lehre auftrat, die dogmengeschichtliche Entwicklung sich bisweilen statt in geschlossener in gebrochener Linie vollzog.

Pernice hat seine Abhandlung „Ulpian als Schriftsteller“ mit den Worten begonnen: „Um ein vollständiges Bild von Ulpians schriftstellerischer Tätigkeit zu haben, müßte man seine sämtlichen Werke untersuchen und bestimmen, wie sie gearbeitet sind und welche Begabung sich in ihnen zeigt“. Dieses von ihm selbst nicht unternommene Riesenwerk ist jetzt soweit getan, daß es zu der fest umrissenen Zeichnung nur noch der koloristischen Ausführung bedarf, um die vollständige literaturgeschichtliche Würdigung Ulpians zu erzielen. Und dürfte der unbescheidene Wunsch gewagt werden, daß uns auch diese dereinst der Verfasser der „Römischen Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik“ schenken möge?

2. NACHGEFORMTE RECHTSGESCHÄFTE*

Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession
und vom Pfandrecht

I. Jherings Theorie der Scheingeschäfte

Als *Jhering* das Walten des römischen Rechtsgeistes zu erforschen unternahm, erkannte er mit scharfem Blick die Zusammengehörigkeit einer Anzahl von Rechtsgeschäften, die er Scheingeschäfte nannte und die man seit *Bechmann* die abstrakten oder typischen Scheingeschäfte zu benennen pflegt. Manzipations-Übereignung, Testamentum per aes et libram, Acceptilatio und andere allbekannte Geschäftstypen zeigen das Gemeinsame, daß ein Rechtsakt seinen nächstliegenden Zwecken entfremdet ist. Ein originäres, ein „Muttergeschäft“ gebiert ein abgeleitetes, „Tochter“- und bisweilen dieses ein „Enkelgeschäft“; die Manzipation, ursprünglich Kauf, wird zur Eheschließung und die Coemptio dient ihrerseits Frauen zum Wechsel des Geschlechtsvormunds. *Jhering* hat diese auch von den späteren Römern nicht immer verstandenen Gebilde als erster zu erklären versucht, indem er sie als Träger des altertümlichen Formalismus¹[291] und als künstliche Mittel kennzeichnete, deren sich auf einer niedrigeren Stufe die Juristentchnik bediente, um „den vom Recht gebilligten Zwecken“ zuzustreben². Manche Säulen sind seiner Lehre im Laufe der Zeit entzogen worden³. Dennoch steht

* Aus: Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abt., 27 (1906), 290–335 und 28 (1907), 311–379. [Die Seitenzahlen des Schlusses (SZ. 28, 311ff.) sind in Spitzklammern gesetzt. Die Anmerkungen beider Teile wurden durchnummeriert.]

Die vorliegende Abhandlung ist die ausführliche Bearbeitung einer unter dem gleichen Titel in Leipzig am 28. Oktober 1905 gehaltenen akademischen Antrittsrede. Die darin vertretene Grundansicht habe ich zu meiner Freude seither in einer gelegentlichen Bemerkung *Wlassaks*, SZ. 26 (1905), 403 Anm. 1 (verwertet unten S. 315 [hier S. 30]) geteilt gefunden.

¹ Geist des römischen Rechts ⁵ 2, 2, 528–537. ² Ebd. ⁴ 3, 1, 281–301. ³ Z. B. ist das Widerspruchsvolle seiner Darstellung der Manzipation als uranfänglichen Scheingeschäfts von *Bechmann*, Kauf 1, 53ff. 124, der Injurecessio von *Demelius*, Confessio 99ff. nachgewiesen worden. Auch diese beiden Gelehrten rühren aber nicht an der Grundanschauung *J.*'s.

sie scheinbar noch immer aufrecht, vom vollen Glanze *Jheringscher* Darstellungskunst umflossen, von reichen und tiefen Gedanken erfüllt, eine der schönsten Partien seines größten rechtshistorischen Werkes. Es ist ja auch völlig überzeugend, daß wir in jenen Geschäften die Auskunftsmittel einer roheren und sparsamen Technik vor uns haben, welche in Anklammerung an die vorhandenen Geschäftsformen neu auftauchende Lebensbedürfnisse befriedigt. Doch wird es sich bald herausstellen, daß allzuviel Verdienst daran den *beurteilenden* Juristen auf Kosten der Praktiker beigemessen wurde. Unzureichend aber war vor allem die Erfassung der Erscheinung unter den Überschriften: „der Formalismus“ und die „künstlichen Mittel“.

An zwei Punkten muß sich eine erneute zusammenfassende Betrachtung von der *Jheringschen* Lehre trennen. *Jhering* hat wohl geahnt, daß die Herrschaft der „Scheingeschäfte“ durch die Bannmeile Roms nicht begrenzt ist. Aber er begnügte sich mit dem einzigen Satz: „Sie wiederholen sich auf einer gewissen Kulturstufe überall, wofür insbesondere die Geschichte des englischen Rechts die lehrreichsten Beispiele liefert; mit Zurücklegung derselben sterben sie mehr und mehr ab, bis sie sich endlich völlig verlieren“⁴. Schon der letzte Teil dieses Satzes ist durch die allgemeine Auffassung *J.*'s von der wesentlich formalistischen Struktur der Scheingeschäfte bedingt und von anderem Standpunkt aus unrichtig. *J.* war aber so weit davon entfernt, die internationale Ausdehnung des Phänomens ernstlich zu würdigen, daß er in den Scheingeschäften den bemerkenswertesten Niederschlag der römischen „Gleichgültigkeit [292] gegen das wahre Wesen der Dinge“ sah, jenes „formalistischen Nihilismus, der schon früh einen Charakterzug des römischen Volkes bildete“. Die römische Jurisprudenz habe über dem strengen festgehaltenen juristischen Moment das ethische preisgegeben und damit das erste Beispiel dafür geliefert, daß man im verfallenden Rom die Ehe, das elterliche Verhältnis, die Ehre und jegliches andere Rechtsinstitut in den Staub zog, „um irgendeinen schnöden Zweck damit zu erreichen“ – eine Anklage, die mit dem Ausruf schließt: „*Die Römer haben die Scheingeschäfte nicht umsonst gehabt!*“⁵ Darin ist zum mindesten eine starke Übertreibung enthalten. Denn das Charakteristische der Scheingeschäfte, die Verwendung eines juristischen Aktes zu fremden Zwecken, kehrt bei den verschiedensten Völkern und zu den verschiedensten Zeiten wieder.

Für *J.* lag aber, und dies ist sein zweiter Irrtum, eben das Wesen der Scheingeschäfte anderswo. „Das Scheingeschäft enthielt für die ältere

⁴ 3, 1, 289. ⁵ Von *J.* gesperrt. 3, 1, 266.