~~Germany~~

MAGISTER UND CURATOR

IM

ALTRÖMISCHEN KONKURS

VON

HEINRICH DEGENKOLB

LEIPZIG 1897
DRUCK VON ALEXANDER EDELMANN
UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKER

Fos TX

D

Rec. Oct. 2, 1905.

Der altrömische Konkurs oder was man so nennt, ist ein zugleich anziehendes und verzweifeltes Problem; anziehend durch seinen Gegenstand, verzweifelt durch den heillosen Zustand der Überlieferung. Zwei verschiedene Konkurssysteme gehen in ihr durcheinander: das ältere System der bonorum venditio, das neuere System des s. g. Distractionskonkurses. Die Urtexte der Pandekten setzen das ältere System durchschnittlich als das noch überwiegende voraus; die Pandektentexte sind auf das neuere System, den Distractionskonkurs zurechtgeschnitten: die Folge ist, dass wir weder von dem einen noch von dem anderen System an sich und in ihrem wechselseitigen Gegensatz eine klare Totalanschauung besitzen. Einer der hier einschlagenden Gegensätze betrifft die in der Überschrift genannten Konkursorgane. An ihnen das vielfach Unklare wie der quellenmässigen Überlieferung so auch der z. Zeit herrschenden Lehre darzulegen ist Hauptzweck der nachfolgenden Erörterung.

Denn so wenig im Allgemeinen der mangelhafte Zustand unsrer Kunde den Schriftstellern[1]) über römi-

1) Hervorzuheben sind für unsre Lehre Dernburg in seiner grundlegenden Schrift über emtio bonorum (1850) und L. Seuffert

schen Konkurs entgangen ist, so will es mir scheinen, als gäbe es noch immer zu viel des Scheinwissens und als würden einzelne Schwierigkeiten zu leicht gestreift oder auch ganz übergangen.

Was die z. Z. herrschende Lehre über magistri und Kuratoren im altrömischen Konkurs zu sagen weiss, fasst sich etwa in folgende Hauptsätze zusammen:

1) Kuratoren kommen im älteren und im neueren Konkurssysteme vor, dagegen magistri nur im älteren System.

2) Die magistri wurden auf obrigkeitliche Ermächtigung durch Wahl der Gläubiger aus ihrer Mitte, die Kuratoren dagegen durch formell freie obrigkeitliche Ernennung, wenngleich üblicherweise auf Vorschlag der Gläubiger bestellt.

3) Die magistri haben als einzige und zugleich

---

in seiner fördernden und anziehenden Schrift: Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts (1880). Keller's Verdienste um Aufhellung des Missionsverfahrens durch seinen Kommentar zur Rede pro Quinctio sind und bleiben unbestritten, aber zu eingehender Erörterung der Konkursorgane bot die betreffende Rede keinen Anlass. Auch Bachofen Pfandrecht I (1847) streift sie nur in seiner eingehenden Darstellung der Missionen. Gemeiniglich wird heut zu Tage Bethmann-Hollweg als Hauptschriftsteller über den römischen Konkurs genannt; so neuerdings wieder von W. Endemann (Ztschr. f. C. Pr. XII 27 ff.) Der rückhaltslosen Anerkennung von Bethmann-Hollwegs Werk thut es keinen Eintrag, wenn seine Darstellung des röm. Konkurses als im wesentlichen zusammenfassende Formulirung des damals schon vorhandenen Wissensstandes bezeichnet wird. So auch seine Darstellung der Konkursorgane. Ganz unentbehrlich auch für unsere Materie ist die Heranziehung von Lenel's trefflichem Werk über das Edikt und seiner Palingenesie.

nur ihnen zukommende Funktion die bonorum venditio[1]); sie sind nichts als die Realisirungsorgane des älteren römischen Konkurses. Dagegen

4) geht die Funktion der Kuratoren geschichtlich aus nicht von der Realisirung, sondern von der Bewahrung und Verwaltung des gemeinschuldnerischen Vermögens, aber sie ist nicht bei ihr stehen geblieben. In ihrer Erweiterung zur Realisirungsfunktion im System der bonorum distractio[2]) liegt der Gegensatz der Kuratoren neueren zu den Kuratoren älteren Stiles.

Scharf, in einfachen Gegensätzen, treten so gefasst die beiden Konkurssysteme in ihren Konkursorganen auseinander. Es fragt sich nur, ob jene Gegensätze selbst in ihrer vorausgesetzten Reinheit der wirklichen Gestalt des römischen Konkursrechts überall entsprechen. Diese Frage ist nicht durchweg zu bejahen. Von den obigen Sätzen stehen ausser Zweifel und, so weit ich sehe, gegenwärtig auch ausser Streit nur der erste und der letzte Satz.

Anders steht es um die übrigen Sätze. Gab es bloss ernannte oder nicht etwa auch gewählte Kuratoren? Beschränkte sich die Funktion der magistri wirklich auf Vorbereitung und Abschluss des Realisirungsaktes, d. i. der bonorum venditio, oder hatten sie daneben Verwaltungs- und Klag-Funktion im Sinne der Ver-

1) D. i. der Gesammtzuschlag des Vermögens an einen bonorum emtor um „Procente".

2) D. i. die Einzelversilberung des Vermögens behufs Vertheilung ihres Erlöses.

mögensbewahrung? Diese Fragen ergeben sich aus den Quellen; sie sind denn auch mit mehr oder weniger Klarheit von neueren Schriftstellern erfasst und besprochen worden. Nicht selten auch werden der herrschenden Lehre widersprechende Sätze ohne jede Begründung und anscheinend ohne Bewusstsein des Widerspruches vorgetragen. Vor allem aber bedarf die ganze Fragestellung der Ergänzung. Was schliesslich in Frage kommt, ist nichts Geringeres als dies: ob und in wie weit man im klassischen Konkurs von wirklichen Konkursorganen reden könne?

Im Folgenden handelt es sich im Wesentlichen um die vorstehend genannten Fragen. Nur auf sie ist genauer eingegangen, das Feststehende dagegen nur kurz berührt, aber im Interesse der Gesammtübersicht nicht einfach übergangen.

I

Die Quellen reden von magistri nur im Systeme der bonorum venditio[1]); umgekehrt von curatores überwiegend, aber nicht ausschliesslich im Systeme des bonorum distractio. Vielmehr scheinen wie die magistri, so auch die Konkurskuratoren in das System des prätorischen Missionsverfahrens bis in seine Anfänge zurückzureichen. Schon längst berief man sich dafür auf

1) S. die bekannten Stellen Cic. pro Quinctio c. 15 § 50; ad Attic. I 1, 3, VI 1, 15; ad famil. XII 30, 5; Quinctil instit. or. VI 3, 51. Gaius III 79; Theophil. III 12 pr.

ihre Erwähnung in der lex agraria v. J. 643. d. St. v. 56: 'utei curator eius profiteatur; item .... utei is quei ab bonorum emptore magistro curato (reve emerit)'.

An sich würde diese Stelle nicht entscheiden[1]). Beweiskraft gewinnt sie erst in ihrem Zusammenhalt mit anderen Stellen und mit der praktischen Vernunft der Sache. Wir finden auch sonst, nämlich in den Pandekten Kuratoren in einem Zusammenhang erwähnt, welcher auf das ältere System zurückweist, ohne zugleich Interpolationsverdacht zu erregen[2]). Vertrugen sich Konkurskuratoren mit dem System der bonorum venditio zur Zeit der klassischen Juristen, so vertrugen sie sich mit ihm von Anfang an. Noch mehr: sie waren von Anfang an Bedürfniss wenn nicht in jedem einzelnen Fall, so doch für gewisse Fälle. Dies ganz zweifellos, wenn — der herrschenden Lehre entsprechend — den magistri alle Verwaltungsbefugniss e. S. abging. So aber auch im andern Falle. War doch die Magisterwahl an ein bestimmtes Stadium des Missionsverfahrens gebunden[3]), vor dessen Eintritt sie nicht geschehen konnte. Nicht so die Er-

---

1) Ganz abgesehen von Streitfragen über den Text der Stelle ist ihre Auslegung, wie schon Dernburg (emtio bon. S. 22 ff.) mit Recht hervorhob, unsicher genug. Beziehen Huschke Nexum S. 170 und Seuffert z. Gesch. des Konk. S. 12 u. A. den curator auf einen curator bonorum im Konkurs, so wieder Andere ihn auf einen curator furiosi. Anders wieder M. Voigt R. Rg. I 683: er sei ein curator des magister.

2) Dahin gehören m. E. z. B. L 9 § 5, L 14 D 42, 5.

3) Gai. III, 79: iubet ea (sc. bona) praetor per dies XXX continuos possideri .... postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum per quem bona veneant.

nennung des curator. Weder seine Nothwendigkeit noch seine Ernennung brauchte auf das für die Magisterwahl massgebende Stadium zu warten[1]). Ob er, wenn ein Mal ernannt, die Magisterwahl überdauerte, allgemeiner: ob er, wie vor dem magister so auch neben ihm funktioniren konnte, ist eine andere Frage. Sie hängt von der der Besprechung noch vorbehaltenen Funktion der magistri ab.

II

Die herrschende Lehre spricht den magistri nur Realisirungs- nicht auch Verwaltungsfunktionen engeren Sinnes zu: sie beschränkt ihre Funktion auf Vorbereitung und Abschluss, allenfalls auf Realisirung[2]) der bonorum venditio[3]).

Unzweifelhaft ist diese Funktion der magistri ihre wesentliche, ihre spezifisch charakteristische Funktion. Ebenso unzweifelhaft bedurfte es in zahlreichen, vielleicht in den meisten Fällen besonderer Verwaltungsakte zwischen Magisterwahl und Güterverkauf überall nicht. Lagen doch zwischen beiden nur kurze Fristen[4]). Wenn es ihrer nun aber doch im einzelnen Fall bedurfte? Dass solche Fälle vorkommen konnten, steht ebenso fest, als dass das praetorische Edikt auf sie Rücksicht genommen

1) S. auch Zimmern R. Rg. III 255, Rudorff Vorm. R. R. I 157.

2) Ich denke hierbei an Klagen aus der bon. venditio.

3) Entweder ganz ausdrücklich, (so Dernburg emtio bon. S. 132 und L. Seuffert a. a. O. S. 13) oder dadurch, dass sie andere Funktionen des magister als eben die Abschliessung der bon. venditio nicht erwähnt (so Bethmann-Hollweg Civ. Pr. II 679 ff.).

4) s. Gai. III 79.

hat: Zeuge dessen die L 9 und die L 14 D 42, 5. Die herrschende Lehre greift für solche Fälle unter Absehen vom magister schlechthin auf einen zu bestellenden curator. Ob mit Recht? Das ist nicht unbestritten.

Die lex agraria v. 643 erwähnt an vorgenannter Stelle ein emere vom magister. Diesen magister auf den Konkursmagister zu beziehen, legt sein Anschluss an den bonorum emtor nahe; aus seiner Befugniss zum Verkauf schliesst Lenel[1]) auf Verwaltungsbefugniss des magister überhaupt. Die L 57 pr. D de V. S. 50,16 (Paul. l. 59 ad edict.) giebt Begriffsbestimmung und Etymologie der magistri. Daran schliesst sich in § 1 unmittelbar eine Bemerkung über 'persequi': 'persequi videtur et qui satis accepit.' Der im principium genannte magister ist abermals unser Konkursmagister. Das haben schon Ältere, so namentlich Cujacius aus der Stellung der L 57 im Ediktsystem geschlossen. Und schon Cujacius bezieht wenigstens an einigen Stellen seiner Werke[2]) auch das 'persequi' des § 1 auf unseren magister. Ganz ebenso von Neueren Rudorff[3]) und Lenel[4]). Der Letztgenannte zieht unterstützend die L 44 D mandat. (17,1) herbei[5]):

1) ed. perpetuum § 217 S. 342. In beschränkterer Weise schon Huschke Nexum S. 170.

2) Im Commentar zu dit. Dig. de V. S. ed. Neap. VIII 533, ebenso Notae zu Dig. lib. L. ed. Neap. X 591.

3) ed. perpet. § 217 u. 9.

4) ed. perpet. § 217 S. 343.

5) Andere Stellen bei Rudorff a. a. O. Sie sind von problematischem Werth, weil durch problematische, z. Th. nachweisbar falsche Umsetzungen des curator in den magister gewonnen, wie dies schon Lenel hervorgehoben hat.

'dolus est si quis nolit persequi quod persequi potest aut si quis nolit quod exegerit solvere' (Ulpianus l. 62 ad edictum). Seine systematische Stellung im Ediktcommentar spricht für Beziehung des Fragments auf den magister. Führt all dies[1]) zu einem 'persequi' und damit zur Klaglegitimation des magister, so fragt es sich, ob Beides: Administration e. S. und Klaglegitimation auf die Zeit vor der bonorum venditio oder auf diese selbst und ihre Realisirung gegenüber dem bonorum emtor zu beziehen sei.

Die Stelle der l. agraria wird unbefangene Auslegung nicht vom Verkauf der bona, also vom Kauf des bonorum emtor selbst verstehen, sondern von Einzelveräusserung, also doch wohl von Veräusserung vor der bonorum venditio. Den gleichen Schluss für das in den Pandektenfragmenten angedeutete 'persequi' des Magisters legt ihre systematische Stellung in den Ediktcommentaren nicht in zwingender Weise auf[2]) und ebensowenig nöthigt zu ihm die Natur der Sache. Denn so wenig der Magister seinerseits gegen den bonorum emtor die von diesem übernommenen Procente etwa mit actio emti ein-

1) Ob auch L 143 D de R. J. 50,17 (Ulp. l. 62 ad ed.: quod ipsis qui contraxerunt obstat et successoribus eorum obstabit) hierher gehöre und etwa auf den Nachlassvergleich zu beziehen sei? fragt Lenel a. a. O. S. 343. (Allgemeiner lautet seine Frage in der Palingenesie II 792 n. 1.)

2) Sie entstammen den von den magistri handelnden Büchern (B. 59 des Paulus, B. 62 des Ulpian): von der Klage des bonorum emtor und gegen ihn handeln spätere Bücher: aber was in ihnen behandelt wird, sind die actiones Rutiliana und Serviana, also nicht hierher gehörige Aktionen.

trieb[1]), so wenig fehlten ihm andere gegen den bon. emtor aus dem Gesammtgeschäftsvorgang abzuleitende Klagen[2]). Aus zwei Gründen neige ich mich dazu, das 'persequi' unserer Stelle auf solche Klagen — um es so auszudrücken, auf realisirende statt auf administrative d. h. der Bewahrung des gemeinschuldnerischen Vermögens dienende Klagen zu beziehen.

Es passt dies m. E. besser

erstens zum Verhältniss zwischen magister und curator (älteren Stils),

zweitens zum Verhältniss zwischen magister und Gläubigern.

I. Versehen wir auch den magister mit administrativer Klagbefugniss, so beschränkt sich sein funktioneller Unterschied vom curator auf die bonorum venditio: in ihr funktionirt nur der magister. Warum aber — so fragen wir — vor der bonorum venditio neben dem administrirenden magister noch ein anderes, gleichfalls administrirendes Organ? Dass ein curator vor der Magisterwahl bestellt werde, begreift sich: hier fehlt es eben noch am magister und ebenso begreift es sich, dass der curator nicht wie der (nachher zu bestellende) magister von

---

1) Vergl. Dernburgs treffende (gegen Stieber und Huschke gerichtete) Darlegung a. a. O. S. 144.

2) Abstrahirt man von der Frage: ob immer gegen 'Procente' verkauft werden musste, so bieten sich als hierher gehörige Fälle Klagen aus Nebengedingen bei der bon. emtio, so namentlich die so nahe liegenden Klagen aus etwa bestellter Caution oder auf zu bestellende Caution. Darauf gerade könnte sich L 57 § 1 D 50,16 beziehen.

den Gläubigern gewählt, sondern von der Obrigkeit bestellt wird. Zur Magisterwahl schreiten die Gläubiger erst nach einer gewissen, dem Anschluss der Gläubiger dienenden Frist; vor ihrem Ablauf fehlt es an geeigneter Gläubigerversammlung und tritt eben deshalb im Bedürfnissfall das Gericht ergänzend durch Ernennung des curator ein (in ungefährer Analogie zur Ernennung des 'vorläufigen' Verwalters im heutigen Konkurs). Sieht man im magister gleichfalls einen Verwalter, so müsste man, wie mir scheint, in ihm den definitiven Verwalter, also den den curator ablösenden Verwalter suchen. Was Beide nebeneinander sollen, begreift sich kaum — man müsste denn ihre Verwaltungsklagbefugniss in verschiedener Art begrenzen. So anscheinend Lenel rücksichtlich der Klaglegitimation[1]). Er beschränkt sie für den magister auf Nothfälle. Soll damit nur gesagt sein, dass sich die Klagbefugniss durch den Gesichtspunkt der Vermögensbewahrung begrenze, so gilt ganz die gleiche Begrenzung für die Klaglegitimation des curator. Soll damit etwas anderes, beide Organe Unterscheidendes gesagt sein, so wäre jener Unterscheidung zu widersprechen. Auch dem curator fehlte die plena administratio: meint Lenel unter der Begrenzung der Klagbefugniss auf Nothfälle die Begrenzung auf das Bedürfniss der Vermögensbewahrung, so trifft jene Begrenzung in gleichem Masse auf den curator und auf den (als administrirend gedachten) magister zu.

---

1) ed. perpetuum § 217 S. 343

II. Spricht schon die innere Wahrscheinlichkeit differrenzirender Funktionen für magister und curator gegen die administrative Klagfunktion auch des magister, so verstärkt sich deren innere Unwahrscheinlichkeit durch einen Blick auf das Verhältniss des Magisters zu den Gläubigern. Der magister ist Gläubiger-Vorstand, das heisst vor Allem: er ist selbst Gläubiger und handelt aus Gläubigermacht. Magister ist er nur als ein im Verhältniss zu den Mitgläubigern mehr als sie an Gläubigermacht in sich concentrirender Gläubiger. Daraus folgt: inhaltlich ist seine Macht gesteigerte Einzelgläubigermacht. Sie bestimmt sich ihrer Richtung nach durch die Richtung der Einzelgläubigermacht, sie geht nicht auf dem Einzelgläubiger als solchem schlechthin versagte Verfügungen. Dies zu Grunde gelegt mögen wir dem magister immerhin administrirende Veräusserungsbefugniss, aber nicht auch administrirende Klagbefugniss zugestehen. Jene hat auch der einzelne Gläubiger: er ist zu nothwendigen Einzelveräusserungen legitimirt[1]). So denn auch, wie ich nicht bezweifle, der magister. Diese, die Klagbefugniss ist dem Einzelgläubiger versagt. Wo es der administrirenden Klage bedarf, tritt daher nicht der magister, sondern der Curator ein[2]). Den Administrativbefugnissen ganz entsprechend bestimmen sich die „Organe“ der realisirenden Veräusserung.

---

1) L 8 § 1 D 42, 5.
2) So ganz deutlich die (nicht interpolirte) L 14 D 42, 5.

Die bonorum venditio ist nicht etwa den Einzelgläubigern von vornherein versagt: des magister bedarf es nur im Falle und vermöge der Gläubigerconkurrenz. Oder soll etwa, wenn ein Einzelgläubiger die Mission erwirkt und innerhalb der vorgeschriebenen Frist kein anderer Gläubiger sich angeschlossen hat, die bonorum venditio unterbleiben oder gar der eine Gläubiger sich selbst zum magister wählen?

Dagegen realisirende Einzeldistraction fehlt dem einzelnen Gläubiger[1]). Daher war schon von diesem Gesichtspunkt aus für den Distractionskonkurs nicht der magister sondern der curator das gegebene Distractions-„organ."

Dass vorstehende Erwägungen noch in anderen Erscheinungen, so in der Stellung des magister zu Nachzüglern, (d. h. den nach der Magisterwahl aber vor der bonorum venditio eintretenden Gläubigern) und ebenso in der inneren obligatorischen Beziehung zwischen Gläubigern und magister Unterstützung finden, wird in anderem Zusammenhang, nämlich bei Besprechung der L 5 D de curatore dando (42,7) und der L 22 § 10 D mandati (17,1) darzulegen sein. Für jetzt sei eines anderen unterstützenden Momentes gedacht: nämlich der Motive zur Einführung und Organisirung des Distractionskonkurses in seinem Gegensatz zu dem älteren, auf bonorum venditio angelegten Missionsverfahren.

---

1) Auf L 5 D 42, 7 ist weiter unten einzugehen.

III

Nach allgemeiner Annahme, an welcher bis auf Weiteres nicht zu rütteln, ist der Distractionskonkurs zunächst von einem speziellen Fall, dem Konkurs senatorischer Gemeinschuldner ausgegangen, dann auf andere personae clarae ausgedehnt und endlich ohne Beschränkung auf bestimmte Stände allgemein zugelassen worden. Nicht ganz ohne Widerspruch[1]), aber doch überwiegend und mit Recht gilt als Motiv seiner erstmaligen Einführung ein Ehreninteresse der der Vergantung verfallenen Standespersonen: ut honestius ex bonis eius quantum potest creditoribus solveretur, curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a praetore vel in provinciis a praeside (l. 5 D 27, 10 [Gaius l. IX ad edictum]).

Das 'honestius' des Distractionskonkurses gegenüber der bonorum venditio liegt keineswegs — wie so Viele meinen — lediglich in der Einzeldistraction statt des universellen Vermögensverkaufs, sondern in Beidem zugleich: im Objekt des Verkaufs und in dem dabei handelnden Subjekt. Zweifellos freilich ist schon an sich die Einzeldistraction nicht bloss nach Seite des Vermögens- sondern auch des Ehreninteresses schonender für den Cridar als die bonorum venditio. Letztere übernimmt aus der alten röm. Schuldexekution, wenn auch in abgeschwächter

1) Ubbelohde Über das Verhältniss der bonorum venditio zum ordo justiciorum (1890) S. 20 verweist zur Widerlegung des Ehreninteresses als Hauptmotiv auf die zur Verfügung stehende cessio bonorum. Er würdigt nicht die für das Ehreninteresse keineswegs gleichgültige Einschiebung des curator im Distractionskonkurs.

Weise, deren kapitale Natur[1]). Der Distractionskonkurs vernichtet nicht wie die bonorum venditio die schuldnerische Ehre[2]), er trennt ihn nicht wie die bonorum venditio mit einem Schnitt von seinem Gesammtvermögen ab und ersichert ihm den etwaigen Überschuss. Aber noch ein Anderes unterscheidet die Veräusserung im Distractionskonkurs von der bonorum venditio. Sie ist nicht wie diese eine von den Gläubigern selbst vollzogene Veräusserung. Das hat schon längst Cujacius[3]) mit aller Schärfe hervorgehoben und hieraus den wesentlichen Gegensatz von curator und von magister abgeleitet. Ich glaube: mit Recht. Denn fragen wir, wesshalb im Distractionskonkurs nicht der magister sondern ein curator waltet, so wirft uns die in § II gegebene Antwort: „Er waltet desshalb weil die realisirende Einzeldistraction dem einzelnen Gläubiger versagt ist und der magister als Träger collektiver Einzelgläubigermacht nur das vermag, was in Ermangelung concurrirender Gläubiger, auch der einzelne Gläubiger für sich vermöge würde," so wirft uns, sage ich, diese Antwort sofort auf eine weitere Frage zurück: wesshalb bleibt die realisirende Einzeldistraction dem einzelnen Gläubiger versagt? und darauf eben giebt uns L 5 D 27,

---

1) Spielender Betrachtung möchte als Ausdruck der kapitalen Natur die actio Serviana des bonorum emtio mit ihrer heres-Fiktion erscheinen, denn sie enthielt zugleich die Fiktion dass der Gemeinschuldner verstorben sei.

2) Die Thatsache kann als feststehend gelten. Im Übrigen ist die Geschichte der aus Vergantung hervorgehenden Infamie mannigfach unsicher und bestritten.

3) Zu L 14 D 42, 5 s. ed. Neap. V 774B.

10 die Antwort: „weil jenen Standespersonen ihr Vermögen auch nicht stückweis durch die Gläubiger weg veräussert sondern, als dem Schuldner verbleibend, durch einen ihm bestellten Liquidator zur thunlichsten Befriedigung der Gläubiger verwendet werden soll. Darin liegt zugleich der innere Zusammenhang zwischen der realisirenden und der administrirenden Einzelveräusserung im Distractionskonkurs: hier vollzieht sich die Realisirung als Verwaltungsakt, in der bonorum venditio hebt die Realisirung die Verwaltung auf: die Gläubiger erhalten denn auch ihre Procente formell nicht aus dem schuldnerischen Vermögen als solchem, sondern von dem bonorum emtor her aus dessen eigenem Vermögen.

An diesem Punkte zeigen sich Berührung und Widerspiel des curator und des procurator: beide im Gegensatze zum magister des röm. Konkurses. Der magister ist nicht Vertreter des Schuldners[1]). Der procurator mag formell noch so verschieden von unserem direkten Stellvertreter handeln: materiell handelt er alieno nomine. Ebenso — wenn auch in den einzelnen Fällen in verschiedener Richtung — der curator. Der curator des Distraktionskonkurses erscheint an zwei von ihm handelnden Hauptstellen der Pandekten unter den persönlichen Curatoren. Es sind die L 5 D und die L 9 D de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. Wem anders soll er zum Kurator gegeben sein als dem Cridar? Nun ist dieser Gesichtspunkt der Personalcuratel allerdings nicht der für alle

1) So mit Recht schon Dernburg emtio bonorum S. 132 gegen Zimmern u. A.

Fälle auch der römischen Konkurs-Kuratel allein durchschlagende: für den Grundfall des Distractionskonkurses ist er aber nicht einfach abzuweisen: das Amt des Konkurskurators ist hier ein Übergangsgebild[1]) von Personal- zur Gütercuratel. Ob der ursprüngliche Gesichtspunkt, wie er der erstmaligen Einführung des Distractionskonkurses in seiner Beschränkung auf privilegirte Personenklassen innewohnte, bei seiner Umbildung zur Normalform des römischen Konkurses festgehalten wurde oder im Bewusstsein mehr oder weniger zurücktrat, ist eine andere Frage. Sie hängt mit einer anderen bestrittenen Frage zusammen, der Frage, ob das in L 9 D 27,10 den Gläubigern zugesprochene Wahlrecht zwischen Distractionskonkurs und bonorum venditio sich auf die ältesten Fälle des Distractionskonkurses d. i. den Konkurs der clarae personae zurückerstreckt[2]). Nach inneren Gründen ist die Frage zu verneinen. Wie sollte wohl, wenn Schonung für angesehene Standespersonen als ursprüngliches Leitmotiv für die Zulassung des Distractions-Kurators wirkte, es in die Willkür der Gläubiger gelegt worden sein, ob diese Schonung gewährt oder der vornehme Schuldner dem gemeinen, entehrenden Konkurs überliefert werden solle. Allerdings aber passt zu diesem aus inneren Gründen abgeleiteten Ergebniss nicht die Ausdrucksweise der L 9 p. D 27,10, welche ganz allgemein von einer Erlaubniss

1) Mehr behaupte ich nicht. Im L 22 D 4,4 erscheint ein curator bonorum ad distrahenda bona constitutus (Ulp. l. XI ad ed.).

2) Dafür Ubbelohde Verhältniss der bon. venditio zum ordo judiciorum S. 18 n. 49, (ob auch L. Seuffert a. a. O. S. 13/14?). Dagegen Dernburg emtio bonorum S. 157.

des Senates zur Kuratorenbestellung auf Antrag der Gläubiger zu reden scheint.

In dem nunmehr entwickelten Systeme des Distractionskonkurses spielt das Konkurs„organ“ nach Funktion, und fügen wir hinzu, nach der Art seiner Bestellung eine wesentliche Rolle. Das System verlangt statt des magister den curator und als curator den obrigkeitlich bestellten Liquidator. In seiner letzten logischen Consequenz läge für den Curatorenkonkurs seine Loslösung von der Einweisung der Gläubiger. Dass sie dem Bewusstsein des Alterthums nicht fremd geblieben ist, zeigt ein aus Dorotheus entnommenes Basilikenscholion zu L 9 D 27,10 (Basil. XXXVIII 10,9): *ὥσπερ γὰρ ἐν ἀρχῇ τοῦ πράγματος ἐξουσίαν εἶχον, ἀπαιτῆσαι δοθῆναι τὸν κουράτωρα, ἢ μὴ ἀπαιτῆσαι τὸν κουράτωρα ἀλλ αὐτοὶ γενέσθαι ἐπὶ νομῇ τῆς οὐσιάς καὶ δι' ἑαυτῶν πωλῆσαι αὐτὴν ἢ ἄλλως πως τὰ περὶ αὐτὴν διοικῆσαι κ. τ. λ.* Im römischen, vollends im klassischen Rechte ist diese Consequenz nicht gezogen. Überhaupt ist dies nun die Frage: bestand das System auch nur in der bis jetzt vorausgesetzten Geschlossenheit? Sie löst sich in zwei durch einzelne Quellenstellen aufgenöthigte Fragen auf:

1. Gab es nur obrigkeitlich ernannte oder auch durch Gläubigerwahl bestellte Konkurskuratoren?
2. Fungirten sie schlechterdings in der angegebenen Weise als Träger eines in sich ruhenden konkursrechtlichen officium?

Der ersteren dieser Fragen gilt der zunächst folgende Abschnitt.

IV

Der magister wird von den Gläubigern gewählt. Von obrigkeitlicher Bestätigung schweigen die Quellen. Anders der curator. Für ihn kommt nicht die obrigkeitliche Ernennung überhaupt, sondern nur dies in Frage, ob sie die einzige Form seiner Bestellung war. Dafür, soweit ich sehe, die herrschende Lehre. Angesichts des Pandektentitels de curatore dando (42, 7), seiner Rubrik und (mit einem Vorbehalt[1]) seines Inhaltes dürfte es denn auch schwer halten, sie zu widerlegen. Der angeführte Titel handelt, wie schwerlich noch Jemand bestreitet, nicht bloss von Kuratoren neuen, sondern auch von Kuratoren alten Stils, d. h. nicht bloss von realisirenden, sondern auch von nur verwaltenden Kuratoren. Sie sind curatores dati und was dies besagt, zeigt am deutlichsten L 2 pr. h. t.:

'de curatore constituendo hoc jure utimur, ut praetor adeatur, isque curatorem curatores(ve) constituat ex consensu majoris partis creditorum' (Ulp. l. 65 ad edictum).

Dennoch tauchen in unsrer Literatur mehr oder weniger bestimmt auch andere als obrigkeitlich ernannte Konkurskuratoren auf; ob im Einklang mit den Quellen, ist demnach die nicht zu umgehende Frage.

1) In dem curator der lex agraria sieht Voigt[2]) einen vom magister selbst ernannten Substituten. Er

1) Der Vorbehalt trifft die L 5 D h. t.
2) Rg. I S. 465 n. 2. S. 683.

stützt sich auf die Lesung: magistro curatoreve eius in l. agr. v. 56. Indessen: die Beziehung des 'ejus' auf den magister scheint mir ebenso unsicher als das 'eius' selbst in der betreffenden Stelle[1]).

2) Andere fassen die datio curatoris consensu creditorum als einfache Wahl[2]): sie ist aber Ernennung auf Grund der Wahl.

3) Manche Stellen sprechen einfach von 'eligere' und hier ist denn zu fragen ob in ihnen die datio ausgeschlossen oder zu ergänzen sei? Wir nennen zunächst als weniger bedeutsame Stelle die L. 5 § 1 D ut leg. 36,3 vgl. mit L. 1 § 10 D de coll. bon. 37,6. Keine dieser Stellen spricht vom Konkurskurator; indessen erwähne ich sie, weil sie wenigstens mittelbar für unsere Frage verwerthet werden könnten. Vermögen weder der Collationspflichtige noch die Collationsberechtigten genügende Sicherheit zu bestellen, so: 'utiliter probatum est virum bonum ab utraque parte eligendum apud quem ut sequestrem fructus deponantur (ob 'refectus deponatur' M.?), quique utiles actiones a praetore datas exerceat (L 5 § 1 D cit.). Statt des vir bonus nennt für einen verwandten Fall die zweite Stelle (L. 1 § 10 cit.) einen curator: 'si frater cavere non potuit curator portionis eius constituitur'. Muther[3]) und ihm folgend

1) Ebenso bereits Bethmann-Hollweg (C. Pr. II 676 n. 51).

2) So z. B. in L 9 D rem rat. hab. 46,8. Verstehe ich recht, so versteht Wlassak diese Stelle von einem bloss gewählten curator (Z. Gesch. der neg. gestio S. 86 n. 2).

3) Sequestration und Arrest S. 182.

Ubbelohde[1]) übertragen den 'curator' der zweiten auf den 'vir bonus' der ersten Stelle. Also hier ein gewählter curator? Doch nicht: denn man darf den 'curator' nicht bloss halb übertragen und dass er in der zweiten Stelle ein ernannter curator sei, zeigt m. E. der Ausdruck 'curator constituitur[2]).

4) Bedenklicher für die obrigkeitliche Bestellung des curator steht es um eine andere Stelle, an welcher überhaupt unser Verständniss der römischen Konkursorgane zu scheitern droht. Es ist die L 5 D de curatore dando 42, 7:

'si debitor foro cesserit et creditores privato consilio coierint et elegerint unum, per quem bona distrahantur et portio ipsis quae ex redacto fieret solveretur, mox exstiterit alius qui se creditorem dicat: nullam quidem actionem adversus curatorem habebit, sed bona debitoris una cum curatore vendere poterit, ita ut, quae a curatore et a creditore ex bonis contrahantur, omnibus pro portione praestarentur (Julianus l. 47 Digestorum).

Die Gläubiger eines in Bankerott verfallenen Schuldners kommen 'privato consilio' zusammen, sie wählen Einen, durch welchen das Vermögen des Schuldners veräussert (distrahirt) werden soll. Diesen Gewählten nennt

---

1) Archiv für civ. Praxis 61 S. 23.

2) Muther lässt in eigenartiger Weise den 'vir bonus' zwei Eigenschaften in sich vereinigen: den sequester unmittelbar auf Grund der Parteien-Wahl, den curator als Träger von utiles actiones auf Grund der obrigkeitlichen Ernennung. (So sind doch wohl die Worte zu verstehen: der Prätor macht ihn zum curator?)

Julian einen curator. Von obrigkeitlicher Ernennung oder Wahlbestätigung kein Wort.

Die Stelle ist in unsrer Literatur sehr stiefmütterlich behandelt, am stiefmütterlichsten rücksichtlich ihrer Schlussentscheidung, aber stiefmütterlich auch rücksichtlich der uns hier beschäftigenden Frage: d. i. rücksichtlich des Bestellungsvorganges.

Manche nehmen die Stelle ganz einfach wie sie liegt, sie ergiebt ihnen einen gewählten curator als gewählten Masseverwalter [1]).

Andere, und ihre Zahl ist nicht gering, ersetzen den 'curator' durch magister [2]). So „verbessert" schiede die Stelle in ihrem Urtext für die hier in Rede stehende Frage aus. Allein: erstens bliebe sie als Pandektentext bestehen, möchte er nun durch geschickte oder ungeschickte Interpolation in die Pandekten gerathen sein. Sodann schafft die Einfügung des 'magister' in den Urtext für eben diesen Urtext neue Schwierigkeiten. Der 'magister' gehört zum Konkurs mit bonorum venditio

1) So, wenn ich recht verstehe, Wlassak. Er stellt unter Berufung auf unsre Stelle die gewählten Masseverwalter den ernannten gegenüber (z. Gech. der neg. gestio S. 86). So Cuiacius wenigstens in einer seiner Erwähnungen der L 5 cit. und zwar grade in der unsrer Stelle spezifisch zugewandten Besprechung (ad l. XXXII. Paul. ad edictum [ed. Neap. VI 328]). Auch Bethmann-Hollweg scheint sich nicht an das eligere privato consilio zu stossen, er nennt es ohne jede weitere Bemerkung (C. Pr. II 690 n. 125).

2) So Cujaz ad l IX quaest. Pap. (ed. Neap. IV 209 B). Rudorff Vorm. Recht I 161 n. 30, ed. perpet. § 217 n. 9, Ubbelohde Arch. f. civ. Praxis 61 S. 7, Lenel ed. perpet. § 217 n. 17. (die beiden letztgenannten Schriftsteller haben inzwischen ihre Ansicht geändert, s. unten).

an einen bonorum emtor, — die Stelle spricht von Distractionskonkurs mit Vertheilung des Erlöses unter die Gläubiger. Der magister wird unbestrittener Massen[1]) auf Ermächtigung der Obrigkeit erwählt. Die Gläubiger unsrer Stelle treten 'privato consilio' zur Wahl zusammen. Das kann nur den Gegensatz zu der von der Obrigkeit gebotenen oder zugelassenen Wahl bedeuten. Kein Wunder, dass unter solchen Umständen einzelne frühere Anhänger der Interpolationstheorie davon zurückgekommen sind[2]).

Statt den Text zu „restituiren" greifen Andere zur stillschweigenden Textergänzung. Der curator bleibt bestehen: zu seiner Wahl wird die obrigkeitliche Bestellung hinzugedacht[3]). Das liegt sehr nahe. Auch ver-

1) So auf Grund der Gaiusstelle III 79: (praetor) iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari: allgemein wird dieses iubere als Dekret im einzelnen Fall, nicht als das Norm setzende iubere des Edikts verstanden. Und dies mit Recht, denn liesse sich die Stelle auch, völlig isolirt gefasst, allenfalls vom iussus des Edikts verstehen, so spricht für conkretes iubere die Analogie des conkreten iussus in der Personalexecution.

2) So Lenel Ztschr. der Sav. Stiftung VIII 202 n. 2 und Palingenesie I 444 (ohne nähere Motivirung, aber unter ausdrücklicher Zurücknahme der früher angenommenen Interpolation), Ubbelohde über das Verhältniss der bonorum venditio zum ordo judiciorum (1890) S. 20. Ubbelohde erwähnt hier nicht seine frühere Ansicht, aber er lässt den 'curator' unsrer l. 5 nunmehr unangefochten.

3) Hierher wird Ubbelohde in seiner vorerwähnten neueren Schrift zu rechnen sein. Denn er sucht den Unterschied in der Bestellung des curator bon. distrah. im Konkurs einer persona clara von der Bestellung im Fall des Konkurses einer persona non clara lediglich darin, dass dort der Entschluss der Gläubiger rücksichtlich der bon. distr. ex officio zu veranlassen, hier der Gläubiger-Initiative überlassen geblieben sei. Dass aber bei der spezifischen bon.

trüge sich damit logisch die Wahl 'privato consilio', denn zweifellos bedurfte es zur Curatorwahl (eben sofern sie nicht schon in sich selbst den curator schafft) nicht vorheriger obrigkeitlicher Ermächtigung. Aber was das 'privato consilio' durch solche Erklärung an logischem Halt gewinnt, verliert es andrerseits an praktischer Bedeutung: für diejenigen, welche sich mit dem 'privato consilio' lediglich als Vorbereitung der Ernennung abfinden, erscheint es als Thatbestandsmoment vollständig bedeutungslos. Allein gerade als solches will es gewerthet und erklärt sein. Sehe ich recht, so liegt eben hierin der Kern der Frage. Wie wir uns den Text der Stelle zurecht legen hängt vom Verständniss der Schlussentscheidung ab und hierfür ist die Berücksichtigung des 'privato consilio' nicht zu umgehen.

Die Schlussentscheidung selbst aber stellt durch sich selbst zugleich die zweite oben (S. 17) vorbehaltene Frage:

Denkt sie den 'curator' als echtes Konkursorgan?

V

Der Übersicht halber vergegenwärtigen wir uns noch ein Mal die L 5 D 42, 7 als Ganzes:

---

distr. ex S. Co obrigkeitliche Ernennung des curator stattfand, steht ausser Frage.

Unklar ist Bachofen's Stellung zu unsrer Frage. Er bezieht anscheinend das 'privato consilio' auf die Wahl der Gläubiger zwischen distractio und bonorum venditio, ohne sich über die Ernennung des curator selbst zu äussern. (S. Pfandrecht I 299.)

'si debitor foro cesserit et creditores privato consilio coierint et elegerint unum, per quem bona distrahantur et portio ipsis, quae ex redacto fieret, solveretur, mox extiterit alius, qui se creditorem dicat: nullam quidem actionem adversus curatorem habebit, sed bona debitoris una cum curatore vendere poterit, ita ut, quae a curatore et a creditore ex bonis contrahantur, omnibus pro portione praestarentur.'

Der 'curator' ist von den Gläubigern 'privato consilio' gewählt. Nach der Wahl meldet sich noch ein Gläubiger-Prätendent. Diesem nun soll nach Julians Entscheidung keine Klage gegen den 'curator' zustehen, wohl aber das Recht, zusammen mit dem 'curator' die schuldnerischen Güter zu verkaufen, dergestalt, dass der vom 'Curator' und dem Gläubiger aus den Gütern gezogene Erlös allen nach Verhältniss zu gewähren sei.

Also: die selbstständige Veräusserungsbefugniss des 'curator' bricht sich an jedem nach seiner Wahl hinzutretenden Gläubiger. Er kann ihm nur vor dessen Hinzutritt das praevenire spielen: nach seinem Anschluss ist er an seine Mitwirkung gebunden. So bestimmte schon Cujacius den Inhalt der Schlussentscheidung[1]). Die Meisten übergehen sie ganz, Cujacius giebt sie ohne jede Bemerkung wieder. Und doch scheint sie wahrlich der Beachtung werth. Denn so wie sie lautet, negirt sie den Curator als rechtes Konkursorgan, jedenfalls negirt sie ihn als Konkursorgan in dem uns geläufigen Sinne.

---

1) Ad h. l. ed. Neap. VI 329.

Als „Organ“ denken wir uns den Träger eines in ihm zur Erscheinung kommenden Zweck- oder Verband-Willens, als Konkursorgan den Träger eines den Konkurszweck realisirenden oder eines konkursrechtlich organisirten Verband-Willens. Mögen wir nun von dem einen oder anderen ausgehen: vom Konkurszweck, oder dem konkursrechtlichen Verband, so verträgt es sich mit dem einen so wenig wie mit dem anderen, dass die Zuständigkeit eines verwaltenden Konkursorgans in der subjektiven Tragweite seiner Legitimation auf bestimmte Gläubigersubjekte — sei es ein Einzelner oder eine Mehrheit bestimmter Einzelner — beschränkt sei. Der Konkurszweck erschöpft sich in ihnen nicht und bestimmte Einzelne in ihrem isolirten Nebeneinanderstehen ergeben keinen Gläubiger-Verband. Scheint sonach unsre L. 5 den Curator nur als Kommissarius, sei es einer Wahlversammlung, sei es der einzelnen für ihn stimmenden Wähler zu fassen, als einen Kommissarius, welcher die neu hinzutretenden Gläubiger nichts angeht, so negirt sie anscheinend mit der Organstellung des curator zugleich die Organisation der Gläubiger zu irgend welchem sie zusammenfassenden, sei es auch nur beschliessenden Gläubigerverband. Unsere Stelle steht darin nicht allein. In ähnlicher Richtung wie sie bewegt sich anscheinend die L 22 § 10 D mandati (17, 1):

‘si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt, his qui praesentes fuerunt, competere adversus eum mandati actionem, his autem qui

absentes fuerunt, negotiorum gestorum actionem esse. Atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est, nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori, tanquam si negotia absentium gesserint: quodsi, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint. (Paulus l. 32 ad edict.)

Was die L. 5 cit. von der äusseren, der Machtseite des curator und seiner Verfügungen aussagt, das sagt die oben angeführte Stelle von der inneren Seite, d. i. von der obligatorischen Haftung des curator gegenüber den Gläubigern aus. Er haftet nur bestimmten, einzelnen Gläubigersubjekten; den „praesentes" — dagegen den „absentes" höchstens dann, wenn er nicht lediglich im Hinblick auf das „Mandat" der praesentes gehandelt hat: d. h. auch wieder: er geht die sich erst später meldenden Gläubiger überall nichts an.

Der subjektiven Begrenzung seiner Haftung entspricht ihre innere Natur. Den praesentes haftet er mit actio mandati. All dies wird von den bisherigen (überhaupt sehr dürftig vertretenen!) Exegeten unserer Stelle ganz ruhig dahin genommen[1]).

Billiger Weise war und ist aber vorweg zu fragen: ob und wie sich Mandat mit Curatel verträgt? Das schliesst zwei Fragen in sich; erstens: kann die Bestellung des curator Mandat sein? zweitens: kann dem obrigkeitlich bestellten curator von den betheiligten

1) Mit Ausnahme von Voigt, R. R., I. 683, welcher in L. 22 § 10 cit. ohne spezielle Begründung für den curator den magister einsetzt.

Privat-Interessenten Mandat rücksichtlich einzelner in den Kreis des Curatel-officium einschlagender Geschäfte ertheilt werden[1])?

Für die erste Frage ergiebt sich zunächst: ein curator kann nicht zugleich obrigkeitlich ernannter und daneben durch Mandat der Gläubiger bestellter curator sein. War also der Konkurscurator ein Curator datus, so widerlegt sich damit die Zurückführung seines Amtes auf Mandat überhaupt, auf Mandat der Gläubiger insbesondere. Die Gläubiger haben ihn nicht ernannt und der Magistrat, welcher ihn ernannte, schliesst durch die Bestellung kein Mandat: nicht für sich und noch weniger etwa in Vertretung der Gläubiger.

Was sich zur Noth denken liesse, wäre nur etwa ein obrigkeitlich bestätigtes Gläubigermandat: dies aber würde voraussetzen ein Mal, dass die Gläubigerwahl selbst Mandat oder doch Beschluss auf Mandatsertheilung und sodann, dass nur der durch Wahl Beauftragte von der Obrigkeit zu bestätigen, nicht ein nicht Gewählter von ihr zu ernennen sei. Also Bestellung entweder durch Mandat oder durch obrigkeitliche Bestellung, nicht aber Beides in Einem.

So die Bestellung. Nun die zweite Frage: können dem nicht durch Mandat sondern durch obrigkeitliche Ernennung bestellten curator Weisungen rücksichtlich einzelner Amtsbethätigungen durch Interessenten-Mandat

1) Bemerkenswerther Weise lässt Donell comm. iur. civ. XVI 14,15 aus einer obrigkeitlich bestellten cura ohne jede weitere Begründung oder Begrenzung Mandatsobligation hervorgehen.

ertheilt und von ihm angenommen werden? Diese Frage wird nicht schlechthin zu verneinen, aber noch weniger unbesehens und vollends unterschiedslos zu bejahen sein. An „Mandat“ Seitens eines interdicirten Verschwenders oder eines minor[1]) an seinen curator in Beziehung auf dessen Curatorenthätigkeit hat noch Niemand gedacht oder vernünftiger Weise denken können. Anders in Fällen, wo der curator handlungsfähigen Subjekten rein auf ihren Wunsch und zu ihrer Unterstützung zugeordnet ist: so einem Blinden oder einem sonst chronisch Leidenden. Was sollte hier die Ertheilung von Mandaten seitens des Curanden an den eigenen curator hindern?

Wie nun beim Konkurskurator und zwar, worauf es für uns allein ankommt, beim römischen Konkurskurator? vorsichtiger noch: bei den römischen obrigkeitlich bestellten Konkurskuratoren? Die Frage ähnelt der neuerdings so überreichlich besprochenen Frage über das Verhältniss des Gerichtsvollziehers zu der ihn „beauftragenden“ Partei. Sie ähnelt ihr, aber sie fällt nicht mit ihr zusammen, denn was beim Gerichtsvollzieher am meisten gegen das Mandat spricht: die Entfaltung staatlicher Zwangsgewalt, fehlt beim curator. Und umgekehrt fehlt ihm, was beim Gerichtsvollzieher die Mandatstheorie hervorrief: die absolute Abhängigkeit seines Thätigwerdens vom „Auftrag“ der Partei. Vielmehr ergiebt sich, so wenig uns auch die Quellen über den Einfluss der Gläu-

1) Bei dem ‘furiosus’ wäre nach der ungesunden Einrichtung der römischen cura furiosi Mandat von Seite des Kuranden an den curator während eines lucidum intervallum nicht ausgeschlossen

biger auf das Handeln des curator sagen, ein gewisses Mittleres aus der Natur der Sache. Der curator kann in seinem Handeln weder vom Willen der Gläubiger ganz unabhängig, noch auch schlechthin an ihren „Auftrag“ gebunden gewesen sein. Das Erstere nicht, sofern und insoweit als der Fortbestand des Verfahrens selbst der Verfügung der Gläubiger unterlag; das Letztere nicht, sofern die obrigkeitliche Bestellung des curator nicht wie die des Gerichtsvollziehers eine Anstellung in abstracto, sondern die Ueberweisung einzelner conkreter Amtshandlungen oder eines conkreten Kreises von Amtspflichten und Amtsbefugnissen rücksichtlich eines individuell bestimmten Vermögenskreises und mithin selbst schon die Aufforderung zum Thätigwerden darstellt, ohne dass es dazu noch besonderer Aufforderung von Seite der Gläubiger bedurfte. Ebenso unwahrscheinlich und gänzlich unbezeugt ist ein formelles Veto der Gläubiger.

Unbezeugt und gleichfalls in hohem Masse unwahrist endlich die gesetzliche Unterwerfung des curator unter zwingende positive Gläubiger-Direktive. Was übrig bleibt ist lediglich die Frage: ob er sich freiwillig solcher Direktive unterwerfen, sich zu ihrer Befolgung im Mandatswege verpflichten konnte. Der Text, so wie er liegt, führt zur Bejahung. Kämen wir zu ihr auch ohne unseren Text? Ich zweifle. Denken wir uns den curator von der Obrigkeit ernannt, so dürfte er keinesfalls Mandat in Widerspruch mit seiner durch jene Ernennung bestimmten Amtspflicht übernehmen und dass sich mit ihr die Befolgung willkürlicher, vielleicht unbilliger Direktiven

von Seite der 'präsentes' vertrüge, leuchtet weder für den curator 'älteren Stils', noch auch und dies noch weniger für den curator 'neueren Stiles' ein: widerspräche es doch offensichtlich dem ursprünglichen Motive seiner Einführung: schonender Behandlung des Schuldners und der dadurch bedingten Natur des Distractionskonkurses: Befriedigung der Gläubiger vom Schuldner her durch einen dem Schuldner vorgesetzten Liquidator. Allermindestens also wäre auch das freiwillig zu übernehmende Mandat auf das bona fide übernommene zu beschränken und in dieser Beschränkung — auch abgesehen von L 22 § 10 — wohl erträglich.

Viel unerträglicher als das zwischen curator und Gläubigern in Rede stehende Mandat ist für den als Konkursorgan gedachten curator die Beschränkung seiner Haftung überhaupt auf die an jenem Mandat betheiligten Gläubiger. Und doch spricht Paulus den absentes nicht nur (wie selbstverständlich) actio mandati, sondern jeden Anspruch gegenüber dem curator ab: selbst die (ob interpolirte?) actio in factum. Hierin liegt (wie schon oben angedeutet) die wesentliche Berührung zwischen der L. 22 § 10 und der L. 5 D de curatore dando. Geht dort der von den praesentes beauftragte curator die absentes nichts an, so hier der vorher erwählte curator die nachher hinzugetretenen Gläubiger, dort rücksichtlich der Haftung, hier rücksichtlich der Legitimation zum Güterverkauf. Die L. 5 spricht von einem erwählten curator. Liegt etwa hierin ein Thatbestandsmoment für ihre Schlussentscheidung? Dann wäre zwischen obrigkeitlich bestellten

und erwählten Kuratoren zu unterscheiden: der erwählte curator (und er allein) wäre Mandatar — nämlich seiner Wähler — also wie nur durch sie, so auch nur für sie zum Güterverkauf legitimirt. Von der L. 5 aus liesse sich etwa zu analoger Beschränkung des in L. 22 § 10 vorausgesetzten Thatbestands gelangen[1]). Dies Alles aber um einen recht hohen Preis. Nach wie vor bliebe der Widerspruch zwischen der aus L. 5 cit. zu statuirenden Wahl und der aus allen übrigen Stellen abzuleitenden obrigkeitlichen Bestellung des curator. Und was schlimmer: unter den Händen zerfiele uns die Einheit der römischen Konkursorganisation innerhalb ein und desselben Conkurssystems. Wir erhielten für den Curatorenkonkurs eine dualistische Organisation, je nachdem der curator aus Wahl oder aus obrigkeitlicher Bestellung hervor ging und vergebens fragen wir: wovon es abhing, ob das Eine oder Andere zu geschehen habe? Endlich passt nur der obrigkeitlich bestellte, nicht auch der erwählte Curator zu den der Einführung des Distractionskonkurses anscheinend zu Grunde liegenden Ideen.

Unabweislich drängt sich sonach aufs Neue die noch immer offen gelassene Textfrage auf: ist in L. 5 cit. der 'curator' statt des 'magister' interpolirt?

Der magister wird gewählt. Der magister ist Mitgläubiger. Was ihm die Wahl an Macht zuführt ist nur seine Befreiung von der durch die Gläubigerkonkurrenz gegebenen Beschränkung seiner Verfügungsmacht. Der

1) Auf einen gewählten curator wird L 22 § 10 cit. von Cuiacius ad h. l. (ed. Neap. IV 471) bezogen.

'magister' erhält diesen Zuwachs nur so weit seine Wählerschaft[1]) reicht. Die Nachzügler geht jene Wahl nichts an. Dies folgerichtig wie nach der Machtseite nicht, so auch nicht nach der Haftungsseite. Für den magister begreift sich, was für den curator m. E. nicht zu verstehen ist: sowohl das am Ende der L. 5 bezeugte Erforderniss der Cooperation mit den Nachzüglern als die in L 22 § 10 bezeugte exclusive obligatorische Beziehung zu bestimmten einzelnen Gläubigern oder Gläubiger-

1) An diesem Punkt erscheint eine wichtige principielle Frage. Wer wählte den magister? Die einzelnen Gläubiger oder die durch Majoritätsbeschluss beschliessende Wahlversammlung? So weit ich sehe, überträgt man gemeinhin, als verstünde sich das von selbst, die für den curator bezeugte Majoritätswahl unbesehens auf den magister. (S. statt aller Bethmann-Hollweg C. Pr. II 680 n. 71). Es sei erlaubt, hiergegen Zweifel auszusprechen. Die Analogie der L 5 D 42, 7 leitet für die Wahl des magister im Gegensatz zum Vorschlag des (durch die Obrigkeit zu bestellenden) curator eher zur Wahl durch die Summe der Einzelwähler. Denken wir uns die Versammlung als Beschlussversammlung, was ja allerdings dem Begriff einer Wahlversammlung allein zu entsprechen scheint, so begreift man nicht, dass die Majoritätswahl nur die damals in der Versammlung Anwesenden bindet. Und doch spricht die Analogie der L. 5 D in ihrer Schlussentscheidung dafür, dass wenn dem gewählten curator gegenüber der Nachzügler nicht an die vorher erfolgte Wahl gebunden war, er auch nicht an die vorher erfolgte Magisterwahl gebunden sein konnte. War aber der Nachzügler nicht gebunden, so läge es in der Consequenz des Systems, dass auch die Minorität der Anwesenden nicht durch die Majorität gebunden wurde. Ob diese Consequenz gezogen wurde oder ob auch in diesem Stück der römische „Konkurs" logische Zwiespältigkeiten enthielt, ist eine andere, vielleicht im Sinne der letzteren Alternative zu entscheidende Frage. Die 'praesentes' in L 22 § 10 cit. sind gewiss als zustimmende, nicht als überstimmte Anwesende gedacht. Aus der Behandlung des Zwangsvergleiches im römischen Recht lassen sich m. E. keine Schlüsse für unsre Frage ziehen.

gruppen. Setzen wir ihn in L. 5 und in L. 22 § 10 an Stelle des curator ein, so gewinnen wir im Gegensatz zwischen Konkurs mit curator und Konkurs mit magister nach der Organisationsseite den Gegensatz des „Konkurses" mit und des Konkurses ohne echtes Konkursorgan.

Der ältere (magister-) Konkurs ein Konkurs ohne realisirendes Gesammtorgan, der neuere (curator-) Konkurs ein Konkurs mit realisirendem Gesammtorgane. Kürzer ausgedrückt: nur das neuere, nicht auch das ältere Verfahren wäre wirklich organisirter Konkurs.

Den 'magister' in L 22 § 10 eingesetzt, so ergäbe sich für das Mandat von selbst dessen Beziehung auf die Gesammtstellung des magister, der magister als Mandatar seiner Mitgläubiger[1]). Und der hieraus abzuleitenden Mandatsklage gegenüber müsste ein Bedenken schweigen, welches sich etwa aus L. 9 § 4 D 42, 5 gegen negotiorum gestio des magister im Verhältniss zu den Mitgläubigern ableiten liesse: das Bedenken nämlich, dass die ihm „mandirte" bonorum venditio nicht lediglich fremdes negotium, sondern zugleich sein eignes Gläubigernegotium sei[2]). Ein anderes Bedenken, dass nämlich die L 22 § 10 nicht

---

1) Aus Cic. ad fam. XII 30, 5 ersieht man, wie sehr der magister an Instructionen seiner Mitgläubiger rücksichtlich der bonorum venditio gebunden war: a magistris cum contenderem de proferendo die, probarunt mihi sese, quo minus id facerent, et compromisso et jure jurando impediri.

2) S. für das Mandat Brinz Pandekten II, 2 S. 775 zu. n. 16 (2. Aufl.). Die Entscheidung der L 9 § 4 D 42, 5 ist rücksichtlich der Ablehnung der negotiorum gestio von Kohler Iherings Jahrb. 25 S. 117 nicht ohne Grund unter Hinweisung auf L 14 § 1 D eod. kritisirt.

zur bonorum venditio im spezifischen Sinne passt [1]), woran doch beim magister in erster Linie zu denken sei, wäre gleichfalls nicht unüberwindlich. Denn auch vor der bonorum venditio im spezifischen Sinne konnten Einzelveräusserungen nothwendig sein und daran, dass ihr Erlös nachträglich auch noch dem bonorum emtor zu Gute komme — ist m. E. richtiger Ansicht nach nicht zu denken, wie denn auch das Dogma, dass stets und ausnahmslos nur gegen Procente habe verkauft werden können, mir für die bonorum venditio nicht so fest zu stehen scheint, als man gemeinhin annimmt.

Schwieriger gestaltet sich die Einsetzung des magister in L. 5 D de curatore dando. Die Stelle spricht von ‚privato consilio' coire: das passt nicht recht zur Wahl auf Geheiss oder Ermächtigung der Obrigkeit. Ferner spricht sie zwar gegen Schluss von einem bona vendere, aber sonst der Sache nach durchweg und am Eingang sogar ganz ausdrücklich vom bona distrabere und dies passt nicht zum magister, sondern zum curator. Also käme man bei Eliminirung des curator anscheinend mit der Einsetzung des magister gar nicht aus. Scheut man vor eingreifenden Radikalkuren und belässt es bei dem Text, so rettet man den curator — aber mehr dem Namen als der Sache nach. Was wäre dieser 'curator' anders als ein von den Gläubigern eingesetzter Geschäfts-

1) Insofern die Stelle nicht von Gesammtveräusserung gegen Übernahme von Procenten spricht. Ubbelohde zieht das 'bonorum' in unserer Stelle nicht zu 'venditionem', sondern zu curator; (also: curator bonorum — venditionem fecerit. (venditio bon. S. 20).

führer, seine Macht anders als delegirte Gläubigermacht? In ihm ständen die delegirenden Gläubiger selbst dem Nachzügler als ihrem konkurrirenden Mitgläubiger gegenüber. Daher das Erforderniss der Cooperation mit eben diesem Konkurrenten. Daraus aber ergäben sich allgemeinere Consequenzen: in letzter Consequenz die Möglichkeit isolirter Gläubigercooperation ohne allen curator. Denn kann der nachzüglerische creditor unmittelbar bei der bonorum distractio cooperiren, und ruht die Nothwendigkeit jener Cooperation des curator mit dem creditor lediglich auf der vorhandenen Gläubigerconkurrenz, so muss in deren Ermangelung der einzelne Gläubiger ganz für sich zu völlig selbständiger bonorum distractio legitimirt sein. Damit aber verschöbe sich die innere Natur der bonorum distractio selbst. Sie wäre dann nicht, wie wir aus dem Motiv ihrer Einführung folgerten, Realisirungsakt in Form der Zwangsverwaltung, sondern ganz entsprechend der bonorum venditio eine exekutivische Wegveräusserung von Schuldner-Gut durch die zugreifenden Gläubiger.

Zugleich verlieren wir im gewählten curator ein wirkliches, d. h. mit selbstständiger Gesammtlegitimation ausgerüstetes Konkursorgan. Sollte, was sich dergestalt für den gewählten curator ergiebt, gar noch auf den obrigkeitlich bestellten oder bestätigten curator übertragen werden, so verlieren wir den curator überhaupt als wirkliches Konkursorgan. Ja noch mehr, wir hätten damit für das römische Recht das echte Konkursorgan überhaupt verloren. Denn was für den curator nur wider-

strebend geglaubt werden kann: seine Stellung als Delegirter bestimmter Gläubiger, das entspricht beim magister im Verhältniss zu den Mitgläubigern der Grundanlage seiner Stellung. Wozu wir auf dem geschilderten Wege gelangen würden, das wäre: zu grosser Annäherung zwischen curator und magister. Was wäre der gewählte curator der L. 5 — vollends dann, wenn er etwa aus den Gläubigern entnommen war, viel anders als ein mit veränderter Zuständigkeit, nämlich mit Einzeldistraction und Erlösvertheilung betrauter magister[1])? In der That hat man in früheren Zeiten den ganzen Unterschied zwischen magister und curator auf eine Verschiebung der Terminologie zurückgeführt. Bynkershoek[2]) sah im magister die ältere, im curator die neuere Bezeichnung für eine und dieselbe Sache. So ausgedrückt behauptet das heut zu Tage Niemand. Allein so ganz verwerflich scheint mir der unterliegende Grundgedanke nicht. Verschiebungen der Terminologie konnten im Zusammenhang mit Verschiebungen materieller Gegensätze um so leichter eintreten, als den untechnischen

---

1) So in der That stellt sich praktisch Dorotheus in dem oben S. 17 wiedergegebenen Basilikenscholion (Bas. XXX VIII 10, 9 die Sache vor. Die Gläubiger erbitten sich entweder einen curator oder sie verfahren mit dem Schuldnergut, wie sie es in ihrem Befriedigungsinteresse für geboten halten: der bloss gewählte curator wäre dem Dorotheus eben nichts als ein Mittel zur Selbstaktion der Gläubiger. (D. i. ganz entsprechend dem magister.)

2) Observationes VII 14. Im Wesentlichen ist ihm darin Dabelow gefolgt (Konkurs 99). Vorangegangen, aber mit nur schwankenden Vorstellungen über die Sache ist Cujacius (s. ed. Neap. VIII 533 B).

Sprachgebrauch mit in Erwähnung gezogen, ein absoluter Gegensatz zwischen 'curator' und 'magister' terminologisch von vornherein nicht bestand. Curator im untechnischen Sinne ist der mit einem Geschäftskreis Betraute, auch der nur privatwirthschaftlich damit Betraute: man braucht nur an die von Varro und von Columella[1]) angeführten curatores einzelner Wirtschaftszweige in der römischen Landwirthschaft zu denken.

So hätte man (untechnisch) auch den magister einen curator nennen können: dass man ihn nicht so nannte hatte seinen Grund in seiner Gläubigerstellung: sie trat für die Vorstellung in den Vordergrund, und bestimmte damit die sprachliche Bezeichnung: sie ist vom Gläubiger-Vorstand[2]) aus gebildet. Mit dem Inhalt seiner Funktionen hatte die Bezeichnung an sich nichts zu thun. Gleichwohl ist er vielleicht nicht ohne Einfluss auf die geschichtliche Entwicklung der Terminologie geblieben.

Das Spezifische der dem „Gläubiger-Vorsteher" übertragenen Funktion war die bonorum venditio. Als nun zunächst von Spezialfällen aus die bonorum distractio der bonorum venditio gegenübertrat, geschah dies im Gewand einer Distractionscuratel. In ihrem Geleit ist die bon. distractio von der ursprünglichen Anwendungssphäre auf andere Fälle übertragen worden. Aber es liesse sich denken, dass im weiteren Verlauf der anfäng-

1) Varro R. R. III 5, 5: curator des aviarium, Columella IX 9, 1: curator der Biennen. Näher hierher gehört der von der Gemeinde als Gläubigerin bestellte curator über das Schuldnergut in L 46 § 1 D 26, 7.

2) nicht vom magister bonorum, wie dies Voigt annimmt (R. Rg. I 465 n. 2).

liche Zusammenhang zerriss: m. a. W. dass sich die bonorum distractio vom Erforderniss des obrigkeitlich zu bestellenden curator ablöste. Praktisch wäre das nichts anderes als Überleitung der Distractionsbefugniss auf die Gläubiger. Und hervorgerufen wäre die Ablösung dadurch, dass die bonor. distractio als gleichberechtigte Realisirungsform anerkannt und deshalb nicht mehr an besondere Ermächtigung im einzelnen Fall gebunden wurde.

Was die Gläubiger selbst thun können, das können sie auch durch erwählte Vertrauensmänner thun: die Distractionsmacht der Gläubiger müsste also auch durch von ihnen Erwählte sich bethätigen können: m. a. W. sie müsste, als gegeben angenommen, zu einer Verschiebung der Funktionen des magister führen. Aber sie führt nicht auch nothwendig zu entsprechender Terminologie. Vielmehr — und hier tritt der Zusammenhang des terminologischen Gegensatzes zwischen magister und curator mit dem Funktionsinhalt hervor — konnte sich der Ausdruck 'curator' auf den mit der Distractionsbefugniss ausgerüsteten Vertrauensmann schlechthin, auch auf den bloss gewählten (nicht obrigkeitlich bestellten) übertragen. In der That nun scheint mir hierdurch, nicht zwar zu befriedigender Erklärung der L. 5 D cit. (stammt sie doch aus zu früher Zeit)[1], wohl aber zur

1) Will man nicht die Distractionscuratel d. h. das sie erstmals gewährende S. C. in gar zu frühe Zeit hinaufrücken, so konnte die bezeichnete Entwicklung schwerlich schon zu Julian's Zeiten vollzogen sein. — Ob etwa die auffallende Stellung des Titels de curatore dando im Edikt als Anhang zu den Titeln über Missionsverfahren

Erklärung anderweiter Erscheinungen des römischen Konkursrechts der Weg gewiesen. Manche Quellenaussprüche reden von Güterverkauf durch die Gläubiger unmittelbar, ohne jede Erwähnung eines curator. Allerdings lauten die meisten so, als sprächen sie von bonorum venditio[1]). Aber im Sinne der Justin. Compilation umfassen sie jedenfalls auch bon. distractio. Auf sie mit dem entsprechenden Nachdruck hingewiesen zu haben, ist L. Seuffert's[2]) Verdienst. Wir meinen: wer rein privatim gewählte „Kuratoren", überhaupt rein durch Gläubigerwahl bestellte Veräusserungskommissare gelten lässt, und man hat sie ja für L. 5 D cit. ganz beruhigt gelten lassen, der kann die unmittelbare Selbstaktion der Gläubiger nicht nur nicht beanstanden, er müsste sie vielmehr auch ohne besondere Quellenzeugnisse aus der innern Logik der Dinge heraus bejahen. Wir ziehen die Summe.

Der römische Konkurs ist, wie schon Andere sahen, nicht von sich selbst d. h. von dem Gedanken der 'Gesammtzwangsbefriedigung ausgegangen, sondern von der universellen Vermögensexekution

---

in Zusammenhang mit jenem S. C. steht? Dann hätte der ganze Anhang keine oder doch keine ursprüngliche Beziehung auf den curator „ältern Stils". Beachtenswerth übrigens der curator bonorum decreto praetoris ad distrahenda bona secundum iuris formam constitutus in L 22 D 4, 4 (Ulp. l. XI ad edict). Aus der Stellung der L. 5 in Julian's Digesten ist nichts für unsere Frage zu entnehmen.

1) So L 4 C 7, 71 L 6. 9 C 7, 72. Anders L 10 C 7, 72.

2) Z. Gesch. u. Dogm. des Konkurses S. 16. S. auch Kohler Lehrbuch des Konkursrechts S. 7.

durch den einzelnen betreibenden Gläubiger[1]). Daraus erklärt sich seine mangelhafte „Organisation". Auch sie ist nicht als echte, d. h. als Gesammtorganisation gedacht, sondern als Delegation von Seite der einzelnen Gläubiger oder Gläubigergruppen. Sie ruht durchaus auf dem Gedanken der (wenn auch obrigkeitlich disciplinirten) Selbstaktion.

Der Distractionskonkurs tritt als Curatorenkonkurs dazu in einen scheinbar absoluten Gegensatz. In der That nimmt er dazu einen Anlauf in Gestalt des curator datus ex S. Co. Aber er ist nicht zu consequenter Durchbildung gelangt.

Zunächst tritt er dualistisch neben den durch die Gläubigeraction beherrschten Konkurs. Und schliesslich scheint er aus dieser Organisation Elemente in sich selbst aufgenommen zu haben. Er wird dualistisch:

ein Distractionskonkurs mit obrigkeitlich bestelltem curator,

ein Distractionskonkurs ohne obrigkeitlich bestellten curator,

d. h. mit anderen Worten:

ein Distractionskonkurs im Wege der Zwangsverwaltung und andererseits ein Distractionskonkurs im Wege exekutivischer Gläubiger-Selbstaktion.

Nur so liess sich die obrigkeitliche Einweisung auch in das System des Distractionskonkurses übertragen. Von

1) Bachofen's Idee: die missio beruhe ursprünglich auf einem Gesammtantrag der Gläubiger (Pfandrecht I 442), stellt m. E. die Sache geradezu auf den Kopf.

rein logischem Standpunkt aus hat Gläubiger-missio und Gläubiger-custodia darin keinen Sinn[1]) nämlich sofern wir den Distractionskonkurs an einen obrigkeitlich bestellten curator binden. Begreiflich wird sie im Fall des gewählten 'curator', denn er mindert nichts an der Gläubigermacht, ist vielmehr deren Organ. Und vollends postulirt ist das Recht eigener custodia für denjenigen Distractionskonkurs, welcher etwa ganz von der Nothwendigkeit des 'curator' abstrahirt.

Ungern kehre ich von dieser allgemeinen Erörterung zum Schluss noch ein Mal zu der viel gemarterten L. 5 zurück. Ohne Rest will sie so, wie sie lautet, sich nicht in unsere sonstige Kunde einfügen. Lässt sie sich vielleicht aus der Besonderheit des Falles erklären? Etwa aus dem 'foro cedere' des Schuldners, von dem sie ausgeht? Ich glaube nicht[2]). Oder verbirgt sich in dem

---

1) Das spricht sich deutlich als Gedanke des mehrfach angeführten Basiliken-Scholion aus.

2) Man könnte etwa auf Constellationen verfallen, in welchen das 'foro cedere' nicht unter die uns bekannten ediktmässigen Missionsgründe passt; z. B.: der Schuldner weicht vom forum, d. h. er schliesst dort sein Geschäft, lässt sich nicht mehr auf dem forum blicken, bleibt aber ruhig in der Stadt. So ist er weder latitans, noch auch überhaupt absens, es brauchen auch nicht judicatmässige Geldforderungen gegen ihn zu bestehen und doch scheint auch hier schleunige Hülfe für die Gläubiger geboten. Was aber folgt daraus? Etwa ein beliebiges Zugreifen mit rein privater Verständigung der Gläubiger? Wer mag das glauben und vollends, wer mag L. 5 D cit. gerade auf solche Fälle beziehen: Flucht des decoctor erscheint als das gewissermassen Normale bei Plautus wie bei Juvenal.

foro cedere etwa eine cessio bonorum? Auch das wird zu bestreiten sein. Verlangt man, wie dies ganz neuerdings von Wlassak[1]) geschehen, für die cessio bonorum feierliche Erklärung vor Gericht, so fehlt es in unserem Falle an der cessio bonorum und wenn man sie als re et facto erfolgte zulässt, so wäre für das Verständniss der Schlussentscheidung nichts gewonnen. Denn so trümmerhaft auch unser Wissen über die cessio bonorum: so viel scheint gewiss, dass sie das Schuldnervermögen nicht zu discretionärer, von dem sonstigen Konkursverfahren wesentlich abweichender Verfügung der Gläubiger stellt.

1) In Pauly Realencyklopädie (2. Aufl.) s. v. Cessio bonorum.