

# Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere

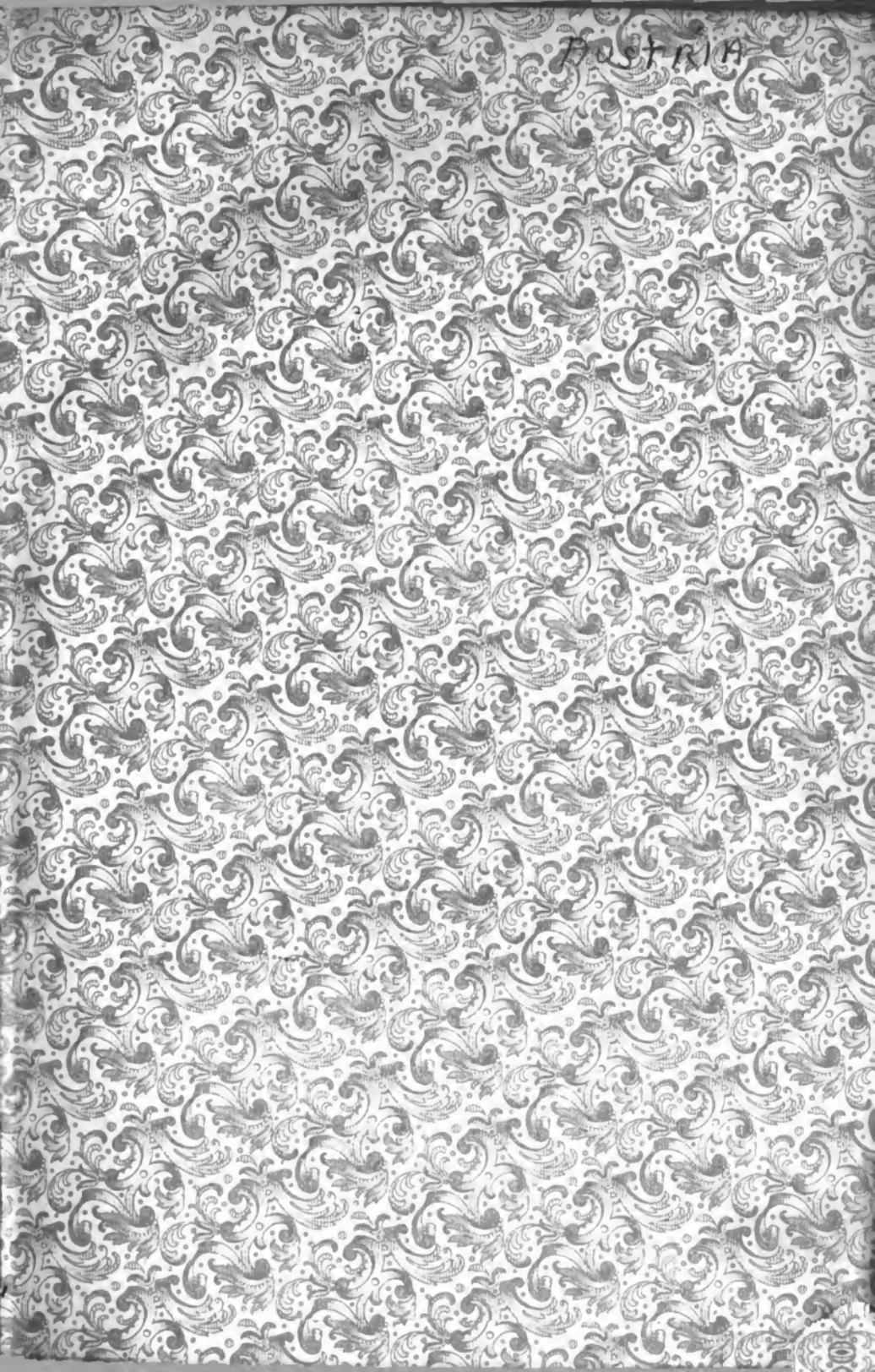
Ivo Pfaff



HARVARD LAW LIBRARY.

Received *May 2, 1905.*

AUSTRIA



+

c

# Bur Lehre

vom sogenannten

## in fraudem legis agere

von

Dr. Ivo Pfaff.



Wien 1892.

Wanysche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I. Hofmarkt.

+

471

723

Rec. May 2, 1905.

# Meinem Vater

in Liebe und Dankbarkeit.

## Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Einleitung . . . . .	1
§. 1. Der rigor des alten Rechtes und das in fraudem legis agere . .	7
§. 2. Die extensive Interpretation . . . . .	14
§. 3. Die ältere Literatur . . . . .	20
§. 4. Neuere Literatur . . . . .	36
§. 5. Kritische Besprechung der einschlagenden Literatur im Allgemeinen .	47
§. 6. Die Definitionen von Savigny, Bähr, Windscheid und Unger	50
§. 7. Die Definition Thölz . . . . .	57
§. 8. Der Sprachgebrauch: Bedeutung des Wortes fraus . . . . .	62
§. 9. Fortsetzung: Bedeutung des Wortes Umgehung . . . . .	70
§. 10. Arten der Gesetze, bei denen das in fraudem legis agere möglich ist	79
§. 11. Die rechtswidrige Absicht als Erfordernis des in fraudem legis agere . . . . .	83
§. 12. Das Ziel des in fraudem legis agere: Erreichung eines von der Rechtsordnung verwehrten wirtschaftlichen Zweckes oder materiellen Rechtserfolges? . . . . .	86
§. 13. Die Simulation im Dienste des in fraudem legis agere. — Die sogenannten siebenbürgischen Ehen . . . . .	89
§. 14. Das sogenannte in fraudem legis domesticae agere und Ähnliches	98
§. 15. Einzelne Anwendungsfälle: Die L. Licinia Sextia, L. Julia et Papia Poppaea; Handeln in fraudem des Gesetzes und Handeln in fraudem eines Dritten . . . . .	104
§. 16. Fortsetzung: Die lex Voconia. Die sententia legis . . . . .	114
§. 17. Die conditio jurisjurandi. Der Einfluß des in fraudem legis agere auf die Weiterentwicklung von Rechtsbegriffen; insbesondere Lex 44 D. de aed. ed. 21. 1. . . . .	124

	Seite
§. 18. Umgehung der Detraktsgesetze . . . . .	130
§. 19. Die Legaldefinitionen . . . . .	132
§. 20. Einzelne Arten der Umgehung verschiedener leges . . . . .	136
§. 21. Umgehung der Bucher- und ähnlicher Gesetze . . . . .	149
§. 22. Ergebnis: Wejen des in fraudem legis agere . . . . .	156
§. 23. Fortsetzung: Die Gleichstellung des in fraudem legis agere mit dem contra legem agere . . . . .	161
§. 24. Fortsetzung: Bekämpfung des in fraudem legis agere . . . . .	166

## Einleitung.

---

Um zu einer Begriffsbestimmung des in fraudem legis agere zu gelangen, müssen zwei Fragen beantwortet werden: 1. in welcher Art und Weise hat man zu verschiedenen Zeiten das Ziel: Umgehung des Gesetzes erreicht, mit anderen Worten, welches ist die Geschichte des Begriffes des in fr. leg. agere; ist er zu allen Zeiten derselbe gewesen? und 2. was hat die Gesetzgebung resp. der überhaupt berufene Faktor dagegen gethan, m. a. W. welches ist die Geschichte des Sages: was in fr. leg. geschieht, ist zu behandeln als ob es contra legem geschehen wäre?

Die Beantwortung dieser beiden Fragen ergibt uns das bunte Bild der Geschichte und des Begriffes des in fr. leg. agere; dieser beiden, denn auch aus der Darstellung der Bekämpfung des in fr. leg. agere lassen sich einige Momente für den Begriff gewinnen; so, um an dieser Stelle bloß das Wichtigste anzudeuten, zeigen uns die Mittel, die man angewendete, um „Gesetzesumgehungen“ auszuschließen und zu vereiteln, auf das Eindringlichste, welsch' wichtige Rolle im Begriffe des in fr. leg. agere das Moment der Absichtlichkeit spielt.

Da diese beiden Fragen so eng miteinander zusammenhängen, versteht es sich wol von selbst, daß sie im weiteren Verlauf nicht etwa als „in fr. leg. agere und Folgen desselben“ streng geschieden, sondern mit Rücksicht auf den Zweck der Untersuchung, Klarheit über den Begriff des in fr. leg. agere zu erlangen, als ineinanderfließend behandelt werden.

Könnte man aber einer Arbeit, die sich mit der Lehre vom in fr. leg. agere beschäftigt, nicht den Vorwurf machen, — wenn sie sich, wie die vorliegende, insbesondere mit dem „Begriff“ des in fr. leg. agere beschäftigt —, daß sie Überflüssiges erstrebe, da wir ja in den Digesten und im Codex Legaldefinitionen desselben besitzen? Gewiß nicht. Denn es soll eben nicht Aufgabe der nachfolgenden Zeiten sein, von aprioristisch gefassten Begriffen auszugehen, sondern es sollen die gegebenen Definitionen und die uns überlieferten Fälle des in fr. leg. agere geprüft werden und es soll sich zeigen, ob die gegebenen Definitionen, auch die der röm. Juristen,

all' diesen Einzelfällen gerecht werden oder nicht.<sup>1)</sup> Und eine derartige Arbeit ist bisher meines Wissens noch niemals unternommen worden. Denn dies Thema ist überhaupt in der civilistischen Literatur äußerst stiefmütterlich behandelt worden. Sehr schätzenswerte Bemerkungen über die hier zu erörternden Fragen wurden allerdings gelegentlich von den verschiedensten Schriftstellern gemacht. Um nur der neueren Literatur an dieser Stelle zu gedenken, z. B. von Savigny, Schweppe, Glück, Wächter, Unger, Otto Bähr, Bar, Dernburg, Voigt u. a. m. Insbesondere Thöl widmet in seiner Einleitung ins deutsche Privatrecht dieser Frage einen eigenen, mit gewohnt lapidarer Kürze des Ausdruckes abgefaßten Paragraphen, der zu mancherlei Zweifeln und Bedenken anregt. — Es kann nicht Aufgabe dieser einleitenden Zeilen sein, die gesammte Literatur hier anzuführen; dieselbe wird an den einzelnen Stellen ihre Berücksichtigung erhalten. Nur das eine soll auch hier nicht unerwähnt bleiben, daß sich fast in jedem größeren Lehr- und Handbuch einige auf unsere Materie bezügliche Andeutungen finden.

Das gesammte Thema hat neuestens Barthelmes in seiner Inaugural-dissertation behandelt. Daß jedoch diese, sich über das Niveau vieler derartiger Arbeiten erhebende Schrift gleichwol im wesentlichen nur in einer — allerdings sehr unvollständigen — Zusammenfassung der gemeinhin vorgebrachten Lehre besteht, wird jeder Leser leicht zu constatiren in der Lage sein.<sup>2)</sup>

Einen zweiten Einwand, den man principiell gegen eine derartige Studie erheben könnte, erwähnt und widerlegt Thering im 3. Bande seines „Geist des röm. Rechts“<sup>3)</sup>, in dem den Schleichwegen des Lebens gewidmeten Kapitel. Er führt S. 247 u. 248. aus: „Dieselbe Kunst, die in den Händen der Jurisprudenz dazu diene, das Recht zu fördern und zu vervollkommen, erwies sich auch geschäftig, dasselbe zu umgehen und zu untergraben.“<sup>4)</sup> Den Umwegen, die erstere einschlug, um erlaubte

1) „Der Grund, warum die Definitionen des Corpus Juris selbst da, wo dieses als Gesetzbuch gilt, so wenig binden, liegt nicht darin, daß Legaldefinitionen überhaupt keine gesetzliche Kraft hätten, sondern darin, daß hier neben den Definitionen die volle Entwicklung der Sache selbst vorzukommen pflegt, und im Zweifel das Specielle dem Generellen vorgeht.“ (Brinz in der frit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgeb. u. Rechtswissenschaft. II. Bd. in seiner Besprechung v. Thering's Geist II. 2. Abth.) Daß die röm. Juristen selbst auf ihre Definitionen nicht allzugroßes Gewicht legten, beweist wol die bekannte L. 202. D. de div. reg. jur. 50. 17.

2) Das neuestens anonym erschienene Werk Treatise on the law Relating to

fraud and Misrepresentation war mir leider nicht zugänglich.

3) Ich citire desselben 1. Bd. u. Abth. 1 des 2. Bandes nach der 2. Aufl. (Leipzig 1866); des 2. Bandes 2. Abth. u. den 3. Bd. nach der ersten Aufl. Leipzig 1858 bez. 1865.

4) Siehe hierüber auch Kohler in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen röm. und deutschen Privatrechts Bd. XXV. S. 289 — „... das sage ich, daß es eine ständige historische Erscheinung, daß es ein unaufhaltbares Entwicklungs-gesetz ist, daß die Jurisprudenz unbewußt und allmählich dem Drange des Zeitgeistes nachgibt und ein veraltetes Recht unterhöht, bis es endlich zusammenbricht; ich behaupte, daß auch in der Rechtsprechung sich der

Zwecke zu erreichen, correspondiren die Schleichwege, deren das Leben sich bediente, um unerlaubte Zwecke zu verfolgen. Möchten letztere von Juristen oder Nichtjuristen aufgefunden worden sein, jedenfalls bilden sie kein Stück der römischen Jurisprudenz, denn die Wissenschaft lehrt die Wege des Rechts, nicht die des Unrechts. Sie würden daher ganz außerhalb der Grenzen unserer Aufgabe fallen, wenn nicht ein doppelter Grund uns nöthigte, auch ihnen einen Blick zuzuwenden. Einmal nämlich die Thatsache, daß manche von ihnen im Laufe der Zeit als Scheingeschäfte, d. h. als vom Recht und von der Jurisprudenz adoptirte Geschäftsformen eine gewohnheitsrechtliche Geltung erlangten und sodann der Umstand, daß sie, indem sie das Recht und die Jurisprudenz in die Lage versetzten, ihnen entgegenzutreten, dadurch die Veranlassung und Quelle mancher nur von diesem Gesichtspunkt aus zu erklärenden Rechtsätze wurden“.

Was hier Thering von den „Schleichwegen des Lebens“ sagt, gilt selbstredend auch für das unter den Begriff der „Schleichwege“ fallende in fr. leg. agere. Im einzelnen soll übrigens die Bedeutung des in fr. leg. agere und sein Einfluß auf die Rechtsentwicklung im Verlaufe der Darstellung weiter unten besprochen werden. Wenn ich hienach hoffen darf, daß man einer Arbeit über das erwähnte Thema nicht mit Recht die oben angeführten Vorwürfe machen wird, daß man also die Wahl nicht beanstanden wird, so bin ich mir andererseits sehr wol bewußt, daß der vorliegenden Arbeit in ihrer Ausführung manch gerechtfertigter Vorwurf gemacht werden kann.

Zur theilweisen Entschuldigung eines der Mängel möchte ich aber Nachstehendes anführen: Vollständigkeit — auch nur annäherungsweise — des zu einer derartigen Arbeit erforderlichen Materials ist uns, soweit ich die Quellen übersehe, leider nicht gegeben; es ist daher auch nicht möglich, den Kampf zwischen dem in fr. leg. agere und dem Geseze (im weitesten Sinn) „bis in seine Einzelheiten zu verfolgen und zu schildern, dem römischen Fuchse in alle seine gewundenen Gänge und Wege nachzuschleichen“. (Thering's Geist III. 1. S. 248.) Wäre doch auch diese Beschreibung „eines fast noch leeren Blattes römischer Rechtsgeschichte“ wol Aufgabe mehrfacher eingehender Einzeluntersuchungen, die allerdings

Geist der Zeit unbewußt und gegen den Willen des Richters fühlbar macht, und daß sich innerhalb der Rechtsprechung, welche an sich bestimmt ist, auf dem Boden des Gesezes zu wirken, eine unbewußte Verschiebung des Rechts vollzieht. Wenn ich daher den gedachten Satz aufstelle, so stelle ich ihn nicht als einen solchen auf, welcher irgend eine Permission, irgend einen Freibuß für den Richter enthielte; ich sage nicht: der Richter soll oder darf — ich sage: der Richter soll nicht vom Boden des Gesezes abweichen; unser Satz ist daher kein Satz, welcher irgend welche praktische

Anweisung enthielte, denn die Anweisung kann sich nur auf die bewußte Thätigkeit des Richters beziehen — mit anderen Worten: der Satz ist kein Satz der juristischen Kunst — weit entfernt: der Richter soll vielmehr nach Kräften trachten, sich in den Bahnen des Gesezesrechts zu halten. Der Satz ist vielmehr ein Satz der juristischen Entwicklungswissenschaft; er gilt als ein Gesez, welches unbewußt die Geister beherrscht, als ein Naturgesez des Rechts; denn les institutions humaines obéissent à des lois analogues aux grandes lois du monde physique.“

hochinteressantes, historisches Detail zu Tage fördern würden; allein auf Vollständigkeit könnten — bei der oft mangelhaften Überlieferung — auch diese rechtshistorischen Studien keinen Anspruch erheben. Die Einzeluntersuchungen würden bloß die Wahrheit des Ihering'schen Satzes erweisen, daß das in fr. leg. agere „Veranlassung und Quelle mancher nur von diesem Gesichtspunkt aus zu erklärender Rechtsjähre wurde“, sie würden also zeigen, wie oft und tief das in fr. leg. agere in der röm. Rechtsentwicklung eingegriffen hat; für die Feststellung des Begriffes scheint es mir jedoch nicht nöthig, so sehr in das Detail zu gehen. Da man sich in der Literatur über das Wesen des in fr. leg. agere noch keineswegs vollkommen klar geworden ist, so muß wol jedenfalls eine Untersuchung über den Begriff desselben vorangehen, ehe die Zeit für derartige Specialuntersuchungen gekommen ist. Anderenfalls ließe man Gefahr, in die Irthümer des Thomasius und Heineccius zu verfallen, die auch, wo in Wahrheit ein naturgemäßer Fortschritt vorlag, denselben als Umgehung des Gesetzes verdammten.

Es ergibt schon eine solche, keineswegs völlig abschließende Untersuchung eine Fülle von Schwierigkeiten. Allerdings enthalten l. 29 und l. 30. D. de legibus l. 3. Definitionen des zu besprechenden Begriffes, die eine von Paulus, die andere von Ulpian. Allein schon der nicht allzu häufige Umstand, daß die Compileratoren des Justinianischen Gesetzbuchswerkes es für nöthig fanden, zwei Definitionen, von denen die eine durch ein verbindendes „enim“ als Erklärung der andern beigelegt ist, nebeneinander zu stellen, darf auffallend erscheinen und zeigt, daß es ihnen als nicht allzu einfach erschien, eine genaue und präcise Begriffsbestimmung zu geben, — daß sie zum mindesten, ohne sich für die eine oder andere zu entscheiden, beide nebeneinander stellten; doch dies verschlägt wenig; war es doch überhaupt nicht die Hauptstärke römischer Jurisprudenz, abstracte Weisheit zu predigen!

Bedenkt man ferner, daß die Bemerkungen der const. Theodosiana über das in fr. leg. agere sich nicht vollständig decken mit der Ansicht Ulpian's und Paulus', so sieht man, daß bereits innerhalb der Legaldefinition der Digesten und des Codex nicht völlige Übereinstimmung in Bezug auf den Begriff besteht.

Doch dies ließe sich immerhin noch leicht erklären.

Eine wirkliche Schwierigkeit ergibt sich aber aus der Unvollständigkeit des Materials, soweit es vorliegt, im Zusammenhalte mit den gegebenen Definitionen; doch obgleich dies eine Schwierigkeit genannt werden darf, ist gerade dieser Umstand ein für die Klarstellung des Begriffes, für das Wesen des in fr. leg. agere wichtiger und wesentlicher.

Es kann nämlich nicht anders sein: Wir finden in den Quellen manche Fälle, die nicht ausdrücklich als ein ag. in fr. legis bezeichnet werden und die doch nach den Legaldefinitionen so genannt werden könnten. Dies hat zwei Gründe: Das betreffende Factum war früher ein in fr. leg. agere; zur Zeit als der betreffende excerpirt Jurist lebte, war es jedoch nicht mehr in fraud. legis, sondern bereits contra legem, meist weil mittlerweile

ein ausdrückliches Gebot oder Verbot von kompetenter Seite erlossen war. Nach dieser Richtung ist allerdings die Unvollständigkeit des Materials, d. h. das partielle Nichtvorhandensein von Material, vermöge dessen wir meist nicht entscheiden können, ob das betreffende Factum früher wirklich in fr. legis war oder nicht, zu bedauern.<sup>5)</sup>

Der zweite Grund ist der folgende: Der gefetzte Thatbestand, der allerdings in fr. des Gesetzes a ist, fällt gleichzeitig unter ein anderes Gesetz b, demgegenüber er als *contra legem* erscheint. Dafs man nun einer Sache leichter beikommt, die sich als *directe* Gesetzesverletzung präsentiert und dafs man daher den Zuwiderhandelnden auch bei dieser Seite packt — zumal wenn das erwähnte Gesetz b ein Strafgesetz ist — versteht sich wohl von selbst.<sup>6)</sup>

Überhaupt, und das ist m. E. die Hauptursache, warum das vorhandene Material nach dieser Seite unvollständig genannt werden muß, vermieden die röm. Juristen, wenn anders es möglich war, einer Rechtsverletzung ohne den Gesichtspunkt des in fr. leg. agere beizukommen, diese Art des Entgegenkämpfens wider das Unrecht.

Damit stehen wir an jenem Punkte, der die Actualität einer Studie über das in fr. leg. agere bezeichnet. Auch heute noch ist der Gesichtspunkt des in fr. leg. agere nicht genügend durchgedrungen.<sup>7)</sup> Nur möchte ich nicht mit Bähr behaupten, dafs „unserer Juristentwelt die Anschauung davon mehr oder minder verloren gegangen“<sup>8)</sup>, sondern zeigen, dafs dieser Gesichtspunkt im alten Rom, wie heute, nie völlig zum Durchbruch gekommen ist.

Wenn ich zum Titel dieser Schrift den Ausdruck „in fr. leg. agere“ gewählt habe, so bin ich mir wol bewußt, dafs derselbe der am wenigsten in den Quellen gebrauchte ist. Er findet sich nämlich m. W. nur einmal und zwar bei Pomponius in der l. 32 §. 3. D. ad SC. Vellejanum 16. 1. Der Häufigkeit des Gebrauches folgend, hätte ich den Ausdruck *facere fraudem legi* wählen müssen; allein charakteristischer sind entschieden die Fassungen, bei denen das in mit dem Accusativ bereits die Absichtlichkeit des Vorgehens

5) Wir können es nicht entscheiden, weil wir nicht wissen, ob man im vorliegenden Falle den Grundsatz zur Anwendung gebracht hätte, wir können diesfalls aber aus der Anwendung in anderen Fällen keinen sicheren Schluß ziehen. Viel Material in dieser Hinsicht enthält die Justinianische Compilation nicht; von einem Gesetzbuch ist das auch nicht anders zu erwarten.

6) Ebenso kommt es vor, dafs ein und dieselbe Handlung das Gesetz b nicht umgeht, sondern bloß „verreitet“ (drbr. später), dagegen direkt *contra a* ist.

7) Weder in der Praxis, noch auch in der Theorie. Der Entwurf eines bürgerl.

Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich enthält keinerlei Bestimmung über das in fr. leg. agere. Bezügl. der Praxis verweise ich auf Bähr's Ausführungen in f. Urteilen des Reichsgerichts; bez. der Theorie auf die Schrift v. G. A. Leiß Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. Jena 1889. Über die letztere siehe Bähr's Recens. im 32. Bd. der krit. Vierteljahrsschr. S. 367 ff.

8) Otto Bähr Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. München u. Leipzig 1883 S. 56, 57. Vgl. hiezu denselben Autor in der krit. Vierteljahrsschr. 30. Bd. S. 330 u. in den Grenzboten „Rißbräuchliche Geschäfte“ S. 61 des Jahrg. 1890 Heft Nr. 15.

hervorhebt. Demnach wäre das „facere in fraudem legis“ möglich gewesen; das Gemenge von Deutsch und Latein „das Handeln in fraudem legis“, für welches sich Barthelmes entschieden hat, konnte mir nicht zusagen. Da ich mich für keine dieser möglichen Alternativen entscheiden konnte, wählte ich den Ausdruck, der in der Literatur einheimisch geworden: in fr. legis agere. Derselbe findet sich z. B. bei Unger System I S. 190. Anm. 118, Schiffner System. Lehrbuch des österr. allg. Civilrechts. Wien 1882 S. 47, bei Regelsberger, im Handbuch des deutschen Handels-, See- u. Wechselrechtes hrsg. v. Dr. W. Endemann. II. Bd. III. Buch. Abschn. 1, bei Werthauer Der fiduciarische Indossatar und die Einrede des dolus im deutsch. Wechselrechte (im XIII. Bd. der Zeitschr. für das Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart S. 647), bei Friedr. Endemann Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht, Leipzig 1887, und vielen Andern.

---

§. 1. Der rigor des alten Rechtes und das in fraudem legis agere.

Ein goldenes Zeitalter, wo nach Dvids schöner Schilderung die Menschen sine iudice tuti waren, können wir uns heutzutage kaum mehr vorstellen. Denn soweit die geschichtlichen Überlieferungen reichen, ja selbst, wo bloß sagenhafte Berichte uns übermitteln sind, ist das Bild vergangener Tage keineswegs ein so berückend herrliches, wie es die dichterische Phantasie des hochbegabten Römers hervorzauberte.

Daß in einem solchen goldenen Zeitalter von einer „Umgehung des Gesetzes“ keine Rede sein konnte, versteht sich von selbst, weil es das nicht gab, was wir „Gesetz“ nennen. Aber selbst angenommen, es hätte damals „Gesetze“ in unserem Sinne gegeben, oder es wäre auf dies goldene Zeitalter ein anderes goldenes Zeitalter mit Gesetzen gefolgt, so würde diesen gegenüber, jedenfalls nach der Naturanlage der damaligen Menschen, von einer „Umgehung“ nicht die Rede sein können. Ist es doch nicht Sache einfacher redlicher Menschen sich auf Schleichwege zu begeben! — Solche einfache Menschen ohne Falsch und Trug hat es aber nicht nur in einem goldenen Zeitalter der Phantasie gegeben. Es setzt ja die Umgehung eines Rechtssatzes ein ungleich größeres Raffinement voraus, als ein directes Zuwiderhandeln, so daß man wol kaum die Entstehung des in fr. leg. agere bis in die ältesten Zeiten menschlichen Beisammenlebens zurückdatiren kann.<sup>1)</sup>

Ein weiteres Argument gegen ein allzufrühes Auftreten der „Gesetzesumgehung“ (im weitesten Sinne) liegt darin, daß die ältesten Zeiten bloß nichtcodificirtes Recht hatten. Umgehung des Gewohnheitsrechts aber ist, wie auch Barthelmes S. 4 richtig hervorhebt, weit seltener als die des geschriebenen Rechts, da beim Gewohnheitsrecht der Anhaltspunkt des Gegensatzes zwischen Wort und Sinn fehlt, und weiterhin das Gewohnheitsrecht viel seltener im Widerspruch mit dem Verkehr stehen dürfte, als das Gesetzesrecht, also ein gewichtiger Anreiz zum in fr. leg. ag. fehlt.<sup>2)</sup>

1) Damals galt noch annäherungsweise der Satz: Jeder wußte das Recht, denn es war wenig zu wissen; jeder that das Rechte, denn es war wenig Gelegenheit zum Unrechten. (Christiansen Institut. des röm. Rechts S. 100, 101 §. 4. Die ältesten Rechtsgeschäfte, deren Form u. Inhalt.) Es ist das in fr. leg. agere überhaupt nur möglich in Zeiten, wo das allgemeine Rechtsbewußtsein im Schwinden begriffen, wo die Moral auf schwanken Füßen steht,

nicht aber in Zeiten, wo „jeder das Recht wußte“; denn das Unrecht sucht die Unklarheit und das Dunkel.

2) Solang das Gesetz noch nicht schriftlich fixirt ist, lebt auch die einzig gewollte Auslegung zu stark im Volk, als daß eine Umgehung möglich wäre; sie würde bei der Identität zwischen Gesetz und Auslegung als ein contra leg. agere empfunden werden. Daß die herrschende Interpretation des Gesetzes auch späterhin oft „umgangen“ wurde, beweisen zahl-

Später allerdings wurde die Gesetzesumgehung etwas so alltägliches, daß in deutschen Rechtsprüchwörtern des Mittelalters<sup>3)</sup> der Gedanke zum Ausdruck gelangt, jedes Gesetz könne umgangen werden und werde umgangen. So z. B.: „Es ist kein Gesetz: es hat ein Loch, wer's finden kann“; „Neuen Gesetzen folgt auf der Ferse neuer Betrug“; „Sobald Gesetz erfunden, wird Betrug begonnen“ oder „Wo lex voran, da fraus Gespan“, „Neue Gesetze, neuer Betrug“, „Wer mausen will, dem kann man mit Gesetzen nicht alle Löcher verstopfen“ u. a. m.<sup>4)</sup><sup>5)</sup>.

Was jedoch speciell die Römer betrifft, so ist das strenge Festhalten an den Worten, der rigor des alten Rechtes, die Macht des Wortes satifam bekannt.

Daß die älteste Zeit der Rechtsanwendung immer und überall beherrscht ist vom Formalismus der strengen Wortinterpretation, hat wol vorzüglich seinen Grund darin, daß das jugendliche Recht an der äußeren Erscheinung klebt und sie für das eigentliche Wesen nimmt. Dazu kam nun noch speciell bei den Römern, daß „dem Worte eine besondere Kraft und Bedeutung beigelegt worden“ (Girtanner, Die Stipulation S. 95), eine Macht, die soweit ging<sup>6)</sup>, daß, ganz abgesehen vom „omen“<sup>7)</sup>, vom sog. „Besprechen“, das Wort im Stande war, die Götter zu zwingen, sie auf die Erde zu bannen.<sup>8)</sup> Daß nun bei dem bekannten „Verwachsensein des gesammten altrömischen Lebens mit der Religion“ (Girtanner a. a. D.) diese Herrschaft des Wortes nicht bloß auf sacralem Gebiete, sondern auch ander-

reiche Fälle. Der Ausdruck circumvenire interpretationem legis findet sich m. B. bloß in l. 40. D. de jure fisci 49. 14.

3) Bei den Römern hat sich diesfalls kein Rechtsprüchwort gebildet. Siehe neuestens Otto Die Sprichwörter und sprichwörtl. Redensarten der Römer. Leipzig 1890. Auf die Frage warum die Römer, was Rechtsprüchwörter betrifft, um so viel ärmer waren als die Germanen, kann natürlich hier nicht eingegangen werden. — Für ein selteneres Vorkommen von fraudulosen Gesetzesumgehungen bei den Römern, als im germanischen Rechtsleben, bietet das Fehlen des Sprichwortes keinen Anhalt.

4) Auch in anderer Länder Rechtsprüchwörtern findet sich derselbe Gedanke ausgedrückt, so im italienischen: Trovato la legge, trovato l'inganno. — Bezeichnend für die Häufigkeit von Gesetzesumgehung im Orient sind die Worte des türkischen Dichters Ibrahim Fehim Essendi: „Der beste Weg ist der gerade, Und Edle schreiten keinen andern; Nur ist der gute etwas fade, Weil gar so Wenige ihn wandern“. Neue Bruch-

stücke orientalischer Poesie von Ottokar Schlehta-Wissehrd.

5) Ob alle die hier angeführten Sätze mit Recht als „Sprichwörter“ bezeichnet werden, oder ob vielleicht der engere Begriff des Sprichwortes, wie ihn Prantl in seiner Abhandlung „Die Philosophie in den Sprichwörtern“, München 1858 (siehe dawider neuestens Otto in obcitirten Werke Einleitung S. 11) aufstellt, richtiger ist, verklägt für uns hier nichts. Für das häufige Vorkommen eines Factums sprechen auch derartige Sätze, die nach Prantl nicht Sprichwörter genannt werden können.

6) Über den Cultus des Wortes im alten Rom siehe insbes. die Darstellung bei Zhering Geist 2. Bd. S. 467 ff. Auch Soldan-Heppe Geschichte der Hexenprozesse. Stuttgart 1880 1. Bd. S. 66 und 67.

7) Was das „omen“ betrifft, siehe insbes. die Abhandlung von Johannes Fallati Über den Begriff und das Wesen des römischen omen. Tübingen 1836.

8) Über einzelne hieher gehörige Fälle siehe Girtanner a. a. D. S. 95—97.

wärts zur Geltung kam, leuchtet wol ein. Daß sie insbesondere bei der Auslegung des Gesetzes eine große Rolle gespielt hat, ist mannigfach bezeugt.

Ein weiterer Umstand, der das strenge Festhalten an Worte auch bei der Interpretation der Gesetze begünstigte, war der folgende: ein jugendliches Volk ist noch nicht im Stande, abstract zu denken. Des einzelnen Falles Entscheidung wird zum Gesetz erhoben<sup>9)</sup>; an mehr als an den gewöhnlich vorkommenden Thatbestand wird nicht gedacht.<sup>10)</sup> Erst durch den gesteigerten Verkehr, der mehrfach andere Fälle gebiert, entsteht die extensive Interpretation und sie ist der erste Anstoß, daß das Volk allmählich dazu gelangt, in den einzelnen Fällen ein Allgemeines, ein Princip, zu entdecken und sich so zu einem abstracteren Denken aufzuschwingen. So lange dem aber nicht also ist, so lange nicht der im Gesetz bestimmt angeführte Fall zu einem Ausfluß des hinter ihm stehenden Principes geworden, so lange wird die strenge wörtliche Befolgung meistens auch den Sinn des Gesetzes getroffen haben. Vor dem Aufkommen der extensiven Interpretation wird sie jedenfalls nicht beanstandet worden sein.

Kann es denn überhaupt zur Zeit des strengen rigor ein in fr. leg. agere gegeben haben? Es kommt darauf an, was man unter dem rigor versteht. Trotz eingehender Untersuchungen, insbesondere von Moriz Voigt<sup>11)</sup>, ist dieser Begriff doch noch nicht völlig klargestellt.<sup>12)</sup>

9) Die Richtigkeit dieser Behauptung bedarf wol keines Beweises. Daß das Gesetz späterhin nach Aufzählung von Einzelfällen einen generellen Ausdruck wählt, mit Rücksicht darauf, daß man die Tragweite bezüglich der Specialitäten nicht kennt, ist eine bekannte Thatsache. Siehe diesfalls exempli gratia l. 27 §. 16 D. ad legem Aquiliam 9. 2. l. 71 §. 5 D. de acquir. vel omitt. hered. 29. 2. Welchen Einfluss hierauf das in fr. leg. agere gehabt, läßt sich nicht sagen. Daß es auf die Formulirung der Gesetze von großem Einfluss gewesen, ist selbstverständlich. Ein Blick auf die röm. Gesetze genügt. Wie leicht sind die leges regiae in ihrer Formulirung, gegenüber der ängstlichen vercausulirten Formulirung späterer leges. Das Edict des Prätors — der bei der Rechtsanwendung sein eigenes Gesetz interpretirte — konnte allerdings wieder weniger schwerfällig formulirt sein, ohne der Gefahr der Umgehung eine bequeme Handhabe zu bieten.

10) Siehe hierüber insbes. Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts. Altona 1839 S. 20.

11) Das jus naturale, aequum et bonum u. jus gentium der Römer, 3. B.

Band III. §§. 44, 51, 53 und an den verschiebensten Stellen.

12) Stellt man sich die Sache so vor, wie Koyebue in seinem Lustspiel „Die Witwe und das Reitpferd“ das strenge Festhalten an dem Wortlaut des Gesetzes schildert, dann allerdings kann es zu einer solchen Zeit kein in fraudem legis agere gegeben haben. Das Sujet ist im wesentlichen das folgende: Nach englischem Recht soll eine Frau, die zwei Männer hat, des Todes schuldig sein. Dies ist nun bei einer Person des erwähnten Stückes der Fall. Was thun? Das Gesetz spricht von zwei Männern; heiratet sie also einen dritten, so ist sie strafflos. Dieser Ausweg wird auch unter dem Ruf „Hoch lebe die buchstäbliche Auslegung der Gesetze“ gewählt. Was den hier berührten Lustspielfall betrifft, so findet sich etwas ganz ähnliches bei Kriz Sammlung von Rechtsfällen III. Bd. S. 141. Er sagt: „In einem Lande wäre bei Todesstrafe die Bigamie, gar nicht aber die Vielweiberei verboten und um ungestraft zwei Weiber zu haben, nähme jemand auch eine dritte; wären wir um deswillen, weil dies eine juristische Autorität in fraudem legi factum genannt hätte, berechtigt anzunehmen, diese Autorität habe geglaubt, der Hinterzieher eines Gesetzes dürfte

Wenn Ihering im II. Bd. II. Th. seines Geiſt des röm. R. §. 44 (Das Haftem am Wort) die Frage aufwirft: „Wie betrachtete die alte Interpretation die Umgehung der Geſetze?“<sup>13)</sup> und zum Reſultate gelangt, daß uns die Berichte in jenen Fällen eine bestimmte und ſichere Antwort verſagen, es aber allerdings durchzuſchimmern ſcheint, daß die Verſuche zur Umgehung mit Erfolg gekrönt geweſen ſeien, das Recht letztere alſo für legal gehalten habe, ſo muß demgegenüber bemerkt werden: Ihering ſpricht von den älteſten Zeiten ohne eine Unterſcheidung zu machen, wie die m. G. zu treffende zwiſchen der Auslegung der Geſetze vor und nach dem Aufkommen der extenſiven Interpretation. Eine ſolche Unterſcheidung ſcheint mir zum vollen Verſtändnis der Frage und zur richtigen Beantwortung derſelben unerläßlich und kann ich zu meiner Freude conſtatiren, daß ſich eine ſolche auch aus Iherings Darſtellung implicite ergibt. Denn wenn Ihering zuerſt den Satz ausſpricht: „Man kann ſich kaum des Eindruks erwehren, daß die alte Jurisprudenz bei Auslegung der Geſetze ſtreng im Geiſt der Wortinterpretation verfahren ſei“, und dies durch einige der „ſchlagendſten“ Fälle beweist, andererseits weiter unten fortfährt: „So ſcheint alſo nach allen dieſen Beiſpielen ein absolutes Haftem am Wort der Charakterzug der älteren Interpretation zu ſein. Allein, wie bereits bemerkt, es iſt Schein. Um uns davon zu überzeugen, ſtellen wir zunächſt eine Reihe anderer Fälle zuſammen, in denen die Jurisprudenz dem Wort entſchieden den Gehorſam aufgelündigt hat“, ſo erklärt ſich die Verſchiedenheit in der Behandlung der gewählten Beiſpiele daraus, daß in der älteren Zeit der Gedanke der extenſiven Interpretation noch nicht durchgedrungen war, während er ſpäterhin zur Anerkennung gelangte.

Verweiſt man diejenigen Fälle, die hier Ihering anführt — und die

mit dem Tode beſtraft werden? Die Praxis des Landes könnte die Richtigkeit dieſer Annahme widerlegen.“ Ich geſtehe, daß mir dieſe Argumentation nicht einleuchtet. Wir müſſen doch ſagen: wer drei Weiber hat, hat doch auch zwei und auf den Beſitz zweier iſt bereits die Todesſtrafe geſetzt. Den Geſichtspunkt des in fr. leg. agere werden wir allerdings in ſolchem Falle nicht mehr zur Geltung bringen; ſeinerzeit hat man ihn wol hiezu benötigt. Daß durch derartige rein wörtl. Interpretationen der Satz zum Durchbruch gekommen ſein kann: das Verbot, das ein minus verwehrt, verwehrt auch ein gleichartiges plus, iſt klar.

13) Was die „Umgehung des Vertrages“ betrifft, ſo ſpricht ſich Ihering hierüber an früherer Stelle deſſelben Paragraphen (§. 479) dahin aus: — „ebenſo ſtand es ihm frei, das Recht des Gegners durch Umgehung des Vertrages,

d. h. durch eine Handlungsweiſe, die den Worten entſprach, der wirklichen Intention aber widerſtrebte, zu elidiren. Die *malitiosa juris interpretatio*, wie Cicero (de off. I. c. 10) ſie nennt, war eine unvermeidliche Conſequenz der alten interpretation überhaupt, der *dolus*, die *fraus* war legalifirt, und das *summum jus*, die äußerſte Strenge in der Handhabung der Worte, ſchlug daher nach der bekannten röm. Parödie, die Cicero hierbei in Bezug nimmt, nicht ſelten in eine „*summa injuria*“ um. Das ältere Recht konnte dagegen keine Hilfe, im neueren konnte ſich bei den Verträgen das ſtrengen Rechts (bei denen die Gefahr überall nur beſtand) der Kläger durch die *clausula doli*, der Beklagte durch die *exceptio doli* ſchützen.“ Über den Satz *summum jus, summa injuria* ſiehe auch Leonhard der Irrtum als Richtigkeitsgrund im Entwurf eines bürgerl. Geſetzbuches für das Deutſche Reich §. 89.

von ihm dabei hervorgehobene extensive Interpretation spricht m. E. dafür — in eine spätere Zeit, so bleibt für die älteste Jurisprudenz die stricte Geltung rein wörtlicher Interpretation, die bei dem keineswegs abwechslungsreichen Rechtsverkehr fast immer dem Bedürfnisse gerecht wurde, unangastet wahr. Für eine solche Zeit aber kann die Frage: wie sich die Jurisprudenz zum in fr. leg. agere stelle, nicht in Betracht kommen, weil es damals ein solches nicht gegeben haben kann. Für die Zeit, als der Geist der extensiven Interpretation anfang zur Geltung zu kommen, kann dagegen die Frage mit Recht aufgeworfen werden. Sie wird auch hier keine einheitliche Beantwortung erfahren können; im Anfange kann noch nicht der Satz: was in fraudem legis geschieht, ist gleich als ob es contra legem geschehen wäre, allgemein herrschend gewesen sein. In vielen — vielleicht in der Mehrzahl der Fälle — dürfte der fraudulos Handelnde triumphirt haben. Erst langsam und allmählich kann unser Satz sich Bahn gebrochen haben, um bald praktisch angewendet zu werden, bald — sofern sich ein anderes Mittel darbot — ein bloß theoretisches Dasein zu fristen.

Was speciell den ältesten uns überlieferten Fall betrifft, in dem man annehmen kann, daß von diesem Gesichtspunkte aus geurtheilt wurde, so bemerkt Ihering treffend, daß es „übereilt sein würde, wenn man dadurch die ganze Frage für entschieden hielte. Denn der Richter, der den Licinius verurtheilte, war das Volk, und wenn man weiß, wie dasselbe bei Ausübung seiner Strafgerichtsbarkeit verfuhr, wird man schwerlich den Schluss von ihm auf den gewöhnlichen Richter für stringent halten.“

Es ist uns insbesondere aus Livius X. 13 bekannt, daß die Übertreter der lex Licinia Sextia von den Aedilen vor dem Volke (also in den Tributcomitien) auf eine Geldstrafe belangt wurden. Der von Ihering<sup>14)</sup>, Lange<sup>15)</sup>, Mommsen<sup>16)</sup> gezogene Schluss, es dürfe daher auch der in der Liviusstelle VII. 16 erwähnte M. Popillius Laenas im Jahre 367 a. u. c. Aedilis gewesen sein, erscheint wol nicht zu kühn, wenngleich all' die andern bei Livius erwähnten Fälle in spätere Jahre fallen als der des Licinius. Wenn also Licinius Stolo vom Aedilen vor dem Volke wegen Uebertretung des Gesetzes belangt wurde, so ist seine Verurtheilung allerdings abhängig gewesen davon, wie das Volk bei der Strafgerichtsbarkeit verfuhr, also „von der Parteien Gunst und Haß“; aber seine Ladung vor das Volk durch den Aedilen zeigt doch zur Evidenz, daß demselben das Vorgehen des Licinius als ein gesetzwidriges erschienen sein muß, wenngleich es sich äußerlich als ein völlig correctes präsentirte.

Welch' großen Einfluß auf diese Erkenntnis des Aedilen der Umstand ausgeübt hat, daß es sich hiebei um einen Criminalprocess handelte läßt sich natürlich nicht feststellen. Aber daß er einen Einfluß geübt hat, scheint mir unzweifelhaft zu sein.

14) Geist d. r. R. II. 2 Abth. §. 44. S. 494. 495.

15) Röm. Alterthümer II. §. 127. S. 501.

16) Handbuch der röm. Alterthümer von Joachim Marquardt u. Theodor Mommsen II. 1. Abth. S. 463 insbes. Anm. 3.

Gesetze, wie das des Vicinius, die für die Übertretung eine Straf- sanction enthalten, sind der Gesetzgebung wichtiger als andere, die das Zu- widerhandeln bloß mit Nichtigkeit bedrohen. Über die Befolgung eines derartigen Gesetzes wacht ängstlich der hiezu bestellte Beamte.

Gegen Übertretungen der durch das licinisch-sextische Gesetz gegebenen Maximalsätze schritt nun in Rom der Aedil ein. Über die Art und Weise des Verfahrens siehe insbes. Mommsen Röm. Staatsrecht II. 1. S. 461 ff.

Wenn also auch das Urtheil vom Volk gefällt wurde, so glaube ich, daß feinere Erwägungen doch hiebei eine Rolle spielten; allerdings in einem früheren Zeitpunkte als dem des Urtheils, nämlich in dem Zeitpunkte, welcher der aeditischen Ladung vorherging. Und wenn es auch verfehlt wäre, aus diesem einzigen Fall einen Schluss zu ziehen, so scheint es mir doch gestattet, ihn als eine leise Unterstützung der nachfolgenden Behauptung anzuführen. Diese besteht darin, daß m. E. der Satz, „was in fr. legis geschieht, ist so anzusehen, als ob es contra legem geschehen wäre“, seinen Ausgang genommen habe von ähnlichen Fällen, wie der des Vicinius d. h. von Umgehungen solcher Gesetze, die mit einer Strafsanction versehen waren.

Die angedrohte Strafe hat von jeher — entgegen der Ansicht so manches Vertreters der Abschreckungstheorie — einen eigenen Reiz ausgeübt, das Verbotene doch zu thun, ohne ertappt zu werden. Bedenkt man noch, daß die älteste Zeit auf die Übertretung des Gesetzes meistens eine bestimmte Strafe setzte, so leuchtet ein, daß vorzüglich solche Gesetze zur Umgehung reizten, also numerisch wol die größte Zahl von Umgehungen bei derartigen Gesetzen vorgekommen sein muß; daß in Folge dessen die Rechtsordnung dagegen reagiren mußte, und dies durch die Gleichstellung der Umgehung mit dem directen Zuwiderhandeln that, erscheint mir höchst wahrscheinlich. — Noch weitere Gründe sprechen für die hier vertretene Anschauung. Vor allem der, daß, sowie es sich um einen strafrechtlich relevanten Fall handelt, die objective Wahrheit erforscht wird, der Thatbestand losgeschält wird von all' den Hüllen, die ihn etwa verdecken mögen. Sodann aber auch, daß es in einem solchen Falle viel häufiger zum Proceß kommt, als bei einem bloß civilrechtlich relevanten, da bei fraudulosem Vorgehen die Parteien meist im Einverständnis handeln und kein Wächter der Gerechtigkeit den gesetzten Thatbestand controlirt. Daß auch heutzutage bei strafrechtlich relevantem Thatbestand meist dem Richter auf den ersten Blick klar ist, um was es sich handelt, daß er sich nicht in seinem Urtheile durch Deckmäntel und Verschleierungen beirren läßt, dürfte zum nicht geringen Theil auf die Mündlichkeit des Verfahrens zurückzuführen sein. Wenn zwei Leute, die sich auf Säbel duelliren wollen, dies Verbrechen in das Gewand der Wette hüllen, so wird kein Richter der Welt auch nur einen Moment zweifeln, daß hier gegen die Verbotstax — ich wähle das österr. Strafgesetzbuch — des §. 158 gesündigt sei, und es wird ihn keinen Moment — sofern im übrigen die Bedingungen die sonst nur bei Duellen

üblichen sind — dies juridische Feigenblatt<sup>17)</sup> an der richtigen Beurtheilung der Sachlage zweifeln lassen.

Al' dies scheint mir darauf hinzuweisen, daß wenigstens eine große Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß der Gedanke „was in fr. legis geschah, ist gleich als ob es contra legem geschehen wäre“ bei Gesetzen, auf deren Übertretung eine Strafe gesetzt ist, zuerst realisiert worden sei.

kehren wir zu unserem Ausgangspunkt zurück. Mag man sich die Folgen des rigor wie immer vorstellen, das eine steht doch fest: „das jugendliche Recht ist befangen in der äußeren Erscheinung; das Vertragsrecht stellt den Wortlaut über den Sinn der Abrede“ (Gierke, Über Jugend und Altern des Rechts in der deutschen Rundschau 18. Bd.). Bei derartigen Verhältnissen aber ist ein in fr. leg. agere, das darin besteht, daß der nothwendig zwischen Wortlaut und Sinn des Gesetzes vorhandene Widerspruch ausgenützt wird, **nicht denkbar.**<sup>18)</sup>

Aber wenn man dies auch zugibt, so könnte man einwenden: Das in fr. leg. agere besteht nicht nur in falscher Auslegung des Rechtsfases, sondern auch in Verheimlichung oder Entstellung des Thatbestandes (Thöl). Es soll später bei einer eingehenden Untersuchung der von Thöl aufgestellten Behauptungen geprüft werden, ob diese beiden Kategorien wirklich so getrennt werden können, wie dies von Thöl durchgeführt wurde, oder ob dies doch nicht der Fall ist. An dieser Stelle wollen wir — unter vorläufiger Festhaltung einer derartigen Zweitheilung — die allerdings nur hypothetisch zu beantwortende Frage aufwerfen: Welche — um Thöl's Unterscheidung zu folgen — Art des in fr. leg. agere dürfte wohl die älteste gewesen sein, die falsche Auslegung des Rechtsfases oder die Verheimlichung und Entstellung des Thatbestandes? M. E. kann es wol keinem Zweifel unterliegen, daß die falsche Auslegung des Rechtsfases die älteste Form des in fr. leg. agere gewesen. Wenn aber dies richtig ist, wenn also die Verheimlichung und Entstellung des Thatbestandes sich erst später als Mittel des in fr. leg. agere entwickelte, dann ist wol der obige Einwand beseitigt und es ist klar, daß in der ältesten Zeit, in der man die sententia legis erfüllte, sofern man an den Worten kleben blieb, ein in fraudem legis agere nicht vorgekommen sein dürfte, weil die Grundlage hiefür fehlte.

17) Schon das Rechtsprüchwort gebraucht diesen Ausdruck „Ein böf' Gewissen will Unrecht mit Adams Feigenblättern zudecken“. (Weisheit u. Wib in altdeutschen Reimen u. Sprüchen. Gesammelt vom Herausgeber von Altdeutsch. Wib u. Verbb. Berlin 1881.)

18) Weil eben zwischen Wortlaut und Sinn des Gesetzes kein Widerspruch besteht. Der Gesetzgeber will das Gesagte und nur das Gesagte. Daß man das

Gesetz auf Geschäfte, die (vom späteren Standpunkt aus) in fraudem legis genannt worden wären, nicht anwendete, ergibt sich auch aus Thering Geist II. S. 468. Diese Machtlosigkeit des alten Rechtes spricht auch dafür, daß der Umgehende die Art (nämlich wörtliche Interpretation) zuerst gewählt haben dürfte, bei welcher ihm das Gesetz nicht beikommen konnte, da dem handhabenden Richter doch noch der alte rigor in allen Gliedern lag.

## §. 2. Die extensive Interpretation.

Unsere nächste Aufgabe ist, wahrscheinlich zu machen (denn auf mehr als Wahrscheinlichkeit müssen wir wol verzichten), daß die älteste Form, in der ein Römer das Gesetz umging, in der falschen d. h. in der bloß wörtlichen Auslegung des Gesetzes und nur in dieser bestand. Dasselbe tief im römischen Volksgeist ruhende Streben, das die Rechtsfiction schuf, das bewirkte, daß die selbststrebend nicht codificirten göttlichen Gebote des sacralen Rechts nur den Worten nach erfüllt wurden, daß statt des zu opfernden Stieres das Wachsbild eines Stieres den Göttern dargebracht wurde, das Verlangen nach außen hin tadellos zu scheinen, die Pflicht nicht materiell, sondern bloß formell zu erfüllen — dies selbe Streben erzeugte auch das in fr. leg. agere. Was hätte aber dem Streben förderlicher sein können als der strenge rigor des alten Rechtes! An den also hat sich sicher dasselbe angeschlossen. Daß man all' dies eben unter dem Einfluß des rigor nicht als in fr. leg. actum betrachtete, sondern als einen erfreulichen Fortschritt des Rechtes, versteht sich ganz von selbst. Als aber allmählich durch den ausgedehnteren Verkehr der rigor sich selbst überlebt hatte, mußte sich die Auffassung ändern. Das alte Recht hatte sich eng an die gegebenen wirtschaftlichen Verhältnisse angeschlossen — ich spreche jetzt vom codificirten Recht —, ein in fr. leg. agere war — beim rigor — ausgeschlossen, wenn wir an dem noch nicht wahrscheinlich gemachten Satze festhalten, daß damals ein in fr. leg. agere bloß durch wörtliche Interpretation möglich gewesen wäre.

Der Verkehr aber wuchs.<sup>1)</sup> Dem rigor entsprechend sollte man erwarten, daß für neue Fälle, an die das Gesetz in seinen Worten nicht gedacht, consequenterweise ein neues Gesetz erlassen worden wäre. Doch das starre Festhalten, das den rigor charakterisirt, goß in die alten Schläuche den neuen Wein und so erzeugte der rigor selbst die extensive Interpretation<sup>2)</sup>, und das Werk begrub allmählich seinen Schöpfer. Auch hier der oft bewährte Satz, daß aus dem Herrscher als Sprosse der Nachfolger erwächst, der langsam aber sicher das Werk des Vorgängers in anderer Weise vollendet, als es jener geträumt!

1) Es sei gestattet, an dieser Stelle statt all' der früheren Schriftsteller, die denselben Gedanken ausgesprochen, des neuesten zu gedenken u. Reinhard Frank's Worte zu citiren, die er in s. Rede „Naturrecht, geschichtl. Recht u. sociales Recht, Leipzig 1891 gesprochen: „Recht u. Leben, Leben u. Recht, beide gehören unzertrennlich zusammen, beide stehen in ewiger Wechselwirkung, deren Mannigfaltigkeit sich ebensowenig in die todte Formel einer Schuldefinition, wie des Gesetzeswortes fassen läßt. . Es ist ein Irrthum anzunehmen, daß die Rechtsentwicklung nur von Gesetzbuch zu Gesetzbuch fortschreite; stets wird das Leben neue Formen schaffen und längst bevor

die Maschine der Gesetzgebung in Bewegung gesetzt ist, muß sich die Rechtsprechung mit ihnen abfinden.“

2) Die restrictive Interpretation scheint mir viel jüngeren Datums zu sein, als die extensive; man denke nur daran, daß die Gesetze ursprünglich für sehr enge Verhältnisse, für sehr wenige Fälle gegeben waren und daß der Verkehr von Tag zu Tag stieg. Da muß das Gesetzeswort extendirt werden, nicht aber restringirt. Auch sprechen die ältesten uns erhaltenen Beispiele von Interpretation dafür; überall werden neue Fälle in den Rahmen des alten Gesetzes aufgenommen.

Als nun auf diesem Wege der extensiven Interpretation, die ich mir als Auskunftsmittel entstanden denke, um nicht immer für neue Fälle neue Gesetze erlassen zu müssen, der Gedanke allmählich zum Durchbruch gelangte: was wir hiemit thun, ist eigentlich nicht bloß ein abgekürztes Verfahren und das Gesetz a besteht jetzt eigentlich aus Gesetz a + b + c + . . . , sondern es lagen ja all' die Bestimmungen b, c, d zc. schon latent in a enthalten<sup>3)</sup>, wir haben sie bloß zum Leben erweckt, — da war damit der neue bahnbrechende Satz gegeben: Gesetzeswort und Gesetzesfönn sind nicht wie bisher identische Begriffe, sondern der Sinn des Gesetzes steht über seinen Worten.<sup>4)</sup> Da waren aber denn natürlich Alle zu verdammen, die diese Wahrheit nicht anerkannten, die durch die That an der alten Weisheit des rigor festhielten. Wer sich von nun an slavisch an die Worte hielt, der handelte dem Sinne des Gesetzes<sup>5)</sup> zuwider. Dies war auch der Moment, in dem die Erkenntnis erwachsen mußte, daß der „Sinn des Gesetzgebers“ vom „Sinn des Gesetzes“ sich wesentlich unterscheidet, die *sententia legis* von der *sententia legislatoris*, da ja der Gesetzgeber an all' die einbezogenen Fälle nicht gedacht haben konnte.<sup>6)</sup>

Damit wären wir zu einer weiteren Bestärkung der oben ausgesprochenen Meinung gelangt: Der Satz, daß von einer falschen wörtlichen Interpretation des Gesetzes entgegen dem Sinne nicht die Rede sein kann, so lange das Wort alles ist, wie zur Zeit des rigor, ist klar. Von einem in fr. leg. agere kann also erst gesprochen werden, nachdem die Erkenntnis erlangt war, daß der Sinn des Gesetzes über den Worten desselben stehe.

Ich habe schon oben erwähnt, daß m. E. nichts dem Streben, die Pflicht nicht materiell, sondern bloß formell zu erfüllen, förderlicher war, als der rigor, und daß dieses Streben auch das in fr. leg. agere erzeugte. Daß für die eine Art des in fr. leg. agere (nach Thöl) der rigor entschieden

3) Diese Erkenntnis vermittelte eben die Dehnbarkeit der Worte.

4) Daß dies nicht etwa im Widerspruch steht mit den von Voigt *Jus naturale* I. Bd. §. 12 vorgetragene Ansicht, leuchtet wol ein. Der Gesichtspunkt der *aequitas* tritt erst in einer späteren Zeit in den Vordergrund, als von der hier die Rede ist.

5) Daß die Römer die *sententia legis*, nicht die *sententia legislatoris* als das entscheidende angesehen haben, siehe Kohler in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart XIII. Bd. S. 1 ff., insbes. Note 2, wo zahlreiche Beispiele aus den Quellen angeführt sind, auf die ich hiemit verweise. Über die principielle Richtigkeit dieser röm. Ansicht, zuerst Thöl Einleitung S. 150; vgl. auch Kohler im obcit. Aufsatz. Aus der Fülle der älteren Literatur siehe

beispielsweise Hufeland Über den eigentl. Geist des röm. Rechts S. 13 ff. und Christianjan Institut. des röm. Rechts S. 161.

6) So entstanden die ersten Keime zu dem später leider viel zu wenig gehandhabten Satze: was in fr. legis geschieht, ist so als ob es contra legem geschehen wäre. Daß der Satz in dieser generellen Fassung, in der er von manchen Schriftstellern [so von Rosshirt *Gemein. deutsches Civilrecht* Heidelb. 1840 §. 21. Bering *Gesch. u. Instit.* des röm. Privatrechts 1870, §. 11, Joh. Adam Seuffert *Prakt. Pandektenrecht* 4. Aufl. Würzburg 1872 I. Bd. §. 3 in fine, Otto Wendt *Lehrb. der Pand.* Jena 1888, §. 61 (Alle diese u. a. m. unterlassen es hervorzuheben, daß diese Gleichstellung nur gilt, falls das *contr. leg. agere* ein doloses ist)] aufgestellt wird, nicht ganz richtig ist, darüber siehe weiter unten.

die Handhabe geboten hat, braucht wol nicht erst erwiesen zu werden. Gelingt es, wie oben gesagt, wahrscheinlich zu machen, daß zur Zeit des rigor eine andere Art frauduloser Rechtsverletzung, als die durch wörtliche Interpretation, nicht vorgekommen sein dürfte, so glaube ich, daß die aufgestellte Hypothese nicht allzu unwahrscheinlich erscheinen wird.

Die zweite Art frauduloser Gesetzesverletzung ist, wie bereits erwähnt, nach Thöl, die Verheimlichung oder Entstellung des Thatbestandes. Eine Verheimlichung des vorliegenden Thatbestandes ist nun m. E. ein *contra legem agere*. Doch darüber weiter unten, bei Besprechung der Thöl'schen Lehre. Eine Entstellung des Thatbestandes setzt aber wol jedenfalls voraus, daß der gesetzliche Thatbestand so dargestellt wird, als ob er unter ein anderes Gesetz falle, als das ist, unter welches er in Wahrheit subsumirt werden muß.

Wenn wir nun an die primitiven Rechtsverhältnisse eines jungen Staatslebens denken, wo für die Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Effectes immer nur ein bestimmter Weg vom Herkommen und Gesetz vorgezeichnet ist, so ist eine derartige Entstellung des Thatbestandes zwar denkbar, aber wol kaum praktisch. Damit sie täuschend durchgeführt werden könne, ist ein bedeutendes Verkehrsleben nöthig, das die verschiedensten Rechtsformen geschaffen hat; ein solches existirte im alten Rom zur Zeit des rigor nicht. Ich habe oben erwähnt, daß der rigor entschieden der: Gesetzmachenden eine Fülle von Handhaben geboten; was ist also natürlicher, als daß die hieraus entstandene falsche wörtliche Auslegung die älteste Form frauduloser Gesetzesumgehung wurde? Kommt man mit einem Drehen und Wenden der Gesetzesworte zum gewünschten Ziele, wozu dann eine Entstellung des Thatbestandes, die ja einen größeren Apparat voraussetzt? Kann man den verbotenen Effect erreichen und sich dabei auf das auf den vorhandenen Thatbestand passende Gesetz stützen — indem es falsch und wörtlich interpretirt wird —, wozu dann ein mit Mühen und Kosten verbundenes Entstellen des Thatbestandes, das ja ein viel größeres Raffinement voraussetzt, das oft auch die Herbeirufung einer *lex* bedingte? Zur Illustration: Das einfachste der Mittel zur Entstellung und Verdeckung ist die Vorschlebung eines Dritten. Das setzt aber Einverständnis mit demselben voraus, das nicht leichten Kaufs zu erwerben sein wird, also eine bereits weiter vorgeschrittene Corruption. Denn zu einem Handeln ohne Wissen sich willenlos mißbrauchten lassen, das wird ein biederer, ehrlicher Mann nicht thun. Er müßte also getäuscht werden, und wie viel Mühe kostet es den Schlaunen, dies zu erreichen, wenn ihm immer nur die eine Frage entgegengehalten wird: „Warum thust du nicht so, wie alle andern, wenn du wirklich denselben Erfolg erzielen willst; um etwas Erlaubtes zu erreichen, bedarfst du meiner Hilfe nicht.“ Hier gilt das Wort Goethe's: „Ein beschränkter ehrlicher Mensch sieht oft die Schelmerei der feinsten Wächler (*faiseurs*) durch und durch.“

Nein, es ist leichter, der Göttin *Iustitia* in und mit ihren Gesetzesworten, als einem wirklichen Ehrenmann der alten Zeit eine Nase zu drehen! Für den Ehrenmann ist auch das geschriebene Recht ein Gewohnheitsrecht.

Nur beiläufig möchte ich bemerken, daß, wenn wir an dem gewonnenen Resultate festhalten, mir innerhalb der Simulationen, die zum in fr. legis agere verwendet wurden, die eben angeführte Vorschreibung einer dritten Person weitaus die älteste zu sein scheint.<sup>7)</sup> Denn vor allen andern war das

7) Damit stimmt auch der älteste uns überlieferte Fall des Licinius Stolo überein, von dem Plinius 18. 4. (3) ausdrücklich hervorhebt . . . quum substituta filii persona amplius possideret. Siehe jedoch des Genaueren über diesen Fall die Ausführungen weiter unten. Auch die übrigen schon in älterer Zeit vorkommenden Gesetzesumgehungen stimmen hieinit überein. So die folgenden von Jhering III. 1. Abth. S. 251 bereits erwähnten: 1) Benützung der Adoption, um sich die Vortheile, die der Besitz von Kindern gewährte, zu verschaffen; (Gellius Noctes Atticae V. 19); dann 2) der von Petron. Sat. 57 erzählte Fall, daß sich Leute, um das röm. Bürgerrecht zu erlangen, zuerst an einen röm. Bürger als Sklaven verkaufen ließen, welcher sie dann freiließ, wodurch ihr Zweck erreicht war. 3) Der Fall, den Livius 41, 8 berichtet: der gleichfalls das sub 2 Gesagte bestätigt. Die Gesandtschaften der verbündeten Latiner beschwerten sich darüber, ihre zu Rom gekauften Bürger wären meistentheils nach Rom gezogen. Wenn dies erlaubt sei, so würde es nach einigen Schätzungen dahin kommen, daß ihre verlassenen Städte, ihre verlassenen Dörfer nicht einen Soldaten stellen könnten. Auch klagten die Samniter und Peligner, es wären 4000 Familien von ihnen nach Fregellā hinübergezogen und dessen ungeachtet müßten sie Mannschaft zur Aushebung stellen. Livius fährt sodann fort: Genera autem fraudis duo mutandae viritum civitatis inducta erant. Lex sociis ac nominis Latini, qui stirpem ex sese domi relinquerent, dabat, ut cives Romani fierent. Ea lege male utendo alii sociis, alii populo Romano iniuriam faciebant. Nam et, ne stirpem domi relinquerent, liberos suos quibusquibus Romanis in eam conditionem, ut manumitterentur, mancipio dabant, libertinique cives essent: et quibus stirpes deessent, quam relinquerent, ut cives Romani fierent. Rudorff Röm. Rechtsgefch. I. §. 11 bemerkt hiezu: „Nach der Schlacht bei

Trifanum (414), welche die alten Latiner aus Bundesgenossen in stammverwandte Unterthanen umwandelte und den Grund zu einer ganz neuen Art abhängiger latinischer Gemeinden legte, wurde die im Wert gestiegene röm. Civität nur noch den Magistraten dieser latinischen Gemeinden als persönliches Vorrecht vorbehalten, jenes alte Recht, in Rom zu dienen, aber durch ein röm. Gesetz an die Bedingung geknüpft, daß der dort Genirte einen männlichen Stammhalter stirpem ex sese (l. 37 D. 38. 1. Fr. Vatic. 198) für Kriegsdienste und Abgaben in der Heimat zurücklasse. Um diesen aber pflegte die Heimatgemeinde durch vorherige Mancipation des leiblichen Sohnes an einen röm. Bürger unter der Abrede künftiger Manumission (contracta fiducia), die röm. Gemeinde durch Wahlfreundschaft und Übersiedelung des Adoptivvaters als caelebs betrogen zu werden vorausgesetzt, daß man für das gewaltsame und heimliche Einbringen in das Bürgerrecht überhaupt noch eine Rechtsform suchte. Die lex Claudia 577 wies daher die 564 oder später in einer latinischen Gemeinde Genirten aus und übertrug dem Prätor die Untersuchung wider die Widerspännigen; zugleich wurde durch Senatsbeschluss verordnet, daß künftig die Manumission nur zu verstaten sei, nachdem der Manumittent beschworen habe, sie nicht in der Absicht zu vollziehen, einen latinischen Bürger in einen römischen umzuwandeln (civitatis mutandae causa).“ Siehe zu dieser Stelle auch die v. Jhering III. 1. Abth. S. 251. Note 343 gemachten Bemerkungen; ferner Böding Pandekten §. 48 (2. Auflage) (seine Dissertation de mancipii causis war mir nicht zugänglich); Adolf Schmidt Rektoratsprogramm Freiburg 1856. Pernice Labo I. S. 170. Karl Adolf Schmidt Programm zu der von der Juristenfak. zu Leipzig veranstalteten Feier des hundertjährigen Geburtstages Friedr. Carl v. Savigny's, Das Hauskind in mancipio. Leipzig 1879. S. 3. Über die ganze weitere Literatur dieser Stelle,

3. Pfaff, In fraudem legis agere.

Verwenden einer Mittelsperson auch im alten Rechte zur Zeit des rigor in schwunghafter Verwendung — man denke nur an das Entstehen der *emancipatio* — also auch hier dem in fr. leg. agere ein Anhaltspunkt oder richtiger gesagt ein Mittel gegeben, das mißbraucht werden konnte; andererseits war es das Nächstliegende bei Rechtsgeschäften, den Paciscenten als Hülfsperson zu gebrauchen, da er ja ohnedies das größte Interesse an dem Zustandekommen hatte, oder derjenige war, der sich in der Zwangslage befand, sich dazu hergeben zu müssen und — zu schweigen. Denken wir aber an die Scheingeschäfte im Sinne Thering's, so erleidet das im Obigen Gesagte auch hiedurch keinen Eintrag.

Thering führt im III. Bd. 1. Abth. f. Geist des röm. R. S. 250 ff. treffend aus: „Aber selbst die gute alte Zeit ist von dem Vorwurf, das erste Beispiel zu einer solchen Verfündigung gegeben zu haben, nicht frei zu sprechen und die Jurisprudenz trägt daran ebenfalls einen Antheil der Schuld. Es ist dies ein für die ganze Weise der Römer und damit auch der römischen Jurisprudenz höchst bezeichnender Punkt. Über dem strengen Festhalten des juristischen Moments haben sie, ohne es zu wissen und zu wollen, das ethische preisgegeben. Die Benutzung der Ehe als bloßer Scheinehe für die Verfolgung gewisser legislativ nicht zu beanstandender Zwecke mochte immerhin vom einseitigen Standpunkte juristischer Technik sich noch so sehr empfehlen, eine Jurisprudenz, die sich auf den höheren legislativ-politischen und ethischen Standpunkt gestellt hätte, würde nie ihre Zustimmung dazu gegeben haben, denn selbst in Anwendung auf erlaubte Zwecke enthält eine solche Verwendung der Ehe als bloßer Form eine Verfündigung gegen ihr wahres Wesen, und zugleich das Signal sich ihrer

sowie über die Zweifel, welche sie hervorgerufen, siehe Walter Geschichte des röm. Rechts bis auf Justinian S. 333. 334. Anm. 33, 34, 35. Wenn Thering auch die „Eingehung simulirter Ehen um den Nachtheilen der Ehelosigkeit zu entgehen“ in die alte Zeit versetzt, so ist dem völlig beizustimmen. Ebenso seiner Anführung der *Arrogation*. Auch die simulirten Ehen mag man mit Thering ohne weiteres unter den Schleichwegen des Lebens anführen; in *fraudem legis* war aber damit nicht gehandelt, sondern nur in verdeckter Weise *contra legem*. Und mithin ist dieser Fall für uns hier ohne Relevanz. Über den Fall des Sp. *Carvilius Ruga*, den uns vorzüglich *Gellius* überliefert, siehe *Savigny Vermischte Schriften* I. S. 81 ff. und *Wächter* über Ehescheidungen bei den Römern S. 79—88. Über die eigenthümliche Auffassung *Montesquieu's* siehe *L'esprit des lois* XVI. 16. In diesem Falle wird von *Carvilius*

jedoch nur von seinem Recht Gebrauch gemacht, sich von seiner Frau zu scheiden. Doch da dies damals noch nicht vorgekommen war und er, um sein Vorgehen zu begründen, zu einer falschen Interpretation der Eidesformel „*uxorem se liberorum quaerendorum gratia habituram*“ seine Zuflucht nahm, wurde er allseitig getadelt. Von einer fraudulösen Gesetzesumgehung ist hier keine Rede, wenngleich man hier, was *Carvilius*' Begründung betrifft, von einem Schleichweg des Lebens zu sprechen berechtigt ist. In diesem Zusammenhang muß auch der *Cautelarjurisprudenz* gedacht werden. Darüber, wie dieselbe häufig das Gesetz zu umgehen verstand, siehe *Stinzing*, Geschichte der deutsch. Rechtswissenschaft. München u. Leipzig 1880 S. 533 ff. — Über die von *Stinzing* hiebei erwähnte jesuitische *Casuitik* siehe *Pascal* Provinzialbriefe 6.—10. Brief, I. Bd. S. 207 ff. (Deutsche Ausgabe von 1792.)

auch zu andern minder beifallswürdigen Zwecken zu bedienen, kurz, sie schlechtbin als juristisches Instrument zu betrachten. Das ist überhaupt die dunkle Rehrseite jener einseitig juristischen Lebensauffassung, welche die Römer kennzeichnet und in der Technik der Juristen nur ihren höchsten Gipfelpunkt erreicht, daß sie, indem sie die vorhandenen Verhältnisse rein vom Standpunkt der juristischen Brauchbarkeit erfassst, sie als bloßen Apparat für beliebige Zwecke verwendet, zu jener Gleichgiltigkeit gegen das wahre Wesen der Dinge, jenem formalistischen Nihilismus geführt hat, der schon früh einen Charakterzug des römischen Volkes bildet. Die Römer haben die Scheingeschäfte nicht umsonst gehabt."

Ich sagte, dies widerspricht dem oben Ausgeführten keineswegs; denn Scheingeschäfte in diesem Sinne beruhen auf falscher wörtlicher Interpretation; werden sie nun absichtlich zur Erreichung eines verbotenen Effectes benützt, so sind sie ein Mittel zum in fr. leg. agere. Da aber dem simulirten Geschäft jedenfalls eine falsche Interpretation vorhergeht, als deren Emanation sich das simulirte Geschäft darstellt, so dürfte es wol nicht zu kühn sein, anzunehmen, daß die einfachere Art (nämlich falsche wörtliche Interpretation) zeitlich früher aufgetreten sei, als die complicirtere, auf der ersteren basirende, des simulirten Geschäftes.<sup>8)</sup>

Mehr als ein Wahrscheinlichmachen ist natürlich auf diesem den Quellen entrückten Gebiete nicht möglich.

Eine weitere hier zu besprechende Frage, die verschiedene Beantwortung erfahren hat, ist folgende. Während Bangerow<sup>9)</sup> und nach ihm Hesse<sup>10)</sup> behaupten: „Eine Anwendung hievon (nämlich der extensiven Interpretation) kommt z. B. in dem bekannten Princip vor, daß, was in fr. legis geschieht, wie contra legem geschehen angenommen werden soll“, lehrt Hölder<sup>11)</sup>: „Analoge Anwendung eines Gesetzes ist auch die Gleichstellung der Umgehung des Handelns in fr. legis mit der Übertretung eines Verbotes; indem das Gesetz ein bestimmtes Verhalten um seines Resultates willen verbietet, ist es Anwendung eines allgemeinen jede Erreichung dieses Resultates verbietenden Rechtsfases.“<sup>12)</sup>

Was nun die dogmatische Seite dieser Frage betrifft, so haben m. E.

8) Daß für die historische Betrachtung falsche wörtliche Interpretation und simulirtes Geschäft gleichzeitig auftreten, verhehle ich mir nicht; für die historische Betrachtung ist ein derartiger geringerer zeitlicher Unterschied nicht existirend. Ich wollte bloß nach der Seite hin hervorheben, daß begrifflich das simulirte Geschäft durch rein wörtliche Interpretation entstanden ist, also wenn auch nur um eine kurze Zeit, so doch jünger ist.

9) Bangerow Pandekten 7. Aufl. Marburg 1863 I. Bd. S. 54 (§. 24).

10) Hesse Taschenbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Ausg. Jena 1872 §. 8.

11) Hölder Institut. des röm. Rechts Tübingen 1877 S. 8. — Vgl. auch Hölder Pandekten 1. Bd. S. 50. Anm. 1.

12) Es scheint als ob die Quellen in der l. 64 §. 1 D. de cond. 35. 1. eine Entscheidung enthielten in den Worten: legem enim adjuvandum interpretatione; allein, wie allgemein bekannt, „gebrauchen die Römer den Ausdruck interpretatio in einem ausgedehnten Sinn für jedes wissenschaftl. Verfahren.“ (Siehe Savigny Syst. I. §. 50.) Einen schlagenden Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung liefert dieselbe l. 64 in dem Ausdruck „interpretandum“.

sowol Bangerow als auch Hölder Recht, richtiger: im einzelnen Falle kann bald der eine, bald der andere Recht haben. Denn es ist ebenso gut möglich, daß man im einzelnen Falle in Folge extensiver Interpretation zu dem Satze gelangt, es solle was hier in fr. legis geschah, gleich gehalten werden dem Handeln contra leg., als auch daß der Fall so liegt, daß der Gesetzgeber an ihn nicht gedacht haben kann und man daher auf dem Wege der analogen Anwendung des Gesetzes zu diesem Resultat gelangt.

Was aber die historische Seite dieser Frage betrifft, so scheint mir, daß die Bangerow'sche Ansicht die Wahrheit für sich hat. Denn ist es richtig, daß erst durch die extensive Interpretation, die gezeigt hat, daß Worte und Sinn des Gesetzes etwas Trennbares sind, die Möglichkeit fraudulöser Gesetzesinterpretation geboten wurde, dann muß auch auf die extensive Interpretation der Satz zurückgeführt werden, daß, was in fraudem legis geschieht, wie contra legem geschehen angenommen werden soll. Denn in der extensiven Interpretation, die das in fraudem legis agere erst ermöglichte, lag ja gleichzeitig eines der wirksamsten Mittel zur Bekämpfung desselben.

Die insbesondere zwischen Savigny und Thöl ausgetragene Controverse, ob dem in fr. leg. agere einerseits durch Interpretation des Gesetzes, andererseits durch Darlegung des wirklichen Thatbestandes<sup>13)</sup>, oder aber bloß und immer nur durch Interpretation der einzelnen Handlung<sup>14)</sup> entgegengetreten werde, ist eine Frage, die mit der vorstehend besprochenen nichts zu thun hat. Sie wird weiter unten erörtert werden.

### §. 3. Die ältere Literatur.

Auf den später eingehend zu besprechenden Legaldefinitionen basiren selbstverständlich im Wesentlichen die meisten Begriffsbestimmungen, die in der Literatur, von der Glosse angefangen, aufgestellt wurden. Es soll nun im Folgenden eine thunlichst kurze Übersicht über dieselben gegeben werden; auf die wichtigeren dieser Definitionen wird noch weiter unten speciell zurückzukommen sein.

Das Wesentliche, was die Glossatoren in unserer Materie geleistet, findet sich in der glossa ordinaria des Accursius<sup>1)</sup> 2). Sie beschränken sich darauf, anschließend an die Worte der l. 29 u. l. 30 D. de legibus l. 3. hervorzuheben, daß der contra legem Handelnde sowol die verba als die sententia legis verletzt (offendit), während der in fr. legis Handelnde tantum sententiam offendit et verba reservat. Im übrigen unterscheiden sie vier verschiedene Arten, wie fraus legi fit. Nämlich 1. de re ad rem, 2. de persona ad personam, 3. de uno contractu ad alium contractum,

13) Thöl Einleitung §. 65.

14) Savigny Syst. I. §. 90. (S. 324. 325.)

1) „Durch diese waren die einzelnen Glossen seiner berühmten Vorgänger völlig in Vergessenheit gerathen“ Worte Savigny's im VI. Bd. der Gesch. des

röm. Rechts im Mittelalter. Cap. IX. S. 468. Siehe auch VII. S. 566 und S. 299.

2) Die dissensiones Dominorum edit. et illustr. G. Haenel Lipsiae 1834 weisen bez. unserer Frage auf keine Meinungsdivergenz unter den einzelnen Glossatoren.

4. de uno contractu ad eundem contractum. Zu jedem dieser Fälle führt die Glosse ein Beispiel an, so ad 1 die l. 7 § 3 D. de Scto. Maced. 14. 6 (es wird frumentum vinum oleum als Darlehen gegeben, da das Gesetz von pecunia numerata spricht); ad 2 die l. 5 pr. D. de donat. inter vir. et ux. 24. 1 (der Ehemann will seiner Frau schenken; da dies verboten, schiebt er einen Dritten als Schenker vor); ad 3 die l. 5 § 5 D. eod. (der Mann will der Frau schenken und nimmt diesfalls einen scheinbaren Verkauf vor); ad 4 die l. 8 §. 14 ad Sct. Vellej. 16. 1 (eine Frau will intercediren; um das SC. Vellej. zu vermeiden, contrahirt sie selbst die Schuld.<sup>3)</sup>) Bezüglich anderer Arten verweist die Marginalnote zur Glosse der l. 30 D. de leg. 1. 3 mit den Worten fit et aliis modis auf Albericus de Rosciate<sup>4)</sup>; derselbe bespricht In primam ff. Veteris Partem (Ausgabe Venetiis 1585) unsere Frage bei der l. Contra legem. Die Glieder seiner Eintheilung sind: de contractu ad contractum, de eadem re ad eandem rem, de iuramento ad iuramentum, de quantitate ad quantitatem, de loco ad locum, de nomine ad nomen, de mensura ad mensuram, de facto ad factum, de signo ad signum, de modo ad modum, de tempore ad tempus, de frumento ad frumentum. Zu jedem dieser Fälle wird mindestens ein Beispiel angeführt. Wenn Albericus selbst die Äußerung macht: Potest et alias fraudes studiosus lector reperire, so liegt hierin wol eine treffende Charakterisirung des Wertes dieser Eintheilung. In seinem In primam Cod. Part. Commentarius (Ausg. Venet. 1586) hebt Albericus sub Nr. 3 nur hervor: Avertendum etiam ad declarationem praedictae regulae, quod fit fraus legi quatuor modis qui notavi in glo. ff. eo. contra legem et secundum Jacob. de Are. et alios Doc. multis etiam aliis modis fit fraus legi; ut

3) Zu dieser Vierteltheilung bemerkt M. Antonius Muretus: Annotat autem Accursius, quem communitur omnes sequuntur, quatuor praecipue modis fieri fraudem legi [M. Antonii Mureti Commentarius de legibus Sctis et longa consuetudine ad l. 29 u. 30 D. de leg. 1. 3, in Otto Thesaurus Juris Romani IV. pag. 196]. Auch Muret hält an dieser Vierteltheilung fest. Wer dieselbe geschaffen, darauf glaube ich nicht weiter eingehen zu sollen. Sie findet sich bereits bei Accursius' Lehrer Azo (siehe Savigny Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter 2. Ausg. Bd. V. pag. 270), in dessen Summa in l. IV. Cod. (Ausgabe Venetiis 1572. S. 331. 1), von dem Acciatius (Parerga juris Lib. IX. cap. XXV) sagt, daß er als fons legum, vas electionis, lucerna juris gefeiert wurde. Azo selbst bemerkt in der Glosse zu l. 16 pr. D. de jure patron. 37. 14 (Corpus juris glossatum Lugduni 1604), daß diese Eintheilung nicht für alle Fälle genüge, indem gleich der von ihm in ob-

citirter lex besprochene Fall nicht von derselben umfaßt wird. Er sagt: Quot modis fiat fraus dic ut D. de leg. et Sct. l. fraus. Hic autem fit in re i. rei deminutione, non ergo hic modus continetur sub illis: quod verum est; quia illi modi gratia exempli doctrinaliter traduntur. — Bei dem sich in vielen Punkten an Azo — wenn auch nicht unmittelbar — anschließenden incertus auctor einer Summa legum finden sich zwei Unterscheidungen mehr als bei Azo, nämlich de nomine ad nomen und de facto ad factum, die uns im weiteren noch oft begegnen werden. Siehe hiezu Lommasche über eine in Oesterreich in der ersten Hälfte des XIV. Jahrhunderts geschriebene Summa legum incerti auctoris Wien 1883 Sitzungsber. der phil.-histor. Classe der kais. Akademie der Wissenschaften CV. Bd. II. Heft. Sonderabdruck S. 43.

4) Im Corp. juris glossatum. Ausg. Lugduni 1556 findet sich die Verweisung auf Albericus nicht.

ibi notavi et hic per Nico. in decisa dominus tamen Dyn. dicit in d. c. ult. de reg. iur. quod praedicti omnes alii modi reducuntur ad 4 modos . . . . .

Der von Albericus hier für diese Eintheilung speciell citirte Jacob. de Arena lehrt in seinen Commentarii in univers. jus civile Lugduni 1541 zur l. Non dubium (fol. 4): Fit fraus ibi quatuor modis secundum glossam communem. Sed certe immo aliis modis multis. Die von ihm weiters angeführten Glieder lauten: de iuramento ad iuramentum, de quantitate ad quantitatem, de loco ad locum, de tempore ad tempus, de facto ad factum, de nomine ad nomen, de signo ad signum.

Daß eine derartige auf Außerlichkeit beruhende, scholastische Eintheilung keinen wissenschaftlichen Wert beanspruchen kann, versteht sich von selbst. Die Bemerkungen, welche die Glosse zur l. 5 Cod. de leg. 1. 14 macht, enthalten nichts für den Begriff Relevantes, was nicht schon bei Besprechung der l. 29 u. 30 D. de leg. 1. 3 gesagt worden wäre. Es wird nur hervorgehoben, daß der Ausdruck committere legem sowol das contra als das in fr. leg. agere umfaßt. Der von der Glosse im Summarium zur lex Non dubium citirte Jacobus Butrigarius (Lehrer des Bartolus, siehe Savigny, Gesch. des röm. R. i. N. VI. S. 69. 70) war mir nicht zugänglich.

Von dem rein äußerlichen Gesichtspunkte dieser Eintheilung aus ließen sich ihre Glieder auch beliebig vermehren, wovon die späteren Commentatoren ausgiebigen Gebrauch machten.<sup>5)</sup> Bartolus (Ausgabe Lugduni 1516) hat die folgende Eintheilung: quandoque fit fraus de persona ad personam, quandoque de contractu ad eundem contractum, quandoque de re ad rem. Quandoque fit fraus secundum Guil.<sup>6)</sup> de mensura ad men-

5) Der Eintheilung de re ad rem, de persona ad personam, de contractu ad contractum, die, wie wir sehen werden, sich ziemlich lange erhalten hat, gedenkt auch J. Bedarride in seinem Werke Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale. [revu et annoté par H. F. Rivière. 4. Edition Paris 1887.] Im II. Bde Nr. 642 erwähnt er folgendes: Nos anciens jurisconsultes avaient d'abord admis onze espèces de fraude. Bientôt une classification plus exacte les réduisit à trois, savoir: la fraude consommée par une partie au détriment et à l'insu de l'autre partie, c'était la fraude de re ad rem; celle concertée par les parties pour tromper les tiers étrangers à l'acte, on l'appelait de persona ad personam; enfin la fraude de contractu in contractum consistant à dissimuler, sous la forme de l'acte, le contrat réel que les parties avaient voulu faire (Danty de la Preuve test. pag. 172. no. 30.) Cette distinction

embarrasse aujourd'hui toute la matière. Sous l'empire de notre législation, en effet, la fraude est restée l'art perfide de braver les lois avec l'apparence de la soumission, de violer les traités en paraissant les exécuter, et de tromper par l'extérieur des actes et des faits, sinon ceux qu'on dépouille, du moins les tribunaux dont ils pourraient invoquer la puissance. (Chardon de la fraude II. pag. 1.) Also die Eintheilung der alten Glossatoren ausgedehnt auf den Begriff der fraus als solchen, und nicht nur auf das in fr. leg. ag. eingeschränkt; im übrigen ist bez. der beiden ersten Glieder der Eintheilung bloß der Name geblieben; die Sache ist unter den Händen französ. Jurisprudenz eine andere geworden.

6) Entweder Guilielmus de Cuneo — obwol ihn Bartolus meist als Guil. de cu citirt, ein älterer Zeitgenosse des Bartolus und von ihm häufig erwähnt — (siehe Savigny Gesch. des röm. Rechts

suram ut D. de dolo l. arbitrio §. dolo (l. 18 §. 4 D. 4. 3) et D. de contrah. empt. l. imperatores (l. 71 D. 18. 1) et Dyn. in c. fi. extra de reg. iur. lib. VI. Aliquando de verbis ad sententiam legis. Nam non oportet verba sed sententiam legis inspicere. Et vide quod notavi in l. non dubium Cod. eodem et hic habes quot modis fit contra legem, also eine Eintheilung, die keineswegs vom Standpunkt eines von den ähnlichen Erscheinungen losgelösten, selbständigen Begriffes des in fr. legis ausging. Denn, so wenig Wert auch die von ihm aufgestellten 4 Arten (an die Stelle des de contractu ad alium contractum tritt bei ihm das neue Glied de mensura ad mensuram) haben mögen, die ganze Eintheilung wird wol am treffendsten dadurch charakterisirt, daß bei der Frage, wie in fr. legis gehandelt werde, als eine fünfte Art das de verbis ad sententiam legis auftritt, also der eigentliche typische Normalfall es ist, der eine selbständige Stellung erhält. Diese schablonenhafte Eintheilung vertritt eine Ausbildung in infinitum — ein schwaches Abbild der denkbaren Möglichkeiten bietet uns die Sechsgliedrigkeit bei Zasius. Sie enthielt in sich die Fähigkeit, alles zu umfassen, was auf irgend einer Schlaueit des Einzelnen beruhte; und so sind denn auch — wie uns insbesondere Zasius zeigen wird — alle Fälle, die nur irgendwie ein nicht ganz correctes Vorgehen, ja bloße Pffiffigkeit enthielten, gleichviel ob der Einzelne oder die Staatsgewalt als solche handelnd auftrat, unter den Gesichtspunkt des in fr. leg. agere gestellt worden. So weit ist im Laufe der Thätigkeit der Glossatoren und Postglossatoren der Begriff des in fr. leg. agere geworden! Ein so weiter Begriff aber mußte sich natürlich in späterer Zeit als nicht praktikabel erweisen. Da konnte man nicht die Consequenz ziehen, in fr. leg. sei gleich contra legem. Und dies dürfte vielleicht mit eine Ursache gewesen sein, daß man, das Kind mit dem Bade verschüttend, den Rechtsatz in fr. = contra überhaupt fast nicht zur Anwendung brachte, sondern sich im einzelnen Falle half, wie es eben ging. Doch wir müssen vorläufig noch bei Bartolus verbleiben. Wie seine Bemerkungen zur Constitutio Theodosiana (l. 5 Cod. 1. 14) beweisen, ist die Abweichung von der seit Accursius herrschenden Eintheilung eine zielbewußte. Die Glossatoren hatten vom Gesichtspunkte aus, daß durch Rechtsgeschäfte in fraudem legis gehandelt werde, die verschiedenen Seiten des Rechtsgeschäftes betrachtend sich gesagt, es könne entweder das Subject (de pers. ad pers.) oder das Object (de re ad rem) oder die rechtliche Natur (de contractu ad alium contractum; de contractu ad eundem contractum) gefälscht werden.<sup>7)</sup> Daß hiebei das simulirte Geschäft als Mittel des in fr. leg. agere eine Rolle spielt, beweisen die von ihnen angezogenen Beispiele, so insbesondere das zum Falle 3, de uno contractu ad alium contractum: ut si vir volens uxori donare commentus sit venditionem in fraudem legis.

i. R. VI. S. 36 und Stinzing Gesch. der populär. Literatur des röm. kan. Rechts S. 303) oder Wilhelmus Accursii. Nur des ersteren Commentar zum Coder ist gedruckt, doch sehr selten. Weber dieser, noch die handschriftl. Exem-

plare der beiden Autoren waren mir zugänglich.

7) Von diesem Gesichtspunkte aus liegt dann in der späteren schrankenlosen Erweiterung der Eintheilung der Glossatoren ein entschiedener Rückschritt.

Diesen Fall de uno contractu ad alium contractum hat nun Bartolus bei Besprechung der l. 29 u. 30 h. t. nicht. Bei Besprechung der l. Non dubium wehrt er denselben und damit den Gedanken, daß durch ein simulirtes Geschäft in fraud. legis gehandelt werden könne, auf das entschiedenste ab.<sup>8)</sup> Er sagt diesbezüglich: Ad unum tamen adverte: quia in d. l. contra legem et l. sequ. gl. ponit casum, quando fit fraus de contractu ad contractum: quia unum agitur et aliud agi simulatur. Quod exemplum non bene congruit huic legi. Nam illud quod simulate agitur, vere non agitur ut l. emptor de aquae plu. arc. (l. 12 D. 39. 3) et de reg. jur. l. imaginaria (l. 16 D. 50. 17) ut D. plus valere quod agitur, per totum. Sed lex nostra loquitur, quando aliquis vere agit, sed huius legis auctoritate pro infecto habetur; et sic secundum fictionem.

Es ist hier nicht der Ort, sich mit dieser Ansicht auseinander zu setzen; an einer anderen Stelle wird sich hierzu genügende Gelegenheit bieten. Hier ist über Bartolus nur das Eine noch zu erwähnen, daß er, dem Sprachgebrauche der l. non dubium folgend, das Zuwiderhandeln wider ein Gesetz terminologisch so scheidet wie die Glosse. Er sagt nämlich: quandoque aliquis facit contra legem, ut quando legem offendit expresse et ejus verba; quandoque aliquis facit fraudem legi, ut quando offendit mentem, sed non verba. . . . Est et tertius, scil. committere in legem; illud est generale ad praedicta duo: quia sive quis faciat contra legem, sive in fraudem legis, committit in legem. . . .

Valdus de Ubaldis in seinen Commentaria in I et II partem ff. veteris<sup>9)</sup> steht bezüglich des in fr. leg. agere auf dem Standpunkte, daß er, wie die meisten alten Schriftsteller, dasselbe in die innigste Verbindung mit der Simulation bringt. Ob er an der Eintheilung der Glosse festhält oder nicht, geht aus seinen diesfälligen Äußerungen nicht hervor. Ein von ihm speciell hervorgehobener Fall ist der, daß fraus legi sit de nomine ad nomen, den er der Glosse entnimmt, de domino Ottone potestate, qui in fraudes statuti fecit se vocari in defensorem. Er erwähnt dessen bei Besprechung der Frage: qui non potest esse potestas non potest esse defensor.<sup>10)</sup>

Dagegen erwähnt er nicht nur der Eintheilung der Glosse, sondern führt sie in bereits erweiterter Form vor in f. Praelectiones in treis Cod. priores libros<sup>11)</sup> zur l. Non dubium; seine Eintheilung lautet: de re ad rem, de persona ad personam, de contractu ad contractum, de modo ad modum. Dies vierte Glied stimmt, wie das von ihm angeführte Beispiel

8) Er steht also auf demselben Standpunkte, den kürzlich Bähr in seiner Besprechung der Urtheile des Reichsgerichtes eingenommen hat.

9) Benützte Ausgabe Lugduni 1517.

10) Vgl. über diesen Fall auch Justus: adde V. casum, cum fraus sit de nomine ad nomen: ut cum quis non potest creari potestas, fingunt nomen defensoris. Ita hic Bald. qui dat exemplum

de quodam Odone. Haud absimile est cum civitas cogitur habere nobiles in summum magistratum: at non extat nobilis, fingunt nomen vicarii magistratus, ut fraudem legi faciant. Sic nobiles ut aliquo praetextu possint habere pensiones a monasteriis, fingunt sibi nomen advocati. Sic cardinales ut monasteriorum bona devorent, fingunt nomen: et haec fraus satis est extenta.

11) Ausgabe Lugduni 1545.

(mulier quae non potest fideiubere fingit se principalem), mit dem de uno contractu ad eundem contr. der Glosse; er schließt diese Ausführungen mit den Worten: ista sunt membra glossae. Dann fährt er also fort: Sed Pe<sup>12</sup>) addit alia membra: nam quinto modo fit fraus de nomine ad nomen puta ille qui non potest esse assessor facit se vocari consiliarius D. de assess. l. si (offenbar C. de assess. l. 9) . . . . sexto modo fit fraus de tempore ad tempus ut D. de mi. l. 3. §. 1 in f. (l. 3. §. 1 in f. D. 4. 4), D. sol. matr. l. filiae meae (l. 59 D. solut. matrimonio dos quemadmod. petatur 24. 3) ubi habes notabile exemplum de hoc. Istud exemplum non est de lege legis, sed de lege conventionis . . . . Septimo fit fraus de quantitate ad quantitatem ut D. de iure patr. l. si lib. minor. facit (l. 16 pr. D. 37. 14) . . . . Daß diese Eintheilung auf rein äußerlichen Gesichtspunkten beruht, ist auf den ersten Blick klar.

Daß Balbus — sofern man ihm selbst, was seine gewählten Beispiele betrifft, zustimmt und dieselben als Fälle von in fr. leg. agere erkennt — trotzdem den Begriff des in fr. leg. ag. nicht als einen streng geschlossenen auffaßt, sondern nur eine nebulose weite Auffassung hievon hat, zeigt z. B. unzweideutig der von ihm im Anschluß an diese Siebentheilung weiterhin erwähnte Fall: Facit etiam fraudem officialis qui fingit se dormire vel egrotare ad hoc ut inimici irruant in districtum . . . . Hier liegt wol eine Niederträchtigkeit ärgster Art vor, aber von einem in fr. leg. agere im technischen Sinne ist keine Spur.

Balbus' Schüler Paulus de Castro (benützte Ausg. Venetiis 1594) sagte (In prim. Cod. Part. Comm. zur l. Non dubium) bez. unserer Frage nur . . qui fraudem facit legi, quod multis modis potest contingere qui no. per gl. in l. contra legem ff. eod. In seinem Comment. super prim. Dig. veter. bemerkt er zur l. Contra legem: Qui offendit naturam et mentem legis, dicitur facere contra legem, si vero mentem non verba dicitur facere in fr. legis. Dann hebt er — und ich erwähne es bloß deshalb, weil es sich auch bei manchen anderen älteren Schriftstellern vorfindet — hervor, daß fraus potest fieri et legi nondum factae sed futurae sec. Cynum puto cum in consilio civitatis esset ratiocinatum imponendo certum pretium frumento, quia nimis care vendebatur, unus ex consiliariis antequam hoc fieret, totum suum frumentum vendidit caro pretio. Postea facta est ordinatio, certe emptor potest agere contra venditorem et rescindere venditionem tamquam factum in fraudem legis futurae et in fr. eius sec. Cyn. quod. no.

Ich glaube, über die Anwendung des Gesichtspunktes des in fr. leg. agere in diesem Falle ist wol kein Wort nötig!

12) Wahrscheinlich Petrus de Bessaperica (drbr. daß die Abkürzung Pe für denselben vorkommt, siehe v. Schruttka Zur Dogmengeschichte u. Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren. Berlin 1888 S. 84). Daß hierunter Petrus de Ancharano gemeint sein sollte, scheint mir weniger

wahrscheinlich, da dieser (Savigny Gesch. des röm. Rechts i. R. VI. S. 229) ein Schüler des Balbus gewesen ist und die Äußerung bei Jason de Rayno: et dicta Bal. referet et sequitur Pet. de Anch. . . . wol mehr dafür spricht, daß das Pet. de Anch. als Nominativ, denn als Accusativ aufzufassen sei.

Auch Paulus de Castro hebt ausdrücklich hervor: aliud est fraus, aliud est simulatio quia actus factus in fraudem alterius valet ut ex mero jure; sed potest rescindi ut dixi. Sed actus simulatus est ipso jure nullus, quia non habet voluntatem contrahentium. Die Hervorhebung: potest etiam fieri fraus interpretationis legis ist auf die citirte l. 40 D. de jure fisc. 49, 14 zurückzuführen.

Jason de Mayno lehrt in s. Werke In primam Cod. Part. Commentarius (Ausg. Venetiis 1585) zur l. Non dubium: facere fraudem legi est, quum quis non venit contra verba legis, sed contra mentem, immo verba legis observat<sup>13</sup>). Der Glosse folgend und unter Berufung auf Dynus unterscheidet auch Jason de Mayno folgendermaßen: Fraus fit legi quatuor modis: de re ad rem, de persona ad personam, de contractu ad contractum et de modo ad modum, quae omnia prosequere ut late p. Bal. et Ful. hic et dicta Bal. refert et sequitur Pet. de Anch. in rep. c. canonum statuta de const. in 10 charta in ver. sed iuxta p. dicta congrue ponunt Canonii in c. quanto de priv. 139. 3 c. plerique.<sup>14</sup>)

Die von Jason sub Nr. 45—48 angeführten Fälle beschäftigen sich mit Fragen, wie die folgende: . . . an stante statuto q. quis non possit extrahere frumentum extra civitatem, an cadat in poenam extrahendo farinam? Jason entscheidet im bejahenden Sinn: quia alias fieret fraus de re ad rem.

Udalricus Zasius<sup>15</sup>) hat die übliche Formulirung: fraudem facit legi qui non verba sed mentem offendit; oppugnat qui utraque, — und hält an der Siebentheilung fest. Nur erwähnt er der beiden Fälle de tempore ad tempus und de quantitate ad quantitatem nicht, sondern führt als casus sextus und casus septimus zwei andere Fälle an, nämlich de conditione ad conditionem und a praefestatione rei ad seipsam. Ich lasse seine Ausführungen wörtlich folgen: Adde sextum casum cum fraus fit de conditione ad conditionem, ut si venditur ancilla ne prostituatur, certe leno facit eam famulari in caupona, ubi sui copiam praebet hospitibus l. ult. C. si manc. ita vene. ne prosti. (l. 3. Cod. IV. 56). Si hodie fraus fit quoti-

13) Zu dem Worte „fraudem“ ist die Anmerkung gemacht: Adde et plures modos, quibus fit fraus legi vide per Jacob. a Sancto Georg. tract. de Royd. num. 36. BELLIOI.

14) Die Werke von Fulgiosius und Petrus de Ancharano waren mir leider nicht zugänglich.

15) In s. Werke In titulos aliquot digesti veteris commentaria. Ausgabe operum omnium Domini Udalrici Zasii. Impr. Francof. ad Moen. MDLXXX. pag. 166. In seinen In primam Digestorum sive Pandectarum partem Paratitla hat er zum Titel de legibus et senatusconsultis et longa consuetudine

die Viertheilung des Accursius acceptirt: Contra leges fieri duobus modis contingit. Aperte cum ea quae prohibita sunt, molimur. Obliqua, cum fraudem intendimus. Fit enim fraus legi, cum salvis verbis sententia ejus circumvenitur, quod quadrifariam evenire potest; Aliquando de re ad rem . . . folgt das Beispiel der Glosse. Item de persona ad personam fit fraus, ut cum studens prohibitus sit adire puellam et nuntium mittit; fa. l. si sponsus in prin. infra de donat. intra vir et uxor. (L. 5. D. 24. 1.) Item de contractu ad contractum (folgt ein Beispiel). Item de contractu eodem ad eundem (folgt Beispiel der Glosse).

diana cum monasteria vel temporales domini servos in testes produunt: hoc enim non fieri prohibet l. servos Cod. de testi. (l. 8. Cod. 4. 20). Sed ut huic legi fraus fiat, homines proprii manumittuntur apparenter ad testificandum et sic affingitur conditio libera homini, quae non est in eo, quia redit in servitutem post testificata. At haec est fraus, etiam si totus orbis hoc practicaret fa. tex. optimus l. 1. §. is quoque D. de bon. coll. (l. 1. §. 14. D. 37. 6). Septimum addite casum a praefestatione rei ad seipsam licet Bald. Bart. post Guil. aliter hanc fraudem baptizent. Tempore quo fit frumenti caritas, statuitur per consiliarios aestimatio probabilis, temperata pro civium commoditate: quispiam ex consiliariis, antequam hoc statutum publicetur, mox dies et noctes, omni sarcina convecta, vendit omnia frumenta sua pluris quam velit statutum publicare: iste fraudem facit praefestinando de re ad seipsam et est secundum Doctores puniendus. Allegant l. 1 in fin. D. de act. empt. (l. 1. D. 19. 1) l. si quis vina de peric. et comm. rei vend. (l. 4. D. 18. 6) qui tex. modice faciunt. Melior text. in l. 3. §. si quis cum minore in fine infra de minor. (l. 3. §. 1. D. 4. 4) ubi fraudulentus negotiator contrahit cum minore eo tempore quo sperabatur, privilegium minoris aetatis cessare propter aetatem legitimam. Certe si in fraudem facit, minor nihilominus restituetur. E diverso si sit parabilis frumenti aestimatio et adveniente caritate permittitur negotiatoribus, ut quanto pluris possunt, vendant frumentum ut eo major copia advehatur, ex consiliariis, antequam hoc statutum publicetur, multum frumenti coemit, ut possit postea carius vendi: is facit fraudem per jura allegata. Haec doctrina pugnat contra eos, qui cum sint consilarii facto statuto, ut certa moneta reprobetur, aliquis eorum mutando, cambiando, solvendo creditoribus, hodie omnes ejus monetae nummos absunit, cras prohibentur, quod iste sciverat: certe ad interesse tenebitur, tanquam fraude concinnata. Et facit haec doctrina egregie contra quendam, qui cum sciret statuta esse facta, ut non nisi cum certa solemnitate donationes fierent causa mortis, unus ex consiliariis antequam statuta publicarentur, suadet inducit in suum commodum ut aliqua mortis causa donatio fiat privatim, iste ad interesse tenebitur tanquam fraudem legi faciens. Potest et hoc genus fraudis dici de tempore ad tempus.

So bezeichnet auch Balbus diese Art von Fällen, wie das bei seiner Eintheilung zum sechsten Falle (de tempore ad tempus) gewählte Beispiel (l. 3. §. 1 in f. D. de mino. 4. 4) beweist.

Ich glaube, es erscheint überflüssig, auf die einzelnen Fälle einzugehen. Welch' weiter Begriff hienach das in fr. legis agere wäre, zeigt wol zur Genüge die Auffassung von der sententia legis, wonach in fr. legis gehandelt werden kann selbst antequam hoc statutum publicetur. Was den erwähnten Fall selbst angeht, so wird wol jedermann zugeben müssen, daß im Aufkaufen des Getreides, um es noch vor dem Wirksamwerden des neuen Statutes zum alten Preise verkaufen zu können, zwar von Seiten des consiliarius ein Mißbrauch seiner amtlichen Kenntniß gelegen ist, keineswegs aber ein in fr. legis agere.

Alciatus in seinem Commentarius in ff. tit. de Donationibus<sup>16)</sup> spricht zwar an vereinzeltten Punkten davon, id aliquem egisse ut legem fraudet, doch ist für ihn die Hauptfrage an dieser Stelle (und er folgt darin Bartolus) nach der praesumptio doli (fraudis), welche er in sechs verschiedenen Fällen constatirt. Für unsere Lehre ist aus seinen diesfälligen Äußerungen nichts zu gewinnen<sup>17)</sup>.

Duarenus in seinem Werke in primam partem Pandectarum sive Digestorum methodica enarratio<sup>18)</sup>, in tit. de legib. SCtis etc. spricht sich im Cap. VIII. bloß dahin aus non licere salvis verbis legis sententiam eius circumvenire, wobei er die l. 29. 30 D. und die l. Non dub. Cod. citirt. Bezüglich der Behandlung von in fr. legis vorgenommenen Handlungen steht Duaren auf dem Standpunkt, der ja vor und nach ihm allgemein getheilt wird, es sei die Handlung als contra legem geschehen zu behandeln, und stellt die Frage des Entgegenkämpfens wider eine in fr. leg. vorgenommene Handlung unter den Gesichtspunkt der ratiocinatio, von der er sagt: Ratiocinatio est, inquit Cicero, cum ex eo, quod uspiam est ad id quod nusquam scriptum est, pervenitur ratiocinando: nos vulgo legis extensionem dicimus. Alii collectionem vocant: quoniam ex scripto colligitur ratiocinando id, quod scriptum non est.

Im übrigen steht Duarenus nicht auf demselben Standpunkt, der vor ihm und nach ihm in der älteren und neueren Theorie und Praxis vertreten wurde und noch vertreten wird: sobald ein simulirtes Geschäft als Mittel des in fr. legis agere erscheint, begnügt man sich, oft bloß die eine Seite der Sache zu betrachten und das Geschäft aus dem Gesichtspunkt der Simulation für nichtig zu erklären; er hebt vielmehr ausdrücklich hervor in tit. XXII Lib. III Cod. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur: Maritus aliquid volebat donare uxori suae, quia videbat se donare non posse, vendidit ei per simulationem: hoc casu non valet contractus venditionis, quia simulatio est: non valet etiam contractus donationis, quia quod gestum est inter contrahentes est contra jus.

Andererseits sieht doch auch Duarenus den Kern der Entscheidung in dem Hinweis auf die Simulation, wie dies ja die meisten Schriftsteller so sehr zum Nachtheil der Ausbildung resp. Handhabung des Begriffes des in fr. leg. ag. gethan haben. So führt er — gewiß mit Unrecht — den bekannten Fall des Licinius Stolo, d. h. die Bestrafung desselben auf die dabei vorgekommene Simulation zurück. Ich muß hiebei — um ihn im Zusammenhang wörtlich anführen zu können — auch einen Fall nennen, den er dem des Licinius gleichstellt, völlig übersehend, daß derselbe ja ganz correct sein kann. Er sagt in tit. XXII lib. III Cod. plus valere quod agitur (auf Seite 945 der benützten Ausgabe): Cum quis aliquid vellet

16) Sein Comm. in treis lib. Codicis enthält nichts, was für uns relevant wäre.

17) Benützte Ausgabe: Opera omnia

Basil. 1582 I. Bd. S. 1398 ff. Nr. 41, 43, 47, 52, 63.

18) Benützte Ausgabe: D. Francisci Duareni omnia opera Francofurti MDXCVIII.

emere, supposuit nomen uxoris suae loco nominis sui, tamquam uxor ipsa emeret, non maritus. Haec simulatio respicit personam contrahentium et tunc inspiciamus magis quod actum est, quam quod simulatum. Talis fuit ille Licinius Stollo, quem Plinius libr. 18 cap. 30 (!) scribit, sua lege fuisse damnatum, cum substituta filii persona amplius quam quinquaginta (sic!) iugera possideret. Daß aber Licinius seinen Sohn nicht zum Schein, sondern wirklich emancipirt hatte und daher dieser Gesichtspunkt unanwendbar erscheint, ist gewiß<sup>19)</sup>.

Die übliche Eintheilung de persona ad personam etc. findet sich bei Duarenus nicht.

Jacobus Cujacius<sup>20)</sup> erwähnt die Eintheilung der Glosse nicht. Im IV. Bande S. 391 macht er anlässlich der Besprechung des Begriffes des tacitum fideicommissum die Bemerkung: plerumque tacitum fideicommissum accipitur in malam partem: nam si subtilius inspexeris, aliud est aliquid esse contra leges et aliud esse in fraudem legum (l. 19. 30 D. 1. 3). Sed hic contra leges est in fraudem legum.

Im IX. Bande S. 55—57 beschäftigt er sich dagegen etwas eingehender mit der Frage. Er geht davon aus: pacta quae fiunt contra leges, constitutiones aut bonos mores, fiunt tribus aut quatuor modis. Uno, si turpem aut injustam causam continent . . . . Sed alio modo pacta dicuntur esse contra leges vel constitutiones vel bonos mores, quia etsi iustam causam contineant, tamen non fiunt civili more et legitimo modo . . . . Dann fährt er fort: Tollitur eodem edicto Praetoris fraus, nam ait „neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo“: quo genere videtur obligationem contra legem ut hic sit quodammodo tertius modus paciscendi contra legem: in fraudem is facit, qui facit, quod lex non prohibuit palam, sed quod fieri intellexit, etiam si non dixerit. Palam contra legem facit, qui offendit scriptum legis, in fraudem qui offendit sententiam legis<sup>21)</sup>: ergo qui in fraudem facit, contra legem facit. Ergo et hic est tertius modus paciscendi contra leges: sumatur exemplum ex lege Cincia, ad quam scripta est l. contra D. de legibus. Lex Cincia erat de donationibus et ideo dicta est lex muneralis, id est modum imponebat donationibus: dicit lex Cincia ne liceat donare ultra certum modum; qui donat ultra 500 aurea facit contra scriptum legis: at qui non donat, sed vendit contra eum modum titulo donationis suppresso ut si vendat supra eum modum nummo uno, hic non facit contra scriptum, quia non donat, sed contra sententiam legis Cinciae: quia lex Cincia id fieri vetuit. Ergo etiam hic erit tertius modus paciscendi contra leges si id fiat oblique, non palam contra legis verba: et est hic ultimus modus paciscendi contra leges . . . . .

Einen ähnlichen Gedanken, den er jedoch nur viel näher ausführt (nämlich den, daß obliqua via gehandelt wird), hat Donellus. Ich lasse

19) Siehe hierüber weiter unten.

20) Benützt wurde die ed. Neap. 1722.

21) Eine nicht glückliche Formulierung, da ja auch der contra legem Handelnde die sententia legis offendit.

auch seine diesbezüglichen Ausführungen folgen. Er lehrt<sup>22)</sup>: Ex consequentibus voluntas legis plenior, quam scriptum arguitur, cum lex id vetat, quod aliquibus positus sequitur: etsi enim de antecedentibus nihil exprimit, tamen consequenti prohibito, intelligitur velle omnia prohiberi ex quibus illud sequitur. Ideo hanc sententiam sequimur, placetque, utrumque lege pariter prohiberi et quod prohibetur nominatim et quodcumque est, per quod ad illud pervenitur; prius quia lex aperte vetuit: posterius quia fieri noluit. Unde et illud constitutum cum quid lex prohibet, committere in legem videri eum non tantum qui contra verba legis facit, sed etiam qui verba legis amplexus contra voluntatem et sententiam legis nititur; sufficere legislatori prohibuisse, quod non vult: cetera quasi expressa ex voluntate legis licere colligere (l. 5 Cod. de leg. 1. 14). Idque ipsum est, quod aliis verbis apud veteres toties pariter improbari legimus et quae fiunt contra legem et quae in fraudem legis ut subjecta aliquot exempla indicabunt. Ex quo est horum verborum definitio (l. 29 et 30 D. 1. 3) ut fit contra legem id facere, non solum quod lex non vult, sed etiam quod nominatim et verbis prohibet: in fraudem autem cum salvis verbis legis, sententia eius circumvenitur; id est cum non fit, quod lex aperte prohibet, in quo verba conservantur: sed fit quod lex fieri noluit, in quo est sententia et voluntas legis: quae ideo hoc facto circumveniri dicitur, quod qui id facit, sententiae imponere et illud velle videtur, dum verbis fraudulentem parendo simulat se legi parere, id est ei, quod lex voluit, et hoc praetextu se tuetur; cum tamen re ipsa maxime adversus eam sententiam faciat: ut hoc explicari videtur in l. 5. Cod. de legibus. Sed in his omnibus dubitari adhuc potest, quid sit illud, quod fiat adversus sententiam legis, salvis verbis, id quod lex verbis non prohibuit, fieri tamen noluit. Hoc illud est, quod supra dixi, cum uno aliquo verbis prohibito, fiunt intermedia quibus positus ad illud pervenitur. Haec merito pariter prohibentur, dicunturque pariter fieri adversus sententiam et voluntatem legis; quia his rebus fit non minus id, quod lex fieri prohibet. Et quid interest **recta id facias an obliqua via eodem pervenias?**

Et ideo bene cautum est regula juris Pontificii, cum quid una via prohibetur alicui, ad id eum non debere alia admitti (l. 84 de Reg. Jur. in Vito). Haec ita esse aliquot exemplis planum fiet. Es folgen sohin einige Beispiele, nämlich Freilassung eines Slaven durch einen minor viginti quinque annis durch eine vorgeschobene dritte Person; Schenkung an die Ehefrau per interpositam personam mit der Bemerkung non dubium, quin simile hoc sit superiori, ideoque improbetur, quia fit in fraudem legis. Sohin der satzfam bekannte Fall, daß der creditor dem filius familias statt Geld andere Sachen als mutuum zukommen läßt. Donellus schließt seine Ausführungen an dieser Stelle mit den Worten: Improbantur ergo haec omnia, ut adversus legem facta: sed ideo ut adversus legem, quod, verbis cessantibus fiant adversus sententiam, quae patet longius, quam verba.

22) Lib. I. Cap. XVI. §. 5 ed. König & Bucher Norimb. 1801 sqq.

Prohibetur enim verbis solum, quod est consequens: re autem ipsa et sententia legis etiam quae accedunt per quae eodem peruenitur: idque ideo quia antecedentia suum illud consequens quod aperte prohibetur, implicitum habet.

An anderer Stelle<sup>23)</sup> sagt Donellus bloß: Is legi et iuri non paret, qui adversus legem facit, sive aperte contra verba ipsa faciat, sive salvis verbis faciat adversus id, quod lex noluit: quorum illud usitate contra legem, hoc in fraudem legis fieri dicitur (l. 29. 30. D. 1. 3). Utrumque autem pariter adversus legem (l. 5 pr. Cod. de legib.) inter quae, quid intersit dixi supra (cap. XIV). Sohin seht Donellus auseinander ut videri possit utraque definitio ad eundem lautum referri qui facit, quod lex vetat, non etiam ad eum, qui omittit, quod lex jubet, und widerlegt diese denkbare Ansicht. Doch dieses Theiles der Aufstellungen von Donell wird an anderer Stelle<sup>24)</sup> gedacht werden.

In diesem Zusammenhang muß auch Oswald Hilliger und Arnoldus Binnius genannt werden, da sie bekanntlich beide besonders stark Donellus in ihren Werken benützten. Hilliger macht nun zu Donell's diesbezüglichen Ausführungen eine Anmerkung<sup>25)</sup>, in welcher er der quatuor modi des Accursius gedenkt und sich diesfalls auf Muret bezieht. Sonst enthält seine Anmerkung nichts hieher Gehöriges.

Binnius<sup>26)</sup> bespricht die Frage: an sine exceptione, quidquid contra legem sit, sit ipso jure nullum und dabei natürlich vorgülich die l. Non dubium. Begreiflicher Weise beschäftigt sich auch Binnius, wie alle Interpretatoren der lex Non dubium, mit der Frage nach dem allgemeinen Princip dieses Gesetzes und seiner Geltung<sup>27)</sup>, eine Frage, die uns im engen Rahmen dieses Aufsatzes selbstverständlich nicht näher beschäftigen kann. Was das in fr. leg. agere betrifft, so hat Binnius diesfalls die nichts Neues bietende Bemerkung: sed et si quid factum est, non quidem adversus expressam legis prohibitionem, verum contra mentem eius et sententiam, etiamsi lex id verbis non expresserit, placet nihilominus actum ipso jure esse invalidum et nullum d. l. non dubium pr. c. de legibus l. hoc modo 64. §. 1 ff. de cond. et dem. ubi et exemplum. Aliud exemplum habemus in l. si sponsus §. circa 5 ff. de don. int. vir et uxor. l. si quis 38 ff. de contr. empt. Nempe si vir volens uxori donare, in fraudem legis venditionem commentus viliori pretio rem uxori venderit. Quippe eo ipso quod quid fieri lex prohibet, efficit, ut frustra et inutiliter fiat, quod prohibitum est: adeo ut nec opus hic sit, aliqua vel exceptione, vel rescissione aut restitutione.

23) I. Cap. XVII. §. 3.

24) Bei Besprechung der Einschränkungen, welche der Begriff in der Literatur erfahren hat.

25) Seinen Donellus enucleatus als selbständiges Werk bekam ich nicht zu Gesicht; dafür Hugonis Donelli Opera omnia cum notis Oswaldi Hilligeri. Lucae 1762.

26) Selectarum juris Quaestionum Lib. I. Cap. I. Ausgabe Lugduni 1761.

27) Über die ausgedehnte Literatur und die verschiedenen Ansichten siehe die sorgfältige dogmengeschichtliche Studie in Endemann's Schrift „Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht“. Leipzig 1887.

Subertus Giphanius in seinem Werke *Explanatio difficiliorum et celebriorum Legum Codicis Justiniani*<sup>28)</sup> bemerkt pag. 16 sq. zur *lex Non dubium: Contra leges committere non tantum eum, qui contra verba, sed etiam qui contra sententiam et voluntatem legis facit, und weiters: Conantur autem Glossographi explicare modos, quibus varie fiat fraus legibus. Quatuor modos adfert Accursius, quibus alii tres adjiciunt. So-* hin folgt die satzsam bekannte scholastische Eintheilung, an der Giphanius nur das eine zu bemängeln findet, daß ihm der Fall 4 (*de modo ad modum, bei andern de uno contractu ad eundem*) unter Nr. 3 *de contractu ad contractum* subsumirt werden zu können scheint. Es folgen dann die Fälle in nomine, in tempore, in quantitate und er fügt dem, nachdem er selbst im Ganzen mit Nummern sechs Fälle aufgezählt, noch den Fall bei nam et in conditione interdum sit fraus ut in l. 64 hoc modo (*D. de cond. et dem.*).

Joh. Schneidewin enthält naturgemäß, wie alle Institutionencommentare, die mir zu Gesicht gekommen, nichts für unser Thema Relevantes, da er in seinem Commentar zu den Institutionen keine Ursache hat, diese Frage zu berühren.<sup>29)</sup>

Ebenso bringt auch Mathäus Wesenbeck<sup>30)</sup> weder in seinem Commentar zu den Pandekten, noch in seinem Commentar zum Codez etwas für unsere Lehre Relevantes vor.

Er druckt ad tit. XXII. Lib. IV. Cod. eine Bemerkung des Seb. Brandius ab, die abermals Zeugnis gibt, wie sehr man die Lehre vom in fr. leg. agere zum Nachtheil richtiger Erkenntnis nur unter den Gesichtspunkt der Simulation gestellt hat. Im übrigen bezieht sich, was die Frage betrifft quibus modis fiat fraus legi, Brandius bloß auf die Glosse. Seine Ausführungen lauten: *Quia per scripturam saepe alius fingitur et simulate scribitur, quam vere agitur, sicque fraudes saepe committuntur, constetque plus valere veritatem, quam simulate gestum: ideo ponit hanc rubricam quae in verbis satis plana est. Quibus autem modis fit fraus legi ponit glossa ff. de legibus et Sctis l. fraus.*

Antonius Faber's<sup>31)</sup> Bemerkungen über unser Thema geschehen nicht ex professo im Anschlusse an eine der Legaldefinitionen, sondern bei einer Frage, die mit unserem Thema nichts gemein hat. Er bespricht nämlich den Fall, ob ein Testator nach gemachtem Testament erklären könne, er habe nicht testiren wollen; gewiß eine äußerst unpraktische und überflüssige Frage, da ja Niemand einen solchen Testator hindern wird, das gemachte Testament zu vernichten. Er verneint diese Frage, indem er die Sache unter den Gesichtspunkt der Simulation stellt und bemerkt, daß,

28) Ausgabe Coloniae Plancianae 1614.

29) Nur Fuchsberger v. Ditmoning hat in seinen Institutionen im Anhang eine Verdeutschung auch der regulae VI. Decret. Da lautet Nr. 87 „Der thut sicherlich wider das Gesetz, der des Gesetzes Wort allain und mit seinen

Willen erfüllt“. Das Werk selbst enthält nichts davon.

30) Ausgabe: Basileae 1589.

31) In seinem Werke *De Erroribus Pragmaticorum et Interpretum Juris* (benützte Ausgabe Lugduni 1658) Decad. 37. Error 7. (pag. 711 des ersten Bandes)

wenn auch in Contracten Simulation oft vorkomme, so sei es doch nicht zu gestatten etiam in testamentis, quae pendent ex solius testantis voluntate, cui proinde non est permittendum, ut legis decipiendae gratia quicquam faciat simulate. Nam si simulatio in privati necem facta legibus semper vindicatur, quanto magis ea vindicanda est, quae fit in fraudem et decisionem legum. Überhaupt kann Faber den Gegensatz nicht genug hervorheben, der zwischen einem derartigen Vorgang und einer bei Contractabschluss vorgekommenen Simulation besteht. So sagt er: At cum quis simulate facit testamentum, solus ille simulat, ut irrideat leges neque eiusmodi simulationis alio modo conscia est lex, quae deciperetur, si decipi se pateretur. Das Testament müsse vielmehr in poenam simulationis gelten. Der Testator hätte sonst mit seiner Simulation den gewünschten Erfolg: alioqui simulationis et fraudis suae effectum haberet testator, si testamentum quasi simulatum non valeret. Er schließt seine diesbezüglichen Ausführungen wie folgt: quodsi omnia quaecumque in fraudem sive Vellejani sive alterius senatusconsulti excogitata dici possunt, nullius omnino sunt momenti ut Paulus scribit in l. quidam 29. §. alt. D. ad SC. Vellej., quanto minus ferendum est, ut valeat cautio derogatoriae clausulae in fraudem legum adhibita in testando. . . . Gewinnen wir auch aus Fabers Bemerkungen für unser Thema nichts Positives, so wollte ich doch nicht unterlassen, seine Worte anzuführen, da sie als ein Beispiel lehrreich erscheinen, wie mit dem Begriff sowol der Simulation als des in fr. legis agere operirt wurde, wie er sich bei der Entscheidung derselben Frage einmal auf die Simulation, das andere Mal auf das in fr. leg. agere stützt, die Dinge also als zusammenfallend betrachtet; doch dies ist eine häufige Erscheinung, deren bereits gedacht wurde. Interessanter ist, wie hier von Faber dieser Gesichtspunkt auf einen Fall zur Anwendung gebracht wurde, mit dem er in That und Wahrheit gar nichts zu schaffen hat. Das muß dann natürlich Nachfolger in der Literatur abschrecken, einen solchen Begriff zu verwenden.

Andreas Fachineus *Controversiarum Juris Libri Tredecim*<sup>32)</sup> enthält nichts über unsere Lehre.

Johannes Brunneemann<sup>33)</sup> sagt anläßlich der Besprechung der l. 29 u. l. 30 D. de legibus l. 3: Aliud est contra verba legis facere, et aliud in fraudem legis. Fraudem legi facit, qui non quidem verba, sed mentem offendit v. gr. si filiofamilias frumentum mutuo dem ut vendat et mutui titulo habeat pretium. Sohin werden noch einige derartige Beispiele angeführt. In seinem Commentar. in Codicem<sup>34)</sup> bemerkt er zur Constitutio Theodosiana: Definit eum etiam committere in legem, qui contra voluntatem et rationem legis facit. Exemplum est l. 3. §. 3. D. ad SCt. Maced. Sunt enim haec tria distinguenda 1. Aperte offendere legem et ejus verba, 2. Fraudem facere legi i. e. non verba sed mentem

32) Benützte Ausgabe Coloniae Agripinae anno 1678.

nützte Ausgabe Francofurti ad Moenum 1683.)

33) Commentarius in Pandectas (be-

34) Benützte Ausgabe Coloniae Allobrogum 1771.

3. Vaff, In fraudem legis agere.

legis offendere, 3. Committere in legem quod est generale ad duo praecedentia. Er folgt also ganz genau der Constit. Theodosiana<sup>34a)</sup> und fährt dann fort: Fraudem autem legi fieri posse multis modis notat Zoesius ad l. contra legem 29 ff. h. t. scilicet de re ad rem, de persona ad personam, de contractu ad contractum, et similia.

Mit diesem Citat kann nicht wol Zoesius, sondern nur Zasius gemeint sein; die Berufung auf Zoesius in der von mir benützten Ausgabe muß also auf einen Druckfehler zurückgeführt werden, denn Henricus Zoesius hat in seinem Commentarius ad L. libros Digestorum seu Pandectarum<sup>35)</sup> in seinen Bemerkungen über tit. III. de legibus Sctis et longa consuetudine die erwähnte Biertheilung nicht aufgenommen, während Zasius sie an einer Stelle hat, an einer anderen sogar erweitert anführt.

Zoesius sagt<sup>36)</sup> bezüglich des in fr. leg. agere nur das Folgende: Ad effectum legis hoc maxime spectat, quod contra eam factum non teneat, non tantum si verbis repugnet, verum etiam si mentem violet: virtus enim legis non tam consistit in verbis, quam in sententia. Unde in fraudem legis facere videtur, qui salvis legis verbis sententiam ejus circumvenit l. contra 29 h. t. ita ut etiam pro infectis habeatur contraactum, non tantum si Princeps irritum et inutile esse jusserit, verum etsi tantum prohibuerit. Hierauf folgt nach dem Citate der l. 5. Cod. 1. 14 deren hierher gehöriger Wortlaut.

An einer späteren Stelle (Nr. 62) sagt er bloß bei Besprechung der Frage Legis interpretatio ad quem spectet: Est autem in interpretando primario attendenda legislatoris mens, ne dum verborum attenditur proprietates, sensus amittatur veritatis. Quo facit, quod ait Jurisconsultus, scire leges non esse earum verba tenere, sed vim et potestatem l. scire 17 h. t. Et recte in l. non dubium Cod. h. t. ait Imperator, in legem committere eum qui legis verba amplexus, contra legis nititur voluntatem.

Gerardus Noodt enthält in seinem Commentarius ad Digesta, ad lib. I. Tit. III. de leg. nur einige umschreibende Worte zu den Citaten der l. 29 u. 30 D. 1. 3. Auch im Werke „De Pactis et Transactionibus“ cap. XIV sagt er bloß: non est dubium, quin contra legem faciat, qui facit, quod lex prohibet palam et tacite. Nam legis appellatione venit non solum quod legis verbis sed etiam quod eius sententia continetur (l. 6. §. 1. D. de verb. sig. 50, 16), quamquam subtiliter distinguentibus: facit contra legem qui facit, quod legis verbis prohibetur, in fraudem vero facit, qui salvis legis verbis eius sententiam circumvenit. Sohin folgt die Ulpianische Definition aus l. 30. D. 1. 3. (Benützte Ausg. Lugduni Batavorum 1724.)

Wolfgang Adam Lauterbach in seinem Collegium Theoretico-Practicum (Ausg. Tubingae 1726) enthält nichts auf unser Thema Bezügliches. Die einzige unser Thema berührende Stelle ist bei ihm die folgende<sup>37)</sup>: Quidquid autem sit lege prohibente, immo contra mentem legis expresse

34a) Ähnlich l. 14 §. 2 C. de assessor.  
1. 51.

35) Ausgabe Coloniae Agrippinae  
1683.

36) a. a. D. Nr. 47.

37) Lib. I. tit. III. §. 23.

non declaratam, quoad accessoria quoque ipso jure nullum est et pro infecto habetur, l. 5. Cod. de leg. l. 64. §. 1. D. 35, 1 etiamsi poena adjecta et clausula annullatoria omissa.<sup>38)</sup>

Es sei gestattet, im Anschlusse an Lauterbach auch Cocceji's zu erwähnen.<sup>39)</sup> Lauterbach's Äußerungen über simulirtes und dissimulirtes Geschäft folgend, erörtert Cocceji Lib. XVIII. Tit. I. Quaestio 54 die Frage: An exceptioni simulationis renunciari posset, die er verneint, denn in dem einen Fall liegt kein Geschäft vor, deficit ipsa obligationis substantia adeoque ubi nulla est negotii forma eoque nulla actio, qua simulator agere possit: neque pacta renunciationis negotio adjecta videri possunt, ubi negotium non est. Den zweiten Fall entscheidet er mit folgenden Worten: Si vere gestum est, sed in fr. legis, minus valebit illa renunciatio, quia pactis privatorum legibus et juribus publicis derogari non potest.

Ex professo beschäftigt sich auch Cocceji in seinen Bemerkungen zu unserm Titel de legibus nicht mit dem in fraudem legis agere.

Auch Augustin Lehser in seinen Meditationes ad Pandectas<sup>40)</sup> erwähnt das in fr. leg. agere nicht im Anschlusse an eine der Legaldefinitionen, sondern nur an vereinzelt Stellen, so in der Lehre vom detractus, so daß seine Aufstellungen nicht den Anspruch allgemeiner Gültigkeit erheben. Wir werden daher seiner erst bei Besprechung der Umgebungen des detractus gedenken müssen. — Desgleichen wird sich auch erst bei Behandlung des sog. in fr. legis domesticae agere Gelegenheit ergeben, der hiezu von Johannes Voëtius in seinem Commentarius ad Pandectas<sup>41)</sup> gemachten Bemerkungen zu gedenken.<sup>42)</sup> Bei Besprechung der l. 29 u. l. 30 D. h. t. sagt Voëtius<sup>43)</sup> bloß folgendes: Deinceps ea semper adhibenda interpretatio, quae vitio caret et rei gerendae aptior est ac menti legislatoris convenientior (l. in ambigua 19 D. h. t. l. quotiens idem 64, l. in ambiguis oration. 96 ff. de reg. jur.) non calumniosa (l. pen. ff. ad exhib.) non talis, quae mentem legis circumvenit, dum fieret, quod lex fieri noluit, fieri tamen expresse non vetuit (l. contra leg. 29. 30 ff. h. t. l. non dub. 5 Cod. h. t.).

Weder bei Samuel Stryck<sup>44)</sup> noch bei Thomasius<sup>45)</sup> finden sich auf unser Thema bezügliche Bemerkungen allgemeineren Inhaltes.

38) Lib. XVIII. tit. I. §. 115 sq. unterscheidet er das simulirte Geschäft von dem dissimulirten und erklärt, daß letzteres regulariter pro non facto erachtet werde. Sic donatio sub societatis specie inter conjuges contracta jure vulgato nulla est l. 32 §. 24 D. de donat. int. vir. et ux. Illud vero, quod sub specie huiusmodi emptionis agitur, eandem vim et effectum habet, quam haberet si aperte fieret....

39) Samuelis de Cocceji Jus Civile Controversum . . . opus ad illustrationem Compendii Lauterbachiani, cuius seriem quoque sequitur, com-

positum. (Benützte Ausgabe Francofurti et Lipsiae 1729.)

40) Ausgabe Lipsiae et Guelpherbyti 1741.

41) Lib. I. Tit. IV. Pars II. Ausgabe Hallae 1776.

42) An dieser Stelle wird es dann auch am Platze sein, der diesbezüglichen Bemerkungen, welche sich im Wiener Heineccius finden, Erwähnung zu thun.

43) Lib. I. Tit. III. §. 20.

44) Usus modernus Pandectarum.

45) Notae ad singulos Institut. et Pandect. titulos.

Auch Heineccius<sup>46)</sup> enthält diesfalls nur die Bemerkung: „Wir schließen . . . . 4) daß es gleichviel sei, ob einer wider die Worte des Gesetzes oder wider den Sinn desselben handle, denn im ersten Falle handelt er gerade wider das Gesetz, im zweiten hintergeht er dasselbe, l. 29. l. 30. D. h. t.“ Daß in vielen Fällen Thomasius und Heineccius in erfreulichen Fortschritten nichts als Gesetzesumgehungen erblickten, wurde bereits an anderer Stelle hervorgehoben.

#### §. 4. Neuere Literatur.

Johann August Hellfeld *Jurispr. forensis*<sup>1)</sup> nimmt zu unserer Frage keine Stellung, indem er sie, wie dies ja von so vielen, an dieser Stelle nicht besonders hervorgehobenen Autoren geschehen, als eine völlig klare betrachtet, über die weiterhin kein Wort zu verlieren sei.

Glück<sup>2)</sup> behandelt den römischen Quellen folgend die Frage im Zusammenhang mit der Lehre von der Interpretation, ein Vorgang, dem sich auch die meisten neueren Schriftsteller, die der Frage überhaupt gedenken, angeschlossen haben. Er sagt: „es darf jedoch auch die grammatische Erklärung von der logischen nicht getrennt werden. Denn eine bloß grammatische Auslegung, welche Worte klaubt und nach Spitzfindigkeit hascht, dabei aber die Absicht des Gesetzgebers verfehlt, ist Chican.“ (Anm.: l. 29 D. l. 3, wo gesagt wird, daß derjenige gegen das Gesetz handle und chicanire, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit oder wie Cicero lib. I de offic. cap. 10 die Sache richtig ausdrückt *callida et malitiosa juris interpretatio*)<sup>3)</sup>.

46) Wir sag nur die deutsche Übersetzung Wien 1784 vor. Anfangsgründe des bürgerl. Rechtes in der Ordnung der Pandekten von Johann Gottlieb Heinecz I. Bd. §. 100.

1) Ausg. Jena 1783.

2) Im 1. Bande seines Commentars S. 225.

3) Im Anschluß an diese Ciceronianischen Worte, die im Zusammenhange folgendermaßen lauten: „*existunt saepe injuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa juris interpretatione. Ex quo illud, summum jus, summa injuria, factum est jam tritum sermone proverbium*“ hat Jo. Abrahamus Birnbaum eine Dissertation verfaßt, die gemeinlich, sofern sie überhaupt citirt wird, wie von Thibaut, als Olearius, de *malitiosa juris interpretatione* erwähnt ist. Es erklärt sich dies aus dem Titel der Schrift: de *malitiosa juris interpretatione*. Ad Cic. Lib. I. C. X. de offic. consensu amplissimi philosophorum ordinis praeside L. Georg.

Philipp Oleario PP. publice disseret Jo. Abrahamus Birnbaum Lipsiensis *Juris Utriusque cultor et philos.* Baccal. Lipsiae A. O. R. 1720 d. VII. Decembr. — Die Dissertation enthält, so sehr man es nach ihrem Titel auch erwarten dürfte, nichts für unsere Frage Relevantes; hat doch der offenbar weitans mehr der philosophischen Erörterung zugewendete Autor nicht einmal von den Definitionen der l. 29. 30 D. l. 3 und der *Constitutio Theodosiana Notiz* genommen. So enthält denn die Dissertation bloß allgemein gehaltene Verdammungsurtheile wie die folgenden: *Quod si vero omnis calliditas et astutia cum injuria alterius conjuncta detestanda sit, certe ea potissimum odio habenda erit, quae ipsas leges, quae propugnacula et muri juris ac justitiae esse debebant, malitiose pervertit, qua de re jam ex instituto plura disserere in animum induximus und: duobus autem modis, teste Cicerone l. 1. de off. cap. 13 id est aut vi aut fraude fit injuria, fraus*

An einer anderen Stelle<sup>4)</sup> kommt er bei Besprechung des Falles, daß ein Gelddarlehen zu geben gesetzlich verboten sei, und ein Darlehen in Waaren nun gegeben werde, zu dem Resultat, es sei dies nur dann für unerlaubt zu erklären, sofern „erweislich ist, daß die Parteien um das bürgerliche Verbot zu eludiren der Sache nur eine andere Wendung gegeben hätten“<sup>5)</sup>.

Erwähnt wird unserer Frage, wenn auch nur beiläufig, in den seinerzeit häufigen Werken über Hermeneutik des röm. Rechts. Dieselben bezeichnen das in fr. leg. ag. als einen Widerspruch zwischen grammatischer und logischer Interpretation, so z. B. Christian Henr. Eckhardi<sup>6)</sup>: *Distinctionem inter interpretationem grammaticam atque logicam legum, imprimis claris verbis adprobant Ulpianus ac Paulus. Quam hic l. 29 D. de leg. scripsit: contra legem facit etc. Ulpian. l. 6. §. 1. D. de Verb. Sign. verbum ex legibus accipiendum esse tam ex legum sententia quam ex verbis, tradit.*<sup>7)</sup>

Die soeben erwähnten, beispieleweise angeführten Schriftsteller constatiren, wie gesagt, nur, daß auch den römischen Juristen der Unterschied zwischen grammatischer und logischer Interpretation bekannt gewesen. Aber indem sie sich sämmtlich auf die l. 29 D. 1. 3 beziehen (Schilling z. B. auch auf die l. 5 Cod. 1. 14) ist der Schluss wol gerechtfertigt, daß sie, wenn sie eine Definition gegeben hätten, beim in fr. leg. agere einen Widerspruch zwischen grammatischer und logischer Auslegung constatirt hätten.

Gottlieb Hufeland (Über den eigenthümlichen Geist des röm. Rechts. Gießen 1815) umfaßt sowohl das *contra legem ag.* als das in fr. leg. ag. mit dem folgenden Ausdrucke: „ . . . (Die römischen Rechts-

quasi vulpeculae, vis Leonis videtur: utrumque homine alienissimum: sed fraus odio digna major. Totius autem injustitiae nulla capitalior est, quam eorum qui cum maxime fallunt, id agunt, ut viri boni esse videantur. Et ad hunc classem jure merito referuntur illi, qui specie juris et malitiosa ejus interpretatione aliis injuriam inferunt, nam dum eo quod ad prohibendas injurias constitutum fuerat, malitiam et fraudes tegere ac pro viris honestis reputari fatagunt, sane omnium bipedum nequissimi recte existimantur „ex quo illud“ pergit Cicero in loco nostro „summum jus, summa injuria factum est jam tritum sermone proverbium“ hoc est tum maxime discedit ab aequitate, cum maxime superstitione haeretur legum literis. — Neben dergleichen Ausführungen finden sich in diesem Aufsatz noch auf unser Thema bezügliche Sätze wie: nam in omni lege non solum verba, sed imprimis quoque mens seu voluntas et ratio, quae sunt

anima legis, spectari debent, u. a. m., deren Richtigkeit sich von selbst versteht, die aber als bloße Wiederholung dieser theoretisch längst erkannten Wahrheit keine weitere Erwähnung verdienen.

4) 1. Bd. S. 258/59.

5) Betreffs seiner diesbezüglichen Ausführungen vgl. insbes. Weber Natürl. Verbindlichkeit §. 63, an den sich Glüd hierin anlehnt.

6) Hermeneutica Juris. Recensuit Carl Friedr. Walchius. Lips. 1774. pag. 15. §. 23.

7) Siehe diesbez. auch Lang Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts. S. 63. Schilling Lehrb. f. Justit. und Geschichte des röm. Privatrechts 2. Bd. S. 75. Thibaut Pandekt. §. 45. Derselbe Theorie der log. Auslegung des röm. Rechts. Altona 1866. §. 12. Derselbe Lehrbuch der Gesch. u. Inst. des röm. Rechts. Hermeneutik u. Kritik des röm. Rechts S. 384.

gelehrten) weisen doch zugleich auf einen die nächsten Wortbedeutungen leicht überschreitenden Sinn hin; sie wollen nicht, daß gegen diesen gehandelt werde und bestimmen auch (citirt l. 29. 30 D. 1. 3 und l. 5 Cod. 1. 14) Regeln für die Wahl zwischen mehreren Arten des Sinnes. Nach dieser Ansicht verfahren denn auch die Rechtsgelehrten. So dehnten sie die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten und zwischen der Ehefrau und solchen, die in ihres Mannes Gewalt sind, mit Recht auf alle Geschäfte aus, welche zwar nicht Schenkungen genannt und durch einen anderen Namen verdeckt, aber in der That doch wirklich Schenkungen waren (Dig. XXIV. 1. frag. 49), so halten sie einen Kauf (eod. fr. 7, §. 7) und eine Gesellschaft (eod. frag. 32, §. 24), die um zu schenken eingegangen waren, für ungültig“ . . . . .

Albrecht Schweppe (Das röm. Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. 4. Ausg. Göttingen 1828) I. Bd., §. 7 sagt bez. unserer Frage: Voraussetzung des in fr. legis agere sei „1. daß die Partei auf einem anderen Wege ganz das nämliche erreicht, 2. daß sie diesen anderen Weg nicht absichtslos, sondern bloß um das Gesetz zu umgehen, erwähnt hat“.

Nach N. Falk (Handbuch des Schleswig-Holstein. Privatrechts) I. Bd., §. 49 „versteht es sich von selbst, daß die Gesetzwidrigkeit einer Handlung nicht bloß nach den Worten, sondern nach dem wirklichen wahren Sinn des Gesetzes zu beurtheilen ist; daher alle in fr. legis vorgenommenen Handlungen ebenfalls nichtig sind. Zu weit würde es aber gehen, wenn man als in fr. leg. unternommen solche Handlungen ansehen wollte, die an sich erlaubt sind, aber zu dem Zwecke unternommen werden, um der Anwendung eines Gesetzes auszuweichen“. Und „Alles was in fr. legis geschieht, setzt eine thicandöse Auslegung oder Verdrehung des Gesetzes voraus“. Diese letztere Bemerkung billigt Wächter, Handb. des Württemb. Privatrechts. II. Bd. S. 9, Anm. 13.

Anton Friedrich Justus Thibaut sagt in seinem Lehrbuch der Geschichte und Institution des röm. Rechts; Hermeneutik und Kritik des röm. Rechts. Hgg. von Guyet. Berlin 1842, S. 386: „Für alle Arten der Gesetze haben wir nachstehende Vorschriften: Alles was den Worten nach nicht den Gesetzen widerstreitet, ist doch darunter zu ziehen, wenn jemand eine an sich nicht verbotene Handlung durch fraudulose interpretatio vornimmt, um durch sie den Zweck einer gesetzlich verbotenen Handlung indirect zu erreichen. Recht moralisch ist dieses Princip freilich, und so haben es die Classifier überall angewandt (l. 29. 30, D. 1. 3, l. 7 §. 3, D. 14. 6, l. 5 §. 4, l. 7 §. 6, l. 32 §. 24, l. 49 de donat inter vir. et ux. 24. 1), aber es beschränkt doch die Freiheit etwas ängstlich und so ist man auch einmal davon abgewichen (l. 45 ad SC. Trebell. 36. 1. Olearius de malit. interpr. Lips. 1720), ohne daß Justinian dies corrigirte.“ In seinem „System des Pandektenrechts“ (9. Ausgabe. Jena 1846) sagt er in §. 38: „auf allen Fall ist ein nach den statutis mixtis gültiges Geschäft, im foro domicilii als ungültig zu behandeln, wenn es, um die einheimischen Gesetze zu thicaniren, auswärts errichtet ward, oder die auswärtigen Gesetze

zu Handlungen berechtigen, welche der einheimischen Verfassung schlechthin widerstreiten“. Und im §. 58: „Aus dem Begriff eines Rechtes als einer durch die Gesetze begründeten Möglichkeit des Zwanges folgt 1. daß alles erlaubt ist, was bei Ausübung des Rechtes geschieht, selbst wenn es einem Andern schädlich sein sollte. Werden jedoch erlaubte Handlungen vorgenommen, um die Gesetze dadurch arglistig zu umgehen, oder bloß in der arglistigen Absicht einen Andern zu necken, so sind sie den verbotenen Handlungen gleichzusetzen“.

C. F. Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechtes, nach der doctrina Pandectarum deutsch bearbeitet, enthält im §. 62 (Feststellung des Sinnes eines Gesetzes) folgende Bemerkung: „Das arg. ab absurdo geht davon aus, daß nach der Absicht des Gesetzgebers nichts Unharmonisches im Recht geduldet werden soll, weshalb denn namentlich 1. Bestimmungen, die jemandes Vortheil bezwecken, nicht zu seinem Nachtheil ausgelegt werden dürfen oder umgekehrt; ferner 2. kann die Anwendung des Gesetzes dadurch nicht ausgeschlossen sein, daß zu den Bedingungen desselben in einem bestimmten Falle noch stärkere Gründe hinzutreten; endlich 3. sind die zur Erreichung eines gesetzlichen Zweckes erforderlichen Mittel stets als ausdrücklich angeordnet zu betrachten, womit denn auch das Verbot der Handlungen in fr. legis in der genauesten Verbindung steht.“

Bei Buchta findet sich keine auf unsere Materie bezügliche Äußerung generellen Charakters. Nur in seinen „Pandekten“ bemerkt er S. 105, Anm. b (11. Aufl. besorgt von Rudorff): „Übrigens hat die fraudulose Umgehung des Gesetzes dieselbe Folge, wie die unumwundene Gegenwirkung l. 29, D. 1. 3, l. 30 eod.“

Savigny, System des röm. Rechtes, I. Bd. §. 50 (§§. 324. 325), behandelt bei Gelegenheit der „Auslegung der Gesetze“ auch die Frage nach dem in fr. leg. agere, und bezeichnet als solches: „Handlungen, welche ein Gesetz zwar nicht dem Buchstaben, wol aber dem Geiste nach verletzen,“ also eine getreue Übertragung der l. 29 D. de leg. 1. 3 ins Deutsche. An einer andern Stelle, nämlich im IV. Bde. S. 142 spricht Savigny von dem Falle, wo jemand sein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen zum Gegenstand einer Schenkung macht und hält dies Geschäft für völlig ungültig, da es in der That ein versteckter Erbvertrag sei<sup>8)</sup>. Er fährt sodann wörtlich fort: „daß dadurch keine Universalsuccession begründet wird, kann keinen Unterschied machen, da der Empfänger alle Vortheile, die man durch eine solche erlangen kann, auch wirklich erhalten würde, nur unter einer andern Rechtsform, welches ja gerade der Charakter jeder Umgehung einer positiven Rechtsregel ist.“ Des Näheren soll weiter unten auf Savigny's Lehre eingegangen werden.

Carl Georg Wächter hat sowol in seinem Aufsätze „Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten“<sup>9)</sup> als auch in

8) Dieser Ansicht dürfte wol heute kaum jemand in dieser Allgemeinheit beipflichten.

9) Archiv f. d. civilist. Pragis Bd. XXV. S. 412.

seinem „Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechtes“ (Stuttgart 1842) II. Bd. S. 9 die Ansicht aufgestellt: „Die Folgen der Übertretung des gebietenden Gesetzes sind nicht bloß dann anzuwenden, wenn direct gegen den Buchstaben des Gesetzes gehandelt wird, sondern auch dann, wenn die Handlung so eingerichtet wird, daß sie äußerlich dem Buchstaben des Gesetzes nicht widerspricht, während sie der Sache nach gerade das enthält, was dem Gebote des Gesetzes, seinem wirklichen wahren Sinn entgegen ist (in fr. legis).“

Rosshirt (Gemeines deutsches Civilrecht. Heidelberg 1840) stellt, wie bereits erwähnt, das in fr. leg. ag. ganz unter den Gesichtspunkt der Simulation. Er sagt im §. 21: „. . . . gar oft werden Simulationen intendirt, um anderen Geschäften zu entgehen; denn nachdem durch Kaiser Justinians C. 5, Cod. 1. 14 der alte Geist römischer Gesetze, wonach ein Gesetz über seinen Bestand hinaus eigene Bedeutung haben konnte, nämlich nach dem Unterschiede, welchen Ulpian im Anfang seiner Fragmente zwischen *lex perfecta*, *minus quam perfecta* und *imperfecta* angibt, zerstört war, geschah es oft, daß man unter anderen Formen ein gewisses Geschäft zu Kräften bringen wollte. Diese Art von Simulation ist deshalb ungültig, weil dasjenige, was in fr. legis geschieht, ebenso *contra legem ipsam* geschehen ist. 1. 29. D. 1. 3.“

J. N. v. Wening-Ingenheim<sup>10)</sup> I. Bd. §. 100: „Das directe Gebot bezeichnet die Unerlaubtheit von selbst, es mag die Vorahme oder die Unterlassung verboten sein. Außerdem wird aber jede an sich erlaubte Handlung unerlaubt, wenn sie andere beschädigt oder in ihren Rechten verletzt, ohne daß man besonders berechtigt ist, die Handlung so vorzunehmen, wie man sie vollzog, oder wenn man zwar dem Worte des Gesetzes entspricht, aber dessen Zweck mit Absicht zu vereiteln und auf einem andern Wege daselbe, was das Gesetz verhindern will, zu erlangen sucht (in fraudem legis)“ . . .<sup>11)</sup>

Friedrich Adolph Schilling (Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des röm. Privatrechts. Leipzig 1837) enthält nichts, was hervor-  
gehoben werden könnte.

Guschnke<sup>12)</sup> trennt in Beifall verdienender Weise zwei verschiedene Fälle, die vielfach miteinander vermengt wurden. Er führt aus . . . . „bekannt ist es aber auch, wie erfinderisch die Römer waren, wenn es galt, sich diesen Beschränkungen zu entziehen und namentlich die gesetzlichen Verbote, gewissen Personen lehtwillig etwas zuzuwenden oder über ein gewisses Maß hinaus legiren, zu vereiteln. So legirte man nach

10) Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes nach Heise's Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandektenvorlesungen bearbeitet. 4. Aufl. München 1831.

11) Siehe hiezu auch I. Bd. §. 26. Friß enthält in seinen „Erläuterungen, Zusätzen und Berichtigungen“ zu von Wening-Ingenheim's Lehrbuch des gemeinen

Civilrechts (Freiburg 1833) zu dieser Materie nichts.

12) Über die *conditio jurisjurandi* in Vinde's Zeitschrift XIV. S. 334 fg. Siehe auch ebendenselben im V. Bde. der Zeitschrift für Rechtsgeschichte „Zu der Grabrede auf die Turia“ S. 173, 177, und insbes. 180.

der lex Furia so vielen Personen die allein noch erlaubten 1000 Aſſe, daß doch nichts in der Erbschaft blieb, oder nach der lex Voconia einer sehr großen Zahl von Personen zwar nur so viel, als der Erbe übrig behielt, aber in so kleinen Summen, daß dieser dadurch ebenfalls veranlaßt wurde, die Erbschaft auszuschlagen. — Doch weit wichtiger als diese Mittel, bei denen man sich doch innerhalb des Verbotes des Gesetzes selbst hielt, waren diejenigen, wodurch dieses geradezu umgangen wurde. Dahin gehörte die Wahl der Fideicommissform, wenn das Civilrecht bloß die Hinterlassung von hereditates verbot (Cic. de fin. 2, 17, Gaj. II. 274. 285 . . . 287, Theoph. II. 23 § 1) und in der Kaiserzeit die fideicommissa tacita (Brisson. v. Tacit. §. 1 u. Tacit. §. 2) und die dem Erben zur Bedingung gemachte Bestellung einer Caution, daß sie des Testators gesetzwidrigen Willen erfüllen wollten. Zu eben diesen Mitteln ist nun auch die cond. jurisjur. zu rechnen . . . .“

Joh. Friedr. Ludw. Götschen<sup>13)</sup> sagt Buch III, §. 409: „. . . nicht nur das ist Übertretung, was den gesetzlichen Bestimmungen geradezu entgegen ist, sondern, wie in anderen Fällen, so muß auch hier dasjenige als Übertretung angesehen werden, was ohne den Buchstaben zu verletzen darauf abzielt, das Gesetz zu umgehen — dasjenige also was in fraudem legis geschieht“.

Bei Wangerow findet sich nur der eine, an anderer Stelle besprochene Satz: „Eine Anwendung hievon (nämlich der extensiven Interpretation) kommt z. B. in dem bekannten Princip vor, daß, was in fr. legis geschieht, wie contra legem geschehen angenommen werden soll, denn in fr. legis handelt qui salvis verbis etc.“ — Also was die Definition betrifft, bloß die Wiederholung der Paulinischen Begriffsbestimmung.

Johann Adam Seuffert Praktisches Pandektenrecht I. Bd. §. 3 in fine enthält auch nur den Satz: „Was zur Umgehung (in fraudem) eines Prohibitivgesetzes geschieht, steht der offenen Zuwiderhandlung gleich.“ — Von ihm wird, wie von vielen andern der Begriff als etwas ganz selbstverständliches, im Anschlusse an die römischen Legaldefinitionen aufgefaßt.

Böcking Pandekten des röm. Privatrechts I. Bd. S. 299 enthält nur den Satz, dessen noch später gedacht werden wird: „Meistens, aber nicht nothwendig, sind die Simulationen in fraudem legis vorgenommene Handlungen und als solche immer ungültig, wenn auch nicht immer strafbar“.

Thöl Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 65 gibt folgende Definition: „Der Versuch einen Thatbestand von der Anwendung eines auf ihn anwendbaren Rechtsfahes unstatthafterweise (statthast ist z. B. das Nachsuchen einer Begnadigung, einer Abolition, einer Dispensation und daher nicht in fr. legis) auszuschließen, ist ein Verfahren zur Beeinträchtigung des Rechtsfahes, in fr. legis.“ Weiterhin gibt er die Erläuterung des „unstatthafterweise“ dahin: „Die Umgehung eines Rechtsfahes kann auf verschiedene Art geschehen. Sie geschieht entweder durch falsche

13) Vorlesungen über das gemeine Civilrecht hrsgg. von Erlleben, Göttingen 1839.

Auslegung des Rechtsfases, oder durch Verheimlichung oder Entstellung des Thatbestandes.“ Die weiteren Ausführungen, die Thöl über unsere Frage in seinen inhaltsreichen Sätzen gibt, sollen weiter unten eine eingehende Würdigung erfahren.

Ulbrecht Ergleichen Lehrb. des röm. Rechts I. Bd. (Einleitung in das röm. Privatrecht) §. 2 Anm. 3 bemerkt bloß: „Wider das Verbot handelt nicht nur derjenige, welcher das, was ihm das Gesetz versagt, gegen dessen wahre Absicht mit Schonung des Buchstabens auf Umwegen zu erreichen sucht“ . . .

Unger System des österr. Privatrechtes I. Bd. S. 56 ff.: Eine gegen ein absolut verbietendes Gesetz unternommene Handlung ist in den Fällen, wo sie der Regel zufolge nichtig ist, nicht bloß dann ungültig, wenn sie direct gegen das Gesetz verstößt (contra legem), sondern auch dann, wenn sie so eingerichtet wird, daß sie zwar äußerlich der Vorschrift des Gesetzes nicht widerspricht, aber der Sache nach gerade das enthält, was der Vorschrift des Gesetzes zuwider ist (in fraudem legis). — Was in seinen sonstigen diesbezüglichen Bemerkungen Neues und Lehrreiches vorkommt, wird unten besprochen werden.

Brinz Pandekten 1. Aufl. S. 1658 lehrt: „Die Nichtigkeit eines Geschäftes kann auch in einem dasselbe perfect verbietenden Gesetze beruhen . . . mag es diesem offen oder versteckt zuwiderhandeln . . . als ein perfect verbietendes Gesetz gilt seit l. 5 Cod. de leg. 1. 14 das überhaupt verbietende.“ Und S. 1392 wird die Frage erörtert „ob ein in fr. legis abgeschlossenes Geschäft als ein simulirtes zu betrachten und also überall nichtig, oder ob es als ernstliches, aber gleich dem umgangenen verbotenes anzusehen oder zu behandeln sei?“ — Bei Besprechung der Frage, ob und inwieweit Simulation beim in fr. leg. vorkomme, wird auf diese letztere Bemerkung Brinz's näher eingegangen werden.

Windscheid Pandekten 7. Aufl. enthält die folgenden auf unser Thema bezüglichen Bemerkungen: 1) 1. Bd. §. 22. Anm. 2 „Auf zwingende Gesetze angewendet, wird der Satz, daß der eigentliche, nicht der ausgesprochene Gedanke des Gesetzes entscheidend sei, so ausgedrückt: unter das Gesetz falle, was in fr. legis geschehe, l. 29. 30. D. de leg. 1. 3. l. 5 Cod. de leg. 1. 14.<sup>14)</sup> 2) Bd. 1. §. 70 in fine „Ein Rechtsgeschäft, durch welches das Gesetz umgangen wird, ist in derselben Weise ungültig, wie das direct gegen das Gesetz verstoßende (l. 29. 30 D. 1. 3. l. 5 Cod. 1. 14)“ und 3) Bd. 2. §. 333. „Dadurch daß dem Geschäft ein anderer Name gegeben wird, wird natürlich die gesetzliche Vorschrift nicht ausgeschlossen.“ Die an diese Worte weiters geknüpften Bemerkungen werden an anderer Stelle bei Besprechung der c. 23. pr. Cod. mand. 4. 35 hervorgehoben werden. —

Zhering Geist des röm. Rechts II. S. 463 ff. und insbes. III. S. 247 ff. behandelt „Die Schleichwege des Lebens“. Es ist dies m. E.

14) Die Bedenken, die Barthelmes S. 13 wider diese Bemerkung erhebt, beruhen auf einem offenbaren Mißver-

ständnis. Windscheid behauptet gar nicht das, wogegen Barthelmes sich wendet.

ein viel weiterer Begriff als das in fr. leg. agere. Fhering geht hiebei von den Scheingeschäften aus und lehrt: „Scheingeschäfte sind vom Rechte und der Jurisprudenz adoptirte Geschäftsformen. Diese Scheingeschäfte sind der Anlaß zu den fraudulosen Umgehungen, denn daß man z. B. Scheinehen einging zur Verfolgung gewisser legislativ nicht zu beanstandender Zwecke, bot die Handhabe, dies auch bei von der Gesetzgebung verdammten Zwecken zu thun.“ Sodann wirft Fhering die Frage auf — er hat derartige Schleichwege des Lebens bei mancherlei Rechtsverhältnissen gezeigt — „ob die Art, wie man verfuhr, sich nicht auf eine gewisse Methode zurückführen lasse, ob nicht gewisse Kunstgriffe und Manipulationen sich überall wiederholen“. „Und in der That — fährt er fort, — gibt es deren wenigstens zwei. 1. Der eine besteht darin, daß man bei eigener Unfähigkeit die Handlung durch eine fähige Person vornehmen ließ. 2. Das simulirte Geschäft, bei dem die handelnden Parteien darüber einig sind, daß der Act, den sie äußerlich vornehmen, keine ernsthafte Bedeutung für sie haben soll.“ — Der übrigen von Fhering diesfalls gemachten Bemerkungen wird an den einzelnen Punkten eingehender gedacht werden.

Fering Geschichte und Institutionen des röm. Privatrechts S. 16 führt bloß an, daß Theodosius bestimmt habe, „es sollte auch alles, was in fr. legis, d. h. zur betrügerischen Umgehung des Gesetzes geschehen sei, so betrachtet werden, als sei es direct contra legem geschehen.“

Moriz Voigt<sup>15)</sup> betrachtet u. a. auch den Ausdruck „fraus“ in seinen Wandlungen, die er im Laufe der Zeiten erfuhr und constatirt hiebei: „In einer bildlichen Auffassung erkannten jedoch die Römer auch eine fraus gegen eine lex verübt an, wo nun die fraus zur Venachtheiligung der dem betreffenden Gesetze eigenthümlichen Interessen sich gestaltet“.

Ch. A. Hesse Taschenbuch des gemeinen Civilrechts 2. Ausg. Jena 1872, §. 27: „... wird eine an sich erlaubte Handlung entweder dadurch unerlaubt, daß sie in die Rechtssphäre anderer eingreift, sie beschädigt und in ihrem Rechte verletzt, wenn man nicht ein besonderes Recht hat, die Handlung so vorzunehmen, oder sie wird dadurch unerlaubt, daß man das Gesetz zu umgehen sucht, in fr. legis handelt.“

Baron Pandekten 5. Aufl. §. 61: „Wird etwas Unmögliches zum Inhalt eines Rechtsgeschäftes gemacht, so ist letzteres nichtig; das gleiche gilt von dem Rechtsgeschäft, welches durch das Sittengesetz verboten ist; von dem durch positive Vorschrift verbotenem gilt es nur dann, wenn die Rechtsvorschrift eine lex perfecta ist. Dasselbe gilt von Rechtsgeschäften, durch welche ein verbietendes Gesetz umgangen werden soll (quod in fraudem legis fit).“

Bechmann's<sup>16)</sup> überaus interessante und lehrreiche Darstellung über

15) Über den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den ökonomischen Erfolg einer That bezeichnender technischer latein. Ausdrücke (in den Schriften der k. sächs. Akademie der Wissenschaften.) S. 109 ff.

16) Der Kauf nach gemeinem Recht. I. Theil Geschichte des Kaufs im röm. Recht; Erlangen 1876. S. 167—186.

symbolisches Geschäft, imaginäres Geschäft, *deus causa* vorgenommenes Geschäft und über die Fiction enthält nichts, was an dieser Stelle bezüglich unseres Themas angeführt werden könnte.

Regelsberger<sup>17)</sup> bietet im §. 241 unter dem Titel: Rechtliche Bedeutung der Mängel in Handelsgeschäften nachstehende Darstellung unserer Frage: „Zuweilen dient den Parteien ein Rechtsgeschäft dazu, um auf einem Umwege einen praktischen Zweck zu erreichen, dessen Verwirklichung auf dem nächstliegenden Wege gesetzlichen Hindernissen begegnet. Ich nenne dies einen rechtsgeschäftlichen Schleichweg.“ Als Beispiel dieser Art führt Regelsberger den Fall an, daß jemand einem Haussohn ein Darlehen geben will und um der Beschränkung des SC. Maced. zu entgehen, demselben eine Sache unter Creditirung des Kaufpreises verkauft. Er fährt sodann fort: „Wille und Erklärung stehen im Einklang. Hierin die Übereinstimmung mit dem fiduciarischen und der Gegensatz zu dem simulirten Geschäft. Auch besteht kein Mißverhältnis zwischen dem rechtlichen Mittel und dem praktischen Zweck, wenigstens nicht nothwendig. Das Bedenken, auf welches die rechtliche Anerkennung eines solchen Geschäfts stößt, liegt gleichwol in dem praktischen Zweck. Es kann das Gesetz einem gewissen praktischen Zweck entgegenreten und daher jedes Rechtsgeschäft mit seinem Verbot oder mit sonstiger Schranke belegen, welches sich als Mittel zu jenem Zweck darstellt. Wo dieser umfassende Inhalt eines Gesetzes feststeht, da deckt ein Geschäft der Umstand nicht, daß der Wortlaut des Gesetzes das Verbot oder Gebot nur für eine andere Rechtsform aufstellt. Dieses Handeln gegen den Inhalt des Gesetzes ohne Verletzung seines Wortlautes heißt rechtswidrige Umgehung des Gesetzes, in den Quellen in fraudem legis agere. Ein Geschäft, welches eine solche Umgehung enthält, unterliegt derselben Rechtsfolge (Nichtigkeit, Anfechtbarkeit zc.) wie das umgangene Geschäft. Nur insoweit sind die rechtsgeschäftlichen Schleichwege rechtlich mißbilligte Geschäfte. Der Umstand allein, daß auf einem Umweg ein praktischer Zweck angestrebt, oder daß der Eintritt des Thatbestandes für ein beschränkendes Gesetz vermieden wird, stempelt sie dazu noch nicht. Ob eine rechtswidrige Gesetzesumgehung vorliege, ist eine Frage der Gesetzesauslegung, deren Lösung unter Umständen große Schwierigkeit hat.“<sup>18)</sup>

Otto Bähr Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München und Leipzig 1883, bringt unter dem Titel „Geschäfte zur Umgehung des Gesetzes und simulirte Geschäfte“<sup>19)</sup> vier Urtheile des Reichsgerichtes, wo seines Erachtens „die Entscheidungen über alle Schwierigkeiten hinwegkommen sein würden, wenn man von dem Begriff eines Handelns zur Umgehung des Gesetzes (in fr. legis) Gebrauch gemacht hätte“. Ob die

17) Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wasserrechtes hrsgg. von Dr. W. Endemann Leipzig 1882. II. Bd. III. Buch. Abschnitt I, bearbeitet von Prof. Dr. Regelsberger.

18) Auf die zwischen Regelsberger

und Kohler bestehenden Meinungsverschiedenheiten soll weiter unten näher eingegangen werden.

19) S. 52 ff.

von Bähr<sup>20)</sup> diesem Satze beigelegte Bemerkung „Geschäfte dieser Art sind aber so selten geworden, daß es fast scheint, als sei der Juristenwelt die Anschauung davon mehr oder minder verloren gegangen“ in ihrem ersteren Theile auf Richtigkeit beruht, möchte wol sehr zu bezweifeln sein.<sup>21)</sup> Bähr erörtert den Begriff des in fr. leg. agere im Gegensatz zum simultanen Geschäft, mit welchem ein gesetzmäßiges Geschäft so oft wechselt wird, obwohl die Natur beider ganz verschieden ist. Wir kommen auf diese seine interessanten und anregenden Ausführungen später zurück; hier soll nur noch, der Aufgabe gemäß, eine die wichtigsten Ansichten aufzählende Zusammenstellung der bisherigen Literatur zu geben, die von Bähr aufgestellte Definition, eine Stelle finden. „Man sieht . . . daß überall das in fraudem legis abgeschlossene Rechtsgeschäft juristisch mit dem verbotenen keineswegs identisch ist, sondern durchaus davon verschieden; aber in seinen praktischen (wissenschaftlichen) Zielen ist es mindestens im wesentlichen mit dem verbotenen identisch. Und da es dem Gesetzgeber nicht auf die juristische Form, sondern auf den praktischen Zweck ankommt, so rechnet er auf die Weisheit des Richters, daß er dies erkennen und darnach auch auf Geschäfte dieser Art das Verbot des Gesetzes beziehen werde“. Und S. 61: „es wird eine andere Rechtsform in Gang gesetzt, um das nämliche wirtschaftliche Verhältniß zu erzielen, welches das Gesetz . . . hat verbieten wollen.“<sup>22)</sup>

Dernburg, Pandekten, 1. Aufl., Berlin 1884<sup>23)</sup>, I. Bd. §. 31, lehrt, „das Verbot trifft nicht bloß, was der Verfügung des Gesetzes unmittelbar widerspricht, sondern auch, was in fr. legis geschieht, d. h. das Verbotene auf Umwegen erstrebt, die das Gesetz nicht vorgesehen hat. Denn das Verbotsgesetz will in der Regel nicht bloß einen bestimmten Weg zu einem Ziel ungangbar machen, sondern einen materiellen insbesondere einen wirtschaftlichen Erfolg verhindern.“ Die Überschrift dieses Paragraphen lautet „Zwingende Gesetze“.

Sohm, Institutionen des römischen Rechtes, 1. Aufl., Leipzig 1884 (ebenso 2. Aufl., ebend. 1886) §. 8 definiert wie folgt: „Eine grammatische Interpretation, welche den Buchstaben des Gesetzes im Widerspruch mit dem Sinne des Gesetzes (der logischen Interpretation) geltend macht, ist ein Verfahren in fraudem legis.“

20) Siehe auch Bähr in der Kritisch. Vierteljahrschr. XXX. Bd. S. 330.

21) Siehe diesfalls auch Barthelmes S. 39.

22) Hellwig's Aufsatz „Über die Zulässigkeit der Eigenthumsübertragung zur Sicherung einer Forderung (Archiv f. die civ. Praxis 64. Bd. S. 369 ff.) brauche ich an dieser Stelle nicht weiter zu erwähnen, denn soweit derselbe von in fr. leg. agere im allgemeinen handelt, stützt er sich auf von Bähr „gemachte Auf-

zeichnungen, zu deren Benutzung“ er „freudlichst ermächtigt wurde“, soweit aber seine Bemerkungen sich auf die im Titel f. Schrift genannte Specialfrage beziehen, wird ihrer weiter unten gedacht werden. Aus dem letzteren Gesichtspunkt bleibt in dieser Literaturübersicht auch der Aufsatz v. Gerhard Alexander Leis Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, unberücksichtigt.

23) Ebenso 2. Aufl. Berl. 1888 und 3. Aufl. Berl. 1892.

Hölder, Pandekten I. c., hebt hervor, daß den Römern die Unterscheidung der Auslegung der Gesetze einerseits und der analogischen Ausdehnung derselben andererseits fremd war; „die Umgehung eines Gesetzes oder das Handeln in fr. legis, dessen Gleichstellung mit der Übertretung des unmittelbaren Gesetzesinhaltes auf der sogenannten analogen Anwendung des Gesetzes beruht, bezeichnen sie demgemäß als etwas, was *salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit*.“

Friedrich Endemann<sup>24)</sup> S. 126 führt aus: „Durch das Verbot ist eine Gesetzesform gegeben, in welcher allgemeine gesetzgeberische Grundsätze zu fruchtbarster Verwertung zu gelangen vermögen. Die analoge Entwicklung der Rechtsgedanken, welcher in der Juristicatur wie in der Theorie ein freies Feld der Bethätigung belassen werden soll, ist hier und nur bei den Verbotsgesetzen möglich in der juristischen Denkform des *agere in fraudem legis*. Auch Theodosius ging bei Erlassung seiner Constitution über die Wirkung der Verbotsgesetze von dieser Eigenschaft aus und die wahre, große Bedeutung seines Gesetzes beruht gerade in dem allgemeinen Satz, daß der Begriff einer verbotenen Handlung nicht von der Verletzung des Wortlautes des Gesetzes abhängt, sondern daß durch ein Gesetzesverbot ein bestimmter materieller Rechtserfolg ausgeschlossen werden soll. Auf Ziel und Wirkung der Willenserklärung kommt es an, nicht auf die Rechtsform, in welcher jene angestrebt wird. Die Handlung ist rechtswidrig und verboten auch dann, wenn sie auf Umwegen durch an sich nicht verbotene Rechtsgeschäfte den unerlaubten Erfolg erreichen würde.“<sup>25)</sup>

Otto Wendt, Lehrbuch der Pandekten (Jena 1888) sagt in §. 61: es komme in der *constitutio Theodosiana* weniger auf die Eingangsworte *nullum pactum — prohibente an*, „denn diese Worte sind nur geschrieben, um die *fraus legis* der unmittelbaren Übertretung gleichzustellen (*qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem*)“, als . . . zc.

Adolf Barthelmeß<sup>26)</sup> definiert (S. 23) folgendermaßen: „... stellt sich das Handeln in fr. legis dar als dolose Verletzung eines zwingenden Rechtsfahes seinem Sinne, nicht aber seinem Wortlaut nach, die ermöglicht wird durch die fast unvermeidliche Unzulänglichkeit des Gesetzeswortes, den rechtlichen Gedanken völlig wiederzugeben.“ — Und als das Charakteristische beim in fr. leg. *agere* giebt er S. 17 an: „Der in *fraudem legis* Handelnde wird demnach irgend ein Thatbestandsmoment auszuschließen suchen, um die aus dem Thatbestand sich ergebende, ihm lästige, rechtliche Wirkung zu vermeiden. Das Resultat wird dem Wortlaut des Rechtsfahes nicht widersprechen, da nach dem Wortlaut nur beim Vorhandensein aller Thatbestandsmomente jene Wirkung eintreten sollte.“

24) Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Rechte. Leipzig 1887.

25) Siehe auch ebendenselben ebendasselbst S. 25 u. 26.

26) Das Handeln in *fraudem legis*. Göttinger Inauguraldissertation 1889.

### §. 5. Kritische Besprechung der einschlagenden Literatur im Allgemeinen.

Wir haben bisher die Ansichten der wichtigeren Schriftsteller über das in fraudem legis agere kritiklos nebeneinander gestellt. Im Nachstehenden sollen nun einige der angeführten Definitionen und Anschauungen eine eingehendere Würdigung erfahren. Ehe jedoch hierauf eingegangen werden soll, einige Worte über die Totalität der Literatur von der Glosse angefangen. Die ältere Literatur und auch noch der größte Theil der neueren steht, was das Definiren des in fr. leg. agere betrifft, im Wesentlichen auf dem Standpunkte der l. 29. D. de legibus l. 3. Nach dieser Seite hin folgt sie ganz und gar dieser einen der gegebenen Definitionen und sieht ihre einzige Aufgabe in der Subsumption einzelner Fälle unter ihre scholastischen Kategorien. Auch unter den neueren Schriftstellern steht eine beträchtliche Anzahl auf dem Standpunkte der Paulinischen Legaldefinition; sie citiren natürlich auch die l. 30. D. l. 3 und die constitutio Theodosiana<sup>1)</sup>; ihre Definitionen sind aber im Wesentlichen doch nur Übertragungen der l. 29 ins Deutsche. Derartige Definitionen nun, welche sich damit begnügen, das „circumvenit“ der l. 29 zu übersehen, bieten dadurch keine Erklärung; denn gerade das ist der springende Punkt der Sache. Was dies ist, muß festgestellt werden. Und demnach enthalten die Definitionen einen Fortschritt den ersteren gegenüber, die der l. 29, den röm. Quellen folgend, die l. 30 anschließen, d. h. in ihrer Definition berücksichtigen, denn die l. 30 ist eben der Versuch einer Erläuterung, worin das circumvenire besteht, *fraus enim legi sit . . .* So folgt insbesondere unter den Neueren Bähr in seinen Formulierungen mehr dem Ausdruck der l. 30. D. l. 3, indem er betont, daß gerade das geschieht, was das Gesetz ausgeschlossen wissen will.

Leider tritt bei einem solchen, doch auch wieder einseitigen Anschluß an die Formulirung der l. 30 das „salvis verbis“ der l. 29 allzusehr in den Hintergrund. Dies alles sind übrigens nur untergeordnete Fragen. Der Ausspruch des Königsberger Philosophen über die Schwierigkeit, eine Definition zu geben, drängt sich wol Jedem auf. Doch wenn nur die Sache klar ist, mag dann die Definition auch fehlen. Wenn wir aber die einzelnen Aufstellungen näher betrachten und nicht nur, wie im Vorstehenden von der äußeren Erscheinung der Formulirung reden, so sehen wir, daß die Definitionen fast durchwegs, wie sie ja meist nur bezüglich einer einzelnen Materie, in der sich Umgehungen geltend machten, gegeben worden war — nur gerade auf diese Fälle passen, von denen ausgegangen worden war, daß sie demnach in der überwiegenden Anzahl als zu eng bezeichnet werden müssen.

Denen gegenüber stehen hinwiederum andere Definitionen, die allzu

1) Savigny System I. Bd. §. 50 cit. | Cod. l. 14. Glück im 1. Bd. S. 225  
tirt bloß die l. 29 D. l. 3 u. die l. 5 | bloß die l. 29 D. l. 3.

weit sind. Und hieher müssen m. E. alle diejenigen gezählt werden, die nicht ganz genau den römischen Definitionen folgten, sondern dieselben etwas vag ins Deutsche übersehten, meistens, indem das Wesen der „sententia legis“ verkannt wurde; ganz abgesehen von den selbstredend viel zu weiten Auffassungen, wo die „sententia legis“ mit der „sententia legislatoris“ völlig identificirt worden war, also der Fehler in einer so weitgehend irrigen Auffassung des Begriffes der sententia legis lag. — Wie weit durch derartige Auffassungen der Begriff des in fr. leg. agere ausgedehnt worden, wie weit er insbesondere auch in Folge der wertlosen und bis ins Unendliche dehnbaren Eintheilungen der Glossatoren und Postglossatoren geworden war, haben wir bei Anführung der Ansichten derselben über unsere Frage gesehen. Was die Definition betrifft, so stimmten ja im Wesentlichen alle darin überein auf dem Standpunkte, die Gesetzesworte einfach zu wiederholen resp. zu umschreiben.

Von den in neuerer Zeit versuchten Begriffsbestimmungen wollen wir nur die principiell wichtigeren hervorheben und insoweit besprechen, als sich hieraus positive Anhaltspunkte für den Begriff des in fr. leg. agere ergeben.

Sind auch die Formulierungen verschieden, so kann man doch sagen, daß die Begriffsbestimmungen der neueren Schriftsteller sich im Wesentlichen auf die folgenden zwei Gesichtspunkte zurückführen lassen: die einen lehren mehr den Gesichtspunkt hervor, daß der fraudulös Handelnde das Gesetz fälscht, während die andern mehr den Gesichtspunkt der Fälschung des Thatbestandes hervorheben.

Am deutlichsten tritt diese Verschiedenheit des Standpunktes dann hervor, wenn die Frage incidenter aufgeworfen wird, wie wol principiell am besten dem bereits geschehenen in fr. leg. agere gesteuert werden könne. Klar ist, daß man an ebendenselben Punkte die Sache anfassen muß, an welchem der fraudulös Handelnde dies gethan, nur mit dem Unterschiede, daß man dort correct vorgehe, wo er incorrect gewesen. Damit ist aber auch einleuchtend, wie eng die beiden Fragen nach dem Begriff des in fr. leg. agere und der Verhütung der Folgen einer bereits geschehenen Gesetzesumgehung zusammenhängen, wie die Antwort auf die zweite Frage sich ganz nach der Beantwortung der ersten richten muß. Nur Savigny soll nach Thöl's Behauptung einen anderen Weg hiebei gewandelt sein.<sup>2)</sup> Hierüber unten.

Thöl<sup>3)</sup> unterscheidet, seinen beiden Kategorien entsprechend<sup>4)</sup> (falsche

2) Savigny lehrt (Syst. des röm. Rechts. I. Bd. S. 324. 325) einerseits: „Man pflegt dieses so zu denken, als müsse zu diesem Zweck das umgangene Gesetz durch Auslegung ausgedehnt werden . . . . In der That steht die Sache ganz anders. Wir haben nicht das Gesetz zu interpretiren, welches ganz deutlich und zureichend ist, sondern die einzelne Handlung,“ andererseits setzt er „den

Begriff in fraudem legis nur in die wörtliche Auslegung eines Gesetzes entgegen dem Inhalt“. (Worte Thöl's.)

3) Einleitung ins Deutsche Privatrecht S. 65.

4) Daß er die beiden Fälle als wenigstens möglicherweise getrennte sich denkt, zeigen wol zur Evidenz seine wider Savigny in der Anmerkung 4 gemachten Bemerkungen.

Auslegung des Rechtsfages, Verheimlichung oder Entstellung des Thatbestandes), folgendermaßen: „Dem Versuch der Beeinträchtigung des Rechtsfages tritt, um ihn zu vereiteln, entgegen einerseits die richtige Auslegung des Rechtsfages, daher der unwahren wörtlichen Auslegung berichtigend die ausdehnende oder ändernde Auslegung, andererseits die Darlegung des wirklichen Thatbestandes, daher der Einkleidung die Entkleidung (die richtige Auslegung) der Handlung.“

Ob diese Ausführungen Thöl's völlige Zustimmung verdienen oder nicht, soll bei eingehender Besprechung der Thöl'schen Begriffsbestimmung keine Erledigung finden. Ich halte es für überflüssig, in dieser Frage in Einzelheiten der Literatur einzugehen und begnüge mich mit den hier hervorgehobenen beiden Ansichten der Frustrirung des in fr. leg. agere. Nur das Eine möchte ich hervorheben, daß die Lösung der eben erwähnten Frage wol nicht in der Weise herbeigeführt werden kann, wie dies von Barthelmeß<sup>5)</sup> geschehen ist. Er erklärt sehr richtig: „Welchen Erfolg der einzelne Rechtsfaj erstrebt, muß die Auslegung feststellen“, und fährt dann fort: „das Ganze ist also eine Frage der Rechtsauslegung, wie Terentius Clemens einer Umgehung der lex Julia et Papia gegenüber sagt: legem interpretatione adjuvandum.“ — Mit der Behauptung: es ist eine Frage der Rechtsauslegung, ist die zwischen Savigny und Thöl controverse Frage noch durchaus nicht erledigt; denn daß Barthelmeß mit dieser allgemeinen Fassung unzweifelhaft Recht hat, versteht sich wol von selbst. Dagegen ist seine Berufung auf Terentius Clemens in l. 64. §. 1 D. de cond. 35. 1 eine gänzlich verfehlte. Ich verweise diesbezüglich bloß auf Savigny's Bemerkung<sup>6)</sup> zu den Worten legem enim adjuvandum interpretatione: „Allein sie (scil. die röm. Juristen) brauchen den Ausdruck interpretatio in einem ausgedehnten Sinne für jedes wissenschaftliche Verfahren.“

Also wie gesagt, um in der Hauptfrage fortzufahren, die einen betrachten den fraudulos Handelnden als falschen Gesetzesinterpreten, die andern als Thatbestandsfälscher.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen wollen wir nun einzelne der erwähnten Formulierungen des Näheren betrachten. Beginnen wir mit der Äußerung, die Voigt in seinem überaus lehrreichen und gehaltvollen Aufsatz<sup>7)</sup> auf S. 109. 110 gemacht hat: „In einer bildlichen Auffassung erkannten jedoch die Römer auch eine fraus gegen eine lex verübt an, wo nun die fraus zur Benachtheiligung der dem betreffenden Gesetze eigenthümlichen Interessen sich gestaltet.“<sup>8)</sup>

Eine so allgemeine Fassung scheint mir geringen Wert zu haben. Wichtig ist sie gewiß, aber auch so vage, daß dadurch das Wesen des in fr. leg. agere keineswegs klar wird.

Für die von uns hiemit verlangte Erweiterung der Fhering'schen

5) a. a. D. S. 14.

6) System I. Bd. §. 50 Anm.

7) Über den Bedeutungswchsel zc.

8) Nach Voigt ist die älteste technische

Bedeutung von fraus: Nachtheil, und zwar ebenso Nachtheil, welchen jemand erleidet, wie Benachtheiligung, welche jemand zufügt.

Frage<sup>9)</sup>, ob nämlich nicht alle Fälle des in fr. leg. agere sich auf einen und denselben Gesichtspunkt zurückführen lassen, wird sich mit Voigt's Formulirung wol nichts erreichen lassen. Scheint sie doch sogar, ihren Ausdrücken gemäß, einer derartigen Frage entgegen zu sein; denn wenn von den „dem betreffenden Gesetze eigenthümlichen Interpretationen“ die Rede ist, so scheint eine solche Fassung wol dem Gedanken, daß sich alle Fälle auf einen einheitlichen Gesichtspunkt zurückführen lassen, zu widersprechen. Wir haben oben erwähnt, daß unter den neueren Schriftstellern sich die einen mehr auf den Standpunkt der falschen wörtlichen Interpretation des Gesetzes stützen, die andern mehr auf den der Fälschung des Thatbestandes. Unter den ersteren sind besonders hervorzuheben: J. N. Falk, Glück, Thibaut, Sohm, unter den letzteren insbesondere D. Wächter und seine Nachfolger. — Savigny gibt eine Formulirung, die das Hauptgewicht auf die falsche Interpretation zu legen scheint und eine zweite Formulirung, bei der der andere Gesichtspunkt mehr im Vordergrund steht.

Doch wie gesagt: die beiden Formulirungen lassen sich sachlich sehr gut vereinen, wie dies ja auch von Wächter, Thöl u. a. geschehen ist. Fraglich kann diesfalls nur sein, ob die von Thöl gegebene Gegenüberstellung der beiden Fälle als zutreffend bezeichnet werden kann. Wächter, Thöl u. a. nehmen eine Mittelstellung ein, indem der erstere in seiner Formulirung auf beide Fälle Rücksicht nimmt, der letztere den Fall der falschen Interpretation als eine Art, den der Entstellung des Thatbestandes als die andere Art frauduloser Gesetzesumgehung bezeichnet. Es sollen nun im Folgenden die wichtigeren Formulirungen eine eingehendere Würdigung erfahren.

### §. 6. Die Definitionen von Savigny, Wächter, Thöl und Unger.

Glück, Thibaut, Sohm sind die Hauptvertreter der Ansicht, daß das in fr. leg. agere auf falscher wörtlicher Interpretation beruhe. Dies ist an sich richtig. Allein die von diesen Schriftstellern vertretene Ansicht geht nicht dahin, es lasse sich das in fr. leg. agere immer auf eine falsche wörtliche Interpretation des Gesetzes zurückführen, sondern sie halten sich bloß — mit Thöl zu reden — an die eine der beiden Kategorien. Überhaupt haben sie ja —, da sie bloß gelegentlich eine Bemerkung über dies Thema machen — m. E. bloß die l. 29 D. 1. 3 (de legibus) übersetzt, wie sie dieselbe ja auch vorzüglich citiren. Für die erwähnten Schriftsteller beschränkt sich das in fr. leg. ag. bloß auf die Fälle, wo das Gesetz falsch ausgelegt wird, also wo „eine grammatische Interpretation, welche den Buchstaben des Gesetzes im Widerspruch mit dem Sinne des Gesetzes (der logischen Interpretation) geltend macht“<sup>1)</sup>, vorliegt.

9) Dieselbe lautet: „ob die Art, wie man hier und in den übrigen Fällen verfuhr, sich nicht auf eine gewisse Methode zurückführen lasse, ob nicht ge-

wisse Kunstgriffe und Manipulationen sich überall wiederholen“ (Geist des röm. Rechts III. 1. Abth. S. 268.)

1) Worte Sohm's in dessen Zusätz. §. 8.

Wenn ich nun auf einige der wichtigsten Definitionen speciell eingehe, so geschieht dies insbesondere aus dem Grunde, weil sich aus diesen kritischen Betrachtungen einiges für unsere eigenen Aufstellungen gewinnen lassen dürfte. Andererseits wird sich hiebei auch Gelegenheit ergeben, den oben ausgesprochenen Satz zu begründen, daß sich das in fr. leg. ag. immer auf eine falsche wörtliche Interpretation zurückführen lasse.

Savigny hat, wie erwähnt, an zwei verschiedenen Stellen seines Systems Definitionen des in fr. leg. agere gegeben. Die eine ex professo, die andere bloß als eine hingeworfene Bemerkung. Die erstere findet das agere in fr. leg. in „Handlungen, welche ein Gesetz zwar nicht dem Buchstaben, wol aber dem Geiste nach verletzen“, die zweite, die mit der ersten keineswegs im Widerspruch steht, sondern dieselbe sehr gut ergänzt<sup>2)</sup> soll weiter unten ihre Erwähnung finden. Daß die erste Definition sich streng an die Paulinische anlehnt, fällt auf den ersten Blick in die Augen. Ihr, und nur ihr — denn der zweiten gedenkt er nicht — wurde von Thöl gewichtige Opposition gemacht.

Und in dem Einen ist auch Thöl's Bemängelung der Savigny'schen Behauptungen vollinhaltlich beizupflichten, daß die im Anschluß an die Definition von Savigny angeführten Beispiele des in fraudem legis agere nur zur Gesetzesumgehung durch Entstellung des Thatbestandes passen; anders ausgedrückt: Savigny scheint bloß simulirte Geschäfte als Mittel des in fr. legis agere anzugeben, was jedenfalls als nicht vollständig bezeichnet werden muß; andererseits läßt aber die Weite der Savigny'schen Begriffsbestimmung auch noch andere Fälle unter das in fr. leg. agere fallen<sup>3)</sup>, als die rein wörtliche Interpretation (Thöl's erste Kategorie), so daß nach dieser Seite hin der Vorwurf allzu großer Enge wieder nicht gerechtfertigt erscheint.

Vielmehr erklärt sich die Sache dadurch, daß Thöl Savigny's Definition nicht im Sinne ihres Urhebers verstanden und auch nicht völlig treu wiedergegeben hat, wie die Nebeneinanderstellung des Originals und der Wiedergabe sofort zeigt. Während Savigny sagt: „Handlungen, welche ein Gesetz zwar nicht dem Buchstaben, wol aber dem Geiste nach verletzen“, sagt Thöl: „Savigny S. 324, 325 setzt den Begriff des Verfahrens in fr. legis (zu eng) nur in die wörtliche Auslegung eines Gesetzes entgegen dem Inhalte“<sup>4)</sup>.

2) M. E. hat Savigny an eine Nebeneinanderstellung und Vereinigung beider nicht gedacht, da seine zweite diesfällige Bemerkung nur nebenbei gemacht ist.

3) M. E. sogar viele, welche es gar nicht sind.

4) Ähnliches gilt von Thöl's Auffassung der l. 29. l. 30 D. l. 3, indem er in Anm. 3 zu den Worten des Textes: „Die Umgehung des Rechtsfahes kann auf verschiedene Art geschehen. Sie geschieht entweder durch falsche Auslegung des Rechtsfahes oder durch Verheimlichung oder Entstellung des Thatbe-

standes l. Durch falsche Auslegung des Rechtsfahes. Hieher gehört u. a. der Fall der versuchten wörtlichen Auslegung des Rechtsfahes entgegen dem Inhalt“ — bemerkt: „Nur dieser Fall ist in folgenden Stellen bemerkt und dabei stets ein verbietendes Gesetz gedacht, dessen Anwendung auszuschließen versucht wird, weil das wörtliche Verbot den Thatbestand nicht trifft, während doch das wirkliche, das gewollte Verbot ihn einschließt. l. 29. l. 30 D. de legibus l. 3. l. 5 Cod. de leg. l. 14.“ Bezügl. der Const. Theod. allerdings ist ihm beizustimmen.

An Savigny's Auffassung ist meines Erachtens vor allem das eine zu beanstanden, daß er zu der Frage nicht Stellung genommen hat, ob denn wirklich bei allen Arten von Gesetzen ein in fr. legis agere möglich ist. Überhaupt ist ja seine Definition nur die Übersetzung der l. 29, D. 1. 3, allerdings eine viel getreuerer Übersetzung, als manche der späteren Begriffsbestimmungen enthalten. Leider fehlt auch in ihr das Moment der Absichtlichkeit; doch nur in der Definition selbst, denn allerdings wird es von Savigny weiterhin in den Worten „unredliche Absicht“ wenigstens erwähnt. Savigny spricht ferner von einem „Verlezen dem Geiste nach“. Es bedarf aber kaum der Bemerkung, daß es einer solchen Begriffsbestimmung gegenüber fast zur Unmöglichkeit wird, sich bei der Subsumtion des einzelnen Falles eine Meinung darüber zu bilden, ob sich der Autor derselben diesen Fall als unter die Kategorie des in fr. leg. agere fallend gedacht habe oder nicht.

An einer anderen Stelle, nämlich im IV. Bd. seines Systems S. 142 spricht Savigny von dem Falle, wo jemand sein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen zum Gegenstande einer Schenkung macht und hält dies Geschäft für völlig ungültig, da es in der That ein versteckter Erbvertrag sei. Er fährt sodann fort: „Daß dadurch keine Universalsuccession begründet wird, kann keinen Unterschied machen, da der Empfänger alle Vortheile, die man durch eine solche erlangen kann, auch wirklich erhalten würde, nur unter einer anderen Rechtsform, welches ja gerade der Character jeder Umgehung einer positiven Rechtsregel ist.“

Diese, wie man sieht, von Savigny bloß beiläufig gemachte Bemerkung, die übrigens, was den erwähnten Specialfall betrifft, gewiß nicht zutrifft, wurde in neuerer Zeit von Bähr und Hellwig verwertet.

Bähr<sup>b)</sup> stellt sich auf den Standpunkt: Gesetze bezwecken gewisse wirtschaftliche Resultate. Die zur Erreichung verbotener wirtschaftlicher Resultate gewöhnlich gewählte Form verpönt das Gesetz ausdrücklich; wer nun durch Benützung einer andern Rechtsform daselbe wirtschaftliche Resultat erreicht, welches das Gesetz hat verbieten wollen, der handelt in fraudem legis.

Ich habe bezüglich der Momente: „wirtschaftliches Resultat“ und „hat verbieten wollen“ meine Bedenken an anderer Stelle bereits hervorgehoben. Hier aber möchte ich noch bemerken, daß der in die Definition aufgenommene Begriff der „Rechtsform“ keineswegs ein so klarer zu nennen ist, daß man ohne vorherige Auseinandersetzung mit demselben operiren kann. Was ist überhaupt Rechtsform? Bedeutet „Rechtsform“ hier bei Bähr nichts anderes als „in der Form Rechtens“, so ist damit

b) Schon Köhler bringt einen ähnlichen Gedanken in unserer Materie zum Ausdruck. Er lehrt in seinem gemeinen deutschen Civilrecht im §. 21 „daß man unter einer anderen Form ein gewisses Geschäft zu Kräften bringe. Diese Art

von Simulation ist ungültig, weil was in fr. legis geschieht, ebenso contra legem ipsam geschehen ist“. Über einen ähnlichen Ausspruch von (Krieg Sammlung von Rechtsfällen 3. Bd. S. 142) siehe die folgende Note.

nicht mehr gesagt, als daß das in fr. legis agere nicht eine offene directe Rechtsverletzung ist; es bedeutet dann bloß das, was schon längst in anderer Formulirung, z. B. von Thibaut<sup>6)</sup>, gesagt wurde „durch eine an sich nicht verbotene Handlung“.

Doch wie die weiteren Ausführungen Bähr's zu beweisen scheinen, dürfte er unter „Rechtsform“ in seiner Definition wol nichts anderes als „Rechtsgeschäft“ verstehen wollen<sup>7)</sup>. So erklärt er auf S. 57: „Es ist in unserer Wissenschaft anerkannt, daß Rechtsgeschäfte ungültig sind, welche zur Umgehung des Gesetzes geschlossen werden“ und „Es wird jedoch darauf ankommen, näher zu untersuchen, wie eigentlich die in fraudem legis geschlossenen Rechtsgeschäfte sich darstellen“. Ferner auf S. 59: „Man sieht aus diesen Beispielen, daß überall das in fraudem legis abgeschlossene Rechtsgeschäft juristisch mit dem verbotenen keineswegs identisch ist, sondern durchaus davon verschieden“ u. s. w.

Bedeutet aber „Rechtsform“ in diesem Falle nichts anderes als „Rechtsgeschäft“, dann können wir diese Seite der Bähr'schen Definition unter einem mit all' den Schriftstellern behandeln, aus deren Begriffsbestimmungen hervorgeht, daß sie der Ansicht huldigen, es könne nur durch ein Rechtsgeschäft in fr. legis gehandelt werden. Daß dieselben, so Windscheid Pandekten §. 70 in fine, Endemann a. a. O. S. 126 den Begriff „Rechtsgeschäft“ im Sinne der herrschenden Lehre auffassen<sup>8)</sup> und nicht im Sinne Thon's<sup>9)</sup> glaube ich bestimmt annehmen zu dürfen.

Es ist aber m. E. nicht richtig, daß man nur durch ein „Rechtsgeschäft“ in fr. legis handeln kann. „Die lex Aquilia sprach nur von dem

6) Geschichte u. Institutionen §. 26. Siehe auch derselben Theorie der Auslegung §. 14; ferner Hesse Taschenbuch des gem. Civilrechts §. 27, Endemann über die civil. Wirkung der Verbotsgesetze S. 126. Siehe auch Kriß Sammlung von Rechtsfällen 3. Bd. S. 142 „dem Gesetz ist verfallen, wer in der Form des Erlaubten von dem Gesetze Verbotenes thut“. Was Kriß an anderer Stelle über das in fr. leg. agere sagt, — er thut dies im II. Bd. seiner Sammlung von Rechtsfällen S. 299 unter dem Titel „Von dem dolus qui legibus fit“ scheint mir theils falsch (insbes. die Note), theils irrelevant. Auf die im III. Bd. S. 142 aufgeworfene Frage, ob durch l. 29 u. 30 D. 1. 3 die logische Auslegung gesetzlich vorgeschrieben sei, brauche ich wol nicht näher einzugehen. Troßdem er es befreitet, scheint mir dies unzweifelhaft zu sein.

7) Daß Bähr unter Rechtsform nicht etwa die bloß äußere juristische Form, abgesehen vom materiellen Inhalte ver-

steht, ergibt sich wol aus Folgendem: Bähr führt aus, daß beim in fr. leg. agere im Unterschiede vom simulirten Rechtsgeschäft (Scheingeschäft) das Geschäft sehr ernst gemeint ist, daß man es wirklich will und ganz so will, wie es geschlossen wurde. Wer auf diesem Standpunkt steht, der kann aber unter Rechtsform wol nur etwas verstehen, was auch einen bestimmten materiellen Inhalt hat.

8) Windscheid Pandekten §. 69. Arndts §. 63. Keller §. 49. Buchta §. 49. Savigny III. S. 5. Wächter Würt. Priv.-R. II. S. 634. Brunß in der Encyclopädi. Holpendorffs III. S. 20. 2. Aufl. S. 364. Über den Begriff des Rechtsgeschäftes siehe auch A. Pernice im 7. Bd. der Zeitschr. f. Privat- und öffentl. Recht S. 465 ff. und Köhler im 13. Bd. ders. Zeitschr. S. 287 ff.

9) Rechtsnorm und subjectives Recht. Weimar 1878, S. 350.

allgemeinen Fall, wenn jemand durch seinen Körper einen Körper vernichtet oder verletzt, also nicht von andern Fällen einer Illegalität, so wenn jemand durch Werfen schadet, oder dadurch, daß er ein ihm anvertrautes Thier bloß entspringen läßt und dafür geben denn die Ausleger eine analogisch gestattete *actio utilis legis Aquiliae* oder *actio in factum* (Gaj. III. 218. 219, Instit. 1. 4 tit. 3)<sup>10)</sup>. Hatte jemand schon bei Begehung der Thathandlung — er wollte das Thier verletzen — sich gesagt<sup>11)</sup>, die *lex Aquilia* spricht von *frogerit*, *usserit*, *ruperit* — gut denn, ich werfe, und bin vor der *lex Aquilia* sicher<sup>12)</sup>, also argumentirt: was nicht verboten ist, das ist erlaubt, dann hat er m. E. in fr. *legis Aquiliae* zu handeln versucht, und doch wird man das Werfen oder Entspringenlassen u. nicht wol ein „Rechtsgeschäft“ oder überhaupt eine „Rechtsform“ nennen können; ist doch ein „Rechtsgeschäft“ nur da möglich, wo ein rechtlich zulässiger Inhalt des Willens vorliegt. Würde Währ unter Rechtsform „ein Handeln in rechtlich bedeutsamer Art“ verstehen, dann wären die vorstehenden Bemerkungen allerdings nicht zutreffend. Doch spricht nichts in seinen Ausführungen für eine solche Annahme. Auch dann würde übrigens mit dem Ausdrucke „Rechtsform“ nicht viel gewonnen sein.

Inwieweit nun in solchen Fällen das in fr. *legis agere* Mitveranlassung gewesen zur Ausbildung und Handhabung von *actiones utiles* und *accommodatae* muß selbstverständlich dahingestellt bleiben. Soweit glaube ich bereits an dieser Stelle gehen zu können, daß ich es als nicht richtig bezeichne, wenn von manchen Schriftstellern ausschließlich das „Rechtsgeschäft“, die „Rechtsform“ in diesem Sinne, als Mittel des in fr. *legis agere* hervorgehoben wird.

Carl Georg Wächter vertritt sowol in seinem Aufsatz „Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten“ im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. XXV. S. 412 als auch in seinem Handbuch des im Königr. Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842. II. Bd. S. 9 nachstehende Formulirung: „Die Folgen der Übertretung des gebietenden Gesetzes sind nicht bloß dann anzuwenden, wenn direct gegen den Buchstaben des Gesetzes gehandelt wird, sondern auch dann, wenn die Handlung so eingerichtet wird, daß sie äußerlich dem Buchstaben des Gesetzes nicht widerspricht, während sie der Sache nach gerade das enthält, was dem Gebote des Gesetzes, seinem wirklichen wahren Sinne entgegen ist (in fr. *legis*)“ also eine Definition, die eine entschiedene Zusammenfassung der l. 29 und l. 30 D. de *legibus* l. 3 ist. Nach dieser Seite hin kann an der Formulirung nichts ausgesetzt werden; wol aber nach einer andern

10) Worte *Thibauts* in f. Institutionen §. 140.

11) Wenn er nicht schon bei Setzung der schädigenden Handlung diese Absicht hatte, dann ist natürlich von einem in fr. *leg. agere* keine Spur. Dies ist einer der Punkte, welcher zeigt, wie bei unserer Frage alles auf den Willen, die Absicht ankommt, die sich im einzelnen

Falle häufig nur aus sog. Neben Umständen eruiert lassen wird.

12) In solchen Fällen beruft sich der Handelnde gewissermaßen darauf: hier ist eine Lücke im Gesetz. Von Lücken im Recht möchte ich, beiläufig bemerkt, überhaupt nicht sprechen, obwohl dies von älteren und neueren Schriftstellern manigfach geschieht.

Seite hin. Wenn wir hören, die Handlung werde so eingerichtet, daß sie äußerlich dem Buchstaben des Gesetzes nicht widerspricht, so bleibt eine wichtige Frage ohne Antwort. Gerade das wollen wir ja wissen, wie sie eingerichtet wird, und ob sich alle Fälle fraudulosen Vergehens auf einen einheitlichen Gesichtspunkt zurückführen lassen. So gewiß die Definition nicht unrichtig zu nennen ist, so gewiß sagt sie uns zu wenig.

Dieser Definition hat sich Unger<sup>13)</sup> angeschlossen, welcher lehrt: „Eine gegen ein absolut verbietendes Gesetz<sup>14)</sup> unternommene Handlung ist in den Fällen, wo sie der Regel zufolge nichtig ist, nicht bloß dann ungültig, wenn sie direct gegen das Gesetz verstößt, sondern auch dann, wenn sie so eingerichtet wird, daß sie zwar äußerlich der Vorschrift des Gesetzes nicht widerspricht, aber der Sache nach gerade das enthält, was der Vorschrift des Gesetzes zuwider ist (in fr. legis)“. — Andererseits folgt Unger wieder Thöl, wenn er das in fr. leg. agere eintheilt in ein solches 1. durch chicanöse Auslegung und Verdrehung des Gesetzes, 2. durch Verstellung, Verdeckung, Verkleidung der Handlung. Wenn Unger dagegen noch eine dritte Art des in fr. legis agere angibt<sup>15)</sup>, nämlich „durch Verschweigung eines Umstandes, der eine Handlung hindern würde, durch Vorgeben eines Umstandes, ohne den ein Rechtsgeschäft nicht geschlossen werden kann“ und als Beispiel hinzufügt „wenn sich jemand einen falschen Todtenschein verschafft, um zu einer zweiten Ehe schreiten zu können“, so muß diesem Beispiele gegenüber<sup>16)</sup> bemerkt werden, daß dies ein contra legem agere ist<sup>17)</sup>. Unger's Gedankengang bei der Wahl des Beispiels kann wol

13) System I. S. 56 ff.

14) Hierin liegt ein Fortschritt Unger's gegenüber Wächter, daß er das in fr. leg. agere auf absolut verbietende d. h. auf zwingende Gesetze einschränkt.

15) Wol mit Rücksicht auf §. 507 alinea 1 österr. Strafgesetzbuches. Derselbe lautet: „Wer sich mit Verschweigung eines ihm bekannten gesetzlichen Ehehindernisses trauen läßt, ohne vorher die ordentliche Dispensation erhalten zu haben; oder wer sich in ein fremdes Land begibt, um daselbst eine Ehe zu schließen, die nach den Landesgesetzen nicht stattfinden konnte, ist einer Übertretung schuldig und mit strengem Arreste von 3 bis zu 6 Monaten, der Verführende aber stets strenger zu bestrafen.“

16) Auch in dem von Kohler Deutsches Patentrecht S. 73 erwähnten Fall liegt m. E. kein Versuch des in fr. leg. agere vor. Die Herstellung von Arzneimitteln ist nach deutschem Patentgesetz frei; es kann also auf solche kein Patent genommen werden. Wenn nun jemand auf ein Arzneimittel dadurch doch ein

Patent erlangen will, daß er es als etwas anderes Patentirbares bezeichnet, so liegt darin kein Versuch das Patentgesetz zu umgehen. Er thut vielmehr etwas, was nicht nur dem Geiste, sondern auch den Worten des Gesetzes zuwider ist und hängt diesem rechtswidrigen Vorgang ein Mäntelchen um, indem er so thut, als ob er correct gehandelt hätte. Dies letztere ist allerdings eines der Charakteristica des in fr. leg. agere; aber es reicht noch nicht aus, ein Vorgehen deshalb allein unter den Gesichtspunkt des in fr. leg. agere zu stellen.

17) Dieser Ansicht ist auch Barthelmes a. a. O., jedoch aus ganz anderem Grunde, den ich nicht zu billigen vermag. Er sagt S. 21: „Ganz ebenso steht es mit der von Unger angeführten dritten Art von Fällen. Hier wird eine Handlung vom Gesetz verboten, wenn ein hinderndes Moment vorliegt oder eine nothwendige Voraussetzung fehlt. Um die Handlung vornehmen zu können, wird das hindernde Moment verdeckt, dissimulirt, oder das fehlende vorgepliegelt, simulirt; aber auch hier bleibt der

kein anderer gewesen sein, als der folgende: Heiratet jemand zum zweiten Male bei Lebzeiten des andern Ehegatten, so handelt er contra legem; verdeckt er dieses Zuwiderhandeln dadurch, daß er einen gefälschten Todtenschein producirt, so ist's in fraudem legis. Mit nichten! Dies ist eine Verdeckung eines contra legem agere, nicht aber ein in fraudem legis agere. Dem Wesen des circumvenire würde dadurch keineswegs Genüge geschehen sein. Dadurch, daß ich einem fait accompli einen Mantel umhänge, ändert sich nichts an der Sache. Hat jemand contra legem gehandelt und versucht nun nach vollbrachter That, die Spuren desselben zu verwischen, so hat er trotzdem contra legem gehandelt; nicht richtig ist eben, wie wir noch weiter unten des Näheren ausführen werden, die Behauptung Thöls: „Wer contra legem gehandelt hat, wird gern hinterher in fr. legis handeln“. Weder die ursprüngliche Handlung noch auch der Versuch des Verwischens derselben haben Anspruch auf die Bezeichnung eines Handelns in fr. legis.

Doch dies nur im allgemeinen. Im Beispiele Ungers ist ja von einer nachherigen Vertuschung nicht die Rede. Bevor ich die verbotene Handlung setze, verschaffe ich mir den falschen Todtenschein; es läge also hier ein in fr. leg. agere vor, das sich als Mittel des contra leg. agere bedient, eine Möglichkeit, die hiemit nicht ausgeschlossen werden soll; nur wird geleugnet, daß in diesem, Unger's Behauptungen erläuternden Beispiel überhaupt ein in fr. legis agere stecke; denn es fehlt in diesem Falle der innerliche Zusammenhang zwischen dem Zuwiderhandeln und der Verdeckung desselben (wenn man so sagen darf, die unitas actus). Das Zuwiderhandeln und die Verdeckung müssen nicht nur gleichzeitig geschehen, d. h. eine identische, wenigstens eine zusammenhängende Handlung sein, sondern sie müssen sich auch auf dieselbe gemeinsame Quelle zurückführen lassen, nämlich die falsche, absichtliche, wörtliche Interpretation des Rechtsfaktes entgegen seinem wahren Inhalt. Hier in Ungers Fall liegt aber gar keine falsche Interpretation des Rechtsfaktes vor; indem der Agirende es für nötig erachtet, durch einen falschen Todtenschein zu täuschen, interpretirt er das Gesetz ganz richtig und setzt nur nebstbei eine verbotene Handlung, die den erstrebten, auch verbotenen Effect der zweiten Heirat verschleiern soll. Dadurch sei angedeutet, in welcher Weise ich für möglich erachte, daß durch ein contra legem agere gleichzeitig in fraudem einer anderen lex gehandelt werden kann.

Soviel über Ungers Behauptungen. Mit Ungers Ausführungen

Thatbestand derselbe. Bestimmt ein Gesetz, daß eine verheiratete Person eine neue Ehe nur dann eingehen kann, wenn der Tod des ersten Ehegatten feststeht, so handelt ein Ehegatte, der sich wieder verheiratet, wenn jene Voraussetzung fehlt, contra legem, auch wenn er durch Vorlegen eines falschen Todtenscheines die Rechtswidrigkeit verdeckt.“ Wenn

Barthelmes damit sagen will, der von Unger erwähnte Fall, sowie das Beispiel enthält darum kein agere in fr. legis, weil hier eine Simulation vorliege und weil das in fr. legis abgeschlossene und das simulirte Geschäft zwei ganz und gar verschiedene Dinge seien, so vermag ich dem nicht beizupflichten und werde mich an anderer Stelle hierüber aussprechen.

über das in fr. legis agere erklärt sich einverstanden, allerdings bloß dieselben generell billigend, Parum im XV. Bd. des „Magazin für Rechts- u. Staatswissenschaft“, hgg. v. Paimel u. Passy, S. 243.

### §. 7. Die Definition Thöls.

Thöl hätte eigentlich der Zeit nach zwischen Wächter und Unger gestellt werden sollen. Da aber Ungers Definition am besten in diesem Zusammenhang besprochen wird, glaubte ich, sie im engsten Anschluss an die über Wächter zu machenden Bemerkungen darstellen zu dürfen.

Thöl legt seiner Begriffsbestimmung des in fr. leg. agere den Gedanken des einem jeden Gesetz zukommenden Anwendungsgebietes zu Grunde<sup>1)</sup>, und indem er dem Worte fraus in der Formel in fr. legis die alte Bedeutung Nachtheil, Beeinträchtigung beilegt, definirt er: „Der Versuch einen Thatbestand von der Anwendung eines auf ihn anwendbaren Rechtsfases unstatthafterweise auszuschließen, ist ein Verfahren zur Beeinträchtigung des Rechtsfases, in fraudem legis.“ Wenn Thöl dem beifügt: „Der Gegensatz macht der Versuch, die Anwendung eines Gesetzes, wo es nicht anwendbar ist, herbeizuführen, etwa um den Vortheil dieser Anwendung zu genießen z. B. durch Vorpiegelung eines Thatbestandes l. 4 §. 5 D. 18. 2“, so kann ich mich mit dem Worte „Gegensatz“ nicht recht befreunden. Denn wenn auch darüber kein Zweifel besteht, daß Thöl solche Fälle nicht etwa als die gegensätzliche zweite Art fraudulosen Vorgehens bezeichnen will — die Stellung dieser Bemerkung in der Note würde hiezu wol wenig passen — wenn er sie also als eine Verletzung des Rechtes und Gesetzes, die jedoch nicht in fr. legis ist, betrachtet, so ist doch die Wahl des Wortes „Gegensatz“ eine m. E. ungünstige, schon deshalb, weil sie den Gedanken nahe legt, als seien derartige Fälle etwas mit dem in fr. leg. agere gar nicht zusammenhängendes. Und dem ist gewiß nicht also. Wer einen Fall dem Anwendungsgebiete des Gesetzes a entziehen will, muß in der Regel der Fälle denselben unter das Gesetz b placiren, also die Anwendung des Gesetzes b herbeiführen wollen. So wird es gemeinlich geschehen, und deshalb scheint mir das Wort „Gegensatz“ für eine Erscheinung, die bei den meisten Fällen des in fr. leg. agere hervortreten wird, nicht glücklich gewählt. Daß es im übrigen auch Fälle gibt, wo ein Thatbestand geschaffen wird, nicht um die Anwendung eines Rechtsfases auszuschließen, sondern um sie herbeizuführen, ist zweifellos. Um ein der heutigen Praxis naheliegendes Beispiel zu wählen, verweise ich auf die Lehre von der Expropriation, und insbes. auf den in §. 7 Abs. 1 des (österr.) Ges. v. 18. Februar 1878 geregelten Fall: „Bei Ermittlung der Entschädigung ist auf diejenigen Verhältnisse keine Rücksicht zu nehmen, hinsichtlich deren erhellt, daß sie in der Absicht hervorgerufen wurden, um sie als Grundlage für die Erhöhung der Ansprüche auf Entschädigung zu benutzen.“ Ob man derartige Fälle nicht auch als ein

1) Derselbe findet sich ja auch in un- | häufig wiederkehrenden Ausdruck: lex  
zähligen Quellenstellen, insbes. in dem | (Sct. etc.) locum habet und ähnlichen.

Handeln „in fr. legis“ bezeichnen könnte — die Consequenzen werden ja ohnedies gezogen — und ob nicht an der Ausgestaltung des Begriffes im röm. Recht nach dieser Seite die älteste Bedeutung von „fraus“ als „Nachtheil“, „Benachtheiligung“, die ein Entziehen in sich enthält, Schuld ist, muß dahingestellt bleiben.

Dagegen ist es ein entschiedener Fortschritt, daß Thöl in seiner Definition nicht von „Gefeh“, sondern vom „Rechtsfaß“ spricht.

Gleichwol ist die Definition Thöls<sup>2)</sup> entschieden zu weit. Fälle des unzweideutigsten contra legem agere fallen auch unter dieselbe. So ist der in Rußland häufige Schmuggel von Thee in Thierhäuten gewiß auch ein „Versuch einen Thatbestand von der Anwendung eines auf ihn anwendbaren Rechtsfaßes unstatthafterweise auszuschließen“. Es müßte dies Vorgehen nach Thöl als ein in fr. leg. agere bezeichnet werden, während es doch gewiß — auch abgesehen davon, daß specielle Straffunctionen bestehen — einfach contra legem genannt werden muß; denn hier liegt keine absichtliche falsche wörtliche Interpretation vor, auf welche sich die verdeckende Handlung zurückführen ließe. — Derartige Beispiele finden sich natürlich noch unzählige. Ich hoffe aber, daß das eine genügt, um zu beweisen, daß die Thöl'sche Definition nach dieser Seite hin zu weit ist.

Ferner ist es m. E. nicht ganz zutreffend, wenn Thöl, der alten Bedeutung des Wortes „fraus“ folgend, von „Beeinträchtigung“ des Rechtsfaßes spricht. Er selbst sagt ja: „der Versuch zc. auszuschließen“.<sup>3)</sup> Die „Beeinträchtigung“ ließe aber wol zu, daß der Rechtsfaß zum Theil zur Anwendung gelangt, zum Theil ausgeschlossen wird. Daß beim in fr. leg. agere der Rechtsfaß wirklich ausgeschlossen werden soll — treffend zeigt dies insbesondere die in unserer Lehre leider viel zu wenig beachtete l. 16 pr. D. de jur. patr. 37. 14 — bezweifelt ja auch Thöl nicht; insofern ist meine Bemerkung rein sprachlicher Natur und wollte ich nur auch an dieser Stelle hervorheben, daß der Rechtsfaß in der Totalität seiner Wirksamkeit und nicht nur nach der einen oder anderen Seite hin ausgeschlossen werden soll. Belehrend ist eben auch nach dieser Richtung hin die obcitirte lex, die uns zeigt, wie sehr der Rechtsfaß im einzelnen Falle im Quantum seiner Wirksamkeit beschränkt werden kann, ohne daß deshalb von einem in fr. leg. agere gesprochen wird, sondern „tantum in fr. patroni“.

Auch mit der Fassung „von der Anwendung eines auf ihn anwendbaren Rechtsfaßes“ kann ich mich mit Bezug auf das „anwendbar“ nicht vollständig einverstanden erklären, und kann mich hiefür sogar auf Thöl selbst berufen. Am Ende seiner Ausführungen spricht Thöl nämlich von Fällen, die nicht in fr. legis sind, sondern wo „die Anwendbarkeit aus-

2) Daß sie das in fr. leg. agere nicht auf eine bestimmte Kategorie von Rechtsfaßen beschränkt, sei nur nebstbei erwähnt.

3) Allerdings sagter: „der Versuch, einen Thatbestand von der Anwendung eines

auf ihn anwendbaren Rechtsfaßes unstatthafterweise auszuschließen“, aber indem der Thatbestand von der Anwendung des Rechtsfaßes ausgeschlossen werden soll, wird ja auch der Rechtsfaß ausgeschlossen.

geschlossen wird durch Vermeidung der von demselben (Rechtssatz) bestimmten Handlung“. Er schließt seine diesbezüglichen Bemerkungen mit den Worten „Wenn deshalb der eine (Weg) vermieden, der andere eingeschlagen wird, so ist nicht die Anwendung, nur die Anwendbarkeit eines Rechtssatzes ausgeschlossen worden“.

Damit dieses die Sache charakterisirende Wortspiel völlige Geltung behält, müßte Thöl eigentlich an Stelle des Wortes „anwendbar“ in seiner Definition ein anderes Wort setzen z. B. „anzuwenden“, sonst verlöre es zum mindesten seine Präcision, denn der Rechtssatz muß wirklich angewendet werden sollen und nicht nur anwendbar sein, damit von einem in fr. leg. agere gesprochen werden kann.

Thöl gibt eine Erklärung, was er unter „unstatthafterweise“ versteht. Nämlich „die Umgehung eines Rechtssatzes kann auf **verschiedene Art** geschehen. Sie geschieht entweder durch falsche Auslegung des Rechtssatzes, oder durch Verheimlichung oder Entstellung des Thatbestandes“. W. G. muß jedoch gegen jede derartige Eintheilung, die diese beiden sogenannten Arten des in fr. leg. agere nebeneinander stellt, Einsprache erhoben werden.<sup>4)</sup> — Auch in den Fällen der Entstellung des Thatbestandes liegt eine falsche Auslegung des Rechtssatzes vor, und es kann daher der Fall der Entstellung des Thatbestandes dem der falschen Auslegung des Rechtssatzes bloß untergeordnet werden, als eine Art und Weise, in welcher sich die falsche wörtliche Interpretation bethätigt. Daß diese Nebeneinanderstellung nicht etwa bloß auf einer systematisch verfehlten Anordnung beruht, sondern mit der ganzen Auffassung Thöls vom in fr. leg. agere innig zusammenhängt, zeigt seine Polemik gegen Savigny, indem Thöl behauptet, daß dessen Definition nur für die eine Art der Gesetzesumgehung passe.

Wir haben oben Thöls Definition als zu weit bezeichnet; ich möchte

4) Daß diese beiden „Arten“ des in fr. leg. agere im einzelnen Falle oft zusammentreffen, d. h. daß man sowohl den einen, als auch den andern Gesichtspunkt geltend machen kann, wenn man aufdecken will, es sei in fr. leg. gehandelt worden, wird zwar von Thöl nicht bestritten, ja es läßt sich dies ganz gut auch mit seinen beiden Kategorien vereinen. Nur hätte ich eben gewünscht, daß auch dies ausdrücklich hervorgehoben werde, und da es nicht geschehen, thue ich es hiemit. Man denke, was diese Frage betrifft, z. B. an den in der Praxis häufigen Fall, wo der Gehilfe sich selbständig etabliren will und sein Meister nun die seinerzeit abgegebene contractliche Erklärung privatim ihm in Erinnerung bringt, er habe sich verpflichtet, zehn Jahre nach Endigung seiner Gehilfszeit kein gleiches oder ähnliches

Geschäft eine Meile im Umkreis zu errichten. Nun errichtet die Frau des Gehilfen ein solches Geschäft, dessen Leitung zc. natürlich in den Händen des Mannes ruht; daß dies in fraudem der lex contractus ist, ist klar. Man kann hier sowol sagen: die lex contractus ist falsch interpretirt, durch Betonen des ich N. N. verpflichte mich . . . , wie es im Vertrage hieß, als auch: die Handlung ist verdeckt, verschleiert worden. — Inwieweit derartige Contracte überhaupt auf Gültigkeit Anspruch erheben können, ist bekanntlich sehr bestritten. Über die legislativen Bedenken gegen die Zulässigkeit solcher Verträge siehe insbes. Kohler Vertragsmäßige Beschränkung des Gewerbebetriebs (Annalen der badischen Gerichte Bd. 41. S. 339. Ges.-Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht. Mannheim 1883 S. 62 ff.)

diesbezüglich noch bemerken, daß eben in Thöl's Definition das „circumvenit“ der l. 29. D. 1. 3 nicht genügende Beachtung erfahren hat. Nach seiner Definition muß schon eine andere Bezeichnung, ein anderer Name, den eine Handlung erhält, genügen, um den Thatbestand des in fr. leg. actum zu setzen<sup>5)</sup>, denn sicher liegt hier der Versuch vor — allerdings ein sehr plumper — einen Thatbestand von der Anwendung eines auf ihn anwendbaren Rechtsfaktes unstatthafterweise auszuschließen; und doch bemerkt schon Schweppe<sup>6)</sup>: „ein bloß veränderter Name des Geschäftes ist noch ein Handeln contra legem.“ Er fügt keinen Grund bei; aber der liegt wol m. E. auf der Hand; von einer Umgehung ist in diesem Falle keine Spur, daher auch die Sache nicht in fr. legis ist.

Auch solche Fälle wären nach Thöl in fr. legis, wie, wenn ein Advocat in einer Sachschrift das geschehene Factum absichtlich unter einen falschen Rechtsatz subsumirt, oder ein Bertheidiger in seinem Plaidoyer dem Gesetze Gewalt anthut, sei es durch falsche Interpretation, sei es durch Verdeckung und Entstellung des Thatbestandes. Durch das „unstatthafterweise“ sind derartige Fälle nicht etwa vom Begriff des in fr. leg. act. ausgeschlossen, da Thöl unter „unstatthaft“ eben bloß wörtliche Interpretation und Verdeckung und Entstellung des Thatbestandes versteht.

Diese eben erwähnten Fälle mögen gleichsam als Einleitung dienen zu der nachstehenden Bemerkung. Wenn Thöl lehrt: „Der Thatbestand wird oft eine Handlung contra legem sein. Wer contra legem gehandelt, wird gern hinterher in fraudem legis handeln“, so muß die Richtigkeit der letzteren Behauptung auf das entschiedenste bezweifelt werden. Denn niemand wird wol divergenter Meinung sein: Ein Mörder hat contra legem gehandelt; wenn nun derselbe bei seiner Bertheidigung die Gesetzesworte dreht und wendet, soll er wirklich 1. contra legem, 2. in fraudem legis gehandelt haben? Oder nach Begehung eines Delictes stellt sich der Übelthäter mahnsinnig. Nach Thöl wären derartige Fälle in fr. legis. Wer aber kann dies für richtig halten?

Die von Thöl weiters gemachte Bemerkung: „Die Buchstabenjurisprudenz ist demnach ein Verfahren in fr. legis“ kann ich nur sehr bedingt billigen. Die Buchstabenjurisprudenz ist eine rein akademische Angelegenheit, auch wenn sie nicht von dem Katheder herab erfolgt. Sie kann nur die Basis sein für ein in fr. leg. agere, ist aber nicht dieses selbst.

Das in fr. leg. agere setzt eben ein agere, ein Handeln voraus und diesem geht die wörtliche Interpretation vorher, nicht aber kann sie, zum mindesten nicht ohne weitere Bethätigung, derselben nachfolgen. Dies hebt auch Falk a. a. O. hervor, wenn er sagt: „Alles, was in fr. legis geschieht, setzt eine thicaniöse Auslegung oder Verdrehung des Gesetzes voraus.“

5) Thöl hebt diesen Fall selbst hervor unter den Fällen, die als „Berheimlichung oder Entstellung des Thatbestandes“ von ihm bezeichnet werden. — Siehe auch Windscheid Handb. d. R. §. 333: „Dadurch, daß dem Geschäft ein anderer

Name gegeben wird, wird natürlich die gesetzliche Vorschrift nicht ausgeschlossen.“

6) Das röm. Privatr. in f. heutigen Anwendung 4. Ausg. Göttingen 1828. I. Bd. §. 7.

Überhaupt scheint mir Thöl nach der Seite hin auf einem nicht richtigen Standpunkt zu stehen, als er sich das in fr. leg. agere so zu denken scheint, daß die bereits perfecte, gesetzte Handlung von der sie treffenden lex losgeschraubt werden soll<sup>7)</sup>, und er in diesem Versuch sie jetzt erst loszuschrauben, das in fr. leg. agere erblickt. Ob seine an diesen Gedanken erinnernde Fassung nicht auf die Constitutio Theodosiana (l. 5 Cod. 1. 14) zurückzuführen ist, muß natürlich dahingestellt bleiben. — Daß er durch dieselbe in seiner Kritik über die l. 29 D. 1. 3 (siehe das hierüber oben Gesagte) beeinflusst worden sein dürfte, ist klar; wer die l. 29. 1. 30. D. de leg. 1. 3 nur auf den Fall der „versuchten wörtlichen Auslegung des Rechtsfages entgegen dem Inhalt“ beziehen will, der dürfte wol das „salvis verbis“ mehr im Sinne der „scaeva praerogativa verborum“ der l. 5 Cod. 1. 14 aufgefaßt haben, als dem wahren Sinne entsprechend ist. M. E. lassen sich auch die Fälle, welche Thöl sub 2 als „Verheimlichung oder Entstellung des Thatbestandes“ der „versuchten wörtlichen Auslegung des Rechtsfages entgegen dem Inhalt“ gegenüberstellt, sehr wol unter die allgemeine Fassung der l. 29 subsumiren, sofern man das „salvis verbis“ richtig auffaßt. Nur beiläufig bemerke ich noch, daß Thöls zweite Kategorie: „Verheimlichung oder Entstellung des Thatbestandes“ keineswegs im Stande ist, alle nach seiner Eintheilung in sie hineinfallenden Fälle wirklich in sich aufzunehmen. So zeigt dies z. B. der Fall der l. 16 pr. D. 37. 14. Hier liegt weder eine Verheimlichung, noch eine Entstellung des Thatbestandes vor, wenigstens nicht eine Entstellung in dem Sinne, wie Thöl dies schildert; von einer Verheimlichung ist schon gar keine Rede. Ein Ähnliches ist es in all' den Fällen, wo durch erlaubte Theilhandlungen schließlich ein verbotenes Resultat herbeigeführt wird.

Daß diese Fälle sich nicht unter Thöls zweite Kategorie unterbringen lassen, kommt daher, daß er unter „Entstellung des Thatbestandes“ eben nur die Simulation versteht, während die eben erwähnten Fälle mit Simulation nichts zu schaffen haben. Thöl bliebe m. E. vom Standpunkt seiner beiden Kategorien aus nichts anderes übrig, als den Fall der l. 16 D. de jur. patr. 37. 14 unter die „versuchte wörtliche Auslegung entgegen dem Inhalt“ zu stellen.

Ich halte eine derartige Subsumtion für richtig; es wird in diesem Falle wirklich insofern falsch interpretirt, als der fraudulos Handelnde unter

7) Hierfür spricht insbesondere der Umstand, daß unmittelbar auf seine Definition als Erläuterung des Wortes „Thatbestand“ der Satz folgt: Der Thatbestand wird oft eine Handlung contra legem sein und „Wer contra legem gehandelt hat, wird gern hinterher in fr. legis handeln.“ — Während diese eben erwähnten Stellen für die im Text vertretene Ansicht sprechen, scheinen dem Thöls Ausführungen sub 2 (Verheimlichung oder Entstellung des Thatbestandes) zu widersprechen. Denn dort wird

die Sache so dargestellt, daß an eine Verheimlichung resp. Entstellung des Thatbestandes bei seiner Entstehung gedacht werden muß. Man muß also annehmen, daß — sollen sich diese Behauptungen nicht widersprechen — Thöl beide Arten, sowol eine Entstellung der Wahrheit beim Entstehen, bei Schaffung des Thatbestandes, als auch eine nachträgliche Verbedung als ein in fr. leg. actum bezeichnet. Und eben gegen diese zweite Art mußte m. E. Widerspruch erhoben werden.

„centenarius“ nur den versteht, der es ist, und nicht auch den, der es nach der rechtlichen Lage der Dinge, weil er es ist, auch bleiben soll. Und in Bethätigung dieser absichtlich falschen Interpretation werden nun Veränderungen im Thatbestande vorgenommen, die sich weder als Entstellung noch als Verheimlichung des Thatbestandes im Sinne Thöls darstellen lassen. Würde also Thöl diesen Fall unter die erste seiner Kategorien stellen, so würde er ihm nur zum Theile gerecht.<sup>8)</sup>

Soviel über Thöls Aufstellungen. Damit hätten wir im wesentlichsten die wichtigeren der bisher gegebenen Definitionen und die sich an dieselben schließenden Ausführungen kritisirend betrachtet. Der neueste Bearbeiter unserer Lehre, Barthelmes, der sich übrigens sehr stark an Bähr anlehnt, soll an anderer Stelle seine entsprechende Würdigung erhalten.

### §. 8. Der Sprachgebrauch: Bedeutung des Wortes *fraus*.

Was das Wort „*fraus*“ bedeute, ist in der Literatur keineswegs unbestritten; umso mehr als sich in den römischrechtlichen Quellen keine diesbezügliche generelle Definition findet.<sup>1)</sup> Der Ausdruck selbst dagegen findet sich in einer Menge von Verbindungen verschiedener Art; so in *fraudem portionis Caesaris* (*frag. de jure fisci* 6), in *fraudem creditorum* (*z. B. l. 6 §. 8 D. quae in fr. cred. facta sunt* 42. 8); in *fraudem patroni* (*z. B. l. 16 D. de jure patronat.* 37. 14); in *fraudem fisci* (*z. B. l. 26 D. de jure fisci* 49. 14); einfach in *fraudem* (*scil. fisci*, *z. B. l. 45 §. 3 D. 49. 14*); in *fraudem civitatum* (*l. 11 D. qui et a quibus manumissi liberi non fiunt* 40. 9); in *fraudem fideicommissi* (*l. 52 (50) D. ad Sct. Trebell.* 36. 1); in *fraudem administrationis* *l. 12 Cod. de administr. tutor.* 5. 37); in *fraudem libertatis* (*l. 28 §. 5 D. de fideicomm. libertatibus* 40. 5); in *fraudem futurae actionis* (*l. 68 D. pro socio* 17. 2); in *fraudem ordinis* (*l. 1 §. 2 D. de vacatione et excusatione munerum* 50. 5); in *fraudem legatarii* (*l. 95 §. 2 D. ad leg. Falcid.* 35. 2); in *fraudem mulieris* (*l. 14 §. 2 D. de lege Cornelia de falsis* 48. 10); in *fraudem suam* (*l. 5 §. 3 D. de appellationibus* 49. 1); in *fraudem civilium munerum* (*l. 15 §. 2 D. ad municipalem et de incolis* 50. 1).

Diese Ausdrücke, sowie die beispielsweise angeführten Quellenbelege, ließen sich noch um ein bedeutendes vermehren.<sup>1a)</sup>

In der uns speciell in den nachstehenden Capiteln interessirenden Bedeutung kommt das Substantiv „*fraus*“ vor in den Verbindungen: *facere in fraudem legis*, *facere fraudem legi*, daneben das Zeitwort *fraudare legem* (*l. 64 pr. D. de cond. 35. 1. l. 42 pr. de acquir. et om.*

8) Siehe übrigens auch das oben über diese Frage Gesagte.

1) Die für den Begriff gewiß wichtige *l. 79 D. de reg. jur.* 50. 17 kann man eben keine Definition nennen.

1a) Über den Sprachgebrauch bei nicht-

juristischen Schriftstellern siehe Voigt Bedeutungswechsel S. 112 ff. insbesondere Cicero ad Attic. IV. 12 u. Plautus Miles II. 2. 9. Zu letzterer Stelle Marquardt Röm. Privatrecht. S. 428 und Voigt über die *lex Cornelia sumtuaria* §. 2.

her. 29. 2. l. 10 C. de sacros. eccl. 1. 2). — Doch finden sich auch synonyme Ausdrücke wie *detractare legem* (l. 12 pr. de accus. 48. 2) und Ausdrücke wie: *ne circumveniatur oratio* (l. 8 §. 20 D. de transact. 2. 15), *ne aliter observantibus lex circumscribatur* (l. 18 §. 4 D. de dolo 4. 3. l. 1 C. ut omnes iudices 1. 49. l. 14 §. 2 C. de adess. 1. 51)<sup>2)</sup>, *evitare legem* (l. 6 de serv. fug. 6. 1).

Die Zusammenstellung bei Barthelmes S. 9, Anm. 8 „nach dem Index zu den Pandekten, der sich in der königl. Bibliothek zu Berlin befindet“, kann keinesfalls auf Vollständigkeit Anspruch erheben.

Zu Barthelmes' Aufzählung bemerke ich noch: es ist mir nicht klar geworden, von welchem Principe aus dieselbe gemacht wurde; er zählt 11 Stellen auf, in welchen der Ausdruck *facere* in fr. legis, 16 Stellen, in denen der Ausdruck *facere fraudem legi* und 2, in welchen *fraudare legem* vorkommt. Sämmtlich Stellen aus den Pandekten. Was nun mit einer Sammlung von Stellen gethan sein soll, die sich bloß auf die Digesten beschränkt, ist mir nicht ersichtlich. Die Sammlung selbst aber scheint mir, wie gesagt, von keinem bestimmten Principe auszugehen, denn, wenn ich

2) Dies letztere Beispiel ist insofern ganz besonders hervorzuheben, als hier durch richterliche Action die *lex circumscribitur* würde, also von einem dolösen Vorgehen keine Rede ist; mithin haben wir es hier mit einem Ausdrucke zu thun, der nur äußerlich den Anschein erweckt, als hänge er mit dem in fr. leg. *agere* zusammen. Die Stelle lautet: *Dolo cuius effectum est, ut his temporibus legitimis transactis pereat, Trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur.* Der Schadensersatzanspruch wird gewährt; die in doloser Weise herbeigeführte Verjährung besteht trotzdem zu Recht, damit nicht das im allgemeinen eingeführte Institut der Verjährung durch restitutio in integrum frustriert werde. (Siehe zu dieser Stelle Glüd Bd. XII, S. 414. Keller *Vitiscontestation* §. 17.) Der Ausdruck *ius civile calumniari* findet sich bloß in l. 19 D. ad exhib. 10. 4. Für das in fr. leg. *agere* ist er nicht in Gebrauch gewesen. Afsenus spricht zwar ganz allgemein die Worte: *non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire, allein wie der ganze Zusammenhang der Stelle und das beigefügte Beispiel beweist, ist hiebei keines-*

wegs an ein technisches in fr. leg. *agere* gedacht. Desgleichen gehört der Ausdruck der l. 12. Cod. de jur. et facti ign. 1. 18. „*constitutiones dissimulare*“ nicht hieher. Dagegen verdient ein anderer Ausdruck hier erwähnt zu werden, von dem Bechmann der Kauf I. S. 183 m. E. treffend folgendes bemerkt: „*Verwand mit dicis gratia* ist . . . . *δοκίμα χάρις* in l. 2 §. 1. D. qui pet. tut. 26. 6, doch wieder mit eigenthümlicher Nuance (in fr. legis).“ Die Stelle lautet in der lateinischen Uebersetzung, wobei *δοκίμα χάρις* mit *dicis causa* bezeichnet ist: *Mater enim arcetur a filii legitima hereditate, utpote indigna qua ex lege heres fiet, si negligat tutorem ei constitui et non solum si non petat, sed etiam si cum petat, dicis causa petat excusatione liberandum, deinde dimisso eo vel etiam rejecto alium rursus non petat, vel si dedita opera malos petat. Liberti autem propter has causas accusati apud praesidem graviter puniuntur, si appareat, eos aut negligentia sua aut etiam mala fraude non petivisse. Die Mutter erbittet also wissentlich einen Menschen zum Vormund, der durch Excusation sich befreien kann. Ihre Absicht wird zwar zumeist dahin gerichtet sein, den Pupillen zu schädigen, nichtsdestoweniger ist es richtig, daß sie, den Worten scheinbar genügend, wider die *sententia legis* handelt, daß also dies Vorgehen die Nuance „in fr. leg.“ an sich trägt.*

mich nach dem Grunde umsehe, warum so manche, mir beim Studium der Quellen aufgefallenen Stellen der Digesten fehlen, so vermag ich denselben nicht zu entdecken. Fehlen sie, weil Barthelmes streng an den Worten seiner Dreitheilung *facere in fr. legis, facere fraudem legi* und *fraudare legem* festhält? Sind deshalb die Ausdrücke in *fr. legis fidem accommodare* (l. 43 §. 3 D. de vulgari et pupillari substitutione 28. 6), in *fraudem legis suscipere* (l. 18 pr. D. de his, quae ut indignis auferuntur 34. 9), quae fraudis causa adscripta est (wobei an in *fr. legis* gedacht ist; l. 27 D. ad leg. Falcid. 35. 2), in *fraudem legis adjecisse* (l. 27 D. de probationibus 22. 3); *ad fraudem legis respicere* (l. 7 D. de condic. institut. 28. 7); in *fraudem legis relictum* (l. 37 §. 6 D [de leg. III.] 32); in *fraudem Senatus consulti excogitata* (l. 29 §. 1 D. ad SCt. Vellejan. 16. 1) nicht erwähnt, so ist ein solches Unterlassen zu bedauern, weil aus diesen Stellen sich ebensoviele für den Begriff des in *fr. leg. agere* gewinnen läßt, wie aus denjenigen, in welchen die von Barthelmes angeführten drei Ausdrücke sich vorfinden.

Es ist aber des weitern, wenn Barthelmes sich hievon hat leiten lassen, nicht einmal consequent von ihm durchgeführt. Einige Beispiele zur Probe mögen genügen: Barthelmes führt unter der Überschrift „*facere in fraudem legis*“ auch die l. 15 §. 1 de iudiciis 5. 1 an; der in derselben verwendete Ausdruck lautet aber „in *fraudem legis sententiam dixerit*“. Er führt weiters die l. 13 §. 26 D. 19. 1 an, welche von „in *fraudem constitutionum videri adiectum*“ spricht; ferner die l. 32 D. de manum. 40. 4, wo es heißt „in *fr. legis Aeliae Sentiae datae*“; die l. 10 D. 34. 9 (de his quae ut ind.), in welcher von „In *fraudem juris fidem accommodat*“ die Rede ist.

Wenn derartige Beispiele unter die Rubrik „*facere in fraudem legis*“ gestellt worden sind, dann kann wol der oben erwähnte formelle Grund nicht maßgebend gewesen sein. Während also derartige Fälle sich unter der erwähnten Rubrik finden, fehlt einer<sup>3)</sup>, der auch von jenem formalistischen Standpunkte aus nicht fehlen dürfte, nämlich l. 82 D. de acquir. vel omitt. hereditate 29. 2, wo es heißt „*nihil in fraudem legis factum esset*“.<sup>4)</sup> Ich werde im Nachstehenden nicht nur die hier angeführten, bei Barthelmes a. a. O. nicht hervorgehobenen Fälle zur Grundlage meiner eigenen Aufstellungen über den Begriff des in *fr. leg. agere* machen, sondern auch die in den übrigen Theilen des Corpus juris civilis und an andern Stellen römischer Überlieferung von mir gefundenen Stellen heranziehen, ohne daß ich deshalb mir verhehle, wie mangelhaft ein derartiger erster Versuch nothwendigerweise ausfallen muß und daß ohne die genügenden Vorarbeiten — die leider fehlen — die Zusammenfassung alles des eigentlich hierher Gehörigen die Arbeit vieler Jahre in Anspruch nähme.

Was nun speciell den Begriff der „*fraus*“ betrifft, so sind darüber, sowie über die Wandlungen, welche dieser Begriff erfahren, die Rechts-

3) Bei Voigt Bedeutungswechsel §. 120 findet sich dieser Fall übrigens bereits verzeichnet.

4) Dieselbe ist allerdings später, im

Anschlusse an Zherings Ausführungen (III. 1. §. 259) auch bei Barthelmes auf §. 33 citirt.

gelehrten keineswegs einig. In unseren Rechtsquellen findet sich der Ausdruck bald im Sinne von „Schaden“, „Nachtheil“, „Benachtheiligung“, bald als „Hinterlist“ oder „Betrug“, bald als „Gefährdung“. Mir wenigstens scheint in manchen Fällen letzterer Ausdruck weitaus besser zu passen, als die anderen genannten, obwohl ja auch in ihnen der Gesichtspunkt der „Gefährdung“ theilweise zum Ausdruck gebracht wird. Darüber, daß die ursprüngliche Bedeutung des Wortes „fraus“ „Schade“ sei, herrscht kein Streit.<sup>5)</sup> Dagegen ist bestritten, wann man begonnen habe das Wort auch im Sinne von Täuschung und Betrug zu gebrauchen. Voigt<sup>6)</sup> nimmt als Zeitpunkt die Kaiserzeit an, während Pernice<sup>7)</sup> sich in entschiedener Weise für die republikanische Zeit ausspricht. Mir scheinen die von Pernice vorgebrachten Argumente — „die Edicte über den *Concurſus*“ (fraudationis causa latitare) und über die Paulianische Klage — gewichtiger.

Was die Bedeutung des Wortes „fraus“ und deren Wandlungen betrifft, so will ich mich darauf beschränken, die Ansichten von Voigt und Pernice wiederzugeben, ohne mich für die eine oder andere derselben auszusprechen. Voigt lehrt<sup>8)</sup>: „Die älteste technische Bedeutung von fraus ist Nachtheil und zwar ebenso Nachtheil, welchen jemand erleidet, wie Benachtheiligung, welche jemand zufügt . . . . In der Kaiserzeit ward die mit fraus verbundene Bedeutung von Nachtheil überwuchert und verdeckt von den Bedeutungen Hinterlist wie Betrug. Zudem man daher mit fraus regelmäßig diese letzteren Begriffe verband, andererseits das Wort nicht nur in ältern Quellen in der Bedeutung von Nachtheil auftrat, sondern auch in der Kaiserzeit selbst daselbe noch in den angegebenen altüberlieferten und archaischen Redewendungen (sine fraude und fraudi esse alicui) gebrauchte, so hatte nun solcher Sachverhalt mehrfach ein Mißverständnis des Wortes fraus da zur Folge, wo daselbe jenen alten Begriff von Nachtheil vertrat; man legte dem Worte statt dieses letztern Begriffes die Bedeutung von Hinterlist oder Betrug unter. Solches Mißverständnis lag nun allerdings um sachlicher Momente willen ferner bezüglich der alttechnischen Ausdrucksweisen sine fraude esse und fraudi esse; wol aber tritt es in anderen Beziehungen häufig in den Quellen zu Tage.“ Des weiteren bringt nun Voigt auf S. 118 einige Beispiele, die dies documentiren, so z. B. ist die Auffassung der fraus als Betrug, Hintergehung falsch

5) Über die Etymologie dagegen herrscht Streit. Während im allgemeinen (siehe z. B. neuestens Schulz in Lehrb. der Geschichte des röm. Rechts. Stuttgart 1889 S. 131) im Anschlusse an Corssen über Aussprache Vocalismus und Betonung der lateinischen Sprache I. Bd. S. 150, fraus mit dem griechischen *δραυειν* in Zusammenhang gebracht wird, leugnet Voigt Bedeutungswechsel S. 111 die Stammverwandtschaft dieser beiden Worte auf das Entschiedenste. — Auf diesen Streit näher einzugehen, kann ich hier wol füglich unterlassen.

6) a. a. O. S. 117.

7) Marcus Antistius Labeo. Das röm. Privatrecht im ersten Jahrh. der Kaiserzeit II. Bd. S. 104.

8) Bedeutungswechsel S. 110 ff. Über die Bedeutung von fraus siehe auch Voigt Jus naturale etc. III. Bd. S. 484 Note 818, S. 739 N. 1203 u. S. 795 N. 1285 und ebendenselben in seinem Werke: Die XII Tafeln I. Bd. S. 467 (S. 48). Über das Verhältnis des Begriffes „fraus“ zu „lux“, Voigt Bedeutungswechsel S. 90, 91.

3. *Qui*, In fraudem legis agere.

5

beim *manumittere* in fr. *creditorum vel patroni* der *lex Aelia Sentia*. Ferner substituirt in Bezug auf das Verbot des in fr. *facere legi* der l. *Julia et Pap. Pop.* die spätere Jurisprudenz den Ausdruck in *fraudem fisci facere* und fasste so nun *fraus* wiederum als Betrug, Hintergehung.

„Endlich behielt die nachaugustäische Zeit auch die altclassische Redewendung bei: in fr. *legis facere* in der Bedeutung Nachtheil.

Neben der Bedeutung von Nachtheil übernahm *fraus* auch die Vertretung der Begriffe von Hinterlist, wie Betrug, Hintergehung. Von jenen . . . ist die von Hinterlist am Früheren und zwar vom Ausgange der Republik an mit dem Worte *fraus* verbunden worden, . . . (und zwar) Hinterlist, welche jemand verübt, . . . als auch hinterlistige Täuschung, welcher jemand unterliegt.“

Dann erbringt Voigt eine Aufzählung von Wortverbindungen, in denen *fraus* = Hinterlist gebraucht ist, ferner eine Aufzählung solcher, wo *fraus* = Betrug genommen wird. Auf S. 124 eine Zusammenstellung der Stellen, wo *fraus* in der Bedeutung von erlittener wie verübter Betrug auftritt. Dafs Voigt im Früheren auch eine Menge von Belegstellen aus den verschiedensten juridischen und nichtjuridischen Schriftstellern anführt, in denen *fraus* in der Bedeutung „Nachtheil zc.“ verwendet wird, brauche ich wol nicht hervorzuheben. — Auf S. 157 constatirt Voigt am Schlusse seiner gesammten Ausführungen die Erscheinung, „dafs ein von Alters überlieferter technischer Ausdruck die altvertretene Bedeutung aufgebend selbst zugleich wieder die Vertretung eines andern technischen Begriffes übernimmt, der von Alters her mit einem ganz andern Worte verbunden war“, indem *fraus* „in der nachaugustäischen Zeit die Vertretung des Begriffes von Nachtheil aufgibt und dagegen von Hinterlist übernimmt.“

Bernice<sup>9)</sup> lehrt: „Bekanntlich hat der Ausdruck *fraus* in den Rechtsquellen der Republik, namentlich in der Wendung *se fraude sua* die technische Bedeutung: Schade. Indessen schon in republikanischer Zeit ist das Wort nebst den davon abgeleiteten *fraudare*, *fraudatio* im Sinne von Täuschung und Betrug im Gebrauche.“

Über die Frage nach dem Verhältnis zwischen *dolus* und *fraus* muß gesagt werden, dafs die beiden Begriffe meistens einfach neben einander gestellt werden; und dafs insbesondere mit Bezug auf l. 7 §. 10 D. de pact. 2. 14 (*inest enim dolo et fraus*) hervorgehoben wird, dafs *dolus* der weitere Begriff sei.<sup>10)</sup> Bezüglich der weitwendigen Ausführungen

9) a. a. O. S. 104. 105.

10) Soerklär. z. B. Savigny System III. S. 118: „Die bestimmtesten und einflussreichsten Anwendungen des Begriffes (*dolus*) sind diese: 1. Absichtliches Zuwiderhandeln eines Schuldners gegen den Inhalt seiner Verpflichtung; dieses ist der *dolus* in Obligationen, wo er als Gegensatz von *culpa* und *casus* erscheint. 2. Absichtliche Erzeugung eines Irrthums, wodurch der Irrende zu einer

Willensklärung bestimmt wird; von dieser Anwendung allein ist hier die Rede. In dieser Anwendung also heifst *dolus* Verfälschung der Wahrheit und so ist der Ausdruck gleichbedeutend mit *fraus* (l. 1. §. 2 D. 4. 2. 1. 7 §. 9. 10 D. 2. 14. 1. 43 §. 2. D. 18. 1).“ — Siehe auch Mühlensbruch Pandekten I. Bd. §. 94. R. 9; Koch Lehrbuch des preussischen gemeinen Privatrechts II. S. 545; Günther in

über den Begriff des *dolus* bei Voigt verweise ich auf sein obcitirtes Werk. Ein näheres Eingehen auf diese, uns hier doch eigentlich nicht berührende Frage, könnte nur Aufgabe einer selbstständigen Monographie über *dolus* und *fraus* sein. Schließlich gipfeln seine Ausführungen darin, daß *dolus* als rechtswidriger Vorsatz insbesondere sogen. Urgliß charakterisirt wird, während eine scharfe Grenze gegenüber der *fraus* als „Hinterlist“ nicht gezogen wird.

Bernice<sup>11)</sup> spricht sich über das Verhältnis von *dolus* und *fraus* folgendermaßen aus: . . . „kann nicht wol zweifelhaft sein, daß das Wort einen ähnlichen Sinn, wie *dolus* hat, daß derselbe aber nach einer bestimmten Richtung modificirt war. Häufig genug erscheint nun *fraus* — freilich vor allem bei nichtjuridischen Schriftstellern — in Verbindung mit der *fides* oder doch in Beziehung auf sie.<sup>12)</sup> Die Vermuthung liegt nahe, daß das Wort neben der durch Wahrheitsentstellung (*dolus*) die durch Vertrauensmißbrauch und Wortbruch herbeigeführte Schädigung bezeichnen sollte. Der eigentlich hiefür technische Ausdruck ‚*perfidia*‘ hat in der Rechtssprache keine Aufnahme gefunden. Dazu würde die Verwendung bei *Pauliana* und *Concurs* stimmen; in beiden Fällen täuscht der Schuldner das auf seine persönliche Ehrenhaftigkeit gesetzte Vertrauen.“ Wie gesagt, die Begründung oder Widerlegung dieser Ansicht würde m. E. nach der reichen Fülle von Beispielen selbst in unsern Rechtsquellen Gegenstand einer eigenen Monographie sein müssen. Ich gestehe unumwunden, daß ich von allen mir bekannt gewordenen Darstellungen über das Verhältnis von *dolus* und *fraus* nicht völlig befriedigt worden bin.

Zimmerhin lehrreich und auch die ältere Literatur streifend ist die Darstellung bei Glüc-Mühlenbruch XXXVI. Bd. S. 80, Anm. 72, wo Mühlenbruch, von einer Stelle der Vaticanischen Fragmente ausgehend, nachstehende Äußerungen über unser Thema macht: „Es ist wahr, *fraus* wird dem *dolus* bisweilen entgegengesetzt (z. B. l. 7 §. 10 D. de pact. 2. 14. l. 3 §. 3 D. pro socio 17. 2, so auch in der bekannten Sigle D. M. F. V. C. i. e. dolo malo fraudisve causa). *Dolus* soll nach der Meinung mancher Juristen alsdann auf einen durch Absicht und Hinterlist herbeigeführten, *fraus* auf einen in der Sache selbst liegenden Nachtheil bezogen werden. *Fraus ex re ipsa venit, ex conventione inconsulto facta* heißt es bei Cujaz ad l. 3 §. 3 D. pro socio (in comment. ad Lib. XXXII. Pauli ad edict. Ed. Par. I. II. opp. post. p. 508.<sup>13)</sup>“ Und auf ähnliche

Weiske's Rechtslexikon II. S. 73 ff. (auch im selb. Werke XII. Bd. S. 128 den Aufsatz von Julius Merkel, wo der Ausdruck *fraus* identisch mit *reatus* genommen wird). Müller Institutionen S. 268. Siehe insbes. auch Voigt Jus natur. etc. I. Bd. S. 601 § 15 u. 16; auch Thering das Schuldmoment im röm. Privatrecht. (Vermischte Schriften S. 179); Binding Die Normen und

ihre Ubertretung (1. Aufl.) II. Bd. S. 273.

11) a. a. D. S. 105.

12) Bernice führt aus juridischen Quellen keine Belegstellen für diese seine Ansicht an, obwohl sich beispielsweise l. 3 §. 3 D. 17. 2; l. 35 D. 19. 2, l. 6 §. 18 D. 27. 1, l. 22 D. 40. 4, l. 2 D. 42. 6 u. a. m. anführen ließen.

13) Ed. Neap. V. pag. 480 E.

Art äußert sich *Noodt de pact. et transact. Cap. 15: fraus sei vorhanden, wenn: „non adversarii consilium et mala fides fraudi causam praebet, sed rei eventus.* Vgl. auch denselben Schriftsteller in der Abhandlung *de forma emendandi doli mali Cap. 7; in opp. omn. T. I. S. 317*). Indessen trotz dieser gewichtigen Autoritäten kann ich doch hiemit nicht übereinstimmen. *Fraus* hat bisweilen, besonders bei nicht juristischen Klassikern eine metaphorische Bedeutung (z. B. *ea res fraudi mihi fuit u. a. m.*), sowie auch wir wol sagen: Der Erfolg betrog ihn in seinen Erwartungen zc. Hievon aber abgesehen, lassen sich aus den Stellen, die wir in den nichtjuristischen und juristischen Wörterbüchern zahlreich angeführt finden, folgende Hauptbedeutungen entwickeln:

a) *Fraus* ist gleichbedeutend mit *dolus*. Dieses Wort in seinem vollen Sinn für Betrug, List, böswillige Absicht genommen (vgl. *Brissonius de V. S. v. fraus §. 2, Forcellini totius latininitatis Lexicon ad V. pr.*). *Dolus* und *fraus* werden daher auch öfter als Synonyma zusammengestellt, als Gegensatz der *bona fides*.

b) *Dolus* wird zunächst auf die Absicht, *fraus* auf den dadurch erreichten Erfolg, auf eine wirkliche Bevortheilung bezogen (*Forcellini l. c.*); weshalb denn in der röm. Geschäftssprache beide so häufig miteinander verbunden werden (z. B. in der eben vorhin erwähnten Clausel *dolo malo fraudisve causa*).

c) Bisweilen scheinen freilich *dolus* und *fraus* so einander entgegengesetzt, als ob unter dem letzteren Worte bloß ein Vermögensverlust, wobei ein Anderer gewinnt, verstanden werde. So insonderheit in der *l. 7 §. 10 D. de pactis 2. 14.*<sup>14)</sup>

*Mühlenbruch* schließt seine Ausführungen mit den Worten: „*fraus* also, auch wenn kein eigentlicher *dolus* damit verbunden ist, setzt doch allemal ein absichtliches Handeln voraus, wodurch Jemanden entzogen wird, was ihm gebührt. Dies wird nicht nur in allen Anwendungen, die von dem Begriffe in unseren Rechtsquellen vorkommen, auf das deutlichste anerkannt (z. B. in dem Pandektentitel *quae in fr. credit. facta 42. 8*), sondern auch sogar in einer allgemeinen und sehr bestimmten Regel ausgesprochen: *fraudis interpretatio* (heißt es in *l. 79 D. de reg. jur.*) *semper in iure civili non ex eventu dumtaxat sed ex consilio quoque desideretur.*“ Daß mit so geringem Aufwand von Quellenmaterial — *Mühlenbruch* selbst spricht von „Stellen, die wir in den nichtjuristischen und juristischen Wörterbüchern zahlreich angeführt finden“ — die Frage nach dem Verhältniß zwischen *dolus* und *fraus* nicht entschieden

14) Dieselbe lautet: *Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor adjecit. Sed eleganter Labeo ait hoc aut iniquum esse aut supervacuum: iniquum, si quod semel remisit creditor debitori sua bona fide, iterum hoc conetur destruere; supervacuum, si deceptus hoc fecerit: inest enim dolo et fraus.* Siehe zu dieser Stelle

außer den Ausführungen von *Mühlenbruch* auch noch insbesondere *Fernice Labeo II. S. 106.* Aus der älteren Literatur insbes. *Gerhardus Noodt de pactis et transact. cap. XV* sowol die von *Mühlenbruch* citirte Stelle, die sich speciell eben mit unserer lex beschäftigt, als auch desselben *Diocletianus et Maximianus Cap. IV.*

werden kann, ist klar. Für uns aber genügt das Wenige, was wir aus der hier gestreiften Frage als unbestritten bezeichnen können, da wir ja nur der wichtigsten hier in der Literatur berührten Punkte Erwähnung thun wollten. — Was die uns interessirende Frage des in fr. leg. agere betrifft, so muß auch an dieser Stelle hervorgehoben werden, daß sich in manchen Fragmenten des Corpus juris der Ausdruck auch noch in der älteren Bedeutung als Nachtheil bez. Benachtheiligung vorfindet. (Siehe hierüber insbesondere Voigt Bedeutungswechsel.)

In diesem Zusammenhange möchte ich eine wichtige und nach der Seite des in fraudem legis agere gar nicht beachtete Stelle besprechen, nämlich die l. 15 §. 1 D. de jud. 5. 1 (Ulpianus libro XXI ad edictum). Dieselbe lautet: Iudex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis<sup>15)</sup> sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.<sup>16)</sup> Diese Stelle im Verein mit wenigen andern bietet die Grundlage für die römische Lehre von der civilrechtlichen Verantwortlichkeit der Richter. Während nun diese Stelle vielfach besprochen wurde in Schriften, die sich mit dieser Frage ex professo beschäftigen<sup>17)</sup>, während darüber gestritten wird, ob die Haftung der Richter bloß auf dolus beschränkt sei oder nicht, was in der Gajanischen Stelle l. 6 Dig. de variis et extraord. cog. 50. 13 die Worte „per imprudentiam“ bedeute u., wird begreiflicherweise über den Ausdruck in fraudem legis sententiam dixerit weiters kein Wort verloren. Alle sind darüber von vornherein einig, daß an eine durch den Richter vorgenommene bewußte Gesetzesverletzung in der l. 15 §. 1 gedacht ist. Damit sind sie auch m. E. völlig im Rechte und ein weiteres Schließen aus dem Ausdruck in fr. legis sententiam dixerit ist für die Lehre von der sogenannten Syndicatsklage<sup>18)</sup> völlig irrelevant. Für uns aber ist es nothwendig hervorzuheben, daß hier von Ulpian der Ausdruck in fraudem legis in einem viel weitern Sinne gebraucht wird, als von dem nämlichen Ulpian in l. 30 D. de legibus 1. 3. libr. IV ad edictum. Es umfaßt hier in der l. 15 cit. der

15) Zu dieser Zusammenstellung cf. l. 32 §. 1. D. de lege Cornelia de falsis 48. 10. Ferner eine bei Bruns fontes III. Edit pag. 190 abgedruckte Stelle: in qua societate si quis dolo malo fraudem fecisse deprehensus fuerit u. a. m.

16) Es ist dies also der Fall, auf welchen Thering's schöne Worte sich anwenden lassen (Kampf ums Recht 1. Aufl. S. 68. 69.) „Kein Unrecht, das der Mensch zu erdulden hat und wiege es noch so schwer, reicht von weitem an das heran, welches die von Gott gesetzte Obrigkeit verübt, indem sie selber das Recht bricht.“ Siehe auch Leonhard Der Irrthum als Richtighkeitsgrund im Entwurf eines

bürgerl. Gezetzb. f. d. Deutsche Reich. S. 89.

17) So in neuerer Zeit Paul Usteri Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des Richters gegenüber den Parteien (Iudex qui litem suam facit.) Inauguraldissertation Zürich 1877; Karl Pfaffner Über die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter (Syndicatsklage) Tübingen Jurist. Inaugur.-Diss. Freiburg i. B. 1885; Adolf Kewitz Die Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen Berlin 1891. Die ältere Literatur findet sich bei jedem der Genannten verzeichnet.

18) Über diese Bezeichnung siehe Pfaffner S. 38.

Ausdruck sowohl das *contra legem agere* als das *in fr. legis agere*; es ist also das Wort *fraus* bei *in fraudem legis* in seiner ältesten Bedeutung als Nachtheil, Benachtheiligung<sup>19)</sup>, die dem Gesetze zugefügt wird, aufgefaßt; ein zu Ulpian's Zeiten längst veralteter Sprachgebrauch. — Dafs sich dies daraus erklärt, dafs wir es hier entweder mit den althergebrachten Gesetzesworten zu thun haben, die eben auch Ulpian in seine Stelle genau aufnimmt, oder auch mit dem Citat aus einem älteren Schriftsteller, scheint mir sehr wahrscheinlich.

W. G. gelangt man damit zu einem befriedigenderen Resultate, als wenn man etwa annehmen wollte, das *in fraudem legis* sei in dieser Stelle in seiner neueren technischen Bedeutung aufzufassen, und es sei nur des directen *contra legem agere* nicht speciell gedacht, weil es sich von selbst verstehe, dafs, wenn der Fall des *in fr. legis sententiam dicere* den Richter verantwortlich macht, sich dies auch auf ein directes Zuwiderhandeln beziehe. — Dafs von *dolo malo* in *fr. legis* die Rede ist, zeugt nur für das Alter dieses technischen Ausdruckes. Derartige Wiederholungen — das sind sie von unserem heutigen Standpunkte und dem der spätern röm. Rechtswissenschaft — waren etwas sehr häufiges. Ich verweise diesfalls bloß auf das *sciens dolo malo* in älteren Rechtsquellen. Für das hohe Alter spricht ferner der Rechtsatz selbst, das „Anheften“ des Processes, — eine Erscheinung, wie sie sich im gesammten klassischen Recht nicht mehr findet, auf die wir erst in neuester Zeit im Handelsrecht wieder zurückgekommen sind.

Ist aber der vorbezeichnete Standpunkt der wahren Entwicklung des Begriffes gerecht, dann können wir aus unserer Stelle nur die eine Belehrung ziehen, dafs auch das *in fr. leg. agere* nicht ein zu allen Zeiten feststehender gleichbleibender Begriff gewesen; sondern wir sehen, dafs sich aus dem weiten Begriff *in fraudem legis*, den wir uns gleich denken können dem, was spätere Zeit ein *offendere legem* nennt (z. B. l. 5 Cod. l. 14) langsam die beiden möglichen Arten der Gesetzesverletzung, die offene und die heimliche losgelöst hat.

Für die Zeit aber, wo wir ein *contra legem agere* und ein *in fr. leg. agere* nebeneinanderstehend haben, kann uns die l. 15 cit. nach der begrifflichen Seite keinerlei Aufschluß geben.

### §. 9. Fortsetzung: Bedeutung des Wortes Umgehung.

Es ist eine allbekannte Thatsache, für die weitere Belege zu erbringen füglich unterlassen werden kann, dafs unzählige Streitfragen auf allen Gebieten menschlichen Wissens dadurch entstanden sind und sich durch Jahrhunderte erhalten haben, dafs die Streitenden sich über die Terminologie nicht geeint haben. Hätten sie sich diese sichere Basis für den Kampf geschaffen oder hätte wenigstens ein jeder (wie dies, um nur Einen zu nennen, Spinoza in seiner Ethik gethan) an die Spitze der einzelnen Ausführungen kurze Definitionen der Grundbegriffe gestellt, aus denen Schlüsse

19) Siehe hierüber Voigt: Bedeutungswechsel S. 111 und 112.

gezogen werden, es wäre manches Mißverständnis, mancher Kampf gegen Windmühlen erspart worden und manches Buch wäre zum Heile der Mit- und Nachwelt ungeschrieben geblieben.

Diese Bemerkung gilt auch von der Verwendung des Wortes „Umgehung“. Selbst der Einzige, der bisher unser Thema ex professo untersucht hat, Barthelmes, gebraucht den Ausdruck „Umgehung“ in doppeltem Sinne, einmal — um es kurz zu bezeichnen — als dolose Umgehung und zum andern als nicht dolose, d. h. erlaubte Gesetzesumgehung<sup>1)</sup>.

Bei einem derartigen an und für sich schon zu Mißverständnis und Unklarheit die Handhabe bietenden Sprachgebrauch, der häufig in nicht aufzuhellender Unklarheit läßt, ob der betreffende Schriftsteller in dem von ihm citirten Beispiele ein in fr. legis agere findet, oder ob eine sogenannte erlaubte Gesetzesumgehung vorliegt, läuft man aber mehrfach Gefahr. Es werden nämlich natürlicherweise die verschiedensten Dinge, soferne sie sich nur nicht auf dem breiten geraden Pfad der Alltäglichkeit bewegen, in den einen Topf „Umgehung“ geworfen. Haben ja doch bekanntlich Männer wie Thomajus und Heineccius gar viele der Errungenschaften fortschreitender Rechtsentwicklung durch die Prätores kurzweg als Gesetzesumgehungen bezeichnet!

Steht doch auch Beiller (Commentar über das allg. bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österr. Monarchie) auf einem gänzlich falschen Standpunkt, wenn er zu §. 916 (III. Bd. 1. Abth. S. 110 ff.) bemerkt: „Das röm. Recht hat einen eigenen Titel *plus valere quod agitur Cod. IV. 22.* Merkwürdig aber ist dabei, daß es selbst Mittel vorschlägt, die Gesetze durch Scheinhandlungen zu umgehen, so z. B. l. 66 D. de jure dotium.“

Und auch heute noch spricht z. B. Jhering im II. Bd. f. Geist. S. 495 davon, „daß unter den Scheingeschäften des ältern Rechts nicht wenige sich befanden, die geradezu eine Umgehung gesetzlicher Bestimmungen enthielten, so wie daß die Gesetzgebung selbst in Fällen, wo sie sich scheute, ein früheres Gesetz direct und ausdrücklich aufzuheben, sich des Mittels einer Umgehung desselben bediente“, und ihm folgend Barthelmes auf S. 28 seines citirten Werkes von einer Gesetzesumgehung durch die Gesetzgebung, indem er sagt: „Ein interessantes Beispiel, daß sogar die Gesetzgebung eine Umgehung dem offenen Widerspruch gegen die XII Tafeln vorzog, gibt die *lex Furia testamentaria*; sie hob den Satz „*uti legassit, ita jus esto*“ bezüglich der Legate nicht auf, sondern umging ihn dadurch, daß sie die Annahme eines über den von ihr gesetzten Betrag hinausgehenden Legates mit der Strafe des Vierfachen belegte“. Dies ist auch das von Jhering a. a. O. Anm. 646 citirte Beispiel. Daß hiebei von ihm an eine „erlaubte Gesetzesumgehung“ gedacht ist, zeigt der nachfolgende Satz: „solche Umwege, wie sie Jurisprudenz und Gesetzgebung hier einschlugen, um erlaubte Zwecke zu erreichen, wurden dann auch betreten, um unerlaubten

1) Auch Max Neumann Geschichte des Buch-rechts in Deutschland, Halle 1865 spricht von „ungesetzlichen Umgehungen

des canon. Zinsverbotes“; also gibt es wol auch gesetzliche Umgehungen!

Zielen nachzugehen“. Für ein erlaubtes und für ein unerlaubtes Handeln jedoch den gleichen Ausdruck zu gebrauchen, scheint mir zum mindesten leicht irreführend. Was die Frage anbelangt, ob die Gesetzgebung überhaupt sich einer Gesetzesumgehung schuldig machen könne, so stehe ich nicht an, dieselbe rundweg zu verneinen. Die Gesetzgebung kann nun und nimmermehr in fraudem legis handeln, denn zum Begriff des in fraudem legis agere gehört das Unterworfensein unter das Gesetz. Wenn also die Gesetzgebung etwas thut, was das bestehende Recht nicht direct, sondern indirect ändert, so hat sie eben das bestehende Recht aufgehoben und ein neues an seine Stelle gesetzt. — Dagegen kann natürlich die dem Gesetz unterworfenen Verwaltung in fr. legis handeln. Die in früheren Zeiten in vielen Staaten übliche sogenannte Cabinetsjustiz ist m. E. nicht Gesetzgebung, sondern Verwaltung gewesen und es widerspricht daher der oben aufgestellten Behauptung keineswegs, daß auf diesem Wege viel in fraudem legis gesündigt wurde.

Was den von Kohler in seinem Aufsatz: Studien über Mentalreservation und Simulation, im XVI. Bde. der Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. und deutschen Privatrechts, erwähnten Fall betrifft, der sich auf dem Gebiete des internationalen Rechtes abspielt, so verweise ich des Näheren auf seine diesbezüglichen Ausführungen auf S. 156. 157. Für uns hier ist bloß das Eine wesentlich: Die französische Gesetzgebung versuchte durch eine ungewöhnlich lange Protestfrist factisch ein Moratorium zu schaffen. Soweit sich dies nun auf die französischen Gläubiger bezog, hat die Gesetzgebung dadurch ein, wenn auch nur vorübergehendes Gesetz geschaffen. Das Ausland vermag jedoch die französische Gesetzgebung nicht zu binden und insofern kann sie auch dem Ausland gegenüber nicht als Gesetzgebung in Betracht kommen.

Soviel über die sogenannten Gesetzesumgehungen durch die Gesetzgebung. Einen sehr interessanten Fall der da zeigt, wie die Justizverwaltung der Römer das Gesetz bloß wörtlich befolgte, erzählt uns Suetonius in Tiber. Cap. 61. (Vergl. hiezu auch Tacitus Annalen V Cap. 9, Dio Cassius 58. 11, auch Michael Montaigne V. pag. 22, 23; Montesquieu, L'Esprit de loi I. Cap. XIV. Siehe auch Duarenus in I. part. Pandect. enarratio, in tit. de legib. etc. Cap. IX. lex lata erat ne virgo laqueo strangularetur. Tiberius jussit virginem, quam volebat strangulari, prius vititari, deinde strangulari.) Suetonius erwähnt bloß ... immaturae puellae, quia more tradito nefas esset virgines strangulari, viciatae prius a carnifice, dein strangulatae. Aus Tacitus Bericht: . . . . puella adeo nescia . . . . tradunt temporis ejus auctores, quia triumvirali supplicio adfici virginem inauditum habebatur a carnifice laqueum iuxta compressam; exim obliis faucibus id aetatis corpora in Gemonias abiecta, geht aus dem Zusammenhang hervor, daß es sich um die Tochter des Sejanus handelte bei jener „schauerlichsten Grueselthat, wozu jemals religiöser Wahn und empörende Rechtsjohismen geleitet haben“. (Worte Karl Hoedts in seiner Röm. Geschichte v. Verfall der Republik bis zur Vollendung der Monarchie unter Konstantin. I. Bd. 3. Abthl. S. 160.)

Viel häufiger als eine zu derartig verfehltem Ausdruck verleitende Änderung des bestehenden Rechtes war jedoch die durch gewohnheitsmäßige Geltung hervorgerufene Abweichung vom bestehenden Rechte. Hier müssen wir m. E. sagen: Ist das durch Gewohnheit geschaffene neue Institut praeter legem, d. h. betrifft es einen Fall, den die veränderten Verhältnisse hervorgerufen und der sich nicht durch extensive Interpretation oder analoge Anwendung des bestehenden Rechtsatzes erledigen läßt, so kann selbstverständlich von einem fraudulösen Vorgehen keine Rede sein. Wenn aber in Folge der veränderten wirtschaftlichen Lebensverhältnisse ein bestehender Rechtsatz sich selbst überlebt hat und nun der Verkehr trachtet, den auf den bisher bekannten Wegen erreichbaren verbotenen Effect auf einem neuen Wege zu erstreben, dann ist es rein eine Frage der im Volke sich bildenden Rechtsüberzeugung, ob der formell bestehende Rechtsatz wahrhaft in desuetudinem gekommen ist. Derjenige, der zuerst auf einem bisher unbetretenen Wege den verbotenen Erfolg zu erstreben trachtet, mag vielleicht seiner Absicht gemäß in fraudem legis gehandelt haben; es ist dies eine Frage, die bloß nach dem Erfolge seines Vorgehens zu beurtheilen ist. Hat der Verkehr gezeigt, daß eine Befolgung der bestehenden Vorschrift unter den derzeitigen Verhältnissen ein Ding der Unmöglichkeit ist — ich denke z. B. an die in Oesterreich übliche Einlegung der Processacten statt des Dictirens der Satzschriften zu Protokoll<sup>2)</sup> — hat sich mithin die opinio necessitatis eines andern Handelns bereits insoweit gebildet, daß gegen die Neuerung in keiner Weise reagirt wird, dann haben wir es mit einem Gewohnheitsrecht zu thun, das ebensowenig in fraudem legis sein kann wie ein durch die Gesetzgebung neu geschaffener Rechtsatz, weil ihm der zum in fraudem legis agere unerläßliche dolus fehlt<sup>3)</sup>. Denn derjenige, der in fr. legis agit, will einen in Geltung

2) Siehe hierüber (Wiener) Jurist. Blätter vom 17. Mai 1891 XX. Jahrgang Nr. 20. Aus den Erinnerungen eines Alt-Wiener Advocaten. „Als im Wechselproceß das summarische Verfahren zur Anwendung kam, berief der damalige Präsident Baron Raule die bedeutendsten Advocaten zu sich und ersuchte, das Mittheilen der schriftlichen Protokolle aufzugeben und das mündliche Verfahren zur Wahrheit zu machen. Wir begannen somit, vom redlichsten Willen beseelt, unsere mündlichen Reden am Kathstische in die Feder zu dictiren; da jedoch am selben Tische drei bis vier Advocaten zugleich dictirten, kamen heillose Verwirrungen heraus; die Protokolle waren stets unleserlich, häufig ganz sinnlos, und derselbe Präsident hat uns nach kurzer Zeit sub rosa bedeutet, es wäre ihm lieber, wenn wir wie früher unsere sauber copirten Protokolle zum

Einlegen mitbringen möchten. So soll es denn auch bis zum heutigen Tag geblieben sein und das mündliche Verfahren sogar eine schriftliche Verbesserung durch die damals noch nicht bekannten Reden „Endlich“, „Bestlich“ u. so fort in infinitum erfahren haben. Aus eigener Erfahrung kann ich darüber allerdings nichts sagen.“

3) Hier können Windscheids Worte im I. Bd. der Pandekten §. 16. Anm. 3 citirt werden: „es wird der naturgemäße Proceß sein, daß die späteren Generationen den Satz nicht mehr aus dem . . . . Grunde üben, aus welchem seine Übung ursprünglich begonnen hat, sondern, daß dieser Grund in Vergessenheit geräth und sie den Satz üben als hergebrachten und bewegen weil er hergebracht ist, sie überzeugt sind, daß sein Inhalt Recht sei.“

stehenden Rechtsatz in seiner Wirksamkeit vernichten. Ein derartiges neues Gewohnheitsrecht will dagegen an Stelle einer „paragraphenhaften Schattengestalt“<sup>4)</sup>, eines bereits aus der Rechtsüberzeugung geschwundenen, bloß auf dem Papiere stehenden Rechtsfaktes, einen neuen setzen; das ist, mit Beziehung auf unser Thema das so vielfach hervorgehobene Erforderniß der *opinio necessitatis* beim Gewohnheitsrecht. Daß im alten Rom diese Art des Entstehens neuer Rechtsätze eine häufige gewesen, braucht nicht besonders bewiesen zu werden. Ich verweise z. B. auf die Entstehung der Fideicommissie. Und gerade die Fideicommissie bieten uns eine Probe, daß von der im Vorstehenden verworfenen, weil der Sache widersprechenden Terminologie in der Literatur factisch Gebrauch gemacht wird, indem man davon spricht, daß durch gewohnheitsrechtliche Bildungen das bestehende Gesetz umgangen werde. So sagt Zimmern<sup>5)</sup>: „Die Strafen waren für den *coelebs*, daß er testamentarische Erbschaften oder Legate gar nicht und nach der *lex Papia* für den *orbis*, daß er sie nur zur Hälfte erhalten konnte; und an die Stelle treten diejenigen Väter, welche im Testamente als Erben, dann diejenigen Väter, welche als Legatäre berufen sind und erst am Ende das *Aerarium*. Auf die *bon. poss. sec. tabul.* scheint man dies auch bezogen zu haben (l. 138 D. de V. S.), aber nicht auf Fideicommissie<sup>6)</sup>, bis es ein *Sct. Pegasianum* auch hier verordnete, so daß das Gesetz nicht mehr umgangen werden konnte.“ Rein Das Privatrecht und der Civilproceß der Römer. Leipzig 1858 sagt S. 812: „Die Fideicommissie waren eine Schöpfung des freien Rechtsprincips, erfunden um das starre Civilrecht zu umgehen.“

Diese Beispiele dienen gleichzeitig zum Beleg dafür, daß bei dem schwankenden doppelsinnigen Gebrauch des Ausdruckes Umgehung man nicht mit Gewißheit sagen kann, ob der Autor an ein *in fr. leg. agere* oder bloß an das *Factum* der Umgehung denkt.

Derartige Beispiele lassen sich leicht vermehren. So findet sich bei Dargun<sup>7)</sup> auf S. 69 der Satz: „zuerst überträgt der Vater bei Lebzeiten Theile des Vermögens auf den Sohn, um das nähere Erbrecht der Spillmagen zu umgehen. Das Übertragen des väterlichen Vermögens auf den Sohn wird zur Gewohnheit und diese Gewohnheit führt zum Erbrecht des Sohnes.“

Hartmann im V. Bd. der Zeitschrift für Rechtsgeschichte S. 251 drückt sich anlässlich der Frage nach dem Fortbestand der *l. Voconia* zur Zeit der *l. Julia et Papia Poppaea* aus wie folgt: „Misstrauisch gegen die entgegengesetzte Lehre muß schon das machen, daß Gajus II. 274 ganz unzweideutig von dem Fortbestande der *l. Voconia* spricht. Diese Äußerung

4) Köhler Pfandrechl. Forschungen Jena 1882 S. 164.

5) Geschichte des röm. Privatrechts Theil II. S. 630. §. 172 „Von Bestrafung der *Coelibes et orbis*“.

6) Bestimmt äußert sich Gajus m.

E. nicht, denn er spricht bloß von *videbantur capere posse* (II. 286 u. 286 a.)

7) Mutterrecht und Raubehe und ihre Reste im german. Recht u. Leben im XVI. Bd. der Untersuchungen zur deutschen Staats- u. Rechtsgeschichte, hgg. von Gierke, Breslau 1883.

ließe sich noch ganz wol erklären, wenn auch, wie es nach Gellius scheint, die lex zur Zeit factisch nicht zur Anwendung kam, sei es in Ermanglung des solennen Censur, sei es wegen steter Umgehung durch Univerfal-fideicommissa.“

Hier will ich nur hervorheben, daß man, da in dem von Barthelmes erwähnten Beispiele keine Gesetzesumgehung zu finden ist — auch Barthelmes spricht ja von einer zu erlaubtem Zweck geschehenen Umgehung — wol passender in diesem und derartigen Fällen den Iheringschen Ausdruck der „Umwege“ gebrauchen würde, sofern man überhaupt — was mir nicht nöthig zu sein scheint — derlei Erscheinungen, wo die Gesetzgebung indirect ihr Ziel zu erreichen strebt, mit einem besonderen Namen belegen will.

Abgesehen aber von diesem Falle, daß man bei heutigem Sprachgebrauch der Gesetzgebung selbst Gesetzesumgehung zumuthet, scheidet man auch all' die Fälle nicht von einander, bei denen bald mit Absicht, bald ohne eine solche vorgegangen wird. Und innerhalb der ersteren pflegt man die Fälle der Gesetzesumgehung und die der Gesetzesvereitelung<sup>8)</sup> ohne Unterschied mit dem einen Ausdruck „Gesetzesumgehung“ zu bezeichnen. So wirft z. B. Holzschuher<sup>9)</sup> im I. Bd. §. 4 S. 50 f. die Frage auf: „Kommt in Ansehung der Mlagbarkeit eines von Zuländern auswärts geschlossenen Geschäftes allemal nur das auswärtige Recht in Anwendung, und wenn die Frage entsteht, ob dasselbe im Ausland in fraudem legis gepflogen würde, ist neben dem Factum der Umgehung einheimischer Gesetze auch zu beweisen, daß der Handelnde wirklich die Absicht hatte, diese zu umgehen?“ Er spricht also von dem Factum einer Umgehung ohne die Absicht zu umgehen; es ist dies demnach eine Probe davon, daß in der Literatur von Umgehung ohne dolus gesprochen wird.

Aber auch abgesehen hievon wird mit dem Ausdrucke „Umgehung“, wie ich schon eingangs erwähnte, oft herumgeworfen, ohne daß man sich etwas Bestimmtes dabei zu denken scheint; von einer Verwendung als terminus technicus ist keine Rede. Wir sind diesbezüglich noch heute auf dem Standpunkt der älteren römischen Quellen, die ja auch bei dem in fr. leg. agere die fraus in der ältesten Bedeutung als Nachtheil, Benachtheiligung, die dem Gesetze zugefügt wird, auffassten, auf welche Weise immer dies geschehen sein mochte. Vgl. von nichtjuristischen Schriftstellern z. B. Livius lib. X, cap. 13. Er spricht von dem Falle des Q. Fabius Maximus, der sich geweigert das Consulat anzunehmen, da die lex gilt, qua intra decem annos eundem consulem fieri non liceret. Die Stelle lautet: Vix prae strepitu audita lex est: tribunique plebis nihil ad impedimenti futurum aiebant: se ad populum laturus, uti legibus solveretur. Et ille quidem in recusando perstabat, quid ergo attineret leges ferri, rogitans, quibus per eosdem, qui talissent fraus fieret. Jam regi leges non regere. —

8) Besterer Ausdruck von Huschke in Vinde's Zeitschrift XIV. S. 334 fg. über die conditio iuri-jurandi.

9) Theorie und Casuistik des gemeinen

Civilrechts. Ein Handbuch für Praktiker verfaßt von Rudolf Freih. v. Holzschuher, 3. Aufl. hgg. von Kunze, Leipzig 1863.

Die juristischen Schriftsteller dagegen haben einen geschlossenen Begriff des *in fr. legis agere*, insofern wenigstens geschlossen, als darunter erlaubte Fälle der Gesetzesumgehung nicht inbegriffen sind. Wenn in vereinzelter Stellen, so *l. 15 §. 1 D. 15. 1* der Ausdruck auch von Ulpian in seiner älteren Bedeutung gebraucht wird, so zeigt sich deshalb doch nicht ein so wirres Bild, wie heutzutage bei uns der Ausdruck „Umgehung“ bietet.

So z. B. lesen wir bei Girtanner die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht, Jena 1850, S. 364: „Man streitet noch heutigen Tages, ob es auch zulässig sei, daß die Frau gleich bei Eingehung der Bürgschaft auf ihr *beneficium* verzichte. Daß dies unwirksam sein müsse, begründet man, indem man sagt, es liege ja in einem solchen Verzicht eine Umgehung des *SC.*; die Frau werde sich durch das Vertrauen auf rechtzeitige Zahlung des Hauptschuldners eben so leicht zum Verzicht, als zur Bürgschaft selbst verleiten lassen“ und Girtanner selbst spricht sich im obcitirten Werke S. 159 aus wie folgt: „Wenn man beweist, daß durch Zulässigkeit des Verzichtes der Zweck des *SC. Vellejanum* vereitelt, daß es dadurch an seiner vollständigen Wirksamkeit gehindert werde, so beweist man gegenüber jenen Quellaussprüchen nur, daß das *SC.* in consequenter Durchführung auf die Länge dem praktischen Bedürfnisse nicht mehr vollkommen entsprach. Man ließ es zwar in Geltung, aber man fand ein Mittel, es im einzelnen Falle zu umgehen.“

Oder Zimmern im obcit. Werke S. 632: „Schon das Verlöbniß befreite nach der *lex Julia* von den Strafen des *Cölibates*, was zur Umgehung des Gesetzes benützt wurde, so daß die *l. Papia* hinzufügte, es könne das Verlöbniß nur insofern jenen Vortheil gewähren, als es in den ersten zwei Jahren in eine Ehe verwandelt werde“ *zc.* Es ist uns an dieser Stelle glücklicherweise der Text des Gesetzes erhalten (Es überliefert ihn uns Gellius II. 15. Die hier in Frage kommenden Gesetzesworte sind die: „*qui maritorum numero erunt.*“<sup>10)</sup>, so daß wir mit Bestimmtheit sagen können, daß die Gesetzesworte die Handhabe zur sogenannten „Umgehung“ bildeten<sup>11)</sup>. Allein nach der Seite hin ist unser Material wieder nicht vollständig genug, um sagen zu können, ob die römischen Juristen in einer derartigen Verlobung — von der angenommen werden muß, daß sie bereits ohne Absicht der nachfolgenden Ehe geschlossen wurde — ein in *fr. legis agere* erblickt haben. Ich habe dieses Falles in diesem Zusammenhang nur deshalb Erwähnung gethan, weil auch er in deutlicher Weise zeigt, daß der Ausdruck „Umgehung“ nicht als ein streng technischer gebraucht wird, sondern — was mir hier relevant ist — identisch ist mit dem „Vereiteln“, mit der Constatirung der Thatfache, daß ein Gesetz nicht im Stande

10) Darüber, daß die Verlobten als *maritorum numero* gehalten wurden, siehe den Aufsatz von G. Hartmann über die Voraussetzungen und Grenzen der *Incapacität* nach der *lex Julia* und *Papia* im V. Bde der Zeitschrift für Rechtsgeschichte S. 222, 223, der auch

von einer durch jene Bestimmung „sehr gesteigerten Gefahr einer Umgehung des Gesetzes“ spricht.

11) Daß Zimmern wol nicht an das, was Barthelmes erlaubte Gesetzesumgehung nennt, denkt, zeigt m. E. der Nachsatz.

war, die Absicht des Gesetzgebers völlig zu realisiren; dies ist aber nicht ein „umgehen“, welches mit dem in fr. legis agere identisch ist und insofern ist es allerdings richtig, daß sich der Begriff der Umgehung mit dem in fr. legis agere nicht deckt; aber es sollte durch die hier probeweise angeführten Beispiele gezeigt werden, daß ein solcher Sprachgebrauch nur Verwirrung herbeiführen kann.

Was das letzterwähnte Beispiel betrifft, so gehört es zu jenen Fällen, die nicht auf den ersten Blick eine klare Beurtheilung gestatten. Erst eine genauere Analyse des Begriffes des in fr. legis agere kann zeigen, daß eben nicht alle Fälle, in denen das Gesetz nicht erreicht, was sein Autor gewollt, ein in fr. legis agere im technischen Sinne genannt werden können. So steht es aber im Falle der l. Julia, die ja schon dem Verlöbniß die Kraft beilegte, von den Strafen des Cölibates zu befreien. Von einer „Umgehung“ des Gesetzes durch Verlöbniß kann also wol nur in der allerdings gebräuchlichen, aber irreführenden, nicht unterscheidenden Anwendung des Wortes die Rede sein. Überhaupt hat das an und für sich treffliche Bild der „Umgehung“ — auch die römischen Rechtsquellen sprechen von „circumvenire“<sup>12)</sup>, das canonische Recht<sup>13)</sup> hat die Fassung: cum quid una via prohibetur alicui, ad id altera non debet admitti — in sprachlicher Hinsicht insofern Schaden gestiftet, als von diesem Ausgangspunkte aus die meisten älteren Schriftsteller sich mit diesem Bilde begnügten und alles von vornherein so klar fanden, daß sie nicht in eine weitere Untersuchung eingingen. Aber auch, wer es nicht bloß an dem Bilde genug sein ließ, wurde doch in seiner Sprache wenigstens allzusehr von dem Bilde geleitet: ein Beispiel aus neuester Zeit bietet Kohler in seinen pfandrechtlichen Forschungen S. 163 ff. Gegen die von ihm vorgetragene Ansicht soll an anderer Stelle, in beschränktem Maße, Widerspruch erhoben werden, indem m. E. das von ihm Behauptete doch nur für viele, aber nicht für alle Fälle gilt; an dieser Stelle will ich bloß das Übermaß an Bildlichkeit des Ausdruckes hervorheben, ohne deshalb zu verkennen, wie höchst schätzenswerte Gedanken gerade Kohler in unserer Materie ausgesprochen. Er sagt: „Von jeher ist es die Lösung derjenigen, welche einen Verbotsfuß auf verdeckten Wegen zu umgehen und zu überflügeln suchten, gewesen, das verbotene Geschäft in eine Reihe von unverbottenen Geschäften zu zerlegen, und durch Combination solcher den verpönten Effect zu erlangen. Während sich das Verbot gegen ein bestimmtes Geschäft als den Typus eines von dem Rechte verpönten wirtschaftlichen Erfolges richtet, sucht man durch eine geschickte Verbindung anderer an sich vollkommen gesetzmäßiger Geschäfte den gleichen Erfolg zu erreichen: Während der gerade Weg gesetzlich abgesperrt ist, trachtet man durch Combination von Seitenwegen zu dem Resultate zu gelangen, welches das Gesetz vermeiden will, indem es den ordentlichen Weg dazu verlegt: man sucht durch die gebrochene Linie das zu erzielen, was der geraden Linie gesetzlich versagt ist, man umgeht in einer tendenziösen Combination von Seitenbahnen die Hauptbahn, um an einer un-

12) l. 29 D. de leg. 1. 3.

13) c. 84. de R. J. in VI. 5. 13.

bewachten, ungeschützten Stelle auf das Terrain zu debouchiren, dessen Betretung zu vermeiden der Zweck der gesetzlichen Bestimmung ist.“ Und weiterhin: „Die verdeckten Geschäfte gleichen einer Truppenoperation, welche die festen Zugangspunkte vermeidet und dem erstrebten Ziel auf verborgenen Seitenwegen nahe zu kommen trachtet, während das simulirte Geschäft einer Bewegung gleicht, welche durch Scheinmanöver den Gegner zu zerstreuen und infolge dessen auf der ordentlichen Angriffsstraße unter geringerem Widerstand durchzubringen sucht. So lange nun das Verbot in der Fülle seiner Kraft steht, so lange es von dem Richter mit Kopf und Herz gewahrt wird, so lange wird es dem Unrechte nicht gelingen, auf solchen Schleichwegen das verpönte Ziel zu erreichen. Sobald aber die gesunde Kraft des Verbotes erstorben, und das Verbotsgesetz zur paragraphenhaften Schattengestalt zusammengeschrumpft ist, sind solche Schleichwege von jeher das wirksamste Mittel gewesen, um über das unerwünschte Bild dieses Gespenstes noch den letzten Schleier zu werfen und es vollkommen aus dem Bereiche des Lebenden zu verbannen.“

Ich habe bereits oben erwähnt, daß ich keineswegs all' dies für richtig halte, was Kohler in geistvollen Bildern und Vergleichen gesagt hat. Nur das eine sei hier hervorgehoben, daß, wie der Schlusssatz beweist, auch Kohler die Fälle, wo durch Gewohnheit ein Rechtsatz derogirt wird, in dieselbe Kategorie stellt mit den einen geltenden Rechtsatz verhöhnenden Umgehungsversuchen.

Auch für Fälle, wo nicht einmal von einem „Bereiteln“ der Absicht des Gesetzgebers gesprochen werden kann, wird der Ausdruck „Umgehung“ — unpassenderweise — gebraucht, obgleich die von Zielen vertretene Ansicht, es liege ein in fr. leg. ag. vor, ausdrücklich bekämpft wird. So z. B.: Savigny, System VIII. S. 358: „Manche haben behauptet, unsere Regel gelte nicht, wenn ein Geschäft im Ausland zur Umgehung der einheimischen Gesetze (in fr. legis) vorgenommen werde, etwa um den größeren Geschäftskosten im Inland, dem Gebrauch des Stempelpapiers u. s. w. auszuweichen. Mit Recht haben andere diese Einschränkung verworfen. Solchen Umgehungen kann auf anderem Wege, besonders durch Geldstrafen vorgebeugt werden; die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte davon abhängig zu machen, ist kein hinreichender Grund vorhanden und es würde dazu wenigstens eines positiven Gesetzes bedürfen.“ Vgl. hiezu auch S. 357. — Man hat also derartige Fälle in fr. leg. genannt und wenn Savigny dies auch für falsch erklärt, redet doch auch er in solchem Fall von Umgehung.

Auch in der Gesetzgebung, die im allgemeinen den Ausdruck „Umgehung“ vermeidet (so findet sich z. B. im a. b. G. B. an keiner Stelle dieses Wort), kommt es vor, daß der Ausdruck nicht im technischen Sinne gebraucht wird. So sagt beispielsweise das österr. Gesetz vom 29. Februar 1880 betreffend die Abwehr und Tilgung ansteckender Thierkrankheiten, R. G. Bl. Nr. 35 (Thierseuchengesetz) im §. 46 Alinea 1: „Thiere und thierische Rohproducte, mit welchen das im §. 5 bezeichnete Einfuhrverbot umgangen wurde, sind durch die Strafbehörde als verfallen zu erklären.“

Wie die Gründe der Entscheidung des k. k. Cassationshofes vom 4. October 1890, Z. 5276<sup>14)</sup> m. E. zutreffend beweisen, muß dieser Ausdruck auf jede Verletzung des Einfuhrverbotes bezogen werden, „es blieben sonst die im §. 38 des Kinderpestgesetzes bezeichneten Arten der Verletzung des ‚Einfuhrverbotes‘, insbesondere die einfache Übertretung des Verbotes und die Durchbrechung des Cordons, wenn auf dem Gebiete des Thierseuchengesetzes (§. 5, letzter Absatz des Gesetzes) begangen, ohne Strafanction“.

### §. 10. Arten der Gesetze, bei denen das in fraudem legis agere möglich ist.

Vielleicht von dem „prohibet“ der l. 29 D. 1. 3 oder dem „vetuit“ der l. 30 D. 1. 3 verleitet, haben manche Schriftsteller das in fr. leg. agere auf Verbotsgesetze einschränken wollen, wenigstens drücken sie sich dementsprechend aus. So Johann Kaufmann in seinem Werke „Anfangsgründe des röm. Privatrechts, I. Abth., S. 68; Thibaut in seinem Lehrb. der Gesch. und Institut. des röm. Rechts, S. 386; Ergleben, Lehrb. des röm. Rechts, §. 2, Anm. 3; Unger, System des österr. Privatrechts I. S. 56 ff.; Hülder, Institut. des röm. Rechts, S. 8; Baron, Pandekt. 5. Aufl., §. 61; Dernburg, Pandekt. I. Bd., §. 31. Auch die Motive zum sächs. v. G. B. schränken im §. 80 das in fr. leg. agere auf verbietende Gesetze ein, ohne dies jedoch zu begründen; während der Entwurf des neuen deutschen bürgerl. Gesetzbuchs keinerlei Bestimmung über das in fr. leg. agere enthält. Ob dieses Schweigen des Entwurfes zu billigen sei oder nicht, darüber sind die Meinungen getheilt; siehe einerseits Otto Bähr, Kritische Vierteljahrsschr., 30 Bd., S. 330, andererseits Gerhard Alexander Leist in seiner Schrift: Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, S. 90, Anm. 111. Bähr<sup>1)</sup> schränkt seinem Ausdrucke nach das in fr. legis agere gleichfalls auf Verbotsgesetze ein.

Gegen die Vorstellung, daß ein in fr. leg. ag. bloß bei Verbotsgesetzen vorkomme resp. vorkommen könne, hat schon Donellus sich mit Recht ausgesprochen (Vd. I, Cap. XVII, §. 3): *Dicitur quidem (l. 29 et 30 D. 1. 3) is tantum contra legem facere qui facit, quod lex prohibet: similiter in fraudem is, qui facit, quod lex noluit, id est sententia vetuit non verbis: ut videri possit, utraque definitio ad eum tantum referri, qui facit quod lex vetat, non etiam ad eum qui omittit, quod lex jubet. Sed nihilominus et ad hunc quoque pertinet: nam quae lex jubet quid fieri, simul omitti vetat: ut contra quae vetat, ab eo quod vetat, abstinere iubet, ut diximus in definitione juris<sup>2)</sup>.*

14) Siehe hierüber Wiener Juristische Blätter vom 21. Juni 1891, Beilage zu Nr. 25.

1) Sowol in Urtheile des Reichsgerichts mit Weisungen S. 57 ff., als auch in f. Aufsätze im 30. Bde der Kritischen Vierteljahrsschrift S. 130.

2) Auch finden sich ja in den Quellen

direct bezeugt Fälle, in denen in fraudem eines Gebotsgesetzes gehandelt wird. Auf die von Barthelmes hierfür angezogene l. 16 de jur. patr. 37. 14 darf man sich freilich — so wichtig sie im übrigen für die Lehre vom in fr. leg. agere ist, — nicht berufen. Zur Zeit der classischen Juristen bestand noch kein Gebot des Inhaltes:

Ich glaube sowohl Gebots- als Verbotsgesetze sind der Tummelplatz für das Handeln in fr. legis.<sup>3)</sup>

Gehen wir nun von dem viel umstrittenen<sup>4)</sup> Satze Modestins (l. 7 D. de leg. 1. 3): *Legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire* aus, und fragen uns, ob man nicht auch in fraudem eines permittirenden Gesetzes und eines Strafgesetzes handeln könne.

Was die permittirenden Gesetze betrifft<sup>5)</sup>, so hat auch hierüber bereits Donellus a. a. D. ausgesprochen: *proinde si qua lex est, quae permittat tantum concedatve aliquid: non potest videri adversus eam committere<sup>6)</sup>, qui id quod lex dat, non accipit eove non utitur; non enim quod lex dat aut permittit, etiam accipi jubet aut detractari vetat<sup>7)</sup>.*

Was Umgehungen der Strafgesetze betrifft, so ist diese Frage nur im Zusammenhange mit dem sogen. in fr. leg. domesticae agere aufgeworfen<sup>8)</sup>, so bei Weber Natürl. Verbindlich., S. 184<sup>9)</sup>; Marezoll, Das gemeine deutsche Criminalrecht, §. 23; siehe auch Köstlin System des deutschen Strafrechts I. §. 34; Henke Handbuch des Criminalrechts I. S. 606, 608; neuestens von Bar Das internationale Privat- und Strafrecht 1. Aufl. S. 511, Anm. 6 und von Barthelmes, und hat verschiedenartige Beantwortung gefunden. Natürlich ist es für eine Begriffsbestimmung des in fr. leg. ag. von großer Wichtigkeit, ob man das in fr. leg. domesticae agere als hieher gehörig, d. h. als in fr. leg. actum ansieht oder nicht.

der Freigelassene müsse den Patron im Testamente bedenken. Ein solches Recht entstand erst durch die Novelle 115. Daß allerdings der am häufigsten vorkommende Fall einer Umgehung des Gesetzes der eines Verbotsgesetzes ist, soll nicht in Abrede gestellt werden. Siehe hierüber die Ausführungen von Barthelmes §. 2.

3) Und zwar ist bei jeder Art von Verbotsgesetzen — ich denke hiebei an die Eintheilung derselben in Ulpian's Frag. §. 1. 2. — ein in fr. leg. agere möglich und quellenmäßig bezeugt.

4) Daß die Eintheilung der berechtigenden Rechtsätze in gebietende, verbietende und erlaubende trotz aller Bekämpfung, die sie erfahren, keineswegs zu verwerfen, darüber siehe bes. die Ausführungen von Thöl Einl. in's deutsche Privatr. §. 36. Unger I. §. 9. Thöl selbst unterscheidet befanntlich so: verneinende, begriffsentwickelnde und berechtigende Gesetze. Die letzteren zerfallen in erlaubende, gebietende und verbietende. Gegen diese Eintheilung Thöl's hat sich ausgesprochen Warnkönig Jurist. Encyclopädie Erlangen 1853, S. 32. Anm. 1. S. die Lit. bei Pfaff u. Hofmann Comm. I S. 327 Note 129. Dazu noch Merkel Encycl. S. 59. Bierling

§. Krit. d. jurist. Grundbegriffe II S. 18 ff. 307 ff.

5) Daß bei Umgehung eines Gebots oder Verbotsgesetzes mittelbar auch ein permittirendes Gesetz umgangen werden kann, soll deshalb nicht bezweifelt werden §. D. l. 44 pr. D. 21. 1. wo das Gesetz über *Rehibition* mittelbar umgangen wird.

6) Dies committere umfaßt bei Donellus, ebenso wie in der *Constitutio Theodosiana* (l. 5 Cod. 1. 14.), sowohl das *contra legem*, als auch das in fr. legis agere.

7) Siehe auch Barthelmes S. 3.

8) Also nur insofern aufgeworfen, als es sich um Umgehung eines inländischen Gesetzes durch ein ausländisches handelt; nicht aber insofern als ein inländisches Strafgesetz durch ein anderes inländisches Gesetz umgangen werden kann; wird doch dieser Fall auch praktisch äußerst selten sein; dagegen ist die Frage nach der Umgehung eines Strafgesetzes durch ein Zivilgesetz m. E. noch nicht Gegenstand von Erörterungen gewesen.

9) Siehe auch Zeuffert Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. IV. Bd. (Bd. 16—20) des 1. Abdruckes, Bd. 19. Nr. 6. S. 583.

Wir haben sowohl Verbot= als Gebotsgesetze als Objecte des in fr. leg. agere bezeichnet, die permittirenden Gesetze dagegen als solche angeführt, bei denen weder ein contra legem noch ein in fraudem legis agere vorkommen kann.

Diese Behauptung widerspricht der sogen. „Normentheorie“. Nach derselben kann jedes permittirende in ein Gebot oder Verbot aufgelöst werden. Es müßte daher nach der Normentheorie auch gegen ein permittirendes Gesetz fraudulos vorgegangen werden können.

Da zeigt sich nun aber wieder einmal ganz deutlich die Unrichtigkeit dieser insbesondere von Kohler durch sein geistvolles Beispiel von der Aufter<sup>10)</sup> so treffend charakterisirten Lehre. Denn ganz abgesehen davon, daß nicht einzusehen ist, warum das Recht bloß aus Geboten und Verböten bestehen soll, da man ja auch jedes Gebot in der Form eines Verbötes vorbringen kann, also entweder bloß Gebot oder bloß Verbot als das wesentliche erscheinen müßte, so geht ja diese Theorie auf das Wesen des einzelnen Rechtes gar nicht ein. Es soll nicht geleugnet werden, daß sich jedes Gebot als Verbot, jedes permittirende als Gebot oder Verbot ausdrücken läßt; aber wenn auch dies möglich ist, so ist das Gebot deshalb doch kein Verbot geworden; seinem Wesen nach doch kein Verbot, wenn es auch formell als solches erscheint; materiell ist es das geblieben, was es war; so ist auch bei den permittirenden Gesetzen immer primär eine Erlaubnis gegeben; diese bedingt natürlich secundär auch ein an Andere gerichtetes Verbot; es ist hier wie bei der Erziehung: das Primäre ist der Erwerb; daß diesem ein Verlust vorhergehen muß, kommt für die Frage der Erziehung nicht in Betracht. In unserem Fall muß ebenso das Wesentliche, die Erlaubnis, wol getrennt werden von dem Verbot, das sich als nothwendige Consequenz ergibt.

Wenn der Satz Donells richtig ist, und ich glaube kaum, daß er als unrichtig erwiesen werden kann, wenn also bei permittirenden Gesetzen weder ein contra legem noch ein in fr. legis agere denkbar ist — und die Beispiele der Quellen enthalten keinen einzigen Fall eines permittirenden Gesetzes —, so muß schon darum eine Kategorie von Rechtsfällen aufrecht erhalten werden, die sich durch eine solche Besonderheit auszeichnen.

Hieraus ergibt sich, daß, wenn wir den Gegensatz von jus cogens und jus dispositivum ins Auge fassen, ein in fr. leg. agere bloß beim jus cogens, bei „zwingenden Gesetzen“ möglich ist, eine Behauptung, die schon von Windscheid<sup>11)</sup> und Dernburg<sup>12)</sup> aufgestellt wurde und der neuesten Barthelmes<sup>13)</sup> gefolgt ist.

Leider führen weder Windscheid noch Dernburg für die von ihnen gemachte Einschränkung eine nähere Begründung an.

Das Gebiet des in fr. legis agere ist mit dieser Einschränkung auf

10) Jahrb. f. d. Dogmatik (das Autorrecht) XVIII. S. 131 f.

11) Pandekten 6. Aufl. 1887. §. 22. Anm. 2 in fine.

12) Pandekten 2. Aufl. §. 31.

13) Das Handeln in fr. legis. §. 1.

das jus cogens gegeben. Keineswegs ist man aber hieraus zu dem Schlusse berechtigt, daß das Wesen des in fr. leg. ag. sich aus der Natur des durch dasselbe verletzten Rechtszuges ergebe. Es ist m. E. die Natur des Zuwiderhandelns, d. h. die Art und Weise desselben, das Charakteristikon des in fr. leg. agere, das der deutsche Ausdruck „Gesetzesumgehung“ viel bezeichnender wiedergibt, als das lateinische Original. Barthelmes behauptet im §. 4 „der Begriff der Gesetzesumgehung deckt sich insofern, als das Moment der Rechtswidrigkeit in ihm nicht enthalten ist, nicht mit dem in fraudem legis facere, welches stets eine Rechtsverletzung erfordert“. Die Richtigkeit dieses Satzes soll insofern nicht bezweifelt werden, als darin gesagt ist, daß das in fr. leg. ag. eine Rechtsverletzung enthält, wie dies schon Savigny, System I, §. 50, S. 324 hervorgehoben hat; dagegen allerdings, daß auch Fälle, die nicht in fr. legis sind, als Gesetzesumgehungen mit Recht bezeichnet werden, muß Widerspruch erhoben werden, weil eine solche Terminologie nur Irrthümern als Handhabe dienen muß. Bei Barthelmes — derselbe folgt Dernburgs Pandekten, 2. Aufl., §. 108, S. 286, Anm. 3 — um ein Beispiel zu erwähnen, findet sich auf S. 15 nachstehende Bemerkung: „Ähnlich ist es mit der Vorschrift Justinians, welche die Gültigkeit von Schenkungen über 500 Solidi von der gerichtlichen Insinuation abhängig macht. Mehrere Schenkungen, deren Betrag zusammengenommen 500 Solidi übersteigt, die aber zur Umgehung der Insinuation zu verschiedenen Zeiten vorgenommen werden, sind nach Justinians eigener Entscheidung in c. 34. C. de donat. 8. 53 auch ohne Insinuation gültig.“ Er selbst erklärt ein derartiges Vorgehen auf S. 16 für „eine erlaubte Gesetzesumgehung“, m. E. eine contradictio in adjecto.

Soviel an dieser Stelle über die terminologische Seite.

Ein derartig erweiterter Sprachgebrauch, wie Barthelmes ihn annimmt, besteht zwar vielfach, ist aber zu verwerfen, denn auch dem Ausdruck „Umgehung“ klebt die Absichtlichkeit an.

Andere als die eben genannten Einschränkungen des in fr. leg. agere nach der Seite seines Objectes sind meines Wissens nicht gemacht worden.

Man könnte allenfalls glauben, daß das in fr. leg. ag. eine Einschränkung durch den Begriff der lex erfahre. Doch abgesehen davon, daß die Ausdrücke in fr. constitutionis, edicti, juris etc. das Gegentheil beweisen, ist von in fr. legis agere auch die Rede bei Übertretung eines dem Gewohnheitsrechte angehörigen Satzes, so z. B. in der l. 64 D. 24. 1<sup>14)</sup>, wie dies auch Barthelmes hervorhebt, und findet sich der Ausdruck in fr. legis auch bei Umgehungen der lex contractus, so in l. 3 Cod. si manip. ita venierit 4. 56 mit der Modification ne frans legi dictae fiat<sup>15)</sup>. (Siehe auch Baldus in treis Codicis priores libros Praelectiones. Zur l. non dubium. Stelle: sexto modo fit fraus: Istud exemplum [l. 59 D. solut. matrim. 24. 3] non est de lege legis, sed de lege conventionis. Ob das von ihm

14) Ferner l. 5. pr. D. 24. 1. (überhaupt zahlreiche Stellen des Titels de donationibus inter virum et uxorem z. B. Vorschreibung einer dritten Person

[des Kindes.]) Auch l. 12. pr. D. accusat. 48. 2.

15) cf. l. 2. D. de his qui sui l. 6.

gewählte Beispiel zutrifft, ist irrelevant. Die Möglichkeit eines derartigen in fr. leg. ag. wird von ihm hiemit hervorgehoben. Vgl. noch Thering Geist II. Bd. §. 44 Anm. 620.)<sup>16)</sup>

§. 11. Die rechtswidrige Absicht als Erfordernis des in fraudem legis agere.

Ist die rechtswidrige Absicht ein integrierendes Moment im Begriff fraudulöser Gesetzesumgehung? Ich glaube, daß diese Frage unbedingt zu bejahen ist. Die Quellenstellen sprechen sehr bestimmt für die Bejahung<sup>1)</sup>. Auch die Formulirung der l. 29 D. de leg. 1. 3 scheint mir in diesem Sinne aufgefaßt werden zu dürfen. Die Wahl des Activums „circumvenit“ läßt wenigstens die Auffassung der Absichtlichkeit zu. Soweit der Ausdruck „in fraudem legis“ in den Quellen gebräuchlich, spricht wol das in mit dem Accusativ auch für die Absicht. Ob diese rechtswidrige Absicht mit dem Begriff des dolus identificirt werden kann, ob der Begriff der

16) Daß völkerrechtliche Conventionen nicht selten, sowie völkerrechtliche und staatsrechtliche Verträge häufig Gegenstand absichtlich falscher Interpretation gewesen sind — man denke beispielsweise an die Zeiten Ludwig XIV. — braucht wol nicht weiter berührt zu werden.

1) So beispielsweise l. 3 §. 3, l. 7 §. 3. D. de SCto Maced. 14. 6, l. 64 §. 1. D. de condicionibus, 35. 1, l. 79 §. 4 D. eod. l. 27. D. ad leg. Falcid. 35. 2; l. 6 §. 3. D. de jure patr. 37. 14; l. 16 pr. D. de jur. patr. 37. 14 „ad hoc ut legis praeceptum evertat; l. 50. D. de bon. lib. 38. 2 u. a. m.; l. 7 §. 7. D. de pactis 2. 14: „Ait praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita senatusconsulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui corum fiat, facta erunt, servabo“. Diese Dreitheilung legt nur dafür Zeugnis ab, daß der praetor damals die Begriffe dolus und fraus noch scharfer von einander trennte, als dies später der Fall war. Für Absichtlichkeit des Vorgehens spricht die Stelle entschieden. l. 15 §. 1. D. de judiciis 5. 1. Judex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit . . . ist wol auch ein unzweideutiger Beleg für die „Absichtlichkeit“, wenngleich man bezüglich der Zusammenstellung dolo malo in fr. legis darüber streiten mag, ob hierin eine Tautologie liegt oder nicht. Daß fraus hier überhaupt „Gesetzesverletzung“ heißt, ist bereits oben ausgeführt worden. Auch solcher Stellen muß hier gedacht werden,

in welchen von fraus legis in Verbindung mit cogitare und excogitare die Rede ist, so bei Gajus I. 46 (quae in fraudem ejus legis excogitata sunt); l. 3 §. 3. D. ad SCto Maced. 14. 6 (si non fraus SCto sit cogitata); l. 40. D. de jure fisci 49. 14 (majorem fraudem excogitasse videtur, qui non tantum legem circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis . . .). Auch Stellen wie l. 3 §. 2. D. de jure fisci 49. 14 gehören hieher: quando autem fraus interposita videatur, agendum est, utrum exitus spectari deberet a consilium. Entschieden wird allerdings zu Gunsten des exitus. Aber dies ist für die Absichtlichkeit des Vorgehens irrelevant. — Siehe ferner insbes. l. 79 D. de div reg. juris 50. 17: Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur. Auch der in manchen Stellen verwendete Ausdruck „data opera“ spricht deutlich für die Absichtlichkeit des Handelnden. Über den Begriff „data opera“ siehe insbes. l. 3 §. 11. D. de statuliberis 40. 7. Ich habe hier nur beispielsweise Stellen angeführt, und mich dabei in der Auswahl auf solche beschränkt, die von fraus legis sprechen. Daß auch solche, wo von circumvenire leges, detractare legem etc. die Rede ist, für die Auffassung der Absichtlichkeit beim in fr. leg. ag. herbeigezogen werden können, versteht sich von selbst, und bieten dieselben auch eine reiche Ausbeute.

fraus im dolus aufgegangen, darüber verweise ich auf das im Capitel über den Begriff der fraus Angeführte. Manche Schriftsteller sprechen ganz einfach bei Besprechung der Gesetzesumgehung vom „dolus qui legibus fit“, so Joh. Voetius Commentar. ad Pandectas lib. IV. Tit. III de dolo malo: fit autem dolus vel in contractibus, vel in testamentis vel in legibus<sup>2)</sup>, und Kritz in seiner Sammlung von Rechtsfällen II. Bd. S. 299 überschreibt das dem in fr. leg. agere gewidmete Capitel mit den Worten „dolus qui legibus fit“.

Das Eine glaube ich auf Grundlage des Quellenmaterials behaupten zu können: zum in fr. legis agere gehört nothwendig die Absicht. Zweifel könnte in dieser Frage nur der folgende Umstand erregen: Wie steht es in all' den Fällen, wo die Art und Weise, wie das Gesetz umgangen wurde — um mit Ihering Geist III. I. Abth. S. 259 zu reden —, nicht mehr ein Schleichweg, sondern eher eine Heerstraße genannt werden konnte? Die Ersten haben jedenfalls als Wegfinder die zum in fr. leg. ag. erforderliche Absicht. Aber die Weiteren, die auf dem einmal betretenen Wege nachfolgen? Kann man denen noch „Absichtlichkeit“ zumuthen? Handeln sie nicht bona fide, indem sie das thun, was sie von Andern gesehen? Muß man also nicht sagen: die rechtswidrige Absicht ist kein nothwendiges Erfordernis des in fr. legis agere?

Wie lange in diesen Fällen ein in fr. leg. ag. vorliegt und wann eine gewohnheitsrechtliche Neubildung vorhanden, das ist wol nichts anderes als eine quaestio facti. Diesbezüglich ergeben sich all' die bekannten Schwierigkeiten, welche sich überhaupt bei der Frage ergeben: wann ist ein Gewohnheitsrecht contra legem als entstanden anzunehmen? Wir müssen also sagen: solange nicht das ursprünglich fraudulose Vorgehen zum Gewohnheitsrecht geworden, dürfte im Zweifel — die concludenten Handlungen werden übrigens oft Klarheit schaffen — auch die Absicht, das Gesetz — als bestehendes betrachtet — zu umgehen vorhanden sein. Eine scharfe Grenze läßt sich hier natürlich nicht ziehen. Eine, was die Frage der „Absichtlichkeit“ betrifft, sehr deutlich sprechende Stelle ist die l. 50 D. de bonis libertorum 38. 2 von Tryphoninus. Der Fall ist einfach: Der libertus hat den Sklaven des Patrons eingefetzt; dadurch geschieht dem Pflichttheilsrecht des Patrons Genüge. Nun läßt der Patron, ehe der Sklave angetreten, ihn frei, oder veräußert ihn zu einem — mit Rücksicht auf die Erbschaft — sehr hohen Preise. Für seine eigene Person macht er dann sein Pflichttheilsrecht geltend, indem er die bonor. poss. contra tabulas begehrt. Es wird entschieden: dieselbe sei ihm zu verweigern, si fraudem edicto facere voluit. Dagegen si tamen elusis adhuc tabulis liberti, cum ignoraret iudicium eius patronus, eorum quid, quae supra scripta sunt, circa institutum subjectum iure suo fecit, amota fraudis suspicione. suo iure in bonorum possessione contra tabulas utetur.

Ich glaube, daß diese Ausführung genügt, um zu zeigen, daß „die Absichtlichkeit des Vorgehens“ ein essentielle des in fr. leg. ag. bildet.

2) Vielleicht in Erinnerung an l. 1 §. 3 D. de doli mali et metus exceptione 44. 4.

Ein weiterer hieher gehörender Fall ist der vielfach bestrittene über die Umgehung der Insinuationsvorschrift bei Schenkungen über 500 Solidi. Ich erwähne denselben deshalb hier, weil er ein eclatanter Beweis dafür ist, daß es nicht auf den durch die Thathandlungen erreichten Effect ankommt, sondern, daß alles von der Absicht des Handelnden abhängt. Schenkt Jemand derselben Person in verschiedenen Zuwendungen, von denen keine 500 Solidi übersteigt und die demnach der gerichtlichen Insinuation nicht unterliegen, so kann dies Vorgehen völlig correct sein. Ist aber vom Schenker in Wahrheit nur eine einzige Schenkung beabsichtigt und die Zertheilung vorgenommen, um dem Rechtsfatz über die Insinuation auszuweichen, dann liegt m. E. hierin eine Umgehung, ein Handeln in fraudem legis. Hier kommt also wol alles auf die rechtswidrige gesetzmäßigende Absicht des Handelnden an.

Indem ich hier einen möglichen Fall frauduloser Gesetzesumgehung annehme, folge ich nur einer von vielen Schriftstellern vertretenen Ansicht, die jedoch keineswegs ohne Widerspruch geblieben ist<sup>3)</sup>. Neuestens behauptet nun auch H. Pernice, dem sich Dernburg Pandekt. (2. Aufl., S. 286, Anm. 3) angeschlossen hat — ich wähle Dernburgs kürzere Fassung —: „Mehrere zu verschiedenen Zeiten an dieselbe Person gemachte Schenkungen werden nicht zusammengerechnet, l. 34 §. 3. C. de donat. 8. 53. Ob die Theilung „in fraudem legis“, also zur Umgehung der Insinuation geschah, kommt nicht in Betracht.“

Das Argument, auf welches sich Pernice hiebei stützt, ist der Wortlaut der l. 34 §. 3 Cod. 8. 53: „niemand solle *introducere modos, per quos non convaleant donationes et in irritum devocentur*, mit anderen Worten, es solle in dergleichen Schenkungen niemals ein Handeln in fraudem legis gesucht werden können.“

M. E. wäre eine derartige Bestimmung von Seiten eines Gesetzgebers ganz verfehlt, abgesehen davon, daß sie überhaupt nicht in sein Bereich fällt.

Justinian will dies aber auch gar nicht behaupten. Er will nur, wie dies insbesondere der §. 3a (der Mommsen-Krüger'schen Ausgabe) beweist, eine alte Streitfrage entscheiden. In vorjustinianischer Zeit wurden nämlich mehrere Schenkungen an ein und dieselbe Person nach Ansicht einiger Juristen einfach addirt; diesem entschieden nicht gerechten Vorgehen trat nun Justinian entgegen. Daß er aber damit das selbstverständliche Postulat eines jeden Rechtsfazes, nicht umgangen werden zu dürfen, negirt habe und für diesen Fall eine Ausnahme habe statuiren wollen, dafür findet sich in unserer Stelle m. E. kein Anhaltspunkt. Dieselbe lautet: *Si quis autem per diversa tempora*<sup>4)</sup> *in eandem personam multas faciat liberalitates, quarum singulae quidem legitimam quantitatem non excedunt, in unum autem compositae et praedicto modo exaggeratae redundare videntur*

3) Die diesbezügliche Literatur ist verzeichnet bei Herbert Pernice Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen. Greifswald 1882, S. 38.

4) Es wird ausdrücklich hervorgehoben

*per diversa tempora*; gewiß ist dabei nicht vorausgesetzt, daß in Wahrheit eine gleichzeitig vorgenommene, und in mehrere Theile gespaltene Schenkung vorliegt.

et maioris esse quantitatis, non videatur eas oportere in unum coadunare et introducere modos per quos non convaleant et in irritum devocentur, sed e contrario et plures intellegantur et singulae secundum sui naturam obtineant et monumentorum observatione non indigeant. Cum enim a veteribus super hac re variatum est, aliis multas, aliis unam esse definiuntibus, nobis causa placuit humanior, ut et multae intellegantur et omnes validae et hi qui liberalitates accipiunt, sciant veros non falsos suos esse donatores.

Doch — auf unseren Ausgangspunkt zurückzukommen — gibt es auch Stellen, bei welchen es immerhin zweifelhaft erscheint, ob dazu, daß von *fraus legis* gesprochen wird, wirklich „Absicht“ erforderlich ist, ob nicht die Thatsache des Effectes allein genügt. Ich habe hievon in anderem Zusammenhang gesprochen. Hier möge folgender Stelle Erwähnung geschehen. L. 6 D. si fam. furt. fecisse dicitur 47. 6 lautet: *Labeo putat, si coheres meus, quod furtum familia cuius fecisset, duplum abstulisset, me non impediri, quominus dupli agam eoque modo fraudem edicto fieri esseque iniquum plus heredes nostros ferre, quam feremus ipsi* <sup>5)</sup>. — Nach älterem Recht hätte jeder *coheres* das *duplum* einklagen können, da die Diebstahlsklage auf das Doppelte ging. Dies hob das *Edict* des *Prätors* auf. Wenn nun einer das *duplum* einklagen würde, nachdem ein anderer dies schon gethan, so würde *fraus edicto* fieri. Wir können die Frage, ob ein doloses Zuwiderhandeln in dieser Stelle als Grundlage angenommen ist, nicht mit Bestimmtheit bejahen; vielleicht wird hier auch ohne „Absicht“ bloß der Effect als in *fr. legis* bezeichnet. Dann haben wir es allerdings hier mit dem ältern Ausdruck und nicht mit dem späterhin technisch gewordenen zu thun <sup>6)</sup>.

§. 12. Das Ziel des in *fraudem legis agere*: Erringung eines von der Rechtsordnung verwehrten wirtschaftlichen Zweckes oder materiellen Rechtserfolges?

Daß derjenige, der ein Gesetz in frauduloser Weise umgeht, den durch das Gesetz verpönten Erfolg erreicht resp. zu erreichen strebt, hebt bereits die l. 30 D. de legibus l. 3 hervor: *fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non veluit, id fit*. Gerade der vom Gesetz verbotene Effect wird herbeigeführt.

Im Anschluß an die Ausführungen von Kohler<sup>1)</sup> lehrt Bähr<sup>2)</sup>: „Verbote, welche durch das Gesetz gegen gewisse Rechtsgeschäfte erlassen werden, verfolgen praktisch in der Regel nicht einen juristischen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck, indem das Gesetz gewisse wirtschaftliche Resultate ausgeschlossen sehen will“ und „man sieht . . ., daß überall das

5) Siehe zu dieser Stelle Lenel *Edictum perpet.* S. 267.

6) Boigt Bedeutungswechsel S. 120 führt diese Stelle unter denjenigen an, wo die alttechnische Redewendung gebraucht wurde.

1) Studien über Mentalreservation

u. Simulation in Iherings Jahrbüchern XVI. Bd. Jena 1878. §. 4 (S. 140 ff.). Siehe jedoch auch schon Donellus lib. I. cap. XIV.

2) Urtheile des Reichsgerichtes mit Besprechungen. München u. Leipzig 1883, S. 57 ff.

in fraudem legis abgeschlossene Rechtsgeschäft juristisch mit dem verbotenen keineswegs identisch ist, sondern durchaus davon verschieden; aber in seinen praktischen (wirtschaftlichen) Zielen ist es, mindestens im wesentlichen, mit dem verbotenen identisch“ und §. 61: „es wird eine andere Rechtsform in Gang gesetzt, um das nämliche wirtschaftliche Verhältnis zu erzielen, welches das Gesetz . . . hat verbieten wollen.“

Gewiß kann man diesen Lehren im Allgemeinen zustimmen. Daß der Ausdruck „wirtschaftlich“ hier nicht ganz zutreffend ist, hat Bähr selbst gefühlt und es auch hervorgehoben.<sup>3)</sup> Endemann<sup>4)</sup> hat diesbezüglich in m. E. treffender Weise den Ausdruck materieller Rechtserfolg vorgeschlagen: „statt vom wirtschaftlichen Zwecke erscheint es geeigneter, vom materiellen Rechtserfolge zu sprechen. Eheverbote sind der Umgehung z. B. durch Eheabschluß im Auslande ausgesetzt; die Schließung der Ehe ist aber doch kein wirtschaftlicher Zweck“ (§. 26. Anm. 1).

Ein anderes möchte ich aber noch hervorheben. So richtig die Behauptung Bährs ist, es komme darauf an, daß „eine andere Rechtsform in Gang gesetzt wird, um das nämliche wirtschaftliche Verhältnis zu erzielen, welches das Gesetz . . . hat verbieten wollen“<sup>5)</sup>, so trifft dies doch nicht für alle Fälle frauduloser Gesetzesumgehung zu.

Nicht immer macht nämlich die Erreichung des wirtschaftlichen Ergebnisses allein das Wesen des in fr. leg. agere aus; will das Gesetz wirklich den wirtschaftlichen Effect in welcher Gestalt immer ausgeschlossen wissen, macht es also dies zum Rechtsatz, dann trifft Bährs Behauptung vollinhaltlich zu. Wenn aber, und auch Bähr hebt dies ja in seinem Satze: „Verbote . . . verfolgen praktisch in der Regel nicht einen juristischen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck“ zc. hervor, daß Verbot nicht ausschließlich einen wirtschaftlichen Zweck hat, dann kann wol mit der Erreichung des wirtschaftlichen Zwecks noch nicht nothwendig in fr. legis gehandelt sein. Ein Beispiel möge dies erläutern. Für die Schuld des A an den B aus einem unerlaubten Spiele darf C nicht als Fidejussor eintreten. Wol aber darf er dem B, selbst mit Rücksicht darauf, daß er keine zu Recht bestehende Forderung an den A besitze, schenken.<sup>6)</sup> Wenn also C dem B schenkt, so ist m. E. gewiß derselbe wirtschaftliche Effect erreicht, wie wenn er ihm als Fidejussor die 100 gegeben hätte; juristisch ist es aber himmelweit verschieden. Für die Fälle also, wo die sententia legis auf nichts anderes gerichtet ist, als auf das wirtschaftliche Resultat, ist Bähr gewiß beizupflichten.

3) „Das Wort ‚wirtschaftlich‘ paßt vielleicht nicht gleichmäßig für alle Verhältnisse. Es soll aber den materiellen Inhalt des Geschäfts bezeichnen, im Gegensatz zu seiner äußern juristischen Form.“ (Anm. auf §. 57.)

4) Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht. Leipzig 1887.

5) An Stelle des „hat verbieten wollen“ möchte ich lieber „verbieten hat“ setzen,

denn nur, wenn das Gesetz wirklich etwas verboten hat, kann von einer Umgehung des Verbotes die Rede sein. Die Fassung Bährs schließt nicht die Fälle aus, in welchen zwar das geschieht, was das Gesetz nicht gewollt hat, was es aber doch nicht verboten hat, eben die Fälle, welche Huschke treffend mit dem Ausdruck „vereiteln“ bezeichnet hat.

6) Siehe diesbezüglich Hagenbalg: Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870 S. 116 ff. insbes. S. 119.

In solchen Fällen aber, wie der obcitirte, wo die *sententia legis* auch juristische Momente in sich enthält, da ist uns mit Bährs Formulirung wol nicht völlig gebient. Aber auch in derartigen Fällen kann man in fr. legis handeln. Wenn — ich fahre im obigen Beispiele fort — „er (C) dasjenige, was er dem Gläubiger gibt, nicht als eigene Schenkung, sondern als Erfüllung jener Verbindlichkeit des Schuldners (aus dem verbotenen Spiele) gibt, kann er durch keine Übereinkunft diese Hingabe zur Erfüllung einer Verbindlichkeit machen, die nach dem Willen des Gesetzgebers niemals vorhanden war, und eben als solche, d. h. ohne Rücksicht auf die Person ihres Trägers niemals vorhanden sein soll. Was er dann gibt, wird er dem Empfänger stets — die besondere Übereinkunft rücksichtlich der Steigerung der Verbindlichkeit läßt das erkennen! — als Leistung einer unerlaubten Verbindlichkeit geben und stets zurückfordern dürfen. Durch das Gebot: Die Schuld aus unerlaubtem Spiele entbehrt rechtlichen Bestandes! soll nicht allein der Schuldner geschützt, sondern mehr noch der Gläubiger gestraft werden! Das Verbot des Gesetzgebers ist mächtiger als der Wille des Einzelnen.“<sup>7)</sup>

Wenn die Schuldsumme (bloß im Gewande der Schenkung) ohne den *animus donandi* als Schuld gegeben und als Schuld genommen wird, dann ist in *fraudem legis* gehandelt. Es ist eben für die Beurtheilung in derartigen Fällen von Wesenheit, *ex quo titulo* etwas gegeben und genommen wird, welches die wirkliche wahre Absicht der Parteien ist; daß der Beweis mitunter schwierig, ja unmöglich sein mag, kann hieran nichts ändern.

In diesen Fällen ist also mit der Erreichung des wirtschaftlichen Zieles noch nicht nothwendig in fr. legis gehandelt.<sup>8)</sup> Es muß noch das eben berührte im Rechtsfakz enthaltene speciell juridische Moment zum Ausdruck gelangen.

Will man in diesem Sinne den Endemann'schen Ausdruck vom „materiellen Rechtserfolg“ adoptiren, so ist gewiß dagegen nichts einzuwenden; er ist trefflich gewählt und enthält, so viel ich sehe, in Wahrheit eine noch weiter gehende Präcisirung der Bähr'schen Formulirung, als die ist, an welche Endemann gedacht haben dürfte.<sup>9)</sup> Ihm ist es ja — sofern das obcitirte Beispiel für seinen Gedankengang beweisend ist — bloß darum zu thun, hervorzuheben, daß das in in fr. legis Handeln nicht nur auf das Gebiet des Vermögensrechts beschränkt werden darf. Daß aber nicht nur eine Gebietserweiterung in diesem, sondern auch in einem anderen Sinne vorliegt, scheint mir, selbst wenn Bährs „in der Regel“ und Endemanns „materieller Rechtserfolg“ dies umfassen wollten, nicht genügend stark hervorgehoben werden zu können.<sup>10)</sup>

7) Worte Hasenbalgs a. a. D.

8) Weil nicht nur die Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes verboten ist. Bähr's Definition widerspricht dem nicht; sie zieht eben nur die Fälle in Betracht, und leugnet ja nicht andere, wo sich das Gesetz gerade auf den wirtschaftlichen Effect bezieht.

9) Übrigens hat diesfalls auch Bähr den „materiellen Inhalt des Geschäftes im Gegensatz zu seiner äußern Form“ hervorgehoben. Siehe oben Note 3.

10) Von wirtschaftlichem Erfolg allein kann man wol auch nicht im Falle der l. 3 Cod. si mancip. ita venierit 4. 56 sprechen. Eam, quae ita venit, ne

Aber nicht nur nach der in dem obenerwähnten Beispiel hervortretenden Seite ist das juristische Moment wesentlich, sondern auch noch in einem anderen Sinne. Nach §. 1372 a. b. G. B. ist es verboten, dem Pfandgläubiger die antichresis zu gestatten.<sup>11)</sup> Will man nun etwa vielleicht mit Rücksicht auf dieses Verbot auch vertreiben, daß man dem Usufructuar ein Pfandrecht an der Sache einräume? Wirtschaftlich ist das hiebei gewonnene Resultat gewiß das gleiche; aber juristisch ist es etwas toto coelo verschiedenes. Nein! es muß nicht nur wirtschaftlich, sondern es muß juristisch das verbotene Resultat erreicht werden. Ist die sententia auf den wirtschaftlichen Effect gerichtet, dann deckt sich dieser eben mit dem juridischen.

### §. 13. Die Simulation im Dienste des in fraudem legis agere. — Die sogenannten siebenbürgischen Ehen.

Wir haben an früheren Stellen der Simulation im Dienste des in fraudem legis agere Erwähnung gethan<sup>1)</sup> und sind damit nur der bisher herrschenden Lehre gefolgt. In neuester Zeit hat dieselbe jedoch durch Bähr einen beachtenswerten Angriff erlitten.

Bähr<sup>1a)</sup> erklärt, indem er vier Entscheidungen des Reichsgerichtes zum Ausgangspunkt seiner Besprechung macht: „Die Entscheidungen würden über alle Schwierigkeiten hinweg gekommen sein, wenn man von dem Begriff eines Handelns zur Umgehung des Gesetzes (in fraudem legis) Gebrauch gemacht hätte. Geschäfte dieser Art sind aber so selten geworden, daß es fast scheint, als sei unserer Juristenwelt die Anschauung davon mehr oder minder verloren gegangen. Man verwechselt ein gesetzumgehendes Geschäft mit einem simulirten Geschäft, obwohl die Natur beider ganz verschieden ist.“... „Ein in fraudem legis geschlossenes Geschäft ist hienach keineswegs etwa ein Scheingeschäft. Das Geschäft ist vollkommen ernst<sup>2)</sup> gemeint, man will es wirklich. Man will es auch ganz

corpore quaestum faceret, nec in caupona sub specie ministrandi prostitui, ne fraus legi dictae fiat, oportet.

11) §. 1372 lautet: „Der Nebenvertrag, daß dem Gläubiger die Fruchtnießung der verpfändeten Sache zustehen solle, ist ohne rechtliche Wirkung. Ist dem Gläubiger der bloße Gebrauch eines beweglichen Pfandstückes eingeräumt worden (§. 459), so muß diese Benutzung auf eine dem Schuldner unschädliche Art geschehen.“

1) l. 5. C. de episcop. 1. 3. l. 4. C. de apost. 1. 7.

1a) a. a. D. S. 59 ff.

2) Siehe über diesen Punkt schon Cocceji Jus civile controversum 1729. pag. 849. quaestio 54. An exceptioni simulationis renunciari possit?, wo es heißt: Negatur: si enim unum sit negotium simulate gestum, frustra

exceptioni illi renunciatur, ubi deficit ipsa obligationis substantia, adeoque ubi nulla est negotii forma, eoque nulla actio, qua simulator agere possit: neque pacta renunciationis negotio adjecta videri possunt, ubi negotium non est. Si vere gestum est, sed in fraudem legis minus valebit illa renunciatio, quia pactis privatorum legibus et iuribus publicis derogari non potest. Und ebendenselben quaestio 52 (p. 844). An negotium simulatum sit ipso jure nullum? Atque illa regula non tantum vera et negotium nullum est, si simulate gestum, sed et si vere gestum est, at in fraudem vel legis vel tertii, cuius interest contractum apparet; nam tunc quoque ipsum negotium pro simulato habetur, et est ipso jure nullum. Si ergo vasallus ut feloniae poenam

so, wie man es geschlossen hat, d. h. mit allen an die gewählte Rechtsform sich knüpfenden Folgen. Oft sind diese Folgen für einen oder für beide Theile recht unbequem, weit unbequemer als die Folgen, welche die direct verbotene Rechtsform in sich schließen würde. Aber man nimmt dieselben hin, weil man auf keine andere Weise, als mittels dieses Umweges die wirtschaftlichen Ziele erreichen zu können glaubt.“ . . . „Ganz verschieden von einem in fraudem legis abgeschlossenen Geschäft ist aber ein simulirtes Geschäft. Ein solches ist eben gar kein Geschäft, weil ihm der entsprechende Wille der Contrahenten fehlt. Es ist nur der leere Schein eines Geschäftes, den zu irgend einem Zwecke hervorzurufen die Contrahenten für gut finden.“

Wie nun die beiden citirten Sätze: „Ein in fr. legis abgeschlossenes Geschäft ist hiernach keineswegs etwa ein Scheingeschäft“ und „ganz verschieden von einem in fr. legis abgeschlossenen Geschäft ist aber ein simulirtes Geschäft“ beweisen, identificirt Bähr Scheingeschäft und simulirtes Geschäft, steht also keineswegs auf dem bekannten von Ihering<sup>3)</sup> vertretenen Standpunkte, der das Scheingeschäft „als Rechtsform im Gegensatz zum simulirten Geschäft, als dem concreten der Rechtsordnung widerstrebenden Act der Parteien“ auffaßt. Wir müssen also, wenn wir Iherings Sprachgebrauch folgen, sagen: Bähr erklärt, daß das in fr. legis geschlossene Geschäft und das simulirte Geschäft zwei völlig verschiedene Dinge seien. Dem ist aber nicht also. Wenn auch zuzugeben ist, daß Bähr eine richtige Scheidung zwischen einem in fr. legis geschlossenen Geschäft und dem simulirten gezogen hat, so muß doch insofern ihm widersprochen werden, als nach dem Inhalt seiner bisher citirten Bemerkungen jeder Zusammenhang zwischen in fr. legis geschlossenem Geschäft und simu-

evitet, sub specie libellarii contractus feudum alii relinquat, haec locatio simulata pro infecta habetur (sodtn folgen Beispiele, die sämmtlich Simulationen enthalten). Coccej schließt: His omnibus casibus sub negotio vere gesto latet animus defraudandi vel leges vel tertium, cuius interest; indeque negotium hoc in poenam pro simulato et pro infecto habetur. Gewiß ein interessantes Zeichen, wie wenig man damals mit dem Gesichtspunkt, daß das in fr. legis gleichstehe dem Handeln contra legem zu operiren gewohnt war, daß Coccej, der hervorhebt, es sei vere gestum, trotzdem negotium hoc in poenam pro simulato erklärt!

3) Geist des röm. Rechts II. 2 Abth. §. 46 S. 554 ff. und III. §. 58 S. 265. Siehe hiezu auch Degensohl, Ein pactum fiduciae im 9. Bd. der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Rom. Abth. S. 130. Einlassungszwang u. Urtheils-

norm S. 235. — Die überaus interessanten Ausführungen Beckmanns in seinem Werke: Der Kauf nach gemeinem Recht I. Theil Geschichte des Kaufs im röm. Recht. Erlangen 1876, auf S. 167—186 über Scheingeschäfte (symbol. Geschäft, imaginäres Geschäft, deici gratia vorgenommenes Geschäft und die Fiction) berühren uns an dieser Stelle nicht weiter. Die Ihering'sche Unterscheidung erklärt Hellwig Archiv f. d. civ. Prax. 64. Bd. S. 375 Anm. 5 als nur für das vorjustinianische Recht annehmbar, als dem modernen Rechte dagegen fremd. Siehe über Scheingeschäfte auch den oft citirten Aufsatz von Kohler in den Jahrb. f. Dogmatik Bd. XVI. Nr. 2 und Nr. 7; Schloßmann Der Vertrag S. 14; neuestens Ernst Manuel Vetter System des heutigen Pandektenrechts II. §. 98. Der von demselben über die Regel quod in fraudem legis fit, contra legem fit in Aussicht gestellte §. 127 ist leider noch nicht erschienen.

lirtem Geschäft gelegnet zu werden scheint. Aber Bähr gelangt gar nicht zu diesem Resultate, denn er fährt fort (ich führe hier den lehtcritirten Satz des Zusammenhanges halber nochmals an): „Es ist nur der leere Schein eines Geschäftes, den zu irgend einem Zwecke hervorzurufen die Contrahenten für gut finden. Dieser Zweck kann allerdings auch darin bestehen, daß hinter dem simulirten Geschäft ein anderes unerlaubtes Geschäft sich versteckt. So z. B. können Ehegatten einen Kaufvertrag über ein Grundstück abschließen, lediglich zum Schein und in der Absicht, das Grundstück schenkweise einander zu übergeben. Dann liegt aber das Unerlaubte nicht in dem simulirten Geschäft, sondern in dem andern Geschäft, welches an dessen Stelle tritt.“ — Damit aber, daß Bähr hier zugibt, daß dissimulirte Geschäfte in fr. legis abgeschlossen werden, daß also das dissimulirte Geschäft ein Mittel zum in fr. leg. agere ist, nimmt er m. E. seinen früheren Ausführungen das weg, was ich an ihnen nicht zu billigen vermochte — die Schärfe. Denn da durch das Mittel der Simulation das sogenannte dissimulirte Geschäft ermöglicht wird und dieses wiederum in fr. legis abgeschlossen sein kann, so scheinen mir Ausdrücke, wie „ganz verschieden“ nicht glücklich gewählt, weil sie den Gedanken nahe legen, daß diese beiden Dinge nichts miteinander gemein haben können.<sup>4)</sup> Mein Einwand gegen Bähr ist also an dieser Stelle wesentlich auch formeller Natur. Richtig verstand seine Ausführungen Hellwig<sup>5)</sup>, der sich ganz auf seinen Standpunkt stellt und demgegenüber daher das oben Gesagte auch gilt. — Dagegen geht Barthelmes<sup>6)</sup> wol zu weit, wenn er an die Spitze seiner diesbezüglichen Ausführungen den Satz stellt: „Nicht zu den Geschäften, welche ein Handeln in fraudem legis vermitteln können, gehört das simulirte.“ In dieser Schärfe der Formulirung würde wol auch Bähr den Satz nicht aufgestellt haben; denn so ausgedrückt läßt sich wol dieser Gedanke mit dem auch von Barthelmes zugegebenen Factum nicht vereinen, daß das in fr. legis geschlossene Geschäft oft ein dissimulirtes ist. — In diesem Punkte übertreibt also Barthelmes gewiß Bährs Behauptung; im übrigen folgt er ganz genau dessen Aufstellungen. Im Anschlusse an diese Behauptung von Barthelmes empfiehlt es sich, auch seiner Definition des in fr. leg. agere hier zu gedenken, da dieselbe m. E. von dem eben erwähnten Gesichtspunkte aus betrachtet werden muß. Am Ende seines §. 8 lehrt er: „Fassen wir zum Schluß die einzelnen Voraussetzungen kurz zusammen, so stellt sich das Handeln in fr. legis dar als dolose Verletzung eines zwingenden Rechtszuges seinem Sinne, nicht aber seinem Wortlaut nach, die ermöglicht

4) Daß ein in fr. legis abgeschlossenes Geschäft als ein ernstliches, aber gleich dem umgangenen verbotenes und nicht als ein simulirtes anzusehen sei, wird auch schon von Arnold Praktische Erörterungen aus dem Rechtsgebiete in seinem Aufsatze: „Versteckte Verträge“ 3. Bd. S. 521 ff. Erlangen 1853 hervorgehoben. Prinz Pandekten 1. Aufl. Erlangen 1860 §. 314 (S. 1392) sagt

zu dieser Frage: „indessen kann nach Lage des Falles und Intention der Parteien doch auch eine Simulation vorliegen (arg. l. 3. Cod. h. t. i. e. 4. 28); dürfte die aufgeworfene Frage also mehr quaestio facti als juris sein.“

5) Archiv f. d. civil. Praxis 64. Bd. S. 370 ff.

6) a. a. O. §. 8.

wird durch die fast unvermeidliche Unzulänglichkeit des Gesetzeswortes, den rechtlichen Gedanken wiederzugeben.“ Gegen eine solche Begriffsbestimmung läßt sich m. E. nichts einwenden; aber es ist mit ihr auch nicht viel gewonnen. Ist sie doch — abgesehen davon, daß das in fr. leg. agere auf zwingende Gesetze eingeschränkt wird — nichts als eine Paraphrase der Legaldefinition.

An einer andern Stelle <sup>7)</sup> jedoch lehrt Barthelmes: „Jeder Rechtsatz macht seine rechtliche Bestimmung von einem gewissen Thatbestand abhängig, welcher aus einer Reihe von Thatbestandsmomenten besteht. Nur wenn dieser Thatbestand vorliegt, treten beim berechtigenden Rechtsatz die rechtlichen Folgen ein, beim verneinenden nicht ein. Soll die rechtliche Bestimmung nicht Platz greifen, so muß der Thatbestand vermieden werden, an welchen sie geknüpft ist und zwar genügt schon das Fehlen eines Momentes, um dieses Ziel zu erreichen. Wenn die Rechtsordnung bestimmt, daß der Thatbestand der Schenkung zwischen Ehegatten keine rechtliche Wirkung haben soll, so genügt der Wegfall des Thatbestandsmomentes „zwischen Ehegatten“, also eine Ehescheidung, um die Anwendung jener Rechtsbestimmung auszuschließen. Hat der Patron ein Erbrecht am Vermögen des Freigelassenen, falls dieser ein Vermögen von 100000 Sesterzen hinterläßt, so fällt dies Erbrecht, auch wenn nur 100 Sesterzen am gesetzlichen Betrage fehlen. Der in fraudem legis Handelnde wird demnach irgend ein Thatbestandsmoment auszuschließen suchen, um die aus dem Thatbestand sich ergebende ihm lästige rechtliche Wirkung zu vermeiden.“ Diese hier gegebene Formulirung von Barthelmes enthält m. E. den springenden Punkt seiner ganzen Abhandlung. Erklärt nämlich Barthelmes wirklich nur dann ein vorliegendes Factum für in fr. legis, wenn irgend ein Thatbestandsmoment ausgeschlossen wurde resp. auszuschließen versucht wurde, dann ist seine Definition eine viel engere als alle bisher gegebenen. Consequent wäre eine so enge Definition allerdings von dem Standpunkte aus, den Barthelmes im Anfange seines §. 8 vertritt: „Nicht zu den Geschäften, welche ein Handeln in fraudem legis vermitteln können, gehört das simulirte.“ Er müßte also consequent bloß dann ein in fr. leg. agere annehmen, wenn wirklich ein Thatbestandsmerkmal ausgeschlossen worden wäre.

Nach seiner obcitirten im §. 6 gegebenen Behauptung müßte man dies auch annehmen. Wie wir aber weiter oben gesehen haben, anerkennt doch auch Barthelmes, daß das dissimulirte Geschäft in fr. legis sein kann. Damit glaube ich, ist es wol nicht vereinbar, in der im §. 6 gegebenen Fassung eine von seinen sonstigen Aufstellungen abweichende enge Definition zu erblicken.

Nur das eine möchte ich zum Schluß noch hervorheben: nach der Seite hin ist Bährs Verdienst in dieser Frage unumwunden anzuerkennen, als seine Besprechungen der Urtheile des Reichsgerichtes aufs neue zeigen, es sei keineswegs gleichgiltig, auf welchem Wege — ob er nun theoretisch richtig

7) §. 6.

sei oder nicht — man dem widerrechtlich Handelnden beifomme, wenn man seinem Treiben nur überhaupt steuere — ein Fehler, dem sich die juridische Praxis zu manchen Zeiten hingegeben.

Wie oft bei älteren und neueren Schriftstellern fälschlich mit dem Gesichtspunkt der Simulation operirt wird, wo einzig und allein der des in fr. leg. agere anzuwenden wäre, glaube ich, tritt mit genügender Deutlichkeit in unserer Skizze einer Literaturzusammenstellung hervor. Hier möge eine Stelle aus Tacitus<sup>8)</sup> ihren Platz finden, die da lautet: . . . pravissimus mos, cum . . . plerique orbi fictis adoptionibus adsciscerent filios praeturasque et provincias inter patres sortiti statim emitterent manu, quos adoptaverant. Magna cum invidia senatum adeunt, ius naturae, labores educandi adversus fraudem, et artes et brevitatem adoptionis enumerant. Das hiegegen erlassene Senatusconsultum enthielt nach Tacitus' Fassung die Bestimmung: ne simulata adoptio in ulla parte muneris publici juvaret ac ne usurpandis quidem hereditatibus prodesset.<sup>9)</sup> Ob dies der Wortlaut des ScT's gewesen, ob insbesondere der für uns hier wichtige Ausbruch „simulata adoptio“ darin enthalten war, kann natürlich nicht mit Bestimmtheit entschieden werden. Daß Tacitus uns in andern Fällen<sup>10)</sup>

8) Ann. XV. Cap. 19. Siehe auch Gellius Noct. Att. V. 19 (hiezü Zhering Geist III. 1. S. 151).

9) Siehe hiezü auch l. 76. D. de condic. 35. 1; l. 2 §. 2 de vacatione et excus. munerum 50. 5. Vgl. auch l. 51. §. 1. D. de legatis 31.

10) So, um ein für unser Thema wichtiges Geſetz zu nennen: die Worte der lex Cincia „ob causam orandam“ (Annalen XI. 5). Wer es bezweifeln wollte, daß diese Worte so im Geſetze standen, dem muß wol das Factum, daß die lex Cincia Geld oder Geldeswert einem Anwalt als Geschenk zu geben verbot und das Entgegenhandeln nach dem Erpressungsgeſetz für Senatoren und Beamte als strafbar erklärte einerseits, daß aber andererseits Senatoren für gerichtliche Neben Geld annahmen (siehe Belege hiefür bei Zumpt Der Criminalproceß der röm. Republik S. 96), bedeutende Schwierigkeiten machen. Nimmt man aber an, daß Tacitus uns hiemit den Wortlaut mittheilt (dies nimmt Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürg. Rechts, Braunschweig 1817 S. 150 Anm. an; siehe auch Zumpt a. a. D. S. 97), dann klärt sich die Sache sehr einfach auf. „Ob causam orandam“! Es handelte sich also um Prozesse, die geführt werden sollten; für einen solchen darf sich in vor-

hinein der Advocat weder Geld noch Geldeswert versprechen lassen (l. 7. D. mandati 17. 1; l. 6 §. 2 Cod. de postul. 2. 6. Zur l. 6 §. 2 siehe insbesondere Bülow a. a. D., der dieselbe auf die Verträge de palmario und de quota litis mit Recht einschränkt). Diese Gleichstellung von Geldeswert und Geld ist gewiß auf Vorbeugen wider frauduloses Handeln zurückzuführen. Was sich ein Advocat jedoch nach durchgeführtem Proceß geben ließ, war weder Geschenk noch strafbar. Dies war demnach rechtlich correct, wengleich es der ursprünglichen Absicht des Geſetzgebers gewiß nicht entsprach. (Siehe hierüber, sowie über die ganze Frage des Näheren Zumpt l. c. insbes. S. 97. Vgl. auch S. 513.) Eine wirkliche Umgehung dieser Bestimmung der lex Cincia wurde dagegen dadurch begangen, daß sich Cicero, wie uns Gellius N. A. XII. 12 erzählt, von P. Sulla 20000 H. S. vor seiner Bertheidigung desselben als Darlehen zum Ankauf eines Hauses geben ließ (a P. Sulla, qui tum reus erat, mutua sestertium vicens tacita accepit). Vor Gericht wurde er wegen dieser offensibaren Umgehung des Verbotes nicht gezogen; er half sich vielmehr zuerst mit einer Lüge und dann mit einem vom eigentlichen Sachverhalt abblendenden schlechten Wize. Daß man

gewiß den Wortlaut des Gesetzes wenigstens theilweise überliefert, beweist selbstredend für die vorliegende Stelle nichts. Immerhin spricht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür; ist es doch nicht anzunehmen, daß der Historiker einen in der Juristenwelt nicht allgemein üblichen Ausdruck gewählt haben sollte. Wie zahllose andere Fälle beweisen, hatten die verschiedenen Schriftsteller meist sogar den Wortlaut der *lex* vor sich.

Daß die Hervorhebung des Unterschiedes zwischen simulirtem und in *fr. legis* geschlossenem Geschäft sehr wichtig ist, und sich Währ damit ein entschiedenes Verdienst in unserer Lehre erworben hat, möchte ich im nachstehenden durch ein Beispiel nachweisen, das zeigen soll, wie schädigend die Nichtbeachtung dieses Unterschiedes auch in der Theorie gewirkt hat.

Die sogenannten siebenbürgischen Ehen, die keineswegs etwas vereinzelt dastehendes sind, sondern sich unter andern Namen fast überall vorfinden<sup>11)</sup>, sind eine bekannte Thatsache. Ist es möglich, diesem Unfug durch Anwendung des *Principes*: was in *fr. legis* geschieht, ist gleich dem *contra legem* geschehenen anzusehen, zu steuern? Dies hängt natürlich davon ab, ob die sogenannten siebenbürgischen Ehen in *fr. legis* sind, ob in ihnen eine Gesetzesumgehung liegt? Diese Frage wurde, wie der Titel schon beweist, von Fuchs in seiner Schrift: „Das Ehehinderniß des bestehenden Ehebandes nach österreichischem Rechte und seine Umgehung“ bejaht und die Ungültigkeit solcher Ehen als Regel hingestellt. (S. bes. Seite 41 dieser Schrift.)<sup>12)</sup> Wenn nun aber Fuchs in seinem Buche über die sogenannten siebenbürgischen Ehen zc. auf S. 184 lehrt: „Man hat die siebenbürgischen Ehen ferner häufig als eine Gesetzesumgehung bezeichnet und ich gestehe, daß auch ich mir, als ich zum ersten Male diesen Stoff behandelte, diese unrichtige Ausdrucksweise zu Schulden kommen ließ. Diese Bezeichnung ist

ihn aber damals, trotz seiner vielfachen Feinde im Senate, nicht zur Rechenschaft zog, zeigt wiederum, daß man damals in unserer Frage mit dem Gesichtspunkt: daß in *fr. legis agere* ist gleich dem *contra legem agere* nicht stark operirte. Häufig wurde das Verbot *direct* verlegt durch das sogen. *pactum de quota litis* und dadurch, daß der *Advocat* sich für den Fall des Sieges im Proceß ein sogen. *palmarium* versprechen ließ. Eine gewisse Feinheit lag hier darin, daß sich das Verbot auf die *causa oranda* bezog, der *Advocat* sich ja aber nur für den Fall des Sieges das *palmarium* bedungen hatte. (Siehe hierüber Bülow a. a. O. und Pfeiffer Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Hannover 1825 Bd. 1. S. 339. Nr. 4.) Nicht nur das *palmarium*, sondern auch das *pactum de quota litis* (siehe diesfalls l. 53. D. de pact. 2. 14 l. 5. Cod.

de post. 2. 6) erscheinen im *Corpus jur. civ.* als ungültige Geschäfte.

11) Siehe hierüber Wilhelm Fuchs Die sogen. siebenbürg. Ehen und andere Arten der Wiederberehelichung geschiedener österr. Katholiken. Wien 1889, S. 179 ff., ferner v. Bar Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts 2. Aufl. 1. Bd. S. 491 ff. sowie die dortselbst verzeichnete Literatur. Bar findet das Vorgehen correct, wenn beide Theile sich in Ungarn *naturalisiren* lassen.

12) Auch in seinen beiden Aufsätzen in den Juristischen Blättern von 1879 Nr. 48 und 1883 Nr. 12 u. 13 (nicht 13 u. 14 wie es fälschlich bei Fuchs in seinem Buche über die sogenannten siebenbürgischen Ehen zc. heißt) steht Fuchs auf demselben Standpunkt. Dergleichen Roszner in den Juristischen Blättern 1879 Nr. 51 (nicht Nr. 48 wie Fuchs citirt).

aber in der That eine vollkommen irrige“, so muß dem auf das Entschiedenste widersprochen werden.

Fuchs steht, was die Frage der Gesetzesumgehung betrifft — und nichts berechtigt dazu, etwa anzunehmen, daß er Barthelmes' Ansicht theilt, wonach Gesetzesumgehung und in fr. leg. agere sich nicht decken sollen — auf dem Standpunkte, daß zu derselben eine Scheinhandlung nothwendig sei.<sup>13)</sup> Denn er fährt fort: „Es wird nämlich keinerlei **Scheinhandlung** unternommen, um solche Ehen zu ermöglichen, sondern wer eine derartige Ehe eingeht, macht nur von seinem guten Rechte Gebrauch. Wenn Jemand das ihm zustehende Recht, seine Staatsbürgerschaft aufzugeben, ausübt, so kann man nicht sagen, daß er das Gesetz verleihe oder umgehe. Ob er dies nun thut, um eine Ehe einzugehen, die er in Oesterreich nicht schließen

13) Ähnlich auch Rittner „Auch einiges über die Siebenbürger Ehen“ Gerichtszeitung von 1880 Nr. 11, welcher lehrt: „Zuvörderst müssen wir uns über den Begriff der Gesetzesumgehung verständigen. Die durch ein Gesetz gewollte Wirkung hat stets einen gewissen Thatbestand zur Voraussetzung; wenn ich nun ungeachtet des Vorhandenseins dieses Thatbestandes die Anwendung des Gesetzes vereitle, wenn ich z. B. um der höheren Gebühr auszuweichen, statt eines Schenkungs- einen Kaufvertrag fingire, so habe ich das Gesetz umgangen. Dagegen kann mir eine Umgehung des Gesetzes nicht vorgeworfen werden, wenn ich in der Absicht, mich von der gesetzlichen Verpflichtung zu befreien, jenen Thatbestand beseitige, an welchen die Verpflichtung geknüpft ist, wenn ich z. B. um keine Steuer zu zahlen, mein Eigenthum aufgebe. Wie verhält sich nun die Sache mit den „Siebenbürger“ Ehen? In den Fällen, in denen sie kraft österreichischen Rechtes ungültig sind, wird das Gesetz nicht umgangen, weil es eben zur Anwendung gelangt und Alles, was die Ehevererber zur Erreichung ihrer Absicht gethan, juristisch nicht in Betracht kommt. Gültig dagegen ist eine Ehe nur in dem Falle, wenn die Personen, deren Ehe getrennt worden, die österreichische Staatsbürgerschaft aufgeben. Dann aber ist die Anwendung des Gesetzes nicht etwa durch eine Scheinhandlung vereitelt, sondern es deficirt die factische Voraussetzung seiner Anwendbarkeit, der Besitz der österreichischen Staatsbürgerschaft.“ — Damit leugnet aber Rittner ein jedes in fr. legis agere, denn nach seiner Formulirung

liegt in den Fällen der Ungültigkeit keine Gesetzesumgehung vor. Aber das Gesetz reagirt ja gerade mit der Ungültigkeit wider das in fr. legis agere. Dasselbe ist ja immer, wie Thöl bereits treffend hervorgehoben „ein Versuch“. Ist also diese Formulirung incorrect, so liegt Rittners Ausführungen vielleicht der Gedanke zu Grunde, daß in den Fällen der Ungültigkeit man des Gesichtspunktes des in fr. legis agere entrafen könne, daß man mit dem contra legem agere völlig auskomme. Daß die Praxis vielfach derartige Fälle einfach als contra legem behandelt hat, ist gewiß. Aber wenn wir auch damit in praxi unser Auskommen finden mögen, so ist es theoretisch doch nicht richtig. Gerade solche Fälle, wo es nicht unumgänglich nöthig war, sich auf den Standpunkt des in fr. leg. agere zu stellen, haben mit dazu beigetragen, daß man auch in Fällen, wo es unumgänglich nöthig ist, diesen Gesichtspunkt aus den Augen verloren hat, um durch falsche Deductionen zu einem praktisch richtigen Resultate zu gelangen. Derselbe eben angedeutete Gesichtspunkt: es werde das österreichische Gesetz angewendet und danach sei das factum contra legem, scheint mir auch Ungers Auffassung zu Grunde zu liegen, wenn er (System I. S. 190. Anm. 118) eine zwischen Christ und Jüdin ohne Veränderung des Wohnsitzes in Oesterreich, aber nach erlangter ausländischer Staatsbürgerschaft im Ausland abgeschlossene Ehe für ungültig erklärt und dem beifügt: „Mit dem Grundsätze des in fr. legis agere käme man in diesem Fall nicht aus.“

könnte, oder aus einem anderen Grunde, z. B. um sich in einem fremden Staate ansässig zu machen, oder eine Stellung in demselben einzunehmen, bleibt sich vollkommen gleich. Es ist in beiden Fällen so wenig eine Gesetzesumgehung, wie wenn Jemand, um seinen Erben Gebühren zu ersparen, sein Vermögen bei Lebzeiten verschenkt; in beiden Fällen übt der Betreffende eben nur ein ihm vom Gesetze gewährtes Befugnis, in einer bestimmten Art eine Ehe einzugehen, beziehungsweise sein Vermögen auf Jemanden zu übertragen, aus.“

Es läßt sich natürlich nicht feststellen, wie weit für Fuchs gerade seine falsche Vorstellung vom in fr. leg. agere maßgebend war, ihn zu der Lehre zu drängen, die siebenbürgischen Ehen seien keine Gesetzesumgehung. Daß aber diese Auffassung, ein Scheingeschäft gehöre zu den essentiellen Erfordernissen der Gesetzesumgehung, Einiges dazu beigetragen haben wird, scheint mir wahrscheinlich. Und deshalb habe ich hier die siebenbürgische Ehen zur Sprache gebracht, weil sie nach dieser Seite hin ein Beleg dafür sind, wie wichtig es ist an der Erkenntnis festzuhalten, daß zum in fr. leg. agere nicht nothwendig ein Scheingeschäft gehört.

Was die verschiedenen, mit mehr oder minder Vorsicht eingegangenen Formen der siebenbürgischen Ehen betrifft, so verweise ich diesfalls auf die eingehende Darstellung bei Fuchs.

Ich will nur noch, da ich in den siebenbürgischen Ehen eine Gesetzesumgehung erblicke, einen Fall, bei welchem der Satz in fr. leg. = contra legem anzuwenden ist, den von Fuchs sog. Normalfall auf die Frage: Gesetzesumgehung oder nicht untersuchen. Ist der Normalfall, d. h. der mit allen denkbaren Vorsichtsmaßregeln abgeschlossene, eine Gesetzesumgehung, so sind es umsonst auch die übrigen Fälle.

Der Fall der größten Vorsicht umfaßt nach Fuchs folgende Momente:

1. Scheidung der Ehe des Eheverbers oder beider Eheverber von Tisch und Bett durch das staatliche Ehegericht.

2. Übertritt beider Eheverber, oder wenn einer derselben bereits Protestant ist, nur des katholischen Theiles zum evangelischen Bekenntnisse A. B. oder H. B. oder zum unitarischen Bekenntnisse, und Eintritt des bereits verheiratet gewesenen Eheverbers in die betreffende Kirchengemeinde.

3. Erwerbung der ungarischen Staatsbürgerschaft durch beide Eheverber oder, wenn ein Theil ohnedies schon ungarischer Staatsbürger ist, bloß durch den einen Eheverber (gewöhnlich durch Adoption).

4. Trennung der geschiedenen Ehe oder, wenn beide Eheverber bereits verheiratet waren, der beiden Ehen durch das Ehegericht der betreffenden Religionsgenossenschaft auf Grundlage des Scheidungserkenntnisses.

5. Trauung beider Theile in Ungarn.

Wenn Fuchs<sup>14)</sup> (S. 184) lehrt: „Man hat die Gesetzesumgehung — und diese Anschauung kommt insbesondere in Urtheilen zum Ausdrucke — darin finden wollen, daß die betreffenden Eheverber zwar die österreichische Staatsbürgerschaft, aber nicht ihren Wohnort in Oesterreich aufgeben. Aber

14) Die sogenannten siebenbürgischen Ehen.

auch dies ist keine Scheinhandlung<sup>15)</sup>, denn Staatsbürgerschaft und Wohnort sind ganz verschiedene Dinge etc.,“ so muß ich erklären, daß ich mich diesfalls mit den österreichischen Gerichten in Einklang befinde. Daß Fuchs entgegenstehender Ansicht ist, hängt mit seiner Auslegung des §. 34 a. b. G. B. zusammen. Er ist nämlich der Ansicht<sup>16)</sup>, daß die persönliche Fähigkeit jedes Eheheiles zu Abschluß der Ehe nach den Gesetzen des Staates beurtheilt werden müsse, dessen Staatsbürger der betreffende Eheheil ist. Nun lautet aber §. 34: „Die persönliche Fähigkeit des Fremden zu Rechtsgeschäften ist insgemein nach den Gesetzen des Ortes, denen der Fremde vermöge seines Wohnsitzes, oder wenn er keinen eigentlichen Wohnsitz hat, vermöge seiner Geburt als Unterthan unterliegt, zu beurtheilen; insofern nicht für einzelne Fälle in dem Gesetze etwas Anderes verordnet ist.“ Hiernach ist die Ehefähigkeit des so zum Ungarn gewordenen, in Oesterreich domicilirenden Nupturienten nach dem Gesetze seines Domicils zu beurtheilen.<sup>17)</sup> Das Domicil hat er aber in Wahrheit in Oesterreich; denn nur zum Abschluß der Ehe halten sich die betreffenden Paciscenten in Ungarn auf.

Für die österreichische Gesetzgebung ist die entscheidende Erwägung die: Wer sein Domicil aufgibt, der zeigt, daß es ihm Ernst ist, daß er wirklich mit dem Rechte seines Heimatsstaates nicht auszukommen vermag; wer in einem andern Staate seinen bleibenden Aufenthaltsort wählt, dem kann nicht vorgeworfen werden, er habe die einheimischen Gesetze umgehen wollen. Daß er, um öffentlich-rechtlichen Conflicten auszuweichen, auch die ausländische Staatsbürgerschaft meistens in derartigen Fällen wird erwerben müssen, ist für uns von untergeordneter Bedeutung.<sup>18)</sup>

Maßgebend ist also in derartigen Fällen das Recht des Wohnortes, und dieser ist in Oesterreich gelegen. Danach sind solche Ehen als ungültig zu betrachten; sie sind aber auch in fraudem legis<sup>19)</sup>, wenn es auch richtig

15) Neuer Beleg für das oben über Fuchs' Auffassung vom in fr. leg. agere Gesagte.

16) S. 107. a. a. D. hierin in Übereinstimmung mit von Bar Das internationale Privat- u. Strafrecht. Hannover 1862. §. 30.

17) Siehe diesfalls Unger I. S. 164. Pfaff und Hofmann Excursus über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht. Beilagen zum Commentar. I. Bd. 1. Heft. S. 105 ff. Singer Beiträge zum österreichischen Eherecht, Gerichtszeitung von 1877. Nr. 77—84; insbes. Nr. 80. 83.

18) Wer aber nur „auf einige Zeit sich der Staatsbürgerschaft entäußert“ (Worte des Minist.-Erlasses vom 22. October 1879 Z. 9482), wer nur vorübergehend sein Domicil in Ungarn genommen, dem war es nicht Ernst; der hat

zwar nicht eine Scheinhandlung vorgenommen, aber aus seiner sofortigen Rückkehr ergibt sich, daß er das Gesetz umgehen wollte. (Auf den obcitirten Minist.-Erlaß stützt sich vorzüglich Dfner [Recension über Fuchs sogenannte steinbürgische Ehen in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht 17. Bd. S. 175], der in diesen Fällen richtig von Gesetzesumgehung spricht).

19) Selbstverständlich ist hiebei nur an Fälle gedacht, wo sich, zumeist aus concludenten Handlungen, ergibt, daß die betreffende Partei ihr Vorgehen selbst nicht für ein correctes hält, sondern überzeugt ist, daß es ihr hiedurch gelingt, dem Gesetze ein Schnippen zu schlagen. Dies wird nicht so selten sein; jedem Laien fällt es auf, daß ein großer Apparat mit zahlreichen sonst bei Eheschließungen ganz entbehrlichen Vorrich-

ist, daß man auch ohne Anwendung dieses Gesichtspunktes zu dem Resultate der Ungültigkeit gelangt. Es ist nämlich gehandelt in fraudem der §§. 34 u. 111 a. b. G. B., indem auf Grundlage falscher Interpretation ein Thatbestand gesetzt wird, den das Gesetz angeblich nicht umfassen soll. Durch das Aufgeben der österreichischen Staatsbürgerschaft bezw. das Trennungserkenntnis soll der Anschein erweckt werden, als ob der in fr. leg. Handelnde nicht mehr Unterthan im Sinne des §. 34 a. b. G. B. und nicht mehr verheiratet wäre.

Im römischen Rechte sind uns ähnliche Fälle<sup>20)</sup> nicht erhalten; indessen hat die bis zum Erscheinen des syrisch-röm. Rechtsbuches so allgemein angenommene Rechtseinheit (insbes. seit Caracalla) bedeutende Stöße erhalten und man kann heute nicht sagen, wie weit unsere diesbezüglichen Anschauungen noch weiter modificirt werden müssen, wenn das neuestens von Mitteis Reichsrecht und Volksrecht betretene Gebiet völlig erschlossen sein wird.

#### §. 14. Das sogenannte in fraudem legis domesticae agere und Ähnliches.

Eine bedeutende Erweiterung oder Verengung des Begriffes des in fr. legis agere müßte wol in den Definitionen, welche die einzelnen Schriftsteller geben, hervortreten, je nachdem dieselben ein sogenanntes<sup>1)</sup> in fr. legis domesticae agere anerkennen oder leugnen.<sup>2)</sup> In der That aber blieben die Definitionen von diesem Streite gänzlich unberührt. Dieselben lauten — meist Paraphrasen der Legaldefinitionen — gleich, ob der Autor auf dem einen oder anderen Standpunkte steht.

Es genügt aus der reichen Fülle von Literatur bloß einige Repräsentanten der beiden hier vorzüglich vorgetragenen Ansichten hervorzuheben.

Zuvörderst jedoch die Bemerkung: Die einen unter den Schriftstellern treten für die Möglichkeit des in fr. legis domesticae agere ein, während die andern sie zu leugnen scheinen. — Die Frage, ob es möglich sei in fr. legis domesticae zu handeln, wird immer im Zusammenhange mit der Frage nach dem örtlichen Geltungsgebiete der Gesetze behandelt. Und das mit Recht; indem aber Wächter<sup>3)</sup> die Theorie vertritt, daß für die materielle Gültigkeit eines im Ausland geschlossenen Geschäftes das Gesetz des Klagortes im allgemeinen entscheidend ist, fällt natürlich von diesem Standpunkte aus die Frage nach dem in fr. legis agere weg, soweit es sich nicht um die formelle Seite, d. h. die Form des Geschäftes, handelt.

maßregeln angewendet wird, und er zieht unsicher den Schluß, daß das Vorhaben kein völlig correctes sein könne.

20) Bez. des Domicilwechsels, bez. der Ernstlichkeit des Vorgehens brauche ich beispielsweise bloß auf l. 34 (33) §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5 zu verweisen.

1) Daß dieser Ausdruck mittelalterlich ist, leuchtet auf den ersten Blick ein.

2) Darüber, daß manche Schriftsteller „mit der Formel ‚in fraudem‘ einen an's Absurde grenzenden Mißbrauch getrieben haben“ siehe Schaeffner Entwicklung des internationalen Privatrechts. Frankfurt a. M. 1841. S. 85.

3) Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, im Archiv für die civ. Praxis. Bd. 25. S. 412 ff. (Heidelberg 1842.)

Daß nun für die Frage der Form Wächter den Begriff des in fr. legis domesticæ agere leugnet, ist selbstverständlich; denn daß es gestattet ist ins Ausland zu gehen, um dort ein erlaubtes Geschäft unter angenehmeren oder billigeren Formen abzuschließen, wird wol jedem nicht von fiscalischen Gesichtspunkten geleiteten Menschen einleuchten.

Ich habe Wächter genannt, weil er m. W. der erste war, der mit voller Entschiedenheit dem Begriff des in fr. legis domesticæ agere entgegentrat.<sup>4)</sup> Aber es ist auch klar, daß er dies vom Standpunkt seiner Theorie aus thun mußte. Wächter gibt nur in dem Falle die Möglichkeit eines agere in fraudem legis domesticæ oder wie es bei Lauterbach<sup>5)</sup> heißt „in fraudem juris patriæ“ zu, falls „das inländische Gesetz die Beobachtung der Formen des Auslands bei einem im Ausland errichteten Geschäft bloß für Nothfälle erlaubt und nun der Inländer, um sich der auswärtigen Form bedienen zu können, einen Nothfall fingirt.“<sup>6)</sup>

Nur nach dieser Seite, ob die Formvorschrift des Inlandes vermieden werden darf oder nicht, behandelte Wächter die Frage nach der Möglichkeit des in fr. legis domesticæ agere und verneinte dieselbe. Ihm folgt neuestens auch von Bar<sup>7)</sup>. Während aber Wächter bloß den Fall der Vermeidung einer im Inland geltenden Formvorschrift in's Auge faßt, hat Bar, und ihm folgend Barthelmes, das in fraudem legis domesticæ agere nicht nur nach der von Wächter mit Recht gelegneten Seite als nicht möglich bezeichnet, sondern seinen Ausdrücken nach es überhaupt in Abrede gestellt; er findet, daß in einem solchen Falle eine Rechtsverletzung nicht vorliegt, da das im Ausland geschlossene Geschäft dem Wirkungsbereich des inländischen Rechtes überhaupt nicht angehöre. Ein solcher Fall gehöre eben örtlich nicht unter das inländische Recht, wie ja auch „das zur Umgehung eines bereits publicirten, aber noch nicht in Kraft getretenen Gesetzes abgeschlossene Geschäft zeitlich nicht unter die Wirksamkeit des Gesetzes“ gehöre.<sup>8)</sup> Die Literatur vor Wächter, die ein in fr.

4) Siehe auch Savigny System VIII. S. 358, der nach den gewählten Beispielen auch nur an Formvorschriften des Inlandes denkt.

5) Colleg. theor. pract. Lib. XXVIII. Tit. 1. §. 27.

6) Worte des Urtheiles des O. A. G. zu Oldenburg vom 4. Jänner 1859 (Seuffert Bd. 19 Nr. 6), in welchem entschieden wird, ob ein nach der Form des ausländischen Rechtes im Ausland errichtetes Testament deshalb ungültig sei, weil der Testator ausdrücklich erklärt hatte (im Testament), daß er sich behufs der Testamenterrichtung in's Ausland begeben habe.

7) Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts 2. umgearb. Auflage des internationalen Privat- und Strafrechts I. Bd. Hannover 1889 S.

350 ff. Siehe auch insbesondere die Ausführungen auf S. 470 ff. Eheschließung im Ausland in fr. legis? und S. 223 ff. Naturalisation in fr. legis? Vgl. hierzu S. 250, 490 ff., 542. Siehe auch II. Bd. S. 327. Bei Bar findet sich insbesondere auch die französische, englische und nordamerikanische Theorie und Praxis verzeichnet. Siehe auch Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechts I. Bd. §. 31. Die beiden von Bar citirten Werke: Laurent Le droit civil international und Wharton A treatise on the conflict of laws or private international law waren mir leider nicht zugänglich.

8) Über diesen letzteren Punkt, den zuerst Unger System I. S. 57 erörtert hat, ist wol weiter kein Wort zu verlieren. Die Anwendung des Grundsatzes in fr. leg. = contra legem auf

legis domesticae annahm<sup>9)</sup>, scheint dasselbe dahin verstanden zu haben, daß einer inländischen Formvorschrift ausgewichen werde. Es hing dies mit der ganzen damals herrschenden Theorie der *statuta personalia, realia, mixta*, und der Lehre vom „*locus regit actum*“ zusammen. Wenn man die, immer nur im Zusammenhang dieser Lehren, gemachten Bemerkungen über das in *fr. legis domesticae agere* liest, so findet man (so z. B. bei Weber l. c. §. 62, Schweppe Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung I. Bd. §. 20 a.) immer nebst dem Satze über das in *fr. legis domesticae agere* auch einen Satz, der sehr dafür spricht, daß selbst bei der allgemeinsten Fassung über das in *fr. legis domesticae agere* doch nur an die Formvorschriften gedacht ist, weil ja sonst der andere Satz wirklich nur eine Tautologie enthielte. Ich verweise diesbezüglich beispielsweise auf Schweppe (auch Thibaut gehört hieher), der ausführt: „Gesetze des Auslandes wenden die Römer niemals bei sich an; bei uns handelt man weltbürgerlicher und läßt die eines anderen Staates gleich denen eines anderen Bezirkes desselben Staates gelten, mit folgenden Einschränkungen: a) Daß die Parteien nicht in's Ausland gingen, um sich den einheimischen Gesetzen zu entziehen; b) daß nicht von Verhältnissen des öffentlichen Rechts die Rede ist, indem diese nicht über die Territorialgrenzen hinaus wirken; c) daß die Gesetze des Auslandes nicht etwas einräumen, was man im Inlande nicht duldet.“

Gerade das aber, was hier unter c) angeführt ist, würde m. E. mit Fug und Recht den Titel eines in *fr. legis domesticae agere* verdienen. Wenn sich jemand in's Ausland begibt, um einer Formvorschrift auszuweichen, dann liegt kein in *fr. legis agere* und daher auch kein in *fr. legis domesticae agere* vor. Wenn sich jemand in's Ausland begibt, um dauernd dort zu verbleiben, weil ihm die Schranken des inländischen Rechtes zu enge sind, so ist das ausschließlich seine Sache. Wenn er aber nur zum Abschluß eines Geschäftes das Ausland aufsucht — in Wahrheit also nur *ad hoc ut legis praeceptum evertat* [l. 16. D. de jure patron. 37. 14] — eines Geschäftes, das im Inlande verpönt ist, dann hat er m. E. in fraudem *legis domesticae* gehandelt. So sind ja beispielsweise bekanntermaßen „Eheverbote der Umgehung z. B. durch Eheabschluss im Auslande ausgelegt.“<sup>10)</sup>

Fälle, wo der Handelnde sich den Zeitraum bis zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes zu Nutze macht, wäre ein Sündigen gegen einen der obersten Grundsätze der Gesetzgebungspolitik: Gesetze wirken nicht zurück.

9) So sämtliche bei Wächter a. a. D., Weber Nat. Verbindl. §. 62, Bar a. a. D. Citirten und viele andere. Siehe auch Wiener Heineccius §. 98. Was Weber selbst betrifft, so drückt sich derselbe im Texte so allgemein aus, daß man bei ihm an einen weitem, nicht bloß auf die formale Seite des in *fr. leg. dom. ag.* beschränkten Begriff denken

könnte. Seine Citate jedoch, insbesondere das von J. Voëtius (vorzüglich widerum in den Worten, die den von Weber abgedruckten vorhergehen), scheinen doch dafür zu sprechen, daß auch er das in *fr. leg. d. m. ag.* im allgemein herrschenden Sinne auffaßte. Auch Thibaut 9. Aufl. ist nicht völlig klar.

10) Worte Endemanns (Über die civilrechtl. Wirkung der Verbotsgesetze) S. 26. Anm. 1, der also in solchen Fällen den Gesichtspunkt des in *fr. legis agere* angewendet wissen will: m. E. ließe sich auf solche Fälle sehr gut der Ausdruck in *fr. legis domesticae an-*

Einen interessanten Fall dieser Art und vielleicht einen der ersten, der literarische Bepfechtung erfuhr, erzählt Brinkmann (Wissenschaftlich praktische Rechtskunde. Eine Sammlung von Erörterungen aus dem Gesamtgebiete der in Deutschland geltenden Rechte. 1. Bd. Schleswig 1831. Aufsatz Nr. 4) unter der Überschrift: Darf ein einheimisches Gericht zur Umgehung ausländischer Gesetze hülfsreiche Hand leisten? Der Fall ist folgender: „Ein Engländer erichien in einer hannöverschen Stadt und erwarb in einem benachbarten hessischen Flecken ein Landhaus, welches er nicht bezahlte, ja der Eiguer des Hauses bewohnte dasselbe nach wie vor. Plötzlich kehrte der Engländer nach seiner Heimat zurück mit einem Ehescheidungsbrief in der Tasche. Nach englischem Rechte können nun Ehegatten aus gewissen Gründen zwar von Tisch und Bett geschieden werden; allein eine richterliche Auflösung des ehelichen Bandes, wenn die Ehe gültig geschlossen ist, findet nicht statt. Nur durch eine Parlamentsacte wird die eigentliche Ehescheidung möglich. Das deshalb einzuschlagende Verfahren ist jedoch weiltäufig und kostspielig. Ueberdies wird einzig der Ehebruch als parlamentarische Scheidungsurache anerkannt. Der Engländer hatte in Hessen ein Domicil durch Ankauf des Hauses erworben, klagte nun gegen seine Gattin, die in England geblieben war, wegen bösslicher Verlassung und brachte nach Insinuation der Klage die Antwort seiner mit ihm einverstandenen Frau, daß sie sich niemals entschließen werde, sich wieder mit ihm zu vereinigen. Sogin erkannte das hessische Consistorium auf Ehescheidung.

Überzeugt, daß keine Ehescheidung würde erkannt worden sein, wenn das Consistorium von den Umständen gehörig unterrichtet gewesen, indem ich es als zweifelsfrei betrachte, daß die Wahl eines Domicils in der alleinigen Absicht, die Gesetze der Heimat zu umgehen, die Obrigkeit des neuen Domicils abhalten müsse, sich zum Spiel mit der Gerechtigkeit herzugeben und den widerrechtlichen Zweck zu fördern, habe ich bloß aufmerksam auf eine Handlung machen wollen, welche noch öfters eintreten könnte.“ — Der hier erzählte Fall ist insbesondere deshalb interessant, weil er beweist, daß solche Fälle im Anfang und gegen die Mitte unseres Jahrhunderts noch sehr selten gewesen sind. Was das Meritorische betrifft, so will ich nicht auf denselben näher eingehen; es genügt hervorzuheben, daß ich derartige Fälle im Auge hatte, wenn ich den Ausdruck in fr. legis domesticae agere für Umgehungen der Eheverbote durch eine Spazierfahrt in's Ausland gebrauchte.

Während also, so viel ich sehen konnte, in der civilistischen Literatur der Ausdruck in fraudem legis domesticae agere auf Vermeidung inländischer Formvorschriften angewendet wird — abgesehen von dem Falle der Fingirung des Nothfalles — ist derselbe in der criminalistischen Literatur auch im materiell-rechtlichen Sinne in Verwendung, so z. B. bei Marejoll (Das gemeine deutsche Criminalrecht. Leipzig 1856), der im §. 23 über

menben, um hervorzuheben, daß hier ein Rechtsfall nicht mittelst eines Rechtssages desselben Rechtssystemes umgangen wird, sondern, daß ein fremdes Rechts-

system in Bewegung gesetzt wird, daß sich also der Act nicht innerhalb eines einheitlichen Rechtssystemes abspielt.

den Umfang der Strafgesetze in Rücksicht der darunter begriffenen Personen, sagt: „... indem sich nachweisen läßt, daß der Handelnde durch das im Ausland verübte Verbrechen auch wirklich zugleich ein ihn verpflichtendes Strafgesetz seines eigenen Staates übertreten hat. Das ist unbedingt der Fall, wenn ein bleibender Unterthan des Staates während seines temporären Aufenthaltes im fremden Territorium dort eine Handlung begeht, welche als Verbrechen zunächst gegen seinen eigenen Staat gerichtet ist, denn seine besonderen Unterthanspflichten gegen den eigenen Staat und also auch seine Verbindlichkeit, die sich darauf beziehenden Strafgesetze zu achten, nimmt er sicher in das Ausland mit. Dasselbe gilt, nur freilich aus einem anderen Grunde, von allen denjenigen Übertretungen, welche erweislich in fr. legis domesticae im Auslande begangen worden sind.“

Hat es auch im röm. Recht die gleiche Erscheinung nicht gegeben oder genauer gesprochen, ist uns über dieselbe nichts berichtet, was bisher bekannt geworden, so hat es doch vielfach ähnliches gegeben. Das, was wir hier in fr. legis domesticae agere genannt haben, besteht in der Benützung der territorialen Rechtsverschiedenheit. — Die Ausnützung der auf demselben Territorium bestehenden Rechtsverschiedenheit betreffend die einzelnen Classen von Menschen ist aber im römischen Rechte durchaus nichts seltenes.

Einen typischen diesbezüglichen Fall überliefert uns Livius Lib. XXXV. cap. 7... et quod, quum multis fenebribus legibus constricta avaritia esset, via fraudis inita erat, ut in socios qui non tenerentur iis legibus, nomina transcriberent; ita libero foenore obruebant delictores.

Die Lex Sempronia vom Jahre 561 sah sich daher genöthigt, die römischen Creditgesetze auf die socii und das nomen Latinum auszudehnen, da man durch Vorschlebung eines socius oder eines dem nomen Latinum Angehörigen die römischen Wuchergesetze zu umgehen pflegte<sup>11)</sup>. Wenn die Gesetzgebung dagegen einschritt, so muß der Fall gewiß ein häufig vorkommender gewesen sein. Gleichzeitig bietet dieser Fall eine Wahrscheinlichkeit auch dafür, daß man im Jahre 561 noch nicht mit dem Gesichtspunkt in fr. leg. = contra legem vorging. Sicher ist ein solcher Schluss allerdings nicht. Wählt man ja auch heute noch lieber den Weg, eine Gesetzesumgehung dadurch zu verhindern, daß man ausdrücklich ein zweites verbietendes Gesetz erläßt; ein Weg, der praktisch gewiß sein Ziel erreicht, der aber m. E. theoretisch ganz und gar zu verwerfen ist, weil er ein in der Sache nicht begründetes Eingeständnis der Unzulänglichkeit des ersten

11) Siehe zu dieser Stelle Savigny System VIII. Bd. S. 78. Rudorff Röm. Rechtsgeschichte I. S. 48. Keller Institut. S. 82. Bar Das internationale Privat- und Strafrecht §. 2. S. 10. Thering Geist des röm. Rechts III. 1. Abth. S. 268. Krüger Geschichte der Quellen und Literatur des röm. Rechts, S. 115 Anm. 5. Mittels Reichsrecht und Volksrecht in den öst-

lichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. Leipzig 1891, S. 116 Anm. 3. Die schwierige Frage, warum die Wuchergesetze ursprünglich innerhalb des röm. Territoriums bloß auf römische Bürger eingeschränkt gewesen, berührt uns hier nicht. Über diesen Punkt siehe Savigny a. a. O.; Voigt Jus naturale IV. S. 177 und neustens die Hypothese von Mittels a. a. O.

Gesetzes enthielt, denn schon das erste Gesetz hat auch diesen Fall verboten und nicht nur verbieten wollen. —

Die „subjecta“ oder „interposita persona“ war aber ein überhaupt beliebtes Mittel, ein unliebsames Gesetz zu umgehen<sup>12)</sup>. An anderer Stelle ist einiger deraartiger Fälle gedacht. Hier mögen die nachstehenden erwähnt werden.

Es ist eine bekannte Thatsache, daß die lex Aelia Sentia bestimmte<sup>13)</sup>: *minori XX annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam ei vindicta apud consilium iusta causa manumissionis adprobata manumiserit*<sup>14)</sup>. Die Umgehung dieser gesetzlichen Bestimmung schützt uns l. 7 §. 1 D. qui et a quibus manumissi 40. 9<sup>15)</sup>: *Minor annis viginti cum servum manumittere vellet nec iustam causam ad consilium manumittendi haberet, tibi eum ut manumitteres, dedit: negavit eum Proculus liberum esse, quoniam fraus legi facta esset, und l. 4 D. de serv. exp. 18. 7<sup>16)</sup>: si minor viginti annis servum tibi in hoc vendiderit et tradiderit ut eum manumitteres, nullius momenti est traditio, quamquam ea mente tradiderit, ut cum viginti annos ipse explesset manumitteres: non enim multum facit, quod distulit libertatis praestationem lex quippe consilio eius quasi parum firmo restitit.*

Ferner l. 31 D. 31 (de leg. II): *Si quis quos non poterit manumittere, legavit, ut manumitterentur, nec legatum nec libertas valet*<sup>17)</sup>.

In all' diesen Fällen wird eine dritte Person vorgeschoben, bald durch emtio venditio, bald durch ein Legat, bald ohne eine ins Rechtsleben tretende äußere Veranlassung, um mit ihrer Hilfe das Gesetz zu umgehen.

Anderer höher gehörige Fälle sind enthalten in l. 82 D. de acquir. v. omitt. hered. 29. 2 und in l. 32 §. 3 D. ad SC. Vellej. 16. 1; die erstere Stelle lautet, soweit sie uns hier interessiert: „si servus ejus qui capere non potest, heres instituatur et antequam iussu domini adeat hereditatem manumissus alienatusve sit et nihil in fraudem legis factum esset, ipse admittitur ad hereditatem“<sup>18)</sup>. Durch die Vorschreibung des

12) Zur Lehre von der interposita persona siehe insbes. Scheurl Jahrb. f. die Dogmatik II. S. 21 ff. Jhering ebenda selbst S. 72. 73. Kohler Jahrb. f. die Dogmatik XVI. S. 146 ff. Aus den Quellen auch l. 2 C. plus valere 4. 32, l. 6 pr. C. de sec. nupt. 5. 9, l. 10 C. de distr. 8. 28, l. 1 C. de praed. decur. 10. 33. Im heutigen Recht ist einer der häufigsten auch hier gehörigen Fälle der, wo ein Winkeladvocat, um die Partei vertreten zu können, sich die Forderung scheinbar ebdiren läßt.

13) Gajus I. 38.

14) Bez. dieser Gesetzesbestimmung siehe die übrigen daselbe Gebot resp. Verbot enthaltenden Stellen der röm. Rechtsquellen bei Demelius: *Legum quae ad ius civile spectant Fragmenta.*

Vimariae 1857 insbes. l. 2 C. qui manum. non possunt 7. 11.

15) Zu dieser Stelle siehe nebst Gajus I. 36—41 und I. 47, Cujacius Comment. ad Salvii Juliani lib. II ad Urseium Ferocem (der Gesamtausgabe Bd. VI. S. 490), Jhering Geist III. 1. S. 258, Buchl Salvius Julianus S. 220.

16) Siehe hierzu Erglehen Die conditiones sine causa 2. Abth. Die cond. causa data causa non secuta pag. 117. 118; Buchl a. a. O. Cf. c. 4. C. qui manum. 7. 11.

17) Siehe zu dieser Stelle vorzüglich Donellus Comment. de jur. civ. Lib VIII. cap. XVI. §. 10, der ausdrücklich hier von „legatum in fraudem legis compositum“ spricht.

18) Siehe Cujacius Bd. V. p. 1180 D; Bd. VII. p. 985 D und Bd. VIII. p. 987 C.

Skaven als eingesezten Erben und durch die Freifassung bez. Veräußerung deselben wird der Versuch gemacht, das Incapacitätsgesetz zu umgehen.

Die l. 32 §. 3 D. ad Sct. Vellej. 16. 1<sup>19</sup>) lautet: Si mulier ne ipsa intercederet, alii mandaret ut id faceret, an in huius persona locus huic senatus consulto sit, qui rogatu mulieris id faceret? Totus enim sermo senatus consulti ad petitionem non dandam adversus ipsam mulierem spectat. Et puto rem ita esse distinguendam, ut, si quidem creditor, cui me obligavi mandante muliere, hoc in fraudem Scti egisset, ne ipsa interveniret contra Sctum, daret autem alium, excludendum eum exceptione fraudis Scti factae: si vero is ignorasset, ego autem scissem, tunc mandati me agentem cum muliere excludendum esse, me autem creditori teneri. Hier ist wortdeulich die Vorschreibung einer dritten, fähigen Person in Anwendung gebracht.

Was ich an dieser Stelle zeigen wollte, ist m. E. bewiesen. Wenn wir auch nicht Fälle anführen können, wo die Partei sich im alten Römerreich auf ein ausländisches Recht stützte, um die einheimischen Gesetze zu umgehen, so zeigen uns doch die angeführten Fälle, daß etwas ganz Ähnliches — die Ausnützung der verschiedenen personenrechtlichen Stellung — auch im alten Rom eine häufige Erscheinung war.

### §. 15. Einzelne Anwendungsfälle: Die Lex Licinia Sextia, Lex Julia et Papaea Poppia; Handeln in fraudem des Gesetzes und Handeln in fraudem eines Dritten.

Der älteste uns überlieferte Fall von frauduloser Gesetzesumgehung ist der des Licinius Stolo, ein Fall, bei dem wir sogar beinahe das Jahr angeben können, in welchem er vorgekommen sein muß<sup>1)</sup>. Das Licinisch-

An letzterer Stelle sagt er: „si non fraudandae ejus legis causa quae dominum incapacem facit, manumissus aut alienatus sit.“

19) Die von Noodt Comm. in Pand. pag. 355 und von Glück 14. Bd. S. 458 Anm. 66 zu unserer Stelle gemachten Bemerkungen sind in Bezug auf das in fr. leg. ag. gegenstandslos.

1) Nämlich zwischen den Jahren 367 und 357 v. Chr. (387 u. 397 a. u. c.). Denn daß der Multiproceß wegen Übertretung des von ihm selbst eingebrachten nach langjährigem Kampfe durchgegangenen Plebiscites dem Licinius im Jahre 397 u. c. gemacht wurde, ergibt sich aus Liv. 7. 16. Vgl. Lange Römische Alterthümer II. Bd. §. 127. In welchem Jahre dagegen die emancipatio des Sohnes zum Zweck der Umgehung des Gesetzes stattgefunden, läßt sich nicht genauer feststellen. Aus dem Zeitraum von 10 Jahren, der hier in Frage kommt, wissen wir bloß, daß

Licinius Stolo zweimal, nämlich 364 und 361 a. Chr. n. Consul gewesen sei. Obwohl die mir bekannt gewordenen Quellen über das Alter des Sohnes nichts enthalten, so scheint mir doch eine große Wahrscheinlichkeit dafür zu sprechen, daß der Sohn zur Zeit, als Licinius ihn freiließ, ungewöhnlich jung gewesen sein muß. Bei den damals herrschenden Sitten darf man jedoch nicht etwa sich im kindlichen Alter stehend denken. Diese sogen. Jugend fiel nun auf und bot die Handhabe zum Nachweis, daß es dem Licinius zwar nicht „an dem für die juristische Würdigung allein in Betracht kommenden rechtlichen Willen, wol aber an der echten ethischen Gesinnung fehlte“, „daß er die Emancipation nicht ihrer selbst willen vornahm, sondern wegen secundärer daran geknüpfter Vorteile“ (Fhering II. 2. Abth. S. 555). Über die falsche Auffassung, welche z. B. Duarenus von diesem Falle hat, siehe oben S. 28.

Sertische Gesetz vom Jahre 387 a. u. c. (367 a. Chr. n.) de modo agri et pecoris bestimmte den Grundherren und Herdenbesitzern ein Maximum von 500 jugera für den Grundbesitz, von 100 Stück Großvieh und 500 Stück Kleinvieh für den Herdenbesitz. Auf die weiteren Bestimmungen einzugehen, ist für unsere Frage unnötig.

Diese lex quae vetat plus D iugera habere civem Romanum (Varro de re rust. I. 2 §. 9) war eine lex imperfecta „wie die meisten damaligen Gesetze, die noch nicht die Privatfreiheit absolut zu beschränken wagten“ (Huschke, Über die Stelle des Varro von den Liciniern, S. 15, Anm. 33). Bekanntlich wurde sie von einem ihrer Urheber selbst, nämlich von Licinius dadurch umgangen, daß er seinen Sohn emancipirte, was uns Livius im VII. Buche, Cap. 16 in sine folgendermaßen berichtet: eodem anno C. Licinius Stolo a M. Popillio Laenate sua lege decem millibus aeris est damnatus quod mille iugerum agri cum filio possideret, emancipandoque filium fraudem legi fecisset und übereinstimmend Plinius 18. 4 (3): quippe etiam lege Stolonis Licinii incluso modo quingentorum iugerum et ipso sua lege damnato, quum substituta filii persona amplius possideret.

Was nun die so oft ventilirte Streitfrage betrifft, ob unter den iugera agri bloß die Antheile am ager publicus zu verstehen seien (Niebuhr, Savigny, Lange<sup>2)</sup>), neuestens auch Karlowa, Röm. Rechtsgesch., S. 125), oder ob Huschke's Ansicht die richtige ist, es sei darunter sowohl das Grundeigenthum, als auch der Besitz am ager publicus gemeint<sup>3)</sup>, oder ob endlich Buchta beizustimmen sei, der unter ager bloß das Grundeigenthum versteht<sup>4)</sup>, so ist ihre Beantwortung, so wichtig sie im übrigen ist, für unsere Frage nicht von entscheidendem Gewicht. Mag die eine oder die andere oder die dritte Anschauung richtig sein, in allen Fällen ist doch der Gesichtspunkt, von dem das Gesetz ausging, im wesentlichen der gleiche: die Anhäufung allzu großen Grundbesitzes in einer Hand sollte rückgängig gemacht werden, wofür m. E. die Fassung bei Livius zu sprechen scheint: quod mille iugerum agri cum filio possideret emancipandoque filium fraudem legi fecisset. Licinius besaß 1000 iugera. Um nun nicht die zweiten 500 veräußern zu müssen, entließ er den Sohn aus seiner väterlichen Gewalt, während factisch, trotz der rechtlich correcten Freilassung, sich im Verhältnis zwischen Vater und Sohn nichts geändert hatte. Licinius wollte also, wie dies insbesondere Huschke ausführt, seinen bereits vorhandenen Besitzstand wahren und nicht genötigt sein, den Überschuß von 500 jugera an Ärmere — natürlich gegen billiges Entgelt, da durch das große Angebot damals die Grundstücke im Preise bedeutend gesunken sein mußten — zu verkaufen. War es auch einerseits Zweck der lex Licinia Sextia, den verarmten Volksklassen auf die eben erwähnte Weise die Möglichkeit zu bieten, wieder zu Grundbesitz zu gelangen, so dürfte sie dies doch andererseits nicht durch eine allzu schwere Schädigung der Besitzenden

2) Röm. Geschichte Bd. 3. S. 13 ff. Recht des Besitzes 7. Aufl. §. 12 a S. 199 Note 1. Röm. Alterthümer I. §. 78 S. 575 ff.

3) Huschke über die Stelle des Varro von den Liciniern S. 3 ff.

4) Buchta Curjus der Institutionen 8. Aufl. bes. von Paul Krüger S. 118 ff.

haben erreichen wollen. Das wäre aber der Fall, wenn die Fuschke'sche Ansicht als richtig angenommen wird, ohne daß in der lex ein Zeitpunkt angegeben ist, bis zu dem es noch gestattet sein soll, mehr als 500 jugera zu besitzen. Denn fehlt ein derartiger Termin, und hätte sonach das plus sofort veräußert werden müssen, so hätte das Angebot so kolossal werden müssen, daß die Preise ganz sabelhaft gedrückt worden wären, so daß, was den ager publicus betrifft, von einem auch nur annäherungsweise Ersatz für die gemachten Restorationen keine Rede hätte sein können. Von einem derartigen Termin, bis zu welchem das plus abgestoßen sein mußte, berichten uns die Quellen nichts. Ein Argument da für, daß das Gesetz ihn enthalten habe, könnte allenfalls in der erst 10 Jahre nach Erlaß des Gesetzes erfolgten Beurtheilung des Licinius gefunden werden; denn daß die Ubertretung erst so spät nach Erlaß des Gesetzes gerügt wurde, kann gar wol darin seinen Grund haben, daß ein z. B. 10jähriger Termin gegeben war, bis zu welchem das Gesetz durchgeführt, d. h. befolgt sein mußte. Sollte aber das Gesetz keine derartige Zeitbestimmung enthalten haben, also sofort durchgeführt worden sein, dann scheint mir darin ein gewichtiges Argument gegen Fuschke's Ansicht zu liegen; denn dann mußte in einem Moment der ganze Markt mit Grundstücksangeboten überschwemmt werden und die Verkäufer waren durch die niedrigen Preise wirtschaftlich unverhältnismäßig geschädigt. Nimmt man dagegen Niebuhr's Hypothese an, so erscheint diese Schädigung viel geringer, da ja das ganze Privateigenthum an Grundstücken außer Spiel bleibt.

Bekanntlich ist die sogen. lex Julia et Papia Poppaea ein Gegenstand häufiger Gesetzesumgehungen gewesen<sup>5)</sup>; insbesondere waren es die Bestimmungen über die Incapacität und Caducität, welche man im einzelnen Fall zu vermeiden trachtete. Zahlreiche Mittel wurden hier angewendet. Das beliebteste war entschieden das sog. tacitum fideicommissum an einen incapax<sup>6)</sup>. Die Gajanische Definition (l. 10 pr. D. de his quae ut indignis 34. 9) lautet: In fraudem iuris<sup>7)</sup> fidem accomodat, qui vel id quod relinquitur vel aliud tacite promittit restitutum se personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur, sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromiserit. Die Julianische Definition (l. 103 D. de legatis 30) lautet: In tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei, qui capere non potest<sup>8)</sup>. Das tacitum fideicommissum

5) Zu dieser ganzen Materie vgl. vorzüglich Heinemann ad legem Juliam et Papiam Poppaeam Commentarius Venetiis 1741 insbesondere III. 8. 1; Keller Institutionen. Leipzig 1861 S. 408 ff. und Fhering Geist III. 1 S. 256 ff.

6) Einem incapax konnte man natürlich auch auf solche Weise etwas hinterlassen, siehe L. 1. C. de delatoribus 10. 11: his enim prohibetur tacite relinqui, qui palam relictum capere non possunt.

7) Der Ausdruck ist identisch gebraucht mit in fr. legis. Siehe z. B. l. 27 D. de prob. 22. 3, l. 123. D. de leg. 30, l. 3 pr. D. de jure fisci 49. 14 u. a. m.

8) Siehe hierzu Cujac. Bb. VI. p. 443. Bez. des Begriffs der tacit. fideic. siehe auch l. 46. D. de hered. petitione 5. 3 und zu dieser Stelle insbes. Keller Instit. S. 408, sowie Franke Commentar über den Titel de hered. pet. S. 369 u. 396.

war eines der gefährlichsten Mittel zur Umgehung der Capacitätsgefetze; einerseits wegen seiner Verstecktheit, andererseits aber insbesondere deshalb, weil sich der rechtswidrige Erfolg so leicht auf diesem Wege in ein Rechtsgeschäft unter Lebenden kleiden ließ (Keller a. a. D., S. 411)<sup>9)</sup>.

Die dritte besonders wichtige Quellenstelle ist die l. 3 pr. D. de jure fisci 49, 14 von Callistratus: Non intelligitur fraudem legi fecisse, qui rogatus est palam restituere. Sed cum quidam testamento suo ita scripsisset: „vos rogo, ut in eo quod a vobis peti, fidem praestetis perque deum ut faciatis rogo“ et quaereretur, an id palam datum intellexeretur: Julianus respondit, non quidem apparere, quid ab heredibus ex huius modi verbis petitum est; quaeri autem solere, quando intellegatur quis in fraudem legis fidem suam accomodare: et fero eo iam decursum ut fraus legi fieri videatur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione et chirographo obligaret se ad praestandum ei qui capere non potest: ideoque dici posse ex supra dictis verbis non esse legi fraudem factam.

Nach der lex Julia et Papia Poppaea konnten caelibes und orbi weder im Testament als Erben eingesetzt werden, noch legata capere. Fideicommissa gab es damals noch nicht. Die laut Gajus<sup>10)</sup> Bericht, um den Peregrinen die Möglichkeit zu bieten, letztwillig bedacht zu werden, geschaffenen Fideicommissa<sup>11)</sup> wurden nun auch dazu benutzt, um caelibes und orbi letztwillig etwas zuzuwenden. Vor Gajus' Zeiten scheint dies auch den Juristen und dem Volke als ganz correct erschienen zu sein. Wenigstens sagt Gajus<sup>12)</sup>: Caelibes quoque qui per legem Juliam testamentarias hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse; item orbi qui per legem Papiam ob id quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Das Sctum Pegasianum machte dem allerdings ein Ende<sup>13)</sup>. Bis dahin aber scheinen die Fideicommissa zu Gunsten der caelibes und orbi nicht als ein Act fraudulöser Gesetzesumgehung betrachtet worden zu sein<sup>14)</sup>.

Wie die Stelle von Callistratus zeigt und insbesondere ferner die von

9) Siehe auch Paulus Sent. III. tit. V. §. 13.

10) II. 285; siehe auch pr. J. de fid. hered. II. 23.

11) Siehe auch Rein Das Privatrecht und der Civilproceß der Römer S. 812 und Vassalle System der erworbenen Rechte II. S. 100 ff. (2. Aufl. bes. von Lothar Bucher).

12) II. 286 u. 286a.

13) Vor dem SC. Pegasianum wurden die Incapacitätsgefetze auch durch mortis causa donationes im einzelnen Fall außer Wirksamkeit gesetzt. Dagegen wurde nun das Sct. Pegasianum erlassen (Gajus II. 286a. l. 87 de leg. 32. l. 35 pr. D. de mort. c. don. 39. 6).

Die Literatur über diese Stelle siehe bei Glück-Rühlensbruch Bd. 39 S. 184 Anm. 46.

14) An der von manchen älteren Schriftstellern, z. B. von J. Gothofred Fontes quatuor p. 349 gemachten Bemerkung: Die Fideicommissa seien erfinden worden, um hinderliche Verbotsgefetze zu umgehen, wird wol schon nach Gajus' Bericht kaum jemand festhalten. Wenn sich bei Rein Das Privatrecht u. der Civilproceß der Römer S. 812 eine ähnliche Bemerkung findet, so gebraucht er, wie der Zusammenhang beweist, den Ausdruck „umgehen“ in einem zu weiten Sinn, auch für die Weiterbildung des Rechtes.

Paulus herrührende l. 40 D. de jure fisci 49, 14<sup>15)</sup>, waren die Juristen über das was „palam“ und was „heimlich“ genannt werden kann, keineswegs einig, und hat sich der Begriff insbesondere auch dadurch entwickelt, daß in frauduloser Weise die interpretatio legis quae circa tacitum fideicommissum habetur zu umgehen versucht wurde, indem man sich an das Begriffsmerkmal „tacite“ hielt und durch andeutungsweise Erwähnung des auferlegten fideic. tacitum im Testament, die Qualität des „tacite“ in ein „palam“ verdrehen wollte.

Daß im Falle der Vater dem Sohne oder dem Sklaven ein tacit. fideic. auferlegt und falls der Patron ein solches freiwillig erfüllt, die sonstigen Folgen des tacitum fideicomm. nicht eintreten, berührt den Begriff nicht<sup>16)</sup> und soll, soweit es für unser Thema doch relevant ist, weiter unten eine Stelle finden.

Über das im höchsten Grad demoralisirende Delatorensystem, welches gefördert wurde, um die tacita fideicommissa zu eruiern und dem Fiscus auf diese Weise wenigstens einen Theil zu retten, siehe Keller Institut., S. 411 ff.<sup>17)</sup>.

Das tacitum fideicommissum war so eigentlich die Specialität, die sich zur Umgehung der Caducitätsbestimmungen der l. Julia et Papia Poppea gebildet hatte<sup>18)</sup>; man konnte aber natürlich diese Bestimmungen auch

15) Dieselbe lautet: Ita fidei heredis commisit: rogo fundum Titio des, de quo te rogavi; si Titius capere non possit, non evitabit heres poenam taciti fideicommissi; non enim est palam relinquere, quod ex testamento sciri non potest, cum recitatum est; quemadmodum nec ille palam dat, qui ita scribit: rogo vos, heredes, in eo quod a vobis petii, fidem praestetis. Immo in priore specie majorem fraudem excogitasse videtur qui non tantum legem circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis, quae circa tacitum fideicommissum habetur; quamvis enim fundum nominaverit, non tamen cognosci potest, de quo sit rogatus heres, cum diversitas rerum obscurum faciat legatum. Vgl. auch l. 123 §. 1. D. de legatis. 30 und l. 3 §. 1. D. de jure fisci 49. 14. Cujac. V. p. 1138. — Zur l. 123 §. 1. de leg. 30 siehe Cujac. VI. p. 615, 616.

16) Siehe diesfalls l. 10 §. 2 D. de his quae ut indignis 34. 9, l. 40 §. 1 D. de jure fisci 49. 14, l. 13 D. ad leg. Falc. 35. 2.

17) Die Vorschriften des Sc. Plancianum beziehen sich nur auf die Folgen des tacit. fideic., berühren uns also hier

nicht weiter. Daß man auch in ganz unschuldigen Fällen tacita fideicommissa wirtete, versteht sich bei dem großen Mißtrauen, das man jedem tacit. fideic. entgegenbrachte, von selbst. So warnt denn auch Papinian in l. 25 D. de his quae ut indig. 34. 9: es sei aus der Einsetzung des Schwiegervaters durch den Schwiegersohn nicht nothwendig auf ein tacit. fideic. zu Gunsten der Frau zu schließen. Siehe zu dieser Stelle bef. Hartmann in der Zeitsch. f. Rechtsgesch. Rom. Abth. V. S. 245.

18) Über das tacit. fideic. haben bekanntlich sowohl Paulus als Gajus selbständige kleine Schriften geschrieben. Siehe diesfalls einerseits die Inscription der l. 49 D. de jure fisci 49. 14 und der l. 229. D. de Verb. Sig. 50. 16, andererseits die der l. 23. D. de his quae ut indig. 34. 9. Darüber, daß sich das 83. Buch von Julian's Digesten ex professo mit dem tacitum fideicommiss. beschäftigte, siehe Cujac. Bd. VI p. 443. Daß sich auch über diese Materie gewiß einiges in den Werken von Valens, Pomponius, Paulus, Volusius, Marcianus und Ulpian über fideicommissa, sowie in Callistratus Institutiones de jure fisci gefunden haben wird, ist nicht zu bezweifeln.

in anderer Weise umgehen, so dadurch, daß der Erblasser im Testamente das über das erlaubte Maß Hinausgehende unter dem Titel einer noch ungetilgten Schuld, des Lohnes für geleistete Dienste, eines anvertrauten Depots zc., dem Bedachten zuwendete. Derartige Fälle finden sich in l. 27 D. de prob. 22, 3 und l. 37 §. 6 D. de leg. 32<sup>19</sup>). Der von Thering l. c. auf Grund von Gajus III. 100 angeführte Fall einer auf den Tod des Promittenten ausgestellten Stipulation verdient hier auch noch hervorgehoben zu werden. Erhalten ist uns m. W. kein Zeugniß über ein derartiges Vorgehen in fr. legis, so gewiß nicht zu bezweifeln sein wird, daß es vorgekommen ist. Daß die mortis causa donatio auch verwendet wurde, um die lex Julia et Pap. Pop., was ihre caduciarischen Bestimmungen betrifft, zu umgehen, bezeugt uns ausdrücklich l. 35 pr. D. de mort. c. don. 39. 6, sowie, daß ein eigenes SC. erlassen wurde, um diesem Unfug zu steuern: Senatus censuit placere, mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret<sup>20</sup>).

Ebenso kam auch hier die Vorschreibung einer dritten Person, nämlich des Slaven, vor<sup>21</sup>), der aber, da die Capacität des Herrn maßgebend ist, rechtzeitig manumittirt oder veräußert worden war<sup>22</sup>); oder man deponirte

19) Siehe hiezu Glück Pandekt. Bd. 21. S. 396 ff.

20) Siehe auch l. 37. D. h. t.; l. 12 D. de condict. causa data 12. 4; l. 1 §. 1. D. si quid in fr. patr. 38. 5. Die m. c. d. wurde von den röm. Juristen zweifellos deshalb dem Legate in vielen Fällen gleichgestellt, weil der Versuch gemacht worden war, auf dem Wege der m. c. donatio die gesetzlichen Vorschriften über die Legate zu umgehen. Siehe hierüber insbes. Haffe über die Schenkung Todes halber (m. c. d.) im Rheinisch. Museum II. 3. S. 355 ff.; v. Schröter in der Zeitschr. f. Civilrecht und Proceß II. Bd. über die mortis causa donatio S. 110 ff. Haffe Nachtrag zu meinem Aufsatz über die m. c. d. Rhein. Mus. III. 3. S. 378 ff. Die Frage, über welche Schröter und Haffe nicht völlig einig sind, indem nämlich ersterer dem Einfluß, den der Gesichtspunkt der Umgehung auf die Gleichstellung mit dem Legat gehabt, höher schätzt, als dies Haffe thut, ist für unsere Untersuchung von untergeordneter Bedeutung. Uns genügt, daß ein solcher Einfluß bestand.

21) l. 82. D. de acquir. hered. 29. 2. Siehe hiezu Cujac. VIII. p. 987 C. auch V p. 1180 D und VII p. 985 D.

22) Wenn Jacobus Gothofredus (Fontes Quatuor Juris Civilis [Genevae

1653]) p. 306 (siehe auch p. 348) lehrt: Fraus fit etiam huic legi, si filius familias incapax instituitur, etsi non sibi verum patri capaci adquirit und sich hierauf auf die l. 140 D. de verb. sig. 50. 16 beruft („cepisse quis intelligitur, quamvis alii adquisit“), so muß dem gegenüber bemerkt werden, daß, wie die von Lenel Palingenesia p. 1131 (Bd. I) zur l. 140 citirte l. 23 D. de m. c. d. 39. 6 beweist, im vorliegenden Falle folgendermaßen zu unterscheiden ist: Ist dem incapax zugebracht, so ist contra leg. gehandelt; ist dem pater zugebracht, so ist alles correct. Wo also eine fraus legis hierin stecken soll, ist unerfindlich. J. Gothofredus scheint überhaupt den Begriff der fraus legis so weit zu fassen, daß damit absolut nichts anzufangen ist; die Consequenz: in fr. leg. = contra legem würde er wohl nicht zu ziehen wagen. So findet er pag. 348 auch in dem in l. 29 D. de lib. leg. 34. 3 beiprochenen Fall ein agere in fraudem legis. Die Stelle lautet: Si is qui duos reos promittendi habet, damnaverit heredem, ut utroque liberet, si alter ex his capere non possit nec socii sint, delegari debet is, qui nihil capit, ei cui hoc commodum lege competit: cuius petitione utrumque accidit, ut et hoc commodum ad eum perveniat et is

das, was man zuwenden wollte, bei einer Mittelsperson, mit der Bestimmung, nach dem Tode des Gebers dem incapax das Depot auszufolgen; oder es erfolgte eine „Anweisung zur Auszahlung im gleichen Fall an den Schuldner, zu mehrerer Sicherheit verstärkt durch Zuziehung des Assignatars als correus stipulandi“. Diese beiden letztern von Zhering erwähnten Fälle — er bezieht sich auf l. 18 §. 2, D. de m. c. don. 39. 6 und andere Stellen desselben Titels, sowie auf l. 108 de solut. 46. 3 — sind gewiß vorgekommen. Ausdrücklich ist uns jedoch davon nichts in den Quellen gesagt, daß sie in fr. legis mißbraucht worden seien. Auch die von Zhering hervorgehobene Benützung der Bedingung — die Erbeinsetzung oder der Legat wird davon abhängig gemacht, daß der Eingesezte die gewünschte Leistung vornimmt, verspricht oder eidlich angelobt — oder das *legatum poenae nomine relictum* werden gewiß vorgekommen sein, um einen unerlaubten Effect auf einem Schleichweg zu erreichen. Bezeugt ist uns die Verwendung der Bedingung in nachstehenden Fällen:

1. Die *lex Papia Poppaea* bestimmte bekanntlich, daß die dem Erben oder Legatar auferlegte Bedingung der Ehellosigkeit zu streichen sei<sup>23</sup>). *Terentius Clemens* wirft nun in l. 64 §. 1 D. de cond. 35. 1 die Frage auf, wie die Sache stehe, wenn mit Rücksicht darauf, daß die Legatarin irgendwo anders als in *Arricia* nicht zu einer Heirat gelangen dürfte und der Testator die Bedingung dem Legate beigefügt „*si Arriciae non nubserit*“, was also praktisch auf die Bedingung der Ehellosigkeit hinausläuft. Der Jurist entscheidet: „*interpretandum ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum: legem enim utilem rei publicae, sobolis scilicet procreandae causa latam, adiuvandam interpretatione*“<sup>24</sup>). Daß Gleiche gilt natürlich für den Fall der l. 79 eod., wo dem Vater die Zuwendung unter der Bedingung gemacht wird, daß die Tochter nicht heirate. Hier ist nur noch die Vorschiebung einer dritten Person (des Vaters) in Anwendung gebracht. Daß sich all' die hier angeführten Fälle auf die absichtliche Betonung der Worte „Erbe“, „Legatar“ zc. zurückführen lassen, braucht wol nicht besonders hervorgehoben zu werden. Ein ähnlicher Fall der Benützung der Bedingung, um ein anzutwendendes Gesetz auszuschließen,

qui capit liberetur. Quod si socii sint, propter eum, qui capax est et ille capit per consequentias liberato illo per acceptilationem: id enim eveniret, etiamsi solum capacem liberare iussus esset. Worin nun hier, sowol im Fall als der incapax socius ist, als auch wenn er nicht socius ist, eine *fraus legis* gelegen sein soll, vermag ich nicht zu entdecken. — Über die Stelle selbst ist wol nach der eingehenden Erklärung durch *Keller* (*Vitiscontestation und Urtheil*, Zürich 1827 S. 454—462) weiter nichts zu bemerken. Siehe zu dieser Stelle auch noch *Rudorff* Über die *caducorum vindicatio* in der Zeit-

schrift f. gesch. Rechtsw. VI. Bd. (Jahr 1828) S. 405; *Glück Pandekt.* Bd. 39 S. 158 *Ann.* 95, insbes. auch die im Text hieran gefnüpften Ausführungen über das *capere posse* oder *jus capiendi* im engeren Sinn und die eigentliche Testamentsfähigkeit; *Salpius* *Novation und Delegation nach röm. Recht.* Berlin 1864 S. 38; *Salkowski* *Zur Lehre von der Novation*, Leipzig 1866 S. 120. 23) l. 62 §. 2 D. de cond. 35. 1, l. 63 eod. *Cfr.* l. 22, l. 72 §. 4, §. 5, l. 74, 77 §. 2, l. 79 §. 4, l. 96 §. 1, l. 100 eod.

24) Siehe zu dieser Stelle *Deenburg* *Compensation* 2. Aufl. S. 316.

ist in l. 27 D. ad leg. Falcid. 35. 2 enthalten. Die Stelle lautet: *Seius et Agerius si intra diem trigesimum mortis meae rei publicae nostrae caverunt, contentos se futuros tot aureis legis Falcidiae beneficio omissio heredes mihi sunt: quos invicem substituo. Quod si voluntati meae non consenserint exheredes sunt. Quaesitum est an heredes instituti hereditatem adire possint, si condicioni parere nolunt, cum habeant substitutos eadem condicione praescripta, respondit: Sejum et Agerium primo loco institutos perinde adire posse, ac si ea condicio, quae fraudis causa adscripta est, adscripta non esset<sup>25)</sup>.*

Man kann hier zunächst die Frage aufwerfen, ob diese Stelle wirklich etwas mit dem in fr. legis agere zu thun habe, ob nicht vielmehr fraus hier einfach „Nachtheil“ bedeute, der den Erben durch den Verzicht auf das benef. legis Falcidiae zugefügt werden soll<sup>26)</sup>.

Wenn wir uns aber vor Augen halten, was die Gesetzgebung mit der l. Falcidia ursprünglich bezweckte und wie wertlos das durch sie Bestimmte gewesen wäre, wenn eine solche Bedingung der Erbeinsetzung zulässig wäre, so müssen wir m. E. sagen: hier trifft eben der dem Erben zugefügte „Schade“ mit der gegen die Rechtsordnung gerichteten Umgehungsabsicht zusammen: die l. Falcidia ist in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt und infolge dessen sind die Erben geschädigt<sup>27)</sup>.

Bekanntlich war die äußere Veranlassung der l. Falcidia in den großen Kosten gelegen, welche der Krieg wider Sextus Pompejus verursachte. Zur Aufbringung dieser war in der l. Julia vicesimaria eine Erbschaftsteuer geschaffen worden auf testamentarische Erbschaften. Um nun zu verhüten, daß diese Steuer die Erben zum Ausschlagen der Erbschaft bewege, erging die l. Falcidia<sup>28)</sup>. Ob nun die lex Falcidia selbst ein Verbot des Verzichtbegehrens enthielt oder nicht, muß dahingestellt bleiben. Der uns überlieferte Wortlaut bietet diesfalls keinen Anhaltspunkt zu einer Entscheidung. Dafür spricht m. E. allerdings der Eingang des Cap. 2 der Nov. I: *Hinc nobis ingressa est cura et quaedam consideratio Falcidiae legis, quae etiam invitis testatoribus (si extendantur res per legata) praebet etiam retinere heredes, quantum eis impleat quartam substantiae.*

25) Daß nach späterem Recht es dem Erblasser gestattet war, den Abzug der falcidischen Quart zu untersagen, ist sicher (Nov. 1. cap. 2 §. 2. Auth. sed quum testator). Bestritten ist nur in der Literatur, ob ein ausdrückliches Verbot des Testators notwendig sei, oder ob es genüge, daß der Testator über mehr als  $\frac{3}{4}$  seines Vermögens verfügt habe, ohne sich über die Höhe seines Vermögens einem Irrthum hinzugeben. Siehe die diesfälligen Literaturnachweise bei Arndts Pandekten §. 566.

26) Spricht doch die lex Falcidia selbst von fraus in ihrem Satze: *Eis quibus quid ita datum legatumve*

*erit, eam pecuniam sine fraude sua capere licet* . . . .

27) Daß es sich in dieser Stelle um eine fraus gegen die l. Falcidia handelt, daß also in fr. legis gehandelt wird, nimmt schon Cujac. II. p. 1023 B an: *quod enim jus remittit, id etiam heres omittit impune. Cujus genus est . . . . et generaliter quaecumque caventur in fraudem legum. l. Sejusetc. Siehe auch IV. p. 1219 A; VII. p. 948 B u. p. 1069 A.*

28) Siehe die Anmerkung Rudorffs 300 zu §. 321 v. Buchta *Cursus der Institut.* 8. Aufl. besorgt von Paul Krüger.

Mag aber auch die 1. Falcidia einer derartigen ausdrücklichen Bestimmung entbehrt haben, so war doch „nach den römischen Juristen kein Verbot des Abzugs gültig“ (Puchta *Corpus der Institut.* §. 321).

Was thut nun — dem Gesetz, welches das Verzichtbegehren verbietet, resp. der Praxis der gewohnten Auslegung gegenüber — unser Testator? Er gebietet nicht, zu verzichten; er setzt nur unter der Bedingung ein, und zwar nicht unter der Bedingung, zu verzichten, sondern nur unter der Bedingung *si caverant, contentos se futuros tot aureis*<sup>29)</sup>, *legis Falcidiae beneficio omisso*. An das durch Gesetz oder Praxis herrschende Verbot des Verzichtes auf die 1. Falcidia klammert sich der Testator den Worten nach und verlangt allerdings einen Verzicht nicht. Offensichtlich aber ist der ganze Apparat nur auf eine wörtliche Auslegung der Gesetzesbestimmung, resp. der *interpretatio legis* zurückführbar.

Ein ähnlicher Fall ist uns in l. 7 D. de condic. institut. 28. 7 erhalten: *Si quis sub condicione heredes instituisset, si invicem cavissent se legata eo testamento relicta reddituros, placet remitti eis condicionem, quia ad fraudem legum respiceret, quae vetarent quosdam legata capere: quamquam et si cautum esset, in ipsa actione exceptione tuendus esset promissor*<sup>30)</sup>.

2. Der Fall, den uns Paulus in l. 6 §. 3 D. de jure patronatus 37. 14 berichtet, ist dieser *Si patronus libertam jurejurando adegerit, ut sibi nuberet, si quidem ducturus eam adegit, nihil contra legem fecisse videbitur: si vero non ducturus, propter hoc solum adegit, ne alii nuberet, fraudem legi factam Julianus ait et perinde patronum teneri ac si coegisset jurare libertam non nupturam*<sup>31)</sup>.

Daß die lex Aelia Sentia den Patron mit dem Verlust der patronatischen Rechte bestrafte, wenn er den Freigelassenen *jurejurando adegerit, ne uxorem ducat* oder die *liberta ne nubat*, ist bestimmt bezeugt.<sup>32)</sup> Um nun der *liberta* das Heiraten zu verwehren, ohne der patronatischen Rechte verlustig zu werden, läßt der Patron sie schwören, ihn zu heiraten, ohne jedoch je Erfüllung des Schwures zu verlangen; er hätte damit erreicht, was er wollte, denn einen andern darf sie nicht heiraten, daher ist es factisch ebenso, wie wenn er ihr *perpetuam viduitatem*<sup>33)</sup> auferlegt hätte, was gegen die 1. Aelia Sentia verstößt.

29) Auch eine besondere Schlaueit! Der Testator nennt eine Summe; den Erben kann es wol kaum in der vom Erblasser fixirten kurzen Zeit von 30 Tagen — man denke an eine verwickelte Erbschaft — möglich sein, völlige Klarheit darüber zu haben, ob ihre Position nicht eine günstigere ist, wenn sie sich mit den *tot aureis* begnügen, als auf die *lex Falc.* stützen. Natürlich habe ich hiebei von der ausdrücklichen *Exhereditatio* abgesehen.

30) Siehe hiezu Huschke in Vinde's

Zeitschr. XIV. Bd. über die *conditio jurisjurandi* S. 349.

31) Cf. l. 31 D. qui et a quibus 40. 9; l. 4 §. 5 Cod. VI. 4. Siehe hiezu Zimmern *Röm. Rechtsgech.* II. S. 635 Anm. 5; *Wüch. Zeitschr.* Bd. IV. S. 496; Keller *Institut.* S. 231. *Buchl. Salvius Julianus I. Theil* S. 242.

32) l. 6. l. 15. D. de jure patron. 37. 14. l. 3 §. 5. D. de suis et legit. hered. 38. 16. l. 24. D. de bonis libertorum 38. 2. l. 31. 32. pr. D. qui et a quibus 40. 9.

33) l. 31. D. qui et a quibus 40. 9.

Der *conditio jurisjurandi* wird in anderem Zusammenhange gedacht werden, so daß ich auf das dort Gesagte verweisen kann.

Ein anderer Fall der Umgehung der *lex Julia et Papia Poppaea* bezieht sich auf die von derselben getroffene Bestimmung: *ut ex bonis eius, qui HS nummorum centum milium plurisve patrimonium reliquerit, et pauciores, quam tres liberos habeat, sive is testamento facto, sive intestato mortuus erit, virilis pars patrono debeatur* (Gajus III. 42). Dieser Rechtsatz wurde in der uns in l. 16. D. de jure patron. 37. 14 berichteten Weise umgangen: *Si libertus minorem se centenario*<sup>34)</sup> *in fraudem legis fecerit, ipso jure non valebit id quod factum est, et ideo quasi in centenarii liberti bonis locum habeat patronus: quidquid igitur quaqua ratione alienavit, ea alienatio nullius momenti est. Plane si qua alienaverit in fraudem patroni, adhuc tamen post alienationem maior centenario remaneat, alienatio quidem vires habeat, veruntamen per Fabianam et Calvisianam actionem revocabuntur ea, quae per fraudem sunt alienata: et ita Julianus saepissime scribit eoque jure utimur. Diversitatis autem ea ratio est. Quotiens in fraudem legis fit alienatio, non valet, quod actum est: in fraudem autem fit, cum quis se minorem centenario facit ad hoc, ut legis praeceptum evertat. At cum alienatione facta nihilominus centenarius est, non videtur in fraudem legis factum, sed tantum in fraudem patroni; idcirco Fabiano vel Calvisiano iudicio revocabitur id, quod alienatum est*<sup>35)</sup>.

Der *libertus centenarius* macht sich also beispielsweise durch Schenkungen an seine Erben zu einem minor centenario, um dann dem Patron nichts hinterlassen zu müssen. Er klammert sich somit an das Wort und nicht an den Sinn, der in dem „centenarius“ liegt und richtet danach den Thatbestand ein.

34) Über den Begriff des centenarius siehe Institut. Tit. VII de successor. lib. §. 2 u. 3; ferner l. 4. §. 9 sqq. Cod. de bonis libert. VI. 4. — Zu dieser l. 16. D. de jure patr. 37. 14 vgl. insbes. auch l. 6. D. si quid in fr. patroni 38. 5. Dieselbe lautet: *Si libertus cum fraudare patronum vellet, filio familias contra senatusconsultum pecuniam crediderit, non erit inibenda actio Fabiana, quia libertus donare magis in hunc casum intellegendus est in fraudem patroni, quam contra Sctum credidisse.* Ich zweifle nicht, daß das „contra Sctum“ im vorliegenden Fall der weitere Begriff ist, der auch das in fr. Scti in sich faßt und daß mithin die Römer auch im Falle eines in fr. Scti gegebenen Darlehens so entschieden hätten. Die Stelle zeigt m. E. deutlich, wie man, wenn es irgend anging, unterließ mit dem Begriff des in fr. leg. agere zu operiren; denn wenn das

contra Sct. auch das in fr. umfaßt, so wäre für diesen Fall eine solche Argumentation möglich gewesen. Doch dies nur nebensächlich. Im Falle direct contra Sct. gehandelt ist, hätte man ja die Nichtigkeit eintreten lassen können; der Jurist entscheidet jedoch anders; er stellt alles auf die Absicht des Zuwiderhandelnden. Dieser wollte hier nicht dem Sct. Maced. zuwiderhandeln, er wollte vorzüglich den Patron schädigen; es kommt denn auch der diesbezügliche Rechtsatz zur Geltung. Ein subjectives Recht sollte verletzt werden, daher reagirt die Rechtsordnung nicht mit einem Mittel zum Schutze des objectiven Rechtes.

35) Siehe zu dieser Stelle nebst den anderwärts citirten Bemerkungen der Glosse auch: Cujacius I. p. 1259 D und VIII. p. 156; Donellus Lib. XIX cap. 12 (Wd. 12 p. 306 ff.); Büchel Civilrechtl. Erörterungen II. Bd. S. 19; Glück-Leist V. Bd. S. 551, 552.

3. Pfaff, In fraudem legis agere.

Die Stelle ist aber vorzüglich auch wichtig, weil sie eine Grenzlinie zieht zwischen dem in fr. legis agere und der Erscheinung, die von den römischen Juristen als „in fraudem patroni“ bezeichnet wurde. Bleibt der centenarius auch nach erfolgter alienatio noch immer centenarius, dann ist tantum in fraudem patroni gehandelt; nur dann ist in fr. legis gehandelt, wenn er absichtlich (ad hoc ut legis praeceptum evertat) sich zu einem minor centenario gemacht hat. Es wird also ausdrücklich hervorgehoben, daß beim in fr. legis agere es darauf ankomme, zu versuchen, das Gesetz nicht zur Anwendung kommen zu lassen, es gänzlich auszuschließen; während beim „in fraudem patroni“ das Gesetz doch zur Anwendung gelangt, wenn auch quantitativ sehr beschränkt. Sobald aber das Gesetz überhaupt zur Anwendung gelangt ist, ist das objective Recht nicht verletzt, sondern nur die subjectiven Rechte der Einzelnen, hier des Patronus.

Das Gleiche gilt auch beim in fr. creditorum facere. Betrachtet man die vielen, vorzüglich im Titel: quae in fraudem creditor. facta sunt, ut restituantur D. 42. 8 angeführten Fälle, so ist die Voraussetzung immer die, daß es zum Concurs kommt, daß die Gläubiger ihre Rechte an dem schuldnerischen Vermögen geltend machen und daß sich nun herausstellt, derselbe habe einzelne Stücke durch die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte den Gläubigern zu entziehen versucht. Es wird also auch hier das Gesetz zur Anwendung kommend gedacht, nur der Umfang wird vom betrügerischen Schuldner nach Thunlichkeit geschmälert. So finden wir denn einen principiell sehr wichtigen Punkt hierin: von einem in fr. legis ag. wird nur dann die Rede sein können, sobald das Gesetz überhaupt nicht zur Anwendung gelangen soll (nach dem Plane des fraudulos Vorgehenden); soferne aber das Gesetz auf den einzelnen Fall nach dem Plane des Fraudirenden doch zur Anwendung kommen soll, ist nur von einer Verletzung der subjectiven Rechte, nur von einem in fr. patroni oder in fr. creditorum facere die Rede.

Beim in fraudem creditor. und beim in fraud. patroni ag. ist also bloß das subjective Recht verletzt, während beim in fr. legis ag. eine Verletzung des objectiven Rechtes vorliegt. Dies der Gegensatz. Daß gleichwol Fälle vorkommen, in welchen sowol eine Verletzung des objectiven, als auch des subjectiven Rechtes enthalten ist, ergeben die Quellen unzweideutig z. B. l. un. C. de his qui potent. 2. 15. Darüber, daß in manchen Fällen, in denen man früher von in fraudem facere legi gesprochen hatte, später andere Ausdrücke substituirt wurden, siehe M. Voigt, Bedeutungswechsel, S. 118.

### §. 16. Fortsetzung: Sic lex Voconia. Sic sententia legis.

Pseudo-Quintilian Declam. 264 hat folgende Überschrift: Frans legis Voconiae. Ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum dare. Quidam duas mulieres dimidiis partibus instituit heredes. Testamentum cognati arguunt.<sup>1)</sup>

1) Über die Schickale, welche diese Stelle bei der literarischen Behandlung von Cuias | cius ab erfahren hat vgl. Bachofen die lex Voconia S. 9. 10. §. 2 u. S. 40 (§. 9).

Was den Inhalt der lex Voconia (aus dem Jahre 585 a. u. c.<sup>2</sup>) betrifft, so wissen wir mit Bestimmtheit, daß sie aus zwei Capiteln bestand; ob sich diesen nicht noch zwei weitere Capiteln anschlossen, ist bestritten.

Über den Inhalt des ersten Capitels berichtet uns Gajus II. 274: „mulier . . . ab eo, qui centum milia aeris census est per legem Voconiam heres instituta capere non potest. Über die Fülle von Schwierigkeiten, die sich an diese Stelle knüpfen, vgl. insbesondere Franz Kahn: Zur Geschichte des römischen Frauenerbrechts. Leipzig 1884 S. 26 ff. Hier ist vorerst nur das eine hervorzuheben, daß der Ausdruck „census“ in dem ersten Capitel der lex Voconia, wie es uns Gajus überliefert, zu divergenten Anschauungen Veranlassung gegeben hat. Bachofen (§. 8) ist der Ansicht, daß das erste Capitel der l. Voconia bloß auf Censirte und zwar in der ersten Classe Censirte Anwendung fand. Dagegen hat Kahn (S. 28), vielleicht angeregt durch die von Savigny a. a. D. S. 419 ff. diesbezüglich gemachten Bemerkungen, die Behauptung aufgestellt, es „dürfte schwerlich anzunehmen sein, daß dies der ursprünglichen Absicht des Gesetzes entsprach. Voconius selbst dachte wol nicht daran, den non census von seinem Gesetze excipiren zu wollen und der wahre Sinn seines Verbotes werde vielmehr gewesen sein: ein Weib soll nicht Testamentserbin Jemandes werden können, der 100000 Asse Vermögen hat.“ Daß zur Zeit Cicero's das Gesetz bloß auf den Censirten angewendet wurde, wie ja Cicero's Rede gegen Verres II. 1. 41 in der Sache des C. Annius Asellus beweist<sup>3</sup>), erklärt Kahn aus einer in Folge der Mißliebigkeit des Gesetzes durchgedrungenen, restrictiven Interpretation.

2) Vgl. hierüber Savigny über die lex Voconia (im I. Bd. der vermischten Schriften S. 409, 410) und die daselbst von ihm citirten Schriftsteller.

3) Siehe über diese Stelle auch Hasse a. a. D. S. 193 Anm. 22; Bachofen a. a. D. §. 7 S. 24 ff., Savigny a. a. D. S. 420 ff. Annius Asellus hatte seine Tochter im Testament zu seiner einzigen Erbin ernannt, und ihr einen gewissen Q. Annius substituirt. Die l. Voconia konnte hier nicht Platz greifen, da der Testator nicht censirt war. Verres wird nun beschuldigt, auf die lex Voconia sich berufend, edicirt zu haben, kein Weib dürfe zur Erbin eingesetzt werden, und dabei die Beschränkung auf censirte Testatoren weggelassen zu haben. Verres hat also in nachhinein eine zur Zeit der Erbinsetzung resp. des Todes erlaubte Handlung für unter das verbotende Gesetz fallend erklärt und so die Tochter um ihre Erbschaft gebracht. Treffend

bemerkt Bachofen S. 35, daß „Cicero es doch nicht hätte wagen können, die Anklage des Verres auf eine schuldvolle absichtliche Umgehung des Census von Seite der durch den Angeklagten Gemischhandelten zu stützen“; er ist überhaupt der Meinung, und auch hierin ist ihm beizustimmen, daß, weder vom Gesetzgeber selbst durch den Ausdruck „census“ eine Hintertür den reichen Römern zur Umgehung offen gelassen werden wollte, noch auch, „daß nur die List oder schuldvolles absichtliches Verschämen der Bürger den Mangel der Existenz des Census herbeiführen“ kann. (Siehe über die Schriftsteller, die vom Mangel des Censirtheins als von einem modus fraudandae legis sprechen, insbesondere Anm. 3 der S. 34.) Siehe weiterhin noch Rommens Abh. der königl. Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1863 S. 456 ff. und Huschke Zu der Grabrede auf die Turia im V. Bd. der Zeitschr. für Rechtsgeschichte S. 177.

Die Meinungsdivergenz besteht also zwischen Bachofen und Rahn nicht bezüglich des von Cicero besprochenen Falles (dieser ist vielmehr außer jedem Zweifel), sondern bezüglich der Zeit, ehe durch restrictive Interpretation — nach Rahn — die lex Voconia in ihrem Geltungsgebiete eingeschränkt worden war.

Und hier ist m. E. Bachofen beizupflichten, wenn er S. 31 ausführt: „Natürlich ist es . . . daß das Gesetz nicht schlechtweg den Besitz eines gewissen Vermögens, sondern zugleich die Constatirung desselben durch die Censorenlisten verlangte. Nur hierin mochte man eine Garantie für die Erfüllung der ersten Hauptbedingung sehen. So bildeten jene beiden, durch die Interpretation der römischen Juristen einander coordinirten Bedingungen, nämlich das Dasein des Vermögens und das Dasein des Censur, in der Idee des Gesetzgebers nur eine einzige.“ Bedenkt man ferner, wie sorgfältig in alter Zeit die Gesetze formulirt wurden, so scheint es mir um so unwahrscheinlicher, daß auf den vagen Ausdruck „wer so und so viel im Vermögen besitzt“ die ganze Frage abgestellt sein konnte. Berichtet doch auch Gajus den Ausdruck „census“. Und anzunehmen, daß Voconius den Ausdruck „census“ in seinem Gesetze gebraucht, und trotzdem nur an das Vorhandensein des Vermögens gedacht habe, scheint mir wol gänzlich unstatthaft. Mit der Aufstellung des Erfordernisses „census“ hatte die alte Gesetzgebung m. E. ein praktikables Kriterium geben wollen, wie dies ja moderne Gesetze, insbesondere Steuervorschriften, mit Vorliebe thun. So ist z. B. die Vorschrift, daß die Höhe gewisser Steuern des Einzelnen nach der Höhe des von ihm zu bezahlenden Miethzinses berechnet wird, ein insbesondere für Kaufleute meist zutreffendes Verfahren. Der Gedanke des Gesetzgebers ist in solchem Falle wol auch: es soll jeder nach seinem Vermögen (oder Einkommen) besteuert werden; als ein praktikables Kriterium zur Ermittlung der Höhe des Vermögens ist nun der Miethzins gewählt.

Wenn Rahn im Falle der lex Voconia sich mit der Frage beschäftigt, welches der Gedanke des Voconius als Gesetzgeber gewesen sei, so ist dies sowohl vergeblich, als auch überflüssig; der Gedanke, die Absicht des Gesetzgebers<sup>4)</sup> kann höchstens von Relevanz sein bezüglich der Auslegung der von ihm gewählten Ausdrücke in sprachlicher Hinsicht, falls er sich in dem Worte vergriffen haben sollte; im übrigen gilt in dieser Frage der treffliche Satz Thöls (Einleitung S. 60), „daß das Gesetz durch die Publikation sich von dem Gesetzgeber losreißt und nunmehr durch den systematischen Zusammenhang, in welchem seine einzelnen Rechtsätze zu einander und zu dem bereits geltenden Recht aufzufassen sind, so selbstständig als der publicirte Wille der gesetzgebenden Gewalt austritt, daß der Wille und die Einsicht des eigentlichen Verfassers des Gesetzes gleichgiltig wird.“<sup>5)</sup> Aber auch der Gedanke des Gesetzes, insofern darunter ver-

4) In diesem Falle ist also unter Voconius der gesetzgebende Factor, nicht die Privatperson Voconius gemeint.

5) Siehe hierüber insbes. neuestens Kohler Über die Interpretation von

Gesetzen in der Zeitschr. für das Privat- u. öffentl. Recht d. Gegenwart. XIII. Bd. S. 1 ff. Einen ähnlichen Gedanken spricht auch Sohm in der Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht der Gegen-

standen werden soll der Zweck, die Absicht des Gesetzes, seine Tendenz, ist m. E. für unsere Frage irrelevant. In dem obigen Beispiel der Besteuerung nach der Miethzinshöhe ist der Gedanke gewiß: Jeder soll nach der Höhe seines Vermögens resp. Einkommens besteuert werden; der Gedanke der *lex Voconia* (im Unterschied von dem Gedanken des *Voconius*) ist vielleicht auch der gewesen: wer 100000 Aße Vermögen hat, soll ein Frauenzimmer nicht zur Erbin einsetzen dürfen; aber im erstern Falle wählte der Gesetzgeber unter all' den möglichen praktikablen Kriterien des Vermögens die Höhe des Miethzinses; im letzteren das Censirtsein in der ersten Classe; das Gesetz will also hier gar nicht unbedingt, so oft das entsprechende Vermögen vorhanden ist, zur Anwendung kommen; die Wahl des betreffenden praktikablen Kriteriums zeigt, daß es glaubt, im allgemeinen das gewünschte Resultat zu erreichen, daß es auch weiß, es könne vereitelt werden, im erstern Falle durch die Aufnahme einer kleinen Wohnung, trotz großen Vermögens, im letzteren Falle dadurch, daß ein Zufall das Censirtsein des Testators verhinderte<sup>6)</sup>; so insbesondere falls innerhalb eines Lustrums Vater und Sohn starben und sohin letzterer, ohne hinterlistige Umgehung des Gesetzes Frauen zu Erbinnen einsetzen konnte. Daß derartige Fälle vorkommen können, weiß das Gesetz und da es nicht in seiner in und durch die Worte ausgedrückten Absicht liegt — diese letztere ist allerdings relevant — solche Fälle unbedingt unmöglich zu machen, so handelt derjenige, der trotz großen Vermögens eine kleine Wohnung nimmt, um dem Gesetz zu entgehen, nicht in fr. legis. Ganz anders liegt natürlich der Fall, wenn der Inhaber einer großen Wohnung sich darauf stützt, daß vom Miethzins die Rede ist, und durch ein Pactum mit seinem Vermiether die Sache nach außen so darzustellen weiß, als zahle er einen geringeren Zins, während er in Wahrheit einen sehr hohen entrichtet. Hier hat er durch ein auf wörtlicher Interpretation basirendes Scheingeschäft in fraudem legis gehandelt.

Dieser Fall steht auf derselben Stufe, wie der gleichfalls in praxi vorkommende, daß eine Privatunternehmung einem mit Exekutionen verfolgten Beamten dadurch hilfreich unter die Arme greift, daß sie ihn angeblich — laut dem Schema der Angestellten — in seiner ursprünglichen Stellung entläßt und ihm eine andere anweist, bei der sein Gehalt so niedrig ist, daß er nicht mehr gepfändet werden kann; dies alles jedoch bloß auf dem Papier; factisch bleibt er in seiner alten Function und genießt die alten Bezüge. —

Das zweite Capitel der *lex Voconia* enthält nach Gajus (II. 226) die Bestimmung: *ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere<sup>7)</sup> liceret, quam heredes caperent.*

wart I. Bd. S. 277 aus, wenn er sagt: „Daß das Gesetzbuch stets besser, weiser, klarer, inhaltsreicher ist, als die Gedanken seines Gesetzgebers und sei er der vortrefflichste“.

6) Vgl. Wachoven a. a. D. S. 32 und 33.

7) Über die Bedeutung des *mortis causa capere* der *l. Voconia* und der *lex Furia test.* siehe insbes. Schlagintweit Die Erwerbung auf den Todesfall im 6. Bd. von Iherings Jahrbücher S. 339 ff. und die dortselbst Citirten.

Aus der obcitirten Stelle Quinctilians<sup>8)</sup> schließen nun Viele, so insbesondere Paffe<sup>9)</sup> auf das Vorhandensein eines dritten Capitels, einer dritten Bestimmung<sup>10)</sup>, die da enthalten haben soll: einem Weibe soll man auch nie mehr als die Hälfte seines Vermögens als Legat hinterlassen können<sup>11)</sup>; mithin eine Ergänzung zum ersten Capitel, das die Erbeinsetzung eines Weibes einem classicus verbot.<sup>12)</sup> Ob diese zweite und dritte Bestimmung sich auch bloß auf die classici bezog oder nicht, ist bestritten. Daß sich die zweite Bestimmung nicht bloß auf Weiber bezog, ist seit Savigny's Ausführungen<sup>13)</sup> anerkannt. Daß die gleichen Gründe auch dafür sprechen, daß sich das zweite Capitel nicht bloß auf classici bezog, sondern dafür, daß sich daselbe auf die Bürger aller Classen erstreckte<sup>14)</sup>, kann neuestens als erwiesen angenommen werden.

Was nun das sogenannte dritte Capitel betrifft, so ist für die uns hier interessirende Frage seine Existenz oder Nichtexistenz, um die so viel gestritten wird, nicht irrelevant; denn aus dem ersten und zweiten Capitel ergibt sich nur, daß ein classicus kein Weib zur Erbin einsetzen darf und daß auch ein Nicht-classicus keinem Legatar (also auch keinem Weibe) mehr zuwenden darf, als der Erbe erhält.

Die Bestimmungen dieser beiden Capitel würden es also noch nicht rechtfertigen, daß in der declamatio von „*fraus legis Voconiae*“ gesprochen wird, weil *quidam duas mulieres dimidiis partibus instituit heredes*. Es kann nämlich schon nach dem Wortlaut „*instituit heredes*“ nicht bezweifelt werden<sup>15)</sup>, daß es sich im vorliegenden Fall nur um einen nicht in der ersten Classe censirten Testator handeln kann; sonst wäre ja auch das Vorgehen des Testirenden *direct* ein *contra legem agere* zu nennen und nicht als eine *fraus* zu bezeichnen.

Die Erbeinsetzungen der beiden Weiber sind also als nicht wider das erste und zweite Capitel der *lex Voconia* verstößend zu bezeichnen. Wenn nun mit Recht in diesem Falle von einer *fraus* gesprochen werden darf — und wir haben keinen Grund diesen Ausdruck irgendwie zu bezweifeln — so muß die *lex Voconia* noch eine weitere Bestimmung enthalten haben. Und diese nennt uns ja die Declamatio: *Ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum dare*; nach Rahns Vermuthung: *ne liceat mulieri plus quam dimidiam partem bonorum aut hereditatis aut legatorum nomine mortisve causa relinquere*, der diese Bestimmung sogar an die Spitze des ganzen Gesetzes stellt.

8) Im Zusammenhange mit Inst. II. 22.

9) Rheinisches Museum für Jurisprudenz 3. Jahrg. 2. Heft. Bonn 1829 S. 183—214, insbes. S. 9.

10) Dies dritte ist nicht auf die Reihenfolge bezüglich. Nach Bachofen §. 9. S. 40 ist dies das zweite Capitel, das den Übergang zu dem von Gaj. II. 226 berichtigten vermittelte.

11) Damit treten erst die einzelnen Capitel der *lex* in einen klaren logischen

Zusammenhang. Dies ist auch die Ansicht Bachofens, ausgesprochen im §. 9 seiner Abhandlung.

12) Über den Inhalt des 4. Capitels siehe Bachofen a. a. D. S. 29.

13) a. a. D. S. 432.

14) Vgl. hierzu die überzeugenden Deductionen von Rahn a. a. D. S. 32 ff.

15) Siehe hierüber Rahn a. a. D. insbes. S. 39.

Es muß also, und dies stimmt sehr gut mit dem „Geist des Gesetzes“, nicht bloß dem *classicus* verboten gewesen sein, ein Weib zur Erbin einzusetzen, sondern auch einem nicht in der ersten Classe Censurten ist es bloß gestattet, die Hälfte seines Vermögens *mulieri* — ich wähle absichtlich die lateinische Bezeichnung, da im Folgenden erst erörtert werden soll, was dies bedeutet — zu hinterlassen.

Dies „*mulieri*“ scheint nun die Handhabe geboten zu haben, in *fr. legis Voconiae* zu handeln.<sup>16)</sup> Die *lex Voc.* meinte damit, es solle nicht mehr als die Hälfte der Güter von Todeswegen in Weiberhand kommen, während der Testator in dem von *Quintilian* angeführten Falle das „*mulieri*“ wörtlich nahm und sagte: einem Weibe darf nicht mehr als die Hälfte der Güter hinterlassen werden, und demnach sein gesamtes Vermögen an zwei Weiber als Erbinnen gelangen lassen wollte.

Da uns der Wortlaut der *lex Voc.* nur äußerst unvollständig erhalten ist — insbesondere was dieses Capitel betrifft, nur das Wort „*mulieri*“ m. E. unzweifelhaft feststeht, wie eben der Fall der Umgehung beweist — so können wir nicht sagen, ob nicht andere Ausdrücke unzweifelhaft diese abstracte Bedeutung des Wortes „*mulieri*“ dem Richter klar vor die Augen führten. Überhaupt ist uns über eine diesbezügliche Praxis außer der in Rede stehenden Stelle nichts bekannt. Daß der Erklärungsversuch *Hasse's* ein ganz und gar verfehlt ist, ist meines Erachtens von *Rahn* S. 35 ff. überzeugend nachgewiesen worden. Nimmt doch *Hasse* darauf, daß es in der *Quintilianischen* Stelle ausdrücklich heißt ... *institut heredes* keine Rücksicht, und stützt seine Argumentation darauf, daß die Einsetzung der beiden Weiber gegen das erste Capitel der *lex Voconia* verstoße; es werde die ganze Frage durch beliebte Kunstgriffe der Advocaten absichtlich vom ersten Capitel weg auf ein anderes Gebiet hinübergespielt! Ganz abgesehen von der ob-erwähnten Widerlegung *Hasse's* ist seine Ansicht auch aus dem Grunde zu verwerfen, weil sie keine Klarheit darüber gewährt, worin eigentlich die *fraus legis Voconiae* besteht. Nach seiner Darstellung besteht die *fraus* in dem „beliebten Kunstgriff der Advocaten“; dem ist aber in Wahrheit nicht also. Nicht darin, daß der Advocat — nachdem die „*cognati testamentam arguant*“ — jetzt die Handlung des Testators unter ein anderes Capitel subsumiren will, besteht das fraudulose Vorgehen; nicht in dem Versuche, die bereits gefakte Handlung nachhinein als correct darzustellen, sondern in dem Setzen der Handlung selbst besteht das in *fr. leg. Voconiae agere*. In den meisten Fällen wird gewiß auch beim Setzen der Handlung versucht, die Handlung als correct darzustellen. Darin, daß der Advokat, resp. die zur Verantwortung gezogene Partei ihre Handlungsweise zu vertuschen trachten, liegt kein neues in *fr. leg. agere*; selbst, wenn sie jetzt dieselben Argumente und Manöver abermals vorbringen, wie beim Setzen der Handlung, so ist diese Wiederholung resp. Fortsetzung derselben doch nicht

16) Ob auch die Doppelsinnigkeit der Worte *dare* und *relinquere*, wie dies *Bachofen* a. a. O. S. 41 hervorgehoben wissen will, kann hier unerörtert bleiben.

für uns genügt es, wenn auch nur ein Wort die Handhabe zur fraudulosen Umgehung des Gesetzes bot.

in fr. legis. Und diese Trennung ist m. E. für die Beurtheilung mancher Fälle von eminenter Wichtigkeit.

Alle Erklärungsversuche der Quinctilianischen Declamatio — ob sie mit Recht Quinctilian zugeschrieben wird, ist auch bestritten — beschäftigen sich begreiflicherweise mit der Frage, ob die Worte ne liceat zc. den Inhalt eines weiteren Capitels enthalten oder nicht; für die Lehre vom in fr. leg. agere erscheint die Stelle nicht benützt; allerdings bietet sie nach dieser Seite nur eine kärgliche Ausbeute. Die Überschrift — fraus legis Voconiae — ist eine ungewöhnliche Fassung für den Fall, als von Gesetzesumgehungen gesprochen wird, da es meist fraus legi sit oder in fr. legis heißt. Der Fall ist m. W. der einzige, der uns bez. der Umgehung des dritten Capitels der lex Voconia erhalten ist. Jedenfalls ist auch hier die wörtliche Interpretation das Mittel, zu dem verpönten Resultate zu gelangen. Da wie erwähnt, es sehr bestritten ist, ob die in Rede stehende Declamatio wirklich von Quinctilian herrührt, so sind auch weitere Vermuthungen auf eine äußerst schwache Basis gestellt. Als Geburtsjahr Quinctilians nimmt man jetzt allgemein das Jahr 35 p. Chr. n. (788 a. u. c.) an. Es liegt also zwischen Quinctilian und der lex Voconia ein Zeitraum von mehr als 200 Jahren. Dafs im Verlaufe dieser zwei Jahrhunderte die lex Voconia durch die lex Julia et Papia Poppaea<sup>17)</sup> vollständig außer Anwendung gesetzt worden war, behauptet Bachofen.<sup>18)</sup> Wol mit Unrecht. Das Verhältniß der beiden Gesetze ist „einfach das, dafs die lex Papia erst hinter der lex Voconia in Frage kommen kann, da die Möglichkeit der Capacität erst dann in Erwägung gezogen wird, wenn überhaupt giltige Zuwendung vorliegt.“<sup>19)</sup> Aus der Quinctilian'schen Stelle folgt nur — mag man Bachofen oder Rahm zustimmen<sup>20)</sup> — mag man annehmen, dafs es sich um einen in der Praxis vor kurzem acut vorgekommenen oder um einen längst vergangenen, oder wie dies bei den Rhetoren oft vorkam, um einen erfundenen Fall handelte, — immerhin folgt, dafs man über das Vorgehen des Testators getheilte Ansicht sein konnte; es läfst sich aber keine definitive Entscheidung treffen, ob das in dieser Stelle angeführte Vorgehen wirklich in fr. legis war und bloß vom Rhetor rein gewaschen werden sollte. Mit der Legaldefinition stimmt es allerdings überein; nach ihr wäre es in fr. legis. Aber das Eine scheint mir eine gewisse Wahrscheinlichkeit zu haben, dafs Quinctilian, auch wenn der Fall erfunden ist, nicht einen für die damalige Zeit allzu plumpen Fall seinen Schülern vordemonstrirt haben dürfte. Es dürfte also damals die rein wörtliche Interpretation als solche im Dienste fraudulöser Gesetzesumgehungen noch häufiger vorgekommen sein, als dies in späterer Zeit der Fall gewesen.

Auch von Umgehungen des ersten Capitels der Voconia berichten uns die Quellen. Ich meine damit nicht jene Fälle, wo der Einsetzende factisch

17) Vom Jahre 763 a. u. c.

18) a. a. D. S. 112 ff.

19) Rahm a. a. D. S. 74. Vgl. zu dieser Frage Savigny L. Voconia Verm. Schr. Bd. I. S. 441 ff., G. Hart-

mann in der Zeitschr. für Rechtsgesch. S. 250 ff., allwo auch die Literatur angeführt erscheint.

20) Siehe die andern hieher gehörigen Schriftsteller bei Rahm a. a. D.

nicht censirt war, obwohl die meisten Interpreten hier, ohne Rücksicht auf den Grund dieses Mangels, wofern es nur am *dolus* nicht fehlt, von einem *modus fraudandae legis*<sup>21)</sup> sprechen — Fälle, in denen m. E. entweder ein Handeln *contra legem* oder ein „Vereiteln“ des Gesetzes vorliegt, keineswegs aber eine Umgehung desselben; ich meine vielmehr den uns von Cicero *de fin.* II. 17 u. 18 mitgetheilten Fall.<sup>22)</sup> D. Fabius Gallus setzte in seinem Testamente den P. Sertilius Rufus zum Erben ein, bemerkte aber gleichzeitig, daß er ihn erfucht habe, die ganze Erbschaft an seine (des Erblassers) Tochter herauszugeben. Rufus wollte nun die an ihn gelangte Erbschaft nicht restituiren und behauptete: zunächst sei es nicht wahr, daß Fabius ihm gegenüber diesen Wunsch geäußert habe und *addebat etiam, se in legem Voconiam iuratum, contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur.* Diese amici entschieden nun: *non plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire.* Was sagen ihm also seine Freunde? Mag man ihnen welche mögliche Ansicht immer unterschieben, man gelangt, wie dies Rahm S. 50. 51 ausführt, zu großen Unzuträglichkeiten. Die auch m. E. richtige Ansicht<sup>23)</sup> geht dahin, es liege gar keine materielle Entscheidung in diesen Worten der amici. Die Fragestellung des Rufus war eine sehr schlaue; er fragte, ob er die Voconia verletzen dürfe; darauf konnte die Antwort nur ein „Nein“ sein.

So fährt denn auch Cicero fort, indem er uns das Endresultat berichtet: *tenuit Sextilius permagnam hereditatem*<sup>24)</sup> und *si secutus esset eorum sententiam, qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponebant, nummum nullum attigisset.* Für uns hier enthält die Stelle zwei Dinge von Interesse. Sie zeigt uns, daß das erste Capitel der I. Voconia durch Fideicommissum umgangen<sup>25)</sup> wurde<sup>26)</sup> und daß, wie Cicero sich ausdrückt, jene „*amplissimi viri*“ eine derartige Umgehung nicht mißbilligten. Im Gegentheil! Über das Vorgehen des Rufus dagegen herrscht nur eine Stimme. Es wird bedingungslos verdammt. Gewiß liegt ja auch in der Nichtrestitution der Erbschaft an die Tochter ein schändlicher Treubruch des Rufus und ist sein Thun vom Standpunkte der Moral aus unbedingt zu

21) Siehe die hierüber bei Bachofen a. a. D. S. 34, Anm. 3 angeführten Schriftsteller. Auch Rudorff *Röm. Rechtsgesch.* I. S. 58 bemerkt: „Durch Verschämung des Censur u. Fideicommissum konnte das Gesetz umgangen werden“. Der Ausdruck „umgangen“ wird also hier von Rudorff keineswegs als Äquivalent des in fr. leg. ag. genommen worden sein, sondern derselbe ist hier in einem weitern Sinn, wie dies ja häufig geschieht, angewendet.

22) Siehe auch Livius X. 13. 10. Vgl. hierzu Hesse a. a. D. S. 192 insbes. Anm. 21; Bachofen a. a. D. S. 22. Rahm a. a. D. S. 49 ff. Savigny

a. a. D. S. 428 ff. Bassalle System der erworb. Rechte II. S. 102 Anm. 1.

23) Rahm a. a. D. S. 49 ff.

24) Daß hierunter die ganze Erbschaft zu verstehen ist, zeigt in treffender Weise Rahm a. a. D. S. 51 Anm.

25) Siehe Huschke über *cond. juris.* in Vinde's Zeitschr. XIV. S. 349.

26) Ob dies zeitlich vor oder nach der Umgehung des dritten Capitels durch rein wörtliche Interpretation geschah, muß natürlich dahingestellt bleiben, wobei ich nicht an die speciell überlieferten Fälle etwa denke, von denen ja gewiß ist, daß der Fall des Rufus zeitlich vor den der *declamatio Quinctilian's* fiel.

verwerfen; ob aber auch vom Standpunkt des Rechtes? Der Testator hat ganz gewiß das erste Capitel der l. Voconia durch sein Fideicommiss an Rufus umgehen wollen<sup>27)</sup>; damals (zur Zeit des Endes der Republik) waren die Fideicommissa noch nicht von der Rechtsordnung als Rechtsinstitut anerkannt<sup>28)</sup>, zu welchem sie bekanntlich erst unter Augustus erhoben wurden. Aber der hier in Frage stehende Fall — bei dem Cicero selbst als einer der befragten amici fungirte — spielt gerade in jener Zeit, die unmittelbar der gesetzlichen Anerkennung der Fideicommissa vorherging.

Doch nicht nur für eine frühere, sondern auch für diese Zeit muß m. E. gesagt werden: ein derartiges Vorgehen, wie das des Testators, war in fraudem legis; denn die lex Voconia stand noch in Geltung, wenngleich die häufigen Fideicommissa das Erbeinsetzungsverbot langsam aber stetig zerbröckelten und bis sich diese „Umgehungen“ gesetzliche Sanction durch die Anerkennung als Rechtsinstitut verschafften. Es liegt hier, wie dies öfters vorkam und vorkommt, der Beginn einer gewohnheitsrechtlichen Bildung vor, die, ehe sie als solche zum Abschluß gelangte, gesetzlich sanctionirt wurde. Es lag noch nicht das vor, was wir Gewohnheitsrecht gemeinlich nennen, und daher ist die private Verabredung des Testators mit Rufus eine in fr. legis geschlossene. Allerdings war diese gewohnheitsrechtliche Bildung von einem bedeutenden Factor unterstützt, der fides. Daher kann denn auch Cicero sagen: si secutus esset eorum sententiam, qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponebant, nummum nullum attigisset. Eben derartige gröbliche Verletzungen der fides haben mit beigetragen, die Aufnahme der Fideicommissa in die Reihe der Rechtsinstitute zu veranlassen<sup>29)</sup>. Das in fr. leg. agere ist hier mit ein treibender Factor gewesen zur Ausbildung eines Rechtsinstitutes, wie sich dies noch an vielen anderen Punkten zeigen wird.

Eine andere Frage, die man mit Bezug auf unser Thema aufwerfen kann, ist die nach der Stellung, welche die lex Voconia gegenüber der lex Furia testamentaria und gegenüber der lex Falcidia einnimmt.<sup>30)</sup> Die allgemein herrschende Lehre folgt der von Gajus II. §§. 224—227 gegebenen Darstellung<sup>31)</sup>, wonach weder die lex Furia noch die lex Voconia „perfecit quod voluit“, sondern dies erst der lex Falcidia gelang.<sup>32)</sup>

27) Vgl. Haffke a. a. D. S. 192 — „so war sein (des Rufus) Hauptvorwand, er müsse dann behülflich sein, die lex Voconia zu umgehen“ zc.

28) Auch Rahm a. a. D. S. 31 Anm. 3 hebt hervor: „wir wissen aus Cic. de fin. II. 17. 18, daß man in späterer Zeit das voconianische Erbeinsetzungsverbot gerade durch Fideicommissa umging“. Auch aus Gajus II. 274 geht dies hervor.

29) Siehe hierüber Koeppen Röm. Erbrecht S. 85, wo auch die andern Entstehungsurachen, die uns schon

Gajus II. 285 nennt, näher ausgeführt sind.

30) Es handelt sich hier also um das sogen. zweite Capitel der l. Voc.; die für uns hier relevante Frage spitzt sich dahin zu: sind die lex Voconia, d. h. ihr zweites Capitel, und die l. Falcidia durch Umgehungen, durch in fr. leg. agere hervorgerufen worden?

31) Siehe neuestens wieder Geyhlar z Lehrbuch der Institutionen des röm. Rechts (1889) S. 334.

32) Siehe hierüber die Ausführungen von Buchta Lehrb. für Institut. Vor-

Nach dieser Darstellung erscheint es so, wie wenn schon die *lex Furia testamentaria* im Princip dasselbe Resultat hätte erreichen wollen, das zu erreichen erst der *lex Falcidia* beschieden war. „Diese drei Gesetze stellen nichts anderes dar . . . als den allmählichen und endlichen Durchbruch der Anschauung: Der Erbe muß mit Vermögen erfüllt, das Erbthum von realer Vermögenszuwendung begleitet sein.“<sup>33</sup>) Daß die letzte Absicht auch schon der *lex Furia* die gewesen ist: Testamentserben sollen so viel bekommen, daß sie die Erbschaft anzutreten der Mühe wert finden, ist auch m. E. richtig und von Gajus bezeugt; aber für die Frage: wann ist in fraudem der *lex Furia* gehandelt, verschlägt dies nichts. Denn für diese Frage kommt nicht die letzte Absicht des Gesetzes in Betracht, sondern seine „*sententia*“. Darunter ist aber bloß der durch das Gesetz geschaffene Rechtsfaß nach seinem durch die Worte richtig ausgedrückten Sinn zu verstehen.

Bleiben wir bei der hier besprochenen *lex Voconia*, so erzählt uns Gajus selbst, wie *vere vitium simile nascebatur*: nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat (testator) adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi, huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere. Handelt nun der Testator so, pulverisirt er sein Vermögen, dann hat er wol sicher den Zweck, die Absicht der *lex Voconia* vereitelt; umgangen aber hat er sie nicht, denn der durch die *lex Voconia* geschaffene Rechtsfaß ist bloß des Inhaltes: ne cui plus legatarum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent; diesem Rechtsfaß ist aber völlig Genüge geschehen, wenn der Testator in der von Gajus geschilderten Weise vorgeht.<sup>34</sup>) Gajus nennt auch ein derartiges Handeln nicht in fraudem legis, sondern begnügt sich mit den Ausdrücken: *lex non perfectit, quod voluit, und vere vitium simile nascebatur*. —

Wir haben also gesehen, daß sämtliche Capitel des *lex Voconia* umgangen worden sind. Und wenn wir auch Savigny's Satz (a. a. D. S. 436): „Aber man darf nicht vergessen, daß das Gesetz im 6. Jahrh. der Stadt gegeben war, also zu einer Zeit, worin die Juristen noch nicht, so wie späterhin, die Kunst ausgebildet hatten, beschwerlichen Gesetzen aus dem Wege zu gehen“ nicht widersprechen wollen, so haben doch m. E. die vorstehenden Ausführungen gezeigt, daß in späterer Zeit die *lex Voconia* in verschiedenen Richtungen umgangen wurde.

lesungen, München 1829 S. XLVII und Lassalle System der erworbenen Rechte II. Bd. S. 64. Auch Schrader Rechtsgeschichtliche Bemerkungen in Hugo's Civilist. Magazin Bd. V. Heft 2 S. 162 ff.

33) Lassalle System der erworbenen Rechte Bd. II. S. 65. Ob dieser „Kampf, den der röm. Geist mit seinen innersten Anschauungen kämpft,“ ein Kampf zwischen Erben und Legatar oder wie Lassalle a. a. D. dies für richtig hält,

ein Kampf zwischen Erben und Erblasser war, ist zwar eine für das Wesen des röm. Erbbegriffes höchst belangreiche Frage, kann jedoch hier unberücksichtigt bleiben.

34) Daß derartige Fälle nicht „Umgehungen des Gesetzes“ sind, wird bereits von Fuchs über die *conditio iurjurandi* in Vinke's Zeitschr. XIV. S. 349. 350 hervorgehoben, indem er sagt: „..... bekant ist es . . . auch, wie ersinderlich die Römer waren, wenn es

§. 17. Die *conditio jurisjurandi*. Der Einfluss des in *fraudem legis agere* auf die Weiterentwicklung von Rechtsbegriffen; insbesondere die L. 44. D. de aed. ed. 21. 1.

Es sei gestattet, im Zusammenhange der der *lex Voconia* gegenüber gemachten Umgehungsversuche, auch der *conditio jurisjurandi* zu gedenken.

Daß das Rechtsinstitut der Bedingung überhaupt vielfach Gelegenheit bot, einen rechtlich verpönten Erfolg anzustreben, ist bekannt. Eines hieher gehörigen Falles gedenkt Savigny System III. S. 193: „Ist nämlich von einer unsittlichen Bedingung die Rede, so können dieser die Parteyen die Form einer resolutiven geben, lediglich um die Anwendung der oben aufgestellten Regeln zu umgehen; dann muß in jedem einzelnen Fall dasjenige geschehen, was zur Aufrechterhaltung des sittlichen Zweckes nothwendig ist. Verspricht also Einer dem Andern Hundert unter der Suspensivbedingung, daß der Andere einen Dritten mißhandle, so ist der Vertrag nichtig. Nun könnte man dem Vertrag die Wendung geben, daß eine Schenkung von Hundert versprochen würde, mit der Resolutivbedingung, wenn die Mißhandlung unterbliebe. Nach dem Buchstaben der eben aufgestellten Regel würde bloß die Resolutivbedingung wegfallen und die Hundert müßten bezahlt werden; nach der Absicht der Parteien aber ist es so gut, wie wenn jene Form der Suspensivbedingung gewählt wäre, die unsittliche Absicht darf nicht durch Schenkung einen Lohn erhalten und es muß vielmehr das ganze Geschäft als ungültig behandelt werden.“<sup>1)</sup>

Das: die *cond. jurisjur.* benützt wurde, um das Sullanische Proscriptionsgesetz zu umgehen, ist bezeugt. Cicero Verr. II. 1. 47. §. 123 erzählt uns den Fall des Trebonius. Siehe dazu Glück-Weist Bd. I. S. 473 ff. Vorauszuschicken ist nur, daß die erwähnte *lex Cornelia* die Proscribirten zum Exil nöthigte und ihnen das Bürgerrecht und mithin die *testamenti factio passiva* (auf diese allein kommt es uns hier an) entzog.

Der Fall war folgender: Trebonius war ein Proscribirter. Sein Bruder Titus setzte nun in seinem Testamente mehrere Erben unter der Bedingung ein, daß sie schwören würden, die Hälfte ihrer Erbportion dem Trebonius zuzuwenden. Durch das Schwören war der l. *Cornelia* noch nicht zuwider gehandelt. Zur Erfüllung eines geleisteten Schwures hielt sich aber, bei der großen Furcht vor dem Borne der Götter, jeder Römer verpflichtet. So schien denn der Calcul des Testators sein Ziel erreichen zu

galt, sich diesen Beschränkungen zu entziehen und namentlich die gesetzlichen Verbote, gewissen Personen leghwillig etwas zuzuwenden, oder über ein gewisses Maß hinaus zu legitiren, zu vereiteln. So legitirte man nach der *lex Furia* so vielen Personen die allein noch erlaubten 1000 Aße, daß doch nichts in der Erbschaft blieb, oder nach der *lex Voconia* einer sehr großen Zahl von Personen zwar nur so viel, als der Erbe übrig behielt, aber in so kleinen

Summen, daß dieser dadurch ebenfalls veranlaßt wurde, die Erbschaft auszuschlagen (Gaj. II. 225. 226). Doch weit wichtiger als diese Mittel, bei denen man sich doch innerhalb des Verbotes des Gesetzes selbst hielt, waren diejenigen, wodurch dieses geradezu umgangen wurde.“

1) Siehe hiezu auch Sintenis Das prakt. gem. Civilrecht. Leipzig 1868. I. Bd. S. 174 Anm. 49.

soßen. Allein von den eingesetzten Erben weigerten sich alle bis auf Einen, einen dem Erblasser mit seinem proscribirten Bruder Trebonius gemeinsamen Freigelassenen, den Eid zu leisten. Verres als Prätor erließ ihnen auch denselben. Dem Schwörenben, also dem einzigen, der dem Willen des Testators entsprechen wollte, verweigerte er die bonorum possessio, die er allen anderen gewährt hatte. Das Vorgehen des Verres war jedenfalls, trotz Cicero's Einwendungen, die übrigens sehr vorsichtig gefasst sind<sup>2)</sup>, dem Gesetze entsprechend, da durch die *conditio jurisjurandi* das aus dem Sullanischen Gesetze erfließende Einsetzungsverbot durch Mittelspersonen umgangen werden sollte.

Wenn nun Huschke<sup>3)</sup> annimmt, daß die *conditio jurisjurandi* auch verwendet wurde, um die *l. Furia testamentaria* und die *l. Voconia* zu umgehen, so glaube ich, muß dieser Behauptung beigestimmt werden, wenn gleich mir bezüglich dieser beiden Gesetze kein Fall in den Quellen vorkommen scheint. Hatte man bei einem Gesetze mit Glück die *cond. jurisjur.* angewendet, so wird man gewiß auch bei andern, zumal wenn sie wie hier denselben materiellen Erfolg ausschließen, mit ihr operirt haben. Auch die in der römischen Kaiserzeit in Schwung stehenden, mannigfach bekämpften *tacita fideicommissa*, die sich ja von der *cond. jurisjur.* nur dadurch unterscheiden, daß sie statt des Eides eine Caution begehren, sprechen entschieden dafür, daß die *conditio jurisjur.* ein beliebtes Mittel zur Umgehung von Gesetzen gewesen<sup>4)</sup>. Beweist doch auch die Behandlung, welche diese *conditio* erlitt — Streichung, falls sie etwas Unerlaubtes, Aufrechterhaltung als *modus*, falls sie etwas Erlaubtes bezweckt —, daß sie als gefährliches Umgehungsmittel betrachtet wurde. So wird auch die Annahme der *conditio jurisjurandi* von Ulpian *libro quinquagesimo ad edictum* (l. 8. D. de *condicion. institutionum* 28. 7) als ein „turpiter“ *accipere* bezeichnet, und wird dieselbe überhaupt in den Quellen als meistens zu den *conditiones turpes* gehörig gezählt<sup>5)</sup>. Darüber, daß sie nicht immer eine *cond. turpis* ist, braucht wol, nach der Behandlung, die sie erfährt, nichts erwähnt zu werden<sup>6)</sup>. Aber eine Frage möchte ich an dieser Stelle nicht unaufgeworfen lassen, obwohl sich eine Antwort auf dieselbe m. E. nicht geben läßt, die Frage nämlich, welchen Antheil hat das in *fr. leg. agere* an der Entstehung des Begriffes „*conditio turpis*“ gehabt, oder mit anderen Worten: inwieweit ist der Begriff der *conditio turpis* als Reaction wider fraudulose Gesetzesumgehung aufzufassen?<sup>7)</sup> Eine bestimmte Antwort läßt sich, wie gesagt, so weit ich sehen kann, nicht geben, weil das Quellenmaterial versagt;

2) Vgl. Huschke a. a. D. S. 348.

3) a. a. D. S. 350.

4) Über das Aufkommen der *cond. jurisjur.* siehe Huschke a. a. D. S. 350, der ihren Ursprung in der Absicht findet, den gesetzwidrigen Willen des Testators zu erfüllen, und neuestens Pernice *Tabae III. Bd. 1. Abth. S. 48* Anm., der diese Ansicht bekämpft. Darüber, daß die *cond. jurisjurandi* zu Um-

gehungen der *l. Julia et Papia Poppaea* verwendet wurde, herrscht natürlich kein Streit. Siehe auch Pernice a. a. D. S. 51 ff.

5) So in *l. 20 D. de cond. et dem. 35. 1. l. 29 §. 2. D. de test. mil. 29. 1.*

6) Vgl. hierzu Huschke a. a. D. S. 337 ff.

7) Das Gleiche gilt bez. der juristisch für unmöglich erklärten Bedingungen.

aber daß fraudulose Gesetzesumgehungen ihr Theil an der Schaffung der *conditiones turpes* gehabt haben, scheint mir zweifellos; und mehr will auch diese in der Form der Frage gemachte Bemerkung nicht bezwecken; sie will nur auch an diesem Punkte hervorheben, daß das in *fr. legis agere* nicht bloß neue Gesetze hervorgerufen, sondern daß es auch auf die Entstehung resp. Weiterbildung von Rechtsbegriffen, auf die Spaltung eines Gesamtbegriffes in eine Summe mehrerer neuer Begriffe, Einfluß geübt hat. So hat, um ein Beispiel der Weiterbildung zu geben, der Begriff der *Accession* durch das in *fr. legis agere m. C.* seine richtige Begrenzung erhalten. *Justissime aediles noluerunt, hominem ei rei, quae minoris esset accedere ne qua fraus aut edicto aut juri civili fieret* (l. 44 pr. D. de aedil. edict. 21. 1)<sup>8)</sup>. Ob der Entschließung des Aedilen derartige praktische Fälle zu Grunde lagen, oder ob sie in weiser Vorausicht möglicher Fälle den Rechtsatz ins Edict aufnahmen, ist gleichgültig; die Einengung des Begriffes ist doch wenigstens mitbeeinflusst gewesen von einem denkbaren in *fr. legis agere*.

Wenn die l. 44 fortfährt: *ut ait Pedius, propter dignitatem hominum: alioquin eandem rationem fuisse et in ceteris rebus: ridiculum namque esse tunicae fundum accedere*, so darf man aus dieser in sich nicht ganz schlüssigen Bemerkung des Pedius<sup>9)</sup> nur das Eine ableiten, daß von ihm

8) Vgl. zu dieser Stelle l. 9. D. de alien. iudicii mutand. 4. 7; l. 33 §. 1. D. de aedil. edict. 21. 1. l. 48 §. 8. D. eod.; l. 54 D. contrah. empt. 18. 1. l. 11 §. 17. D. de act. empti vend. 19. 1. Ferner siehe Cujac. Vb. III. pag. 469 ff. (Observ. Lib. XVI. cap. XX). Der Erklärung dieser Stelle durch Cujaz, welcher die ganze Sache mit der unklaren Lehre von *simplicia venditio*, die allerdings durch das *syr.-röm.* Rechtsbuch wesentlich dem Verständnis näher gerückt ist, vermengt, kann wol keinesfalls zugestimmt werden. Siehe auch *Syr.-Röm. Rechtsbuch* §§. 39 u. 113 der Übers. des *syr. Textes*. — Desgleichen Bechmann *Der Kauf nach gemeinem Recht II. Vb. §. 221* (S. 362 ff.), welcher von der l. 44 sagt, daß sie „in ihrer vorliegenden Gestalt einigermaßen zusammenhanglos ist“.

9) Wenn die *ädilitische* Bestimmung von ihm auf die *dignitas hominum* zurückgeführt wird, so darf wol nicht von *eadem ratio* gesprochen werden, wenn von den *ceterae res* die Rede ist. Gewiß ist Bechmann (Der Kauf nach gemeinem Recht II. Vb. S. 364) nicht beizupflichten, wenn er sagt „dieser letztere Satz darf nicht so verstanden

werden, als sollte die rechtliche Zulässigkeit des *Accessionsverhältnisses* in dem gewählten Beispiel verneint werden; gerade weil es trotz der Väterlichkeit zulässig ist, muß nach der Meinung des Juristen die Unstatthaftigkeit beim *Slaven* auf einem anderen Grunde beruhen“. Bechmann faßt das „*alioquin*“ *m. C.* falsch auf; dasselbe ist mit „übrigens“ zu übersetzen, und so gelangen wir nicht zu der Consequenz, daß etwas rechtlich Zulässiges als „*ridiculum*“ bezeichnet werden muß (daß die „*eadem ratio*“ nicht die des Pedius ist, versteht sich von selbst). *M. C.* ist ein derartiges willkürliches Bezeichnen einer Sache als *Accession*, die es nicht ist, oder sogar ihrer Bestimmung nach nicht sein kann, bloß um die *Rehibition* auszuschließen, gänzlich unstatthaft. Daß das *ädilitische* Edict hiefür nur mittelst analoger Ausdehnung auf andere Fälle als die *verbotenus* bezeichneten — *mancipia* und *jumenta* — angeführt werden kann, ist selbstredend. Daß es aber so aufgefaßt wurde — natürlich noch nicht in der ersten Zeit seiner Geltung — scheint mir das „*ridiculum*“ wol in schlagender Weise zu zeigen, sofern man es nicht wie Bechmann auffaßt.

der Gesichtspunkt des in fr. leg. ag. als Erklärung für die ädilitische Bestimmung nicht benützt worden sein dürfte<sup>10)</sup>, während Paulus durch das justissime — ne qua fraus fieret seiner erwähnt. Worin soll nun die fraus bestanden haben, die entweder dem Edict oder dem jus civile zugefügt werden würde, wenn ein homo als Accession einer res minor verwendet würde? Fraudirt würde durch eine derartige Handlungsweise die ädilitische Bestimmung über die redhibitio: Wenn es zulässig wäre, einen homo als Accession einer res minor zu verkaufen — der einzige Fall, wo dies doch gestattet ist, ist der, daß ein Slave als Accession eines andern minder wertvollen veräußert wird —, so könnten die Redhibitionsklagen nach dem Grundsatz, daß die res major für die Redhibition entscheidend ist, nur dann zur Anwendung gelangen, wenn die sogenannte Hauptsache Anlaß zu einer Redhibition bietet; dafür aber war in einem derartigen Falle vom Verkäufer wol gefordert, daß das als Hauptgegenstand Veräußerte allen Anforderungen, die man an ein solches Ding stellen konnte, entsprach. Daß eine solche Umgehung nur so lange möglich war, als das ädilitische Edict auf Slaven beschränkt war und so lange sich die Garantiepflicht nicht auch auf die als Accession verkauften Slaven bezog<sup>11)</sup>, wird von Bechmann a. a. D. S. 363 hervorgehoben. Die Sache ist demnach so zu denken: Das Edict<sup>12)</sup> sagt: qui mancipia vendunt certiores faciant emptores u. s. w. Der fraudulose Handelnde stützt sich nun auf das Wort mancipia; nach den Worten des Geschäftes ist, wenn der Slave als Accession gegeben ist, nur die Hauptsache in Frage; er hat also dadurch, daß er nominell nicht mancipium veräußert hat, einen Thatbestand gesetzt, auf welchen das Edict des Aedilen den Worten nach keine Anwendung zu finden hat. In der That ist aber hier doch nur eine Veränderung in der Bezeichnung der beiden Veräußerungsobjecte vorgenommen worden, die ihren Stützpunkt in der wörtlichen Interpretation entgegen dem wahren Sinn des Edictes findet.

Ich habe bereits erwähnt, daß m. E. Bechmanns Auffassung der l. 44 pr. D. 21. 1 nach der Seite hin unzutreffend ist, als ich in dem „ridiculum“ eine Verwerfung der Anschauung finde, daß ein fundus Accession einer tunica sein könne. Über die principielle Frage, ob und inwieweit eine Sache Accession einer anderen sein kann, siehe weiter unten, wo entwickelt wird, daß ein Rechtsinstitut nicht zu etwas seiner juristischen Natur Widersprechendem verwendet werden darf.

Indem nun Bechmann dies für zulässig hält, findet er mit Pegasus den Grund der Sonderbestimmung bezüglich des Slaven in der dignitas hominis. Hierzu möchte ich nun Folgendes bemerken: es überrascht im ersten Momente, wenn man im principium der l. 44 als Grund der ädilitischen

10) Als gewiß kann auch dies nicht behauptet werden, da ja die Bemerkung des Pegasus als Citat — also aus dem Zusammenhang gerissen — in der Paulinischen Stelle erscheint.

11) Wie dies zu Gajus' Zeit bereits galt; siehe l. 32 D. h. t. (21. 1).

12) Siehe l. 1 §. 1. D. de aedilicio edicto 21. 1.

Bestimmung angegeben findet: *ne qua fraus aut edicto aut jure civili fieret* und unmittelbar darauf: *ut ait Pedius propter dignitatem hominum*; allein hierin liegt nicht etwa ein Widerspruch, sondern diese beiden Argumente harmoniren aufs beste. Wäre dies anders, so hätte wol Paulus nicht das Citat aus Pedius in seine Stelle aufgenommen, noch dazu, wie gesagt, in so unmittelbarer Verbindung mit dem von ihm geltend gemachten Argumente. — Historisch mag sich die Sache vielleicht so erklären, daß man zu Pedius' Zeiten lieber bloß mit dem Gesichtspunkt der *dignitas hominum* im vorliegenden Fall operirte, da man ja, wenn möglich, gern einen andern Gesichtspunkt zu Felde führte, als den der Gleichstellung des in *fraudem legis agere* mit dem *contra legem agere*. Für Paulus aber war der allgemeine Gesichtspunkt maßgebend: läßt man zu, daß ein homo als Accession einer *res minor* betrachtet wird, so wird dadurch die ädilitische Bestimmung über die Haftung des Verkäufers für die Mängel der Waare ausgeschlossen. Gleichzeitig ist aber auch zuzugeben, daß eine oben angedeutete streng wörtliche Auslegung des „*qui mancipia vendunt*“ im vorliegenden Fall auch eine Verletzung der *dignitas hominum* enthält, daß sie nicht ohne eine völlige Außerachtlassung derselben denkbar erscheint, so daß sich also diese beiden Gesichtspunkte nicht widersprechen und getrost nebeneinander angeführt werden können.

Daß andererseits die Beachtung der *dignitas hominum* kein allgemein durchschlagender Gesichtspunkt war, braucht wol nicht erwähnt zu werden; aber auch in unserem Falle war es ja gestattet, einen Sklaven als Accession eines andern Sklaven zu veräußern, und zwar sogar eines minderwertigen, wie Paulus selbst hervorhebt: *nonnunquam vicarius qui accedit pluris est, quam is servus, qui venit*. Es war also auch in der Frage, ob ein Sklave Accession einer minderwertigen Sache (rechtlich ist ja der Sklave auch als Sache aufgefaßt) sein könne, der Gesichtspunkt der *dignitas hominum* nicht consequent durchgeführt. Die Argumentation aus der *dignitas hominum* geht nur dahin: ein homo kann nicht Accession einer *res minor* sein, dagegen kann jede Sache Accession eines homo sein, selbst ein homo.

Was nun im weiteren das Verhältnis der beiden Argumente zu einander betrifft, so dürften nachstehende Bemerkungen einige Wahrscheinlichkeit für sich haben: Sofern ich Bockmann nicht mißversteh, ist er der Ansicht, daß man, als „die praktische Bedeutung des Aedilenverbotes sehr gering war, dafür eine innere Begründung suchte, nämlich die Würde des Menschen“. Ich halte es dagegen für viel wahrscheinlicher, daß dies Argument das weitaus erste und älteste gewesen, daß man praktisch ins Feld führte gegen Umgehungen des Edictes. Daher erwähnt auch Sertus Pedius (unter Nero) dieses Gesichtspunktes. Zu Gajus' Zeiten (unter Hadrian) war, wie wir wissen, bereits die Sache unpraktisch. So konnte denn Paulus (unter Septimius Severus) mit klarem Blick in die Vergangenheit schauend — vom theoretischen Standpunkt aus in dieser Frage und viel mehr bereits gewohnt mit dem Gesichtspunkt des in *fr. leg. ag. = contra legem agere* zu operiren, als Grund der ädilitischen Bestimmung angeben: *ne qua fraus aut edicto aut juri civili fieret*. Und damit hat er m. E.

auch wirklich den Punkt getroffen, von welchem aus die Aedilen ihre Bestimmung erlassen hatten<sup>13)</sup>).

Was speciell die *fraus* betrifft, die dem *jus civile* zugefügt werden würde, ermangelt uns die Kenntnis, worin diese bestanden haben könnte.

Auch der im §. 1 der l. 44. D. 21. 1 von Paulus angeführte Fall enthält für die uns hier interessirende Frage nicht mehr als den Ausschluß des ädilitischen Edictes: Daß dies Edict gegen alle in *solidum* ging, während die *actio emti* bloß gegen denjenigen gerichtet ist, der verkauft hat, ist eben für unsere Frage irrelevant<sup>14)</sup>.

Ich komme zu unserem Ausgangspunkte zurück: der Begriff der *Accession* hat sich im römischen Recht nicht ohne Einflußnahme durch das in *fr. legis agere* entwickelt, es ist dies also eines der Beispiele, die uns zeigen, wie das zu verwerfende, jeden rechtlich Denkenden empörende in *fr. leg. agere*, gleich jedem Ding, auch seine gute, der Gesamtentwicklung nützliche Seite hat, welche es in der Wirkung äußert, daß es unfreiwillig beiträgt zur Herausarbeitung von Begriffen, an denen dann, da sie im Feuer der Umgehungsverfuche geläutert sind, fürberhin nichts mehr zu drehen und zu deuteln ist. Daß das in *fr. leg. agere* die Gesetzgebung zu reagirender Thätigkeit veranlaßte und daß insbesondere die Gesetzgebung in ihren Formulirungen und in ihrer Sprache viel sorgfältiger wurde, um dem Umgeher keinen leicht faßlichen Anhaltspunkt zu bieten, daß also in jeder Beziehung die legislatorische Technik einen großen Fortschritt gemacht hat, ist bereits an anderer Stelle hervorgehoben worden.

13) Daß uns nichts Ähnliches bezüglich der *jumenta* bekannt ist, erklärt sich wol daraus, daß derartige Fälle bei *jumentis* so gut wie gar nicht vorgekommen sein dürften. Die Qualitäten eines zum Verkauf ausgestellten Zugviehes konnte der kundige Käufer leicht selbst ergründen, während die Eigenschaft eines Slaven als *fugitivus, erro, noxae non solutus* auch der kundigste Slavenkäufer nicht zu wissen vermag, sofern der Verkäufer ihm nicht davon Kenntnis gibt.

14) Derjenige, der von mehreren Verkäufern einen gemeinsamen Slaven kauft, hat die ädilitischen Rechtsmittel gegen jeden, dessen Antheil größer oder doch nicht kleiner ist, als der des anderen, in *solidum* und zwar offenbar auch dann, wenn der Verkauf selbst nur von einem derselben abgeschlossen ist: *quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt, in commune videntur agere*. Dieser Vortheil konnte dadurch entzogen werden, daß der Slave als *Accession* verkauft wurde. Die Person des Haftenden und der Umfang der Haf-

tung der verkaufenden Socien bestimmt sich hier ausschließlich nach dem *jus civile*. (So Bechmann II. S. 364.) Lepierez möchte ich allerdings nicht als so positiv hinstellen. Ebenso scheint es mir verfehlt, wenn Bechmann fortfährt: „Sicher läßt sich hierüber freilich bei der Beschaffenheit der Quellen nichts ermitteln; wissen wir doch nicht einmal, ob der Kauf, bei welchem ein Slave in unzulässiger Weise als *Accession* verkauft wurde, nichtig war, oder in welcher Weise sonst das Verbot der Aedilen zur Geltung gelangte.“ Wie dies zu *Pedius'* Zeiten gewesen, wissen wir allerdings nicht, da er sich auf den Gesichtspunkt der *dignitas* stützt; jomit ist Bechmanns *Conclusion* in sich völlig schlüssig. Wer aber auf dem oben entwickelten Standpunkt steht, muß sagen, daß es zwischen *Pedius* und Paulus jedenfalls eine Zeit gegeben hat, wo der Satz in *fr. legis* = *contra legem* praktisch angewendet wurde und demnach Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäftes die unbedingte Folge einer solchen Gesetzesumgebung war.

3. Pfaff, In fraudem legis agere.

Daß sehr häufig eine „leichte Umdeutung bestehender Gewohnheit“ Veranlassung zur Bildung eines neuen Rechtsages gewesen ist, in welchem Falle man nicht von in fr. legis agere sprechen kann, ist bekannt. Eines derartigen Falles gedenkt z. B. Rahn Zur Geschichte des römischen Frauenerbrechtes S. 91: „Der Vater setzt einen Fremden zum Erben ein, da die Nachricht nach Rom gekommen, der Sohn sei in der Schlacht gefallen. Der Vater stirbt, der Sohn kehrt zurück und sieht sich enterbt. Wir würden heute sagen, das Testament ist nichtig, weil unter irrthümlicher Voraussetzung gemacht. Die altrömische Jurisprudenz dagegen stand hier hilflos, wenn nicht nach der Lage der Dinge zu helfen war durch eine pia fraus, durch jene leichte Umdeutung bestehender Gewohnheit, die den Zeitgenossen wol kaum zum Bewußtsein kam. Und so scheint uns der Satz entstanden: Wenn der Vater den Sohn nicht zum Erben einsetzt, so muß er ihn ausdrücklich enterbt haben; ungültig ist seine stillschweigende Exheredation.“

### §. 18. Umgehung der Detractgesetze.

Die Finanzgesetze sind bekanntlich ein beliebter Gegenstand fraudulösen Vorgehens gewesen.

Im Mittelalter waren zwei rechtliche Institutionen besonders durch das in fr. legis agere gefährdet, nämlich die Wuchergesetze durch den Rentenkauf und den sogen. contractus trinus und der Detractus<sup>1)</sup> durch die im Folgenden zu besprechenden Kniffe und Schliche. Daß die Umgehungen des Detractrechtes ein häufig vorkommender Übelstand gewesen, bezeugt Peyer dadurch, daß er dem Thema im Specimen CCCCXXXII Bd. VI seiner Meditationes ad Pandectas ein eigenes „Kapitelchen zum Schluß“ widmet. Er setzt auseinander: communissime horum artes sunt, ut res suas clanculum exportent vel si palam, partem tamen occultent, aut veram aestimationem eorum, quae vendiderunt, non judicent, sed minorem pecuniae summam denuncient. Ad has fraudes detegendas probandasque solertia opus est. Sed quid faciendum tunc, quum probatio deficit? Suadet plerique jusjurandum purgationis. Er fährt jedoch nach Besprechung der Vortheile und Nachtheile dieses Mittels fort wie folgt:

1) Bekanntlich durften Fremde nach germanischem Rechte durch Erbgang oder Rechtsgeschäft keinen Grundbesitz erwerben. Durch Vorschreibung eines Einheimischen, der im Stadtbuch, nach für den Fremden geleisteter Bürgschaft als Eigenthümer eingetragen wurde und es für ihn zur getreuen Hand besaß, konnte der Fremde doch auch Grundbesitz haben. Daß ursprünglich hierin eine Umgehung des Verbotes lag, ist klar. Späterhin wurde in manchen Stadtrechten ein solches Vorgehen für zulässig erklärt. Siehe hierüber Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechts I. Bd. 2. Aufl. S. 311.

Ann. 9. Auch im Mobiliarerbrecht waren die Fremden Beschränkungen unterworfen. Es wurde vom Nachlaß, der an einen Fremden und folgeweise ins Ausland gelangte, eine Abgabe verlangt (jus detractus, Abschlag). Siehe diesfalls Stobbe Handbuch I. S. 312, Siegel Deutsche Rechtsgeschichte 2. Aufl. S. 130, R. Schröder Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte S. 48. Über die Verantwortlichkeit dieser sogenannten Nachsteuer siehe beispielsweise den Aufsatz von Welcker im Staatslexikon von Rotteck und Welcker unter „Abzugsgeld“. I. Bd. S. 171 ff.

Verum nec hoc semper consultum und gelangt zur Entscheidung: „Es ist derjenige, welcher den Abschloß erlegen muß, zur Herausgebung eines inventarii oder eydlichen Specification, also vielmehr zur Edition des über den größten Theil seiner Güter errichteten Contractis verbunden“. Doch aliquando jusjurandum purgatorium ad detegendam fraudem necessarium est, tunc scilicet, quum fraus illa mere in animo latet. Adferam exemplum. Dixi in praecedentis speciminis med. 6; civi qui domicilium in civitate retinet, sed maximam bonorum partem in aliam provinciam transfert, detrahi nihil posse. Facillima hic fraus est. Ut ecce: vir locuples, in alia provincia sibi amplissimas possessiones comparat atque in illam fortunas suas transferre constituit sed detractum metuens tugurium sibi in patria, quam deserere cogitat, aut exstruit aut emit atque aperte se in eo in posterum habitaturum prae se fert. Si vera dicit, a detractu immunis erit, quum ad magistratus curam non spectet, cives in amplis an exiguis aedibus habitent. Sed suspicabitur unus quisque, illum simulare saltem in praesens animum habitandi, mox vero exportatis clanclum rebus, discessurum penitus et tuguriolum suum fisco relicturum. Non est contra hanc fraudem aliud remedium, quam jusjurandum purgationis, sicut in simili exemplo docet Struvius in Jurispr. Rom. Germanica lib. 3. tit. II. §. 32.

Lehser erzählt sohin einen ganz gleichen Fall und bespricht dann einen andern Fall von fraus, nämlich die Vorschhebung eines Einheimischen, um dem Detractus auszuweichen. Er sagt hiebei: Cives, qui in civitate manent, detractui non esse obnoxios, sciunt omnes. At aliquando hi cum peregrinis colludunt aut etiam fraudis non participes a peregrinis tamen pro instrumento fraudationis adhibentur. Exemplum tale esto. Peregrinus integram hereditatem sibi delatam, quam detractui obnoxiam scit, civi nihil mali suspicanti vendit. Hunc ergo magistratus suus de detractu interpellat. Ille, civem se esse et a detractu immunem obtendit. Sed nihil proficiet. Competit fisco uti propter alia onera publica etiam propter detractum hypotheca tacita, quae contra quemvis bonorum hereditarium possessorem transit.

Zum Schluß der auf diese Materie sich beziehenden Auseinandersetzungen erwähnt Lehser noch einen Fall, der nach seiner Bezeichnung exemplum fraudis licitae ist und den ich deshalb hier anführe, weil er charakteristisch für die Art und Weise ist, wie man argumentirte und der ein Streiflicht auch auf die früher erwähnten Fälle wirft. Bei der ganzen Materie spricht auch in den Fällen, wo entschieden der Gesichtspunkt des in fr. leg. agere anzuwenden ist, doch der des in fraudem fisci agere die Hauptrolle. Der Fall ist folgender: Lex est in principatu Anhaltino, sicut in multis aliis Germaniae provinciis, ut peregrinus, qui bona inde exportat, fisco vigesimam jure detractus relinquit. Moritur Anhaltinus quidam, vir dives, praediis plurimis, quorum unum in principatu, reliqua extra eum sita erant, relictis. Heredes ejus maximam partem peregrini erant, duo saltem Anhaltini. Hi divisionem hereditatis ita instituunt, ut Anhaltini heredes praedium Anhaltinum retineant, extranea peregrinis

cedant. Tum fiscus intervenit, ait divisionem hanc in fraudem sui factam, subesse emtionem, heredes peregrinos partem suam ex praedio Anhaltino re vera vendidisse atque pretium quasi exportasse, igitur juri detractum locum esse. Sed contra fiscum judicantur Jcti Helmstadienses mense Octobris anni — „daßß Kläger mit dem geforderten Abzuge und Erstattung der Unkosten zu verschonen. Scilicet multum interest, utrum coheredes coheredi rem hereditariam addicant atque sibi ab eo certam pecuniam stipulentur, an vero invicem res hereditarias diversis pretiis aestimatas inter se distribuant, unque hanc, alteri aliam adsignent. Priori casu vera emtio et venditio subest, L. 1. C. communia utriusque judicii, L. 3. C. communi dividundo; atque adeo extranei heredes, etsi coheredi indigenae praedia hoc modo relinquunt, in pecunia tamen, quam ipsi exportant, detractum patiuntur. Contra in casu posteriore emtio nulla subest, ut clare Papinianus in l. 34. famil. ercisc. loquitur, sed magis permutatio, L. 20. §. 3 famil. ercisc. Heredes vero, qui hereditatem sic dividunt, jure suo utuntur, nec fisco injuriam faciunt. Plura hac de re dixi in Specimine CXVII de impugnatione divisionis hereditariae med. I et II. — Über diesen Fall ist wol weiter nichts zu sagen; es ist völlig correct gehandelt und kann man daher höchstens mit dem Ausdruck *fraus licita* <sup>2)</sup> überhaupt nicht einverstanden sein. Er kann an die Seite der Fälle gestellt werden, wo man, um die Kosten des schriftlichen Testaments zu ersparen, ein mündliches macht u. a. m. — Im übrigen aber bietet diese Schilderung Veyfers ein deutsches Bild, in welcher Weise gemeiniglich die Bestimmungen über den *Detractum* umgangen wurden.

### §. 19. Die Legaldefinitionen.

Über den Begriff des in fr. leg. *agere* finden sich in den Digesten zwei Definitionen, nämlich l. 29 und l. 30 D. de legibus l. 3. Dieselben werden in der Literatur, meist ohne ein erklärendes Wort, als die römische Auffassung von der *fraudatio legis* enthaltend, angeführt; häufig wird den römischen Juristen hiebei alles Lob gespendet. So z. B. Bornemann System. Darstellung des preuß. Civilrechts. Berlin 1834. Bd. 1. S. 299. Die erstere ist von Paulus aus seinem Werke *liber singularis ad legem Cinciam* <sup>1)</sup>, die letztere von Ulpian aus dem 4. Buche seines *Edictcommenten-*

<sup>2)</sup> Der Ausdruck findet sich übrigens seit der Glossen fast bei den meisten älteren Schriftstellern und darf nicht etwa mit *pia fraus* identificirt werden. *Pia fraus* ist etwas principiell Verwerfliches und nur im einzelnen Fall eben Gerechtfertiges; *licita fraus* ist dagegen etwas durchaus Correctes.

<sup>1)</sup> Es ist dies die einzige Stelle, welche uns aus diesem Werke des Paulus erhalten ist. Demnach läßt sich auch nicht sagen, ob Paulus hiemit eine all-

gemein gültige Definition des in fr. leg. *agere* geben wollte und diese auf die l. *Cincia* angewendete, oder ob diese Begriffsbestimmung bloß auf die Umgehungen der l. *Cincia* (siehe insbes. Zumpt Der Criminalproceß der röm. Republik, Leipzig 1871 S. 90—101) gemünzt war. Wahrscheinlich ist auch hier, wie meist bei den römischen Schriftstellern, von einem speciellen Fall ausgegangen und daraus folgernd der allgemein gültige Satz aufgestellt worden.

tarä.<sup>2)</sup> Zu diesen beiden tritt ergänzend die l. 5 Cod. de leg. 1. 14, die allbekannte und vielbestrittene constitutio Theodosiana. Dieselbe besagt, was den Begriff des in fr. leg. agere betrifft, dasselbe, wie die l. 29 D. de leg. 1. 3; nur scheint sie das fraudulose Factum oder richtiger den fraudulose Handelnden in einem späteren Momente zu betrachten. Denn während die l. 29 besagt: Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit, die lex 30: fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat *ἤτηρόν ἀπὸ διαβολίας* (dictum a sententia)<sup>3)</sup> hoc distat fraus ab eo quod contra legem fit und die l. 5 Cod. de legib. 1. 14: Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem<sup>4)</sup>, alle drei Stellen also begrifflich darüber einig sind, daß beim in fr. leg. agere gegen die sententia oder voluntas legis gehandelt wird, und zwar salvis verbis, verba legis amplexus, — so betrachtet doch die l. 29 den in fr. legis Handelnden im Momente der Handlung selbst, während die constit. Theod., wie sich aus dem Nachsatze: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulententer excusat, ergibt, denselben als

2) Nach der von Fommel in seiner Palingenesia gemachten Anordnung ergibt sich, daß diese Stelle die erste uns überlieferte aus dem IV. Buche von Ulpian's Edictscommentar ist. Ihr muß, wie das „enim“ beweist, eine auf das in fr. leg. agere sich beziehende Bemerkung vorhergegangen sein, oder das „enim“ ist eine Interpolation der Compilatoren, um die Paulinische Stelle mit dem Ulpianischen Fragment harmonisch zu einem Ganzen zu vereinen. Mit l. 30 steht nun l. 6. D. de verb. sign. 50. 16 (Ulp. lib. III. ad edict.) in geistigem Zusammenhang. L. 6 ist die letzte uns aus dem 3. Buch Ulpian's überlieferte Stelle, L. 30, wie gesagt, die erste des IV. Buches. Auch angenommen, daß das enim auf einer Interpolation beruht, so können die beiden Stellen unmöglich aufeinander gefolgt sein. Es müßte doch zwischen den beiden Sätzen, die als l. 30 D. de leg. 1. 3 und l. 6. D. de verb. sig. 50. 16 in den Pandekten Aufnahme fanden, irgend ein verbindender Gedanke gestanden haben.

3) Zu dieser Gegenüberstellung vgl. Budaeus Annotationes in Pandectas Basileae 1557 pag. 67; Alciatus Praeterrimissorum Lib. II. zu l. 30 D. 1. 3; Constantius Landus In jus civile sparsim contentarum exercitationum libellus [in Otto Thesaurus juris

Romani continens rariora meliorum interpretum opuscula (Ausg. v. 1733) III. Bd. pag. 1395]. Daß die röm. Juristen häufig die „sententia legis“ den „verba legis“ gegenüberstellen, so wie sich überhaupt oft auf die sententia, vis, mens etc. berufen, ist eine bekannte Thatsache. Ich verweise diesfalls des Weiteren auf Stellen wie: l. 4 §. 1 sqq. D. qui pet. tut. 26. 6; l. 5 pr. D. quando ex facto tut. 27. 9; l. 8 §. 1 D. eod. l. 3 §. 9 D. de adimend. vel transf. leg. 34. 4; l. 72 §. 4 D. de condic. 35. 1. l. 20 (19) D. ad SC. Trebell. 36. 1. l. 65 (63) §. 15 in f. D. eod. l. 20 §. 1 D. de bon. poss. c. tabul. 37. 4; l. 8 §. 1 in f. D. de Carbon. edict. 37. 10; l. 17 D. de jure patron. 37. 14; l. 37 §. 8 D. de operis libert. 38. 1. l. 8 D. si tabul. testam. 38. 6. l. 1 D. quib. non compet. 38. 13; l. 2 §. 40 D. ad SC. Tertullian. 38. 17; l. 3 D. de leg. Pomp. 48. 9; l. 22 §. 8 D. de lege Cornelia de fals. 48. 10; l. 1 §. 13 D. ad SC. Turpill. 48. 16; l. 1 §. 13 D. eod. l. 6 §. 1 D. de verb. sig. 50. 16; l. 80 D. eod.

4) Über die const. Theodosiana vgl. insbes. die m. C. richtigen Ausführungen von Endemann über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgeetze S. 29 ff., darüber Lit. Centralblatt 1888 Nr. 38 und Otto Währ Kritische Vierteljahrscr. 1889 S. 314.

irgendwie zur Rechenhaft gezogen, und sich nun auf den Wortlaut des Gesetzes berufend gedacht hat.

Die beiden Definitionen von Paulus und Ulpian geben unzweifelhaft inhaltlich das Gleiche; beide betrachten das in fr. leg. agere im Gegensatz zum contra legem agere.<sup>5)</sup> Doch formell unterscheiden sie sich insofern, als die Ulpian'sche Definition den Effect des in fr. leg. agere besonders betont, während die Paulinische mehr die Art und Weise, wie zuwidergehandelt wird, hervorhebt. — Wie sehr sich die beiden Stellen ergänzen, zeigt das „enim“; man kann die Anfangsworte der l. 30 als eine Erläuterung zu dem „salvis verbis circumvenit“ der l. 29 auffassen. — Wenn wir des Weiteren eingedenk des Paulinischen Wahrspruches (l. 1 D. de div. reg. jur. 50. 17) die einzelnen uns überlieferten Stellen daraufhin prüfen, ob sich dieselben wirklich unter die Legaldefinitionen subsumiren lassen, richtiger: ob diese Legaldefinitionen Ausflüsse der Einzelfälle genannt werden können, so muß diese Frage zweifellos bejaht werden. Unter diese weitgefaßten Begriffsbestimmungen von Paulus und Ulpian lassen sich alle die erhaltenen Fälle unterbringen.<sup>6)</sup> Desgleichen auch unter die in der constitutio Theodosiana<sup>7)</sup> (l. 5 Cod. de legib. 1. 14) gegebene De-

5) Dafs das contra leg. ag. nicht etwa als ein weiterer, sondern als ein correspondirender Begriff gedacht ist, beweist wol die Gegenüberstellung durch das „vero“ in l. 29. D. h. t. Umfaßt werden diese beiden Begriffe des contra leg. agere und des in fr. leg. ag. von den Ausdrücken committere in legem (l. 5 Cod. 1. 14) und offendere legem (Sct. etc.) (l. 3 §. 3 D. de Sct. Mac. 14. 6; l. 1. pr. D. de usuris et fruct. 22. 1. l. 40 §. 1 D. de iudiciis 5. 1; l. 6 §. 2 D. si quis omissa causa 29. 4. l. 6 D. de praevaric. 47. 15; l. 10, l. 15 pr. D. lege Cornelia 48. 10; l. 12 §. 16 D. de captivis. 49. 15; l. 17 C. de excusat. 5. 62 u. a. m.) Andererseits kommt auch ein „contra legem“ in den Quellen vor, welches das in fraudem legis mit umschließt, so z. B. l. 26 §. 9 D. de cond. ind. 12. 6; l. 32 §. 2 D. ad SC. Vellej. 16. 1; l. 43 §. 3 D. de vulg. et pupill. subst. 28. 6 u. a. m. Für den Begriff des in fr. leg. agere enthalten diese Stellen nichts, was nicht aus vielen anderen auch hervorginge. Vgl. hiezu übrigens vorzüglich Glück Pandekten XVI. Bd. S. 352 fg.

6) Dafs ich dabei nicht an solche Stellen denke, wo der Ausdruck in fraudem legis im älteren weiten Sinne, auch das contra leg. ag. umfassend, gebraucht ist, wie z. B. in l. 15 §. 1. D. de iudic. 5. 1 (die Stelle ist noch

dazu von Ulpian, zeigt also, dafs der weitere und engere Ausdruck nebeneinander vorgekommen sein dürften) oder l. 2 D de his qui sui vel alieni 1. 6 l. 10. de sacros. eccl. 1. 2. = l. 2. C. de navibus non excus. 11. 3. bedarf wol keiner besonderen Hervorhebung. Zur l. 2 D. de his qui 1. 6 cf. Gaj. 1. 53 Collat. III. 3. 3. l. 1 §. 2 D. 1. 6. l. 1 §. 8 D. de off. praef. 1. 12 L. un. Cod. de emend. serv. 9. 14, Inst. I. 8 §. 2. Savigny System II. S. 34. Jimmern Röm. Rechtsgesch. I. §. 180 (S. 662 ff.). Auch in l. 8 §. 6 D. ad SC. Vellej. 16. 1 ist der Ausdruck „fraus“ im alttechnischen Sinne gebraucht. Der delegirte non debitor würde sich sonst an die Frau halten, wenn ihm die except. Scti Vellej. nicht gestattet würde, und damit wäre fraus Scto geschehen, indem die Frau doch herbeigezogen würde, da ja der non debitor seinen Regress an ihr nehmen würde.

7) Die const. Theodosiana war ein „Gelegenheitsgesetz“ (siehe Endemann a. a. D. S. 30), gegeben, um einem Unfug zu steuern, den die Curialen trieben. Denselben war nämlich die procuratio fremder Güter zu übernehmen verboten; daher pachteten sie dieselben. — Wie weit die allgemein gegebene Begriffsbestimmung von diesem den Ausgangspunkt bildenden Einzelfall beeinflusst wurde, muß dahingestellt bleiben.

finition, wemgleich diese die wörtliche Auslegung des Gesetzes „*verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem*“ und „*scaeva praerogativa verborum*“ mehr hervorhebt als die l. 29 D. de leg. 1. 3, die bloß von *salvis verbis*, „wobei die Worte unberührt bleiben“, spricht.

Wenn ich nun im Folgenden die einzelnen Stellen nach den gesetzlichen Bestimmungen, die umgangen werden, ordne und nicht nach ihren Verfassern, genauer gesprochen, wenn ich diese zweite mögliche Zusammenfassung unterlasse, so hat dies darin seinen Grund, daß, wie ich mich überzeugte, nach dieser Seite hin kein Resultat zu gewinnen ist. Principielle Behauptungen werden ja von keinem der Juristen aufgestellt; Alle — nur Ulpian und Paulus in l. 30 u. 29 D. de leg. 1. 3 ausgenommen und bei letzterem ist es wol noch sehr zweifelhaft, ob er eine generelle Definition geben wollte — sprechen von Einzelfällen frauduloser Gesetzesumgehung, auf die sie den Satz in fr. legis = contra legem anwenden. Eine verschiedene Auffassung darüber, was in fr. legis sei, findet sich nicht vor; alle die Einzelfälle passen, wie gesagt, unter die generellen Definitionen, zu welchen l. 29. 30 D. 1. 3 durch Justinian geworden sind. Wenn nun auch nach der begrifflichen Seite hin — so viel sich aus den Einzelfällen schließen läßt<sup>8)</sup> — kein Streit herrscht, so ist über die Frage, ob ein bestimmtes Handeln als in fr. legis zu bezeichnen sei, im Laufe der Zeiten manche Meinungsdivergenz zum Vorschein gekommen. So z. B. bez. des tacitum fideicommissum. Hier war bestritten, was man als „*palam datum*“ mit Recht bezeichne; je nachdem man den einen oder anderen Thatbestand hiefür als genügend betrachtete, wurde von den Juristen verschieden entschieden. Ein anderes hieher gehöriges Beispiel, das sich lange vor dem tacit. fideic. zugetragen, ist der in l. 7 pr. D. de Sct. Maced. 14. 6 erwähnte Fall. Die Stelle lautet: „*Item si filius familias fideiusserit Neratius libro primo et secundo*

8) Ich meine auf die Ansicht des einzelnen Juristen. Hier ist nur bezüglich Ulpian und Paulus ein Streit möglich; von diesen sind am meisten Stellen aufgenommen; am überwiegendsten auch hier von Ulpian. Von diesen beiden haben wir aber schon in l. 29 u. l. 30 D. de leg. 1. 3 Definitionen. Bis auf die Fälle, in welchen der Ausdruck in fr. leg. im älteren Sinne verwendet ist, stimmen sämtliche Fälle mit den Legaldefinitionen überein. Was aber die anderen Juristen betrifft, so haben wir von manchen überhaupt nur eine diesbezügliche Stelle, so von Marcianus (l. 34 [33] §. 1 D. ad leg. Julian. 48. 5), Marcellus (l. 123 D. de leg. 30) (citirt erscheint Marcellus auch noch in l. 42. D. de acquir. vel. mitt. hered. 29. 2), Callistratus (l. 3 pr. §. 1 D. de iure fisci 49. 14), Tryphoninus (l. 50 D. de bonis libert. 38. 2), Venulejus

Saturninus (l. 12 pr. D. de accusat. 48. 2). — Auch Neratius u. Celsus finden sich nur einmal und zwar in l. 7 pr. D. de Sct. Maced. 14. 6 citirt. Desgleichen Proculus in l. 7. §. 1 D. qui et a quibus 40. 9, Labeo in l. 6 D. si fam. furt. 47. 6. Auch von Gajus findet sich nur eine Stelle in den Digesten (l. 10 pr. D. de his quae ut indig. 34. 9). Von Pomponius, Papinianus, Terentius Clemens und Julianus je zwei Stellen. Dagegen erscheint Julian mehrfach citirt, so in l. 7 pr. D. de Sct. Maced. 14. 6, l. 6 §. 3 D. de iure patron. 37. 14, l. 16 pr. D. eod. l. 64 §. 1 D. de condic. 35. 1, l. 3 pr. D. de iure fisci 49. 14, während von den übrigen nur Papinianus in l. 13 §. 2 D. de action. empti vend. 19. 1 citirt ist. Von Scaevola drei Stellen.

responsorum cessare senatus consultum ait. Idem Celsus libro quarto. Sed Julianus adicit, si color quaesitus sit, ut filius familias, qui mutam accepturus erat, fidejuberet alio reo dato, fraudem senatus consulto factam nocere et dandam exceptionem tam filio familias, quam reo, quoniam et fideiussori filii subvenitur.“

Hier liegt also eine Meinungs-differenz zwischen Neratius und Celsus einerseits — aus dem Citate folgt wol aus der Aufeinanderfolge, daß an Celsus den Jüngerer gedacht ist — und Julianus andererseits vor. Während nun bekanntlich Neratius und Celsus Proculianer sind, war Salvius Julianus Sabinianer. Ein Streit der Schulen ist jedoch hieraus nicht zu folgern. Denn wenn auch schon Proculus sich nach dem Citate in der l. 7 §. 1. D. qui et a quibus 40. 9<sup>o</sup>) in dem Fall: minor annis viginti, cum servum manumittere vellet nec justam causam ad consilium manumittendi haberet, tibi eum ut manumitteres dedit, auf den Standpunkt stellte, er werde nicht frei, quoniam fraus legi facta esset, so folgt hieraus für den Gegensatz der beiden Schulen m. E. gar nichts<sup>10)</sup>. Es kann sich aus dem vorliegenden Beispiel nur das Eine ergeben, daß die Anhänger des Proculus an den Fall fraudulöser Gesetzesumgehung beim Thatbestand der l. 7 pr. D. de SCT. Maec. 14. 6 überhaupt nicht gedacht und daher keine dies-fällige Entscheidung getroffen hatten, während sie sich im Falle der l. 7 §. 1. D. qui et a quibus auf den Standpunkt des in fr. leg. agere stellten. Die Sache ist vielmehr so aufzufassen, daß die Proculianer Neratius und Celsus bei dem von ihnen gewählten Beispiel der fideiussio an den Normalfall dachten, während der Sabinianer Julian die denkbare und in praxi vorkommende Ausnahme hervorhob. Diese Ausnahme hätten vielleicht auch die Proculianer gleichlautend entschieden; der Umstand, daß auch sie sich auf den Gesichtspunkt des in fr. leg. agere stützten (l. 7 §. 1. qui et a quibus 40. 9), spricht gewiß dafür.

## §. 20. Einzelne Arten der Umgehung verschiedener leges.

Wenden wir uns nun zu den einzelnen Stellen, sofern dieselben nicht bereits an anderem Platze besprochen worden sind. Daß in den verschiedenen Fällen der fraudulös Handelnde bald mit mehr, bald mit weniger Schlaueit operirt, versteht sich von selbst. Oft mag man sich sogar ver-

9) Siehe auch Gajus I. 38, Inst. I. 6. §. 4. l. 4 D. de servis export. 18. 7. Hiezu Glüd.-Leist IV. S. 413, Erg.-Leben Conditionen II. Bd. S. 117.

10) Über den Schulengegensatz siehe neuestens auch L. Mai „Der Gegensatz und die Controversen der Sabinianer und Proculianer im Anschluß an die Berichte der gajanischen u. justinianischen Institutionen“ Heidelberg 1887. Vgl. hiezu die Recension von Th. Ripp in der Zeitschr. d. Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 10. Bd. (23. Bd. der

Zeitschr. f. Rechtsgesch.) Rom. Abth. S. 165 ff., dem insbesondere auch nach der Seite hin zugestimmt werden muß, daß bei einem Material, das sich auf die Gajanischen und Justinianischen Institutionen beschränkt, sich nicht ein umfassendes Urtheil über den Schulengegensatz gewinnen läßt. Eine Zusammenstellung der für den Schulengegensatz relevanten Stellen findet sich z. B. bei Paul Krüger Geschichte der Quellen und Literatur des röm. Rechts S. 148 Anm. 8.

sucht fühlen, mit Schillers Wallenstein auszurufen: „Wär' der Gedank' nicht so verwünscht gescheidt, man wär' versucht, ihn herzlich dumm zu nennen.“ Hier mag denn zuerst Erwähnung finden die allgemein sprechende l. 7 §. 7. D. de pactis 2. 14. Ait praetor: Pacta conventa quae neque dolo malo neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, decreta, edicta, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.<sup>1)</sup> Was den Begriff der fraus betrifft, so bietet dies Fragment in seiner Dreitheilung nichts, da die fraus legis doch für alle Fälle neben dem „dolos“ und „adversus leges“ eine selbständige Erwähnung beanspruchen darf. Wenn aber auf Grund dieser Stelle Barthelmes (a. a. O. S. 30) die Sache so darstellen will, wie wenn das prätorische Edict der Ausgangspunkt für den Satz gewesen, daß das in fr. leg. agere gleich sei dem contra legem agere, so scheint mir diese Behauptung etwas gewagt.<sup>2)</sup> In dieser Beziehung müssen wir, wenn auch nicht ein „ignorabimus“ zugeben, so doch sagen, daß nach dem vorliegenden Quellenmaterial ein bestimmtes Urtheil sich nicht abgeben läßt, wengleich manches für diese Annahme spricht. Ich habe dieser Stelle nur gedacht wegen der von Barthelmes an sie geknüpften Bemerkung. Im weiteren glaube ich — bis auf die Erwähnung — auf Stellen, die uns nicht auch sagen, worin das in fr. leg. agere im einzelnen Falle besteht, verzichten zu dürfen.

Die Gesetze, von denen uns in den Quellen berichtet wird, wie sie umgangen wurden, sind die folgenden:

Die lex Aelia Sentia bestimmte bekanntlich, daß ein minor annis viginti nur nach erfolgter approbatio einer justa causa manumittendi vor dem consilium freilassen durfte.<sup>3)</sup> Dies wurde als lästige Schranke empfunden und in folgender Weise umgangen, wie uns dies Julianus in l. 7 §. 1. D. qui et a quibus 40. 9. Proculus citirend, erzählt. Minor annis viginti, cum servum manumittere vellet nec justam causam ad consilium manumittendi haberet, tibi eum ut manumitteres dedit: negavit eum Proculus liberum esse, quoniam fraus legi facta esset.<sup>4)</sup> Auf Grund einer der sententia legis widersprechenden wörtlichen Betonung des Verbotes des manumittere wird der Sklave einem Dritten übergeben, dem das Hinderniß minor annis viginti zu sein, nicht entgegensteht.

1) Siehe beispielsweise Glüd Pandekt. IV. Bd. S. 45.

2) Barthelmes sagt: „Nachdem die Jurisprudenz den Formalismus des ältern Rechts überwunden hatte, wußte sie auch da, wo das Gesetzeswort nicht verletzt war, den rechtswidrigen Befreiungen entgegenzutreten. Es genügte, daß der Prätor im Edict allgemein erklärte, er werde die in fraudem legis geschlossenen Geschäfte nicht berücksichtigen.“ Sohin folgt das Citat der l. 7 §. 7 D. de pactis 2. 14. Daß auch der erste Satz nicht mit solcher apodiktischen Gewißheit ausgesprochen

werden darf, brauche ich wol nicht erst zu erwähnen. Über die Frage, wann und wie die Gleichstellung des in fr. leg. ag. mit dem contra legem agere aufgefunden, siehe an anderer Stelle.

3) cf. Gajus I. 18 ff., I. 36—41 und I. 47. Zur nachfolgenden Stelle Cujac. VI. pag. 490. Buchl. Satb. Julian. S. 220.

4) Siehe auch l. 38 §. 1 D. de lib. caus. 40. 12 . . . constitutionem Divi Marci ad libertatem eorum mancipiorum pertinere, quae hac lege venierint, ut post tempus manumitterentur und hiezu Glüd-Leiß Bd. 4 S. 413.

Die l. 32 D. de manumiss. test. 40. 4 enthält einen Fall, mit welchem sich die Literatur<sup>5)</sup> m. W. nach der hier relevanten Seite nicht beschäftigt hat: Sciendum est necessario herede existente quamvis se abstineat, tamen libertates competere, si modo non in fraudem legis Aeliae Sentiae datae fuerint. Worin besteht bei testamentarischer Freilassung die fraus, welche der lex Aelia Sentia zugefügt wird?

Eine weitere hieher gehörige Stelle ist die l. 6 §. 3. D. de jure patr. 37. 14: Si patronus libertam iurejurando adegerit, ut sibi nuberet, si quidem ducturus eam adegit, nihil contra legem fecisse videbitur: si vero non ducturus propter hoc solum adegit, ne alii nuberet, fraudem legi factam Julianus ait, et perinde patronum teneri, ac si coëgisset iurare libertam non nupturam. — Daß die lex Aelia Sentia den Patron mit dem Verlust der patronatischen Rechte bestrafte, wenn er den Freigelassenen iurejurando adegerit ne uxorem ducat, oder die liberta ne nubat, ist bekannt (l. 6. l. 15 D. de jure patr. 37. 14. l. 3 §. 5 D. de suis et leg. 38. 16. l. 24 D. de bonis lib. 38. 2. l. 31. 32 pr. D. qui et a quib. 40. 9). Um nun die patronatischen Rechte nicht zu verlieren und doch das Verbotene zu thun — verboten ist ihm den Worten nach bloß, der liberta Ehelosigkeit aufzuerlegen — läßt der Patron sie schwören, ihn selbst zu heiraten, hält aber sein Wort nicht. Einen andern darf sie aber, ihrem Eid nach, nicht heiraten, also ist der Erfolg der Ehelosigkeit erreicht.

Der Umgehung des Aedilenedictes betreffend die a. redhibitoria und quanti minoris wurde an anderer Stelle bei Besprechung der hieher gehörigen l. 44 pr. D. de aedilicio edicto 21. 1 gedacht.

Vielfachen Umgehungen war insbesondere die lex Julia et Papia Poppaea ausgesetzt und hier ist ein Satz Zacharia's<sup>6)</sup> unbedingt richtig, dem ich sonst nicht für alle Fälle zustimmen kann: „Gesetze, an welchen von den Auslegern gedreht und gedeutet wird . . . ., haben wenigstens die Vermuthung der Ungerechtigkeit oder Unbilligkeit gegen sich; da ist es selten oder nie zweifelhaft, daß dem Gesetze selbst die Schuld seines mißlichen Erfolges beizumessen sei.“<sup>7)</sup>

Über die einzelnen Umgehungsversuche, die uns überliefert sind, verweise ich auf das an anderer Stelle Gesagte.

Daß Sctum Macedonianum formulirte sein Verbot dahin (l. 1 D. de Sct. Maced. 14. 6): ne cui, qui filio familias mutnam pecuniam

5) Bezüglich anderer Seiten siehe z. B. Ant. Augustinus Emendationum et opin. lib. IV (in Otto Thesaurus IV. pag. 1501. Duarenus in tit. de acq. hered. c. 3 opp. pag. 440).

6) Vierzig Bücher vom Staate. IV. Bd. Heidelberg 1840. Buch 20, Hauptstück 3, S. 32.

7) Den gleichen Gedanken drückt auch Goldschmidt in seinen Gutachten über die Wucherer Gesetze (Verhandlungen des VI. Deutsch. Juristentages I. Bd. S.

227 ff.) auf S. 238, 239 aus. Dasselbst findet sich der Wortlaut der hochinteressanten Regierungsmotive zu dem Preussischen Gesetzentwurf von 1860 abgedruckt. Siehe diesfalls neuestens auch Kosska in den Verhandlungen des XX. Deutsch. Juristentages II. Bd. S. 23. (Gutachten über die Frage: Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden?)

dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur.

Die Umgehungsversuche schildern uns l. 7 pr. §. 1, §. 3 D. h. t. und l. 3 §. 3 D. h. t.<sup>8)</sup> Die Fälle sind folgende: Der Haussohn, der ein Darlehen erhalten will, schiebt einen Dritten als Darlehensnehmer vor; er selbst tritt bloß als Fidejussor auf. Oder: Würde der filius fam. ein Darlehen aufnehmen und diesem ein Dritter als Fidejussor beitreten, so müßte der für den fidejubirenden Haussohn geltende Grundsatz auch für den dritten Fidejussor zur Anwendung kommen und dem Gläubiger stände die exc. SCT. entgegen. Daher läßt er den Dritten nicht als Fidejussor, sondern als Mitschuldner an dem Darlehen theilnehmen. Ulpian entscheidet, daß auch hier *utilem esse exceptionem adversus fraudem dandum*.

Im §. 3 der l. 7 ist nun der Fall hervorgehoben, wo der fraudulös Handelnde sich an die Worte „mutuam pecuniam“ anflammt, und frumentum, vinum, oleum als Darlehen gibt resp. empfängt, *ut his distractis fructibus uteretur pecunia*. — Daß ein solches Vorgehen, wie es in l. 7 §. 3. D. h. t. geschildert wird, nicht nothwendig ein incorrectes ist, versteht sich von selbst und Ulpian hebt ausdrücklich in l. 3 §. 3. D. h. t. hervor, daß natürlich nur dann bei einem vom Haussohn abgeschlossenen Kaufe oder sonstigem Rechtsgeschäft das SCT. zur Anwendung gelange, *si frans senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit, magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem*. (Vgl. hiezu auch l. 11 pr. D. de rebus creditis 12. 1, wo vom sogenannten contractus Mohatrae gesprochen wird. Siehe auch Noodt de SCTo. Macedoniano pag. 339.) In den hier angeführten Fällen stützen sich die das SCT. Umgehenden bald auf die Worte *filio familias*, bald auf das *mutuam pecuniam* und setzen auf Grundlage dieser absichtlich falschen Interpretation den Thatbestand.

Das SCT. Vellejanum war gleichfalls als eine unangenehme Verkehrsbeschränkung oft umgangen worden. Nach der Systematik der Glosse zu l. 29 u. 30 D. de legib. 1. 3 würde hieher der Fall der l. 8 §. 14 D. ad SCT. Vellej. 16. 1 gehören, der auch von ihr ausdrücklich hervorgehoben wird. Die Stelle lautet: *Si cum essem tibi contracturus, mulier interveniret, ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse: quo casu datur in te actio, quae instituitur magis quam restituitur obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata: verbi gratia si per stipulationem mulier, et tu quasi ex stipulatu convenieris*. Der gleiche Fall liegt auch der l. 29 pr. D. ad SCT. Vellej. 16. 1 zu Grunde: *Quidam voluit heredibus Lucii Titii mutuam pecuniam dare et cum eis contrahere: sed quoniam facultates eorum suspectas habuit, magis voluit uxori testatoris dare pecuniam et ab ea pignus accipere: mulier eandem pecuniam dedit heredibus et ab his pignus accepit . . .*<sup>9)</sup><sup>10)</sup>

8) Zu l. 3 §. 3 und l. 7 §. 3 D. h. t. siehe auch Coccejii Exercit. curios. Lemgoviae 1722. I. Bd. Disp. 89 de Simulatione pag. 1448.

9) Siehe auch l. 1 in fine h. t. l. 32 §. 1 h. t. u. a. m.

10) Wenn Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 58 den Fall der l. 29 pr.

Wie nun die Glosse dazu kam, den Fall der l. 8 §. 14. D. ad Sct. Vellej. 16. 1 als einen Fall der *fraus legis* und zwar *de uno contractu ad eundem contractum* zu bezeichnen, vermag ich nicht anzugeben. Offenbar enthielt diese Behandlung einen entschiedenen systematischen Fehler. Spricht doch die l. 2. D. h. t., welche den Wortlaut des Sct's enthält, ausdrücklich von *fideiussiones et mutui dationes pro aliis* und liegt ja in den oben angeführten Fällen nichts anderes vor, als der mit den Worten „*mutui dationes pro aliis*“ ausdrücklich verbotene Fall der späterhin sogenannten *intercessio tacita*; mithin ist hier ganz *direct contra Sct.*, keineswegs in *fraudem* desselben gehandelt. Andererseits muß ich, da ich dieses systematischen Fehlers Erwähnung that, auch hervorheben, daß sich dieser Fehler der Glossatoren ausschließlich auf die Systematik bezieht. Wo dieselben den Fall selbst zur Sprache bringen, findet sich keine Spur dieser falschen Auffassung.

Daß in *fraudem* des Sct. Vellej. gehandelt wurde, sagt uns in genereller Fassung, ohne das „wie“ anzugeben, Paulus in l. 29 §. 1 D. h. t.: *ea quae in fraudem Scti quod, de intercessione feminarum factum est, excogitata probari possunt, rata habere non oportere.*<sup>11)</sup>

Dagegen berichtet Pomponius in der l. 32 §. 3. D. ad Sct. Vellej. 16. 1 einen Fall, der gewiß häufig vorgekommen sein mag<sup>12)</sup>: *Si mulier ne ipsa intercederet, alii mandaret, ut id faceret, an in huius persona locus huic senatus consulto sit, qui rogatu mulieris id faceret? Totus enim sermo Scti ad petitionem non dandam adversus ipsam mulierem spectat. Et puto rem ita esse distinguendam, ut, si quidem creditor, cui me obligavi, mandante muliere, hoc in fraudem Scti egisset, ne ipsa interveniret contra Sctum, daret autem alium, excludendum eum exceptione fraudis Scti factae: si vero is ignorasset, ego autem scissem, tunc mandati me agentem cum muliere excludendum esse, me autem creditori teneri.* Die Frau bemüht also hier auf dem Wege des Mandates eine Zwischenperson; ich glaube diesem Falle ist weiter nichts beizufügen. Auch hier wird auf Grund absichtlicher falscher Interpretation ein Thatbestand gesetzt, der das in Wahrheit Gewollte nicht zum Vorschein kommen lassen soll.

Was die *lex Falcidia* betrifft, so gehören hieher l. 27 und l. 71 D. ad leg. Falcid. 35. 2. Die erstere dieser Stellen haben wir bereits besprochen

D. ad Sct. Vellej. 16. 1 als einen solchen, wo in *fraudem legis* gehandelt wurde, erklärt, so kann ich mir — dem Wortlaut des Sct's gegenüber — dies nicht erklären; man müßte denn annehmen, daß Bähr etwa eine Ausgabe des *corpus juris* vorgelegen, bei welcher der auch von ihm citirte Satz: *ea quae in fraudem Scti etc.* nicht als selbstständiger §. 1 bezeichnet war. (Sein Citat desselben ohne Angabe des §. 1 spricht dafür.) In allen von mir diesfalls nachgeschlagenen Ausgaben findet sich dieser Satz als §. 1 und wird er

ja noch durch die Worte Paulus *respondit* eingeleitet; ein m. E. deutliches Zeichen, daß dieser Satz mit dem vorherigen nicht in unmittelbarem Zusammenhange steht. Aber selbst, wenn dies der Fall wäre, so müßte dem Wortlaut des Sct's nach doch angenommen werden, daß der Ausdruck *fraus Scti* hier nicht im technischen Sinne der Kaiserzeit gebraucht worden ist.

11) Siehe hiezu Cujac. VI. C. 592.

12) Siehe auch den §. 2 der angeführten Stelle.

anlässlich der Hervorhebung dessen, daß die „Bedingung“ verwendet wird, um ein Gesetz zu umgehen. Die letztere lautet: *Potest heres in vendenda hereditate cavere, ut et lege Falcidia interveniente solida legata praestentur, quia ea lex heredis causa lata est nec fraus ei fit, si jus suum deminuat heres.*

Die l. Falcidia war bekanntlich zum Schutze der l. Julia vicesimaria eingeführt worden, um die Destitution der Testamente zu verhindern; es lag ihr also auch ein publicistisches Motiv zu Grunde. Der Erbe durfte auf sie verzichten (l. 46. D. ad l. Falcid. 35, 2, l. 20 §. 1. D. de donationib. 39. 5, l. 19 Cod. ad leg. Falc. 6. 50 cf. l. 40 §. 1. D. de jure fisci 49. 14), aber nur freiwillig. Der Erblasser durfte ihn hiezu weder direct noch indirect zwingen. L. 27 D. ad l. Falc. 35. 2 ist nur ein Beispiel solch' eines indirecten Zwanges. Die l. 71 sagt: Wenn der Erbe auf diese Wohlthat verzichtet, so ist dies nicht *frans legis Falcid.*, weil er ja bloß *suum jus deminuat* und die *lex Falc. heredis causa* eingeführt ist<sup>13</sup>). Ist dem Erblasser irgendwie die Möglichkeit geboten, den Erben zum Verzicht zu zwingen, so liegt die Gefahr der Destitution nahe. Dadurch wurde die l. Julia vicesimaria einerseits geschädigt, andererseits aber — und dies ist ein viel wichtigeres publicistisches Moment — das höchste Recht des Römers, sich im Testament einen Willensfortsetzer zu schaffen, in Frage gestellt.

Andere lehrreiche Beispiele fraudulöser Gesetzesumgehung finden sich bei der l. Julia de adulteriis (v. J. 736) überliefert. Von derselben sagt Ulpian l. 30 (29) pr. Dig. ad l. Juliam de adult. coerc. 48. 5<sup>14</sup>): *Mariti lenocinium lex coaruit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit.*<sup>15</sup>) Was die diesbezüglichen Worte des Gesetzes betrifft, so sind uns bloß die bestimmt überliefert, die sich auf den Ehebrecher beziehen: „*adulterum in domo deprehensum dimiserit*“. Als wahrscheinlich nimmt man jedoch (cf. Bruns fontes pag. 101) auch die folgenden an: *qui uxorem in adulterio deprehensam retinuerit*. Daß in der lex entweder von „*retinuerit*“ oder wie Paulus Sent. II. 26. 8 und Collatio IV. 12. 7 sagen „*non statim dimiserit*“ die Rede gewesen sein muß, geht zur Evidenz aus dem in l. 34 (33) §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5<sup>16</sup>) mitgetheilten Falle hervor.<sup>17</sup>) Die Stelle lautet: *Si quis adulterum non dimiserit sed retinuerit, forsan filium in noverca vel etiam libertum vel servum in uxore, ex sententia legis tenetur, quamvis verbis non continetur; quae autem retinetur punitur. Sed si dimissam reduxerit, verbis*

13) Darüber, daß die l. Falcidia heredis causa eingeführt wurde, wie Paulus hier im Widerspruch mit Justinian (Nov. I. cap. 2) versichert, siehe Francisci Husmani Paradoxa ad legem Falcidiam in Otto Thesaurus IV. pag. 1674.

14) Siehe auch l. 2 §. 2; l. 11 §. 3; l. 33 §. 1 D. h. t.

15) Cf. Paulus Sent. II. 26. 8 „Eum qui in adulterio deprehensam uxorem

non statim dimiserit, reum lenocinii postulari placuit“ und Collatio IV. 12. 7.

16) Siehe zu dieser Stelle Cujac. IX. pag. 1419 B.

17) Für den Ausdruck „deprehensam retinuerit“ cf. Ulpian in l. 2 D. h. t. (sowol §. 2 als §. 6), ferner Cod. l. 2. h. t. (9. 9) Crimen lenocinii contrahunt, qui deprehensam in adulterio uxorem in matrimonio detinuerint.

non tenetur: sed tamen dicendum est, ut teneatur, ne fraus fiat. Auf den Ausdruck nun „retinuerit“ bez. „non dimiserit“ hat sich in unserem Falle der Ehegatte gestützt, um nicht der Strafe des lenocinium zu verfallen; die Ehegattin wurde sofort entfernt (fortgeschickt) und damit ist den Worten Genüge geschehen. In Wahrheit nahm er sie dann sofort wieder zurück. Für diese (vom Manne von vornherein hier nicht in der Absicht der Dauer vorgenommene) Scheidung hatte die l. Julia de adulteriis eine bestimmte Form vorgeschrieben l. un. §. 1. D. unde vir et uxor. 38. 11: item Julia de adulteriis nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet. Diese Form bestand (l. 9. D. de divortiis et repud. 24. 2)<sup>18)</sup> darin, daß ein Freigelassener aus der Familie des die Scheidung begehrenden Ehegatten vor sieben mündigen römischen Bürgern die Scheidungsbotschaft überbrachte.<sup>19)</sup> Eingeführt wurde sie, „da Ehebrecherinnen sich oft auf eine Scheidung beriefen, wodurch sie die Ehe aufgehoben hätten“. (Buchta Institut. I. §. 107 S. 298; Wächter Über Ehescheidungen bei den Römern S. 126.) Insbesondere wird sich diese Ausrede der Frauen auf die in der Festigkeit eines Streiters vom Manne gebrauchten Worte bezogen haben, die sie — obwohl sie es nicht waren oder wenigstens nicht sein sollten — als Scheidungserklärung aufgefaßt zu haben vorgaben, um den Nachtheilen und Abzügen zu entgehen, die ein Ehebruch auch in der Zeit vor der l. Julia de adulteriis mit sich brachte.

Eine anderweitige Umgehung der l. Julia de adulteriis schildert l. 14 §. 5. D. qui et a quibus 40. 9. Dieselbe lautet: Sed et si constante matrimonio mulier, dum divortium cogitat, manumittat vel alienet et hoc dilucidis probationibus fuerit adprobatum; quasi in fraudem legis<sup>20)</sup> hoc factum sit, non debet alienatio valere vel manumissio<sup>21)</sup>. Nach der lex Julia de adulteriis war es nämlich der Frau verboten<sup>22)</sup>, 60 Tage nach erklärter Scheidung ihre Sklaven freizulassen oder zu veräußern, da hiedurch das Recht des Mannes, binnen dieser 60 Tage die accusatio zu erheben und die Sklaven als Zeugen vernehmen und foltern zu lassen, beeinträchtigt worden wäre. Wie nun, wenn die Frau dum divortium cogitat, constante matrimonio die Sklaven, welche entscheidendes Zeugnis ablegen könnten, freiläßt? Würde die Frau nach erfolgter Scheidung freilassen, so hätte sie direct contra legem gehandelt. Sie thut es aber vorher. Hier hat sie salvis verbis sententiam legis verlegt, denn der Rechtsatz — die Worte sind uns leider nicht erhalten — war: die Freilassung ist ver-

18) Siehe auch l. 44 D. ad leg. Jul. de ad. 48. 5. l. 35 D. de donat. int. vir. et ux. 24. 1.

19) So die allgemein in älteren Büchern verbreitete Lehre. Daß dieselbe nicht richtig ist, hat m. E. überzeugend nachgewiesen Schlesinger Über die Form der Ehescheidung bei den Römern seit der lex Julia de adulteriis im V. Bd. der Zeitschrift f. Rechtsgesch. S. 193 ff.

20) Quasi bedeutet hier, wie an

manchen anderen Stellen in unseren Quellen „als“ = „quia“ = „weil“. Beispiele siehe in jedem Quellenlexicon. Quasi in fraudem siehe l. 65 §. 15 D. ad SC. Trebell. 36. 1.

21) Siehe zu dieser Stelle Zimmermann Gesch. d. R. R. Th. 2. S. 760. Anm. 10.

22) l. 12 D. qui et a quibus. 40. 9; l. 14 §. 1 u. 2 D. eod. Zu ersterer Stelle vgl. insbesondere Donellus I. p. 98 und XV. p. 80.

boten, damit die Sklaven dadurch nicht der peinlichen Befragung entzogen werden. — Auch vor der *lex Julia de adulteriis* kam es schon vor, daß Sklaven der peinlichen Frage durch die Freilassung entzogen wurden<sup>23)</sup>; leider ist uns von den hierher gehörigen Gesetzen, die der *l. Julia de adult.* vorhergingen, nur die einzige *Lex Scantinia* bekannt<sup>24)</sup>, die sich auf einem anderen Gebiete bewegte. Wir können also mit Rücksicht auf die Gesetzgebung vor der *l. Julia de adulteriis* nicht mit Bestimmtheit sagen, ob in einem derartigen Freilassen der Sklaven *ad hoc*, um sie der Folterung zu entziehen, und mithin den wahren Sachverhalt zu verheimlichen, ein in *fraudem legis agere* gelegen war, schon gar nicht, ob es als ein solches angesehen wurde. Wenn die der *l. Julia de adult.* diesfalls vorangegangenen Gesetze auch schon den obigen Rechtsatz enthalten hätten, dann allerdings ergibt sich aus den von Rudorff<sup>25)</sup> citirten Stellen der von ihm ausgesprochene Satz: „Freie, selbst in *fraudem legis* Freigelassene durften nach republikanischem Rechte weder als Angeklagte noch als Zeugen gefoltert werden.“ Daß in der Kaiserzeit andere Grundsätze herrschten, ist bekannt.

Das Prätorenedict, welches die Rechte des Patronus dem Freigelassenen gegenüber regelte, war auch Gegenstand der Umgehung, wie uns dies von Tryphoninus in *l. 50. D. de bonis libertorum 38. 2* mitgetheilt wird. Der Fall ist folgender: Der Sklave oder Sohn des Patronus ist vom *libertus* eingesetzt worden. Durch die Einsetzung eines der beiden ist aber dem Pflichttheilsrecht des Patronus Genüge geschehen, denn das Wesen desselben bedingt nur, daß ihm der ihm gebührende Theil des Nachlasses wirklich zukomme, was ja hier der Fall ist. Nun manumittirt resp. emancipirt der Patron den Sklaven bez. den Sohn. Oder er veräußert den Sklaven, ehe er denselben die Erbschaft antreten ließ. Im letztern Falle versteht es sich von selbst, daß er den Sklaven zu dem Preise veräußert, den ein solcher hat, dem eine Erbschaft zugefallen. Nichtsdestoweniger begehrt der Patron seinen Pflichttheil. Der Jurist entscheidet nun: Wenn er dies nicht *dolos* gethan, ist alles in Ordnung. Wenn aber *dolos*, dann ist *fraus edicto* geschehen, indem er wörtlich auslegend gesagt hat: ich (Patron) muß eingesetzt sein, während es nur darauf ankommt, daß das Pflichttheilsrecht materiell befriedigt wird.

Einen Fall der Umgehung der *oratio Divi Marci* enthält *l. 8 §. 20. D. de transact. 2. 15*<sup>26)</sup>: *Si cum lis quidem esset de alimentis, transactum autem de lite fuisset; transactio valere inconsulto praetore non potest, ne circumveniatur oratio. Fingi enim lites poterunt, ut transactio etiam citra praetoris fiat auctoritatem*<sup>27)</sup>. Die Bestimmung der *oratio*, um welche es sich hier handelt, drückt Ulpian durch die Worte aus: *ne*

23) Siehe hierüber die bei Rudorff *Röm. Rechtsgesch.* II. Bd. S. 447 Anm. 39 Citirten, insbesondere Cicero *pro Caelio* cap. 29.

24) Siehe Rudorff *a. a. O.* I. Bd. S. 87.

25) *Röm. Rechtsgeschichte* II. Bd. S. 447.

26) *cf. l. 8 §. 1 D. eod. l. 8. C. de transact. 2. 4.*

27) Siehe hierzu Cujac. I. p. 953D.

aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore praetore facta (l. 8 pr. lit.)<sup>28</sup>). Ein Vergleich über letztwillig hinterlassene Alimente muß unter auctoritas des Prätor's geschehen. Wie nun aber, wenn die Parteien hierüber processiren? Davon ist nichts gesagt. Auch in einem derartigen Falle muß daselbe gelten, sonst könnte ja die oratio durch Anstrengung eines nicht ernst gemeinten Process'es und hierauf folgenden Vergleich ohne auctoritas des Prätor's umgangen werden; es könnte sonst gesagt werden, hier handle es sich nicht um eine alimentorum transactio (so dürfte wol der Wortlaut gedeutet haben, wenn wir aus der Umgehung schließen dürfen), sondern um eine transactio de lite alimentorum; es würde also hier der fraudulos Handelnde den Versuch machen, durch absichtlich falsche zu enge Interpretation des Wortes „transactio“ und durch eine hierauf basirende Thathandlung (Processanstellung, mit der Absicht, denselben durch Vergleich zu Ende zu führen) die Oratio zu umgehen.

Eine andere interessante Umgehung des Gesetzes enthält l. 12 pr. D. de accusation. 48. 2. Es handelt sich hier um einen Rechtsatz, der lange Zeit Gewohnheitsrecht gewesen und erst spät in die Gesetze über die Schwurgerichte aufgenommen worden war. Die für uns wesentlichen Worte der Stelle lauten: Hos accusare non licet . . . . qui rei publicae causa afuerint, dum non detractandae legis causa abest<sup>29</sup>). Die Lesart der Florentina „retractandae“ ist dem Inhalt der Stelle nach einfach unmöglich. Die Stelle besagt: Diejenigen dürfen nicht angeklagt werden, die rei publicae causa abwesend sind, sofern sie nicht detractandae legis causa nicht zurückkehren, d. h. genauer gesprochen: sie dürfen nicht angeklagt werden, der Process mußte ihrer Abwesenheit halber zum Stillstand gebracht werden. Die hohen Beamten durften während der Dauer ihres Amtes überhaupt nicht in Anklagezustand versetzt werden<sup>30</sup>). Diese Grundsätze betreffs der im Staatsdienst Abwesenden und über die Unantastbarkeit der hohen Staatsbeamten „lagen in den nothwendigen Verhältnissen des Staates und bestanden deshalb ohne Gesetz; beide wurden später in dem Gesetze über die Schwurgerichte ausdrücklich ausgesprochen“ (Worte Zumpt's a. a. O. 80). Der fraudulos Handelnde stützte sich nun auf diesen Rechtsatz und legte ihn streng wörtlich aus; abwesend ist er ja auch, wenn er trotz Aufforderung von kompetenter Seite nicht zurückkehrt; aber der sententia legis, d. h. dem damit ausgesprochenen Rechtsatz entspricht dies nicht; die sententia versteht unter „abwesend“ nur einen, der rei publ. causa, d. h. gezwungen abwesend war.

Ein anderer gewiß nicht allzu seltener Fall war die Umgehung der selbstverständlichen Vorschrift, daß der tutor Mündelgut, das zur Ver-

28) Zu dieser ganzen lex 8 siehe die trefflichen Ausführungen von Nisch über den Alimentenvergleich in seinem Buche Die Lehre vom Vergleich. Erlangen 1855 S. 99—108. Leider enthalten dieselben über den uns hier interessirenden §. 20 keinerlei Aufschluß.

29) cf. l. 16 (15) §. 1 D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. l. 1. §. 2 D. de vacat. 50. 5.

30) Siehe diesfalls die Nachweise bei Zumpt Der Criminalprocess der röm. Republik S. 79—81.

äußerung kam, nicht selbst erwerben könne, da er ja in eigener Sache nicht auctoritas gewähren kann<sup>31)</sup>; anders freilich wenn ein anderer tutor intervenirt in dieser causa, wo das Interesse des Mündels genügend gewahrt ist. Die hieher gehörige Stelle ist die l. 9. D. de rebus eorum qui sub tutela 27. 9 und lautet<sup>32)</sup>: *Quamvis antecessor praesidis decrevisset ea praedia venum dari, quae tutor pupilli subjecto nomine alterius emptoris ipse sibi comparabat, tamen si fraudem et dolum contra Senatusconsulti auctoritatem et fidem tutori commissam deprehendisset, successor ejus aestimabit, quatenus tam callidum commentum etiam in exemplum coërcere debeat.*

Die frans legis steckt hier m. E. in dem Vorschieben der dritten Person als Käufer. Was dagegen die oratio divi Severi betrifft, so liegt ihr gegenüber ein ganz gewöhnliches *contra leg. agere* vor.

Die oratio bestimmte bekanntlich (l. 1. D. h. t.), daß bezüglich eines praedium rusticum oder suburbanum der Prätor die Erlaubnis zur Veräußerung geben muß, außer es sei testamentarisch oder codicillarisch von den Eltern verfügt; wenn die Schulden, die anders nicht getilgt werden können, es dringend erheischen, so soll der Prätor hiezu nach genauer Prüfung die Erlaubnis geben.

Im vorliegenden Falle hat nun der Vormund dem Prätor offenbar fälschlicherweise einen derartigen Nachweis erbracht, weil er beabsichtigt, das Gut an sich *subjecto nomine alterius* zu bringen. Gegenüber solchem Verhalten kann nun selbst der Nachfolger des Prätors, der die Erlaubnis gegeben, dieselbe zurücknehmen und den Vormund außerdem bestrafen.

Bezüglich der oratio divi Severi liegt ein *contra legem agere* vor, natürlich ein verdecktes; bez. der andern Bestimmung ist aber *sub. nomine* ein in *fr. legis agere* versucht.

Einen sehr interessanten und charakteristischen Fall der in Rom üblichen Rabulisterei enthält Gajus I. 46, eine Umgehung der l. Fufia Caninia<sup>33)</sup>. Dieselbe beschränkte bekanntlich die Zahl der Freilassungen von Sklaven auf den Todesfall. Sie dürfte aber auch für den Fall, als die gesetzliche Anzahl überschritten sei, die Bestimmung enthalten haben, daß die scriptura die Reihenfolge entscheide<sup>34)</sup>; der uns überlieferte Fall der Umgehung spricht m. E. entschieden dafür. Die Stelle lautet: *nam et si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt; quia lex Fufia Caninia,*

31) Siehe l. 1, l. 5 pr. l. 7 pr., l. 22. D. de auctor. et consens. tut. 26. 8. Auch Ulpian Frag. XI. 24.

32) cf. l. 5 §. 2—5 D. de auct. et consens. tut. 26. 8.

33) Über die Bestimmungen dieser lex siehe Gajus I. 42—46, II. 228, Ulpian Frag. I. 24, Paulus Sent.-Recep. IV. 14. Instit. I. 7. Für die uns hier beschäftigende Frage insbesondere Gaj.

ep. (westgoth. Gajus) lib. I. Tit. 2. §§. 2 u. 3.

34) Siehe schon Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts I. §. 209. Anm. 3, der sich auf den westgothischen Gajus I Tit. 2. §. 2 beruft, und auf die Lücke vor Gajus I. 46 (§. 12 des Manuscripts). Mir scheint in dem in I. 46 geschilderten Fall gerade eine weitere Bestätigung zu liegen.

quae in fraudem ejus facta sint, rescindit. Sunt etiam specialia SCta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem ejus legis excogitata sunt<sup>35)</sup>.

An anderer Stelle wurde bereits hervorgehoben, daß offenbar die l. Fufia Caninia selbst eine generelle Klausel enthielt, wonach das in fr. leg. ag. ausgeschlossen werden sollte, daß diese jedoch sichtlich nicht genügte und für feiner ausgedachte Fälle specialia SCta erlassen wurden, die das in fr. leg. actum zu einem contra legem agere stempelten.

Hier interessiert uns das „scriptis in orbem“. Der Testator schreibt die Namen der Sklaven in orbem; er hält sich also offenbar an eine Bestimmung, deren Wortlaut zwar nicht überliefert ist, die aber dahin gelaute haben muß — wie der westgotische Gajus I. 2. §. 2 sagt —, ut illis tantum libertas valeat, qui prius manumissi sunt, usque ad illum numerum, quem explanatio continet superius comprehensa, qui vero postea supra constitutum numerum manumissi leguntur, in servitute eos certum est permanere, und glaubt hieburch die Anwendung des beschränkenden Rechts-satzes vermieden zu haben. Die Folge seines Vorgehens ist die, daß kein einziger Sklave die Freiheit erhält.

Auch die in §. 3 des westgoth. Gajus I. 2. geschilderte Umgehung der l. Fufia Caninia — „nam si aliquis in aegritudine constitutus in fraudem huius legis facere noluerit testamentum, sed epistolis aut quibuscumque aliis rebus servis suis pluribus, quam per testamentum licet, conferre voluerit libertates et sub tempore mortis hoc fecerit, hi qui prius manumissi fuerint, usque ad numerum superius constitutum liberi erunt, qui vero post statutum numerum manumissi fuerint, servi sine dubio permanebunt, möge hier eine Stelle finden. Der fraudulose Handelnde klammert sich hier an das „testamento“; was er aber thut, ist ihm den Umständen nach ein Surrogat des Testaments. Mit den römischen Quellen, insbesondere mit Gajus' Bericht über die lex Fufia Caninia stimmen die Ausführungen des westgotischen Gajus nicht völlig überein. Huschke (Jurispr. Antejust.) drückt sich diesfalls folgendermaßen aus: Ex his tamen Epitomator ea, quae §§. 3, 4 continentur, aliunde quam ex Gajo summissee videtur. Woher, war mir nicht ersichtlich. Vielleicht hängt es mit germanischen (westgotischen) Überzeugungen zusammen, welche vom Epitomator in ein römisch-rechtliches Gewand gehüllt wurden.

Ein gewiß nicht selten vorkommender Fall war die Umgehung der lex Anastasiana<sup>36)</sup>. Dieselbe bestimmte bekanntlich: „Der Cessionar, der es durch Kauf geworden ist, soll nur diejenige Summe einklagen können, die er als Preis für Abtretung der Forderung gezahlt hat, mit Zurechnung landesüblicher Zinsen“ (Worte v. Arndts, Pandekt. §. 259) . . . si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur . . .

Gewisse Fälle der Umgehung dieser Vorschrift gestaltete nun Justinian

35) Siehe hiezu auch Gans Scholien zum Gajus, Berlin 1821 S. 58.

36) c. 22. Cod. mandati 4. 35.

durch c. 23 Cod. eod. zu einem contra legem agere: Sed cum hi, qui circa lites morantur eandem piam dispositionem in sua natura remanere minime concesserunt, inuenientes machinationem, ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditores, reliquam autem partem per coloratam cedant donationem, generaliter Anastasiana constitutioni subuenientes, sancimus nulli licere partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis et venditione actionum habita, partem autem donationis titulo videri transferre, sed si voluerit, pure totum debitum donare et per donationem actiones transferre, non occulte nec per artes clandestinas pecunias suscipere, publice autem simulatam donationem celebrare, sed undique puram et non dissimulatam facere donationem: huiusmodi enim cessionibus non adversamur. Si quis autem occulte aliud quidem agere conatur et pecunias pro parte accepit et vendidit particulatim actiones, partem autem donare simulat vel ipsi, qui emptionem actionis subiit, vel forsitan alii per suppositam personam (quia et hoc saepius perpetratum esse didicimus) huiusmodi machinationem penitus amputamus<sup>37)</sup> . . . .

Ob mit diesen Vorschriften Justinians etwas gesagt wurde, was „noch gar nicht in der lex Anastasiana enthalten war, nach dieser sich nichts weniger als von selbst verstand“ (Worte Herrmanns), möge dahingestellt bleiben. Herrmann beruft sich für die Bejahung dieser Frage auf die große Genauigkeit und Umständlichkeit, mit welcher sich Justinian ausdrückt, ein Argument, daß mir nicht ganz durchschlagend zu sein scheint. Dagegen geht aus §. 3 des citirten const. hervor, daß die bis zur Publikation des Justinianischen Gesetzes in der eben geschilderten Weise vorgenommenen Cessionen ihre Gültigkeit nicht verlieren, mit anderen Worten: es sollte keine Rückwirkung eintreten, ein Grundsatz, der, streng genommen, nur dann zur Anwendung zu kommen hat, wenn es sich um eine neue Vorschrift handelt<sup>38)</sup>. Es liegt hier ein Fall vor, wo die Wahrung des objectiven Rechtes von der Gesetzgebung stiefmütterlich behandelt ist gegenüber den sogenannten „volerworbenen Rechten“ der Einzelpersonen.

Selbst Gesetze, welche auf die Götter zurückgeführt wurden, scheuten

37) Über diesen Fall siehe z. B. Cocceji Exercit. cur. I. p. 1448. Vgl. zu dieser Stelle Glüd Pandekten XVI. S. 461, Meyerfeld Die Lehre von den Schenkungen nach röm. Recht. Marburg 1835 S. 326 ff., Brachtenhoest Inwiefern ist das Verufen auf die sogenannte Lex Anastasiana eine Einrede und der Beweis vom debitor cessus zu führen?, im Archiv f. die civ. Praxis Bd. 23 S. 205 ff., Kohler Studien über Mentalreservation und Simulation im XVI. Bd. von Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik S. 148 ff., Herrmann Bemerkungen über die lex Anastasiana im 31. Bd. des Archiv f. d. civ. Praxis S. 76 ff., Bähr Zur Cessionslehre in Iherings Jahrbüchern I. Bd. S. 393,

Mühlensbruch Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Stuttgart 1836 S. 537 ff., Schmid Grundl. d. Cession I. S. 39 ff., Vangerow Pandekten III. Bd. §. 576 Anm. 1, Windscheid Pandekt. 333. Anm. 4. Der von Brachtenhoest und Herrmann behaupteten Verschiedenheit in der Behandlung des Überrestes, je nachdem der Verjuch einer Gesetzesumgehung vorliegt oder nicht, ist insbesondere von Vangerow widersprochen.

38) Siehe zum §. 3 der citirten const. insbesondere Herrmann Was gemeinen Rechtes sey, wenn im Laufe einer Verjährungsfrist ein neues Gesetz über Verjährung gegeben werde? im II. Bd. Neue Folge der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß S. 77.

sich die Römer der Kaiserzeit keineswegs zu umgehen. Ein illustres Beispiel dieser Art bietet uns die Geschichte der römischen Landwirtschaft. In der alten Zeit herrschte bez. der Arbeitsruhe nachstehendes Verhältnis: „Eigentliche Arbeitsruhe bringen aber nur die einzelnen Festtage und vor allem der Feiermonat nach vollbrachter Winterfaat (*seriae sementivae*); während dieser Fristen rastete nach dem Gebote der Götter der Pflug und es ruhten in Feiertagsruhe nicht bloß der Bauer, sondern auch der Knecht und der Stier“ (Mommsen, Röm. Geschichte, I. Bd. S. 192). Wie sich nun dies Verhältnis in späterer Zeit verändert, schildert uns Mommsen (I. Bd. S. 846) mit folgenden Worten: „In älterer Zeit hatten religiöse Rücksichten . . . . mildernd eingegriffen und den Knecht, wie den Pflugstier an den gebotenen Fest- und Fasttagen von der Arbeit entbunden; nichts ist bezeichnender für den Geist Catos und seiner Gesinnungsgenossen, als die Art, wie sie die Heiligung des Feiertags dem Buchstaben nach einschärften und der Sache nach umgingen, nämlich anriethen, den Pflug an jenen Tagen allerdings ruhen zu lassen, aber mit anderen nicht ausdrücklich verpönten Arbeiten auch an diesen Tagen die Sklavenschaft rastlos zu beschäftigen.“

Es findet sich in den Quellen auch eine Anzahl von Fällen, bei denen wir nicht sagen können, ob sie wegen des in fr. legis agere so entschieden worden sind, wie dies in der That geschehen; zwar daß sie es mitumfassen, ist klar; ob sie aber dem Streben, das Gesetz zu umgehen, ihre Entstehung verdanken, ist bald zweifelhaft, bald ganz bestimmt nicht zutreffend. So z. B. l. 5 §. 3, 4 D. de auctorit. et consensu tutorum 26. 8: Sed et si per interpositam personam rem pupilli emerit, in ea causa est, ut emptio nullius momenti sit, qui non bona fide videtur rem gessisse: et ita est rescriptum a divo Severo et Antonino. Sane si ipse quidem emit palam, jedit autem nomen non mala fide sed simpliciter, ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi, valet emptio: quod si callide, idem erit ac si per interpositam personam emisset. Hierher gehört auch l. 46 §. 2 D. de jure fisci 49. 14. Ein Fall der zweiten Art ist beispielsweise l. 1. pr. §. 1. D. si is qui testamento 47. 4. Si dolo malo eius, qui liber esse jussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem in bonis, quae ejus fuerunt, qui eum liberum esse jusserit, factum esse dicetur, quo minus ex his bonis ad heredem aliquid perveniret: in eum intra annum utilem dupli iudicium datur. Haec autem actio, in Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio: sed natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intellegit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit vel alienatus sit, nisi si postea quoque contractaverit. E re itaque esse praetor putavit, calliditatem et protervitatem horum, qui hereditates depopulantur, dupli actione coercere.

Hier würde entschieden ein der Rechtsordnung widersprechendes Resultat

herbeigeführt, wenn der Sklave straflos bliebe. Die Thathandlung ist aber in Wahrheit so eingerichtet — das heißt zu der Zeit —, daß das Gesetz eigentlich machtlos ist. Mit dem Gesichtspunkt des in fr. legis agere, das ja auf dem ursprünglichen Verbote beruht, war daher nichts anzufangen. Deshalb beruft sich Labeo auf die aequitas.

### §. 21. Umgehung der Wucher- und ähnlicher Gesetze.

Die Gesetze wider den Wucher waren schon im alten Rom vielfach Umgehungen ausgesetzt. So berichtet uns Livius XXXV. 7, daß ein Gesetz erlassen wurde, wonach die römischen Vorschriften über das Geld- darlehen sich auch auf die socii und das nomen latinum beziehen sollten<sup>1)</sup>. Es wurde nämlich durch die Zwischenschiebung derartiger Personen das damals — im Jahre 561 der Stadt — geltende Wuchergesetz umgangen<sup>2)</sup>. Das Benützen von Mittelspersonen, die nach ihrem Stand oder Gewerbe höhere Zinsen nehmen dürfen, als das Zinsmagimum gemeinlich gestattet, kam auch noch zu Justinians Zeiten vor, was er selbst ausdrücklich in l. 26 §. 5. Cod. de usuris 4. 32 constatirt. Besonders bezeichnend für die Geschichte des Wuchers in Rom ist die Stelle aus Tacitus' Annalen VI. 16 . . . . primo duodecim tabulis sanctum, ne quis uncario foenore amplius exerceat, cum antea ex libidine locupletium agitaretur; dein rogatione tribunicia ad semuncias redacta, postremo vetita versura. Multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae totiens repressae miras per artes rursus oriebantur<sup>3)</sup>. Von einer Anwendung des Rechtsfaßes in fr. leg. = contra legem scheint also wenigstens gemeinhin nicht die Rede gewesen zu sein. Zu diesen „miras artes“ gehörte jedenfalls auch das Handeln per suppositam personam. Von weiteren Mitteln, das Wucherverbot zu umgehen, ist uns bekannt der Versuch, das Verbot des Anatocismus zu umgehen durch Rückgabe der wirklich bezahlten Zinsen als neues Anlehen<sup>4)</sup>. Dieser Thatbestand kann auch völlig correct sein, sofern die zu zweit gegebene Summe wirklich als Darlehen, ohne die Absicht, das Gesetz zu umgehen, gegeben wurde. Aus den concludenten Handlungen und den fälschlich sogenannten Nebenumständen wird eruirrt werden können, ob ein in fr. leg. agere vorliegt oder nicht<sup>5)</sup>.

1) Stehe zu dieser Umgehung des Wucherverbotes und deren Bekämpfung durch die lex Sempronia, und als man sich der Provincianen bediente, durch die lex Gabinia auch Montesquieu L'esprit des lois XXII. Cap. 22.

2) Welches dieses Gesetz ist, „läßt sich bei der sehr unsicheren Geschichte dieser Gesetze nicht bestimmen“. Worte Savignys. System Bd. VIII S. 78. — Siehe hiezu auch Huschke über das Recht des nexum S. 124.

3) Siehe hiezu Huschke über das Recht des nexum S. 123.

4) Siehe hiezu Henr. Cocceji Exercit. curiosarum Vol. II. sect. 2. §. 3 u. 4 des Tom. I No. 87 de anatocismo. Benützte Ausgabe Lemgoviae 1742.

5) Ein anderer hieher gehöriger Fall ist der, wenn die Zinsen vorausbezahlt werden und zwar in solcher Quantität, daß man sagen kann, es sei tempore zu viel bezahlt worden. Über diesen Fall siehe Theoretisch-practisch. Commentar über die Heineccii'schen Institutionen v. Ludwig Julius Friedr. Höpfner, 8. Aufl. bes. von Weber. Frankfurt a/M. 1818. §. 967 Note 8, u. vorz. Erläute-

Eine andere Form, in der versucht wurde, das Wucherverbot zu umgehen, war die Pönalstipulation<sup>6)</sup>. Man ließ sich für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung eine hohe Conventionalstrafe bezahlen. Einen derartigen Fall entscheidet l. 13 §. 26. D. de act. empti 19. 1. Ibidem (scil. libr. 3. Respons.) Papinianus respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adiectum quod usuram legitimam excedit: diversamque causam commissoriae esse ait, cum ea specie inquit non foenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur<sup>7)</sup>.

Solchen Versuchen gegenüber galt dann der Satz der l. 44. D. de usuris 22. 1. Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest<sup>8)</sup>. Wenn auch die Formulirung hier so lautet, wie wenn eine solche Stipulation für etwas juristisch Unmögliches erklärt worden wäre, so ist dies doch nicht der Fall<sup>9)</sup>.

Daß der Fall des sogenannten contractus Mohatrae vielfach Gelegenheit bot, ein wucherliches Geschäft abzuschließen, braucht kaum erwähnt zu werden<sup>10)</sup>. Desgleichen scheinbare Tauschgeschäfte. Anderer Umgehungen des Wucherverbotes gedenkt Justinian in l. 26. §. 1. Cod. de usuris 4. 32 mit den Worten: Interdicta licentia creditoribus ex pecuniis foenori dandis aliquid detrahere vel retinere siliquarum nomine vel sportularum vel alterius cuiuscumque causae gratia<sup>11)</sup>.

Während also auf die eben erwähnte Weise in Rom die verschiedenen Zinstagengesetze den Wucher nicht auszuschließen vermochten, die Römer sich jedoch bei den Umgehungen mit den bestehenden Rechtsinstituten als Mittelun begnügten, schuf das kanonische Zinsverbot eine Summe von bisher unbekanntem Geschäftsformen, die theils wieder verschwunden sind, theils sich erhalten haben und bei veränderten Lebensverhältnissen als Rechtsinstitute anerkannt wurden. Ich erinnere hier nur an die Renten-, Censur- oder

rungen, Zuläße und Verichtigungen zu Wening-Fingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts von Johann Adam Friß. 3. Heft 1839. S. 66 ff.

6) Siehe hierüber auch die Bemerkung bei Müller Die Lehre des röm. Rechts von der Eviction 1. Theil. Halle 1851. S. 55. — Den Fall der Pönalstipulation bezeichnet Noodt de foen. et usur. Lib. II cap. XIII als „alius color dissimulandi abusus usurarum“ im Anschluß an die Besprechung der l. 16 C. de usuris 4. 32; cf. auch l. 15, l. 26. §. 1. C. cod.

7) Cf. Frag. Vatic. §. 11. l. 15 u. 16 C. de usur. 4. 32. Siehe auch Noodt de foenore et usuris lib. II. cap. XIV.

8) cf. l. 9 pr. D. usuris 22. 1. u. vor. Note.

9) Bgl. auch den Fall der l. 16. Cod. de usuris 4. 32: Cum non frumentum sed

pecuniam foenori te accepisse adleges ut certa mediatio tritici praestaretur ac nisi is modus sua die fuisset oblatus mensurarum additamentis in fraudem usurarum legitimarum gravatum te esse contendis, potes adversus improbam petitionem competente uti defensione. Hier geht aus dem Falle nicht hervor, ob an eine Conventionalstrafe, oder an bloße Entschädigung gedacht ist. Siehe hiezu Noodt de foen. et usuris lib. II. cap. XIII. Bgl. auch den ähnlichen Fall der l. 8 C. si cert. petatur 4. 2.

10) Siehe über denselben auch die interessanten Bemerkungen bei Pascal Provinzialbriefe. Aus dem Französischen und Lateinischen überjert 1792 I. Bd. S. 300 ff. Über Umgehungen des Wucherverbotes im allgemeinen ebendaf. S. 294 ff.

11) Über diese Fälle siehe Noodt de foen. et us. lib. II. cap. XIV.

Zinsverträge, verschiedene Societätsarten und Gattungen von Kaufgeschäften u. dergl. mehr<sup>12)</sup>. Auch der Wechsel hat, wie Endemann a. a. O. hervorhebt, in seiner Ausbreitung und juristischen Construction das Wucherverbot wesentlich beeinflusst und wurde vielfach zur Umgehung der Wuchergesetze verwendet<sup>13)</sup>.

Bezüglich des Rentenkaufs hatte man früher angenommen, daß er zur Umgehung des canonischen Zinsverbotes erfunden worden sei. Dem ist jedoch nicht also. Der Rentenkauf ist ursprünglich aus einem ganz andern Bedürfnis hervorgewachsen. Daß er später allerdings vielfach zur Umgehung der Wuchergesetze, als ein *mutuum palliatum* verwendet wurde, ist eine bekannte Thatsache<sup>14)</sup>. Ein weiterer häufig zur Umgehung der Wuchergesetze benütztes Rechtsinstitut war der sogen. *contractus trinus*, ferner die *societas sacri officii*<sup>15)</sup> u. a. m.

Ein häufiges hieher gehöriges Geschäft war die Ruhmiethe. „Um aus dem geliehenen Gelde vom Schuldner Zinsen zu bekommen, kleideten sie (die Wucherer) das Geschäft in ein Ruhvermieten in der Art ein, daß sie ihm Geld liehen und dann eine Ruh in seinen Stall mahlten oder einen Stoben in seinen Stall anstatt einer Ruh schlugen und dann aus dieser Ruh sich einen Ruhzins versprechen ließen“ (Wächter, Würtemb. Privatrecht I. S. 111. Anm. 16).

Alle die unzähligen Mittel, die angewendet wurden, das Wucherverbot zu umgehen, können hier nicht angeführt werden. Ein großer Theil derselben ist bei Neumann a. a. O. aufgezählt, auf dessen lehrreiche Darstellung ich hiemit verweise.

Mit der Erwähnung der Umgehung des Wucherverbotes sind wir aber aus alten Zeiten mitten in die Gegenwart versetzt; auch heute noch kämpft Gesetzgebung und Wissenschaft wider die Umgehungen des Wucherverbotes, während die meisten der weiter oben angeführten Fälle speciell in den

12) Insbesondere wurde der Verkauf einer Sache mit Vorbehalt des Rückkaufs zu einer höheren als der ursprünglichen Kaufsumme verwendet, um das Zinsverbot zu umgehen. Siehe hier insbes. cap. 5 X de emt. et vend. 3, 17. wo die Entscheidung mit Rücksicht darauf, daß hiedurch in fraudem canonis gehandelt sei, gefällt wird. Cf. auch cap. 4 X. de pign. 3, 21.

13) Siehe Endemann Die Bedeutung der Wucherlehre. Berlin 1866, insbes. S. 23, 27 u. 45. Siehe auch Goldschmidt Gutachten über die Aufhebung der Wuchergesetze (in den Verhandlungen des 6. deutschen Juristentages 1. Bd. S. 232. 237. Goldschmidt führt hier einige weitere Umgehungsmittel an, als Provisionen, Zählgebühren, Verzinsung der Salbi, Vorwegabzüge, Ausbedingung der Asscuranzprämien u. dergl., Ver-

nützung des negociablen Wechsels im Discontogeschäft, des negociablen Inhaberpapiers. Siehe auch das Gutachten v. Schaffrath ebenda insbes. S. 410.

14) Siehe Eichhorn Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte 5. Aufl. S. 361a u. S. 450. Rizy Über Zinsetagen u. Wuchergesetze. Wien 1859 S. 65; Gerber System des deutschen Privatrechts 7. Aufl. Jena 1860. S. 188. Anm. 2. Weseler System des gemeinen deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1873 I. Bd. S. 95 (S. 367); Stobbe Handbuch III. Bd. (2. Aufl.) S. 190. Neuestens Gengler Das deutsche Privatrecht 4. Aufl. 1892. Siehe auch das obcit. Gutachten von Goldschmidt S. 230.

15) Siehe über diese beiden die ausführliche Darstellung bei Neumann Geschichte des Wuchers in Deutschland. Halle 1865.

römischen Lebensverhältnissen begründet waren. Dafs auch, abgesehen von den sich wie ein rother Faden durch die ganze Rechtsentwicklung ziehenden Umgehungen des Wucherverbotes, die Gegenwart reich ist an Fällen, in denen der Grundsatz: die Gesetzesumgehung steht der offenen Rechtsverletzung gleich, anzuwenden wäre und leider vielfach nicht angewendet wird, ist eine nicht zu leugnende Thatsache. Währ<sup>16)</sup> hat dies vier Fällen gegenüber hervorgehoben, bei denen das Reichsgericht in jeder Hinsicht correct entschieden hätte, wenn es sich auf den Standpunkt des in fr. leg. agere gestellt hätte. Über den Standpunkt des preussischen Rechtes bez. des in fr. legis agere siehe Förster-Eccius, 6. Aufl., I. Bd. S. 165, Anm. 6: „vom Standpunkt des preussischen Rechtes wird man von einem unwirksamen Handeln in fraudem legis jedenfalls nur dann reden können, wenn es sich um ein Gesetz handelt, das ein wirkliches Verbot enthält, nicht auch wenn ein wirtschaftliches Ziel erreicht werden soll, das auf geradem Wege zu erreichen das Gesetz kein Mittel bietet.“

Auch aus der Praxis der österreichischen Gerichte liefsen sich mannigfache Fälle aufzählen, in welchen der Richter zu falschen Resultaten oder zu richtigen Resultaten aus verkehrten Gründen gelangt, blofs weil der Gesichtspunkt des in fr. leg. ag. nicht zur Anwendung gebracht wird.

Ein in neuerer Zeit, seit dem Bestande des Verbotes der Mobilienhypothek in den meisten deutschen Ländern häufig vorkommender Fall ist der folgende: Um das aus Gründen des öffentlichen Vertrauens aufgestellte Verbot der Mobilienhypothek zu umgehen, wird entweder die Eigenthumsübertragung per constit. possess. vorgenommen, wobei der Besitz dem Schuldner verbleibt, oder es wird ein Verkauf abgeschlossen, bei welchem dem Schuldner das Benützungrecht und ein Rückkaufsrecht eingeräumt wird.

Ob es richtig ist, in diesen Fällen mit dem Gesichtspunkt des in fr. leg. ag. zu operiren, ist in neuester Zeit bestritten worden. Während nämlich Hellwig in seinem Aufsatz: Über die Zulässigkeit der Eigenthumsübertragung zur Sicherung einer Forderung (im 64. Bd. des Archivs für die civ. Praxis S. 369 ff.) für diesen Gesichtspunkt eintrat<sup>17)</sup>, bekämpft denselben Gerhard Alexander Leist: Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, Jena 1889 und glaubt, dafs man dieses Gesichtspunktes entzathen könne. Ich gebe seine Ausführungen der Vorsicht halber mit Währs Worten, denn auch ich muß Währ beipflichten, dafs dieselben nicht ganz leicht verständlich sind. Er lehrt: „Wenn durch die zur Sicherung einer Schuld vereinbarte Übereignung einer Sache bestimmt ist, dafs der Gläubiger, wenn die Schuld nicht zurückgezahlt werde, das Eigenthum der Sache behalten solle, so steht einem solchen Geschäft das Verbot der lex commissoria beim Pfande entgegen. Wenn aber bei der Sicherungsübertragung der Gläubiger sich durch den Verkauf der Sache befriedigen soll, so fällt das Geschäft unter das Verbot der Mobilienhypothek.“<sup>18)</sup>

16) Urtheile des Reichsgerichts.

17) Barthelmes gibt in seiner Schrift blofs ein Referat über Hellwigs Bemerkungen.

18) Währ in seiner Recension der Schrift von Leist im 32. Bd. der Kritisch. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft S. 370.

Ich kann nur Hellwigs und Bährs Auffassung in dieser Frage für die richtige halten. Ein Anderes ist es freilich, ob de lege ferenda das Verbot der Mobiliarkypothek aufrecht zu erhalten sei. Daß es aber, sofern man solche Geschäfte als gültig betrachtet, „ein Schlag ins Wasser“ ist, wird auch von Leist<sup>19)</sup> hervorgehoben.

Ein weiterer in diesem Zusammenhang zu erwähnender Fall ist der der Abzahlungsgeschäfte. Auch hier wird vom Verkäufer das Eigenthum an den Mobilien vorbehalten<sup>20)</sup>. Daß Abzahlungsgeschäfte ein wirkliches Bedürfnis für den Verkehr sind, eine wahre Wohlthat für so manchen, der sonst nicht in der Lage wäre, ihm sehr nützliche Gegenstände zu erwerben, ist sicher. Fraglich kann nur sein, wie den Auswüchsen und Mißbräuchen, die hiebei unterlaufen, gesteuert werden könne. Diesbezüglich sind mannigfache Vorschläge gemacht worden<sup>21)</sup>. Siehe das Gutachten von Wille und insbesondere das äußerst gründliche und lehrreiche Gutachten von Heck über die Frage: Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegenzuwirken? in den Verhandlungen des XXI. Deutschen Juristentages Bd. II, sowie die dortselbst verzeichnete an Vorschlägen reichhaltige, auch speciell österreichischrechtliche Literatur. Ich kann hier auf diese Seite der Frage begrifflicherweise nicht eingehen, und hebe aus der Literatur nur das eine hervor, daß der Versuch gemacht wurde, die Frage nicht nur de lege ferenda zu lösen, sondern de lege lata den Mißbräuchen beim deutschen Abzahlungsgeschäft durch Anwendung des Gesichtspunktes: was in fr. legis geschehen ist, ist gleich dem contra legem actum abzuwehren. So von Schember „Nochmals der Eigenthumsvorbehalt“ in den Annalen der Großherz. badischen Gerichte Bd. 53. S. 12 ff. und Bähr in den Grenzboten „Mißbräuchliche Geschäfte“, Jahrg. 1890 Nr. 15, indem beide den Eigenthumsvorbehalt als in fraudem des Verbotes der Mobiliarkypothek auffassen. Siehe dawider insbesondere Hausmann a. a. D. S. 73 ff.

Ein sehr wichtiger und auch vielfach besprochener Fall ist im modernen Verkehrsleben die Umgehung der Vorschrift des Art. 82 der W. O. Der Gläubiger, dem gegenüber der Schuldner eine persönliche Einrede geltend machen kann, läßt den Wechsel durch einen Mandatar einklagen und ermächtigt denselben hiezu durch Eigenthumsindossament. Wenn man einem solchen Manöver gegenüber durch Anwendung des Gesichtspunktes der Simulation helfen wollte, so war dies, wie Kohler (Studien über Mentalreservation und Simulation im 16. Bd. von Iherings Jahrbüchern S. 149, 150) hervorhebt, gänzlich verfehlt<sup>22)</sup>. Der hier in Wahrheit maßgebende

19) a. a. D. S. 10.

20) So in Deutschland. Über den Unterschied zwischen dem deutschen und dem österreichischen Abzahlungsgeschäft — in Oesterreich geht das Eigenthum meist auf den Käufer sofort über — siehe insbes. Hausmann Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung (das

so genannte Abzahlungsgeschäft). Berlin 1891. S. 88 ff.

21) Siehe beispielsweise die kurze Zusammenstellung solcher Vorschläge bei Mataja im Handwörterbuch der Staatswissenschaften hsg. v. Conrad, Eifer, Lexis u. Löning. I. Bd. S. 14 ff.

22) Siehe die weiteren Gegner der

Gefichtspunkt ist der des in fraudem legis agere. Was die Literatur über diese Frage betrifft, verweise ich auf den obcitirten Aufsatz Kohlers. Aus neuerer Zeit ist hier insbesondere des Aufsatzes von P. F. Werthauer: Der fiduciarische Indossatar und die Einrede des dolus im deutschen Wechselrechte im XIII. Bd. der Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart S. 586 ff. zu gedenken. Werthauer tritt nach einer gründlichen, die Literatur und insbesondere auch die Praxis eingehend berücksichtigenden Auseinandersetzung sämmtlicher in dieser Frage vertretenen Ansichten, insbesondere auch der uns hier interessirenden Anschauung, der auch ich mich anschließen, entgegen, die in dem Satze gipfelt: es liege ein Mißbrauch des formellen Rechtes vor, um materielles Unrecht zu üben. Ich kann im Rahmen dieser Untersuchungen auf die Frage nicht weiter eingehen und kann nur sagen, daß ich die Ansicht theile, es werde in einem solchen Falle der Rechtsatz, der dem Schuldner gestattet, seine persönlichen Einreden geltend zu machen, umgangen. Die Berufung auf die Natur des streng formalen Geschäftes ist demgegenüber m. E. nicht am Platze, denn der oberste Grundsatz einer jeden Rechtsordnung ist wol der: daß die Rechtsätze nicht illusorisch gemacht werden dürfen.

Wenn ich bei Werthauers Bemerkungen noch einen Moment verweile, so geschieht dies, weil er im Zusammenhang seiner Ausführungen auch des Gesichtspunktes des in fr. leg. agere gedenkt. Er lehrt: „Anders läge der Fall, wenn Indossant und Indossatar unter dem Schutzmantel des Indossamentes eine Umgehung des Gesetzes oder eine unerlaubte Handlung bezweckten. Dann würde man allerdings möglicherweise von einem Mißbrauche der Form reden können. Es gibt aber keinen Rechtsatz, von dem man sagen könnte, daß ihn Indossant und Indossatar durch ihr colludirendes Verhalten entweder umgehen oder gar übertreten. Als das erstere, ein in fr. legis agere, würde sich ihre Handlungsweise charakterisiren, wenn dieselbe dem Gesetze zuwider sein, von demselben jedoch lediglich seiner zu engen Fassung wegen nicht umspannt werden würde. Vorliegendenfalls wird aber nicht das Gesetz unerlaubter Weise, sondern erlaubter Weise die vom Gesetze verpönte Handlungsweise umgangen, d. h. es wird ein juristisch anders zu beurtheilender Thatbestand aufgeführt, welcher jedoch zur Erreichung des erstrebten öconomischen Zweckes ebenfalls tauglich ist. Mit kurzen Worten: es wird zu demselben Zwecke nicht ein verbotenes, sondern ein erlaubtes Mittel gewählt.“

Ein weiterer Fall von großer praktischer Tragweite erwächst aus der vielfach vertretenen Anschauung, daß „das Wechselversprechen unbedingt und vorbehaltlos als ein rein formales hingestellt wird, dessen Gültigkeit nicht von dem Rechtsgrunde abhängt, aus welchem es abgegeben wird.“<sup>23)</sup>

Ansicht, daß der Gesichtspunkt der Simulation zur Anwendung kommen könne bei Werthauer S. 606. Über die Literatur siehe auch Davidsohn in den Beiträgen zur Erläuterung des deut-

schen Rechtes v. Gruchot. Neue Folge III. Jahrgang (der ganzen Reihe 18. Jahrgang) S. 1—31, insbes. auch §. 10.

23) Worte des Aufsatzes von Dr. G. R. in Nr. 13 der Zeitschr. für Notariat

So richtig dieser Satz im allgemeinen ist, die eine Einschränkung muß er doch nach der Seite hin erfahren, daß gleichwol auf diesem Wege nicht ein zwingender Rechtsatz umgangen werden kann und darf. Ein in fr. legis agere liegt aber m. E. vor, wenn Verträge, welche nach dem Gesetze vom 25. Juli 1871 Nr. 76 R. G. Bl. zu ihrer Gültigkeit eines Notariatsactes bedürfen, vermieden werden, indem man sich des Rechtsinstitutes des Wechsels bedient; man hat in diesem Falle nicht etwa wirklich einen andern Thatbestand gesetzt, auf den das Gesetz keine Anwendung zu finden hat, sondern man hat das Rechtsgeschäft gewollt, den juristischen Erfolg beabsichtigt, der durch einen Notariatsact dem Gesetze gemäß erreicht werden soll; der Wechsel ist hier in Wahrheit ein Torpedo, der das Gesetz vom 25. Juli 1871 in die Luft zu sprengen sucht.

Es kann hier nicht behauptet werden, das Vorgehen sei ein correctes, wie dies z. B. bei dem Manne der Fall ist, der, von Personalexecutionen verfolgt, sich ins Parlament wählen läßt, um sich dadurch für die ganze Dauer der Session der Verfolgung zu entziehen; einen solchen Fall erzählt uns Bulwer in seinem Lustspiele „Money“. <sup>24)</sup> Dieser Mann hat wirklich

u. freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich vom Jahre 1886 „Der Wechsel als Torpedo des Notariatsactes“. — Zu diesem Aufsatz, der derartiger Fälle als der österreichischen Praxis gedenkt, siehe auch Jahrg. 1883 derselben Zeitschrift Nr. 41—43, ferner Jahrg. 1886 Nr. 33 „Zur Kennzeichnung des Wechsels als Torpedo des Notariatsactes“; Jahrg. 1887 Nr. 9 „Die Wechselfähigkeit zwischen Ehegatten angesichts des §. 1 des Ges. v. 25. Juli 1871 Nr. 76 R. G. Bl.“; Nr. 45 „Zur Umgehung des Ges. v. 25. Juli 1871 Nr. 76 R. G. Bl.“ Jahrg. 1888 Nr. 2 „Zur Umgehung u.“ Neuestens Nr. 14 des J. G. 1892. Nicht in allen Fällen, welche in den hier angeführten Aufsätzen verzeichnet sind, liegt wirklich eine Gesetzesumgehung; so, um den schlagendsten Fall hervorzuheben, gewiß nicht in dem im Jahrg. 1888 Nr. 2 angeführten Falle. Es wird hier eben auch der Ausdruck „Umgehung“ auf alle Fälle angewendet, in welchen das Gesetz vom 25. Juli 1871 zur Anwendung gelangen sollte und factisch — nach formellem Recht — nicht zur Anwendung gelangt.

24) Siehe auch den Fall des M. Scarus bei Ascon. p. 19 Drell. Hiezu Zumpt Criminalpr. S. 163. Siehe auch S. 41 über die Vorschrift der tab. Heracleensis. Eines interessanten hierher gehörigen Falles gedenkt Cicero ad Fam. VIII. 26. 2 (697): Ita ego qui me ostreis et muranis facile ab-

stinebam a betacta malva deceptus sum. Bekannt sind die gesetzlichen Bestimmungen bezüglich des Tafelaufwandes; die Boden- und Baumfrüchte waren nicht vom Gesetze betroffen; obgleich sie nicht vom Gesetze betroffen sind, läßt sich nun — dies bedeutet Ciceros Satz — auch mit solcher Speise Luxus und Völlerei treiben. (Siehe den Aufsatz von Moriz Voigt über die lex Cornelia sumtuaria. Sonderabdruck aus den Schriften der königl. sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften. Sitzung vom 13. December 1890.) Hierher gehört auch der Fall, den Plinius H. N. X. 50 erzählt. Ob Fälle hierher gehören, wie die der Eisterclenser, die schon vor Jahrhunderten „ihrem Gelübde des Schweigens durch eine reich entwickelte Geberdensprache zu Hülfe kamen“. (G. Gerland in seinem Aufsätze „Die Zeichensprache der Indianer“ im 35. Bd. der Deutschen Rundschau) hängt natürlich von der Interpretation dieses Gebotes ab. Die sogenannte schöne Literatur ist überhaupt reich an Fällen, in welchen bald ein frauduloses, bald ein correctes, pfiffiges Handeln geschildert wird. Erstere falls mögen erwähnt werden Bürgers „Weiber v. Weinberg“, Gottfried Kellers „Ehescheidung“; letztere falls Baumbachs „Der schlaue Abt“ u. a. m. Der vielumstrittene Fall des „Kaufmann von Venedig“ hat mit dem in fr. leg. ag. nichts zu thun.

einen neuen, einen anderen Thatbestand geschaffen, welcher die Anwendung des Gesetzes über die Personalexecution ausschließt.

Der Fall des Wechsels kann aber auch nicht verglichen werden mit einer anderen Art von Fällen, wo in gleicher Art und Weise, wie sonst fraudulös Vorgehende einen verpönten Erfolg erreichen, ein erlaubtes Ziel erreicht werden soll und factisch erreicht wird. Bekannt ist, wie gefährdet die Juden in ihrem Grundbesitz im Mittelalter gewesen. Sie halfen sich nun dadurch, daß sie ihren Grundbesitz dem heil. Kilian übergaben, d. h. sie gaben das Eigenthum dem Domstifte und empfangen es gegen eine jährliche Abgabe zurück, um es nun ungestört und sicher zu behalten.<sup>25)</sup>

Einen weitem, im modernen Recht sehr wichtigen Fall erwähnt Kohler (Studien über Mentalreservation und Simulation XVI. Bd. von Ihering's Jahrb. S. 146). Um den den Erwerb von Schenkungen und Vermächtnissen durch die todte Hand beschränkenden Gesetzen ein Schnippchen zu schlagen, bedient man sich gemeinhin der Vorschiebung einer dritten Person, die nach außen hin als Beschenker oder als Legatar erscheint, in Wahrheit jedoch nur dazu bestimmt ist, das Geld dem kirchlichen Institute zu vermitteln. Daß in diesem Falle es wol sehr schwer sein wird, zu eruiren, ob die persona subjecta wirklich als solche aufzufassen ist, oder ob nicht ein correctes Handeln vorliegt, leuchtet ein. Es ist dies einer der Fälle, wo die sogenannten „Nebenumstände“ wieder einmal die Hauptsache sind, um ein der Gerechtigkeit entsprechendes Urtheil zu fällen.

Eines anderen Falles gedenkt Währ (Urtheile des Reichsgerichtes Seite 59):

„In Braunschweig war der selbstständige Verkauf von Pertinenzstücken eines Bauernhofes gesetzlich verboten. Da schloß ein Hofbesitzer mit einem anderen über einen Theil seines Gutes ‚einen Pachtcontract‘ auf 60 Jahre ab.“ — Auch hier sind die Nebenumstände das Entscheidende. — Daß auch die Gegenwart reich ist an Fällen der Gesetzesumgehung, bedarf nicht einer weiteren Bestätigung. Über andere als die hier angeführten Fälle siehe Kohler Lehrbuch des deutschen Concurssrechtes S. 257 ff. 662, 671. Barthelmes a. a. D. S. 39.

## §. 22. Ergebnis: Wesen des in fraudem legis agere.

Wir haben nunmehr eine Fülle von Fällen betrachtet, in denen der Versuch gemacht worden war, das Gesetz zu umgehen.

Der Totaleindruck dieser Untersuchung drängt zunächst zu dem Satze: daß in fraudem legis agere beruht immer auf einer absichtlich

Siehe über diesen letztern insbes. Kohler „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz“ Würzburg 1883 S. 88 ff. und die dortselbst insbes. S. 3 ff. Citirten, sowie auch Kohler Die schöpf. Kraft der Jurisprudenz in Ihering Jahrbuch XXV. S. 278 u. ebendenselb. in der Zeitschr. f. vgl. Rechtsgefch. V. S. 326.

Auch die Sage ist reich an derartigen Fällen.

25) Siehe hierüber Stobbe Die Juden in Deutschland während des Mittelalters. Braunschweig 1866. Seite 178 ff. und Rosenthal Zur Geschichte des Eigenthums in der Stadt Würzburg. Würzburg 1878. Seite 21 ff.

falschen wörtlichen Interpretation, d. h. es läßt sich immer auf eine solche zurückführen.

Auf einer absichtlich falschen wörtlichen Interpretation des Gesetzes, genauer des Rechtsfases!

Damit ist auch das Remedium — soweit es überhaupt ein solches gibt — gegeben. Wenn Savigny (System I. §. 50) lehrt: „Wir haben nicht das Gesetz zu interpretiren, welches ganz deutlich und zureichend ist, sondern die einzelne Handlung“, so kann dem wol nicht in dieser Allgemeinheit zugestimmt werden. Bereits Thöl<sup>1)</sup> hebt hervor: „diese Behauptung rührt daher, daß die an jenen Begriff zur Verdeutlichung angeschlossenen Beispiele nur zu einer andern Art der Gesetzesumgehung, nämlich der durch Entstellung des Thatbestandes, passen.“ Thöl selbst lehrt in dieser Frage: „dem Versuch dieser Beeinträchtigung des Rechtsfases tritt, um ihn zu vereiteln, entgegen einerseits die richtige Auslegung des Rechtsfases, daher der unwahren wörtlichen Auslegung berichtigend die ausdehnende oder ändernde Auslegung, andererseits die Darlegung des wirklichen Thatbestandes, daher der Einkleidung die Entkleidung (die richtige Auslegung) der Handlung.“ Dem ist vollinhaltlich beizustimmen. Natürlich gibt es auch zahlreiche Fälle, in denen beides nebeneinander geschehen, d. h. in denen man sowohl das Gesetz richtig interpretiren, als auch den Thatbestand seiner Umhüllungen und Entstellungen entkleiden muß, allein dies stimmt ja mit Thöls Ausführungen ganz gut überein.

Der einzige Punkt, in dem ich in dieser Frage von ihm abweiche, ist der schon an anderer Stelle berührte, daß ich die beiden von ihm aufgestellten Fälle in dem Sinne nicht zu trennen vermag, als m. E. auch in den von ihm als „Verheimlichung oder Entstellung des Thatbestandes“ bezeichneten Fällen diese Entstellung des Thatbestandes doch nichts anderes ist, als eine auf der absichtlich falschen wörtlichen Interpretation beruhende Thathandlung.<sup>2)</sup> Es kommen auch m. E. wie die Erfahrung zeigt, Fälle vor, wo man schon mit dem Gesichtspunkt der falschen wörtlichen Interpretation im Sinne von Thöls erster Kategorie auslangt und insofern ist ja die selbstständige Aufstellung einer solchen völlig gerechtfertigt; allein, was ich hervorheben will, ist, daß sich auch Thöls zweite Kategorie auf falsche wörtliche Interpretation des Rechtsfases zurückführen läßt, daß also nicht zwei verschiedene Arten frauduloser Gesetzesumgehung vorliegen, sondern eine in ihren Mitteln einfachere und eine andere auf derselben Basis beruhende etwas complicirtere.

In beiden Fällen besteht das fraudulose Handeln in der absichtlich falschen Interpretation des Rechtsfases und der aus dieser fließenden Thathandlung. Im ersteren Falle tritt die auf Grund falscher Interpretation gesetzte Handlung ungeschminkt auf; der fraudulos Handelnde erklärt, sich

1) Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 160. Anm. 4.

2) Beruht die „Entstellung des Thatbestandes“ nicht auf einer absichtlich falschen Interpretation, ist sie nicht der

Ausdruck derselben, so ist nicht in fr. legis gehandelt; siehe diesfalls auch das im Folgenden erwähnte Beispiel des in Briefform eingeschmuggelten verbotenen Buches.

auf den umgangenen Rechtsfaz stützend: was nicht verboten ist, das ist erlaubt. — Aber auch im zweiten Falle wird der eigentlich von Rechtswegen zur Anwendung berufene Rechtsfaz absichtlich falsch interpretirt. Es tritt dies nicht so deutlich hervor, wie im ersteren Falle; allein Interpretation in dem hier verstandenen Sinne ist ja nichts anderes, als Auslegung des Rechtsfazes mit Rücksicht auf den einzelnen Fall. Und zeigt sich in der so sorgfältig die Gesetzesworte nicht verletzenden Thathandlung nicht deutlich genug, daß der Rechtsfaz streng wörtlich, seinem Sinne zuwider, ausgelegt wurde?

Jedes fraudulose Vorgehen, enthält seinem Wesen nach eines in sich: den Schein correct vorgegangen zu sein.<sup>3)</sup> Die Art und Weise, wie in diesem zweiten Falle der Schein gewahrt wird, ist es eben, die zur Aufstellung einer „anderen Art“ Veranlassung gegeben hat; der Schein des correcten Vorgehens liegt hier darin, daß die Thathandlung, die ja so eingerichtet ist, daß sie die Worte der umgangenen lex nicht verlegt, angeblich unter einen ganz anderen Rechtsfaz zu fallen hat.

Dies erweckt den Anschein, wie wenn man es wirklich mit einer anderen Art fraudulosen Zuwiderhandelns zu thun hätte, indem scheinbar der zutreffende Rechtsfaz völlig außer Spiel bleibt. Dies ist jedoch nur der Fall, weil man mit Rücksicht auf seine Worte die Thathandlung eingerichtet hat. Diese Setzung des Thatbestandes zeugt eben von einer absichtlichen falschen Interpretation.

Wie steht es nun aber mit dem andern Rechtsfaze, unter welchen der in fr. legis Handelnde seinen gefälschten Thatbestand subsumiren will? Dieser ist nicht umgangen, dieser ist vielmehr mißbraucht.<sup>4)</sup> Wenn z. B. zwei Ehegatten, um das Verbot der Schenkung zu umgehen, eine Scheidung vornehmen und sich nach kurzer Zeit wieder vereinen, so haben sie das Rechtsinstitut der Scheidung m. E. mißbraucht.<sup>5)</sup>

Wird nun ein Rechtsinstitut mißbraucht, um einen Rechtsfaz zu

3) Diesen Gedanken drückt das deutsche Sprichwort sehr treffend in den Worten aus: „Der Wolf hat stets ein Paragraph, wenn er fressen will das Schaf.“ — Siehe auch Kant Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre S. 179; nach ihm ist die Gesetzesumgehung eine Übertretung „ohne dem Gesetz förmlich den Gehorsam aufzukündigen“. — Aus der von Hegel Grundlinien der Philof. des Rechts. 2. Aufl. hsq. von Eduard Gans S. 405 gelegentlich der Pressfreiheit gemachten Bemerkung: „Gegen die Gesetze kann daher sowol ihre Unbestimmtheit aufgezeigt werden, als sich für die Aufferung Wendungen und Formirungen des Ausdrucks erfinden lassen, wodurch man die Gesetze umgeht“, wage ich nach keiner Richtung hin einen bestimmten Schluß zu ziehen, was Hegel unter „Gesetzes-

umgehung“ versteht. — Darüber, wie lästige Schranken der Censur umgangen wurden, siehe die „Denkwürdigkeiten über die österreichische Censur“ v. Dr. Adolf Wiesner Stuttgart 1847 z. B. S. 329.

4) Es liegt nach Jherings treffender Bezeichnung eine „fraudulose Benutzung“ vor. (Jhering Geist III. 1. S. 249); aber hier ist fraudulos = in fr. legis. Ich wähle diesen Ausdruck im Texte nicht, weil er m. E. für andere als derartige Fälle passend ist und von mir gebraucht werden wird, wo das fraudulos nicht gleich ist dem in fr. legis.

5) Hier wird das Rechtsinstitut in seiner Totalität mißbraucht; anders liegt die Sache in Fällen, wo nach Döllinger's Worten „der Kopf der Mißbräuche“ sich an ein Institut gesetzt hat.

umgehen, so hilft der Grundsatz, daß das in fr. leg. Vorgenommene dem *contra legem actum* gleichstehe.<sup>6)</sup> In anderen Fällen dagegen kann dieser Grundsatz nicht Abhilfe schaffen, so in den Fällen, wo jemand eine *actio famosa* wider sich anstellen läßt, um durch die Infamie von gewissen Beschränkungen frei zu werden, wie uns dies Suetonius Tib. c. 35 berichtet, daß Leute, um Schauspieler zc. werden zu können, sich dieses Mittels bedienten. Oder daß vornehme Damen sich als öffentliche Dirnen eintragen ließen, um ungezügelt und unbeengt ihren Lüsten fröhnen zu können.

Gewiß liegt im ersteren Falle ein Mißbrauch der *actio famosa* vor, falls das Ganze ein abgeartetes Vorgehen war, ein in fr. leg. *agere* dagegen nicht, denn von einer falschen Interpretation des Rechtsfalles ist keine Spur. In diesem Falle würde das Vorgehen ganz einfach nach Aufdeckung dessen, daß kein wirkliches Delict vorliegt, als ein *contra legem agere* bezeichnet werden müssen.<sup>7)</sup> Anders dagegen steht die Sache, wenn der betreffende angesehene Mann wirklich ein infamirendes Delict bloß deshalb begangen hat, um verurtheilt zu werden und dann Schauspieler sein zu können. Dieser Fall ist ganz gleichstehend dem feinerzeit vielbesprochenen und umstrittenen, wo ein Mensch, der zu x Jahren Kerkers verurtheilt ist, bloß um die Todesstrafe zu erreichen, den Kerkermeister ermordet. Man hat gewichtige Bedenken erhoben dagegen, daß an einem Solchen wirklich die Todesstrafe vollzogen werde, daß er also seinen eigentlichen Zweck erreiche. Für uns ist natürlich die Frage irrelevant, ob der Begriff der Strafe nicht verhöhnt werde, wenn sie in solcher Weise provocirt wird; für uns ist es nur wesentlich zu constatiren, daß in einem derartigen Vorgehen Niemand ein in fr. leg. *agere* wird finden können. — Jedenfalls ist für derartige Fälle der Gesichtspunkt der Simulation völlig unbrauchbar; ebenso auch im zweiten der oberwähnten Fälle; die Frau hat sich wirklich als meretrix eintragen lassen, sie ist es also, und ist mithin von den lästigen Schranken befreit. Daß hier der Absicht, dem Zweck des Gesetzes zuwider gehandelt ist, unterliegt keinem Zweifel; die *sententia*, der ausgesprochene Rechtsfatz dagegen ist befolgt. Vom rechtlichen Standpunkt aus ist also das Vorgehen der betreffenden Frau ein ganz correctes; sie hat den Rechts-

6) Natürlich kann ein Rechtsinstitut resp. Rechtsfatz auch mißbraucht werden, um etwas zu erreichen, was als ein *contra legem actum* bezeichnet werden muß. B. B.: Ein in Deutschland erschienenen, in Oesterreich verbotenes Buch wird in mehrere Theile zerlegt und in Briefen nach Oesterreich gesendet; hier liegt gewiß ein Mißbrauch des Schutzes des Briefgeheimnisses vor. Es liegt aber keineswegs ein in fr. leg. *ag.* hierin, sondern ein *contra leg. ag.* Denn hier wird die *sententia legis* keineswegs umgangen, sondern es wird ihr direct zuwidergehandelt in dem Sinne, als gerade das geschieht, was das Gesetz seinen Worten

nach verbietet, wenn auch in einer verdeckten, entstellten, von der gewöhnlichen abweichenden Weise. Es genügt aber zum in fr. leg. *ag.* nicht jede Entstellung des Thatbestandes und sei sie auch eine bei Setzung des Thatbestandes erfolgende. Sie muß, damit es ein in fr. leg. *act. sei.* auf falscher wörtlicher Interpretation beruhen. — Ob nicht Vähr nach seiner Definition ein solches Handeln in fr. leg. nennen müßte, will ich nicht weiter berühren.

7) Hier würde also dem Mißbrauch durch Anwendung des Grundsatzes: was *contra legem* ist, wird beispielsweise rescindirt, abgeholfen.

jaß, der ihr lästig war, vereitelt, aber nicht umgangen.<sup>8)</sup> Hier vermögen nur Strafbestimmungen zu helfen; das ursprüngliche Gebot oder Verbot reicht nicht aus, d. h. reicht nicht bis hieher.

Daß in Fällen, wo ein Rechtsinstitut zu einem seiner juristischen Natur widersprechenden Zwecke verwendet werden soll (nach der Absicht des Handelnden), selbstredend ein solcher Versuch ein vergeblicher ist, braucht nicht hervorgehoben zu werden; sofern aber ein dem Rechtsinstitut nicht geradezu widersprechender Zweck erreicht werden soll, liegt in dieser Benützung eines Rechtsinstitutes „als bloße Form“<sup>9)</sup> „eine Verfündigung gegen sein wahres Wesen und zugleich das Signal sich seiner auch zu andern minder beifallswürdigen Zwecken zu bedienen, kurz es schlechthin als juristisches Instrument zu betrachten“.<sup>10)</sup> Liegt also einerseits hierin die sich in den alten Formen ergebende Fortentwicklung, die das Verkehrsleben erheischt, so ist andererseits die Gefahr naheliegend, daß auch verbotene Rechtsfolge auf diesem Wege der formalen Benützung eines Rechtsinstitutes unter dem Scheine der Correctheit erstrebt werden.

Liegt aber weder ein Umgehungsversuch vor, noch auch ein Mißbrauch des Rechtsinstitutes in dem Sinne, daß seiner eigensten juristischen Natur zuwidergehandelt wird, dann ist das Vorgehen ein correctes, es sei denn, daß das Rechtsinstitut fraudulos (aber eben nicht in fr. legis) benützt wurde. So liegt gewiß in der *dedicatio rei controversiosae*<sup>11)</sup>, in der *alienatio iudicii mutandi causa* (hierüber Ubbelohde in Haimers krit. Vierteljahrsschrift Bd. 4. S. 257 ff., Wetzell Der römische Baudicationsproceß S. 23, insbesondere zu l. 4 §. 1 D. h. t. siehe auch Duarenus p. 137), in dem *dolo malo desinere possidere*, im sogenannten dolosen Rechtsmißbrauch (siehe insbesondere l. 1 D. de alien. 4. 7 u. fr. 38 D. de rei vind.

8) Diese Fälle gehören also m. E. in die Kategorien, welche Huschke als „Ver-eitelung“ des Gesetzes bezeichnet hat. Sie sind ethisch verwerflich, rechtlich correct; oft auch nicht einmal ethisch verwerflich, so in dem an anderer Stelle berührten Fall der l. *Furia testamentaris* und l. *Voconia* (Zerspaltung des Vermögens in lauter Legate unter 1000 Aßes).

9) *Ihering Geist III. 1. S. 251.*

10) *Ihering a. a. O.*; nur die Worte „sein“, „seiner“, und „es“ sind an Stelle anderer von *Ihering* gebrauchter gesetzt worden.

11) Hierüber *M. Voigt. Die XII Tafeln* §. 135. Eine interessante, wenn auch völlig wertlose Unterscheidung findet sich bei alten Schriftstellern, so in der *Dissertatio juridica inauguralis de Rationibus Legum Investigandis Ad L. 20. 21 ff. d. LL. . . . v. M. Augustus Fridericus Müller. Erfordiae 1714. Er unter-*

scheidet zwischen *jurisconsultus*, *legulejus* und *rabula* wie folgt: *Leges per causas et fines comprehendere et ita comprehendens in foro prudenter applicare est Jctorum; leges simpliciter memoriae mandare, causis finibusque earum neglectis est Legulejorum; leges citra causas et fines suos in foro applicare est Rabularum.* — Wenn derselbe jedoch am selben Orte (II. 18) lehrt: *Legulejus non per causas et fines nec adeo ad mentem legislatoris leges comprehendit, sed solum in numero eas habet et prodigiosam earum quantitatem memoriae suae mandatam subinde ostentat. Has si deinceps ita, postquam in forum devenerit, citra scopum a legislatore intentum, vel ex malitia vel ex simplicitate aut stultitia applicet, rabula dicitur.* l. 29 D. de legibus, so wird man dieser Bemerkung, insbes. mit Rücksicht auf das Citat der l. 29 D. 1. 3 keineswegs zustimmen können.

6. 1 und hiezu Bindung Die Normen und ihre Übertretung II. S. 290 ff.<sup>12)</sup>, in einer ganzen Summe von sogenannten Proceßschanen<sup>13)</sup> eine fraudulose Benützung von Rechtsinstituten. Unter den Gesichtspunkt des in fr. leg. agere, wie derselbe im röm. Recht geworden, lassen sich derartige Fälle nicht subsumiren; die Absicht ist ja keineswegs die, das Gesetz zu umgehen, sondern insofern wider den Gegner gerichtet, als man ihm Schaden will, hauptsächlich aber will man sich selbst nützen. Ein Mißbrauch im oben erwähnten Sinne liegt aber auch nicht vor; solche Fälle also sind gleich denen, wo „gesetzliche Verbote vereitelt“ werden; ich halte, beiläufig gesagt, diesen Huschke'schen Ausdruck nicht für sehr glücklich gewählt, weil nicht das Gesetz, sondern nur die Absicht des Gesetzes und des Gesetzgebers vereitelt wird. Hier kann nur auf dem Wege neuer Gesetzgebung geholfen werden, sofern sich überhaupt helfen läßt resp. ein Rechtsbedürfnis nach einer Abhülfe vorhanden ist.<sup>14)</sup>

Wenn wir oben gesagt haben, jedes in fr. legis agere läßt sich auf eine absichtlich falsche wörtliche Interpretation zurückführen, so ist damit selbstverständlich nicht etwa behauptet, daß jede absichtlich falsche wörtliche Interpretation in fr. legis sei. Nur eine solche ist in fr. legis, wenn auf ihr die Setzung des Thatbestandes beruht, nicht etwa, wenn der Thatbestand längst vorhanden und nun versucht wird, das ohne gesetzumgehende Absicht Gesetze vom Gesetze loszuschrauben. Ich verweise diesfalls auf das bei Besprechung von Thöls Definition Gesagte. Nun und nimmermehr ist der Satz richtig, daß man hinterher (nach bereits vorhandenem Thatbestand) in fr. legis handelt. Wer einmal contra legem gehandelt, der kann seine That nicht in ein in fr. leg. agere umwandeln, weder dadurch, daß er ihr nachträglich ein Mäntelchen umhängt, noch auch, daß er jetzt die Worte so zu drehen und zu deuteln versucht, wie dies beim in fr. legis agere geschieht. — Unsere Betrachtung ergibt also die Übereinstimmung mit den Quellendefinitionen, ohne doch bloß eine Paraphrase derselben zu sein.

### §. 23. Fortsetzung: Die Gleichstellung des in fraudem legis agere mit dem contra legem agere.

Der Satz: daß in fraudem legis agere ist gleich dem contra legem agere ist eine, nach unseren heutigen Rechtsbegriffen unerläßliche, ja

12) Über den Mißbrauch, der beispielsweise mit der exceptio non adimpleti contractus getrieben wurde, siehe Arnold Brattische Erörterungen 3. Bd. S. 563 ff.

13) Daß der Begriff der calumnia in diesem Sinne manches mit dem in fr. leg. agere gemein hat, ist klar. Auch die verschiedensten Quellenstellen sprechen sich in diesem Sinne aus. So: Auct. ad Herenn. II. 10. . . calumniatoris esse officium verba et literas sequi, negligere voluntatem; Cicero pro Caecina. c. 23. . . scriptum sequi calumniatoris esse, boni iudicis voluntatem

scriptoris, auctoritatemque defendere; Gellius N. A. XI. 12 nec aliud dici videri debet, quam quod se dicere sentit is, qui dicit. L. 19 D. ad exhib. 10. 4. Non oportere jus civile calumniari neque verba captari sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire.

14) In den Fällen des sogenannten „Bereitelns“ kommt es natürlich auch vor, daß das Gesetz b vereitelt, das Gesetz a direct verletzt ist. In solchen Fällen genügt es, bloß mit Rücksicht auf a zu entscheiden.

selbstverständliche Stütze zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, ein notwendiger Ausfluß des ursprünglichen Gebotes oder Verbotes.<sup>1)</sup>

Dem war jedoch nicht immer also. In den Zeiten des ungeschriebenen Rechtes konnte es m. E. kein in fr. legis agere geben; desgleichen in der ältesten Zeit codificirten Rechtes, wo Wort und Gedanke sich völlig deckten. (Siehe die diesfalls oben §. 1 und 2 gemachten Bemerkungen.) Für diese Zeiten läßt sich also der Begriff des in fr. legis agere gar nicht aufstellen. Als sich jedoch allmählich die Erkenntnis Bahn gebrochen hatte, daß man bei extensiver Interpretation nicht etwas Neues geschaffen, sondern nur den wahren Gedanken zur Geltung gebracht habe, da war erst die Möglichkeit gegeben, eine dem Gedanken widersprechende Interpretation als eine in fr. legis vorgenommene zu bezeichnen. Doch das immerhin noch strenge Festhalten am Worte verhinderte dies in den ältesten Zeiten geschriebenen Rechtes, „die malitiosa juris interpretatio“, wie Cicero sie nennt, war eine unvermeidliche Consequenz der alten interpretatio überhaupt, der dolus, die fraus war legalisirt und das „summum jus“ die äußerste Strenge in der Handhabung der Worte, schlug daher nach der bekannten römischen Parömie, die Cicero hiebei in Bezug nimmt, nicht selten in eine „summa injuria“ um. (Worte Jherings 2. Bd. 2. Abth. S. 479. 480.)

Wann und wie die Gleichstellung des in fr. leg. agere mit dem contra legem agere im allgemeinen zum Durchbruch gekommen, läßt sich nicht einmal annähernd bestimmen. — Wir haben im Verlaufe der Betrachtung der verschiedenen uns überlieferten Umgehungsversuche gesehen, daß man es oft — auch als der Grundsatz bereits anerkannt, also ein tieferes Verständnis des Verbotes eingetreten war — vorzog, statt das Verbot auch auf derartige Fälle, wo dasselbe umgangen wurde, anzuwenden, ein neues Gesetz (insbesondere Senatusconsulta) zu erlassen und auf diese Weise das in fr. legis actum in ein contra legem agere zu verwandeln. Z. B. die SCta, die in Ergänzung der l. Fufia Caninia erlassen wurden.<sup>2)</sup>

1) Siehe J. B. Montesquieu L'esprit des lois. Buch XXIX. Cap. 16. (Ich citire hier die Worte der deutschen Übersetzung von A. Fortmann Leipzig 1891): „Wie die nutzlosen Gesetze die nothwendigen Gesetze schwächen, so schwächen die, welche man umgehen kann, die Gesetzgebung. Ein Gesetz muß seine Wirkung haben und man darf nicht gestatten, daß es durch eine besondere Vereinbarung außer Kraft gesetzt werde.“

1a) De off. I c. 10 — quo in genere jetzt er hinzu, etiam in re publica multa peccantur und führt als Beispiel die Auslegung eines Waffenstillstandes von 30 Tagen an, bei dem man den Ausdruck Tag wörtlich genommen und sich die Nacht hindurch nicht an den Waffenstillstand gebunden erachtet habe.

2) Es wurde aber nicht nur in dieser Weise repressiv, sondern auch präventiv vorgegangen. Um zu verhüten, daß in frauduloser Weise gehandelt werde, wurde der nächstliegende Fall ausdrücklich verboten. Daß dies bei den Römern so gewesen, haben wir an verschiedenen Beispielen zu sehen Gelegenheit gehabt. Daß es auch späterhin so gewesen, möge ein Beispiel aus der Wucherlehre illustriren. Um das Wucherverbot zu stützen, „verbreiteten sich die Gesetze vielfach über folgende Verhältnisse: 1. ungleichartige Zinsen, namentlich Frucht- und Weinzinsen aus Gelddarlehn . . . 2. Die Verstellung von Zug- und Melkvieh, d. h. den Vertrag, vermöge dessen man Jemanden den Gebrauch von Vieh auf eine bestimmte Zeit überläßt gegen eine

Was diese Frage betrifft, so war der Gesichtspunkt nie völlig zum Durchbruch gekommen, ja er ist es auch heute noch nicht.

Wir haben aber andererseits auch gesehen, daß zwischen den Jahren 387 und 397 a. u. cond. sich der Fall des Licinius Stolo zugetragen hat, daß dem gegenüber das Volk reagirte, während viel später, zu Zeiten Cato's noch, offenbar straflos, das Gesetz über die Arbeitsruhe in naivpffigiger Weise umgangen werden konnte.

Auch die Erscheinung, daß ein Gesetz selbst es für nöthig erachtet, ausdrücklich auszusprechen, was etwa in fraudem ausgedacht sei, sollte nichtig sein, wie dies die l. Fufia Caninia that oder noch das rescriptum divi Pii ad Aelium Marcianum (der Wortlaut ist erhalten in l. 2 D. de his qui sui l. 6) spricht gewiß nicht dafür, daß wir es zu diesen Zeiten mit einem allgemein anerkannten, häufig geübten Rechtsprincip zu thun haben. Mit Recht hebt daher m. G. Huschke über die cond. jurisjurandi in Linde's Zeitschr. XIV. Bd. S. 367 hervor, daß zur Zeit der l. Fufia Caninia eine in fr. legis geschehene Handlung an sich nicht nichtig gewesen, und beruft sich hiebei auf Gajus I. 46. Das quia lex Fufia Caninia, quae in fraudem ejus facta sint rescindit beweist m. G. die Richtigkeit dieser Behauptung Huschke's. Nichtsdestoweniger läßt sich hieraus nur der eine berechtigte Schluss ziehen, daß der Gedanke der Gleichstellung des in fr. leg. agere mit dem contra leg. agere noch keineswegs Gemeingut geworden war, daß er noch nichts Selbstverständliches war. Ob nicht bei einer krassen Umgehung der l. Fufia Caninia die maßgebenden Kreise auch ohne einen solchen Satz doch reagirt hätten, läßt sich nicht sagen.

Wenn Huschke die Ansicht vertritt, bei Handlungen in fr. legis „lag es dem Prator ob, das Ansehen der Gesetze aufrecht zu erhalten, es sei denn, daß das Gesetz selbst auch die in fr. ipsius facta für nichtig erklärt hatte“, so wird man dem gewiß für zahlreiche Fälle beistimmen müssen. Er war ja doch derjenige, der den generellen Satz: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, decreta, edicta, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo, in seinem Edict aufgestellt hatte; auf seiner Thätigkeit beruhte die Edictformel wider

jährliche Leistung an Geld oder Früchten, oder anderen Sachen oder an Diensten . . . . 3. Wucher bei einer Pfandgegennutzung, 4. sogenanntes Leihen von Geld auf Früchte oder Wein d. h. eigentlich Kauf von Frucht oder Wein mit Vorauszahlung des Kaufpreises und Crediterteilung in Beziehung auf die später zu liefernde Frucht oder den Wein“ (Worte Bächters Würtemberg. Privatrecht I. S. 503. 504.) Die Gesetzgebung war hier eben durch die vorkommenden Fälle gewisigt und verbot ausdrücklich derartige Geschäfte, resp. sie setzte auch für sie die Taxen fest, welche für das Gelddarleihen galten. — Un-

gefähr gleichzeitig hat das österreichische Wuchergesetz von 1803 unterschieden zwischen Wucher am Capital, an den Zinsen, und an Bedingungen. Diese durch die Lebensverhältnisse (insbes. auch durch die Gesetzesumgehungen) hervorgerufene Erweiterung des Wucherbegriffes ist der Umfang der heute vielfach besprochenen socialistischen Idee, überall dort Wucher anzunehmen, wo kein richtiges Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Vgl. A. Menger Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. (Sonderausgabe aus dem Archiv für sociale Gesetzgebung u. Statistik.) Tübingen 1890. S. 101 ff. insbes. S. 104.

die *conditio jurisjurandi*; auf ihm die *dimidiae partis contra suos non naturales bonorum possessio*<sup>3)</sup> als Reagens wider den „Kunstgriff“ jener Freigelassenen, die beim Mangel eigener leiblicher Erben eine Ehe mit manus eingingen, resp. eine schon bestehende, anfangs freie Ehe in eine solche mit manus verwandelten, wenn sich zeigte, daß die Ehe kinderlos bleiben dürfte.<sup>4)</sup> Doch nicht der Prätor allein hat die Mission erfüllt, der Gesetzesumgehung entgegenzutreten, sondern dies sein Entgegentreten griff bloß bei *leges* ein, die nicht *perfectae* waren (so muß ich wenigstens Huschke's Bemerkungen auf S. 367—369 verstehen).

Wie stand es nun bezüglich der *leges perfectae*? Wie hat sich bei diesen der Rechtsfaß Bahn gebrochen? Hierauf vermögen wir nach dem vorhandenen Quellenmaterial keine Antwort zu geben. Die Eintheilung in *leges perfectae* u. beruht bekanntlich auf den Ergänzungen, die Cujaz und Schilling bei Ulpian's Fragm. Einleitung 1. 2 vorgenommen haben.<sup>5)</sup> Von allem Anfang an hat es aber wol kaum eine *lex* gegeben, die *vetat aliquid fieri et si factum sit, rescindit*, in dieser Allgemeinheit nämlich, daß darunter auch alles was in fr. leg. geschehen sei, verstanden werden soll.<sup>6)</sup> Dies kann erst langsam, unter dem Einflusse mannigfacher Erfahrungen (insbesondere auch Umgehungsversuche) geworden sein.<sup>7)</sup> Daß aber der Begriff der *lex perfectae* dies in sich enthielt, dafür spricht m. E. die *constitutio Theodosiana*, die jedes Verbotsgesetz zu einer *lex perfecta* machen wollte, um dadurch auch das in fr. leg. *agere* auszuschließen. Die Frage also: wie hat sich der Rechtsfaß bei den *leges perfectae* gebildet? oder genauer: wie sind *leges* zu *leges perfectae* geworden? ist eine, auf welche wir keine Antwort zu geben vermögen.

Daß im Übrigen nicht nur der Prätor sondern auch andere Factoren,

3) Ich erwähne diesen Fall, weil Huschke hierin eine „fraus“ erblickt. M. E. lag in einem derartigen Vorgehen des Libertinen allerdings ein sogenannter „Kunstgriff“, aber kein in fr. leg. *agere*. Denn nach Gajus' Bericht III. 40. 41 war es zulässig, daß der Patron nichts erhielt: *intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquerat, nihil in bonis ejus patrono iuris erat*. Allerdings wurde dies als eine „iniquitas“ empfunden und half derselben der Prätor ab; empfört mag der Patron gewesen sein, wenn der libertus ad hoc, um ihm die Erbschaft zu entziehen, seine Ehe in eine Manusehe verwandelte. Hier gilt eben der Satz: *non omne quod licet, honestum est*; das Gesetz aber ist nicht umgangen. — Durch den prätorischen Rechtsfaß wurde es weitergebildet.

4) Siehe hierüber Huschke: Zu der Grabrede auf die *Turia* im V. Bd. der *Ztschr. f. Rechtsgeschichte*. S. 173.

5) Der Begriff ist natürlich viel älter als Ulpian; schon bei vielen Gesetzen der Republik findet sich die *sanctio*. Siehe über den Begriff der *leges perfectae* die Ausführungen von Endemann a. a. D. S. 13 ff. Über die erwähnte Eintheilung siehe Savigny Über die *lex Cincia* im I. Bd. der vermischten Schrift S. 337 ff.

6) Daß dies „*rescindit*“ Wichtigkeit und Ansehnlichkeit umfaßt, hebt m. E. treffend Endemann a. a. D. hervor.

7) Der Wortlaut der älteren *leges*, z. B. der *leges regiae*, der I. XII tab. zeigt immer nur den nackten Rechtsfaß, der auf den einzelnen Fall gemünzt ist; von einer allumfassenden Wirkung ist hier nirgends die Rede. Darüber, daß es in der älteren Zeit kaum *leges perfectae* gegeben haben dürfte, siehe Huschke Über das Recht des *nexum* und das alte röm. Schuldrecht. Leipzig 1846 S. 120.

§. B. die Aedilen mitwirkten, beweist die an anderer Stelle besprochene l. 44 pr. D. de aedil. ed. 21. 1.<sup>8)</sup>

Ob man im allgemeinen der folgenden Bemerkung Huschke's beistimmen kann, die er ja nur für Bedingungen in fr. legis macht, muß ich dahingestellt sein lassen. Er lehrt: Nur der Prätor konnte helfen, wenn nicht „das Gesetz selbst auch die in fr. ipsius facta für nichtig erklärt hatte; dieses scheint aber seit der Kaiserzeit so häufig geschehen zu sein, daß seitdem auch Bedingungen in fr. legis regelmäßig den unmöglichen gleich gehalten wurden“.

Nach Huschke ist also der Gedanke dadurch allgemein und selbstverständlich geworden, daß die Gesetze selbst immer die Clausel in sich aufgenommen haben, wie die l. Fufia Caninia: was in fr. legis geschieht, wird rescindirt. — Huschke spricht dies nur bezüglich der Bedingung aus. Daß dies ein auch allgemein mögliches Vorgehen gewesen, leuchtet wol ein; ob sich dagegen die Entwicklung so zugetragen, darüber vermögen wir bei dem geringen Textmaterial, das uns überliefert wurde, kein sicheres Urtheil abzugeben.

Wir haben gesagt, daß der Satz in fr. leg. = contra legem ein notwendiger Ausfluß des richtig verstandenen Verbotes ist; insofern ist er eine wichtige Stütze und Ergänzung des ursprünglichen Verbotes. Aber nicht die einzige. Andere Stützen waren die Sätze, daß was contra bonos mores geschehen sei, als nichtig betrachtet werden solle<sup>9)</sup>, daß quod natura fieri non concedit bei lehtwilligen Verfügungen gescriben werde, bei Contracten Nichtigkeit begründe<sup>10)</sup>, daß jus publicum privatorum pactis mutari nequit u. a. m.

Diese Sätze als Stützen eines Verbotes zu bezeichnen, ist eigentlich ungenau. Indem etwas für unmöglich erklärt wird, hat es aufgehört verboten zu sein. Daß diese Unmöglichkeit sehr oft aus einem Verbote hervorgegangen sein kann, m. a. W., daß sich das ursprüngliche Verbot in dieser Weise verstärkt, ist für uns irrelevant.<sup>11)</sup> Die Frage, die ich aufwerfen möchte, ist nur die: haben nicht diese Rechtsätze es oft überflüssig gemacht, im Einzelfall den Gesichtspunkt des in fr. leg. agere zur Anwendung zu bringen? Daß ich hiebei nicht an ein und dieselbe Zeit denke, versteht sich von selbst. Denn bezüglich dessen, quod natura fieri non concedit, verliert sich die Frage in die ältesten Zeiten, über die wir nichts wissen. Aber die Nichtigkeit der Handlungen contra bonos mores ist ein Gesichtspunkt, bei dem sich von

8) Auch Huschke denkt gewiß, wenn er den „Prätor“ hervorhebt, wol allgemein an den magistratus.

9) §. B. l. 61. D. de verb. oblig. 45. 1. l. 134 pr. D. eod. Siehe auch l. 14, l. 15. D. de cond. inst. 28. 7.

10) §. B. l. 35 pr. D. de verb. oblig. 45. 1. l. 26. eod. l. 185 D. de div. R. J. 50. 17.

11) Insofern ist dies eine neue Bestätigung dessen, daß der Begriff des in fr. legis agere mit dem positiven Ver-

bot verbunden ist. Das „contra bonos mores“ dagegen ist das moralisch Unzulässige, dasjenige, was „schon objectiv betrachtet, das Sittengesetz verletzt“. (Krauz System des österr. allg. Privatrechts hgg. u. redig. v. L. Pfaff. Wien 1885. 1. Bd. S. 98.) Dies kann also nur eine Ergänzung des rechtlichen Verbotes in dem Sinne sein, daß den Anforderungen der Ethik Rechnung getragen wird, in Fällen, wo das positive Verbot einen dem Gefühle widerstreitenden Erfolg nicht verhindern würde.

vorneherein viel eher annehmen ließe, er sei auch als ein Auskunftsmittel benützt worden, mißliebige, rethswidrige Effecte zu vereiteln, für welche Abwehr kein positiver Halt in den Worten des Gesetzes gegeben war. Leider können wir — obwohl, wie gesagt die Möglichkeit solcher Argumentationen nicht unwahrscheinlich ist — keinen positiven Fall anführen.

Daß in manchem Falle der Gesichtspunkt des *contra bonos mores* zur Anwendung kam, wo man vielleicht besser den des in *fr. leg. agere* angewendet hätte, scheint mir schon darum wahrscheinlich, weil das rechtlich Unzulässige und das moralisch Unzulässige sich zwar bei positiver Gesetzgebung recht streng trennen lassen mag, gewiß aber nicht zu allen Zeiten streng getrennt worden ist. Im übrigen ist das Argument, etwas sei *contra bonos mores*, ein solches, mit dem sich in vielen Fällen bequemer und einfacher operiren läßt, weil man durch Anwendung dieses allgemeinsten Gesichtspunktes eine Summe von Fragen und Subsumptionen einfach abschneidet.

Läßt sich demnach für diese beiden ersten Unterstützungsprincipien des Verbotes nicht nachweisen, inwiefern sie die Entwicklung des Rechtsprincipes in *fr. leg. — contra legem* theilweise überflüssig gemacht haben, so ist es möglich zu zeigen, daß der Satz *jus publicum privatorum pactis mutari nequit* in Fällen angewendet wurde, wo man ganz zu dem gleichen Resultate mit dem Gesichtspunkte des in *fr. leg. agere* gekommen wäre. So beispielsweise im Falle der *l. 15 §. 1. D. ad leg. Falcid. 35. 2: Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. Privatorum cautione legibus non esse refragandum constituit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam.* Ohne Zweifel hätte der Gesichtspunkt des in *fr. leg. ag.* genügt, der ja bei Fragen des *jus publicum* gewiß nicht ausgeschlossen ist.

Der Satz *jus publicum privatorum pactis mutari nequit* hat also die Entwicklung des Begriffes des in *fr. leg. ag.* insofern gehemmt, als er einerseits enger, andererseits umfassender ist, und nach der letzteren Seite hin eben das gleichviel auf welchem Wege erfolgte Zuwiderhandeln wider das *jus publicum* als rechtswidrig bezeichnet, mithin in derartigen Fällen die Untersuchung ob *contra* oder in *fr. legis* gehandelt sei, als überflüssig erscheinen läßt.

#### §. 24. Fortsetzung: Bekämpfung des in *fraudem legis agere*.

Die Mittel, welche die Römer anwendeten, um das in *fr. leg. agere* zu bekämpfen, ihm vorzubeugen, fallen begreiflicherweise zum größten Theil mit den auf das in *fr. leg. agere* gesetzten Folgen zusammen.

Da durch das Verhüten, daß der *fraudulos* Vorgehende sein Ziel erreiche, nur das — bleiben wir beim Verbot — ursprünglich verbietende Gesetz wirklich zur Anwendung gelangen soll, so ergibt sich von selbst, daß in der überwiegenden Zahl der Fälle die gleiche Folge beim in *fr. legis agere* eintritt, wie wenn *direct contra legem* gehandelt worden wäre. Ist auf das Zuwiderhandeln Wichtigkeit, Anfechtbarkeit, Strafe gesetzt, so trifft

das Gleiche auch denjenigen, der in fr. legis handelt. — Die einzelnen besprochenen und angeführten Quellenstellen sprechen dies wortdeutlich aus. Sind die Folgen nicht dieselben wie beim *contra legem agere*, dann liegt eben in dieser Abweichung eine Strafe für diese besonders gefährliche Art des Zuwiderhandelns und zugleich ein Versuch, derartigem Vorgehen für die Zukunft abschreckend vorzubeugen; zwei Dinge, die sich sehr wol logisch, nicht aber praktisch von einander trennen lassen. Auf die ersteren Fälle glaube ich nicht näher eingehen zu müssen.

Dagegen sei ein Beispiel der zweiten Art<sup>1)</sup> hier angeführt. Der Theil dessen, der nach der *lex Julia et Papia Poppaea* unfähig zum Erwerb war, fiel an den Erben; handelte es sich aber um ein *tacitum fideicommissum*, dann durfte der Erbe zur Strafe *nec quadrantem deducere, nec caduca vindicare*.<sup>2)</sup> Häufig wurde im Geetze selbst in fr. leg. *agere* gedacht, also ausdrücklich das Verbot der Umgehung ausgesprochen, so in der l. *Fusca Caninia* (Gaj. I. 46 *quia lex Fusca Caninia, quae in fraudem ejus facta sint, rescindit*); noch häufiger, wie dies gerade auch bei der l. *Fusca Caninia* und bei der *lex Papia Poppaea*<sup>3)</sup> geschah, *specialia senatusconsulta*<sup>4)</sup> erlassen, quibus *rescissa sunt ea, quae in fraudem ejus legis excogitata sunt* (Gaj. eod.), also der Weg betreten, das *fraudulose factum* zu einem *contra legem actum* zu machen, ein Vorgehen, welches ja auch heutzutage beliebt ist, und bei vielen Vorthellen doch den einen Nachtheil hat, daß die Handhabung der Rechtsregel in fr. leg. = *contra legem* lieber vermieden zu werden pflegt.<sup>5)</sup>

Auch des Eides bedienten sich die Römer, um zu verhüten, daß eine in fr. legis beabsichtigte Handlung von Erfolg gekrönt sei; der Eid mußte dahin lauten, daß die Absicht, in welcher das Rechtsgeschäft vorgenommen werde, eine ernsthafte sei. Einige Beispiele führt diesfalls Jhering<sup>6)</sup>

1) D. h. ein Fall, wo die Folgen des *contra legem agere* und des in fr. leg. ag. sich nicht deckten.

2) Ulp. Frag. XXV. 17. *Si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit ut non capienti fideicommissum restituat, nec quadrantem eum deducere senatus censuit, nec caducum vindicare ex eo testamento si liberos habeat. Cf. l. 11 D. de his quae ut indig. 34. 9. Siehe hiezu Ruborff Über die *caducor. vindicatio* in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft Vb. VI. S. 407.*

3) So das SC. Memmianum v. J. 816 u. c.; es verhinderte die Umgehung des Gesetzes durch simulirte Adoptionen (Tacit. Annalen 15. 19. L. 51. §. 1 D. de leg. 31. L. 76 D. de cond. et demon. 35. 1.

4) Welches dieselben sind, ist unbekannt. Darüber, daß eines derselben das SC. Orfitianum gewesen zu sein in der Geschichte des röm. Privatrechts. Theil II. S. 770.

5) Es liegt in diesem Erlassen eines zweiten Gesetzes, wo bei richtiger Anwendung das erste völlig genügen würde, einerseits ein sehr verwerfliches Princip: das Eingestehen der Ohnmacht, der Unzulänglichkeit, ohne daß eine solche wirklich vorliegt; ein Bequemlichkeitsstandpunkt, den ich nicht zu billigen vermag. Wenn wir uns das Gesetz als Person denken: eine Mißachtung, eine *injuria*! Andererseits liegt hierin ein Symptom, daß die Gesetzgebung entweder dem Richter nicht die erforderliche Macht eingeräumt hat, oder daß sie in seinen Charakter und seine Jurisprudenz nicht völliges Zutrauen hat. Denn nur eine kraftvolle Jurisprudenz kann den Satz in größerem Umfang zur Wahrheit machen, daß das in fr. leg. *agere* gleich dem *contra legem ag. sei*. Und auch deshalb ist es zu bedauern, daß unser Satz in der neueren Gesetzgebung beinahe verschwunden ist.

6) III. 1. S. 252 und 259.

an, so den Eid bei der Ehe „liberorum quaerendorum gratia se uxorem habiturum“<sup>7)</sup>, den Eid bei der Freilassung der Sklaven in dem bereits besprochenen von Livius 41. 8 überlieferten Falle, und den Eid bei der Arrogation. — Ein weiteres hieher gehöriges Beispiel bietet ein ScT. unter Nero vom Jahre 808 u. c. Die Partei muß vor dem Proceß einen Eid leisten, dem Anwalt kein *palmarium* gegeben oder versprochen zu haben. Über dies Verbot siehe das an anderer Stelle Gesagte.

Überhaupt behandelte man denjenigen, der mitwirken sollte, einen in fr. legis beabsichtigten Effect, wie das *tacit. fideicommissum* es war, herbeizuführen, wie Keller (Institutionen S. 413, 414) treffend bemerkt, mit „einer gewissen rechtlichen Ungunst“, wie dies insbesondere die l. 48 pr. D. de jure fisci 49. 14 schlagend beweist. Hieher gehört auch l. 18 pr. D. de his quae ut indig. 34. 9: Eum qui *tacitum fideicommissum* in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus quos ante litem motam percepit, restituere cogendum respondi, quod bonae fidei possessor fuisse non videtur exemplo bonorum fisco vindicatorum. Siehe hiezu l. 46 D. hered. pet. 5. 3. Cujaz Bd. IV. S. 1386, Gerhard Roodt de foenore et usuris lib. II. cap. 12, Franke Greget. dog. Commentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione S. 395; Keller Institut. S. 408. Es wurde bereits an anderer Stelle davon gesprochen, daß insbesondere der Verdacht: es liege ein *tacitum fideicommissum* vor, sehr leicht erregt war.<sup>8)</sup> Ein Ausfluß dieses naheliegenden Verdachtes und ein Vorbeugen wider das in fr. leg. agere lag nun des Weiteren darin, daß man die rechtliche Stellung desjenigen, der verdächtig ist ein *tacitum fideicommissum* zu erhalten, insofern verschlechterte, als er beweisen muß, daß kein *tacitum fideicommissum* vorliege z. B. l. 27. D. de probat. 22. 3: Qui testamentum faciebat ei qui usque ad certum modum capere potuerat, legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est: „Titio centum do lego, quae mihi pertulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat in sinu meo habui sine ulla cautione, item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex re ditibus praediorum eius (quorum ipse fructum percepit et distraxi), item de calendario (si qua a matre receperat Titius) in rem meam converti.“ quaero an Titius ea exigere potest. respondit si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit exigi: videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecisse.<sup>9)</sup>

Es wird also hier die Beweislast dem Titius aufgelegt; gewiß der Gerechtigkeit dann nicht entsprechend, wenn sowol er, als der Erblasser bona fide sind. Aber weil derartige testamentarische Bestimmungen so häufig in fraudem der Capacitätsgesetze vorgenommen wurden, wird in

7) Siehe bez. dieses Eides insbesondere Savigny über die erste Ehescheidung in Rom. Vermischte Schriften 1. Bd. S. 81 ff.

8) Darüber, daß ein derartiger Ver-

dacht auch abgelehnt wird, siehe z. B. l. 25 D. de his quae ut indig. 34. 9. Hiezu Cujac. Bd. IV. p. 390 E.

9) Siehe hiezu Glü d. Bd. 21. S. 396 ff. cf. l. 3 D. de prob. 22. 3.

dieser Weise vorgebeugt und der Schuldige mit dem Unschuldigen processual gleich behandelt.

Diese Regelung der Beweislast, — denken wir an einen Fall, wo Erblasser, Erbe und Legatar das *tacitum fideicommissum* beabsichtigen — wonach nicht der Fiscus, dem das *Caduce* zufällt, beweisen muß, daß ein *tacitum fideicommissum* vorliegt, sondern der Legatar, daß keines vorliegt, erinnert stark an eine Präsumtion, wengleich es keine ist.<sup>10)</sup> Immerhin ist es auch eine Maßregel, die nicht nur eruiren will, ob in *fr. legis* gehandelt ist, sondern verhüten will, daß es geschehe.

Freilich halfen hier weder Eide noch Strafen gegenüber dem eingewurzelten Streben, das so schön und treffend bezeichnet wurde durch die Worte: *nitimur in vetitum semper cupimusque negata*. Der Strafe gegenüber hoffte jeder, derjenige zu sein, der nicht ertappt wurde, obwohl das Delatorensystem ein enormes gewesen und die Prämien hiezu anreizten; mit dem Eide wußte sich ein sittenverderbter Römer der sinkenden Zeit sehr leicht abzufinden.<sup>11)</sup>

Die Gesetzesumgehung ist ein Factor, mit dem das Gesetz rechnen muß seit dem Tage, da die Einfachheit der Sitten entchwand. Und nicht nur in solchen Fällen wird das Gesetz umgangen, wie Fox *Political Speeches* sie im Auge hat, wenn er sagt: *When it is the interest of a nation to evade a law, that law will be evaded: it always was so, and it always will be so; denn dies sind Fälle, wo eigentlich von einem Umgehen nicht mehr im technischen Sinne gesprochen werden kann, — sondern auch in Fällen, wo es keineswegs im Interesse der Nation gelegen ist, wird dies der Fall sein.*

Erst in einer Zeit, in der Moral und Recht sich wieder, wie einstens, mehr berühren werden, als dies heute im allgemeinen der Fall ist, wird die Gesamtheit zur Einsicht kommen, wie wahr der Satz ist, den Friedrich von Genß ausgesprochen<sup>12)</sup>: „Menschliche Weisheit muß ihr Äußerstes thun, um ein gutes Gesetz hervorzubringen; keine Prüfung kann tief genug, keine Überlegung lang und reif genug, keine Debatte vielseitig genug sein, wenn es darauf ankommt, das Schicksal von Nationen zu entscheiden; der Gesetzgeber, der die Größe seines Geschäftes einsieht, weiß von raschen Entschlüssen nichts . . . . . Aber sobald das Gesetz vorhanden ist, gibt es auch nur eines, was Noth thut, nur eines, was die Wohlfahrt des Staates dringend verlangt — **Gehorsam.**“ Da diese Erkenntnis, wenn sie auch vorhanden, doch nicht praktisch gehandhabt wird, noch nicht der Gesamtheit zur zweiten Natur geworden, so wird keine Gesetzgebung des ausdrücklich ausgesprochenen oder stillschweigend als selbst-

10) Präsumtionen, daß in *fr. legis* gehandelt sei, finden sich im neueren Rechte insbes. im *code civil*. (Art. 1350. 1100. 911. 1352 (?) 1596.)

11) Hier ist eben einer der Punkte, wo sich das in *fr. leg. ag.* mit der *Mentalreservation* berührt. Über diese siehe,

nebst den an anderen Stellen citirten Schriften auch *Pascal Provinzialbriefe*. I. Bd. S. 355 ff.

12) Über die Declaration der Rechte. Ausgewählte Schriften v. Friedr. von Genß hgg. von *Wilderich Weid* II. Bd. Stuttgart u. Leipzig 1837. S. 72 u. 73.

verständlich angenommenen Satzes entzagen können, daß die Gesetzesumgebung dem offenen Zuwiderhandeln gleichstehe. Ebensovienig entbehrt auch die neuere Gesetzgebung der Strafandrohung, die auf das in fr. leg. agere gesetzt ist.<sup>13)</sup>

Der Hauptkampf gegen das in fr. legis agere liegt jedoch de lege ferenda m. E. nicht in Repressiv-, sondern in Präventivmaßregeln; in dem hier vorschwebenden Sinne sind die beiden nicht nur logisch, sondern auch praktisch sehr wol auseinander zu halten. Es kann eben bei Formulirung des Gesetzes „keine Prüfung tief genug, keine Überlegung lang und reif genug“ sein; derjenige ist der richtige Gesetzgeber, dem auch immer — vorschauend — klar ist, welche Anhaltspunkte die Formulirung bietet, um das Gesetz zu umgehen. Von ihm sollen Shakespeares Worte gelten: „Das ist ein weiser Vater, der sein eigen Kind kennt“ (Kaufmann von Venedig II. 2). Er wird dann auch im Stande sein, den entsprechenden Riegel von vornherein vorzuschieben; natürlich läßt sich auch bei der vorsorglichsten Formulirung das in fr. legis agere nicht aus der Welt schaffen, aber die vorzüglichsten Anhaltspunkte können dem Gesetzumgehenden doch entzogen werden. Darf ich hier einem Gedanken Ausdruck verleihen, der sich wol jedem bei Betrachtung der römischen Gesetze<sup>14)</sup>, ja auch der heutigen Gesetzbücher aufdrängt, so muß ich sagen: das Ausgehen vom Einzelfall ward nach dieser Seite hin zum Verhängnis. Heute — wie schon im alten Rom — ist das Verhältnis oft das folgende: das Gesetz normirt — seinen Worten nach — bloß den Einzelfall; der Praxis bleibt es nun überlassen, hieraus das Princip zu finden, um das Gesetz auf andere als die verbotenens genannten Fälle anzuwenden. M. E. sollte das Gesetz das Princip selbst geradezu aussprechen. Aufgabe der Praxis sei es dann, den Einzelfall richtig zu subsumiren.

13) So (der Bestimmungen wider Umgehungen der Stempelvorschriften (östr. Ges. vom 9. Febr. 1850) gar nicht zu gedenken] z. B. §. 5 des Gesetzes vom 19. Juli 1877 Nr. 67 R. G. B., womit Bestimmungen zur Hintanhaltung der Trunkenheit getroffen werden. „Wer die Bestimmungen der §§. 2 u. 3 dieses Gesetzes durch ein Scheingefchäft oder dadurch zu umgehen sucht, daß er sich eine Urkunde, insbesondere eine Wechselklärung ausstellen läßt, wird mit Arrest von einer Woche bis zu zwei Monaten oder an Geld bis zu 200 fl. bestraft“. — Siehe auch Dr. E. Leuthold Aulische Rechtskunde. Leipzig 1889. „Ist die Hinterlegung (Depositum poklášcha) nur als Form gewählt worden, um die bei einem Darlehen erforderlichen Stempelverwendung und Abgabenseistung zu

umgehen, so ist der Hinterleger zu dreifacher Erstattung der hinterzogenen Beträge verpflichtet und kann wegen seiner Forderung erst nach Deckung aller übrigen Urkundenschulden des Verwahrers Befriedigung erlangen.“

14) Beispielsweise sei das SC. Vellej. hier erwähnt. Es nennt bloß mutui dationes und fidejussiones, bezieht sich also seinen Worten nach bloß auf den Hauptfall cumulativer und den Fall privativer Intercession. Und doch enthält es ein viel weitergehendes Princip. Siehe hierüber vorzüglich Windscheid über das Princip des SC. Vellej. im civ. Archiv. XXXII. Nr. 12 u. 13. Im übrigen die bei Arndts §. 359. Anm. 3 citirte Literatur.



